NON BIS IN IDEM

De ontwikkeling van een beginsel

W.F. van Hattum

NON BIS IN IDEM
De ontwikkeling van een beginsel
W.F van Hattum

ISBN: 978-90-5850-760-0

http://dissertations.ub.rug.nl/faculties/jur/2012/w.f.van.hattum

Uitgever:

Wolf Legal Publishers
Postbus 31051
6503 CB Nijmegen
info@wolfpublishers.nl
www.wolfpublishers.nl

Tekstopmaak:
W.F. van Hattum
R.W.F. van der Wolf

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden vermenigvuldigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar worden gemaakt, in enige vorm, op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopie, opname of op enige andere manier, zonder schriftelijke toestemming van de auteur en de uitgever

© tekst: W.F. van Hattum
© productie en ontwerp WLP

RIJKSUNIVERSITEIT GRONINGEN

NON BIS IN IDEM

De ontwikkeling van een beginsel

Proefschrift

ter verkrijging van het doctoraat in de
Rechtsgeleerdheid
aan de Rijksuniversiteit Groningen
op gezag van de
Rector Magnificus, dr. E. Sterken,
in het openbaar te verdedigen op
donderdag 26 januari 2012
om 16.15 uur

door

Wiene Francine van Hattum
geboren op 23 april 1952
te Naarden

Promotores:	Prof. mr. G. Knigge Prof. dr. B.H. Stolte
Beoordelingscommissie:	Prof. mr. C.J.H. Jansen Prof. mr. B.F. Keulen Prof. mr. T. Kooijmans

Ter nagedachtenis aan mijn vader

De slak en de kersenboom

Eens werd de meester gevraagd of hij niet teleurgesteld was vanwege het feit dat al zijn moeite zo weinig vrucht voortbracht. Als antwoord vertelde hij het verhaal van een slak die op een koude, stormachtige dag in het voorjaar begon de stam van een heel hoge kersenboom te beklimmen. De spreeuwen, die op de bomen ernaast zaten, schoten in de lach toen ze zagen wat de slak deed. Eén van hen vloog naar de slak toe en kwetterde: 'Hé, dommerik, zie je niet dat er nog helemaal geen kersen in de boom hangen?!' Het kleine diertje onderbrak zijn klimtocht niet en antwoordde: 'Maar zodra ik boven ben wel!'

(Met dank aan Anke ten Brinke die mij deze tekst op een 'Verhalenkaart' toestuurde).

Woord vooraf

Het schrijven van dit boek was een bijna eindeloos avontuur. En zoals elk avontuur zat ook dit vol onverwachte ontdekkingen en ontmoetingen. Zo bleek de uitzondering op de regel *non bis in idem* in het Statuut van het Internationale Strafhof (Rome 1988) eenvoudig een vertaling van een tweeduizend jaar oude Romeinse rechtsregel te zijn. Ook in het oude Rome was het namelijk niet verboden iemand nog eens voor het gerecht te dagen indien de eerste procedure alleen maar had gediend om de aangeklaagde te beschermen, ofwel indien dit een '*shamprocedure*' was geweest. Het viel me later op dat in het Nederlandse debat nooit is geopperd om een dergelijke regel in te voeren. Ongeveer halverwege mijn onderzoek ontmoette ik de Vlaming Wielant. Wielant gaf, in 1510, over tal van strafrechtelijke onderwerpen zijn mening en beschreef in plastische bewoordingen de in de praktijk gebruikelijke - maar naar huidige maatstaven tamelijk rigoureuze - toepassingen van het strafproces. Tegelijk maande hij rechters om *gracelic* en *ghetempert* te zijn. Veel 'moderner' al weer was Antonius Matthaeus II. Hij was vanaf 1634 hoogleraar in de rechten in Utrecht en de eerste die een algemeen deel voor het Wetboek van Strafrecht heeft geschreven. Hij bleek een man met een vooruitziende blik en een nuchter gevoel voor rechtvaardigheid. Ook de ontmoeting met Cras en Elout, ruim anderhalve eeuw later, was verrassend. Beiden waren in de tijd van de Bataafse Republiek voorvechter van een evenwichtig strafproces, Cras eigenzinnig en soms knorrig, Elout praktisch en doortastend. Elout zorgde ervoor dat enkele fundamentele rechten voor verdachten in de Grondwet van 1814 werden vastgelegd. Dat was tevens ongeveer het moment waarop de onherroepelijke, niet-herzienbare, vrijspraak zijn intrede deed in het Nederlandse strafproces.

In mijn speurtocht naar de achtergrond van de regel *non bis in idem* was ik de slak in de kersenboom. De tocht was lang en verliep traag. De kinderen groeiden op, de zomers werden warmer en oude boeken, die ik - slechts gewapend met een potlood - op de zaal 'Oude en kostbare werken' mocht inzien, kwamen online beschikbaar. Precies op het moment dat ik de lange geschiedenis van de regel had beschreven, bereikte ik de kers. Toen werd, in 2009, het wetsvoorstel 'Herziening ten nadele' ingediend. Het voorstel wil een eind maken aan de onherroepelijkheid van de vrijspraak en zorgt dus voor een ommekeer. Ik kon het wetsvoorstel nog als een toespijs bij mijn onderzoek betrekken. Het wacht op dit moment op de mondelinge behandeling in de Tweede Kamer.

Anders dan in de parabel van de slak fladderden er geen arrogante spreeuwen om mij heen die mij voor dommerik uitmaakten. Integendeel, ik werd gedurende de tocht alleen maar aangemoedigd. Allereerst door Geert Knigge, mijn eerste promotor. Hij nam een aantal belangrijke beslissingen, gaf mij waardevolle adviezen en voorzag mijn hoofdstukken van scherpzinnige op- en aanmerkingen. In het afgelopen jaar weerhield hij mij bovendien van een al te radicale opruiming van het manuscript. Ook bij mijn tweede promotor, Bernard Stolte, kon ik rekenen op steun en vertrouwen. Hij verruimde mijn blik en gaf mij meer gevoel voor de historie. Margreet Smilde, met wie ik de eerste jaren van mijn onderzoek de kamer deelde, was nooit moe om naar mijn 'sensationele' ontdekkingen te luisteren, teksten te beoordelen en mij aan te vuren om door te gaan. De leiding van de vakgroep Strafrecht en Criminologie gaf mij in 2010 extra ruimte om mij op het afschrijven van het boek te kunnen concentreren en de leden van de vakgroep namen mijn onderwijstaken waar. Daaruit sprak behalve vertrouwen ook veel vriendschap. Leden van andere vakgroepen waren mij eveneens behulpzaam. Zonder de hulp van Roos Meijering bijvoorbeeld had ik de herkomst van de woorden *non bis in idem* niet kunnen ontcijferen en was het hoofdstuk Herkomst niet tot stand gekomen. De leden van de beoordelingscommissie Corjo Jansen, Berend Keulen en Tijs Kooijmans waren zo vriendelijk mij niet lang op hun oordeel te laten wachten. Bovendien voorzagen zij mijn manuscript van opbouwende commentaren. Ook Pieter Caljé nam het manuscript helemaal door en behoedde mij zo voor 'historische' blunders. Trude Smitskamp ten slotte was gedurende de laatste jaren van het traject behalve vriendin en meelezer met veel gevoel voor taal, mijn onverstoorbare coach. Al deze personen ben ik veel dank verschuldigd. Ik dank ook Jan Slagman en Tony Marguery voor hun vertaling van de samenvatting, Michael Bohlander voor zijn opmerkingen bij het hoofdstuk over Duitsland, Martina Althoff en Caroline Fournet voor het zetten van de laatste puntjes op de vreemde talen, en voorts al degenen die mij met hun opmonterende brieven, telefoontjes of mails hebben geholpen dit onderzoek tot een goed einde te brengen.

Sabri, Zemiattin en Rinde: dank voor jullie geduld! Jullie hebben mij van start tot finish begeleid, elk op jullie eigen, bijzondere en mij dierbare wijze. Zor spas, eşekoğlu eşekler!

Wiene van Hattum
Groningen, 17 november 2011

Verkorte inhoudsopgave

(aan slot van het boek is een uitgebreidere inhoudsopgave opgenomen)

Woord vooraf vii
Verkorte inhoudsopgave ix
Gebruikte afkortingen xi

Inleiding 1

Deel I Herkomst van de regel 'non bis in idem'
Hoofdstuk 1 De bronnen van het verbod van herhaling 15
Hoofdstuk 2 De tocht door het canonieke recht 65

Deel II Europa
Hoofdstuk 3 Europa, algemeen deel 85
Hoofdstuk 4 Europa, bijzonder deel 127

Deel III Frankrijk
Hoofdstuk 5 Ancien Régime 173
Hoofdstuk 6 De ontwikkeling van het strafproces in de Franse Revolutie 215

Deel IV Nederland
Hoofdstuk 7 Nederland 1570-1795 257
Hoofdstuk 8 Nederland 1795-1811 289
Hoofdstuk 9 Nederland 1813-1838 363
Hoofdstuk 10 Nederland 1838-1886 405

Deel V Op zoek naar de balans
Hoofdstuk 11 Duitsland 437
Hoofdstuk 12 Frankrijk 465
Hoofdstuk 13 Nederland 487
Hoofdstuk 14 Wetsvoorstel Herziening ten nadele 2009 509
Hoofdstuk 15 Slotbeschouwing 549

Samenvatting Duits 571
Samenvatting Frans 577
Literatuur 583
Persoonsnaamregister 609
Jurisprudentieregister 613
Register van Latijnse adagia 616
Inhoudsopgave uitgebreid 617

Gebruikte afkortingen

AG	Advocaat-generaal
A.P.	Archives Parlementaires
art.	artikel
artt.	artikelen
AWB	Algemene Wet Bestuursrecht
BGH	Bundesgerichtshof
BHTK	Bijlagen Handelingen Tweede Kamer
BNF	Bibliothèque nationale de France
BUPO	Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten
BVAR	Prof. mr. B.V.A. Röling
BVerfGe	Bundesverfassungsgericht
C.	Causa
c.	canon
ca.	circa
cap.	caput
CC	Code Civil
CCC	Constitutio Criminalis Carolina
CdC	Cour de Cassation
CJ	Codex Justinianus
CNTS	Centre national de transfusion sanguine
CP	Code pénal
CPP	Code de procédure pénale
c.s.	cum suis
curs.	cursivering
D.	Digesten / Distinctio, afhankelijk van de context.
DBNL	Digitale bibliotheek voor de Nederlandse letteren
DG	Decretum Gratiani
Dict. post D. 3, c. 42, De pen.	
	Dictum post D. 3, c. 42, qu. 3, De penitencia (C. 33)
diss.	dissertatie
e.a.	en anderen
EHRM	Europees Hof tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
EU	Europese Unie
e.v.	en volgende
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
GG	Grundgesetz
GW	Grondwet
H.	Hoofdstuk
HIV	Human immunodeficiency virus

HNG	Hoog Nationaal Gerechtshof
HR	Hoge Raad
HvJ	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van de Europese Unie
IBR	Instructie voor de Burgerlijke Rechtbanken, in het Decreet van 1799
i.c.	in casu
ICC	International Criminal Court
IDG	Instructie voor de Departementale Gerechtshoven, in het Decreet van 1799
i.h.b.	in het bijzonder
i.w.tr.	in werking treding
jo.	juncto
K.	Kamerstukken
KK	Karlsruher Kommentar
LJN	Landelijk jurisprudentienummer
l.k.	linkerkolom
m.n.	met name
m.nt.	met annotatie van
MvJ	Minister van Justitie
MvP	Manier van Procederen, in het Decreet van 1799
MvT	Memorie van toelichting
n.a.v.	naar aanleiding van
NBV	Nieuwe Bijbelvertaling (2004)
NJ	Nederlandse jurisprudentie
NJV	Nederlandse Juristenvereniging
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
nr.	nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	NStZ-Rechtsprechungsreport
OCJ	Ordonnantie op de Criminele Justitie 1570
OM	Openbaar ministerie
OSr	Ontwerp Wetboek van Strafrecht
OSv	Ontwerp Wetboek van Strafvordering
ovar	ontslag van alle rechtsvervolging
p.	pagina
par.	paragraaf
PB	Publicatieblad (van de Europese Gemeenschappen)
PDC	Parlementair Documentatie Centrum, Universiteit Leiden
PG	Procureur-generaal
P.L.	Patrologia Latina
PR	Provisioneel Reglement 1798
pr.	politierechter

qu.	quaestio
rb.	rechtbank
rc	rechter-commissaris
Rdn.	Randnummer
red.	onder redactie van
r.k.	rechterkolom
r.o.	rechtsoverweging
RO	Wet op de rechterlijke organisatie
RStPO	Reichsstrafprozessordnung
RUG	Rijksuniversiteit Groningen
Rv	Wetboek van burgerlijke rechtsvordering
RvS	Raad van State
Sch.	Prof. mr. T. M. Schalken
Sr	Wetboek van Strafrecht
Stb.	Staatsblad
Stcrt	Staatscourant
Stijl	Ordonnantie op de Stijl 1570
StPO	Strafprozessordnung
SUO	Schengen-uitvoeringsovereenkomst
Sv	Wetboek van Strafvordering
Th.W.v.V.	Prof. mr. Th. W. van Veen
t.k.	tweede kolom
vert.	vertaald door
vgl.	vergelijk
VV	Voorlopig verslag
W.	Weekblad van het Recht
WNT	Woordenboek der Nederlandsche Taal
wo	wetsontwerp
WP	Prof. mr. W.P.J. Pompe
WRI	Wetboek op de regterlijke instellingen en regtspleging in het Koningrijk Holland 1809
wvh	de auteur van dit boek
X	Liber Extra, de Decretalenverzameling van Paus Gregorius IX

Inleiding

Inleiding

Bij de titel
Dit onderzoek gaat over de ontwikkeling van het strafrechtelijk beginsel '*non bis in idem*', de regel die verbiedt iemand tweemaal te straffen, of tweemaal te vervolgen en te berechten voor hetzelfde feit. *Non bis in idem* betekent: 'niet twee keer over hetzelfde'. Het Latijn doet vermoeden dat het hier een oud Romeins adagium betreft. De uitdrukking stamt echter van na de receptie van het Romeinse recht - dus van na ca. 1100 - en is zelfs pas in de achttiende eeuw in zwang geraakt, en wel in Frankrijk.[1] In Nederland gebruikten strafjuristen de spreuk pas na 1813, dus na het vertrek van de Fransen. De woorden '*non bis in idem*' doken voor het eerst op bij de behandeling van het ontwerp Wetboek van Strafvordering (1828-1838).

De Fransen drukken de regel behalve met '*non bis in idem*' ook uit met '*l'autorité de la chose jugée*'[2] en in Duitsland spreekt men wel over '*das Verbot der Doppelbestrafung*' als gevolg van het verval van het recht tot strafvervolging ('*Verbrauch der Strafklage*').[3] Landen met een zogenaamde *common law*-traditie gebruiken van oudsher andere aanduidingen voor de regel. In het Verenigd Koninkrijk bijvoorbeeld wordt gesproken over de excepties '*autrefois convict*' en '*autrefois acquit*'[4] terwijl de tekst van de Amerikaanse grondwet luidt dat niemand '*shall be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb*'.[5] Maar ook in deze landen heeft de continentale wijze van uitdrukken ingang gevonden. De laatste decennia is in Europa de uitdrukking '*ne bis in idem*' iets gangbaarder geworden dan '*non bis in idem*'. Voor de betekenis van de regel maakt dat geen verschil.[6] Ik heb gekozen voor de uitdrukking *non bis in idem* omdat dit de oudste aanduiding

---

1 De vroegste bron die ik kon traceren is het *Recueil de jurisprudence* van Rousseaud de la Combe 1753; hij hanteert daarin het lemma '*Bis in idem*', met verwijzing naar (1) 'Basn. sur Norm. 143' en (2) 'Pap. liv. 19 tit. 8 art. 10 & 14.' Die tweede bron is waarschijnlijk Jean Papon (1505-1590); Jousse 1771 en Muyart de Vouglans 1780 gebruikten de uitdrukking alsof deze al langere tijd bestond (zie Hoofdstuk 5, par. 2.2). In Hoofdstuk 1, par. 2.5, wordt beschreven hoe de woorden kunnen worden herleid tot de Griekse vertaling van het Oude Testament.

2 Stefani 2008, par. 971.

3 KK-Kuckein 2008, par. 337, Rn. 25.

4 Deze formuleringen waren in Engeland al in de vijftiende eeuw in gebruik, Sigler 1969, p. 8 en 14.

5 Het verbod van *double jeopardy* werd opgenomen in het Vijfde Amendement bij de Amerikaanse Constitutie, Sigler 1969, p. 27 e.v. Ondanks de ogenschijnlijk duidelijker formuleringen laat de praktijk van het Amerikaanse recht zien dat over het leerstuk mogelijk nog meer onduidelijkheid bestaat dan op het vaste land van Europa (vgl. Sigler 1969). Zie over de Amerikaanse regel ook Friedland 1969. De *common law*-aanpak wordt in Zolotukhin/Rusland, EHRM 10 februari 2009, vermeld onder de '*relevant law and comparative international law*'.

6 Het gebruik van *ne* dan wel *non* is afhankelijk van de modus waarin het werkwoord staat, aanvoegende wijs of indicativus. Aangezien het werkwoord ontbreekt, zijn beide variaties mogelijk.

is op het Europese continent.[7] Met deze formulering wil ik uitdrukking geven aan de historische en continentale invalshoek van mijn onderzoek.

Een welluidend, natuurlijk en levend strafrechtelijk beginsel

De korte spreuk ligt goed in het gehoor, want behalve dat hij kernachtig is, klinkt hij ook ritmisch.[8] Pakkend is de uitdrukking *non bis in idem* in elk geval en hij klinkt ook anderen dan strafjuristen vertrouwd in de oren. De uitdrukking wordt ook in het civiele en het administratieve recht[9] gebruikt en daar een 'rechtsregel' of 'beginsel' genoemd. In tegenstelling echter tot in het civiele recht, waar geen specifieke rol meer voor de regel lijkt te zijn weggelegd,[10] is *non bis in idem* in het strafrecht een springlevend concept. Zowel nationaal als internationaal neemt de aandacht voor de functie van de regel binnen het strafrecht zelfs toe. Zo wordt het verbod van herhaling niet meer beperkt tot de sfeer van de rechtskracht van strafvonnissen[11] maar is het verbod uitgebreid naar - in beginsel onherroepelijke - buitengerechtelijke afdoeningen van strafrechtelijke aard.[12] In de Nederlandse rechtspraak wordt in dit verband wel gesproken van 'beginselen van een goede procesorde'[13] of, meer in het bijzonder, van 'het vertrouwensbeginsel'.[14] Dat komt omdat strikt genomen geen sprake is van toepassing van het in de wet neergelegde verbod van herhaling (artikel 68 van het Wetboek van Strafrecht) en alleen aan dit verbod in de memorie van toelichting het predicaat *non bis in idem* werd verleend. Met de verwijzing naar 'de beginselen van een goede procesorde' wordt echter ook gedoeld op het verbod van herhaling. Deze vervangende aan-

---

7 Binnen de Raad van Europa is de *non bis*-variant de meest gebruikelijke, vgl. het *Explanatory report* bij art. 4 Protocol 7 EVRM en Zolotukhin/Rusland, EHRM 10 februari 2009, terwijl het HvJ vooral '*ne bis*' gebruikt, vgl. Mantello, HvJ 16 november 2010, C-261/09. De aanduiding met '*ne bis*' lijkt ook meer te worden gebruikt waar het tussenstatelijke samenwerking betreft; vgl. voor wat betreft de Nederlandse literatuur: Franken 1995 (*non bis*) en Van Bockel 2009 (*ne bis*), en voor wat betreft de Duitse zie Berner 1855 (*non bis*) en Specht 1999 (*ne bis*).

8 De woorden *non bis in idem* vormen de laatste twee voeten van een dactylische hexameter, de versmaat die bijvoorbeeld Homerus gebruikte (lang, kort, kort, lang, lang).

9 Het verbod van herhaling in het administratieve recht (titel 5.1 Vierde tranche AWB) blijft in dit boek onbesproken.

10 Zie Hoofdstuk 1, par. 1.1.

11 Zoals in art. 68 Sr 1881 nog het geval was.

12 Nationaal komt dit tot uitdrukking in art. 68 lid 3 Sr, de erkenning van de buitengerechtelijke afdoening in een ander land, voorts in art. 74 lid 1 Sr, de transactie, (HR 17 december 1963, *NJ* 64, 385, Joyriding II, waarin de Hoge Raad overwoog dat de bepaling van art. 74 lid 1 Sr 'uitbreiding' gaf aan 'het beginsel van artikel 68 Sr') en in de artt. 257a e.v. jo 255a Sv in de strafbeschikking. Bovendien geldt het verbod ook na 'voeging ad informandum' (HR 13 februari 1979, *NJ* 1979, 243, m.nt. Th.W. van Veen). Interstatelijk is aan deze uitbreiding van het verbod tot buitengerechtelijke afdoeningen gevolg gegeven in HvJ 11 februari 2003, Gözütok (C-187/01) en Brügge (C-385/01).

13 Bv. HR 13 februari 1996, *NJ* 1996, 439.

14 Strijards 1989, p. 73 en 75.

duidingen komen dus in de kern neer op de erkenning van hetzelfde natuurlijke, rechtsnormatieve principe[15] om iemand niet tweemaal over hetzelfde lastig te vallen met een strafrechtelijke procedure. Dit beginsel is dan ook van alle tijden en van alle landen. Het is onder meer neergelegd in het mondiale Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten van 1966[16] en het maakt sedert 1984, door de inwerkingtreding van het Zevende Protocol, deel uit van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens.[17] Deze mensenrechtenverdragen regelen de nationale, dus territoriale, toepassing van het beginsel. Tússen de staten kent het beginsel vanouds toepassing in de uitleveringsverdragen en andere verdragen betreffende internationale rechtshulp.

Door de uitbreiding van de interstatelijke samenwerking in strafzaken in Europa heeft de regel nieuw elan gekregen. De in 1990 van kracht geworden Uitvoeringsovereenkomst van het Verdrag van Schengen inzake de politiële en justitiële samenwerking (SUO) noodzaakte tot een Europese uitleg.[18] Een supranationale rechter - het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, thans Hof van Justitie van de Europese Unie - ging de geschillen aangaande de toepassing van het verbod van herhaling beoordelen.[19] Sinds het Verdrag van Lissabon[20] kent de Europese Unie een 'Grondrechten Handvest' en ook dáárin is het verbod van herhaling van strafrechtelijke vervolging en bestraffing opgenomen.[21] De nationale rechter kan hieraan - binnen de marges van het Handvest - rechtstreeks toet-

---

15 Vgl. Strijards 1988, p. 72, over 'de meerzinnigheid' van de term 'beginsel'.

16 Art. 14 lid 7 BUPO-verdrag, *Trb*. 1969, 99, zie Hoofdstuk 14, par. 5.4.

17 Art. 4 Zevende Protocol EVRM, *Trb*. 1985, 2, zie Hoofdstuk 14, par. 5.4. Het verbod is bijvoorbeeld ook opgenomen in art. 8-4 *American Convention on Human Rights* 1969, (Pact of San José).

18 *Trb*. 1990, 145. Het betreft de uitleg van art. 54 SUO. Dit artikel verbiedt een tweede vervolging of berechting na definitieve berechting van dezelfde persoon wegens hetzelfde feit in een andere lidstaat. De regel wordt sinds 1999 beheerst door de bepalingen in Titel VI van het Verdrag van de EU inzake politiële en justitiële samenwerking in strafzaken (art. 2 Protocol tot opneming van het Schengen-acquis in het kader van de EU, behorende bij het Verdrag van Amsterdam van 2 oktober 1997, *Trb*. 1998, 11, in werking getreden op 1 mei 1999). Over de toepassing van de regel binnen de EU zie Van Bockel 2009a.

19 Het Europese Hof van Justitie heeft in zijn eerste uitspraak over de uitleg van art. 54 SUO, 11 februari 2001, Gözütok (C-187/01) en Brügge (C-385/01), een ruime uitleg aan het artikel gegeven door (in strijd met de bewoordingen van het artikel) te bepalen dat de regel ook van toepassing is op een vervolging terzake van een feit dat eerder is afgedaan door middel van een OM-transactie ter voorkoming van strafvervolging.

20 Verdrag van Lissabon tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, Lissabon, 13 december 2007, in werking getreden 1 december 2009.

21 Art. 50 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, (2000/C 364/01): 'Niemand wordt opnieuw berecht of gestraft in een strafrechtelijke procedure voor een strafbaar feit waarvoor hij in de Unie reeds onherroepelijk is vrijgesproken of veroordeeld overeenkomstig de wet.'

sen.[22] Op bovenstatelijk niveau heeft het verbod van herhaling een plaats gekregen in het Statuut van het Internationaal Hof voor de berechting van oorlogsmisdrijven, misdrijven tegen de menselijkheid en genocide van 1998 (ICC).[23] *Non bis in idem* is derhalve niet alleen in het nationale strafrecht maar ook in het internationale en supranationale strafrecht een actueel onderwerp en een levend begrip. De korte en welluidende spreuk blinkt echter niet uit in helderheid; hij wordt nergens gedefinieerd. Het is een verbod om iemand tweemaal te straffen of te vervolgen, maar de omlijning van het verbod is niet scherp. Dit komt doordat niet steeds helder is wat als 'hetzelfde' ('*idem*') moet worden beschouwd. Dat geldt ook voor '*bis*'. Zo is op dit moment in Duitsland en in Nederland een discussie gaande over de vraag in hoeverre er sprake is van strijd met het beginsel indien een definitief geëindigde strafrechtelijke vervolging - bijvoorbeeld wegens het opkomen van nieuw belastend materiaal - in het nadeel van de gewezen verdachte zou worden hervat, de 'herziening ten nadele'.

Het onderzoek

De snelle internationale ontwikkelingen roepen de vraag op hoe de regel *non bis in idem* interstatelijk het beste zou kunnen worden benaderd[24] en hoe hij zich verhoudt tot nationale opvattingen. Onder anderen Specht[25] en Van Bockel[26] hebben hier uitgebreid studie naar verricht. De Europese ontwikkeling is nog in volle gang.[27] Ook is het van belang de ontwikkeling te volgen van de rechtspraak van het Europese Hof voor de rechten van de mens als het gaat om de nationale uitleg van het beginsel, in het bijzonder ook die rond de uitleg van 'hetzelfde feit'. Tot nu toe heeft deze rechtspraak een zekere grilligheid laten zien.[28] Dit toont aan dat het vinden van een juiste maatstaf niet eenvoudig is. De oorzaak daarvan ligt in het verschil tussen nationale procesrechtelijke regels. In die nationale regels maakt het verbod van herhaling deel uit van de balans tussen rechtszekerheid en gerechtigheid.[29] Het verbod krijgt daardoor een nationale invulling. Dit

---

22 Art. 51 Handvest beperkt de werking tot die beslissingen van de lidstaten 'die het recht van de Unie ten uitvoer brengen', vgl. Rb. Almelo, 23 juni 2011, *LJN* BQ9473.

23 Statuut van het internationale strafhof, Rome, 17 juli 1998, *Trb*. 2000, 120, art. 20.

24 Zo zijn er tenminste vijf mogelijke benaderingen van het feitsbegrip in interstatelijk verband, zie Van Hattum 2001, p. 348.

25 Specht, dissertatie Heidelberg 1999.

26 Van Bockel, dissertatie Leiden 2009.

27 Hieraan draagt behalve art. 54 SUO ook art. 3 lid 2 KEAB bij, vgl. HvJ 16 november 2010 (C-261/09) inzake Mantello, zie Hoofdstuk 11, par. 4.

28 Vgl. de '*summary of the existing approaches*' in EHRM 10 februari 2009, Zolotukhin/Rusland, r.o. 70-77.

29 Met 'gerechtigheid' doel ik hier op 'het belang om de dader te straffen'. Ruimer genomen maakt ook de rechtszekerheid, en dus ook het belang van de dader om na een definitieve berechting met rust te worden gelaten, deel uit van de gerechtigheid, of van het meer omvattende begrip

komt bijvoorbeeld aan het licht in de recente uitspraak van het Hof van Justitie inzake de overlevering van de Italiaan Mantello.[30]

Werkwijze en beperkingen

'*The history of the rule against double jeopardy is the history of criminal procedure*', schreef Friedland in 1969.[31] Ik ben tijdens deze studie tot dezelfde slotsom gekomen.[32] Daarom heb ik mij gericht op de processuele kant van het beginsel en wel vanuit nationaal continentaal perspectief. Dit onderzoek behandelt de achtergrond en ratio van het beginsel *non bis in idem* zoals die tot uitdrukking komen in de wetgeving van enkele landen op het vasteland van Europa, te weten de gebieden die we nu aanduiden met 'Frankrijk', 'Nederland' en 'Duitsland'. Hiertoe heb ik allereerst aan de hand van de achttiende- en negentiende-eeuwse bronnen de weg teruggezocht naar de wortel van het beginsel. Die weg voerde mij in een tamelijk rechte lijn naar de klassieke oudheid. Daar ben ik vervolgens mijn beschrijving begonnen.

Naar tijd is het onderzoek dus nauwelijks gelimiteerd, naar plaats is het dat wel. Voorts bepaal ik mij voor wat betreft de inhoud van het beginsel tot de kern van het strafrechtelijk verbod, waaronder ik versta het verbod van herhaling van een strafrechtelijke aanklacht door dezelfde persoon (instantie of rechtskring) tegen dezelfde persoon wegens hetzelfde feit. De geschiedenis van het verbod van herhaling zoals ik die beschrijf, betreft in beginsel alleen het 'zuivere geval', de situatie waarin geen discussie bestaat over de vraag of er wel sprake is van 'hetzelfde feit'.[33] De kwestie wat verstaan moet worden onder 'hetzelfde' staat in deze studie dus niet centraal. De kern van dit onderzoek ligt bij de toepassing van de regel als het gaat om het opkomen van nieuwe bezwaren, dus de herhaalde vervolging na een berechting die achteraf als 'niet geslaagd' wordt beschouwd. Het onderzoek richt zich voorts niet in het bijzonder op de kwestie van meerdere aanklagers of gebreken in de procedure. Daarom laat ik de toepassing van de regel in geval er sprake is van overlap van jurisdicties, bijvoorbeeld van de kerkelijke en de wereldlijke macht, buiten beschouwing. Het gaat dan immers niet om een aanklacht door dezelfde persoon of instantie. Daarom, en ook omdat Engeland buiten mijn onderzoeksgebied valt, blijft de inhoudelijke kant van de strijd tussen Thomas à Becket en de Engelse koning onbesproken, al is die controverse - over de toepassing van wereldlijk recht op 'criminele geestelijken'- wel 'de oorsprong' van het leer-

---

rechtvaardigheid. Zie over de toepassing van deze begrippen in het kader van 'herziening' bijvoorbeeld Van Kempen 2003, p. 306 e.v.

30 HvJ 16 november 2010, C-261/09 (Mantello), zie Hoofdstuk 11, par. 4.

31 Friedland 1969, openingszin.

32 Van Hattum 2007.

33 Vgl. Mevis en Kooijmans 2003, p. 7.

stuk van *double jeopardy* genoemd.[34] Buiten beschouwing laat ik ook de cumulatie van strafrechtelijke en niet-strafrechtelijke procedures, zoals civiele, administratieve en tuchtrechtrechtelijke. Dit zijn voorbeelden van herhaling door verschillende personen of instanties en zij worden in het algemeen niet als strijdig met het strafrechtelijk *non bis in idem*-beginsel beschouwd.[35] Voorts moet van het verbod van herhaling nog worden onderscheiden de gelijktijdige oplegging van meer sancties naar aanleiding van hetzelfde feit: de samenloop.[36] Voor zover men doelt op het verbod van dubbele bestraffing van hetzelfde feit door meervoudige kwalificatie van dat feit in één en dezelfde vervolging, is er sprake van eendaadse samenloop of *concours idéal*. Dit leerstuk zal slechts zijdelings aan de orde komen.[37] Ik beperk mij tot het verbod van herhaalde, of consecutieve, vervolging en bestraffing zoals dit verbod vanuit de oudheid door de Receptie deel is geworden van het continentale Europese strafproces van de Middeleeuwen.

De invalshoek van het onderzoek is een Nederlandse. Aan de geschiedenis van artikel 68 Wetboek van Strafrecht zijn dan ook de meeste bladzijden gewijd. Omdat dit artikel zijn directe oorsprong heeft in het Franse echt, kreeg ook de Franse geschiedenis ruime aandacht. Duitsland komt er bekaaider van af; alleen in het slotdeel is een apart hoofdstuk aan dit land gewijd. Dit doet de beschrijving van de continentale geschiedenis van het beginsel mijns inziens niet te kort omdat de Duitse geschiedenis van het beginsel voor een belangrijk deel parallel loopt aan die van de beide andere landen. Dit blijkt uit deel II, het Europese deel, van het onderzoek. Het is vooral interessant om te zien hoe het rechtsbeginsel zich in de Duitse landen heeft ontwikkeld vanaf het moment dat de gemeenschappelijke inquisitoire strafrechtscultuur van de drie landen overging in een nationale. Deze geschiedenis kan voor de verdere ontwikkeling van de Nederlandse regelgeving van belang zijn.[38]

---

34 Vgl. Friedland 1969, p. 328.

35 Op het randje ligt de zaak tegen de gedetineerde die in de gevangenis een bewaarder mishandelde en voor deze 'misdraging' een disciplinaire straf kreeg van '14 dagen opsluiting in een strafcel' om vervolgens wegens 'mishandeling' te worden vervolgd, Rb. Almelo 8 juli 2010, *LJN* BN1369. Volgens de politierechter was in dit geval wel sprake van een tweede strafrechtelijke vervolging van hetzelfde feit en leverde dat schending op van art. 50 Handvest van de Grondrechten van de EU, (*PB EG*, 2000/C 364/01). Dit artikel is echter gelet op art. 51 van het Handvest niet van toepassing, vgl. (dezelfde) politierechter in de Rb. Almelo 23 juni 2011, *LJN* BQ9473. Dit soort cumulatie van tuchtrecht en strafrecht wordt door art. 68 Sr niet verboden, maar mogelijk wel door artikel 4 Protocol 7 EVRM en art. 14 lid 7 BUPO. Over de toepasselijkheid van deze artikelen zie Hoofdstuk 14, par. 5.4.

36 Vgl. Van Bemmelen 1934 (I).

37 In het bijzonder bij de bespreking van Frankrijk, Hoofdstuk 12.

38 Hierover meer in Hoofdstuk 11, par. 3 en Hoofdstuk 14, par. 3.4.

Toespitsing van het onderzoek

Dat ik mij tot de landen van het Europese continent heb beperkt, heeft diverse redenen. Allereerst is het een kwestie van begrenzing. Belangrijker is echter dat de aandacht voor het vasteland (meer dan) voldoende stof oplevert voor rechtsvergelijking. Het bijzondere is dat deze landen een gemeenschappelijk rechtsgeschiedenis hebben en het strafproces van deze landen pas vanaf omstreeks 1800 uiteen groeide. Vanaf dat moment ontwikkelde ook elk land een methode om het verbod van herhaling van zijn scherpste kanten te ontdoen en zo de diverse belangen - rechtsbescherming, bestraffing van de dader en rust in de samenleving - die tot uitdrukking komen in het respect voor een *res judicata*[39] met elkaar in balans te brengen. Zo heb ik onderzocht welke uitzonderingen er in elk land op de regel worden gemaakt om die balans te bereiken. Dit leidde vervolgens tot de vraag op welke wijze in Nederland tegemoet gekomen kan worden aan de wens om het verbod van herhaling buiten werking te stellen zonder daarbij de balans uit het oog te verliezen.

De opbouw van dit boek

Het onderzoek is opgebouwd uit vijf delen, verdeeld over 15 hoofdstukken. In het eerste deel is gezocht naar de oorsprong van het beginsel en van de spreuk. Dit deel heet 'Herkomst' en bestaat uit twee hoofdstukken. Het eerste hoofdstuk gaat in op de toepassing van het verbod van herhaling in de oudheid en op de herkomst van de woorden *non bis in idem*. Het tweede hoofdstuk volgt het verbod van herhaling door de kerkgeschiedenis tot het terecht komt bij de Italiaanse criminalisten in de vijftiende eeuw.

Het tweede deel heet 'Europa'. Dit deel bestaat uit een algemeen en een bijzonder deel. In het algemene deel, het derde hoofdstuk, wordt een beschrijving gegeven van het Europese strafrecht vanaf de zestiende eeuw; in het bijzondere deel, het vierde hoofdstuk, wordt ingegaan op de betekenis van het verbod van herhaling in dit Europese strafrecht van de late Middeleeuwen tot aan het begin van de Verlichting.

Het derde deel heet 'Frankrijk'. Het behandelt het verbod van herhaling in de Franse rechtswetenschap. Het bestaat weer uit twee hoofdstukken. Het eerste, hoofdstuk 5, beschrijft de rol van het verbod van herhaling in de zestiende-eeuwse strafrechtelijke literatuur tot 1791, dus onder het Ancien Régime; het tweede deel, hoofdstuk 6, betreft de veranderingen in de toepassing van het beginsel die tot stand werden gebracht door de Franse Revolutie. Dit hoofdstuk beslaat de periode 1791-1810.

---

[39] Vgl. AG Colomer, 20 oktober 2005, HvJ C-436/04 (Van Esbroeck), r.o. 21.

Het vierde deel heet 'Nederland'. Dit deel bestaat uit vier hoofdstukken, zijnde vier episodes uit de Nederlandse geschiedenis: van de Middeleeuwen tot aan de Bataafse republiek (Hoofdstuk 7), van de Bataafse Republiek tot aan de bezetting van de Nederlandse gebieden door Napoleon Bonaparte (Hoofdstuk 8), vanaf het vertrek van de Fransen tot het in werking treden van het eerste Wetboek van Strafvordering in 1838 (Hoofdstuk 9) en vanaf dat moment tot opname van de regel in het Wetboek van Strafrecht van 1886 (Hoofdstuk 10).

Dan volgt een vijfde deel, het slotdeel, dat de naam heeft gekregen: 'Op zoek naar de balans'. Dit deel bestaat uit vijf hoofdstukken. De eerste drie behandelen de ontwikkelingen met betrekking tot het beginsel die sinds de codificatie, dus vanaf rond 1800, hebben plaatsgevonden in de landen Duitsland (Hoofdstuk 11), Frankrijk (Hoofdstuk 12) en Nederland (Hoofdstuk 13). Deze hoofdstukken geven inzicht in de wijze waarop elk land invulling gaf, en thans geeft, aan het verbod van herhaling en hoe de jurisprudentie van elk land het feitsbegrip autonoom heeft afgebakend. Deze hoofdstukken behandelen dus ook het '*idem*' in de regel *non bis in idem*.

Het volgende hoofdstuk (Hoofdstuk 14) behandelt het in 2009 ingediende wetsvoorstel inzake de 'herziening ten nadele'. De voorgestelde wetswijziging wordt tegen het licht gehouden en beschouwd vanuit de historie van artikel 68 Wetboek van Strafrecht. Dan volgt een overzicht van het wetsontwerp op hoofdlijnen en wordt onderzocht in hoeverre het wetsvoorstel aansluit bij de in het verleden in de doctrine geuite wensen om het rechtsmiddel herziening ten nadele in te voeren. Dit veertiende hoofdstuk eindigt met een beschouwing ten aanzien van de randvoorwaarden en de wenselijkheid van de invoering van het wetsvoorstel. In deze beschouwing worden de realiseerbaarheid van het beoogde doel en de rechtsgeldigheid van de daartoe ingezette middelen afgezet tegen de uit de historie blijkende behoefte aan het rechtsmiddel, de mensenrechten en de redenen waarom destijds gekozen is voor een 'harde knip', waarmee ik bedoel: een vrijspraak die nadat hij eenmaal onherroepelijk is geworden niet meer aan enig rechtsmiddel mag worden onderworpen.

Het boek eindigt met een slotbeschouwing (Hoofdstuk 15) waarin allereerst de belangrijkste bevindingen van de voorafgaande hoofdstukken worden samengevat. De eerste paragraaf kan dan ook worden gelezen als de samenvatting van het historische deel. De slotbeschouwing behandelt voorts de vraag in hoeverre processuele onregelmatigheden, in het bijzonder strafbare feiten die de uitkomst van het strafproces voor de verdachte gunstig hebben beïnvloed (*falsa*) dan wel nieuwe bezwaren tegen de vrijgesproken verdachte (*nova*), een reden zouden moeten zijn om het proces te heropenen en zo ja, welke regeling dan de voorkeur verdient.

Deel I

Herkomst van de regel '*non bis in idem*'

Deel I
Herkomst van de regel '*non bis in idem*'

Inleidende opmerkingen en overzicht van dit deel

Dit eerste deel doet verslag van een onderzoek naar de herkomst van de regel *non bis in idem* in het strafrecht. Het bestrijkt de periode vanaf de eerste geschreven wetten tot aan de late middeleeuwen, dus ca. 3000 jaar. Gezien deze tijdspanne moge het duidelijk zijn dat slechts de hoofdlijn van deze geschiedenis kon worden gevolgd en wel door gebruikmaking van door anderen gebaande paden. Ik heb geen bronnen aangeboord die niet al eens eerder werden aangehaald. De Griekse en Romeinse teksten die ik citeer, heb ik met behulp van vertalingen bestudeerd.[1] Mijn bijdrage is het leggen van een verband tussen de diverse teksten, zowel wat betreft de inhoud als wat betreft de formulering van de 'regel' *non bis in idem*. De reden om betekenis en formulering in dit hoofdstuk tegelijk te behandelen, is dat die betekenis in de literatuur wel wordt beargumenteerd met de formulering ervan en betekenis en formulering op die manier met elkaar worden verbonden. Om te onderzoeken of deze argumentatie juist is, is het noodzakelijk formulering en inhoud van de spreuk in samenhang met elkaar te beschouwen. Tegelijk dienen zij steeds goed van elkaar te worden onderscheiden. Ik zal dat doen door in dit hoofdstuk de betekenis van de regel aan te duiden met 'het verbod van herhaling' en deze te plaatsen tegenover 'de formulering van de regel'. Waar ik beide bedoel, spreek ik over 'de regel *non bis in idem*', of kortweg 'de regel'.

Het eerste hoofdstuk heeft als vertrekpunt de huidige rol van de regel *non bis in idem* in het Nederlands burgerlijk recht en strafrecht. Een vergelijking van beide rechtsgebieden geeft mij de gelegenheid om de regel tegen zijn historische achtergrond te plaatsen (Hoofdstuk 1.1). Vervolgens worden de Romeinse wortels van de regel in het burgerlijk recht blootgelegd. Dit voert het verhaal langs de civielrechtelijke formulering '*bis de eadem re ne sit actio*', een citaat dat wel wordt teruggevoerd op de Griekse retoren. Zo belanden wij in het Attische recht. Van daaruit wijd ik een korte bespiegeling aan het verbod van herhaling in de oudste ons bekende wetgevingen, die uit het Mesopotamische Rijk, waaronder de Mozaïsche wetten. Het Oudtestamentische vers Nahum krijgt apart aandacht omdat de formulering van de regel op dit vers kan worden teruggevoerd (Hoofdstuk 1.2). Vanaf dat punt bespreek ik het verbod van herhaling zoals dat in het Romeinse strafrecht (*ius publicum*) gestalte heeft gekregen (Hoofdstuk 1.4). Hoofd-

[1] Zie voor de gebruikte vertalingen de toelichting voorafgaande aan de literatuurlijst.

stuk 2 beschrijft hoe de regel vervolgens langs zowel de weg van het canonieke recht als door de receptie van het Romeinse recht zijn weg heeft gevonden naar de criminalisten van de vijftiende eeuw.
De historische rangschikking van de gegevens en de beschreven strafrechtelijke betekenis die door de eeuwen heen aan het verbod van herhaling werd toegekend, dienen als basis voor het vervolg van mijn onderzoek naar de achtergrond van *non bis in idem* in het huidige strafrecht. Deze historische escapade dient bovendien nog de volgende doelen. Ten eerste wil ik laten zien dat het strafrechtelijk verbod van herhaling een eigen oorzaak en daardoor een eigen betekenis en een eigen geschiedenis heeft, los van de regel in het civiele recht. Voorts biedt de rondgang door het Romeinse recht mij de gelegenheid om een aantal juridische termen uit te leggen die na de receptie van het Romeinse recht weer opdoken in het strafrecht vanaf de late middeleeuwen.

Hoofdstuk 1
De bronnen van het verbod van herhaling

1. Burgerlijk recht en strafrecht: een plaatsbepaling

Deze paragraaf dient als plaatsbepaling, en wel om de regel *non bis in idem* in het strafrecht te onderscheiden van die in het burgerlijk recht. Ik geef daartoe een kort overzicht van de huidige benaderingswijze van de regel in het burgerlijk recht en in het strafrecht. Hieruit blijkt dat de oorsprong en de grondslag van de regel in beide rechtsgebieden verschillen.

1.1 *Non bis in idem* in het burgerlijk recht

In het burgerlijk procesrecht wordt het verbod van herhaling beschouwd als een uitvloeisel van procesvormen uit de vroeg-Romeinse tijd, het *legis actio*-proces en het *formula*-geding.[1] Beide procesvormen bestonden uit twee fasen, een procedurele en een inhoudelijke.[2] De procedurele eerste fase werd gevormd door de aftasting van de procesposities van partijen: de omvang van de klacht en het eventuele verweer. In deze fase werd de rechtsstrijd (*lis*)[3] vastgesteld. In de inhoudelijke tweede fase beoordeelde de rechter, een door partijen daartoe aangewezen burger,[4] het aldus vastgelegde geschil. De overgang van de eerste naar de tweede fase werd gemarkeerd door de bekrachtiging door partijen van de gemaakte procesovereenkomst, de zogenaamde *litis contestatio*, letterlijk: getuigenis van (de omvang van) de rechtsstrijd. De omlijning van het strijdpunt tussen partijen was dus bepalend voor het eindoordeel; van de eenmaal vastgelegde procesposities kon niet meer worden afgeweken. De procesovereenkomst kwam aldus in de plaats van de oorspronkelijk 'actie'; deze verviel. Dat betekende dat er geen tweede proces over hetzelfde kon worden ingesteld. Aan de *litis contestatio* wordt daarom wel 'consumerende werking' toegeschreven: na de *litis contestatio* kon

---

1 Kaser 1966, p. 59. De *legis actio* werd omstreeks de tweede eeuw v. Chr. verdrongen door het *formula*-geding, Lokin 2008, par. II.6, situeert de overgang 'omstreeks het begin van onze jaartelling'. Bron is het commentaar van Gaius op de Romeinse wetgeving, zijn *Institutiones*, zie par. 2.2.

2 Kaser 1966, p. 229. Volgens Kaser werd het twee-fasenproces niet uitsluitend in civiele zaken maar ook in strafzaken toegepast, Kaser 1966, p. 118.

3 *Lis*: rechtsstrijd, tweede naamval: *litis*, meervoud: *lites*.

4 De onderwerping van partijen aan een rechter is volgens Kaser 1966, p. 118, het meest wezenlijke onderdeel van het *formula*-proces. Zie ook Lokin 2008, par. II.7, over de verschillen tussen de taak van de rechter in het formula-proces en die van de huidige civiele rechter.

geen tweede maal een actie over dezelfde zaak tegen dezelfde persoon worden ingesteld. Deze procesregel wordt door civilisten aangeduid met *bis de eadem re ne sit actio* (er mag niet tweemaal een actie worden ingesteld met betrekking tot dezelfde zaak) een regel die - waarschijnlijk niet erg lang geleden[5] - is verkort tot de uitdrukking '*ne bis in idem*'.[6] De regel *bis de eadem re ne sit actio* wordt ook gevonden in een langere versie, namelijk met de toevoeging *inter easdem partes*, dus: *inter easdem partes bis de eadem re ne sit actio* (tussen dezelfde partijen mag niet tweemaal een actie worden ingesteld met betrekking tot dezelfde zaak). Deze regel betekent dat het vorderingsrecht is vervallen. Hij functioneerde onafhankelijk van de uitkomst van de rechterlijke beslissing.[7] Het betreft hier een procesregeling van hoofdzakelijk economische aard.[8]

De twee-fasenprocedure werd in de derde eeuw van onze jaartelling verdrongen door één, waarin niet een burger als rechter optrad maar partijen werden toegelaten tot een ambtelijke rechter. Daarmee verdween de oorspronkelijke functie van de *litis contestatio*.[9] In de theorievorming over de herhaling en de samenloop van verschillende acties kwam nu de nadruk te liggen op de kracht van het door de rechter gevelde vonnis, het gezag van gewijsde. Het gezag van gewijsde leverde de *exceptio rei iudicatae* of *litis finitae* op, het verweer dat de zaak al eerder definitief is beslist. De grond voor dit gezag werd onder meer gevonden in de regel *res iudicata pro veritate accipitur*:[10] wat de rechter beslist heeft, wordt voor waar gehouden. Zo verschoof het zwaartepunt in de procedure van de *litis contestatio* naar het gezag van gewijsde. Daarin is tot op de dag van vandaag weinig verandering gekomen. De tekst van het huidige artikel 236 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, over de verbindende kracht van rechterlijke beslissingen, kan nog moeiteloos op de Justiniaanse wetgeving worden teruggevoerd.[11]
Met het verlaten van het twee-fasenproces verviel de klachtconsumptie en daarmee ging tevens de regel dat geen tweede aanklacht over hetzelfde kon worden

---

5 Zie de inleiding.

6 Lokin 2008, p. 55; Beukers 1994, p. 107, Brinkhof 1987, p. 18.

7 Vgl. Veegens 1972, p. 13, 14, 'In dit (*formula*-, wvh) stelsel was de vraag naar de bindende betekenis van het vonnis van veel minder belang dan in het tegenwoordige recht, omdat alleen al tengevolge van het feit dat over het geschil een geding was gevoerd, een tweede proces uitgesloten was.'

8 Vgl. Lokin 2008, p. 56.

9 Lokin 2008, par. II. 21. De benaming *litis contestatio* bleef wel in gebruik, vgl. Veegens 1972, p. 14.

10 Deze formulering is ontleend aan de Romeins jurist Ulpianus, D. 1.5.25 en D. 50.17.207.

11 Art. 236 Rv, voorheen art. 67 Rv, daarvoor art. 1954 BW, dat is overgenomen uit art. 1351 CC, kan worden herleid tot D. 44.2.12-14, Veegens 1972, p. 17. Art. 236 luidt: 1. Beslissingen die de rechtsbetrekking in geschil betreffen en zijn vervat in een in kracht van gewijsde gegaan vonnis, hebben in een ander geding tussen dezelfde partijen bindende kracht. 2.Onder partijen worden mede begrepen de rechtverkrijgenden onder algemene of bijzondere titel, tenzij uit de wet anders voortvloeit. 3.Het gezag van gewijsde wordt niet ambtshalve toegepast.

ingesteld, verloren. Het verbod van herhaling werd nadien niet gecodificeerd. In de hedendaagse doctrine wordt de regel wel gezien als onderdeel van het bredere leerstuk *lites finiri oportet*,[12] het adagium dat uitdrukt dat het eens afgelopen moet zijn met de strijd. Zo ziet Brinkhof bestaansrecht voor de regel gedurende de periode tussen de uitspraak en het moment waarop de uitspraak onherroepelijk wordt. Zolang tegen een uitspraak een gewoon rechtsmiddel openstaat, mag de rechter dezelfde zaak niet nog eens berechten.[13] In het hedendaags burgerlijk procesrecht lijkt de rol van *non bis in idem* als zelfstandige grond voor niet-ontvankelijkheid echter te zijn uitgespeeld. De civiele kamer van de Hoge Raad hanteert de formulering niet meer. Hij gebruikt nu als criterium voor situaties van ongewenste herhaling de 'regels van een goede procesorde'.[14] Eerder overwoog de HR al ten aanzien van een 'beroep op het beginsel *ne bis in idem*', dat 'toepassing daarvan in ieder geval achterwege dient te blijven waar zij tot ongewenste uitkomsten zou kunnen leiden'.[15] De HR oordeelde dat partijen een rechtens te respecteren belang kunnen hebben om hun vorderingsrecht te herhalen.[16] Anderzijds kan een herhaling van zetten wel tot het oordeel 'misbruik van procesrecht' of 'strijd met een goede procesorde' leiden. Aan een afzonderlijk beginsel '*ne bis in idem*', naast het gezag van gewijsde, bestaat dan geen behoefte.[17] Eén en ander brengt Beukers ertoe de stelling te betrekken dat '*ne bis in idem*' geen deel meer uitmaakt van het burgerlijk procesrecht. Zij betoogt tevens dat de regel 'onwenselijk' is, omdat door de toepassing van '*ne bis in idem*' niet meer aan de orde kan komen of een partij belang heeft bij zijn vordering.[18] Het algemene herhalingsverbod zou met andere woorden in strijd komen met de procesautonomie van partijen.[19] Om dit standpunt kracht bij te zetten, houdt Beukers vast aan het herhalingsverbod in zijn oorspronkelijke, Romeinsrechtelijke betekenis, dus een algemeen herhalingsverbod op basis van het verlies van het vorderingsrecht.[20]

---

12 *Lites finiri oportet* betekent letterlijk: 'het behoort (*oportet*) dat processen (*lites*) beëindigd worden (*finiri*)'. Brinkhof 1987, onderscheidt in dit adagium twee aspecten; 1. dat er een eind moet komen aan een procedure (o.a. door middel van het stellen van termijnen) en 2. dat eenmaal besliste geschillen niet opnieuw tot procedures mogen leiden (d.m.v. aan termijnen gebonden rechtsmiddelen en door de erkenning van het negatief gezag van gewijsde: '*ne bis in idem*').

13 Brinkhof 1987, p. 18.

14 HR 27 mei 1983, *NJ* 1983, 600 (in deze zaak stelde AG Biegman-Hartogh '*ne bis in idem*' overigens op één lijn met 'een gesloten stelsel van rechtsmiddelen') en HR 4 mei 1984, *NJ* 1985, 3. De arresten worden besproken door Brinkhof 1987, p. 18.

15 HR 12 juni 1970, *NJ* 1970, 375, besproken door Beukers 1994, p. 108, 109.

16 HR 10 juni 1983, *NJ* 1983, 797, besproken door Beukers 1994, p. 111.

17 Numann 2003, GS Rv, art. 236, aant. 12.

18 Beukers 1994, p. 110. Ook Remmelink 1989 p. 519 is de mening toegedaan dat de rol van *non bis in* idem in het burgerlijk recht is uitgespeeld. Hij verwijst daarbij naar AG Ten Kate voor HR 17 december 1976, *NJ* 1977, 421 en de door deze aangehaalde literatuur.

19 Zo ook Hugenholtz/Heemskerk 2009, nr. 122.

20 Beukers 1994, p. 107.

Star Busmann en Rutten zien het zo, dat '*ne bis in idem*' het overkoepelend adagium is waarvan het gezag van gewijsde een species vormt. Het gezag van gewijsde kan worden beschouwd 'als toepassing van een algemeen beginsel in deze zin, dat indien een processuele handeling heeft plaats gevonden, herhaling van dezelfde handeling, strekkende tot hetzelfde doel, achterwege behoort te blijven: *ne bis in idem*'.[21] Volgens Beukers doet deze opvatting echter 'te weinig recht' aan de herkomst van het verbod van herhaling. '*Ne bis in idem*' vormt volgens haar 'immers' een verkorte weergave van het Romeinsrechtelijke adagium '*bis de eadem re ne sit actio*'.[22] Uit dit verschil in opvatting blijkt dat de historische achtergrond van de spreuk én zijn formulering in de discussie een belangrijke rol spelen. In de literatuur wordt echter getwijfeld aan het historische verband tussen de spreuk *bis de eadem re ne sit actio* en het verval van vorderingsrecht, zoals ik hierna in par. 2.2 zal laten zien.

1.2 *Non bis in idem* in het strafrecht

In de strafrechtelijke literatuur speelt de herkomst van de *non bis in idem*-regel een minder prominente rol. In de handboeken uit de vorige en deze eeuw wordt over het algemeen zelfs nagelaten de bron van de regel aan te duiden.[23] Mogelijk is dit een gevolg van het feit dat *non bis in idem* in de negentiende eeuw als vervolgingsuitsluitingsgrond in de wet werd vastgelegd en zo een autonome, moderne plaats in het strafproces verwierf. Een andere oorzaak om de aanduiding van een mogelijke band met het klassieke verleden achterwege te laten, kan erin gelegen zijn dat de breuk met dat verleden nooit volledig is hersteld, en wel omdat de receptie van het Romeinse recht in de eerste plaats betrekking had op het burgerlijk recht en niet zozeer op het strafrecht.[24] Het is bijvoorbeeld veelzeggend dat de oude benaming *ius civile Romanorum*, het stellig recht der Romeinen, is ver-

---

21 Star Busmann/Rutten, 1972, p. 387.

22 Beukers 1994, p. 109, 110.

23 In 1934 verscheen in het Weekblad van de hand van Van Bemmelen een exposé in drie delen met de titel '*Nemo debet bis vexari*' over de wortels van de regel en over de uitleg van het feitsbegrip in genoemde regel en in de samenloopregeling. In de handboeken wordt over het algemeen niet gerefereerd aan herkomst van de regel, zoals blijkt uit: Zevenbergen 1924, Van Hamel/Van Dijck 1927, Simons/Pompe 1937, Pompe 1959, Van Hattum 1953, Van Bemmelen 1979, Remmelink 1996, De Hullu 2009. Alleen in de bewerking van Van Bemmelen door Van Veen (10e druk, 1989, p. 335) wordt een korte historische opmerking geplaatst. Volgens Van Veen zou 'het principe zijn wortels (hebben) in het middeleeuws recht'. Hij verwijst daarbij naar Van Bemmelen 1934. Op de aangeduide plaats, wijst Van Bemmelen echter ook op de Romeinse wortels van de regel, al is de formulering *ne bis in idem* - schrijft Van Bemmelen - bij de Romeinen nog niet te vinden. Door De Jong en Knigge (1998, 2003) is de tekst van Van Veen op dit punt ongewijzigd gelaten.

24 Vgl. Gerbenzon/Algra 1979, p. 83 en 95. Zie over de veronachtzaming van de bestudering van de geschiedenis van het strafrecht: Bock 2006.

engd tot de betekenis 'civiel recht', hoewel het ook strafrecht omvatte. Sinds de Receptie is de historische werkelijkheid van het recht bijna uitsluitend met een privaatrechtelijke bril bekeken. De Romanisten hebben het publieke strafrecht verklaard uit een privaatstrafrecht, uit private wraak. Hierdoor bleven mogelijke andere oorzaken voor de beginselen van het strafrecht, zoals religieuze bronnen,[25] onderbelicht. Strafrechthistorici hebben hier mijns inziens nog terrein te ontginnen.

De regel in artikel 68 Sr werd in 1886 wel gezien als de neerslag van een 'beginsel', zelfs van een internationaalrechtelijk beginsel.[26] De strafkamer van de Hoge Raad heeft voorts kennelijk een algemeen geldend principe voor ogen als hij spreekt over 'de strekking van art. 68'[27] of 'het beginsel van het artikel'.[28] De vragen welke die strekking is en wat het beginsel precies mag behelzen, worden daarbij in het midden gelaten. Dat lijkt wat mager. De door de Hoge Raad gebruikte redenering heeft daarom ook wel het predicaat 'cirkelredenering' gekregen.[29]

Het verbod van herhaling in artikel 68 Sr geldt pas nadat de zaak definitief is beslist, en dus niet vanaf het moment van de *litis contestatio*, waarvan de strafrechtelijke 'vertaling' zou kunnen zijn 'de vaststelling van de grondslag van het onderzoek'. Die grondslag kan worden vereenzelvigd met de tenlastelegging maar ook met het onderzoek ter zitting dat plaats vindt op grondslag van die tenlastelegging. Van beide benaderingswijzen zijn in de jurisprudentie voorbeelden te vinden.[30] Pas nadat het vonnis definitief is geworden, kan de exceptie worden ingeroepen. Bovendien geldt als voorwaarde dat dit vonnis een inhoudelijk oordeel geeft over de zaak. Dat oordeel kan zijn uitgemond in een veroordeling, een vrijspraak of een ontslag van alle rechtsvervolging. Het verbod geldt dus ook

---

25 Hildebrandt 2002, p. 170, noot 443. Zij verwijst naar Durkheim (*De la division du travail social*, 1930), die van oordeel is dat het strafrecht van oorsprong in de eerste plaats religieus is.

26 Minister Modderman, Beraadslagingen Tweede Kamer 29 oktober 1880, Smidt 1886, p. 506.

27 HR 21 november 1961, *NJ* 1962, 89, m.nt. BVAR (Emmense bromfietser); HR 5 februari 1963, *NJ* 1963, 320, m.nt. BVAR (Van der Does de Willeboissingel).

28 HR 17 december 1963, *NJ* 1964, 385, m.nt. WP (Joyriding II).

29 Franken 1995, p. 50 met verwijzing naar Corstens 1993, p. 192.

30 De eerste tenlastelegging kan bijvoorbeeld worden vergeleken met de tenlastelegging in de tweede vervolging. Deze benadering leidt tot tamelijk enge uitleg van het feitsbegrip en dus tot een weinig bescherming biedend resultaat; zie Krabbe 2001 en 2005. In de negentiende eeuw gebruikte de HR als criterium het onderzoek ter terechtzitting op grondslag van de tenlastelegging, zie HR 28 september, 6 en 27 october 1846, *W.* 1847, 786, 3. Dit arrest wordt besproken Hoofdstuk 13, par. 3. In de Nederlandse uitleveringsrechtspraak ten slotte wordt het uitleveringsverzoek wel vergeleken met de tenlastelegging die grondslag vormde voor de vervolging in Nederland, maar ook wel met het vonnis; zie Van Hattum 1999.

wanneer de eerste keer geen straf is opgelegd;[31] het waakt daarmee zowel tegen dubbele bestraffing (*ne bis puniri*) als tegen dubbele berechting (*ne bis vexari*). De Hullu[32] noemt deze varianten van het verbod van herhaling het materiële en het processuele aspect van '*ne bis in idem*'.

1.3 Vergelijking

Uit het voorgaande volgt dat beoefenaars van zowel het civiele recht als het strafrecht vertrouwd zijn met de regel *non bis in idem*. Civilisten wijzen als oorsprong van de regel het Romeinse *legis actio*-proces aan. Het verbod om nog een tweede keer hetzelfde van de ander te vorderen wordt er teruggevoerd op de klachtconsumptie welke weer het gevolg is van de in dat *legis* actio-proces tot stand gekomen *litis contestatio*. Nu dit *legis actio*-proces is vervangen door een proces ten overstaan van een rechter en de klachtconsumptie is vervallen, is aan de regel zijn grond ontvallen. Het vonnis heeft verbindende kracht, maar het verbod van herhaling is nooit gecodificeerd. Toch achten civilisten het onder omstandigheden gewenst dat herhaling van indiening van dezelfde vordering wordt verboden. Dit vindt zijn grond in een ander adagium, het ruimere *lites finiri oportet*. Maar uiteindelijk toetst de Hoge Raad de vraag of een tweede vordering kan worden ontvangen aan een nog ruimere formulering, namelijk 'regels van een goede procesorde'. In het geval dat er sprake is van een gewijsde kan een beroep worden gedaan op de bindende kracht van de gegeven beslissing; de rechter past deze regel niet ambtshalve toe (art. 236 Rv).

Het verbod van herhaling wordt door strafrechtjuristen niet in verband gebracht met het oude *legis actio*-proces en anders dan in het burgerlijk recht is het verbod er wel in de wet verankerd, namelijk in artikel 68 Sr. Het artikel verbindt het verbod aan een rechterlijk gewijsde over hetzelfde feit. Het verbod lijkt dus anders dan in het burgerlijk recht in de eerste plaats te zijn gebaseerd op het gezag van de rechterlijke uitspraak. Het verbod van een tweede berechting duidt echter op nog tenminste een tweede grondslag, en dat is de bescherming van het individu. Zoals we in Hoofdstuk 10 zullen zien is dit zelfs de belangrijkste basis van het huidige artikel.

Nog een verschil met het huidige civiele recht is dat de rechter het verbod van herhaling door het gezag van gewijsde ambtshalve moet toepassen. Hierdoor is de procesautonomie van partijen weliswaar in het geding, maar de bepaling

---

31 Remmelink1996, p. 603 ziet in dit verschil in uitkomst geen reden om onderscheid te maken in de toepassing van art. 68. Röling (noot onder HR 5 februari 1963, *NJ* 1963, 320, Van der Does de Willeboissingel) opperde van wel.

32 De Hullu 2009, p. 514, 515.

wordt dan ook geacht (mede) het publiek belang te dienen. Dit publieke belang komt bijvoorbeeld tot uitdrukking wanneer de Hoge Raad overweegt dat de rechter er vanuit mag gaan dat een eenmaal aangebrachte en afgedane zaak niet nogmaals aan hem wordt voorgelegd.[33] De bescherming tegen eindeloos lange of trage procedures wordt in het strafrecht - anders dan in het civiele recht - niet (mede) gevonden in dit beginsel maar in het gesloten systeem van rechtsmiddelen en het nog relatief jonge leerstuk *undue delay*. De oorsprong en de ratio van het strafrechtelijke verbod van herhaling zijn dus, zoals uit de hier besproken verschillen mag blijken, geheel anders dan van de vergelijkbare regel in het civiele recht. Scherp komt in de verschillen tot uitdrukking dat het civiele recht de verhouding tussen burgers, dus tussen gelijkwaardige partijen, regelt en het strafrecht in de eerste plaats die tussen burger en overheid. De verhouding tussen burger en overheid is steeds in beweging en daarom is, zoals ik in de Inleiding heb laten zien, *non bis in idem* in het strafrecht, anders dan in het civiele recht, een onderwerp van levendige discussie.

2. De wortels van *non bis in idem* in de klassieke oudheid

2.1 Inleiding

Hiervoor heb ik kort uiteengezet dat civilisten, in navolging van de Romanisten, voor de uitleg van *non bis in idem* verwijzen naar de uitdrukking *bis de eadem re ne sit actio* die zou stammen uit het Romeinse twee-fasenproces. De zinsnede speelt zelfs een cruciale rol bij de beantwoording van de vraag of de toepassing van het verbod van herhaling nog wenselijk is in het hedendaagse burgerlijk procesrecht.[34] Los van de vraag of en hoe het verbod van herhaling in het klassieke Romeinse recht functioneerde, moet echter worden vastgesteld dat de formulering *non bis in idem* met die twee-fasenprocedure weinig uitstaande lijkt te hebben. De tekst komt niet uit het Romeinse recht maar uit de Septuagint. Dit zal in par. 2.5 worden toegelicht. Ook wordt betwist dat de formulering *bis de eadem re ne sit actio* uit het Romeinse twee-fasenproces stamt. Volgens Liebs is de spreuk in

---

33 HR 13 februari 1979, *NJ* 1979, 243, m.nt. Th.W.v.V.: HR: 'Nu uit het p.-v. van 's Hofs terechtzitting het tegendeel niet blijkt, moet het ervoor worden gehouden dat aldaar door de P-G bij het Hof geen bezwaar is gemaakt tegen een gevolg geven aan het door de verdachte ter terechtzitting gedane verzoek om ook met de andere door hem bedoelde feiten 'rekening te willen houden in die zin, dat ze dan als afgedaan worden beschouwd'. Onder deze omstandigheden mocht het Hof ervan uitgaan dat ter zake van die andere feiten geen vervolging meer tegen de verdachte zou worden ingesteld en stond het aan het Hof vrij om ook die andere gevallen van heling in aanmerking te nemen bij de bepaling van de op te leggen straf.'

34 Beukers 1994, h. 5.

plaats daarvan terug te voeren op het Griekse en Romeinse *straf*proces.[35] Ik zal de geschiedenis van de uitdrukking *bis de eadem re ne sit actio* hieronder aan de hand van Liebs' kritiek samenvatten. Laat ik daarbij voorop stellen dat ik niet pretendeer aan die discussie tussen rechtshistorici en kenners van de klassieke teksten deel te kunnen nemen; ik ben immers noch rechtshistoricus noch classicus. Ook wil deze samenvatting niets afdoen aan het leerstuk van de klachtconsumptie en het verbod van herhaling in het civiele recht. De poging om de formulering van de regel te herleiden, dient ertoe de wortels van deze spreuk te onderzoeken en te zien of er een relatie bestaat met het strafrecht.

2.2 De herkomst van de uitdrukking '*bis de eadem re ne sit actio*'

Beoefenaars van het burgerlijk recht herleiden de zinsnede *bis de eadem re ne sit actio*, waarvan zij de spreuk *non bis in idem* afleiden, tot de in 1816 teruggevonden *Institutiones* (leerboeken) van Gaius.[36] Deze dateren van 160 n. Chr. Gaius behandelde hierin het oude *legis actio*-proces van de Wet der Twaalf Tafelen (450 v. Chr.). In dat proces gold de regel dat over dezelfde zaak niet nog eens een actie kon worden ingesteld.[37] Liebs wijst er echter op dat de tekst van Gaius niet met de geciteerde zinsnede overeenkomt. In de Instituten van Gaius luidt de formulering die er volgens hem het dichtste bij komt: *postea de eadem re agi non potest* (over dezelfde zaak kan later geen actie worden ingesteld).[38] Ook in andere juri-

---

35 Liebs, Die Herkunft der "Regel" *bis de eadem re ne sit actio,*1967.

36 Beukers 1994, 109, 110; Veegens 1972, p. 15; Kaser 1966, p. 11.

37 Gaius, IV.107: *Si uero legitimo iudicio in personam actum sit ea formula, quae iuris ciuilis habet intentionem,* ***postea*** *ipso iure* ***de eadem re agi non potest****, et ob id exceptio superuacua est; si uero uel in rem uel in factum actum fuerit, ipso iure nihilo minus postea agi potest, et ob id exceptio necessaria est rei iudicatae uel in iudicium deductae.*', en 108: '*de ea postea ipso iure agi non poterat*' in de zin '*Alia causa fuit olim legis actionum. nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat; nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum*, 'Maar als volgens de wettelijke procedure een persoonlijke actie is ingesteld op basis van een *formula* die een naar het *ius civile* geredigeerde rechtsbewering bevat, kan men van rechtswege naderhand niet nog eens over dezelfde zaak procederen. Daarom is een exceptie dan overbodig. Maar als een zakelijke of een op feiten toegesneden actie ingesteld is, kan men van rechtswege naderhand desondanks nog eens procederen. Daarom is dan de exceptie van gewijsde of aanhangig gemaakte zaak nodig. 108. Vroeger lag dat bij de wettelijke acties anders: over een gewijsde zaak waarover eenmaal geprocedeerd was, kon van rechtswege niet nog eens geprocedeerd worden. In die tijd hadden, anders dan tegenwoordig, de excepties daarom helemaal geen nut'. Over de strafrechtelijke aspecten van deze wet zie Kunkel 1972, p. 40 e.v..

38 Liebs 1967 p. 107. De door Kaser 1966, p. 59, aangehaalde formulering *bis de eadem re agere non licet* (het past niet om tweemaal over dezelfde zaak een actie te beginnen) komt dichter bij die van Gaius maar ook Kaser wijst erop dat deze formulering van Quintilianus stamt (al lijkt ook dat niet helemaal juist; zie hierna).

dische bronnen is volgens Liebs de spreuk niet ontdekt.[39] De zinsnede *bis de eadem re ne sit actio* kan daarentegen volgens hem wel letterlijk worden teruggevonden in de *Institutiones Oratoriae*, het handboek 'Opleiding tot redenaar', van Quintilianus van 95 n. Chr.[40] Bij de behandeling van het onderwerp 'wetsuitleg' geeft Quintilianus een voorbeeld:

> '… *solet et illud quaeri, quo referatur quod scriptum est: 'bis de eadem re ne sit actio': id est, hoc 'bis' ad actorem an ad actionem …*'
> … ook wordt dikwijls de vraag gesteld waarop deze tekst doelt: tegen één en hetzelfde vergrijp mag niet tweemaal een aanklacht worden ingediend': verwijst dat 'tweemaal' naar de aanklager of naar de aanklacht? [41]

Nu was Quintilianus een redenaar, een *retor*, en zijn handboek een leerboek voor de retorica. En hoewel redenaars nauw bij de rechtspraak waren betrokken,[42] waren zij geen jurist. Het leerboek van Quintilianus bevatte dan ook geen juridische verhandelingen en de door hem opgeworpen vraag, wat er in deze zinsnede onder dat '*bis*' moest worden verstaan, beantwoordde hij niet. Gelet op de voorbeelden die Quintilianus gebruikte, acht men hem echter goed op de hoogte van het recht in zijn tijd.[43] Bekker noemt hem '*ein gelehrter und umsichtiger Schriftsteller*' en zijn boek '*verständig und verständlich*'. Hij acht het voorbeeld van Quintilianus voldoende betrouwbaar om daaruit af te leiden dat de rechtsregel ook echt heeft bestaan.[44]

Het citaat van Quintilianus verwijst niet naar een bepaald type rechtszaak. Omdat hij echter zijn voorbeelden voornamelijk aan het strafrecht ontleent, acht Liebs het aannemelijk dat ook dit voorbeeld betrekking had op zaken van strafrechtelijke aard.[45] Ook de vertaler van de *Institutiones Oratoriae*, Gerbrandy, lijkt daarvan uit te gaan. Hij vertaalde de woorden *actor* en *actio* met 'aanklager' resp. 'aanklacht' in plaats van met 'eiser' en 'vordering' of 'actie'.[46] Volgens Liebs is de vraag van Quintilianus voorts alleen maar goed te begrijpen als deze betrekking

---

39 De vindplaatsen die Bekker 1853, p. 22-24, noemt, vertonen geen van alle gelijkenis met de spreuk, vgl. Liebs 1967, p. 106-108.

40 Liebs 1967, p. 108, Kaser 1966, p. 59, noot 50. Volgens Bekker 1853, p. 21, is dit de enige plek waar deze zinsnede letterlijk zo voorkomt.

41 Quintilianus, 7.6.4, vert. Gerbrandy 2001.

42 Redenaars waren getraind in het gesproken woord, een kunst die in de klassieke oudheid in hoog aanzien stond. In zaken waarin gepleit kon worden en waarin het op de overtuigingskracht aankwam, namen de redenaars het van juristen over. Zij waren in rechtszaken daarom vaak onmisbaar, Gerbrandy 2001, p. 15-21.

43 Liebs 1967, p. 108, 109.

44 Bekker 1853, p. 22.

45 Liebs 1967, p. 124.

46 Een dergelijke vertaling is volgens Liebs 1967, p. 124 zeer goed mogelijk.

heeft op strafzaken; de vraag op het civiele geding betrekken, komt volgens hem in strijd met de tekst.[47] Liebs concludeert uit de vindplaats van het zinnetje en uit het ontbreken van een juridische bron dat de formulering niet van de Romeinse *juristen* stamt maar van de Romeinse *redenaars* en dat het een rechtsregel behelst. Hij noemt de spreuk daarom 'een op de retorica toegesneden slagzinachtige weergave van een rechtsregel'.[48] Die rechtsregel was volgens Liebs waarschijnlijk een ongeschreven regel.[49] Volgens Liebs is het voorts waarschijnlijk dat de Romeinse redenaars de spreuk op hun beurt van hun Griekse voorgangers hebben overgenomen. Daarop wijst een Griekse tekst van de redenaar Hermogenes (180 n. Chr.). Het betreft een door Hermogenes gegeven voorbeeld van een argument om de bevoegdheid van de aanklager tegen te spreken.[50] Dit argument is grammaticaal op dezelfde wijze opgebouwd en uit dezelfde woorden samengesteld als de zin van Quintilianus. Luidde het Latijn: *bis de eadem re ne sit actio,* 'tweemaal over dezelfde zaak mag er geen aanklacht zijn', in het Grieks gebruikte Hermogenes de uitdrukking: δὶς περὶ τῶν αὐτῶν δίκας μὴ εἶναι, 'tweemaal over dezelfde zaak mag er geen rechtsgeding zijn'.

Hermogenes leefde na Quintilianus, maar ontleende volgens Liebs zijn kennis rechtstreeks aan zijn Griekse voorbeelden.[51] Liebs noemt voorts een in het Grieks gesteld document, een Londense papyrus,[52] over een in Egypte spelende strafzaak uit ca. 10 v. Chr. De tekst betreft het verzoekschrift van twee mannen die tot gevangenisstraf zijn veroordeeld wegens een gevecht met twee anderen.

---

47 Liebs p. 123.

48 Liebs 1967, p. 112 en p. 131.

49 Hoewel Quintilianus het woord '*scriptum*' gebruikt en hieruit zou kunnen worden afgeleid dat Quintilianus op een geschreven tekst doelt, behoeft het gebruik van het woord *scriptum* in deze context, in de redenaarskunst, volgens Liebs daarop niet te duiden. Ook een ongeschreven regel kan in dit verband met *scriptum* worden aangeduid; Liebs 1967, p. 110 e.v., ontleent zijn argument aan de zgn. statusleer in de retorica, zoals ontwikkeld onder Hermagoras. In deze leer wordt onderscheid gemaakt tussen de vier logische vraagstukken (*status rationales*) en de vier juridische (*status legales*). De juridische vraagstukken (*legales*) zijn gerelateerd aan bronnen die worden aangeduid met 'wet' of met '*scriptum*'. Daarin wordt door de retorici geen onderscheid meer gemaakt tussen de wet als geschreven en ongeschreven rechtsbron (een beetjes zoals '*law*' in de rechtspraak van het EHRM). Indien dus binnen deze statusleer wordt gerefereerd aan de wet of aan '*scriptum*', dan is dat ter onderscheiding van de andere, de logische, vraagstukken (*rationales*) en hoeft dat niet te betekenen dat de bron geschreven is. Zie ook Braet 1984, m.n. p. 26, 27 en p. 53-56.

50 Liebs 1967, p. 117, 118.

51 De mogelijkheid dat Hermogenes de regel uit Romeinse redenaars zou hebben geput, bijvoorbeeld uit Quintilianus, acht Liebs uitgesloten, enerzijds omdat de Griekse redenaarskunst zelf al een lange traditie had en anderzijds vanwege de door Hermogenes gebruikte voorbeelden. Daar voegt hij aan toe dat de regel in het Grieks oudere wortels had.

52 Het betreft een Londense Papyrus nr. 354 (1898), uitgegeven en becommentarieerd door F.G. Kenyon, Liebs 1967, p. 118, 119.

De beide veroordeelden probeerden een nieuw proces te krijgen om de straf ongedaan te maken. De redenaars, waarschijnlijk die van de tegenpartij, deden een beroep op het verbod van herhaling, dat was gestoken in dezelfde Griekse formulering. De verzoeken werden niet toegestaan. Het spoor van de formulering van de spreuk voert dus waarschijnlijk naar de oude Grieken. Hoe zij de spreuk hanteerden - zowel qua inhoud als qua formulering - is door Liebs onderzocht[53] aan de hand van de redevoeringen van de Atheense politicus en redenaar Demosthenes.

2.3 Het verbod van herhaling in het Attisch recht

2.3.1 Demosthenes en het verbod van herhaling

Demosthenes leefde in de vierde eeuw v. Chr., en staat bekend als dé redenaar van de klassieke oudheid. Hij beriep zich in tenminste een drietal redevoeringen op de tekst van de Attische wetten om het verbod van herhaling te benadrukken. De eerste vindplaats die ik wil noemen, is de redevoering tegen Timocrates. Demosthenes haalt daarin 'de wet' als volgt aan:

> 'Als er al eerder een rechtszaak (δίκη), een vervolging (εὔθυνα), of een gerechtelijke uitspraak (διαδικασία) over enige zaak in een rechtbank is geweest, of het nu in een straf- of in een civiele procedure is, of als de Staat de aanklager was, mag geen gezagsdrager (ἄρχων) de zaak voor het gerecht brengen of een vraag in stemming brengen, noch zullen zij toestaan dat aangeklaagd wordt in strijd met de wet.'[54]

Demosthenes geeft vervolgens zelf deze parafrase: 'De wet staat niet toe dat een zaak waarover al een keer beslist is in een gerechtelijk vonnis, nogmaals wordt voorgelegd'.

In zijn redevoering tegen de aanvaarding van de wet van Leptines zegt Demosthenes dat dezelfde zaak door dezelfde pleitbezorgers niet opnieuw mag worden voorgelegd. Ook daar beroept hij zich op 'de wetten':

> '... οἱ νόμοι δ' οὐκ ἐῶσι δὶς πρὸς τὸν αὐτὸν περὶ τῶν αὐτῶν οὔτε δίκας οὔτ᾽ εὐθύνας οὔτε διαδικασίαν οὔτ' ἄλλο τοιοῦτ' οὐδὲν εἶναι ...'

---

53 Zie voor een uitvoeriger beschouwing over het bestaan van de regel in het Attische recht Liebs 1967, p. 115-122.

54 Demosthenes 24, Tegen Timocrates, 54-55: *When there has been a prior judgement, audit or adjudication about any matter in a court of law, whether in a public or a private suit, or where the State has been vendor, none of the magistrates may bring the matter into court or put any question to the vote, nor shall they permit any accusation forbidden by law*". De wettekst is mogelijk later ingevoegd en om die reden door de uitgever tussen haken geplaatst, in Demosthenes III, p. 406.

> '… De wetten staan niet toe dat er tweemaal tegen dezelfde persoon over dezelfde kwestie een rechtszaak, een vervolging, een gerechtelijke uitspraak of wat dan ook van dien aard plaatsvindt …' [55]

De regel wordt op bijna dezelfde wijze uitgedrukt als Hermogenes dat ruim vier eeuwen later deed. Deze schreef immers: δὶς περὶ τῶν αὐτῶν δίκας μὴ εἶναι, 'tweemaal over dezelfde zaak mag er geen rechtsgeding zijn',waar Demosthenes zegt: δὶς πρὸς τὸν αὐτὸν περὶ τῶν αὐτῶν … οὐδὲν εἶναι, 'tweemaal over dezelfde zaak tegen dezelfde bestaat niet'.

Het derde voorbeeld komt uit de rede tegen twee broers, Nausimachus en Xenopeithes.[56] Deze broers klaagden na 22 jaar de kinderen van hun vroegere voogd aan wegens wanbeheer over het vermogen van hun vader. Volgens Demosthenes hadden Nausimachus en Xenopeithes hun rechten echter verspeeld. In de eerste plaats omdat er eerder over de zaak was beslist en in de tweede plaats omdat de termijn voor de indiening van deze klacht inmiddels was verlopen. Veertien jaar voordat deze procedure werd begonnen, zou er al een overeenkomst over de kwestie zijn bereikt waarbij de voogden waren ontslagen van verdere vervolging. Volgens deze overeenkomst zou er een geldsom aan Nausimachus en Xenopeithes worden betaald. Daarmee zouden alle claims zijn afgekocht en zou een nieuwe claim terzake van een bepaalde gebeurtenis niet nog eens kunnen worden ingediend. Demosthenes laat de wet voorlezen en zegt:

> 'U hoort, leden van de jury, dat de wet uitdrukkelijk bepaalt in welke gevallen een procedure niet ontvankelijk is. Eén van die gevallen - en die is net zo bindend als elk van de andere - is dat een klacht wordt ingediend over een zaak waarvan iemand is vrijgesproken, of ontslagen van rechtsvervolging.'[57]

Verderop vervolgt hij:

> 'Dan zou je nóg een grond kunnen verzinnen om een nieuwe procedure te beginnen, maar dat is niet wat de wetten zeggen. Die zeggen dat een procedure

---

55 Demosthenes 20, Tegen Leptines, 147 (in Demosthenes III): *Now the laws forbid the same man to be tried twice on the same issue, be it a civil action, a scrutiny, a contested claim, or anything else of the sort*.

56 Demosthenes 38, Tegen Nausimachus en Xenopeithes, 1-18. Deze zaak kan volgens de vertaler gekenschetst worden als een strafzaak al vertoont hij ook civiele trekken, in Demosthenes IV, p. 424.

57 Demosthenes 38, 5: *Inasmuch as the laws, men of the jury, have granted that a special plea may be entered in cases where a man, after giving a release and discharge, nevertheless brings suit, and as both of these have been given to our father by Nausimachus and Xenopeithes who have commenced suit against us, we have pleaded, as you have just now heard, that their suit is not admissible*, in Demosthenes IV.

in dezelfde zaak tegen dezelfde persoon maar eenmaal begonnen mag worden (…).'[58]

In de door Demosthenes aangehaalde en door hem geparafraseerde wetteksten springt een vijftal bijzonderheden in het oog. In de eerste plaats verwijst Demosthenes - anders dan Quintilianus en de Romeinse redenaars na hem - naar een *geschreven* wet. In de tweede plaats betrok Demosthenes het verbod van herhaling op juridische procedures van diverse aard en op de verschillende stadia daarin. Ook maakt hij geen onderscheid tussen verschillende rechtsgebieden. Het verbod is volgens Demosthenes van toepassing op kwesties die wij zouden aanduiden als 'civielrechtelijk', 'strafrechtelijk' en 'staatsrechtelijk' (het aannemen van een wet, het tweede voorbeeld). Ten derde blijkt dat de relatie tussen de verbodsregel en de bindende partijafspraak voorafgaande aan het vonnis (de *litis contestatio*, ook bij de Grieken bekend)[59] niet uit de wetteksten zelf volgt en dat de regel - anders dan zou voortvloeien uit de Wet der Twaalf Tafelen - juist ook in verband wordt gebracht met een definitief rechterlijk vonnis. Ten vierde blijkt uit de woorden 'rechtszaak' (δίκη), 'vervolging' (εὔθυνα) en 'gerechtelijke uitspraak' (διαδικασία), dat de regel ingeroepen kon worden ongeacht of de procedure in het voordeel of in het nadeel van de aanklager was geëindigd. In de zaak Nausimachus en Xenopeithes was de voogd immers 'vrijgesproken' of 'ontslagen van verdere vervolging'. In de vijfde plaats kan worden vastgesteld dat de formulering van het verbod om een tweede procedure te voeren door Demosthenes werd samengebald tot een gemakkelijk lopende zin: δὶς πρὸς τὸν αὐτὸν περὶ τῶν αὐτῶν ... οὐδὲν εἶναι. Uit de nog kortere formulering van de spreuk in de papyrustekst uit ongeveer 10 v. Chr. en bij Hermogenes (180 n. Chr.), namelijk: δὶς περὶ τῶν αὐτῶν δίκας μὴ εἶναι kan voorts geconcludeerd worden dat in de loop der eeuwen een stukje is weggelaten, namelijk de woorden πρὸς τὸν αὐτὸν (tegen dezelfde persoon), hetgeen de slagkracht van het gezegde ten goede zal zijn gekomen.

De formulering δὶς περὶ τῶν αὐτῶν δίκας μὴ εἶναι vertoont grote gelijkenis met de regel die Quintilianus citeert: *bis de eadem re ne sit actio*. Daaruit kan weer voorzichtig worden geconcludeerd dat de Griekse spreuk in het Latijn is vertaald. Zo kan men de Latijnse tekst dus tot de tijd van de Griekse redenaars herleiden. Deze conclusies wijzen erop dat de spreuk en het verbod van herhaling niet uitsluitend als een afgeleide van het Romeinse twee-fasenproces hoeven te worden beschouwd. Er is reden om aan te nemen dat de spreuk wortelt in een bestaande wettelijke regel uit het Attische recht, die van toepassing was op het

---

58 Demosthenes 38, 16 (parafrase).
59 Liebs 1967, p. 121, 122.

procesrecht in het algemeen en dus in elk geval ook in zaken waarin straf werd opgelegd, zoals de kwestie beschreven in de papyrusrol van 10 v. Chr.

2.3.2 Het verbod van herhaling in het Griekse en Romeinse theater

Het verbod van herhaling in rechtszaken was kennelijk zo vertrouwd dat er zelfs op het toneel over kon worden verhaald. Terentius, een Romeins toneelschrijver, gebruikte het thema in zijn komedie over de 'parasiet' Phormio (161 v. Chr.). De oorspronkelijk tekst wordt toegeschreven[60] aan de Attische komedie Ἐπιδικαζόμενος ('De eiser') van de Griekse blijspelschrijver Apollodorus (derde eeuw v. Chr.). Het plot is dus hoogstwaarschijnlijk van Griekse oorsprong. De plaats van handeling is Athene. De zoon van Demipho wil trouwen maar is bang dat zijn vader dat niet goed vindt. Phormio schiet de zoon van Demipho te hulp. Hij bedenkt een plan: als het huwelijk door de rechtbank wordt bevolen, zal Demipho met lege handen staan. Zo geschiedt. Maar wanneer Demipho van de rechterlijke beslissing hoort, eist hij dat die beslissing wordt teruggedraaid. Phormio zegt dan treiterend tegen hem dat hij dan maar een tweede proces moet vragen, 'misschien dat jou dat lukt aangezien jij zo belangrijk bent'.[61] Dit is een goeie grap, want Phormio, en de zaal met hem, weten dat dat helemaal niet kan want: 'Tjah, eenmaal beslist, voor altijd beslist.'[62] Uit de manier waarop het verbod van herhaling in dit blijspel is ingevlochten, mag worden afgeleid dat de regel dat niet tweemaal een proces over dezelfde zaak kan worden gevoerd zowel in Athene als in Rome ook bij het grote publiek bekend werd verondersteld en gemeengoed was. Daarmee is echter nog niets gezegd over de bestaansreden van de regel. Daarover handelt de volgende paragraaf.

2.4 Het verbod van herhaling van straf

We zagen in de voorgaande paragrafen dat er reeds in de klassieke oudheid een levendig verbod van herhaling van processen bestond, zo levendig dat ermee werd 'gespeeld'. Het betreft een verbod dat vooral betrekking had op burgerrech-

---

60 Omdat de oorspronkelijke Griekse tekst niet teruggevonden is, bestaat hierover geen absolute zekerheid.

61 'Nou, maar jij bent zo slim, ga jij dan naar de magistraten om te vragen of ze jou over dezelfde zaak opnieuw een proces geven; aangezien jij het in je eentje voor het zeggen hebt en jij hier (in Athene, wvh) bij uitzondering wel tweemaal een proces over dezelfde zaak kunt krijgen.' Vrije vertaling van Phormio, 403-406: *at tu qui sapiens es magistratus adi, iudicium de eadem causa iterum ut reddant tibi, quandoquidem solus regnas et soli licet hic de eadem causa bis iudicium apiscier.* Dit citaat wordt ook aangehaald door Bekker 1853, p. 25. Terentius gebruikte hier overigens een andere formulering voor het verbod van herhaling dan de Griekse redenaars.

62 Terentius laat dit zinnetje door Phormio spreken, Phormio, 419: *ohé, 'actum' aiunt 'ne agas'*. Zie voor een derde verwijzing naar het verbod van herhaling versregels 455-456: *mihi non videtur quod sit factum legibus rescindi posse; et turpe inceptum est.* Mij schijnt het dat wat bij de wet is gedaan niet ongedaan kan worden gemaakt en dat het niet eervol is om het te proberen.

telijke rechtsvorderingen. Hoe zit het echter met het verbod van herhaling bij de toepassing van straf? Die vraag staat in deze paragraaf centraal. Om het antwoord op die vraag te vinden wordt nu eerst de betekenis van het klassieke proces onderzocht. Wat waren de gronden voor de erkenning van het verbod van herhaling in het *legis-actio*proces en het *formula*-proces? Kunnen die gronden het verbod van herhaling van straf verklaren? Vervolgens bezie ik de regels over de toepassing van straf in de oudste ons bekende wetten. Dat brengt me bij de interpretatie van een vers uit het Oude Testament, Nahum.

Het verbod van herhaling in het Romeinse civiele recht, zoals hiervoor in paragraaf 1.1 omschreven, gold als een ijzeren wet. Kaser ziet in dit verbod een regel waaruit eerbied voor de rechtspraak sprak en die van proceseconomie getuigde.[63] In die 'rechtspraak' kan nog onderscheid worden gemaakt tussen de sacrale betekenis van de handeling en het respect voor de gemaakte partijafspraak. In het oudere *legis-actio*proces wordt vooral dat sacrale aspect van de handeling als bestaansreden voor het verbod van herhaling gezien.[64] Willekeurige herhaling van een voorgeschreven heilige handeling ontneemt immers aan die handeling haar kracht. In het *formula*-proces lag de kracht van de procedure vooral in de bindende partijafspraak (*litis contestatio*) en lag dus de nadruk op het respect voor een tussen *partijen* gemaakte afspraak.[65] Respect voor de (de autoriteit van de) *rechter* is uit de regel niet direct af te leiden. Mogelijk kan het verbod wel in verband worden gebracht met de goede trouw (*bona fides*).[66] De tweede door Kaser genoemde grond voor het verbod van herhaling, de proceseconomie, lijkt eveneens een plausibele verklaring voor het verbod van herhaling. Herhaling van hetzelfde maakt in de eerste plaats het geheel van regels voor een goed functionerend procesrecht overbodig. In de tweede plaats maakt die mogelijkheid het proces onnodig kostbaar. Gelet op het bereikte beschavingspeil van de Grieken en

---

63 Kaser 1966, p. 59, 60 en 229. Vgl Lokin 2008, p. 56.

64 Veegens 1972, p. 14.

65 Wlassak 1889, p. 57, noot 1: *Diese (Parteien, wvh) hatten in Rom sicherlich die lebhafte Empfindung, dass von dem Augenblick an, wo der endgültige Entschluss erklärt wird, zu prozessieren, (…) das Schicksal der Streitsache ganz und gar beschlossen sei in dem einverständlich begründeten Gerichtsverfahren. Die Juristen (schwerlich ein Gesetz) haben daher die zerstörende und schaffende (novierende) Kraft der L.K. nicht erfunden, sondern nur scharf und klar ausgesprochen, was der Volksanschauung gemäss war.* (Dezen (deze partijen, wvh) hadden in Rome de levendige indruk, dat vanaf het ogenblik waarop de uiteindelijke beslissing om te procederen wordt gegeven (…) het lot van de strijdvraag geheel besloten ligt in het gezamenlijk gevestigde proces. De juristen (en zeker de wet niet) hebben daarom de vernietigende en de scheppende kracht van de *litis contestatio* niet uitgevonden maar hebben slechts scherp en duidelijk uitgesproken wat conform de volksopvatting was, vert. wvh). Ook Kaser onderstreept dit aspect.

66 D. 50.17.57, Gaius 18 ad ed. provinc.: *Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur*, Goede trouw staat niet toe om tweemaal betaling te vragen voor hetzelfde. Over *bona fides* zie Lokin 2008, par. II.12.

de Romeinen moeten zij dat hebben onderkend. Met andere woorden: een uitgebalanceerd procesrecht vereiste eenvoudig een regel die verbood om hetzelfde geding steeds over te doen.

Als het niet uitsluitend gaat over burgerrechtelijke aanspraken op zaken en rechten maar om het toepassen van straf, zijn er naast de sacrale betekenis van de proceshandelingen en de economie nog andere gronden te noemen die een verbod van herhaling zelfstandig kunnen dragen. Dat zijn de eis van proportionaliteit en het daarmee verbonden verbod van willekeur. Voor de veronderstelling dat het verbod van herhaling van straf (mede) uit het oogpunt daarvan werd toegepast, kan steun worden gevonden in de wijze waarop proportionaliteit al in de oudste ons bekende wetten gestalte heeft gekregen. De oudste codes uit het Nabije Oosten,[67] zoals de Codex Hammoerabi van Babylon, ca.1680 v. Chr., behandelden vanuit een casus, bijvoorbeeld een mishandeling of de ontmaagding van een ongehuwde vrouw, theoretisch de mogelijkheden van de verschillende mogelijke gevolgen van die mishandeling en bepaalden de bij elk van die gevolgen behorende straf.[68] Zo ontstond een 'passende' straf. Ook van de Mozaïsche wetten, waaronder Exodus (ca. 1000 v. Chr), en Deuteronomium (ca. 700 v. Chr.), is bekend dat zij - net zoals de Wet van de Twaalf Tafelen - regels stelden voor de maat van bestraffing.[69] De spiegelende straf is daarvan een voorbeeld.[70] Zij legt de maat op. Er mag vergolden worden, maar alleen in verhouding tot het leed dat is aangedaan. Een aansprekend voorbeeld hiervan is de regel 'oog om oog, tand om tand'.[71] In Deuteronomium, over het verbod van onnodige wreedheid - de titel zegt het al - treft men een andere maat aan: 'veertig slagen zal men hem doen geven, niet meer'.[72] Anders wordt er geen maat gehouden. De vergelding met een vaste maat was een beginsel dat ook onder de Germaanse stammen leefde, zo blijkt uit de geschriften van Tacitus.[73] Dit gebruik werd in de Frankische tijd behouden.[74]

---

67 Vanuit vooral Mesopotamië hebben zich vanaf het derde millennium v. Chr. diverse beschavingen verspreid, elk met eigen wetten, welke dus ouder zijn dan het Oude Testament, zie Westbrook 1988, p. 82 e.v.

68 Westbrook 1998, i.h.b. p. 91 e.v.

69 Volgens Westbrook, p. 78 en p. 119 zijn de Twaalf Tafelen een voortzetting en een resultante van deze Mesopotamische wetenschap. Over de invloed van oude regels op de Wet van de Twaalf Tafelen, zie Kunkel 1972, p. 41.

70 Over spiegelende straffen in de Twaalf Tafelenwet zie Kunkel 1972, p. 42.

71 Exodus 21: 23-25.

72 Deuteronomium 25:3.

73 Tacitus, *Germania* XII; De Monté ver Loren en Spruit 2000, p. 31.

74 De Monté ver Loren en Spruit 2000, p. 75, 76.

Aan proportionaliteit bij bestraffing werd kortom al in de oudste teksten groot belang gehecht. Hieruit kan reeds volgen dat degenen die deze teksten bestudeerden daarin lazen dat er niet meer dan de genoemde straf mocht worden opgelegd, en dus ook dat niet met meer dan één straf mocht worden gestraft. Die interpretatie heeft inderdaad plaats gevonden. Met name het verbod om straffen te cumuleren is in het canonieke recht beargumenteerd aan de hand van een tekst uit het Oude Testament. De verwijzing naar die tekst staat onder andere in het Decretum Gratiani (1140). De tekst werd onder meer gebruikt om de vraag te beantwoorden of een priester die een ernstig misdrijf had begaan - en daarom ontslagen was uit zijn ambt - daarenboven ook nog mocht worden geëxcommuniceerd. Als dat zou gebeuren kon hij de heilige sacramenten niet meer ontvangen. Beide straffen toepassen achtten de canonisten niet nodig, 'immers zegt de Schrift: God berecht niet twee keer hetzelfde.'[75] De tekstregel waarnaar werd verwezen is te herleiden tot het vers dat is genoemd naar de profeet Nahum. Die tekst is om twee redenen interessant, in de eerste plaats omdat er een algemeen verbod van dubbele bestraffing en berechting (toepassing van meer dan één straf voor hetzelfde feit) in is gelezen en in de tweede plaats omdat hij is te beschouwen als de bron van de spreuk *non bis in idem*.

2.5 Nahum

Het Bijbelboek Nahum stamt uit de zevende eeuw voor de jaartelling. Het voorspelt de ondergang van de stad Nineve, de hoofdstad van Assyrië. De tekst wordt geprezen als een hoogstaand literair en poëtisch werk. Die eigenschappen zijn tevens de reden waarom de betekenis van elke afzonderlijke regel niet eenvoudig is te doorgronden.[76] De tekst heeft in de loop der eeuwen dan ook tot verschillende interpretaties geleid. De regel waar het om gaat - Nahum 1 vers 9 - staat in het deel van het boek waarin Jahweh wordt bezongen als de onverbiddelijk wrekende God 'die het opneemt voor wie bij hem schuilt maar verdelgt wie dat niet doet'. De versregel heeft betrekking op de vijanden die door Jahweh worden verslagen. Hun ondergang zal zodanig zijn dat zij zich niet kunnen herstellen.[77] Dit werd in het Hebreeuws uitgedrukt met de woorden: '*de ellende zal zich niet tweemaal verheffen*',[78] of: '*de benauwdheid zal niet nog eens opkomen*'.[79]

---

75 DG D. 81, c.12: '*dicit enim scriptura*: '*Non iudicat Deus bis in id ipsum*'. Dezelfde tekst staat in DG C. 13, qu. 2. c. 30 over de vraag of degenen die ter dood zijn gebracht wel begraven mogen worden. Het antwoord luidde bevestigend, '*Scriptum est enim: 'Non iudicat Deus bis in id ipsum*'. Het Decretum Gratiani komt in Hoofdstuk 2 iets uitgebreider aan de orde.

76 Spronk 1999, p. 28, 29.

77 Spronk 1999, p. 78, 79.

78 Vertaling uit het Hebreeuws door Anneloes (A.L.) ter Horst te Obdam, 2004.

79 Spronk 1999, p. 43.

De tekst en de context van de versregel duiden er zo gezien niet op dat hierin een verbod van dubbele bestraffing ligt besloten.[80] De letterlijke tekst zegt immers dat de vijand zodanig zal worden neergeslagen dat die voor eens en voor al vernietigd zal zijn. Door de vertaling van de Hebreeuwse tekst in het Grieks, in de zogeheten Septuagint (250-100 v. Chr), kreeg de regel echter een andere betekenis. De Hebreeuwse tekst werd weergegeven met de woorden οὐκ ἐκδικήσει δὶς ἐπὶ τὸ αὐτὸ ἐν θλίψει:[81] '*hij zal niet tweemaal voor hetzelfde*[82] *wraak nemen door te kwellen*'. Het onderwerp 'de ellende' of 'de benauwenis' is in deze vertaling vervangen door 'hij'. De vertalers hebben in de tekst dus mogelijk gelezen dat 'hij' (Jahweh) niet tweemaal voor hetzelfde zal straffen of dat 'hij' voor hetzelfde niet twee straffen zal opleggen. De woorden ἐπὶ τὸ αὐτὸ ('voor hetzelfde') hebben de vertalers zelf toegevoegd. De gekozen Griekse vertaling kan volgens Spronk een bewuste interpretatie zijn of het gevolg van een verwarring van twee woorden.[83] In beide gevallen klinkt in de vertaling de proportionaliteitsgedachte. De Griekse Septuagintvertaling is nadien in het canonieke recht gehandhaafd. Origenes (185-254), theoloog uit Alexandrië die een tekstkritische uitgave samenstelde van het Oude Testament, las in de Griekse tekst het bewijs dat God niet tweemaal straft voor dezelfde zonde.[84] Hij werd hierin gevolgd door de kerkvader Hieronymus (391 n. Chr.). Hieronymus vertaalde de Griekse Septuaginttekst letterlijk door naar het Latijn met '*non vindicabit*[85] *bis in idipsum*[86] *in tribulatione*'. Dit komt neer op '*hij* (God) *zal dezelfde ellende niet tweemaal wreken*'.

Hieronymus vertaalde ook zelf de Hebreeuwse, dus de oorspronkelijke, tekst van het Oude Testament. Dit deed hij in eenvoudig Latijn, vandaar de naam Vulgaat.

---

80 In de Friedbergeditie van het DG wordt bij C. 13, qu. 2, c. 30 mogelijk om die reden niet verwezen naar Nahum 1:9 maar naar Nahum 1:12: 'Ik mag je dan hebben gekweld; ik zal je niet meer kwellen' (NBV: 'Ik heb je gekweld, Juda, maar ik zal je niet meer kwellen'). Hoewel de verwijzing naar deze versregel op het eerste gezicht logischer lijkt, kan geen historisch, terminologisch of inhoudelijk verband tussen de spreuk *non bis in idem* en deze versregel worden gelegd. In een vergelijkbare casus, beschreven in Dict. post D. 3. c. 42, De pen., wordt wel verwezen naar Nahum 1:9. Deze vindplaats in het DG betreft een verhandeling van Gratianus over de biecht en de boete, zie P. Gerbenzon, *Membra Disiecta van middeleeuwse latijnse juridische handschriften. Een handleiding voor determinatie*, *Varia medievalia I*, RUG Groningen 1981, p. 9, 10.

81 *Septuaginta*, uitgegeven door A. Rahlfs, deel II, Stuttgart 1971, p. 530.

82 Spronk 1999, p. 78 vertaalt τὸ αὐτὸ met *te zelfder tijd*. Wellicht wil hij hiermee tot uitdrukking willen brengen dat het hier gaat over cumulatie van straffen en niet zozeer over dubbele berechting.

83 Spronk 1999, p. 78.

84 Spronk 1999, p. 79. Het is ook mogelijk dat de betekenis van de versregels die erop volgden hieraan mede debet zijn, zie noot 80.

85 In P.L. deel XXV, p. 1238 A, staat in plaats van het futurum *vindicabit*, dat een precieze weergave van het Grieks zou zijn, het perfectum *vindicavit,* maar dit is, gelet op de rest van de tekst en latere verwijzingen waarschijnlijk toe te schrijven aan een zet- of drukfout.

86 Met name *idipsum* is een zeer letterlijke en ongewone vertaling van τὸ αὐτὸ (hetzelfde).

In deze Vulgaat-vertaling komt Nahum 1 vers 9 - anders dan Hieronymus' vertaling uit het Grieks - meer overeen met de oorspronkelijk Hebreeuwse tekst en dus met onze huidige vertaling. De Vulgaat-vertaling luidt namelijk: '*non consurget duplex tribulatio*',[87] '*de ellende zal zich niet tweemaal verheffen*'. In de Nieuwe Bijbelvertaling (2004) is de betekenis van deze zin uitgedrukt met de woorden '*Juda wordt geen tweede keer bedreigd.*' Ondanks de ogenschijnlijk andere strekking van deze regel volgde Hieronymus voor de uitleg van het vers de ('onjuiste') vertaling in de Septuagint en legde ook hij dus het verband met het verbod van herhaalde bestraffing.[88] In zijn commentaar bij de versregel schreef hij: 'dus zullen zij die gestraft zijn, later niet (nogmaals) worden gestraft'.[89] Vervolgens lichtte hij de regel toe aan de hand van de genade Gods: 'indien het misdrijf door de mensen is gewroken, zal God dat niet nog eens doen'. Hij gaf daarbij het voorbeeld van de gelovige die overspel heeft gepleegd en daarom ter dood is gebracht, maar daarna niet nog eens zal worden gestraft; hij zal bij God genade vinden.[90] Uit de oorspronkelijke hebreeuwse tekst dat Jahweh de vijand zodanig zal neerslaan dat deze zich niet meer zal verheffen, werd dus een verbod afgeleid dat in de weg stond aan een tweede berechting en bestraffing.

Of de vertaling en de interpretaties van Nahum 1 vers 9 juist waren of niet zal ik in het midden laten; over die uitleg bestond onder de canonisten in elk geval ook geen eenstemmigheid.[91] Wel kan worden aangenomen dat het verbod van dubbele of herhaalde bestraffing (mede) door de - onjuiste, althans in elk geval niet letterlijke - vertaling in de Septuagint en de daarop gebaseerde commentaren van Origenes en Hieronymus in het canonieke recht terecht is gekomen. Nahum 1 vers 9 werd daarbij bovendien een vast aanknopingspunt voor het verbieden van dubbele bestraffing en berechting. De in de Septuagint gebruikte formulering

---

87 Deze vertaling gebruikt Hieronymus ook in zijn commentaar op Nahum, P.L. XXV, p. 1238 A.

88 In deze interpretatie zou hij echter niet standvastig zijn geweest. Spronk 1999, p. 79. Overigens draait ook de *International Bible Society* de zin grammaticaal om: 'Hij zal geen tweede keer tegen u hoeven optreden'. Door die omkering kan de zin al snel zo worden begrepen 'dat Hij niet tweemaal straft'.

89 P.L. XXV, p. 1238 C: *ergo qui puniti sunt, postea non punientur*.

90 P.L. XXV, p. 1238 D: 'indien een gelovige overspel heeft gepleegd en daarvoor is onthoofd, dan zal hij door God niet nogmaals worden gestraft, want God weet maat te houden in alles' (parafrase). NB tussen dit voorbeeld en dat uit DG C. 13, qu. 2, c. 30 bestaat een opvallende gelijkenis.

91 Gratianus bekritseerde de uitleg van Hieronymus en verwees rechtstreeks naar Nahum met de woorden: 'Dat woord van de profeet Nahum toont niet aan dat alles wat al in het tijdelijke is gestraft niet nog eens door God zal worden gestraft'. Hieronymus zou de regel dus een te ruime betekenis hebben gegeven. De regel zou volgens Gratianus alleen opgaan voor degenen die berouw toonden over hun zonden en alleen indien de misdrijven niet zeer ernstig waren, Dict. post D. 3 c. 42, De pen. (zie noot 80). Gratianus vervolgt in c. 43 met erop te wijzen dat de regel '*non iudicabit bis in id ipsum*' (immers) ook niet geldt voor wie tot in de eeuwigheid zal worden gestraft, 'zoals Antiochus en Herodes'.

van het vers en de verwijzing naar '*Naum*' of '*scriptura*' kregen namelijk vaste voet in het canonieke recht. Die weg liep via de zogenaamde Apostelcanon 25.

De Apostelcanon maakte deel uit van de verzameling van Dionysius Exiguus (begin zesde eeuw na Chr.).[92] De canon stelde de vraag aan de orde of een priester die een ernstig misdrijf had begaan, behalve zijn functie ook de toediening van de heilige sacramenten moest verliezen. Voor het antwoord op de vraag werd in de canon de versregel uit Nahum geciteerd. Daarvoor was de Septuagintvertaling gebruikt, dus '*hij zal niet tweemaal voor hetzelfde wraak nemen door te kwellen*'. Dionysius Exiguus maakte van die canon, inclusief het citaat, een letterlijke vertaling in het Latijn.[93] Aan de oorspronkelijke Septuagintvertaling was het woord '*dominus*' (God) toegevoegd, zodat Dionysius vertaalde: '*dicit enim scriptura: 'non vindicabit dominus bis in id*[94] *ipsum*'',[95] 'de Schrift zegt immers: (nee), want God straft niet tweemaal voor hetzelfde'. De verzameling van Dionysius, met andere bronnen samen de Dionysiana genoemd, werd door Karel de Grote in 802 aan de Kerk voorgeschreven als 'kerkelijk wetboek', de zogenaamde *Hadriana*.[96] Doordat Apostelcanon 25 ook in het *Decretum Gratiani* (1140) werd geïncorporeerd,[97] is de versregel vervolgens deel gaan uitmaken van het *Corpus Iuris Canonici* (1582).

Elders in het Decretum werden het werkwoord en de persoonsvorm van de regel verbasterd, dan wel bewust gewijzigd in '*iudicat*',[98] zodat de zin kwam te luiden '*non iudicat Deus bis in id ipsum*'. Het gaat hier om de kwestie 'of zondaars die gehangen zijn wel mogen terugkeren in de kerk'. Het antwoord luidt: ('ja'), '*Scriptum est enim:* '*non iudicat Deus bis in id ipsum*''. Het werkwoord *vindicare* is hier dus gewijzigd in *iudicare*. Deze wijziging verruimt de betekenis van de regel. Waar immers in het werkwoord *vindicare* 'wreken' of 'vergelden' besloten ligt, zodat de regel zich oorspronkelijk lijkt te beperken tot het verbod van dubbele *bestraffing*,

---

92 Over de Apostelcanones en het werk van Dionysius Exiguus zie Van de Wiel 1986, p. 25, 26 en p. 33 jo. p. 27; Robinson e.a. 2000 par. 1.6.1, 1.9.4 en 5.2.1.

93 In de Griekse versie van Apostelcanon 25 staat het werkwoord in de tweede persoon: ἐκδικήσεις, 'gij (jij) zult', in plaats van: ἐκδικήσει ('hij zal'). De Bijbelse tekst werd kennelijk als richtsnoer opgevat voor het *menselijk* handelen, want wie wordt anders bedoeld met 'gij' (jij) dan de mens?

94 De aanduiding 'dezelfde', *id ipsum,* wordt hier in tegenstelling tot de eerdere tekst los van elkaar gedrukt.

95 *Discipline générale antique, Les canons des synodes particuliers (IVe-IXe s.)*, P.-P. Joannou (ed.), t. I. 2, Rome 1962, p. 19.

96 Robinson e.a. 2000, p. 15; De Monté ver Loren 2000, p. 53.

97 DG D. 81. c. 12.

98 DG C.13, qu. 2, c. 30. Het werkwoord staat in tegenstelling tot de oorspronkelijke tekst in het praesens *iudicat*: 'hij oordeelt' of 'hij berecht'. Over de tekst in het Decretum Gratiani zie Hoofdstuk 2, par. 3.2.

heeft *iudicare* de ruimere betekenis van 'oordelen' of 'berechten'. Ook een berechting die niet tot bestraffing leidt, zoals een vrijspraak, lijkt nu, op basis van de gewijzigde formulering, aan een tweede berechting in de weg te staan. Voorbeelden van een verbod om na een vrijspraak wegens hetzelfde feit iemand opnieuw te berechten zijn in deze canonieke teksten echter niet gevonden.[99] De teksten stellen integendeel telkens slechts de vraag aan de orde of verschillende soorten straffen kunnen cumuleren of na elkaar kunnen worden toegepast.

De hier besproken regel kreeg in Engeland grote bekendheid. Hij werd namelijk ingeroepen door de aartsbisschop Thomas à Becket († 1170) in zijn conflict met de Engelse Koning over de berechting van de zogenoemde *criminous clerks*. De Koning wilde deze geestelijken, die al waren gestraft door de Kerk, ook nog laten berechten door de *King's Courts*. De bisschop verzette zich hiertegen met de woorden '*non iudicat Deus bis in id ipsum*'.[100] Deze zinsnede werd tot 1589 in the Court of King's Bench gebruikt.[101] Volgens Friedland lag de controverse tussen de aartsbisschop en de koning mogelijk zelfs ten grondslag aan de '*the adoption of the concept of double jeopardy in the common law*'.[102]

Indien onderwerp en werkwoord uit de zin '*non iudicat Deus bis in id ipsum*' worden geschrapt, resteert het verbod van dubbele of herhaalde bestraffing of berechting, uitgedrukt door de woorden '*non bis in id ipsum*'. De woorden '*id ipsum*' zijn de vertaling van het Griekse τὸ αὐτό (het zelfde) uit de Septuagint. In het Latijn wordt 'zelf' weliswaar aangeduid met *ipse*, maar 'het zelfde' met *idem*. '*Id ipsum*' moet daarom als een wel erg letterlijke, en niet erg natuurlijke, vertaling van het Grieks worden beschouwd. Het ligt daarom voor de hand dat dit houterige *id ipsum* werd vervangen door het veel gewonere *idem*, zeker in een door het Latijn overheerste rechtscultuur. Ervan uitgaande dat die vervanging inderdaad heeft plaatsgevonden, kan geconcludeerd worden dat het de tekst van de Apostelcanon in het Decretum Gratiani is geweest, die ten grondslag heeft gelegen aan de spreuk *non bis in idem*. De tekst bevat immers - in dezelfde volgorde - de eerste drie woorden van de spreuk: '*non bis in*' en na vervanging van de woorden '*id ipsum*' door het gebruikelijkere '*idem*' en weglating van werkwoord en onderwerp (*iudicat Deus*) ontstaat de regel '*non bis in idem*'. Nu de Apostelcanon weer een vertaling is van de Griekse Septuagint zou dit betekenen dat de spreuk *non*

---

99 Vgl. Landau 1970, p. 141.

100 F.W. Maitland, *Henry II. and the Criminous Clerks*, in: *Roman Canon Law in the Church of England, Six essays*, London 1898, herdrukt in 1968, p. 132-147. Het conflict speelde rond 1164.

101 Brooke, 1968, h. XIII, Friedland 1969 p. 326 e.v.

102 Friedland 1969, p. 328.

bis in idem zijn oorsprong vindt in de Septuagint.[103] Deze gedachte wordt bevestigd door een verkorte Griekse versie van de Septuagint-tekst in de kantlijn van de glosse van Johannes Teutonicus bij het Decretum Gratiani. Die aantekening, uit 1240, luidt: 'οὐκ ἐκδικήσει δὶς ἐπὶ τὸ αὐτό'.[104] Hier staat, indien het werkwoord 'ἐκδικήσει' wordt weggelaten: 'οὐκ δὶς ἐπὶ τὸ αὐτὸ', wat gelijk is aan: '*non bis in idem*'.

Uit het voorgaande kan de conclusie worden getrokken dat het verbod van herhaalde of dubbele bestraffing in het canonieke recht is terug te voeren op een (onjuiste, althans niet letterlijke) vertaling van Nahum 1 vers 9 uit het Oude Testament, en bovendien, dat de huidige formulering voor het verbod van herhaling: *non bis in idem*, in die vertaling haar oorsprong vindt. Voorts kan worden vastgesteld dat de regel werd aangehaald bij vraagstukken over cumulerende kerkelijke sancties en bij de vraag of er een straf van God op de straf op aarde zou volgen, en dat de regel niet werd aangehaald bij de vraag of na een berechting, die bijvoorbeeld was geëindigd met een bevrijdende uitspraak, nogmaals een aanklacht en een berechting mocht plaats hebben wegens hetzelfde feit. Tegenwoordig, in het wereldlijke recht, is de betekenis van de spreuk *non bis in idem* niet beperkt tot het verbod van dubbele of herhaalde bestraffing maar maakt het verbod van een dubbele vervolging en berechting ook deel uit van de regel. *Non bis in idem* geldt in de huidige tijd dus ook indien in de eerste procedure geen bestraffing is gevolgd; het omvat immers zowel het verbod om iemand tweemaal te bestraffen als het verbod om iemand tweemaal te 'kwellen', dus om hem nogmaals te berechten nadat hij definitief is vrijgesproken. Een en ander betekent dat de huidige regel *non bis in idem* wel in formulering maar niet qua inhoud tot het Nahum 1 vers 9 te herleiden is.

Maar al werd deze ruimere betekenis hier niet aan de Nahum-regel toegekend, dat betekent niet dat het verbod om iemand tweemaal lastig te vallen wegens hetzelfde feit, dus het verbod van herhaalde aanklacht c.q. herhaalde berechting, geen erkenning had gekregen in het canonieke recht. Dat verbod kon daar wel degelijk worden gevonden; het werd echter in andere woorden uitgedrukt. Dit ruimere verbod van herhaling (*de his*), dat het verbod van een tweede aanklacht

---

[103] Vgl. Liebs, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, München: Beck 1986, p. 125. Liebs verwijst zonder nadere uitleg naar Nahum 1:9 en tevens naar de glosse *non potest* bij DG C. 2, qu. 1, c. 14 van Johannes Teutonicus. Deze glosse heeft echter met het verbod van herhaling noch met de formulering van de spreuk *non bis in idem* veel uitstaande. Zie over deze glosse Hoofdstuk 2, par. 3.2.

[104] *Glossa Ordinaria* van Johannes Teutonicus, 1213-1217, p. 388, uitgave 1620, bijschrift bij D. 81 c.12, door Bartholomeus Brixiensis, 1240: 'Nahum, 1. Lsecundùm 70 † οὐκ ἐκδικήσει δὶς ἐπὶ τὸ αὐτό.'

en berechting omvat, zal in Hoofdstuk 2 worden besproken. Eerst zal ik de conclusies van deze paragraaf tot nu toe samenvatten.

2.6 Samenvatting en bezinning op de herkomst van het verbod van herhaling

In de vorige paragraaf is gebleken dat de spreuk *non bis in idem* is te herleiden tot de Septuagint en daar alleen betrekking heeft op straffen. Daarom moet de directe relatie tussen deze spreuk en het oude *actio*- of *formula*-proces van de hand worden gewezen. Dat betekent zeker niet dat de regel in het klassieke burgerlijk procesrecht niet zou hebben bestaan; ook de tekst '*bis de eadem re ne sit actio*' die herleid wordt tot de procesovereenkomst uit de vroeg-Romeinse tijd, de *litis contestatio*, verbiedt immers dat tweemaal een proces zal worden gevoerd over hetzelfde. De uitkomst van de vorige paragraaf betekent alleen dat '*non bis in idem*' van oorsprong slechts een strafrechtelijke connotatie lijkt te hebben gehad in plaats van een civiele.

In de vorige paragraaf bleek tevens dat de *litis contestatio* uit het civiele *legis actio*- en *formula*-proces in verband werd gebracht met regels van respect (voor de sacrale handeling dan wel voor de partijafspraak) en regels van economie. In deze paragraaf stond ik stil bij de vraag of de *litis contestatio* - net als de regel *non bis in idem* - niet tevens is te herleiden tot het principe van proportionaliteit. Indien dat zo zou zijn, zou kunnen worden betoogd dat het verbod van herhaling niet het gevolg is van de *litis contestatio*, maar dat, andersom, het verbod van herhaling de oorzaak is van de *litis contestatio*. Deze omkering kan mogelijk van nut zijn als gedachteoefening, in het bijzonder in verband met de kwestie hoe de ontwikkeling van het strafrecht zich verhield tot die van het civiele recht.

Voor de omkeringhypothese kan aansluiting worden gezocht bij het feit dat proportionaliteit al zeer vroeg in de wetgeving werd uitgedrukt, zoals de codex Hammoerabi en de Mozaïsche wetgeving. Het was een algemeen aanvaard principe dat de straf een maat had. Aangenomen mag worden dat de Griekse en de Romeinse beschavingen de invloed van deze oude wetgevingen en dus ook van de daarin besloten proportionaliteitsgedachte hebben ondergaan. Er mag dan ook wel vanuit worden gegaan dat al in de klassieke oudheid een diep in de mens geworteld notie heeft bestaan om bij toepassing van straf een zekere, zelfs een vaste, maat te houden. In het Attische recht - zo weten wij uit de redevoeringen van Demosthenes - was zelfs sprake van een expliciet verbod van herhaling. Het principe werd daar echter niet alleen in verband gebracht met strafrechtelijke beslissingen, hoe die ook waren uitgevallen, maar strekte zich uit tot elke juridische procedure.

Uit deze Attische wet- c.q. regelgeving kan voorts worden afgeleid dat daarin het besef verankerd lag dat de mogelijkheid van een willekeurige herhaling van hetzelfde proces het rechtssysteem zou ondermijnen. 'Eens berecht altijd berecht', riep Phormio tegen Demipho, en hij grapte dat Demipho, als invloedrijk man, kon proberen daar onderuit te komen. Terentius, waarschijnlijk in navolging van de Griekse blijspeldichter Apollodorus, liet hiermee zien dat er sprake was van een rechts*systeem*, en dat dit alleen bij uitzondering - en wel door oneigenlijke middelen - kon worden beïnvloed. Het plan dat Phormio aan Demipho voorstelde, namelijk om zijn invloed aan te wenden om een tweede zaak over hetzelfde te krijgen, was bedoeld om de lachlust van het publiek op te wekken. Dit plan moet dus begrepen worden als een voorbeeld van een wel erg vreemde gang van zaken, of juist als iets wat vaker voorkwam, maar dan alleen bij bepaalde hooggeplaatste personen die zich konden veroorloven zich niet te storen aan de norm. De conclusie is dat het verbod om tweemaal voor hetzelfde te straffen en het verbod om rechtszaken te herhalen ook reeds eenvoudig voortvloeide uit de eisen van een goede procesorde.

Als wij uitgaan van deze eisen van een goede procesorde als universeel principe, kan hieruit mede de *litis contestatio* worden verklaard.[105] De *litis contestatio* was de methode waardoor het oordeel van de rechter, c.q. zijn uitspraak, gezag kon krijgen. De partijafspraak over datgene waarover de rechter te oordelen had en welke rechter dit zou doen, maakte de rechterlijke uitspraak voor partijen aanvaardbaar.[106] Zo beschouwd kan het verbod van herhaling dus worden gezien als de aanleiding voor de *litis contestatio*, in plaats van als gevolg. De conclusie die daaruit kan worden getrokken is dat behalve respect voor de sacrale handeling, c.q. voor de partijafspraak, en overwegingen van proceseconomische aard ook beginselen van een goede procesorde, zoals proportionaliteit, aan de *litis contestatio* ten grondslag zullen hebben gelegen. Vanuit deze zienswijze valt te verklaren dat het verweer tegen herhaling van dezelfde actie werd erkend toen de *litis contestatio* van het procestoneel verdwenen was en de *res iudicata* zijn plaats had ingeno-

---

105 Vgl. Wlassak 1889, p. 57, noot 1: '*Ich will zugeben, dass der naheliegende Gedanke: die Wiederholung der Prozesse über dieselbe Sache ist ein unerträgliches Übel (…) hervorragenden Anteil hatte an der Ausbildung des Prinzips der Prozesskonsumtion.*' (Ik wil toegeven dat de voor de hand liggende gedachte: 'de herhaling van een procedure over dezelfde zaak is een niet te verdragen euvel' (…) een aanzienlijk aandeel heeft gehad in de vorming van het principe van de procesconsumptie, vert. wvh).

106 Vgl. Tellegen-Couperus 1990, p. 47, die met deze redenering de uitsluiting van hoger beroep verklaart: 'Omdat partijen zich van tevoren hadden onderworpen aan de uitspraak van de rechter, was het vonnis bindend en konden zij niet bij enige andere rechter in hoger beroep gaan'. In gelijke zin Kaser p. 118 en p. 230.

men.[107] Voor de erkenning van het verbod van herhaling was een *litis contestatio* geen voorwaarde meer. Het verweer dat over de zelfde zaak al eerder een proces was gevoerd, werd vanaf toen gehangen aan de kracht van een rechterlijk vonnis.

2.7 Gewijsde zaak of '*res iudicata*'

2.7.1 Res iudicata in civiele zaken

Na het verdwijnen van de *litis contestatio* als rechtscheppend moment in het Romeinse civiele proces, verschoof de rechtvaardiging van het verbod van herhaling naar de rechtskracht van het vonnis, de gewijsde zaak of *res iudicata.* Met de *res iudicata* hing een exceptie samen, het verweer 'dat het geding is beslist', de *exceptio rei iudicatae* of *litis finitae*. De regels aangaande beide leerstukken werden in de Justiniaanse wetgeving (533 n. Chr.) bijeengebracht in de Digestentitels over 'gewijsde zaak'[108] en 'excepties'.[109] Van een *res iudicata* was volgens deze regels sprake wanneer er door de uitspraak van de rechter een einde was gemaakt aan het geschil (*controversia*) ofwel door toewijzing (*condemnatio*) ofwel door afwijzing (*absolutio*) van de eis.[110] De *exceptio rei iudicatae*, de exceptie van het gewijsde, kon altijd worden ingeroepen en leidde, indien aanvaard, tot de beëindiging van de procedure.[111] Aanvaarding van deze exceptie betekende (dan ook) 'vrijstelling of vermindering van veroordeling'.[112] Aanvaard kon de exceptie worden wanneer 'hetzelfde punt van geschil tussen dezelfde personen opnieuw ter sprake werd gebracht'.[113] Het verweer kon niet worden ingebracht tegen een actie die werd ingesteld tegen een vonnis dat was gewezen op valse stukken.[114] Het gewijsde was dus niet in alle gevallen 'heilig'; het moest in dat geval wijken voor een

---

107 Zo beschijft Lokin 2008, p. 63, dat na de verdringing van het *formula*-proces door de 'buitengewone rechtsgang' juist ook deze regel behouden bleef.

108 D. 42.1 *De re iudicata et de effectu sententiarum et de interlocutionibus* (de gewijsde zaak; de uitwerking van vonnissen en tussenvonnissen).

109 D. 44.1 *De exceptionibus, praescriptionibus et preiudiciis*: (excepties, clausules van verweer en prejudiciële uitspraken).

110 D. 42.1.1 (Modestinus): *Res iudicata dicitur, quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accipit; quod vel condemnatione vel absolutione contingit*.

111 D. 44.1.3 (Gaius): '… Altijddurend en vernietigend zijn excepties die te allen tijde toepassing vinden en niet vermeden kunnen worden, zoals dit het geval is met de exceptie … van gewijsde zaak …'.

112 D. 44.1.22 (Paulus): 'De exceptie is een voorwaarde die nu eens de gedagvaarde van veroordeling vrijstelt, dan weer de veroordeling vermindert'.

113 D. 44.2.3 (Ulpianus): 'Julianus heeft in het derde boek van zijn Digesten geantwoord dat de exceptie van gewijsde zaak steeds dan in de weg staat, als hetzelfde punt van geschil tussen dezelfde personen opnieuw ter sprake wordt gebracht …'.

114 D. 44.1.11 (Modestinus) '(…) ook al is op basis van valse bewijsstukken in een zaak vonnis gewezen, de clausule van gewijsde zaak kan niet worden tegengeworpen, indien de valsheid ervan pas daarna is ontdekt.'

eerlijke procedure. De procedure mocht in dat geval over; wij zouden nu van een grond voor 'herziening' spreken.

Over de grond voor de *exceptie rei iudicatae* staat in de Digesten:

> '*Men heeft om een acceptabele reden aangenomen dat voor ieder afzonderlijk rechtsgeschil één actie en één afsluitend vonnis konden volstaan, dit om te voorkomen dat de mogelijkheid om te procederen zich zou vermenigvuldigen en in onoverkomelijke en onoplosbare moeilijkheden zou resulteren, in het bijzonder als de vonnissen met elkaar in tegenspraak zouden zijn. Om die reden komt het geregeld voor dat de exceptie van gewijsde opgeworpen wordt*'.[115]

Over elk afzonderlijk rechtsgeschil één geding en één vonnis, zegt deze regel. De redenen daarvoor sluiten deels aan bij de door Kaser aangeduide grond voor het verval van de vordering in het *formula*-proces, namelijk de 'proceseconomie'. Maar er staat meer. Er zijn zelfs drie argumenten te onderscheiden. De eerste is 'het voorkomen dat de mogelijkheid om te procederen zich zou vermenigvuldigen'. Hier staat geformuleerd wat ook wel met het adagium *lites finiri oportet* wordt uitgedrukt, namelijk 'dat het met de strijd eens gedaan moet zijn'. Het is een regel met een duidelijke economische ondertoon maar kan ook gelezen worden als 'rustbevorderend'. Met de tweede reden: 'het voorkomen van moeilijkheden' kunnen verschillende gevolgen worden bedoeld, zowel processuele, bijvoorbeeld bewijstechnische, als inhoudelijke, zoals problemen die voortspruiten uit elkaar tegensprekende vonnissen. Dit laatste aspect kan worden beschouwd als een derde bestaansgrond voor de regel. Worden er meer acties over hetzelfde gevoerd dan zouden verschillende uitkomsten van hetzelfde geschil kunnen ontstaan en dan is er in feite geen oplossing. Het procesrecht functioneert dan niet. Ook deze reden zou men een uitvloeisel van een zuinigheidsprincipe kunnen noemen.

Het voorbeeld 'voorkoming van tegenstrijdige vonnissen' raakt echter ook het gezag, de autoriteit van het vonnis, c.q. de autoriteit van de staat. De achtergrond van de regel kan dan ook zijn geweest dat tegenstrijdige uitspraken het gezag van de rechter ondermijnen. Van ondermijning van het gezag van de staat kan echter pas sprake zijn wanneer de rechter als dienaar van de staat - of van de Princeps, de Vorst - diens macht vertegenwoordigt en de vonnissen door die ambtenaar geveld het staatsgezag onderstrepen. Spreken die vonnissen elkaar tegen dan spreekt de staat zich tegen en verliest hij gezag. Het is een grond die pas gehan-

---

115 D. 44.2.6 (Paulus) : '*Singulis controversiis singulas actiones unumque iudicati finem sufficere probabili ratione placuit, ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, maxime si diversa pronuntiarentur. parere ergo exceptionem rei iudicatae frequens est.*'

teerd kan worden als er sprake is van centralisatie van de staatsmacht. Die grond zou daarom als een uiting van latere opvattingen over het gezag van gewijsde kunnen worden beschouwd, in het bijzonder vanaf de tijd dat in Rome recht werd gesproken uit naam van de Keizer (vierde eeuw n. Chr.). Rond het begin van de twintigste eeuw zal, vooral in Duitsland, aan dit autoriteitsargument veel belang worden gehecht.[116]

Hoewel het verbod van herhaling sinds de intrede van de professionele rechter in het oude Rome met het rechterlijk vonnis was verknoopt, ging de *litis-contestatio*gedachte, de bindende kracht van de partijafspraak, niet verloren. Zo kon de rechter zijn vonnis richten naar wat door partijen was overeengekomen[117] en kon de onbevoegdheid van een rechter door de uitdrukkelijke instemming van partijen worden gedekt.[118] De partijafspraak was in deze gevallen nog steeds bindend en het gezag van partijen dus ook.

2.7.2 *Res iudicata in strafzaken*

Voor het strafproces waren in de Digesten aparte titels in het leven geroepen, de Boeken 47 en 48, *Libri terribiles* genoemd.[119] Golden de hiervoor genoemde gronden voor het verbod van herhaling ook voor de procedures waarop de *Libri*

---

[116] Bijvoorbeeld door. K. Binding, *Strafrechtliche en strafprozessuale Abhandlungen, zweiter band, Strafprozess*, Dunker en Humblot: München/Leipzig 1915, p. 301-360, aangehaald door Strijards 1989, p. 70 e.v.

[117] D. 42.1.26 (Ulpianus): 'Indien onder de procesvoerende partijen overeengekomen is hoe de uitspraak zal moeten luiden, zal het voor de rechter niet buiten de orde zijn om in deze zin vonnis uit te spreken.'

[118] D. 42.1.57 (Ulpianus), '(…) en als op basis van overeenstemming een minderjarige tot rechter is benoemd, terwijl de procespartijen die het over hem eens waren dit wisten, zal men met het volste recht betogen dat zijn vonnis geldig is. (…)'.

[119] Aldus de *Constitutio Tanta,* waarmee de Digesten werden afgekondigd, 16 december 533, par. 8a: '*Et post hoc duo terribiles libri positi sunt pro delictis privatis et extraordininariis nec non publicis criminibus, qui omnem continent severitatem poenarumque atrocitatem. Quibus permixta sunt et ea quae de audacibus hominibus cauta sunt, qui se celare conantur et contumaces existunt: et de poenis, quae condemnatis infliguntur vel conceduntur, nec non de eorum substantiis*'; 'Daarachter zijn de twee vreeswekkende boeken geplaatst met betrekking tot private en buitengewone delicten alsmede de publieke misdrijven, die alle strenge en harde straffen omvatten. Hierin zijn tevens verwerkt de bepalingen over vermetele lieden die trachten zich te verbergen en die zich aan het gezag onttrekken, over de straffen die aan veroordeelden worden opgelegd dan wel kwijtgescholden, en ook hun vermogen.' De vertaling van de paralleltekst van deze passage in het Grieks luidt: 'Dan wordt vervolgd met de uiteenzetting over delicten en worden al die lichtere vergrijpen behandeld die privaat genoemd worden en die men als niet binnen de orde aanduidt, maar de naam 'buitengewoon' geeft. Dan wordt overgegaan tot de publieke delicten die zeer ernstig zijn en een zware straf over zich afroepen. Ook hier omvatten twee boeken deze materie betreffende vergrijpen en delicten; erdoorheen verwerkt zijn de bepalingen over degenen die op grond van een delict veroordeeld zijn maar zich schuil houden, over hun vermogen, en over de aan veroordeelden toebedeelde straf dan wel kwijtschelding.'

terribiles het oog hadden? Waren met andere woorden de regels van het civiele proces inzake *res iudicata* zonder meer ook van toepassing op het strafproces? Deze aanname is niet waarschijnlijk. Dan zou moeten worden aangenomen dat de regels voor het civiele proces impliciet algemene gelding hadden, want een expliciete vermelding van die toepasselijkheid voor het strafproces ontbreekt. Een impliciete toepasselijkheid is echter niet aannemelijk want de Digesten bestonden uit teksten die van diverse juristen bij elkaar gesprokkeld waren en die met elkaar nog geen eenheid vormden, laat staan algemene leerstukken bevatten. Bovendien had het strafproces zich afgescheiden van het civiele recht en zich langs autonome lijnen ontwikkeld.[120]

Er was dus in de Digesten sprake van twee te onderscheiden rechtsgebieden. Die hadden echter wel grotendeels dezelfde wortels. Dat blijkt uit sommige Digestenregels uit de hiervoor geciteerde titels, waarin wel uitdrukkelijk naar het strafproces wordt verwezen. Een voorbeeld daarvan is de rechtsregel dat bij staking der stemmen de beslissing in het voordeel moet worden genomen van de burger wiens 'vrijheid op het spel staat', de regel die wij nu noemen '*in dubio pro reo*'. Deze regel 'dient ook in strafprocessen te gelden', zo leerde de rechtsgeleerde Paulus (begin derde eeuw n. Chr.).[121] Andersom verwijst het eerste van beide *Libri terribiles*, Boek 47 (over private delicten), naar 'de gewone exceptie van gewijsde'.[122] Mogelijk wordt gedoeld op de zojuist besproken excepties uit Digesten 44. De *Libri terribiles* gebruikten voorts dezelfde terminologie voor de inhoud van het vonnis: *condemnatio* en *absolutio*, of het nu ging om veroordeling en vrijspraak of om de toewijzing en de afwijzing van een vordering. Het is daarom niet

---

120 Dit ontwikkelingsproces heeft in de Romeinse wetenschappelijke literatuur volgens Bock 2006, niet veel aandacht gekregen. Zie de door de auteur genoemde bronnen. Onder meer zou de vervlechting van het strafrecht met de politiek de wetenschappelijke discussie hebben bemoeilijkt, p. 8 r.k. en p. 9 l.k.

121 D. 42.1.38 (Paulus): 'Als door een gelijk aantal rechters op verschillende wijze wordt gestemd, heeft volgens een verordening van de vergoddeljikte Antonius Pius in gedingen betreffende de vrijheid bij het staken van de stemmen de beslissing ten gunste van de vrijheid de overhand, en in andere processen de beslissing ten gunste van de gedaagde. Dit behoort ook in strafprocessen te gelden.' In het strafrechtelijke deel der Digesten is een vergelijkbare gedachte uitgedrukt in D. 48.19.5 (Ulpianus): (…) *sed nec suspicionibus debere aliquem damnari* (…) *satius enim esse inpunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari* (…); 'dat men iemand ook niet op verdenkingen mag veroordelen … dat het immers beter is dat een misdrijf van een dader ongestraft wordt gelaten dan dat een onschuldige veroordeeld wordt'. Deze regel wordt ook wel aangeduid met 'Trajanus- of twijfelregel'. Over de historische ontwikkeling en de strekking van dit beginsel uitvoerig: Zopfs 1999. Zie ook Riggsby, 1999, p. 191, noot 53. Volgens deze auteur gaf de regel *in dubio pro reo* geen uitdrukking aan een algemeen rechtsbeginsel maar had deze slechts betrekking op berechtingen bij verstek.

122 D. 47.23.3 (Ulpianus): *Sed si ex eadem causa agatur, cum idem factum sit, exceptio vulgaris rei iudicatae opponitur*; 'Maar als over dezelfde zaak meermalen zal worden geprocedeerd, terwijl het eenzelfde feit betreft, wordt daar de gewone exceptie van gewijsde zaak tegenin gebracht'.

uitgesloten dat de opvatting over de rechtskracht van het (civiele) vonnis die uit de titels spreekt, te weten het voorkomen van een eindeloze rechtsstrijd en van tegenstrijdige beslissingen, ook voor het strafrechtelijk vonnis heeft gegolden; de Boeken 47 en 48 met regels over het private en het publieke strafproces laten zich daar niet over uit. Wel werden tijdens en na de Receptie ook de civielrechtelijke bronnen over de *res iudicata* voor de uitleg van het strafproces ingeroepen en kennelijk analoog op het strafrecht van toepassing geacht.[123]

Er is echter een opvallend verschil als het over de regels voor de herhaling van het instellen van een proces gaat. In de *Libri terribiles* wordt ruime aandacht geschonken aan de geldigheidseisen van een *aanklacht* nadat een zaak al eens voor de rechter is gebracht. Aan de voorwaarden voor een geldige aanklacht is zelfs een hele titel gewijd, Boek 48.2. De aanhef van die titel luidt: 'Over aanklacht en registratie van de aanklacht'.[124] In deze titel wordt de herhaling van de aanklacht verboden, in het bijzonder de herhaling nadat iemand is geabsolveerd, 'bevrijd' of 'vrijgesproken'. Dit expliciete verbod van herhaling van strafrechtelijke aanklacht is sindsdien altijd als zelfstandige regel van het strafproces blijven bestaan. In de teksten en in de theorievorming lag daarbij steeds de nadruk op het verbod van aanklacht na een vrijsprekend vonnis. Aan de werking van een veroordelend vonnis werden geen of zeer weinig woorden vuil gemaakt. Kennelijk bestond daarover geen grote onduidelijkheid.[125]

Nog een Digestenregel die wel in verband met het verbod van herhaling wordt aangehaald, is de spreuk '*res iudicata pro veritate accipitur*'. De vertaling van de regel luidt 'dat het vonnis voor waar wordt gehouden', met andere woorden 'dat het de waarheid bevat'. De regel is van Ulpianus en is opgenomen in de Boeken 1 en 50 van de Digesten.[126] Deze regel staat dus niet in de hiervoor geciteerde Boeken 42 en 44 over gewijsde zaak en exceptie en ook niet in de *Libri terribiles*. De plaats van de regel zou erop kunnen duiden dat de regel beperkt bleef tot het daar bedoelde geval.[127] Het is een regel die het gezag van het rechterlijk vonnis bezweert door middel van de waarheidsfictie: 'wat de rechter heeft vastgesteld, is

---

123 Matthaeus, *De Criminibus*, 48.XIX.II. aanhef, Hewett 1996, p. 637, verwijst naar D. 44.2.6, D. 4.9.6.4 / D. 1.5.25 en D. 48.2.7.2, hierna in par. 3.3 te bespreken.

124 D. 48.2: *De accusationibus et inscriptionibus*.

125 In gelijke zin Liebs 1967, p. 130. Ook in de geschiedenis van de totstandkoming van het verbod van herhaling in de Nederlandse wetgeving tijdens de codificatieperiode bleef het verbod van dubbele bestraffing onbelicht, Hoofdstuk 8, par. 5.8, Hoofdstuk 9, par. 2.10 en Hoofdstuk 10 par. 2.6.

126 D. 1.5.25 en een herhaling daarvan in D. 50.17.207 (Ulpianus).

127 Veegens 1972, p. 15 wijst erop dat 'uit niets blijkt dat deze tekst was veralgemeniseerd buiten het concrete geval waarvoor zij was gegeven', namelijk de vaststelling van de burgerlijke staat. Zie Beukers 1994, p. 107 voor meer bronvermeldingen.

waar'. De regel heeft in het burgerlijk recht vooral bewijsrechtelijke betekenis gekregen.[128] Het is echter een regel die kan worden bestreden met tegenbewijs.[129] Daarom ligt het minder voor de hand de regel te betrekken op het verbod van herhaling. Aperte fouten moeten immers in beginsel kunnen worden hersteld.[130] Daarom lijkt de waarheidsfictie, omdat het nu eenmaal een fictie is, minder geschikt om ten grondslag te leggen aan het verbod van herhaling in strafzaken.[131] Uit de aangehaalde bronnen blijkt ook niet dat dit gebeurde. Hoe met het verbod van een tweede aanklacht wegens hetzelfde in strafzaken in de praktijk werd omgegaan wordt behandeld in de volgende paragraaf.

3. Het Romeinse strafrecht

3.1 Inleiding

Nu ik ervan uitga dat het verbod van herhaling in de Griekse en Romeinse oudheid al een eigen functie had binnen het strafproces, rijst de vraag welke die functie dan was. Bij de beantwoording van deze vraag zal ik mij beperken tot de Romeinse tijd, omdat hierover het meest bekend is en het Romeinse recht door de Receptie ons recht rechtstreeks heeft beïnvloed. Als uitgangspunt neem ik de hiervoor, in paragraaf 2.2, besproken tekst van Quintilianus. Welk probleem sneed Quintilianus aan met zijn vraag waarop dat '*bis*' betrekking had in de rechtsregel *bis de eadem re ne sit actio*, een regel die volgens Liebs weliswaar van de Griekse retoren was afgeleid, maar tevens een Romeinsrechtelijke regel zou zijn geweest?[132] Quintilianus opperde twee mogelijkheden. De eerste was dat het verbod alleen betrekking had op degene die al had aangeklaagd en dat het dus aan een ieder die nog niet had geklaagd (over dezelfde zaak) vrijstond om datzelfde nog eens te doen. De tweede mogelijkheid was dat het een ieder verboden was om aan te klagen als er eerder door een ander (over hetzelfde) was aangeklaagd.[133] Betrof het met andere woorden slechts een beperkt verbod van herhaling of een volledig? Het antwoord vinden we in een regel van Ulpianus (†228 n.

---

128 Art. 161 Rv (voorheen art. 188 Rv en daarvoor art. 1955 BW) en art. 267 Rv.

129 Art. 161 Rv bevat een regel van dwingend bewijs maar staat niet in de weg aan het leveren van tegenbewijs, Rutgers, GS Rv, art. 161, aant. 1, bijgewerkt tot 1 januari 2002.

130 Vgl. Cras, Hoofdstuk 8, par. 5.3 en 5.8.

131 Vgl. Knigge 1990, p. 190, 191, in reactie op Strijards 1989, p. 45 e.v. i.h.b. p. 46 en 51.

132 Liebs 1967, p. 109. Zie over de Quintilianusregel par. 2.2.

133 Verdedigd is wel dat hier wordt gevraagd of de regel betrekking heeft op samenloop van diverse klachten wegens dezelfde zaak of alleen op klachtconsumptie. Een andere interpretatie zou zijn dat hier wordt gevraagd of de regel zich alleen richt tegen de klager of ook tegen de aangeklaagde. Volgens Liebs wordt echter geen van deze beide interpretaties door de tekst gedekt, vgl. vgl. Liebs, 1967, p. 123, 124.

Chr.), die ruim honderd jaar na Quintilianus leefde. Die Ulpianusregel werd nog weer driehonderd jaar later, in 533, opgenomen in de Digesten.[134] De Ulpianusregel is na de Receptie een belangrijke bron geweest voor de bestudering van het strafrechtelijk *non bis in idem*-beginsel en zal aan het slot van deze paragraaf worden besproken.

Eerst volgt een schets van het Romeinse strafproces rond de tijd waarin de vraag door Quintilianus werd gesteld, 95 n. Chr., toen zijn *Institutiones Oratoriae* verschenen. Het strafrecht in Rome had toen al vrij vaste vorm gekregen. Het had zich vanaf de tweede eeuw voor de jaartelling ontwikkeld als een van het recht tussen burgers - *ius civile* - te onderscheiden *ius publicum*. Met de aanduiding '*publicum*' wezen de Romeinse juristen erop dat de uitvoering van de rechtspraak aan een ieder, aan het publiek werd toevertrouwd.[135] In dit rechtsgebied bleef de rechtspraak dan ook niet beperkt tot een zaak tussen individuele burgers. Omdat er een algemeen, publiek belang aan de orde was, was ook een ieder, mits burger van Rome, betrokken. Deze burgers konden deel uitmaken van de jury en zij konden - in beginsel - ook een aanklacht indienen.[136] In het civiele proces was de strijd beperkt tot twee gelijkberechtigde partijen die hun zaak aan de rechter voorlegden. Het strafprocesrecht onderscheidde zich op tenminste drie punten van het gewone, het ordinaire, proces: door de betrokkenheid van in beginsel alle burgers, door de toepassing van overheidsdwang en door de tenuitvoerlegging van straf. De boete of het recht tot executie viel niet toe aan de aanklagende burger maar aan de staat.[137] Deze kenmerken komen ook tot uitdrukking in de terminologie: het gerecht werd aangeduid met *iudicium publicum* (openbare, publieke zitting) of *quaestio* (onderzoek). Later kwam de aanduiding *inquisitoir proces* in zwang. De bronnen van dit strafrecht zijn schaars, onvolledig en soms ook onbetrouwbaar, omdat zij in latere tijd zijn bewerkt. Conclusies kunnen dan ook alleen maar met grote terughoudendheid worden getrokken. Met deze randvoorwaarden voor ogen wil ik een stukje van dit Romeinse strafrecht nader belichten, waarbij ik in navolging van de door mij geraadpleegde auteurs,[138] onderscheid maak tussen de periode van de late Republiek en die van de vroege Keizertijd.

---

134 D. 48.2.7.2 (Ulpianus): *sed hoc, utrum ab eodem an nec ab alio accusari possit, videndum est*; 'maar wel moet worden bezien of hij dan niet nogmaals door dezelfde persoon dan wel ook niet door een derde aangeklaagd kan worden'.

135 Jones 1972, p. 47 met verwijzing naar de Instituten van Justinianus, 4.18.1.

136 Robinson 1995, p. 4, 5; Kunkel 1972, p. 43, 83; Jones 1972, p. 46.

137 Dit kan niet van alle strafrechtelijke procedures worden gezegd. Er waren bovendien ook mengvormen van strafrechtelijke en civiele aanklacht, Jones 1972, p. 50.

138 Ik baseer mij vooral op de studies van Kunkel 1972, Jones 1972 en Robinson 1995.

3.2 Het Romeinse strafprocesrecht in de late Republiek

3.2.1 De rechtbanken

Uit de door de strafrechtshistorici gemaakte reconstructie van de periode van de late Republiek (ca. 150-27 v. Chr.), komt het beeld naar voren van een zich langzaam uitbreidend rechtsgebied waarin stapje voor stapje meer vormen van publiek ongewenst gedrag[139] door speciale juryrechtbanken, de *iudicia publica* of *quaestiones,* werden behandeld.[140] Voor elke nieuwe delictsoort werd telkens een speciale rechtbank (*iudicium publicum* of *quaestio*) met eigen procedureregels in het leven geroepen. Zo was er eerst alleen een rechtbank voor afpersing (*de repetundis*), daarna ook voor hoogverraad (*de majestatis*) en verduistering van staatseigendom (*peculatus*), vervolgens voor moord (*de sicariis et veneficis*), en daarna voor verkiezingsfraude (*de ambitu*), voor valsheid en valsemunterij (*de falsis*), geweld (*de vi*) en tenslotte (in de keizertijd) ook voor overspel (*de adulteriis*).[141] Uiteindelijk bestond er zo voor elk ernstig delict wel een bijzondere rechtbank. De bevoegdheid van deze rechtbanken was beperkt tot de berechting van Romeinse burgers;[142] voor vreemdelingen en slaven waren andere procedures van toepassing. De juryrechtbanken waren oorspronkelijk *ad-hoc*gerechten. Later werden dit vaste juryrechtbanken met zeer beperkte jurisdictie. Deze vaste juryrechtbanken, *quaestiones perpetuae*, vormden het raamwerk van het Romeinse straf- en strafprocesrecht zoals dat ook in de keizertijd vorm kreeg.[143]

3.2.2 Het proces

Over de procedure is het volgende bekend. De voorzitter van de strafrechtbank (*iudex* of *praetor*) werd door loting aangewezen en de jury - gemiddeld 75 personen uit de welgestelde burgerij - werd getrokken uit een tevoren vastgesteld aantal. Omdat niet alleen de gelaedeerde een aanklacht kon indienen, maar in beginsel een ieder,[144] kon het voorkomen dat meer aanklagers dezelfde klacht tegen dezelfde persoon indienden. Voor die situatie bestond de zogeheten *divinatio*: de jury besloot wie van de aanklagers die zich hadden gemeld het proces mocht

---

139 Welke feiten voor een *iudicium publicum* in aanmerking kwamen, was afhankelijk van de mate waarin het publieke belang was geraakt. Zo konden zelfs puur civiele zaken strafrechtelijk worden berecht, Ermann 1998.

140 Jones 1972, p. 50, 51, oppert de mogelijkheid dat de invoering van juryrechtspraak is geïnspireerd op de Grieken.

141 Jones 1972, h. 2; Kunkel 1972, p. 82. Over deze delicten en de berechting door *iudicia publica* zie Riggsby 1999.

142 Jones 1972, p. 46.

143 Robinson 1995, p. 2, 3 en 8. Zij spreekt van een '*framework*' waarin alle ernstiger misdrijven een plaats hadden gekregen.

144 Al gold dit uitgangspunt door de genoemde periode heen niet voor alle delicten, Jones 1972, p. 61.

voeren.[145] De aanklager stelde vervolgens een soort dagvaarding op, de *nominis delatio*, en een telastelegging, de *inscriptio*. Deze moest op schrift zijn gesteld en ondertekend. De aanklager nam daarbij de aansprakelijkheid op zich voor een eventuele onheuse bejegening van de aangeklaagde, bijvoorbeeld doordat de aanklacht slechts laster bevatte (*calumnia*).[146] Hierna kreeg de aanklager tijd voor het voorbereiden van de zaak, de *inquisitio*.[147] Het proces voor de juryrechtbank was openbaar en partijen hadden aanvankelijk net als in het civiele recht dezelfde rechten. Volgens Kunkel bestond er zelfs zoveel aandacht voor de rechten van de verdediging, dat hij van een bijzonder indrukwekkende, zelfs overdreven *fairness* spreekt.[148] De aangeklaagde kreeg bijvoorbeeld in sommige gevallen een stem in de wijze waarop de jury werd samengesteld,[149] wellicht een rudiment van de *litis-contestatio*gedachte. De dwang die kon worden toegepast betrof de getuigen van de aanklager; deze konden worden verplicht te verschijnen.[150] Overeenkomstig de publieke aard van dit proces viel voorts de boete toe aan de staat.[151] Later werden andere straffen dan de betaling van een geldsom toegepast, zoals ontzetting uit het ambt, dwangarbeid, verbanning en ook de doodstraf, al werd die laatste straf, omdat het Romeinse burgers betrof, veelal vervangen door verbanning en verlies van burgerrechten.[152]

3.2.3 Gevallen van twijfel

De juryleden drukten hun oordeel over de schuldvraag uit met letters: een A voor *absolvo* ('ik spreek vrij') en een C voor *condemno* ('ik veroordeel'), of zij onthielden zich van stem met: *non liquet* ('het is mij niet duidelijk'). Alvorens tot een A of een C te kunnen besluiten moest voor het individuele jurylid het bewijs van de schuld of de onschuld vaststaan.[153] Met *non liquet* werd uitgedrukt dat men niet overtuigd was van de schuld of de onschuld van de aangeklaagde. Indien er te weinig stemmen waren uitgebracht voor vrijspraak of veroordeling, dus bij te veel '*non liquets*', moest het proces direct worden overgedaan. Er diende dus een quotum te worden gehaald van stemmers die van oordeel waren dat de schuld dan wel de onschuld was bewezen. Zo sloot dit systeem een eindoordeel dat was

---

145 Jones 1972, p. 63, Robinson 1995, p. 5.

146 Het indienen van een valse aanklacht, *calumnia,* was apart strafbaar gesteld, Robinson 1995, p. 99. In D. 50.16.234 worden *calumniatores* gedefineerd als diegenen, die op bedriegelijke en hinderlijke wijze anderen met processen lastig vallen. Het woord is verwant aan *calvitur*, uit *Si calvitur*, 'als hij uitvluchten gebruikt'.

147 Jones 1972, p. 63 e.v., Robinson p. 5 en 8.

148 Kunkel 1972, p. 84.

149 Kunkel 1972, p. 84, Jones 1972, p. 66 e.v.

150 Jones 1972, p. 46; Robinson 1995, p. 5.

151 Jones 1972, p. 46.

152 Jones 1972, p. 51, 57, 73, 74; Kunkel 1972, p. 85. Robinson 1995, p. 6.

153 Vgl. Robinson 1995, p. 6.

gebaseerd op (te veel) subjectieve twijfel uit en was elk oordeel gebaseerd op een objectief (te tellen) aantal stemmen dat het bewijs al dan niet was geleverd. Bij een gelijk aantal stemmen diende de beslissing in het voordeel van de aangeklaagde uit te vallen (*in dubio pro reo*),[154] maar omdat dit aantal gelijk was aan het aantal juryleden dat overtuigd was van de onschuld, en daarbij het quotum was gehaald, kan niet van subjectieve twijfel worden gesproken. Voor subjectieve twijfel, als definitieve uitkomst van het geding, uitgedrukt in een in verhouding tot de A's en de C's te groot aantal '*non liquets*' was in dit systeem geen plaats.

Volgens Cicero werd de onthouding met '*non liquet*' behalve voor het geval dat een jurylid geen beslissing kon nemen, ook gebruikt om het proces voor korte tijd uit te stellen om onderzoek te kunnen doen naar mogelijke omkoping van andere juryleden.[155] Deze toepassing ligt mogelijk ten grondslag aan de achttiende-eeuwse gewoonte om met *non liquet* een formeel geregeld langdurig uitstel van vonniswijzing aan te duiden.[156] Dat is dan echter een ander gebruik van '*non liquet*' dan in het Romeinse juryproces. Het lijkt er immers op dat er in Rome naar werd gestreefd om binnen een korte tijd tot een definitief eindoordeel te komen, terwijl in de achttiende eeuw het uitblijven van een definitief oordeel een middel was om het proces op de lange baan te schuiven.

3.2.4 Het verbod van herhaling in de strafwetgeving

In de wet ter bestrijding van afpersing van de bevolking door provinciegouverneurs, de *Lex Acilia de repetundis*,[157] van 122/123 v. Chr. stond het verbod van herhaling expliciet vermeld. Deze wet bepaalde: *Quei ex h.l. condemnatus aut apsolotus erit … actio nei esto*, 'Wie volgens deze wet is veroordeeld of vrijgesproken … mag niet nogmaals worden aangeklaagd'.[158] De hoofdregel in deze wet was dus dat na veroordeling óf vrijspraak geen tweede aanklacht mocht worden ingediend. Op deze hoofdregel bestond slechts één uitzondering.[159] Indien kon wor-

---

154 D. 42.1.38 (Paulus) en - vergelijkbaar - D. 48.19.5 (Ulpianus), zie par. 2.7.2.

155 Jones 1972, p. 72, 73, met een verwijzing naar Cicero's rede Pro Cluentio, 74-6, 106 en Pro Caecina, 29. In beide gevallen gaat het om een kort uitstel, '*paulo posterius*', om te onderzoeken of een jurylid was omgekocht of om een schuldige niet vrij te spreken.

156 Dit *non liquet* werd omstreeks 1800 gebruikt door Van der Linden in Nederland en Jenull in Oostenrijk, zie Hoofdstuk 7, par. 2.2.

157 Volgens Robinson 1995, p. 1, noot 13, is het op basis van recente literatuur beter de wet aan te duiden met *lex repetundarum* of *tabula Bembina.*

158 Volledig: '≈ *Quei ex h.l. (h.c.= hac lege, wvh) condemnatus aut apsolotus erit, quom eo [h.] l., nisei quod post ea fecerit, aut nisei quod praevaricationis caussa factum erit, au[t nisei de litibus] aestumandis aut nisei de sanctione hoiusce legis, actio nei es[to*'. zie Bruns /Mommsen/Gradenwitz 1909, pag. 67 en 71, nr 56. NB. boven de regel staat het kopje *"De eadem re ne bis agatur"* Dit is een toevoeging van de hand van Mommsen, zie Liebs, 1967, p. 107, 108, en staat niet in de originele tekst.

159 De regel noemt er vier, maar drie daarvan betreffen niet een zuiver geval van herhaling, namelijk 1. dat er nieuwe feiten zijn gepleegd (niet dezelfde feiten), 2. dat een vervolgprocedure plaats-

den vastgesteld dat de aanklager en de aangeklaagde onder één hoedje hadden gespeeld en de rechter hadden misleid om zo een voor de aangeklaagde gunstige - en definitieve - uitspraak te krijgen dan gold de regel niet. Dit samenspel werd aangeduid met *praevaricatio*.[160] Wij zouden nu spreken van een 'schijnprocedure' of *shamprocedure,* een uitzondering die in de 21e eeuw weer expliciet wordt gehanteerd.[161]

De *Lex Acilia* is één in een reeks van wetten inzake afpersing.[162] Het waren de eerste wetten waarin een vaste procedure voor een vaste rechtbank in strafzaken werd voorgeschreven (*quaestio perpetuum*). De voorgeschreven procedure leek echter nog sterk op die van het gewone civiele proces.[163] Zo kon alleen het slachtoffer zelf de klacht indienen en moest de opgelegde straf (de boete) aan het slachtoffer worden voldaan.[164] Mogelijk vanwege de grote belangen die op het spel stonden - een veroordeling terzake van afpersing kon het einde betekenen van de politieke loopbaan van de aangeklaagde gouverneur - waren deze procedures met extra waarborgen omgeven, zoals een berechting in twee fasen.[165] Mogelijk verklaart de eis van zorgvuldigheid tevens waarom in de *Lex Acilia* en in latere wetten inzake afpersing, het verbod van herhaling na vrijspraak expliciet

---

vindt in dezelfde zaak voor het bepalen van de strafmaat (*litis aestimatio*; een vervolgprocedure) en 3. dat een ander feit is gepleegd dat in dezelfde wet strafbaar is gesteld (niet hetzelfde feit), zie Landau 1970, p. 125.

160 D. 47.15.1 (Ulpianus): '*De praevaricatione*: (1) Een dubbelspeler (*praevaricator*) is als het ware een wijdbeens staand persooon (*varicator*), die met verraad aan zijn eigen zaak de tegenpartij helpt. Labeo beweert dat het woord is afgeleid van *varia certatio* (dubbelhartige strijd). Want wie dubbel spel speelt, stelt zich aan beide kanten op, ja zelfs alleen aan de kant van de andere partij. (2) Speler van een dubbel spel in eigenlijke zin wordt hij genoemd, die als aanklager in een publiekrechtelijke strafproces is opgetreden; een advocaat wordt echter niet in eigenlijke zin een dubbelspeler genoemd. Wat zal er met zo iemand gebeuren? Als hij dubbel spel gespeeld heeft - d.w.z. een zaak verraden heeft - of het nu een privaatrechtelijk of een publiekrechtelijk proces betrof, pleegt hij in een buitengewoon proces gestraft te worden.' En D. 48.16.1.6 (Marcianus): 'Wij toonden aan dat iemand een speler van dubbel spel is, als hij met de beschuldigde onder één hoedje speelt en zijn taak om aan te klagen als van ondergeschikt belang vervult door eigen bewijsmateriaal te verheimelijken, maar de valse verontschuldigingen van de beschuldigde toe te laten.' Zie over *praevaricatio* ook Liebs 1967, p. 127; Landau 1970, p. 128. Volgens Mommsen, p. 501, stamt de term van het bijvoeglijk naamwoord '*varus*' (krom), c.q. het werkwoord '*varicare*' (omleiden). Later is ook de aanduiding *collusio*, letterlijk: samenspel, gebruikt. Over andere gevolgen van *praevaricatio*, zie Jones 1972. p. 73 en Robinson 1995, p. 100. Jones 1972, p. 96, Robinson p. 100, noot 149, Tacitus, *Annales*, XIV.41.

161 Art. 20 lid 3 Statuut ICC.

162 Jones 1972, p. 48; Robinson 1995, p. 2, noot 13.

163 Jones 1972, p. 49, 50; Liebs 1967, p. 130.

164 Jones 1972, p. 50, 53 en 61.

165 Kunkel 1972, p. 84; Jones, 1972, p. 71.

werd vastgelegd.[166] Deze gedachte wordt echter nergens gestaafd. Een andere verklaring voor het opnemen van de clausule is de nauwe verwantschap van deze wet met het civiele geding en de doorwerking van het *litis contestatio*-principe. Maar ook deze verklaring is niet sluitend, omdat immers met evenveel recht kan worden betoogd dat de regel van procesvernieuwing uit het civiel proces zodanig gemeengoed was, dat het opnemen van een verbod van herhaling juist overbodig was. Een andere verklaring is nog, dat de regel samenhing met de berechting in twee fasen. Wellicht lag echter de nadruk ook niet zozeer op het verbod van herhaling, maar meer op de uitzonderingen die daarop van toepassing waren. Mommsen,[167] Jones[168] en anderen,[169] zijn stellig van mening dat het verbod van herhaling *na vrijspraak* voor alle latere strafwetten, dus niet alleen voor latere wetten inzake afpersing, gold. De wetteksten die het onomstotelijke bewijs daarvan zouden kunnen leveren, ontbreken echter. Liebs[170] is van oordeel dat het verbod van herhaling na vrijspraak niet in de andere bijzondere wetten heeft gestaan en dat de vrijspraak in die periode, rond de eerste eeuw v. Chr. nauwelijks werd beschermd.[171] De voorbeelden ter onderbouwing van zijn standpunt ontleent Liebs aan Cicero. In de volgende paragraaf worden deze voorbeelden tegen het licht gehouden.

3.2.5 Cicero en het verbod van herhaling

3.2.5.1 Cicero

Marcus Tullius Cicero (106 - 43 v. Chr.), Romeins redenaar, politicus en bestuurder, en als zodanig opgeklommen tot het aanzienlijke ambt van *consul,* beoefende ook, en met succes, het beroep van advocaat. Hij trad op in de verschillende - veelal politiek getinte - strafprocessen, zowel in de rol van aanklager als in die van verdediger. Zijn ooggetuigenverslag levert ons belangrijke informatie over het Romeinse strafproces in de eerste eeuw voor de jaartelling, met name over de

---

166 Of in de voorlopers van deze regeling ook een verbod van herhaling was opgenomen, is onbekend. Men gaat ervan uit dat latere afpersingswetten deze regel in elk geval wel kenden, Liebs 1972, p. 125 die naar Cicero, *partitiones oratoriae*, 54 verwijst.

167 Mommsen 1899, p. 450, zegt hierover: '*In dem uns erhaltenen Repetundengesetz und ohne Zweifel in allen analogen Specialordnungen ist ausdrücklich ausgesprochen worden, dass, wie auch der Spruch gefallen ist, es dabei ein für allemal sein Bewenden hat und jeder auf Grund eines derartigen Gesetzes Abgeurtheilte wegen derselben Thatsache nicht abermals vor denselben Gerichtshof gestellt werden kann*'.

168 Jones 1972, p. 79. Opmerkelijk is dat Jones net als Mommsen het woord 'ongetwijfeld' (*ohne Zweifel*) gebruikt: '*The same rule was doubtless enacted in each of the laws constituting iudicia publica*' en hij net als Mommsen geen directe bronnen noemt.

169 Zie Liebs 1967, p. 125, noot 100.

170 Liebs 1967, p. 125.

171 Een veroordeling zou wel aan herhaling in de weg staan, Liebs 1967, p. 130.

procedure voor de juryrechtbank,[172] de *quaestio*.[173] Alvorens conclusies uit zijn werk te kunnen trekken, moet worden bedacht dat wat Cicero in zijn redevoeringen schreef subjectieve stellingnamen waren ten behoeve van de partij die hij in het proces vertegenwoordigde en dat deze processen niet als 'doorsneestrafzaken' kunnen worden getypeerd. Van 'het strafrecht' voor het gewone volk krijgen wij dus geen beeld.

Liebs[174] betoogt dat Cicero in tenminste drie geschriften het verbod van herhaling onvermeld laat waar hij deze regel, gelet op zijn kennis van het recht en de redenaarskunst, wel een rol had kunnen laten spelen en concludeert daaruit dat Cicero een tweede vervolging na vrijspraak voor mogelijk hield. Daaruit concludeert Liebs vervolgens dat de desbetreffende wetgeving, anders dan de wetten inzake de vervolging van afpersing (de *Lex Acilia*), het verbod van herhaling na vrijspraak niet kende. De door Liebs aangegeven passages wettigen mijns inziens echter niet zonder meer die conclusie. De drie voorbeelden worden hieronder besproken, niet alleen om de conclusie van Liebs nader te beschouwen, maar ook om iets te laten zien van de manier waarop in het Rome van rond 70 v. Chr. tegen het verbod van herhaling werd aangekeken.

3.2.5.2 Drie gevallen van herhaling

Ad Quintum fratrem

Het eerste voorbeeld komt uit een brief van Cicero aan zijn broer Quintus. Het gaat over een zaak tegen Sextus Clodius, die volgens Cicero alleen maar vrijgesproken is omdat de jury corrupt was. Cicero schrijft aan zijn broer dat Clodius 'nogmaals voor het gerecht moet worden gesleept'. De mensen zouden de vrijspraak niet accepteren 'omdat Clodius bijna veroordeeld was toen hij voor een jury van zijn eigen mensen pleitte … De mensen zien hem daarom reeds als veroordeeld.'[175] Volgens Liebs ziet Cicero er dus geen been in dat Clodius na vrijspraak opnieuw voor hetzelfde feit zal worden berecht. Landau merkt echter op dat Clodius van een groot aantal delicten werd verdacht. Dat weet Cicero, want in zijn rede *Pro Caelio* somt hij de hele reeks wandaden op. Het betreft brand-

---

172 Vgl. Tellegen en Tellegen-Couperus 2004. Zij onderstrepen het belang van Cicero's werk voor de strafrechtwetenschap.

173 Kunkel 1972, p. 83.

174 Liebs 1967, p. 126 e.v. Landau 1970, p. 127, noot 22, verwijst naar deze bron ter ondersteuning van de stelling dat de vrijspraak in die late Republiek weinig bescherming ondervond van de regel '*bis de eadem re ne sit actio*'.

175 *Ad Quintum fratrem*, II, 4. 6 : '*... itaque hominem populus revocat et retrahatur necesse est. Non enim ferunt homines. Et quia, cum apud suos diceret, paene damnatus est, vident damnatum*'. Dit citaat wordt ook aangehaald door Ayrault 1610, nr. 22, p. 402.

stichtingen, vernielingen en opruiing.[176] Volgens Landau is het niet uitgesloten dat Cicero op vervolging van een ander feit uit deze reeks doelde. Behalve deze tegenwerping kan nog het volgende worden aangevoerd. Indien het al om hetzelfde feit gaat, moet worden bedacht dat Cicero zich beroept op de corruptheid van de jury en dat dit de reden voor de tweede vervolging is. Indien er corruptie is aangetoond, staat het verbod van herhaling niet aan een tweede behandeling van de zaak in de weg, omdat immers aangenomen moet worden dat de uitspraak dan van onwaarde is en het proces kan worden overgedaan, net zoals dat het geval is bij *praevaricatio*, de misleiding van de rechter.[177]

Pro Caelio

Het tweede voorbeeld komt uit de zojuist genoemde rede *Pro Caelio*.[178] Caelius was als jongen van 16 aan het toezicht van Cicero toevertrouwd om door hem te worden opgeleid. Caelius ontpopte zich echter al snel als een jongeman met grote politieke ambities, die niet wars was van politieke intriges. Op het moment van de rechtszaak is Caelius 22 jaar en heeft hij het tot de *beau monde* van Rome geschopt. Zijn tegenstanders, waaronder de broer van zijn voormalige vriendin Clodia, trachten hem ten val te brengen en klagen Caelius ter zake van een reeks van delicten aan. In zijn redevoering voor Caelius verdedigt Cicero zijn voormalige pupil. In het pleidooi komt de kwestie aan de orde dat Caelius ene L. Calpurnius Bestia - een politiek tegenstrever van Caelius - tweemaal voor verkiezingsfraude zou hebben aangeklaagd. De tweede aanklacht zou door Caelius direct zijn ingediend nadat L. Calpurnius Bestia van de eerste aanklacht was vrijgesproken. Dat was dus - op het eerste gezicht - tegen de regels en verwerpelijk. Cicero refereert drie keer aan deze herhaling van de aanklacht, die kennelijk door de tegenpartij als een voorbeeld van het slechte gedrag van Caelius werd beschouwd. De eerste keer gebruikt Cicero de kwestie voor een redenering uit het ongerijmde. Cicero bespreekt de aan Caelius ten laste gelegde politieke corruptie. Cicero zegt: 'Als Caelius zich met corruptie had bezig gehouden, zou hij nooit zo gek zijn geweest om een ander ervoor aan te klagen … Hoe zou Caelius iemand tweemaal kunnen aanklagen terzake van dit feit als hem zelf een aan-

---

176 Cicero, *Pro Caelio*, 78.

177 Corruptie was volgens Jones p. 80 e.v. één van de ernstigste gebreken van het Romeinse juryproces en de wetgevende maatregelen die ertegen werden genomen waren volgens hem '*scandalously inadequate*'. Desalniettemin was corruptie wel strafbaar en daar mag uit worden afgeleid dat het proces waarin de corruptie had plaatsgevonden ook als besmet werd beschouwd. In gelijke zin Ayrault 1610, III.1.22, p. 402 (zie Hoofdstuk 5, par. 2.1.1); deze haalt dezelfde passage aan als voorbeeld van een bijzonder geval waarin de herhaling was toegestaan, want Sextus Clodius was '*absoult honteusement*', zie. Vgl. Robinson 1995, p.100: omkoping, of poging daartoe, om een aanklacht te ontlopen kon zelfs beschouwd worden als *praevaricatio*.

178 Een uitvoerige beschrijving van deze strafzaak is te vinden in Lesaffer 2003, p. 154-166.

klacht voor verkiezingsfraude boven het hoofd zou hangen?'[179] Cicero neemt vervolgens afstand van het gedrag van Caelius.[180] Hij voegt er namelijk aan toe: 'En hoewel hij in deze zaak onverstandig handelt en bovendien tegen mijn advies, is zijn ambitie zo groot dat hij liever de onschuld van een ander aantast dan zich zorgen te maken over zichzelf'. De tweede keer dat de *bis*-kwestie aan de orde komt, is als Cicero stilstaat bij de aanklacht tegen Caelius wegens poging tot vergiftiging van Clodia. Voor het bewijs van dit feit ligt er een getuigenverklaring van ene Lucius Herennius tegen Caelius. Cicero zegt: 'U hebt Lucius Herennius horen verklaren dat hij nooit iets ten nadele van Caelius zou hebben gezegd, ware het niet dat hij (Caelius, wvh) zijn (Herennius', wvh) vriend (L. Calpurnius Bestia, wvh) nogmaals heeft aangeklaagd over dezelfde zaak nadat die vriend al vrijgesproken was.'[181] Herennius was kennelijk zo verontwaardigd geweest over de tweede aanklacht van Caelius tegen L. Calpurnius Bestia dat hij Caelius uit wraak een poging tot vergiftiging aanwreef. Uit dit fragment van de redevoering blijkt de grote - wellicht zelfs maatschappelijke - afkeuring van een tweede aanklacht.

De derde keer dat de zaak tegen L. Calpurnius Bestia aan de orde komt is aan het slot van de redevoering, als Cicero de zaak recapituleert. Cicero betoogt dat Caelius de man, L. Calpurnius Bestia, een vriend van Cicero bovendien, na diens vrijspraak voor de tweede maal heeft aangeklaagd om alle roddel en achterklap over zijn (Caelius') losbandig leven de grond in te boren, maar dat was absoluut tegen zijn, Cicero's wil geweest en in weerwil van zijn, Cicero's verzet. Desondanks had Caelius het gedaan.[182] Ten slotte zegt Cicero: "Hij (Caelius, wvh) wilde niet luisteren en was vuriger dan ik zou willen. Maar ik spreek ook niet van wijsheid, een kwaliteit die niet bij zijn leeftijd past; ik spreek over zijn onstuimigheid, zijn lust om te willen winnen, zijn vurig verlangen naar triomf ..."[183] In dit staaltje van redenaarstechniek laat Cicero er - nogmaals - geen twijfel over bestaan dat hij de tweede aanklacht van Caelius tegen L. Calpurnius Bestia verwerpt. Verder hoeft Cicero, die hier als verdediger van Caelius optrad waarschijnlijk ook niet te

---

179 Cicero, *Pro Caelio*, 16: '*... nec ipse alterum iterum ambitus crimine arcesseret ...*'; in nr. 78 wordt deze redenering herhaald: 'wie zelfs nadat een man van omkoping is vrijgesproken niet in die vrijspraak berust, kan zelf nooit straffeloos omkopen' (uit: *Cicero/Caelius. Vereeuwigde vriendschap. Alle documenten.* Vertaald ingeleid en van aantekeningen voorzien door H.W.A. Van Rooijen-Dijkman, p. 56).

180 Cicero, *Pro Caelio*, 16: '*Quod quamquam nec sap, ienter et me invito facit, tamen est eius cupiditas, ut magis insectari alterius innocentam quam de se timide cogitare videatur*'.

181 Cicero, *Pro Caelio*, 56: '*Quin etiam L.Herennium dicere audistis verbo se molestum non futurum fuisse Caelio, nisi iterum eadem de re suo familiari absoluto nomen detulisset …*'.

182 Cicero, *Pro Caelio*, 76: '… (*fecit me invito mehercule et multum repugnante, sed tamen fecit), nomen amici mei de ambitu detulit; quem absolutum insequitur, revocat; ...*'.

183 Cicero, *Pro Caelio*, 76: '*Sed ego non loquor de sapientia, quae non cadit in hanc aetatem; de impetu animi loquor, de cupiditate vincendi, de ardore mentis ad gloriam.*'

gaan. Hieruit kan wellicht worden afgeleid dat de wetten geen verbod van herhaling kenden - met uitzondering dan van de *Lex Acilia* - maar niet dat er ten tijde van Cicero's leven geen verbod van herhaling bestond. Overigens is het zelfs geen uitgemaakte zaak dat het hier tweemaal om dezelfde verkiezingsfraude handelde want L. Calpurnius Bestia was na zijn vrijspraak een nieuwe kandidatuur begonnen voor de verkiezing als praetor. Pas daarna had Caelius hem wederom wegens verkiezingsfraude aangeklaagd. Het zou dus ook nog om een tweede verkiezingsfraude kunnen gaan.

In Verrem

In de rede tegen Verres ten slotte, het derde voorbeeld dat door Liebs wordt aangevoerd voor zijn stelling dat het verbod van herhaling niet in de Romeinse wetten was opgenomen omdat Cicero er dan wel een beroep op zou hebben gedaan, schetst Cicero een zuivere situatie van *bis in idem*.[184] Verres was drie jaar gouverneur van Sicilië geweest en had zich daarbij op tal van manieren misdragen. Verres zou onder meer de bevolking van Sicilië voor bij elkaar een bedrag van 40 miljoen sestertiën hebben afgeperst, aldus de *inscriptio*.[185] Als Cicero in zijn rede komt bij de bespreking van de verrichtingen van Verres als voorzitter van de juryrechtbank in strafzaken in Syracuse, zet hij uiteen hoe Verres ene Sopater heeft behandeld.[186] Cicero zegt:

> 'Maar waarom zou ik alle delicten naar voren brengen? Ik zal alleen die noemen die in brutaliteit alle andere te boven gaan. Er was een eerbiedwaardig man, Sopater genaamd. Hij was door zijn vijanden aangeklaagd toen Gaius Sacerdos nog praetor was op Sicilië. Sopater werd gemakkelijk vrijgesproken. Toen Verres Sacerdos als praetor had opgevolgd, klaagden dezelfde vijanden Sopater nog eens aan wegens dezelfde feiten. Sopater dacht dat er niets aan de hand was, omdat hij onschuldig was en omdat hij ervan uitging dat Verres de beslissing van Sacerdos nooit ongedaan zou durven maken. Sopater moest als aangeklaagde verschijnen en hij werd gehoord in Syracuse. De delicten die naar voren werden gebracht waren eerder al vernietigd, zowel door de verdediging als door de beslissing van Sacerdos;'[187]

---

184 Cicero, *In Verrem II*, boek 2, 68-74.

185 Jones 1972, p. 64.

186 Dit deel van de rede is nooit uitgesproken. Verres was gevlucht en in vrijwillige ballingschap gegaan voordat de rechtszaak tot een einde was gekomen.

187 Cicero, *In Verrem* II, boek 2, 28.68, slot: '… *crimina tractantur ab accusatore ea, quae erant antea non solum defensione, verum etiam iudicio dissoluta*', 'de aanklachten die door de aanklagers naar voren worden gebracht, waren al eerder van onwaarde geworden (*dissoluta*), niet alleen door de verdediging maar ook door het rechterlijk oordeel'.

Cicero beschrijft vervolgens hoe Verres in deze zaak als afperser opereerde: hij liet zijn vertrouweling naar Sopater gaan en hem berichten dat de zaak wellicht niet goed voor hem zou aflopen omdat de aanklagers hem, Verres, een grote som geld hadden geboden. Als Sopater meer zou betalen dan zij zou hij, Verres, zorgen dat alles goed kwam. Sopater betaalde en wachtte het proces af. Na enige tijd kwam de vertrouweling van Verres opnieuw naar Sopater toe en vroeg hem om meer geld. Het argument was dat de tegenpartij inmiddels meer had geboden. Sopater weigerde ditmaal en Verres liet zich omkopen door de tegenpartij. Hij leidde het proces zo dat de leden van het gerecht die Sopater gunstig gezind waren - samen met diens advocaat - naar een parallel lopende civiele zitting werden gedirigeerd, en deed vervolgens de zaak zonder hen af. Zo kon hij Sopater veroordelen. Deze 'procestechniek' doet denken aan het verhaal van *The Untouchables*, waarin, omgekeerd, een corrupte jury werd gewisseld voor een betrouwbare.[188] Liebs stelt nu, dat als de regel *non bis in idem* van toepassing zou zijn geweest, Cicero deze zeker in stelling zou hebben gebracht.

Wij kunnen natuurlijk Cicero's gedachten niet lezen om uit te maken waarom hij hier, op het punt aangekomen waarop hij het voorbeeld geeft van de afpersing van Sopater, iets zou hebben nagelaten. Misschien was hij vergeten de regel aan te halen. Maar dat is niet waarschijnlijk en daar lijkt het ook niet op. In de eerste plaats gaat het in dit deel van de rede over het misdrijf van corruptie en wordt daarvan hier een voorbeeld aangehaald. Cicero treedt hier niet op als een verdediger in een proces dat ten onrechte ten tweede male tegen zijn cliënt wordt gevoerd. Dat er in dit geval van corruptie sprake was van een tweede berechting wegens hetzelfde feit is in dit verband bijzaak. Maar ook al is het bijzaak, Cicero begint ermee te vermelden dat Sopater na de vrijspraak door Sacerdos wegens dezelfde feiten ten onrechte opnieuw werd vervolgd. Volgens Cicero waren de feiten door die beslissing uitgewist en kon daarop dus zelfs geen tweede aanklacht worden gebaseerd. Het was dus inderdaad wel een brute vorm van machtsmisbruik van de kant van Verres. Ten slotte, en daarop wijst Landau ook, speelde dit geval van herhaling zich af in een strafprocedure voor de gouverneur van de provincie; het was derhalve niet een strafzaak waarop de regels van de Romeinse juryrechtbanken betrekking hadden.[189] Mogelijk golden hier andere regels. Kortom, ook uit dit voorbeeld volgt niet zonder meer dat het verbod van

---

188 *The Untouchables*, Brian De Palma, 1987: '*Ness talks the judge into doing the right thing, bluffing him into believing that the judge's name is among those in the bookkeeper's ledger of payoffs. As a result, the judge decides to switch this jury with the one in another courtroom.*'

189 Uit het verslag van Cicero over de berechting van Sopater blijkt hoezeer de procedure afweek van een Romeinse juryrechtbank. Het *consilium*, de door de gouverneur aangezochte raad van advies, vormde samen met de provinciegouverneur het gerecht in de provincie (i.c. Sicilië), Jones 1972, p. 84. Vgl. Robinson 1995, p. 11: *at least until 212 AD criminal law in the provinces remained largely distinct from the exercise of Roman law over Roman citizens.*

herhaling geen deel zou uitmaken van het Romeinse recht in Cicero's tijd. Wel valt hieruit af te leiden dat de Romeinse burger, inclusief Cicero, de herhaling van een aanklacht in het algemeen afkeurde en zelfs onbestaanbaar achtte.

3.2.6 De invloed van het iudicia publica-systeem

De conclusie uit het voorgaande moet zijn dat in de laatste eeuw v. Chr. in elk geval in een aantal Romeinse wetten een regel was opgenomen om de vrijspraak (naast de veroordeling) te beschermen en dat het mogelijk zo is geweest, dat deze regel voor alle strafwetten gold maar dat hierover geen zekerheid bestaat. De redes van Cicero laten voorts zien dat men over het algemeen afwijzend stond tegenover een herhaling van de aanklacht na vrijspraak van het desbetreffende feit. Indien echter het verbod van herhaling al in alle strafwetten van toepassing was, dan had dat verbod echter maar beperkte werking, namelijk alleen binnen die wet. De regel stond er niet aan in de weg dezelfde gedraging onder een andere wet te vervolgen. Jones noemt dit één van de defecten van de *iudicia publica*.[190] Hij geeft als voorbeeld dat Milo eerst aangeklaagd en veroordeeld werd voor *georganiseerde* verkiezingscorruptie en vervolgens, op basis van dezelfde feiten, wegens *gewone* verkiezingscorruptie. Zo waren er ook drie wetten voor geweldsdelicten, één ter gelegenheid van de onrusten in het jaar 52 v. Chr. en twee voor verschillende gekwalificeerde vormen van geweld. Het kwam voor dat elk van de wetten werd benut zowel om twee of meermalen een veroordeling te krijgen als om na vrijspraak onder de ene wet tot veroordeling onder de andere te komen. Ambtelijke corruptie viel onder de afpersingswetten maar onder omstandigheden ook onder 'het in gevaar brengen van de openbare veiligheid' dat onder een andere wet werd berecht. Er waren dus wel degelijk gevallen bekend van '*bis in idem*' en die deden zich vooral voor in politiek gevoelige zaken. Ten slotte kon in de aparte procedure voor de vaststelling van de hoogte van de boete (*litis aestimatio*) een feit waarvan eerder was vrijgesproken worden 'meegenomen'. Ook hiermee zou het verbod van herhaling worden omzeild.[191] Het is echter maar de vraag of deze wijze van schatting tegen het verbod van herhaling indruist. Net zomin als wij de voordeelontneming na vrijspraak als een inbreuk op *non bis in idem* beschouwen,[192] deed men dat kennelijk in het Rome van Cicero. Het waren nog niet zulke rare jongens, die Romeinen.[193]

---

190 Jones 1972, p. 79. Als andere defecten noemt hij: dat de straf vaak werd ontlopen, dat de jury te groot was om zonder leiding te opereren en dat het systeem nogal vatbaar was voor corruptie, o.a. door de tijd die het proces in beslag nam.

191 Cicero, *Pro Cluentio* 115-6, Jones, p. 75 en p. 80, noot 232.

192 HR 22 mei 2001, *NJ* 2001, 575 en HR 1 april 2003, *NJ* 2003, 497 m.nt. Sch. Wel kan er sprake van schending van de onschuldpresumptie (art. 6 lid 2 EVRM), EHRM 1 juli 2007, *NJ* 2007, 349 (Geerings/Nederland).

193 Variatie op het grapje: *Sono pazzi, questi Romani*, 'ze zijn krankzinnig die Romeinen', naar de letters SPQR (*Senatus Populusque Romanus*), in Astérix le Gaulois, Goscinny 1961.

3.3 Het verbod van herhaling vanaf de Keizertijd

De juryrechtbanken werden onder Augustus uitgebreid, maar zij hadden toen hun langste tijd gehad. In de Keizertijd ontwikkelden zich naast de procedures voor deze juryrechtbanken - die oorspronkelijk alleen in Rome functioneerden en alleen voor Romeinse burgers waren bedoeld - andere strafprocedures, die afhankelijk van de aard van het delict onder leiding stonden van de stadsprefect, de senaat of de keizer zelf.[194] Het strafproces dat uiteindelijk in de plaats kwam van de *iudicia publica* en later een nog veel breder terrein, namelijk dat van de ordeningsdelicten, veroverde,[195] was het proces voor de stadsprefect. Het werd aangeduid met *cognitio extra ordinem,* letterlijk: het buitengewone strafproces. Dit proces was slagvaardiger dan dat voor de juryrechtbanken. De leiding was in handen van een vaste, door de keizer aangewezen, rechterlijke ambtenaar. Deze kreeg ruimere bevoegdheden, waardoor het proces strakker kon worden geleid en korter duurde. Verschillende delicten tegen dezelfde persoon konden tegelijk worden berecht en procedures tegen verschillende aangeklaagden konden gevoegd worden behandeld. Ook de beide andere strafprocedures die het licht zagen in de Keizertijd hadden een dwingender karakter. In het algemeen gold dat de van overheidswege uitgeoefende dwang geleidelijk groter werd. Er werd een grotere plaats ingeruimd voor de vervolging van overheidswege en de tortuur, waaraan aanvankelijk alleen slaven mochten worden onderworpen, werd uitgebreid naar 'vrijen van de lagere klasse'. Er werden richtlijnen uitgevaardigd voor het waarderen van het bewijs.[196] De nieuwe procedures werden *inquisitoir* van aard, d.w.z. dat de overheid tegenover het individu over ingrijpender bevoegdheden kon beschikken.

In het midden kan blijven hoe elk van deze procedures in het bijzonder verliep; voor het verbod van herhaling maakt dat geen verschil. Er zijn namelijk geen aanwijzingen dat het maatschappelijk principe van het verbod van herhaling in die procedures niet werd behouden. Voorts gold dat ook in de *cognitio extra ordinem* in beginsel slechts één klager in dezelfde zaak werd toegestaan een klacht in te dienen en dat als er meer waren er één moest worden gekozen om de zaak voor te dragen, de *divinatio*.[197] In de keizerlijke wetgeving werd het verbod van herhaling bij wet vastgelegd. Zo bepaalde de *Lex Iulia iudiciorum publicorum* (Wet van Augustus inzake strafprocessen, ca. 17 v. Chr.) in algemene termen dat na een vrijspraak geen aanklacht meer mocht worden ingediend tenzij er sprake was van een bewezen geval van *praevaricatio*.

---

194 Kunkel 1972, p. 85 e.v.; Jones 1972, h. 3; Robinson 1995, p. 6 e.v.
195 Jones 1972, p. 107, 108.
196 Jones 1972, p. 114 e.v.
197 Jones 1972, p. 97; Robinson 1995, p. 8.

> D. 47.15.3: *Want voor het geval dat een beklaagde in een publiekrechtelijk strafproces zich hiermee tegen de klager verweert, dat hij beweert voor hetzelfde misdrijf al door een ander aangeklaagd en vrijgesproken te zijn, wordt in de Lex Iulia iudiciorum publicorum (ter zake van strafprocessen) bepaald, dat hij niet aangeklaagd mag worden zolang niet zekerheid verkregen en in rechte uitspraak gedaan is over het dubbelspel (praevaricatio, wvh) van de eerste aanklager. De uitspraak over dit dubbelspel wordt dus beschouwd als gedaan in een publiekrechtelijk strafproces.*'[198]

3.3.1 Samenloop van kwalificaties: de regels van Diocletianus en Titus

Het verbod van herhaling werd bevestigd door een wet van Titus, keizer van 79 tot 81 n. Chr. Deze wet bepaalde dat voor hetzelfde misdrijf (*crimen*) niet op basis van meer wetten mocht worden vervolgd.

> D. 48.2.14: *De senaat heeft bepaald dat niemand voor een en hetzelfde misdrijf aangeklaagd mag worden op grond van verscheidene wetten.*[199]

Daarmee werd het defect dat Jones constateerde, dat hetzelfde feit onder verschillende wetten kon worden vervolgd, ten dele opgeheven. Ten dele, omdat de wetgeving nog geen bescherming bood tegen een tweede vervolging voor een ander *crimen* dat in hetzelfde feit of complex van feiten was te onderscheiden, gevallen derhalve van eendaadse of meerdaadse samenloop. In een wet van Diocletianus van 289 n. Chr., dus 200 jaar later, komt deze kwestie aan de orde. De wet maakt een uitzondering op het verbod van herhaling voor de gevallen waarin uit één feit (*eodem facto*) meer misdrijven (*crimina*) voortvloeiden:

> CJ 9.2.9: *Wie voor een misdrijf berecht is, mag door een ander niet voor hetzelfde misdrijf worden aangeklaagd. Als echter uit hetzelfde feit meer misdrijven voortvloeien en hij voor één daarvan is berecht, is het niet verboden dat hij voor het andere misdrijf door een ander wordt aangeklaagd.*[200]

De tekst '*ex eodem facto plurima crimina nascuntur*' lijkt onderscheid te maken tussen het historische gebeuren (*factum*, feit, gedraging) en de juridische kwalifi-

---

[198] D. 47.15.3 (Macer): '*Nam si reus accusatori publico iudicio ideo praescribat, quod dicat se eodem crimine ab alio accusatum et absolutum, cavetur lege Iulia publicorum, ut non prius accusetur, quam de prioris accusatoris praevaricatione consisterit et pronuntiatum fuerit. huius ergo praevaricationis pronuntiatio publici iudicii intellegitur.*' Vgl. Liebs 1967, p. 127 en Landau 1970, p. 128.

[199] D. 48.2.14 (Paulus): '*Senatus censuit, ne quis ob idem crimen pluribus legibus reus fierit*'. Liebs, 1967, p. 130.

[200] CJ 9.2.9: '*Qui de crimine publico in accusationem deductus est, ab alio super eodem crimine deferri non potest. Si tamen ex eodem facto plurima crimina nascuntur et de uno crimine in accusationem fuerit deductus, de altero non prohibetur ab alio deferri*', (vert. R. Meijering).

catie(s) van het feit (*crimen*, misdrijf). Voorts lijkt de tekst te impliceren dat voor elk misdrijf dat in het feitencomplex te onderscheiden is apart mag worden aangeklaagd. Of dat de bedoeling was, is echter twijfelachtig. In het geval dat de diverse misdrijven zich op een bepaalde manier tot elkaar verhouden, zou er namelijk een uitzondering op deze wet bestaan. Dit kan worden afgeleid uit het voorbeeld in een wet van 292 n. Chr., van dezelfde Diocletianus:

> CJ 9.2.11: *Als iemand van oordeel is dat er een vervolging voor het misdrijf moord moet plaatsvinden, dan moet hij volgens de regels van het strafrecht bewijzen dat degene die eerder een aanklacht wegens moord tegen de beklaagde heeft ingediend, maar die niet heeft bewezen, zodat de beklaagde is vrijgesproken, praevaricatio heeft gepleegd; als diegene denkt de praevaricatio niet te kunnen bewijzen, dan moet de rechter hem dwingen af te stappen naar een minder zwaar misdrijf, een misdrijf van herders of struikrovers, en dát bij uw rechtbank vervolgen, aangezien, wanneer blijkt dat dit door de aangeklaagde is begaan, deze wegens de publieke zaak strafbaar is volgens de wet.*[201]

De wet beoogt een aanwijzing te geven voor een situatie waarin een eerdere aanklacht wegens een ernstiger misdrijf niet is geslaagd. Dan mag nogmaals, maar dit keer voor het lichtere feit, worden aangeklaagd. Betekent dit ook dat voor het lichtere delict kon worden aangeklaagd nadat het zwaarste feit wel bewezen was verklaard? Gezien de woorden *ad sequens crimen descendere* (naar het volgende misdrijf afstappen) lijkt het te gaan om een rangorde in ernst van de misdrijven. Van het zwaardere feit kan naar het lichtere worden afgedaald. Die benadering duidt er niet op dat ook een stijgende lijn kan worden gevolgd. Uit de regel zou dus *a contrario* kunnen worden geconcludeerd dat het consecutief vervolgen van beide delicten, eerst de moord en dan de beroving, niet geoorloofd, althans ongebruikelijk, was.
Dit alles is echter enigszins speculatief.[202] Wel kan worden geconcludeerd dat de Romeinen het onderscheid tussen feit en kwalificatie al lijken te maken en dat zij oplossingen trachten te vinden voor de verschillende vormen van eendaadse en meerdaadse samenloop.

---

[201] CJ 9.2.11: '*Si quis homicidii crimen existimat persequendum, secundum iuris publici formam debebit eum, qui in primordio homicidii postulaverat reum neque probaverat ideoque reus absolutus est, praevaricationis arguere: id enim salubriter statutis principum parentum nostrorum iurisque forma praescriptum est: vel si id non putaverit agendum, ad sequens crimen, id est pastorum latronumve, descendere eum coges atque id exsequi iudicio tuo, cum, si quidem id ab incusato appareat esse commissum, ob ultionem publicam obnoxius legibus fiat*', (vert. R. Meijering). Vgl. de parafrase van Landau 1970, p. 131.

[202] Vgl. de interpretaties van Matthaeus, *De Criminibus*, 48. XIX.II.1, p. 638 en 48.XX.IV.10, p. 683, 684, besproken in Hoofdstuk 2, par.

3.3.2 *Samenloop van klagers: de regels van Ulpianus*

Behalve deze vormen van samenloop bestond er echter ook nog steeds de mogelijkheid van achtereenvolgende aanklachten wegens hetzelfde *crimen* door verschillende privé-personen tegen dezelfde aangeklaagde. Hiervoor bestond echter de vaste regel dat een tweede aanklacht uitgesloten was. Het is een regel die afkomstig is van de Romeinse jurist Ulpianus († 228 n. Chr.):

> D. 43.29.3.13: … *immers, ook in publiekrechtelijke strafprocessen is het niet toegestaan om meer dan eenmaal te procederen, behalve in het geval dat de eerdere aanklager is veroordeeld wegens heulen met de vijand (praevaricatio)* … [203]

Een andere regel van zijn hand wijst echter weer uit dat een vrijspraak niet altijd behoefde te worden beschermd. Ulpianus noemt de aanklacht van een echtgenoot tegen zijn overspelige vrouw, als zij zonder dat hij het kon weten al door een ander van overspel was beticht. Het directe 'slachtoffer' wordt onder deze omstandigheden in zijn klacht toegelaten:

> D. 48.5.4.2: *Als een derde eerder een aanklacht ingediend heeft, wordt dan, aldus de vraag, aan een echtgenoot die pas later daarmee komt, de aanklacht nog wel toegestaan? Ik ben de mening toegedaan dat de echtgenoot ook in dit geval wel degelijk gehoor moet vinden, gesteld dat niet door zijn eigen nalatigheid de derde hem voor is geweest.*[204]

Deze uitzondering op de regel zou Ulpianus willen verbreden tot 'elk geval waarin degene die zelf pijnlijk getroffen is door een misdrijf en niet op de hoogte was van een eerdere vervolging tegen de dader nog een aanklacht wil indienen', kortom: 'het onwetende slachtoffer'. De hoofdregel luidde aldus:

> D. 48.2.7.2: *Isdem criminibus, quibus quis liberatus est, non debet praeses pati eundem accusari, et ita divinus Pius Salvio Valenti rescripsit,*
>
> *De gouverneur mag niet dulden dat eenzelfde persoon wegens dezelfde misdrijven aangeklaagd wordt waarvan hij vrijgesproken is; aldus heeft ook de vergoddelijkte Antonius Pius in een rescript aan Salvius Valens bepaald.*

Maar hierop was een uitzondering mogelijk:

---

[203] D. 43.29.3.13 (Ulpianus): '… *nam nec in publicis iudiciis permittur amplius agi quam semel actum est quam si praevaricationis fuerit damnatus prior accusator …*'.

[204] D. 48.5.4.2 (Ulpianus): '*Si ante extraneus instituerit accusationem, an supervenienti marito permittatur accusatio, quaeritur. et magis arbitror hoc quoque casu maritum audiendum, si non negligentia praeventus est* (...)'.

> *Maar wel moet worden bezien of hij dan niet nogmaals door dezelfde persoon dan wel ook niet door een derde aangeklaagd kan worden. Aangezien zaken waarin tussen twee partijen vonnis is gewezen, derden niet benadelen, en gesteld dat degene die nu als aanklager optreedt, een hem persoonlijk aangedaan onrecht (suum dolorem) gerechtelijk vervolgt en aantoont dat hij niet van de eerder door een ander ingediende aanklacht wist, zou ik menen dat hij op goede grond (magna ex causa) tot het doen van de aanklacht moet worden toegelaten.* [205]

Het antwoord luidt dus dat na vrijspraak een tweede aanklager niet wordt toegelaten, met uitzondering van degene die verdriet of pijn had ondervonden (suum dolorem), dus het slachtoffer, en alleen als dit slachtoffer niet op de hoogte was van de eerdere aanklacht, kortom 'het onwetende slachtoffer'. In dat geval kan zijn klacht 'op goede grond, *magna ex causa*, worden ontvangen', of: 'in dat geval kon hij worden ontvangen indien daarvoor bovendien nog goede gronden waren'.[206] Met deze Digestenregel geeft Ulpianus dus het antwoord op de door Quintilianus opgeworpen vraag. Deze vroeg de lezer immers, of het verbod van herhaling zich slechts richt tot de aanklager of tot een ieder. Het antwoordt luidt: 'dat hangt van de omstandigheden van de tweede klager af'. Verder is sprake van een belangrijk extra gegeven in dit antwoord. Ulpianus beantwoordt deze vraag immers alleen voor de situatie dat de eerste aanklacht heeft geresulteerd in vrijspraak. Op dat punt bestond kennelijk nog niet in alle opzichten eenduidigheid. Als de eerste zaak was geëindigd in een veroordeling, zo leid ik uit de afwezigheid van een regel daaromtrent af, was de zaak helder, dan was elke tweede aanklacht uitgesloten. Deze Ulpianusregel zou nog een lange tocht maken door de geschiedenis.

3.3.3 De mate van vertrouwen in het gezag als factor

Liebs wijst op nog een andere uitzondering op het verbod van herhaling om het bestaan van een algemene regel in de Romeinse tijd in twijfel te trekken. Het betreft een zaak die is beschreven door Cassius Dio (ca. 150-235 n. Chr). Het gaat om de vervolging van personen die waren vrijgesproken door Seianus. Seianus was aanvankelijk een gunsteling van keizer Tiberius. Hij had in 31 n. Chr. echter de macht aan zich getrokken en had daarop een despotisch bewind gevoerd. Zijn

---

[205] D. 48.2.7.2 (Ulpianus): '*Isdem criminibus, quibus quis liberatus est, non debet praeses pati eundem accusari, et ita divinus Pius Salvio Valenti rescripsit: sed hoc, utrum ab eodem an nec ab alio accusari possit, videndum est. et putem, quoniam res inter alios iudicatae alii non praeiudicant, si is, qui nunc accusator existit, suum dolorem persequatur doceatque ignorasse se accusationem ab alio institutam, magna ex causa admitti eum ad accusationem debere*'.

[206] Het hangt af van de vertaling van de bijwoordelijke bepaling '*magna ex causa*'. Spruit e.a. vertalen deze in eerst vermelde zin; de bepaling kan echter ook betekenen dat het onwetende slachtoffer *bovendien goede redenen moet hebben*. Zo heeft Ayrault (1610) deze regel bijvoorbeeld geïnterpreteerd, zie Hoofdstuk 5 par 2.1.2.

vrijspraken werden beschouwd als oneerlijk gunstbetoon aan zijn vrienden. Deze vrijspraken werden na zijn val door middel van nieuwe processen omgezet in veroordelingen.[207] Inderdaad zijn dit voorbeelden van een inbreuk op het verbod van herhaling, maar wel bijzondere. De voorbeelden spelen zich immers niet af in een normale - bestendige - politieke situatie. De inbreuk op het verbod van herhaling na vrijspraak werd veroorzaakt door de aan die politieke situatie inherente oneerlijke procesgang; het betrof met andere woorden een afrekening met een periode van oneerlijke rechtspraak. Dergelijke gevallen kunnen worden beschouwd als een incident. In de recente geschiedenis kennen wij daarvan ook een voorbeeld. Bij terugkeer van het wettig gezag in Nederland, in 1944, werd door de Nederlandse regering artikel 68 Wetboek van Strafrecht buiten werking gesteld met als doel Duitse vonnissen te kunnen 'herzien'.[208] Dit betekende echter nog niet dat de *non bis in idem*-regel in Nederland niet meer gold. Het was slechts een reactie op een regel van de Duitse bezetter om Nederlandse vonnissen te herzien die in zijn ogen te mild waren geweest. Deze in Nederlandse ogen onrechtvaardige vonnissen, die een inbreuk hadden betekend op het verbod van herhaling, konden nu op hun beurt worden teruggedraaid. Het mag naar de letter een inbreuk op de regel van artikel 68 Wetboek van Strafrecht zijn geweest, er was echter geen sprake van het verlaten van het beginsel. Zo kan ook de inbreuk op de vrijspraken van Seianus worden beschouwd als de uitzondering die de regel bevestigde.

3.3.4 Gevolgen van abolitio, de intrekking van een aanklacht

Tenslotte maak ik nog melding van een tekst die aan de jurist Macer wordt toegeschreven en die een regel bevat over het gevolg van de *intrekking* van een aanklacht. Ook naar deze tekst wordt in de middeleeuwen veelvuldig verwezen als het over het verbod van herhaling gaat. Deze tekst begint met een hoofdregel

> D. 48.2.11.2: *Men kan iemand niet aanklagen, als hij reeds door een ander is aangeklaagd…*

Dan volgt de uitzondering:

> *maar als de aangeklaagde persoon door het feit dat van overheidswege of van de kant van een particuliere aanklager de aanklacht is opgeheven, of doordat de klager*

---

[207] Cassius Dio, 58.14.2: 'Velen, die waren berecht op verschillende aanklachten en waren vrijgesproken, werden opnieuw beschuldigd en ditmaal veroordeeld, op de grond dat zij gespaard waren gebleven door de man die nu gevallen was'. Liebs 1967, p. 128, 129.

[208] Zie Hoofdstuk 11 (Duitsland), par. 2.9. slot. Of, en zo ja hoe vaak, van deze mogelijkheid gebruik is gemaakt, is mij niet bekend.

> *zijn klacht heeft laten vallen, uit het register van aangeklaagden geschrapt is, wordt het een derde niet verboden hem aan te klagen.*[209]

De intrekking van de klacht door de aanklager werd *abolitio* genoemd. De reden voor een *abolitio* kon zowel publiek zijn (een openbare feestdag of het overlijden van de openbare aanklager of rechter) als particulier (een bezwaard gemoed of juist een mildere stemming).[210] Dat na een dergelijke intrekking een tweede aanklacht door een ander mogelijk moest zijn, lijkt niet meer dan billijk. De aangeklaagde bleef anders immers onberecht. De tekst beoogt dus een regeling te treffen voor de gevallen dat een procedure werd afgebroken voordat er een vonnis kon worden geveld. Landau meent dat het verbod van herhaling slechts duurde *zolang een ander aanklaagt*.[211] Dan wordt het verbod behalve door *abolitio* ook opgeheven door de beëindiging van de procedure en staat het aan een ieder vrij om dezelfde persoon wegens hetzelfde feit opnieuw aan te klagen.[212] Daarover laat de regel zich echter niet uit en voor die uitleg ligt in de tekst geen aanwijzing besloten, terwijl juist andere teksten die in dezelfde Digestentitel[213] staan de herhaling van de aanklacht expliciet uitsluiten.

3.3.5 Conclusie

Uit de hiervoor besproken bronnen kan worden afgeleid dat er vanaf de late Republiek tot omstreeks de derde eeuw na het begin van de jaartelling in Rome een geschreven regel bestond die - in beginsel - de definitieve uitspraak beschermde, of het nu een veroordeling was of een vrijspraak. Indien sprake was van vrijspraak stond onder omstandigheden een tweede procedure open voor degene die door het misdrijf zelf pijn had ondervonden en die niet van de eerste aanklacht op de hoogte was geweest. Ook lijkt het waarschijnlijk dat indien uit één feitencomplex, *ex eodem facto*, meer misdrijven, *crimina,* waren ontstaan deze apart konden worden vervolgd. Een uitzondering op het verbod van herhaling

---

209 D. 48.2.11.2 (Macer): '*Ab alio delatum alius deferre non potest: sed eum, qui abolicione publica vel privata interveniente aut desistente accusatore de reis exemptus est, alius deferre non prohibetur*'.

210 D. 48.16.8 (Papinianus), D.48.16.9 (Macer); Mommsen 1899, p. 452 e.v.; Robinson 1995, p. 99, 101.

211 Landau 1970, p. 140, 141. De auteur concludeert dat het verbod om nog eens aan te klagen, nu die regel zo in het *Decretum Gratiani* werd overgenomen, daar dus maar een zeer beperkte werking had, namelijk slechts voor de duur van de eerste procedure.

212 Matthaeus, *De Criminibus*, XIX.VI, aanhef, p. 655, maakt onderscheid tussen het tenietgaan van het misdrijf (waardoor ook de aanklacht definitief vervalt) en het tenietgaan van de aanklacht. Een rechterlijk vonnis heeft het tenietgaan van het misdrijf tot gevolg en dus ook het definitieve verval van de aanklacht; de *abolitio* bewerkt slechts het verval van aanklacht, maar het misdrijf blijft bestaan en kan in beginsel opnieuw worden vervolgd; Mommsen 1899 p. 500 schrijft: De wederopname van de aanklacht is aan derden toegestaan "*da die Abolition keine Freisprechung ist*". Met andere woorden, als het een vrijspraak was, zouden derden niet meer mogen aanklagen.

213 D. 48.2: *De accusationibus et inscriptionibus.*

die in de gehele periode heeft gegolden, is het geval van *praevaricatio*, het onder één hoedje spelen met de aanklager of 'dubbelspel'.

3.4 Het antwoord op de vraag van Quintilianus

Wanneer Quintilianus, en later ook Ulpianus, zich afvraagt of het verbod van herhaling betrekking heeft op elke nieuwe aanklacht of alleen op die welke afkomstig is van dezelfde aanklager, lag het antwoord in de regelgeving dus tamelijk vast: op bepaalde uitzonderingen na gold het verbod voor een ieder. De latere wetgeving van Diocletianus bepaalde dit nog eens uitdrukkelijk. Het voorbeeld van Quintilianus was kennelijk bedoeld om te laten zien dat een korte rechtsregel als *bis de eadem re ne sit actio* niet op het eerste gezicht duidelijk is en dus interpretatie behoeft, niet dat er op dat moment nog onduidelijkheid over het antwoord bestond.

Hoofdstuk 2
De tocht door het canonieke recht

1. Het Romeinse recht in West-Europa tot de elfde eeuw

De in het vorige hoofdstuk besproken keizerlijke wetten en de rechtsregels van de juristen werden door Justinianus gebundeld in zijn *Corpus Iuris Civilis* en aldus verheven tot het universele recht van de Keizer.[1] Deze rechtsregels kregen aanvankelijk vooral gezag in het Oost-Romeinse Rijk. In West-Europa was het Romeinse imperium inmiddels ineengestort. Daar kreeg de door Justinianus bijeengebrachte regelgeving pas weer invloed toen het 'teruggevonden' werd en dit 'gerecipieerde' recht vanuit de universiteit van Bologna werd onderwezen aan de uit alle windstreken toestromende studenten. We zijn dan aangeland in de elfde eeuw, de tijd van hernieuwde bestudering van het Romeinse Recht.[2] Tot die tijd gold voor de Romeinse inwoners van het westelijke deel van het voormalige Romeinse rijk, het rijk van de Westgoten, een ander wetboek. Dit was de *Lex Romana Visigothorum* van 506 n. Chr. In deze wet is het verbod van herhaling van aanklacht bewaard gebleven als regel van Romeins recht. Het betreft echter, inhoudelijk gezien, een *afgeslankte* vorm van het oorspronkelijke verbod. Het verbod van herhaling richtte zich in deze versie tot degene die zelf aangeklaagd had. Volgens deze regel kon in beginsel ieder ander dan de eerste aanklager dezelfde persoon wegens hetzelfde feit later nogmaals aanklagen.[3] Het is een inperking van het verbod die weliswaar als mogelijkheid in de vraagstelling van Quintilianus en Ulpianus besloten lag, maar niet één die paste bij de overgeleverde teksten.[4] In de volgende paragrafen worden de lotgevallen van deze nieuwe regel, hierna: de Paulusregel, besproken.

---

1 Lokin en Zwalve 2001, p. 76, 80, 85.

2 Monté ver Loren, 2000, p. 53, 282; Lokin en Zwalve 2001, p. 110.

3 Landau 1970, p. 134.

4 Volgens Landau is het ruime verbod van herhaling onder het Dominaat (vanaf de 3e eeuw n. Chr.) in het gehele Romeinse rijk in de verdrukking gekomen. Als bewijs daarvoor voert hij aan dat de strafbaarheid van *praevaricatio* verdwijnt en dat dit kon gebeuren omdat de ambtshalve vervolging haar intrede had gedaan.

2. De 'Paulusregel'

De bron van deze gewijzigde redactie van het verbod van herhaling vormden de *Pauli Sententiae*, de vijf boeken met de zogenaamde Paulusregels.[5] Deze vijf boeken vormden een bloemlezing van rechtsregels die aan de Romeinse jurist Paulus (begin derde eeuw n. Chr.) werden toegeschreven maar die door één of meer latere 'verzamelaars' zijn aangevuld en bewerkt.[6] Het staat daarom niet vast of dit verbod van herhaling van Paulus afkomstig is en ook niet, hoeveel gezag aan deze regel mag worden toegekend. Vast staat alleen dat de regel die was opgenomen in de *Pauli Sententiae* niet dezelfde was als die welke in de Digesten stond. De oorzaak daarvan kan zijn dat aan de authenticiteit van de regel werd getwijfeld. De desbetreffende regel in de verzameling toegeschreven aan Paulus luidde:[7]

> *De his criminibus, de quibus absolutus est, ab eo qui accusavit, refricari accusatio non potest.*
> Terzake van een delict waarvan iemand vrijgesproken is, kan door degene die de klacht heeft gedaan, niet opnieuw een klacht worden ingediend.

De vergelijkbare Ulpianusregel uit de Digesten (D. 48.2.7.2) luidde:[8]

> *Isdem criminibus, quibus quis liberatus est, non debet praeses pati eundem accusari.*
> De gouverneur mag niet dulden dat eenzelfde persoon wegens dezelfde misdrijven aangeklaagd wordt waarvan hij vrijgesproken is.

Doordat in de Paulusregel de beperking stond dat hij alleen gold voor degene die eerder had aangeklaagd (*ab eo qui accusavit*), was het verbod van herhaling, zoals dit uit de Digesten en de keizerlijke wetten tot ons is gekomen, aanzienlijk uitgehold. Volgens deze regel stond het iedere derde vrij dezelfde zaak tegen de zelfde persoon nog eens bij het gerecht aan te brengen, en niet alleen degene die zelf het slachtoffer was geworden van het misdrijf, niet op de hoogte was geweest van de eerdere aanklacht en daarom, of tevens, goede gronden had om alsnog een aanklacht in te dienen zoals geopperd in de Ulpianusregel (D. 48.2.7.2 vervolg).

---

5 Later genoemd: *Sententiarium receptarum libri quinque,* Von Moeller 1911, p. 34, of: *Iulii Pauli Sententiarum receptarum ad filium libri V.*

6 De *Pauli sententiae* worden aangeduid als 'Pseudo-Paulus I'. Zie Liebs 1989, p. 65, 66, voor een korte omschrijving en de betekenis van deze verzameling rechtsregels, door hem'*anerkannte Rechtssätze*' genoemd.

7 *Pauli Sententiae* 1.6.B.1; Landau 1970, p. 132.

8 Zie Hoofdstuk 1 par. 3.3.2.

De gewijzigde formulering van de Ulpianusregel werd mét de *Pauli Sententiae* opgenomen in het wetboek voor de Romeinse onderdanen in het rijk der Westgoten van Alarik II, de *Lex Romana Visigothorum* van 506 n. Chr.,[9] ook wel genoemd het *Breviarium Alarici*. Het *Breviarium* - letterlijk: 'kort overzicht' - bleef tot in de twaalfde eeuw voor West-Europa, in het bijzonder in het Frankische rijk, de belangrijkste kenbron van het Romeinse recht.[10] Daar zal het beperkte verbod van aanklacht dus als 'wetsregel' te boek hebben gestaan.[11] De Ulpianusrgel bleef zolang, dus in de periode dat het Romeinse recht in West-Europa niet gold, in de Codex Justinianus bewaard.

3. De '*de his*'-regel

De aan Paulus toegeschreven rechtsregel werd in het canonieke recht van de middeleeuwen opgenomen. Met een verwijzing naar de eerste woorden van de gebruikte formulering, werd de regel wel aangeduid met '*de his criminibus*' of nog korter '*de his*'.[12]

3.1 De 'vervalsing'

De tocht van deze *de his*-regel begint tussen 847 en 850[13] met het werk van Benedictus Levita, een geestelijke die verbonden was aan de kerk van Mainz. Hij vulde de collectie van het toenmalige kerkelijke recht aan met deels wereldlijke bronnen. Deze bewerkte hij ten dienste van de kerk, en omdat hij de bewerkingen niet verantwoordde, spreekt men van een 'vervalsing'.[14] Zo 'vervalste' hij ook de Paulusregel. In zijn zogeheten *Capitularia*[15] nam Levita de Paulus-formulering uit de *Lex Romana Visigothorum* over. Dat deed hij echter niet consequent. Op één

---

9 *Lex Romana Visigothorum*, uitgave G. Haenel 1839, herdrukt in 1962, p. 342.

10 Gerbenzon en Algra 1979, p. 59. De Monté ver Loren en Spruit 2000, p. 284. Lokin en Zwalve 2001, p. 111 en p. 162-164. Over uitleg en interpretatie van het *Breviarium* zie Lokin en Zwalve 2001, p. 162-164.

11 Het kan echter ook zo zijn dat de regel net zoals dat gebeurde in het canonieke recht, hierna te bespreken, in deze versie niet gehandhaafd bleef. Dit laatste heb ik niet onderzocht.

12 De gegevens in deze paragraaf zijn grotendeels ontleend aan Landau 1970.

13 De jaartallen zijn ontleend aan Kirsch, J.P. (1907). Benedict Levita. In *The Catholic Encyclopedia*. New York: Robert Appleton Company, http://www.newadvent.org/cathen/02466a.htm, geraadpleegd op 27 juli 2011.

14 Van de Wiel 1986, p. 49 en p. 82 noemt driekwart van zijn *capitularia* apocrief.

15 Met *capitularia* wordt de wereldlijke wetgeving onder de Frankische koning aangeduid, die naast de inheemse gebruiken en gewoonten stond en territoriale gelding had. De oorspronkelijke regelgeving is verloren gegaan. De *capitularia* van Benedictus Levita vormen een door hem bewerkte verzameling van oude Frankische koningsregels, zie De Monté ver Loren en Spruit 2000 p. 79-82.

plaats haalde hij de regel letterlijk aan[16] en op een andere plaats gaf hij een verkorte weergave; hij schrapte namelijk de beperkende bijzin *ab eo qui accusavit* (door degene die de klacht heeft gedaan), waardoor het verbod in beginsel voor een ieder gold. Daarmee was ook de uitzondering voor het slachtoffer, zoals beschreven in de Ulpianusregel, geschrapt. Ook gaf Levita de titels van de rubrieken waarin hij de artikelen plaatste[17] de ruime betekenis van het herhalingsverbod. De bewerkte regel in de Capitularia luidde:[18]

> *De his criminibus, de quibus absolutus est, refricari accusatio non potest*
> Terzake van een delict waarvan iemand vrijgesproken is, kan niet opnieuw een klacht worden ingediend.

Elders in de Capitularia formuleerde Benedictus Levita bovendien een algemene erkenning van het gewijsde of dit nu een vrijspraak of een veroordeling was. Daarvoor gebruikte hij de woorden '*causa quae definita vel judicata*'.[19] Volgens Landau is het niet uitgesloten dat de verruiming van het verbod door weglating van de bijzin een bewuste keuze was.[20] Het is volgens hem zelfs waarschijnlijk dat de 'verschrijving' behoorde bij een strategie van de Kerk, namelijk om de wereldlijke processen tegen geestelijken verder[21] in te perken. Een ruim verbod om een aanklacht te herhalen beperkte immers de mogelijkheden van de wereldlijke macht om een strafzaak aan zich te trekken die al door de Kerk was berecht. Of het een strategie was of niet, tussen 847 en 850 deed een ruim verbod van herhaling van vervolging en berechting zijn intrede in het kerkelijk recht.

Ongeveer tezelfdertijd - om precies te zijn op het Concilie van Mainz van 847 - was onder de bisschoppen het verbod van dubbele bestraffing onderwerp van bespreking geweest. Daar kwam de vraag aan de orde 'of Gods genade zo groot is, dat (de lichamen van) zondaars na hun wereldlijke straf nog in de kerk konden worden ontvangen'. In de desbetreffende canon werd deze vraag bevestigend

---

16 *Capitularia* III, 291, Landau 1970, p. 135, 136.

17 '*Ut de criminibus definitis non licaet postmodum movere certamen*' als titel voor de rubriek waarin *Capitularia* III, 291, werd opgenomen, en '*De criminibus definitis minime refricandis*' als titel voor de rubriek waarin *Capitularia* III, 163 werd opgenomen, Landau 1970, p. 135, 136.

18 *Capitularia* III, 163, Landau 1970, p. 135, 136.

19 *Capitularia* III, 450: '*De causis definitis minime removendis; Flagitari judicium non debet de causa quae definita vel judicata est*'. Landau 1970, p. 136, 137. Ook dit was een 'vervalsing'.

20 Landau 1970, p. 136. Volgens Zacharia, *Grundlinien* par. 292, aangehaald door Müller 1844, p. 29, noot 58, zou de weglating echter niet opzettelijk zijn.

21 De verdeling van de jurisdictie tussen Kerk en Staat hoeft overigens niet het gevolg van strijd te zijn geweest. Zo beschrijft Drenth 1939, p. 57 en 58, dat de Franse koning Karel de Grote met opzet de uitbreiding van de kerkelijke jurisdictie ten koste van de wereldlijke jurisdictie heeft bevorderd om zijn krachten voor territoriale machtsuitbreiding te sparen. De Kerk werd zelfs met het toezicht op de wereldlijke rechters belast.

beantwoord. Daarbij werd gewezen op de hiervoor besproken Nahumtekst. De zinsnede in deze canon, nummer 27 van Mainz, luidt: *non vindicat Deus bis in idipsum.*[22] De tekst van de canon kwam waarschijnlijk uit de Hadriana (802), de verzameling van canones die door Karel de Grote aan de kerk was voorgeschreven en waarin de collectie van Dionysius Exiguus die hiervoor is besproken, was opgenomen, inclusief Apostelcanon 25.[23] De tekst daarvan luidde '*non vindicabit dominus bis in id ipsum*'.

Het is de vraag of deze samenloop van omstandigheden, enerzijds de verruiming van het verbod van herhaling door een wijziging van *de his*-regel door een geestelijke uit Mainz, gepleegd tussen 847- 850 en anderzijds de bespreking van het verbod van dubbele bestraffing door de Bisschoppen in Mainz in 847, op toeval berustte of dat er verband tussen beide gebeurtenissen bestond en dat het er dus om ging de samenhang tussen deze regels te bezien. Indien er verband bestaat, zou het Concilie van Mainz de 'vervalsing' door Benedictus Levita kunnen hebben bewerkt. Misschien moeten wij de '*de his*-regel' zelfs zien als de processuele pendant van de canonieke regel, welke laatste in beginsel vooral betrekking had op Gods genade en niet op het proces. Ik laat de beantwoording van deze vragen echter graag aan deskundigen op dit gebied over. Welke rol de ('verkeerd' vertaalde) Nahum-tekst op dat moment ook heeft gespeeld, hij kwam in elk geval goed in de strategie van de 'vervalser' van pas indién daarin een algemeen verbod van herhaling werd gelezen en niet slechts een verbod van dubbele straf. De Nahum-tekst zoals die in de Septuagint luidde, was immers absoluut gesteld en liet geen uitzonderingen toe.

---

22 Concilie van Mainz 847, c. 27, in: D. Mansi, *Sacrorum conciliorum nova et amplissima collectio,* deel 14, 1759, reprografische herdruk Graz 1960-1961. Canon 27 van Mainz en de Apostelcanon 25 verschillen op een paar punten: *non vindicabit dominus bis in id ipsum* (de heer zal hetzelfde niet tweemaal wreken), is gewijzigd in *non vindicat Deus bis in id ipsum* (God wreekt niet tweemaal hetzelfde). Naar de canon van Mainz wordt verwezen in de glosse van Joh. Teutonicus bij DG C. 13, qu. 2, c. 30. De glosse luidt: '*Quidam quaesiverunt in concilio Moguntin. utrum corpora illorum, qui in patibulis suspenduntur, sint ad Ecclesias deferenda, et divina pro eis sint celebrandi? Ee (Et? wvh) resp. quod sic, si recte poenituerint, quia sicut communio sacramentorum eis in fine non denegatur, ita communio corporis Christi, vel sepultura eis denegari non debet: quia scriptum est, Non iudicabit Deus bis in id ipsum*' (op het Concilie van Mainz is de vraag aan de orde gesteld, of de lichamen van zondaars die aan de galg zijn gestorven nadat zij hun misdrijven hebben beleden, nog wel in Gods huis zullen mogen worden ontvangen. Op deze vraag moet het antwoord luiden: 'ja', want: 'God zal niet tweemaal oordelen over hetzelfde'. Opm. 1: in canon 27 van Mainz staat '*non vindicat*' (hij wreekt niet) en niet zoals in de glosse '*non iudicabit*' (hij zal niet oordelen, recht spreken). De glosse correspondeert qua werkwoordstijd met canon 25 van de Apostelcanones maar niet qua werkwoordsvorm, zie Hoofdstuk 1, par. 2.5. Een voorzichtige conclusie kan zijn dat de werking van de regel geleidelijk aan werd verruimd van *vindicare* (wreken) naar *iudicare* (berechten). Opm. 2: bij DG C.13, qu.2, c.30 wordt door de uitgever ook nog verwezen naar het concilie van Worms. Het zou gaan om het Concilie van 868, aldus Brooke 1968, p. 205.

23 Zie Hoofdstuk 1.2.5.

De ruime *de his*-formulering, dus het voor ieder geldende verbod van herhaling, werd vanaf dat moment in vele bronnen van canoniek recht opgenomen. Zo is zij te vinden in de particuliere verzamelingen van kerkelijke rechtsbronnen (*canones*) van de vroege elfde eeuw,[24] van eind twaalfde eeuw en begin dertiende eeuw bij een enkele decretist[25],[26] in de *decretalen*-verzamelingen van eind twaalfde en begin dertiende eeuw[27] en in de daarop geschreven commentaren (glossen) uit de tweede helft van de dertiende eeuw.[28] De oorspronkelijke bron, de *Pauli Sententiae*, ging verloren. De oorzaak daarvan kan zijn dat het decretum van Burchard van Worms (1010), eerste in de rij van deze canonieke bronnen, als bron van de regel het Concilie van Mainz ('*Ex concilio Maguntino*') aangaf. Het is volgens Landau mogelijk dat Burchard van Worms daarmee de wereldlijke herkomst van de spreuk wilde verdoezelen;[29] niet uitgesloten is echter ook dat hij de 'Paulusregel' met de Nahumregel, die immers op het Concilie van Mainz aan de orde was geweest, vereenzelvigde. De aanduiding van Burchard van Worms had tot gevolg dat in opvolgende verzamelingen als bronvermelding bij de *de his*-regel slechts de verwijzing naar het Concilie van Mainz is blijven bestaan. Wat voorts opvalt is dat de *de his*-regel uitgerekend niet in het gezaghebbende *Decretum Gratiani* (1140) werd opgenomen. Waarom dat is, is vooralsnog duister. Het kan te wijten zijn aan de obscure herkomst van de regel of aan het feit dat ook het *Corpus Iuris* de *de his*-regel niet vermeldde. Dat betekent echter niet dat er volgens het *Decretum Gratiani* geen herhalingsverbod bestond;[30] het stond wel in de verzameling maar werd tot een andere bron herleid. In latere bronnen van canoniek recht werd voor de uitleg van het verbod van herhaling dan ook wel naar het *Decretum Gratiani* verwezen.[31] Die bronnen zal ik hieronder bespreken.

---

24 Landau 1970 p. 139: Burchard van Worms (1010), c. 9 boek 16.

25 Decretist: degene die een commentaar schreef bij het *Decretum Gratiani*.

26 Landau 1970, p. 143, noemt Hugo van Parma (Huguccio,1188-1191), c. 2.5.7. De regel wordt niet vermeld bij Rufinus, Stephan van Tournai, Sicardus, Cremonensis, en in de *Summa Lipsiensis*. Johannes Teutonicus (*Glossa Ordinaria* 1213-1217) verwijst in zijn standaard glosse wel naar de *de his*-regel, die weer wordt geput uit de Decretalenverzameling van Gregorius IX uit 1234.

27 Landau p. 144 e.v.: De collectie *Francofurtana* (1180-1190); het *Breviarium Extravagantium* (*Compilatio prima* 1187-1191) van Bernard van Pavia; de Decretalenverzameling van Gregorius IX, samengesteld door Raymundus de Pennaforte, Liber V, 1, 6; alledrie met verwijzing naar het concilie van Mainz.

28 Glosse van Paus Innocentius IV, *Apparatus in quinque libros decretalium* (1243-1245); Glosse van Bernardus de Botone bij de Decretalenverzameling van Gregorius IX (kort voor 1263).

29 Landau 1970 p. 139.

30 Anders: Landau 1970, p. 140, 141.

31 In de glossen van De Botone en Innocentius IV bij X. 5.1.6 (*de his*) wordt verwezen naar Decretum Gratiani, c. 2.1.1.4 (*prohibentur accusare … ab alio delatum*).

3.2 Het verbod van herhaling in het *Decretum Gratiani*

De monnik Gratianus verenigde zeer verscheidene kerkelijke rechtsbronnen onder de titel: *Concordia discordantium canonum* (harmonisering van niet met elkaar accorderende canones), het *Decretum Gratiani*, 1140.[32] Het werd de meest gezaghebbende weergave van het geldend canonieke recht in de elfde eeuw en zou later de kern vormen van het *Corpus Iuris Canonici*.[33] Belangrijk voor dit onderzoek is, dat Gratianus zich niet beperkte tot kerkelijke bronnen maar in zijn beschouwingen ook verwees naar het wereldlijke recht, in het bijzonder het *Corpus Iuris*. Hij erkende de daarin opgenomen rechtsregels expliciet als aanvullende bron van recht.[34] Zo staat in het *Decretum Gratiani* bij de behandeling van de vraag 'wie aanklagen mag'[35] letterlijk de gehele tekst van Macer over de intrekking van een aanklacht (*abolitio*) en de gevolgen daarvan voor andere aanklagers, hiervoor besproken.[36]

> '*Ab alio delatum alius deferre non potest: sed eum, qui abolicione publica vel privata interveniente aut desistente accusatore de reis exemptus est, alius deferre non prohibetur*'.
>
> *Men kan iemand niet aanklagen, als hij reeds door een ander is aangeklaagd… maar als de aangeklaagde persoon door het feit dat van overheidswege of van de kant van een particuliere aanklager de aanklacht is opgeheven, of doordat de klager zijn klacht heeft laten vallen, uit het register van aangeklaagden geschrapt is, wordt het een derde niet verboden hem aan te klagen.*

Deze tekst beoogde een nadere specificatie te geven van de *hoofdregel* dat geen tweede klacht over hetzelfde mocht worden ingediend (*ab alio delatum alius deferre non potest*): (slechts) in geval van intrekking van de aanklacht mocht een ander wel opnieuw aanklagen. In zijn commentaar schreef Gratianus: 'uit al deze autoriteiten (dus ook uit de tekst van Macer, wvh) valt af te leiden dat niemand veroordeeld mag worden tenzij in een ordentelijk (*ordinabiliter*) gehouden proces (…).' Uit het opnemen van de volledige regel van Macer kan voorzichtig afgeleid worden dat ook Gratianus in deze regel een verfijning las van het algemeen ver-

---

32 Robinson e.a. 2000, p. 74 e.v.

33 Lokin en Zwalve 2001, p. 124 e.v.

34 Lokin en Zwalve 2001, p. 130.

35 DG C. 2, qu. 1, c. 14. De desbetreffende *questio* heeft als titel dat niemand zonder een gewoon proces mag worden veroordeeld: *Quod autem nullus sine iudiciario ordine dampnari valeat, multis auctoritatibus probatur*; de desbetreffende canon (14) luidt: 'Aan wie het doen van een aanklacht verboden is en wie worden toegelaten', daaronder staat een verwijzing naar de D. 48 (over het indienen van een klacht).

36 D. 48.2.11.2 (Macer), zie Hoofdstuk 1 par. 3.3.4.

bod van herhaling en dat hij de *abolitio*-regel als een invulling zag van een goed en ordelijk proces. Zo vatten in elk geval de decretisten[37] de regel op. De glosse bij deze vindplaats ('*non potest*') luidt: 'want of iemand nu is veroordeeld of vrijgesproken, er kan over hetzelfde misdrijf niet nogmaals worden geageerd.'[38] Hier wordt het ruime verbod van herhaling geformuleerd.

Ook op een andere plaats in het Decretum wordt het verbod van herhaling gevonden, namelijk bij vragen over de vervolging van ketters. De betreffende canon luidt dat als onrecht eenmaal is vergeven, die vergeving niet herroepen mag worden. Gratianus schrijft: 'een eenmaal kwijtgescholden schuld mag niet worden herroepen als de pijn zich zou herhalen (*recidivo dolore*).'[39] De glosse merkt bij '*recidivo*' op: 'Het argument is, dat het misdrijf waarvan iemand vrijgesproken (*absolutus*) of waarvan hij naderhand spijt heeft betuigd, niet nogmaals (*amplius*) kan worden aangeklaagd'.[40] Ten slotte mag niet onvermeld blijven dat het Decretum op tenminste drie plaatsen[41] verwijst naar de Nahum-tekst, die ik in het vorige hoofdstuk heb besproken. De regel lijkt echter beperkt te blijven tot het verbod van opeenstapeling van kerkelijke straffen. Dat verbod geldt bovendien volgens andere *canones* weer niet voor alle combinaties van kerkelijke sancties.[42] De vindplaatsen zijn voor de inhoudelijke betekenis van rechtsregel *non bis in idem* in het huidige strafrecht daarom weinig relevant.

3.3 Twee pijlers voor de receptie van het verbod van herhaling

Gratianus gaf door zijn algemene verwijzing naar het Romeinse recht een belangrijke aanzet om het canonieke en het Romeinse recht in samenhang te bestuderen en toe te passen. Hijzelf verwees voor wat betreft het verbod van herhaling rechtstreeks naar de Digesten terwijl andere bronnen van kerkelijk recht verwezen naar de *de his*-regel die uit het *Breviarium* was overgeleverd (en sindsdien verruimd was). Hieruit kan geconcludeerd worden dat het ruime verbod van

---

37 Landau 1970, p. 143: Rufinus, Stephan van Tournai, Sicardus, Cremonensis, Summa Lipsiensis.

38 Glosse *non potest* bij C. 2, qu. 1, c. 14. van Johannes Teutonicus, *Glossa Ordinaria* 1213-1217, zoals bewerkt door Bartholomeus Brixiensis in 1240: '*Sive enim quis sit condemnatus, sive absolutus tamen super eodem crimine saepius agi non potest,*' (aangevuld met een verwijzing naar de *de his*-regel uit het liber X:) '*ut extra de accusat. de his.*'

39 DG C. 23, qu. 4, c. 29 (*si illic*); naar deze plaats wordt ook verwezen in de glossen van Botone en Innocentius IV bij X. 5.1.6. (*de his*).

40 Glosse *Recidivo* bij DG C. 23, qu. 4, c. 29 (*si illic*) van Johannes Teutonicus, *Glossa Ordinaria: 'Argu. quod ex quo quis est absolutus , vel postquam poenituit, quod amplius de illo crimine accusari non potest*'. Bij de besproken vindplaatsen in het Decretum verwijst Johannes Teutonicus/Barth. Brixiensis naar de *de his*-regel en bovendien verbindt hij de Gratianus-teksten met elkaar. Daarom is hier '*amplius*' vertaald met 'nogmaals' en niet met bv. 'langer'.

41 DG D. 81, c. 12; C. 13, qu. 2, c. 30 en Dict. post D. 3, c.42 De pen.

42 DG D. 81, c. 13 en 14.

herhaling algemene ingang had gevonden in het kerkelijk procesrecht tot in de dertiende eeuw. De meest gebruikte formulering daarvoor was de verruimde *de his-regel* die werd herleid tot een canonieke bron, namelijk het Concilie van Mainz. Naast die bron stonden echter de rechtsregels van de klassieke Romeinse juristen op een gedeelde eerste plaats. De functie van de Nahum-regel lijkt in die tijd beperkt te blijven tot de toepassing van dubbele straf binnen het kerkelijke recht.

3.4 Het verbod van herhaling in het kerkelijk inquisitoire proces vanaf de twaalfde eeuw

Het verbod van herhaling was tot nu toe slechts onderdeel van het gewone, dat wil zeggen op de leest van het civiele procesrecht geschoeide strafproces, dat met een aanklacht van een private persoon begon. Toen binnen de kerk - onder paus Innocentius III (1198-1216) - het inquisitoire proces werd doorgevoerd, d.w.z. een proces *ex officio*, dus los van een private aanklager of aangever,[43] werd de vraag gesteld of de regel van kracht bleef. Die vraag gold allereerst de zuiveringsprocedure die sinds ongeveer de negende eeuw volop binnen de kerkelijke rechtspraak werd toegepast. In deze procedure kon de aangeklaagde zich van de klacht zuiveren door het afleggen van een reinigingseed (*purgatio canonica*).[44] Kon deze eed de uitsluiting van een tweede vervolging ter zake van hetzelfde feit tot gevolg kon hebben? Hierop werd positief beslist.[45] De volgende vraag was of het verbod van herhaling ook gold voor het canonieke inquisitoire proces. Een brief (decretaal) van Paus Gregorius IX, opgenomen in zijn verzameling van 1234, gaf uitsluitsel over diens opvatting. Het belang van deze bron is groot, want de decretalenverzameling van Gregorius IX, ook wel aangeduid met '*Liber Extra*' of '*X*' kreeg kracht van wet voor de hele kerkgemeenschap.[46]

---

43 Vierde Lateraans Concilie 1215, X.5.1.24; Rietmeijer 1962, p. 3, Coppens 1991, p. 40, 41. Zie over het inquisitoire proces in Europa hierna, Hoofdstuk 3. Over het inquisitoire procesmodel en het verband met de ketterervolgingen, zie Van Heijnsbergen 1925, h. 1, Coppens 1991, p. 47, Laingui et Lebigre II 1979, p. 49.

44 De zuiveringsprocedure is volgens Drenth 1939, p. 74, van oorsprong 'door en door Germaans' en zou dus in het canonieke recht geheel nieuw zijn. Bartlett 1986, p. 9 e.v., signaleert dat het godsoordeel met name opkomt onder Karel de Grote en zich verspreidde met het Christendom, p. 43, als middel van de machthebbers, clerus en koningen, om hun macht te vergroten. Zie ook hierna, Hoofdstuk 3, par. 1.1.

45 Landau 1970, p. 148.

46 Samen met het *Decretum Gratiani* en nog andere verzamelingen is de verzameling opgenomen in het *Corpus Iuris Canonici* dat tot 1918 gelding heeft had. Lokin en Zwalve 2001, p. 140-142. De verzameling is vermeld bij de bespreking van de *de his*-regel in het accusatoire proces, par. 3.1, noten 26-28. Zie ook Van de Wiel 1986, p. 88-90.

De brief gaat over een strafrechtelijk onderzoek dat door de Paus was ingesteld naar een aantal strafbare feiten gepleegd door één van zijn bisschoppen en vertelt het volgende. Twee onderzoeksrechters moesten naar aanleiding van een gerucht (*clamor*)[47] in opdracht van de Paus een onderzoek (*inquisitio*) instellen naar de handel en wandel van de aartsbisschop van Acerenza. Deze aartsbisschop zou aan zijn straf zijn ontkomen door het op een akkoordje te gooien met zijn inquisiteurs (een geval van *praevaricatio*, in die tijd ook *collusio* genoemd) en mogelijk ook door *corruptio* (omkoping van de rechter of de getuigen). De Paus had de aartsbisschop van Bari en een Florentijnse monnik tot onderzoeksrechters benoemd en gaf hen als opdracht mee om onderzoek te doen 'naar het oude feit en naar nieuwe feiten die nog erger waren dan de eerste (*peiora prioribus*)'. De opdracht luidde dat de oude zaak geheel opnieuw (*ex integro*) moest worden behandeld indien mocht blijken dat er inderdaad sprake was geweest van collusie en corruptie. Indien niet van collusie en corruptie zou blijken, *moesten zij hun onderzoek beperken tot de nieuwe feiten.*[48]

Het onderscheid tussen het onderzoek naar de oude en de nieuwe feiten werd dus afhankelijk gemaakt van de vraag of er sprake was geweest van collusie of corruptie. De conclusie lijkt daarom gewettigd dat de Paus ervan uitging dat de mogelijkheid van een tweede vervolging afhing van de vraag of er sprake was geweest van een oneerlijke berechting.[49] De Paus ging met andere woorden uit van de regel dat er in beginsel geen tweede onderzoek naar de oude, reeds berechte feiten mocht plaats hebben, en dat dit anders was wanneer kon worden vastgesteld dat de aartsbisschop door malversaties aan zijn straf was ontkomen. Dat deze veronderstelling gerechtvaardigd is, blijkt uit het commentaar van Paus Innocentius IV (1243-1254) op het genoemde decretaal.[50] Hij verwijst daar met zoveel woorden naar de *de his*-regel die in dezelfde decretalenverzameling gevonden kon worden en betrekking had op de procedure op aanklacht, de niet-inquisitoire procedure. Deze uitleg van het verbod van herhaling, namelijk dat de *de his*-regel ook van toepassing is op het inquisitoire kerkelijke strafproces, zal door Paus Innocentius IV, die behalve paus ook jurist was en canoniek recht had onderwezen aan de universiteit van Bologna, aan zijn studenten zijn doorgegeven. De '*de his*'-verwijzing in het ambtshalve ingestelde proces werd vervolgens

---

47 Het gerucht (*clamor*) als aanleiding voor het onderzoek is op dat moment nog een overblijfsel uit het proces op aanklacht, Drenth 1939, p. 85.

48 Liber Extra (X) Boek V, titel XXII, caput IV: *In tantum clamor* (…) *non solum praedicti excessus remanserunt hactenus incorrecti, verum etiam peiora prioribus committere non expavit. … Discretioni vestrae mandamus, quatenus, si de huiusmodi collusione ac corruptione constiterit, ex integro super praemissis et aliis, alioquin super novis duntaxat inquiratis, quae videritis inquirenda.*

49 Landau 1970, p. 150.

50 Glosse van Paus Innocentius IV, *Apparatus in quinque libros decretalium*, X. 5.22.4 *v. novis,* uitgegeven in 1477.

overgenomen door invloedrijke canonisten,[51] waaronder Bernardus de Botone (†1263). In zijn glosse geeft De Botone de samensteller van de decretalenverzameling van Gregorius IX een pluim: *bene dicit*, "goed gesproken (…) want tegen een en dezelfde man mag wegens hetzelfde delict niet nogmaals een onderzoek worden ingesteld".[52] Uit de glossen blijkt voorts dat het Romeinse recht nog steeds als een belangrijke aanvullende bron wordt beschouwd.[53] Als enige uitzonderingen op de regel resteerden nog de gevallen van *praevaricatio* en corruptie.

3.5 Conclusie

Hoewel het aan Paulus toegeschreven beperkte verbod van herhaling ten grondslag heeft gelegen aan de formulering van het verbod van herhaling in het canonieke recht, de *de his*-regel, kan niet gezegd worden dat de 'Paulusregel' stand heeft gehouden. De 'Paulusregel' is immers onmiddellijk nadat hij was opgenomen in de *Capitularia* door Benedictus Levita verruimd van een verbod voor de eerste aanklager tot een verbod voor al degenen na hem om over hetzelfde tegen dezelfde nogmaals een aanklacht in te dienen. Het ruime verbod van herhaling dat vervolgens de kerkgeschiedenis heeft doorlopen, de *de his*-regel, werd herleid tot het Concilie van Mainz van 847, waar - toevallig of niet - tezelfdertijd ook de regel *Non vindicat Deus bis in id ipsum* uit de Apostelcanon werd besproken. Vanaf de tijd van Gratianus (1140) werd bovendien bij de bespreking van de vraag of een tweede aanklacht mocht worden ingediend, verwezen naar verschillende Digestenregels waarin het ruime verbod van herhaling werd beschreven. Het ruime verbod van herhaling bleef van kracht toen de ambtshalve vervolging door middel van onderzoek (*inquisitio*) in de Kerk werd ingevoerd. Het canonieke recht en de wetgeving van Justinianus hebben er dus gezamenlijk[54] toe bijgedra-

---

51 Hostiensis en Guilielmus Durantis (†1296). Durantis zorgde voor de verspreiding van het nieuwe (inquisitoire) strafprocesrecht buiten Italië, met zijn 'Spiegel van het recht' (*Speculum Iudiciale*), zie Van Heijnsbergen 1925, p. 9. Landau 1970, p. 150, 151.

52 Bernardus van Botone, Glosse bij *Decretalium Gregorii*, X. 5.22.4. v. novis.: *Novis. Bene dicit; Super novis, quia de delicto unius hominis saepius quaeri non debet. ff.naut.cau.sta.licet, in fine,& S. de accus.de his,* (= X. 5.1.6, wvh) *& cap.licet: quia crimina semel dimissa, iterum in ultionem venire no patimur, 23.4 si illic,* (= c. 23.4.29, wvh) & *de pan.dist.4.divina clementia,& 3.q.1. prohibentur, & ab alio delatum* (dit is D. 48.2.11.2, Macer, wvh).

53 Bernardus de Botone verwijst bv. bij X. 5.1.6 (*de his* in accusatoir proces) naar D. 48.2.11.2 (Macer), CJ 9.2; D. 47.15.3 (over *praevaricatio*).

54 Anders dan Landau ben ik van mening dat de *de his*-regel niet slechts op het canonieke recht berust. In de eerste plaats is de *de his*-regel door middel van *Pauli Sententiae* ontleend aan het Romeinse recht en in de tweede plaats werden de desbetreffende regels voor het instellen van een aanklacht door Gratianus rechtstreeks aan de Digesten (Macer) ontleend. De canonieke bijdrage blijft derhalve 'beperkt' tot een bevestiging van die regels en de toevoeging van de Nahumtekst.

gen dat een algemeen aanvaard en ruim werkend verbod van herhaling ingang vond in het canonieke recht, zowel in het oorspronkelijke als in het later ingevoerde inquisitoire type strafproces. Slechts gevallen van *praevaricatio* (collusie) en corruptie vormden een uitzondering op het verbod. De conclusie moet dus zijn dat het verbod van herhaling in de kerkelijke rechtsbronnen van de middeleeuwen ruimer werd geformuleerd dan in de vroege keizertijd, waar nog een voorbehoud werd gemaakt voor het slachtoffer dat 'groot belang' had. Of het verbod van herhaling binnen de kerk ook zo ruim werd toegepast als de regel voorschreef, kan uit de aangehaalde teksten niet worden geconcludeerd. Er waren eenvoudige manieren om het verbod van herhaling te ontlopen, zoals de praktijk in het oude Rome liet zien. Zo kon hetzelfde feit anders worden gekwalificeerd, en ook kon het door een andere jurisdictie nogmaals worden berecht.

4. De *de his*-regel in het wereldlijke recht

In de tijd dat het Romeinse recht onder het stof begraven lag, vond de aan Paulus toegeschreven formulering van het verbod van herhaling, dus het beperkte verbod, vanuit het *Breviarium* haar weg naar het canonieke recht.[55] Het verbod van herhaling kreeg bovendien in het canonieke recht - door een tweede 'vervalsing' - zijn oorspronkelijke redactie, en daarmee ook zijn ruimere betekenis, terug. Dit had tot gevolg dat de eerste criminalisten, de strafrechtswetenschappers van de vijftiende eeuw, zich met een ruim verbod van herhaling zagen geconfronteerd, dat zowel stamde uit wereldlijke (Romeinse), als uit canonieke bron.[56] Het *Breviarium* maakte plaats voor het wetboek van Justinianus. Daardoor kreeg de ruimere formulering van het verbod van herhaling, de regel van Ulpianus, weer ingang.[57]

Op dit ruim geformuleerde en stevig op twee fundamenten[58] rustende verbod van herhaling bouwden de wereldlijke strafrechtsjuristen vanaf de vijftiende eeuw verder. Van deze strafrechtjuristen was Julius Clarus er één. Clarus[59] legde in 1568 in zijn leerboek over het strafrecht uit hoe het verweer van de beklaagde 'dat hij eerder van de zaak was vrijgesproken of veroordeeld' moest worden aangepakt. 'Om deze materie goed te begrijpen', schrijft Clarus, 'bestaat allereerst de

---

55 Het Breviarium was van invloed op het kerkelijk recht vanaf de 9e eeuw, zie Landau 1970, p. 132-134.

56 Over de wederzijdse beïnvloeding van het Romeinse en het canonieke recht zie Lokin en Zwalve 2001, p. 135-139; Robinson e.a. 2000, h. 5, i.h.b. p. 73.

57 Lokin en Zwalve 2001, p. 111 en p. 162-164.

58 Vgl. F. Hélie, tome troisième, Paris: Plon 1866, § 176, die spreekt van '*un double fondement*'.

59 Over Julius Clarus: zie Hoofdstuk 3.

regel *de his criminibus de quibus semel quis absolutus, non potest accusatio replicari …*'.[60] Dit is de ruime *de his*-regel. Bijzonder detail is dat Clarus de titel van zijn leerboek *Julii Clari sententiarum* ontleende aan de *Pauli Sententiae*,[61] waarin deze regel (*de his*) voor het eerst te vinden is en waarin de regel nog de toevoeging kende '*ab eo qui accusavit*', zodat het slechts een verbod was dat gold voor dezelfde aanklager en niet voor een ieder. Clarus neemt als uitgangspunt de ruime *de his*-regel; hieruit blijkt dat hij de regel dus niet uit de *Pauli Sententiae* overnam maar rechtstreeks uit de canonieke bronnen.

Zo heeft dus de *de his*-regel een weg naar het wereldlijke strafrecht van de zeventiende eeuw gevonden.[62] De regel werd door Clarus geciteerd voor zowel gevallen van eerdere veroordeling als van vrijspraak en zowel in het accusatoire als in het inquisitoire proces, welke beide procesvormen in de wetenschappelijke bronnen steeds afzonderlijk van elkaar werden behandeld. Het leek op papier een zeer ruimhartige regeling. In de tijd van Clarus had zich echter in Italië, Spanje, Duitsland, Frankrijk en Nederland een praktijk ontwikkeld waarin het gebruikelijk was om bij twijfel over de schuld het eindoordeel uit te stellen en een beslissing te geven waarmee de zaak voor onbepaalde tijd kon worden aangehouden, de zogeheten *absolutio ab instantia* of zoals het in Frankrijk werd aangeduid: *le plus ample informé.* Deze praktijk ontnam aan het verbod van herhaling veel van zijn inhoud. Deze ontwikkeling zal in het volgende hoofdstuk aan de orde komen.

Aan de regel zoals die in de *Lex Romana Visigothorum* was komen te staan, dus de regel waarin het verbod werd beperkt tot de oorspronkelijke aanklager, wordt vanaf de Receptie niet meer gerefereerd. De beperkte regel lijkt dan ook al snel in de vergetelheid te zijn geraakt. De ruimere regel daarentegen werd 'beroemd'. De rol van het *Breviarium* voor de uitleg van het verbod van herhaling is daarom beperkt; des te belangrijker is de rol van het *Breviarium* als verbindingsstuk van het verbod van herhaling van het wereldlijke naar het canonieke recht.

---

60 *Pro intelligentia autem huius materiae facienda est in primis conclusio, quod de his criminibus de quibus semel quis absolutus, non potest accusatio replicari*, Lib.V q. 57.1.

61 De *Pauli Sententiae* stonden bekend onder de naam *Sententiarium receptarum libri quinque* (of: *Iulii Pauli Sententiarum receptarum ad filium libri V)*. Von Moeller 1911.

62 Ook Muyart de Vouglans 1780, p. 596, grondt het Franse '*maxime*' *non bis in idem* - zoals hij het verbod van herhaling verkort aanduidt - op zowel de Digesten van Justinianus (D. 48.2.7.2) als op het Decretum Gratiani alsook op de *de his*-regel, die hij als regel van kerkelijk recht kenschetst.

5. Samenvatting en conclusies deel I

De spreuk *non bis in idem* is een kernachtige aanduiding voor de rechtsregel dat iemand niet tweemaal mag worden aangeklaagd wegens hetzelfde. De spreuk wordt, als *ne bis in idem*, door beoefenaars van het burgerlijk recht wel teruggevoerd op de zinsnede *bis de eadem re ne sit actio,* die te herleiden zou zijn op het Romeinse *legis actio*- en *formula*-proces zoals uitgelegd door Gaius. Vooral proceseconomische motieven, maar mogelijk ook sacrale, zouden aan de regel ten grondslag hebben gelegen. Strafrechtjuristen geven meestal geen verklaring voor de herkomst van de spreuk, maar zijn gewoon er een verbod van dubbele bestraffing en een verbod van dubbele vervolging en berechting in te lezen. In dit hoofdstuk is gezocht naar de herkomst van de woorden *non bis in idem*, zowel naar de herkomst van de formulering, als naar de oorspronkelijke betekenis van de tekst. Tevens is gezocht naar de wortels van het verbod van herhaling als regel die een tweede berechting van dezelfde persoon wegens hetzelfde feit verbiedt. Dit onderzoek heeft in grote lijn tot drie uitkomsten geleid.

1. 'Non bis in idem' behelst oorspronkelijk het verbod van stapeling van (kerkelijke) straffen

In de eerste plaats moet worden geconcludeerd dat de formulering van de spreuk *non bis in idem* niet herleid moet worden tot *bis eadem re ne sit actio* maar tot het oudtestamentische vers Nahum dat betrekking heeft op de verdelging van Nineve. Het vers bezingt Gods toorn over de aanvallers van degenen die bij hem schuilen. Inhoudelijk geeft de versregel uit Nahum niet direct houvast voor een verbod op dubbele berechting of bestraffing; het kreeg die betekenis door een niet-letterlijke vertaling in de Septuagint en de uitleg die daaraan vervolgens door de kerkvaders is gegeven. Deze wierpen de vraag op of tweemaal, op verschillende manieren, dus cumulatief, voor hetzelfde vergrijp gestraft mocht worden. Die vraag beantwoordden zij, en al degenen die na hen het canonieke recht bestudeerden, ontkennend, 'want de Schrift zegt: 'God straft niet tweemaal voor hetzelfde'. Door de uitleg van de kerkvaders heeft de spreuk de strekking gekregen van een verbod van cumulatieve bestraffing. Deze uitleg is conform een principe dat aan alle oudste wetboeken, waaronder ook de Mozaïsche, ten grondslag lag, namelijk het beginsel dat gestraft wordt naar de mate van het vergrijp en dat dus voor elk vergrijp één straf bestond, en wel die welke de wet voorschreef. De wetten bepaalden op deze wijze dat een straf niet mocht worden verdubbeld. De conclusie kan daarom zijn dat de spreuk *non bis in idem* tot het Oude Testament kan worden herleid en dat daaraan de - beperkte - betekenis is toegekend van het verbod van stapeling van straffen. *Non bis in idem* werd niet in verband gebracht met een tweede berechting na vrijspraak, zodat de volgende conclusie moet zijn

dat de spreuk '*non bis in idem*' en 'het verbod van herhaling van aanklacht' oorspronkelijk niet bij elkaar horen.

2. Het verbod van herhaling na vrijspraak is terug te voeren op een strafrechtelijke regel uit de klassieke oudheid

In de tweede plaats kan uit onderzoek van Liebs worden geconcludeerd dat de regel die een tweede aanklacht verbiedt en uitgedrukt wordt met een andere formule, *de eadem re ne bis sit actio*, ook teruggevoerd kan worden op zaken van strafrechtelijke aard en niet gezien hoeft te worden als een regel die ten grondslag lag aan de oudste Romeinse rechtsprocedures, het *legis actio*- en het *formula*geding. De regel werd namelijk gebruikt door Quintilianus en eerder door de retoren in Athene. Dat doet volgens Liebs vermoeden dat in het bijzonder strafrechtelijke procedures werden bedoeld. De vraag die Quintilianus aan de formule vastknoopte was hoe die regel nu moest worden verstaan: als een verbod gericht tot een ieder of alleen gericht tot de eerste aanklager. Het antwoord op deze vraag was in de tijd dat Quintilianus hem stelde echter al beantwoord in diverse Romeinse wetten; het verbod richtte zich volgens die wetten tot een ieder. Toen de vraag ongeveer honderd jaar later door Ulpianus werd beantwoord, nam deze een genuanceerd standpunt in: indien iemand was vrijgesproken zou een tweede aanklacht slechts dan moeten worden toegestaan als die werd ingesteld door het slachtoffer zelf dat niet op de hoogte was geweest van de eerdere aanklacht zodat dit slachtoffer goede gronden had om alsnog met zijn actie te komen. Deze regel kwam te staan in Boek 48 van de Digesten, één van de twee boeken over de berechting van strafbare feiten, de *Libri terribiles*. Van de regel werd in de geschreven wetten slechts in één geval afgeweken, namelijk indien sprake was geweest van misleiding van de rechter (*praevaricatio* of *collusio*). Daarnaast blijkt uit de Romeinse praktijk dat ook corruptie, bijvoorbeeld van de jury, een reden was voor tweede berechting.

3. Het verbod van herhaling kreeg behalve in het Romeinse recht ook in het canonieke recht een stevig fundament

De regel van Ulpianus over het verbod van een tweede aanklacht ging aldus deel uitmaken van het Corpus Iuris Civilis, het keizerlijke recht van Justinianus. Dit recht werd echter pas vanaf de elfde eeuw in Europa weer bestudeerd en er zou dus een kloof kunnen hebben bestaan in de toepassing van het Romeinse verbod van herhaling vanaf het moment dat het Romeinse rijk ineenstortte tot aan het moment waarop de verzameling van Justinianus werd teruggevonden en weer deel ging uitmaken van het recht in West-Europa. Naast de regel van Ulpianus ging echter een tweede regel leven, '*de his criminibus, de quibus absolutus est, ab eo qui accusavit, refricari accusatio non potest*', een regel uit de *Pauli Sententiae*. Het verbod van herhaling dat in deze regel besloten lag, overbrugde de periode door-

dat hij werd opgenomen in het canonieke recht. Het verbod kreeg daar de korte aanduiding '*de his*'. De regel, die een vervalsing of bewerking was van de Ulpianusregel, had door de toegevoegde bijzin '*ab eo qui accusavit*, door degene die heeft aangeklaagd', maar een beperkte strekking. Het verbod trof slechts degene die eerder een aanklacht had ingediend. De bijzin werd echter in de negende eeuw bewust of onbewust door de canonisten geschrapt en zo ontstond een algemeen verbod van herhaling. Dit verbod, '*de his*', werd in de vijftiende eeuw samen met de Ulpianusregel overgeleverd aan de Italiaanse criminalisten. Beide regels samen vormden een verbod van herhaling in ruime zin, zowel van bestraffing als van berechting, en niet alleen in te roepen tegen degene die eerder had aangeklaagd maar jegens allen. Het hedendaags *non bis in idem* vertoont inhoudelijk dus de meeste verwantschap met deze Romeinse, en later ook canonieke, rechtsregels.

Deel II

Europa

Het inquisitoire strafproces en het verbod van herhaling op het vasteland van Europa

Deel II
Europa

Inleidende opmerkingen en overzicht van dit deel

Dit tweede deel, Europa, gaat over de uitgangspunten, de eigenschappen en de bijzonderheden van het inquisitoire strafproces zoals het zich in de late middeleeuwen heeft verspreid over het vasteland van Europa. De theoretische en praktische inrichting van dit inquisitoire strafproces zijn in hoge mate bepalend geweest voor ons huidige strafproces en hebben ook de inrichting van het verbod van herhaling in belangrijke mate beïnvloed. De bijzonderheden en eigenaardigheden van dit proces geven met andere woorden inzicht in het ontstaan van het huidige verbod van herhaling. Het deel bestaat uit twee hoofdstukken, een algemeen en een bijzonder. In het algemeen deel schets ik het ontstaan van een Europese strafrechtswetenschap, introduceer ik de belangrijkste strafrechtswetenschappers en schets ik in grote lijnen het ontstaan, de principes, de kenmerken en de procesvorm van het inquisitoire strafproces (hoofdstuk 3). In het bijzonder deel behandel ik de gevolgen van het inquisitoire strafproces voor de aanvaarding van het gezag van gewijsde en het verbod van herhaling. In dit hoofdstuk wordt voorts de *absolutio ab instantia* beschreven. Dit is een uitspraak die het midden hield tussen een vrijspraak en een veroordeling en wel werd aangeduid met 'ontslag van instantie' of 'middenbeslissing'. Deze *doctoribus inventum*, 'uitvinding van geleerden', in de woorden van de Spanjaard Gomezius (1501-1597), heeft de toepassing van het verbod van herhaling, zoals dat door het canonieke en het Romeinse recht was overgeleverd in de *de his*-regel, praktisch buiten werking gesteld. Voor deze beschrijving zal ik vooral gebruik maken van strafrechtelijke bronnen uit de zestiende en zeventiende eeuw. Dit hoofdstuk sluit ik af met enkele conclusies ten aanzien 'het inquisitoire strafproces en het verbod van herhaling op het vasteland van Europa' (hoofdstuk 4).

Hoofdstuk 3
Europa, algemeen deel

1. Een gemeen-Europees strafrecht

1.1 De vermenging van het geleerde recht met het inheemse recht in Europa

De bestudering van het Romeinse en het canonieke recht zoals deze vanaf de elfde eeuw plaatsvond, veroorzaakte een invloedrijke onderstroom van nieuw verworven kennis. Deze vermengde zich met het inheemse recht van West Europa. Het inheemse recht bestond uit ongeschreven gebruiken en gewoonten van de verschillende Germaanse stammen die Europa bevolkten, aangevuld door de geschreven wetten uit de Frankische tijd,[1] opgesteld tussen ruwweg 500 tot 1000 n. Chr., de zogeheten *leges barbarorum*.[2] Daarnaast gold voor een deel van de Zuid-Europese bevolking het Romeinse recht van vóór de Justiniaanse wetgeving (533), vastgelegd in de *Lex Romana Visigothorum*, kortweg het *Breviarium* (506). Deze wet was bestemd voor het Romeinse deel van de onderdanen van de Westgoten, die toen een groot deel van het huidige Spanje en het zuidelijk deel van het huidige Frankrijk bevolkten.

Naast het geschreven en ongeschreven gewoonterecht bestonden sinds de achtste eeuw geschreven rechtsbronnen met 'nieuw' recht, de verordeningen of *capitularia*[3] van de Frankische koningen, waarin, zoals we in het vorige hoofdstuk zagen, regels vanuit het *Breviarium* waren overgenomen. Daaronder was ook het verbod van herhaling na vrijspraak. Dit verbod luidde '*de his criminibus, de quibus absolutus est, refricari accusatio non potest*', ofwel: terzake van een delict waarvan iemand vrijgesproken is, kan door degene die de klacht heeft gedaan, niet opnieuw een klacht worden ingediend ('*de his*'). Het verbod richtte zich, anders dan in het *Brevi-*

---

1 Frankische tijd: de tijd van de heerschappij der Frankische koningen, de geslachten van de Merovingen en de Karolingen, vgl. Monté ver Loren en Spruit p. 41 e.v.; Lokin en Zwalve 2001, p. 161 e.v.

2 Letterlijk: wetten van 'de vreemdelingen', waarmee de 'niet-Romeinen' werden aangeduid. Over de *leges barbarorum* zie: De Monté ver Loren en Spruit 2000, p. 73; Lokin en Zwalve 2001, p. 161 e.v.; Hildebrandt 2002, p. 210.

3 De oorspronkelijke *capitularia* zijn grotendeels verloren gegaan. In de negende eeuw zijn er particuliere verzamelingen gemaakt waarvan de echtheid echter wordt betwist (een voorbeeld hiervan is de 'vervalsing' door Benedictus Levita, genoemd in Hoofdstuk 2, par. 3.1); De Monté ver Loren en Spruit 2000, p. 79 e.v.; Hildebrandt 2002, p. 210 e.v.

arium, niet alleen tot de eerste aanklager maar tot een ieder. Ook bevatten deze *capitularia* een algemene erkenning van het gewijsde, of dit nu een vrijspraak of een veroordeling was.
Over het strafrecht binnen het inheemse ongeschreven recht van de Germanen en de Franken is ons weinig overgeleverd. De samenleving was er niet strak georganiseerd en wordt door Hildebrandt als 'niet-statelijk' aangeduid.[4] Het is de vraag of er wel een enigszins afgebakend en autonoom (straf)recht in deze samenlevingen bestond.[5] Daarom is ook niet bekend of er een verbod van herhaling gold dat met de Romeinse of canonieke '*de his*-regel' vergelijkbaar was. Het recht was volgens Hildebrandt in de Germaanse tijd 'niet als institutie geconcipieerd'.[6] Het gewoonterecht was er volgens haar in de eerste plaats op gericht problemen op te lossen binnen de huisgemeenschap of de stam, dan wel tussen stammen onderling. Sancties werden wel opgelegd maar de betekenis daarvan varieerde naar de aard van de rechtsbetrekkingen. Vanuit de definitie van Hildebrandt[7] kan nauwelijks van het 'berechten' en 'straffen' van 'strafbare feiten' worden gesproken. Dat komt omdat er nog niet een door de overheid geïnstitutionaliseerde 'bestraffer' was.

Over de evenredigheid bij toepassing van sancties is wel iets te zeggen. Tacitus beschrijft in 98 n. Chr. dat bij de Germanen 'straf' werd uitgedrukt in een aantal paarden of een hoeveelheid vee.[8] Tevens maakt hij er melding van dat de helft van die straf bestemd was voor 'de koning of de staat'. Hieruit kan worden afgeleid dat ook in het Germaanse recht - net als in de oudste Codices, zoals die van Hammoerabi en de Mozaïsche wetgeving -[9] het beginsel van proportionaliteit verankerd lag. Dit blijkt ook uit het gebruik van de door Gerbenzon en Algra genoemde 'tarieflijsten' voor de verzoening. Volgens hen omvatten deze lijsten 'alle denkbare delicten'.[10] Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat een volgens het tarief afgedane zaak onherroepelijk was berecht en die procedure in het algemeen niet kon worden herhaald.

---

4 Hildebrandt 2002, p. 147 e.v.

5 Zie de beschrijving van het recht in de Germaanse en Frankische perioden in Hildebrandt 2002, p. 164 e.v.

6 Hildebrandt 2002, p. 167.

7 De 'straf in materiële zin' bestaat volgens die definitie uit vijf componenten, te weten: de opzettelijke inbreuk op de rechten en vrijheden, van een normschender, door de overheid, naar aanleiding van een normschending, en gericht op herstel van het gezag van de geschonden rechtsnorm, Hildebrandt 2002, i.h.b. p. 114.

8 Althans als het ging om 'lichtere' delicten, de zwaardere werden met de dood door ophanging of verzinking in het moeras bestraft, Tacitus, *Germania* XII; De Monté ver Loren en Spruit 2000, p. 31. Hildebrandt 2002, p. 189, 190, ziet dergelijke vormen van rechtshandhaving, die plaats vonden binnen de stam en niet binnen een hiërarchie, niet als bestraffing 'in de door haar bepleite zin' maar als rituelen, als 'demonstratie van de uitstoting van de *ding*genoot'.

9 Zie Hoofdstuk 1, par. 2.4.

10 Gerbenzon en Algra 1979, p. 57.

In de Frankische tijd veranderden de Germaanse procesvormen.[11] Als gevolg van de machtsuitoefening door de Franse koningen kreeg de overheid bemoeienis met het strafproces en ontwikkelde zich een procesvorm waarin vanuit het centrale gezag straf kon worden opgelegd. De procedure die ontstond, vertoonde gelijkenis met het Romeinsrechtelijke accusatoire model: naar aanleiding van een private klacht kon in naam van de koning door een 'rechter' een uitspraak worden gedaan over een twist. De particuliere klacht was daarvoor absolute voorwaarde; 'zonder klager geen rechter' was de gevleugelde uitdrukking.[12] De berechting hing in dit model dus af van het particulier initiatief, al stond wel het publiek belang op de voorgrond en werd er in de procedure naar materiële waarheidsvinding gestreefd.

Eén en ander sloot niet uit dat in deze procedures - als het ging om belangrijke zaken en het bewijs niet op andere manier kon worden geleverd - gebruik werd gemaakt van godsoordelen.[13] Dit waren in wezen sacrale, en dus formele, handelingen om de betrokkene van de tegen hem ingebracht beschuldiging te kunnen zuiveren.[14] Hieronder kan ook de *purgatio canonica* of reinigingseed worden geschaard.[15] De bloeitijd van deze godsoordelen was van de negende tot dertiende eeuw.[16] Helemaal ongerijmd was het gebruik van godsoordelen niet. Zo had 'het duel' wellicht de functie om een bekentenis af te dwingen. Ook Bartlett en Hildebrandt relativeren het irrationele karakter van de godsoordelen. Bartlett beschrijft dat het onbeslist laten van een geschil geen optie was: '*it was a device for dealing with situations in which certain knowledge was impossible but uncertainty was intolerable*'.[17] In dezelfde geest wijst Hildebrandt erop dat de gekozen oplossing juist een rationele benadering was van onoplosbaar geschil. Het zou dan ook eigenlijk niet om 'bewijsrecht' gaan, maar om een uitweg uit een niet op andere wijze op te lossen probleem.[18] Een op de rede gebaseerde eindbeslissing leverde dit proces weliswaar niet op,[19] maar wel een oordeel: Gods oordeel. Het godsoordeel was kortom het vertoon van Gods macht en daarmee een machtig instrument. Volgens Bartlett was dat de reden dat de Kerk het godsoordeel actief inzette, op allerlei terrein, zowel familierechtelijk als strafrechtelijk en zowel politiek als juridisch.[20]

---

11 Hildebrandt 2002, p. 204 e.v.

12 Zie hierover: Drenth 1939, p. 105 e.v. Overigens werd de uitdrukking 'zonder klager geen rechter' door Matthaeus, 48.XX.1, p. 665, toegeschreven aan het Romeinse recht: D. 50.4.6.2 en 48.5.39(38).7.

13 Bartlett 1986, p. 26, Fockema Andreae 1897, i.h.b. over de in Friesland toegepaste godsoordelen, p. 59; zie ook Van Heijnsbergen 1925, p. 29, Van Caenegem 1965a, p. 297 en Langbein 1977, p. 6.

14 Pugliese 1965, p. 298, wijst op sporen van het oude *legis-actio*proces.

15 Bartlett 1986, p. 30, vgl. Drenth 1939, p. 75.

16 Bartlett 1986, H. 3, *The Workings of the Ordeal in its Heyday*.

17 Bartlett 1986, p. 33.

18 Hildebrandt 2002, p. 206, 207.

19 Vgl. Matthaeus, 48.XVI.III.12,13, p. 551 en 48.XV.VII.2, p. 536.

20 Bartlett 1986, p. 13-22.

Het waren dan ook geestelijken die toezicht hielden op de procedure en deze uitvoerden. Zo consolideerde de Kerk zijn macht.[21]
Intussen ontstonden naast het accusatoire proces ook andere procesvormen om criminaliteit het hoofd te bieden.[22] Eén van die vormen was de actieve vervolging van overheidswege.[23] Deze procesvorm - later ter onderscheiding van het zogenaamde accusatoire model het *inquisitoire* proces genoemd - verspreidde zich door Europa, in zowel het wereldlijke als het canonieke recht.[24] Aan de verspreiding van deze procedure en de uniformering daarvan droeg de invloed van het Romeinse en canonieke recht - samen aangeduid als 'het geleerde recht' - in belangrijke mate bij.[25] Het geleerde recht leverde de aanknopingspunten en de bouwstenen voor een procesvorm die gelijke tred moest gaan houden met de diverse staatkundige en maatschappelijke ontwikkelingen vanaf de elfde eeuw. Eén van die ontwikkelingen was de inrichting van de justitie. Deze organisatie werd noodzakelijker naarmate de aansturing van het bestuur door de Franse koningen werd gedecentraliseerd en het bestuur bij de leenheren - in Nederland de graven - kwam te liggen.[26] Deze plaatselijke bestuurders gaven de maatschappij door de uitoefening van hun 'heerlijke rechten' en hun privileges een geregelder karakter. Naast de leenheer ontwikkelden zich de standen; de vorming van staten kwam op gang. Dit alles verhoogde de maatschappelijke organisatie. De grotere activiteit op het gebied van de handel en industrie vereiste voorts goede samenwerking tussen leenheer, steden en overige gebiedseenheden.

De hier gesignaleerde organisatiedrang deed zich ook gelden op het vlak van de rechtspleging. Steden en plattelandsgemeenten werden zelfstandige rechtseenheden met eigen bestuur en rechtspraak.[27] Op die rechtspraak ontstond centraal toezicht.[28] Zo ontwikkelde zich vanaf de dertiende eeuw een meer geïnstitutiona-

---

21 Bartlett 1986, p. 36 e.v. Anders Drenth 1939, 74, die schrijft dat het gebruik schoorvoetend door de Kerk werd overgenomen.

22 Fockema Andreae 1897; Drenth 1939; Van Caenegem 1965a.

23 Zie hierover o.m.: Van Heijnsbergen 1925, hoofdstuk 1; Drenth 1939, over de krachtige aanpak van criminaliteit in de Italiaanse steden rond 1200, p. 92, over de ontwikkeling in Duitsland, p. 104 e.v. en in Frankrijk p. 165 e.v.

24 Drenth 1939, p. 88 e.v.

25 Men spreekt in dit verband wel van de 'vroege receptie', De Monté ver Loren en Spruit 2000, p. 284.

26 In Nederland spreekt men van de landsheerlijke periode; het is een staatkundige aanduiding voor de periode van omstreeks 1000 tot 1581 n. Chr., De Monté ver Loren en Spruit 2000, p. 15; p. 93 e.v.

27 De Monté ver Loren en Spruit 2000, p. 191 e.v.; Drenth 1939, p. 91 (over de opkomst van Italiaanse steden).

28 Voor een korte beschrijving van de strijd om het recht op rechtspraak tussen de steden en de graven en over de de oprichting van hoven vanaf de dertiende eeuw, De Bosch Kemper I, p. LXX, e.v. Zie voorts De Monté ver Loren en Spruit 2000, 4.XI, p. 164 e.v.

liseerde rechtspleging, met landsheren die recht gingen spreken en met raden van juristen die hen daarbij van advies dienden. Die raden ontwikkelden zich weer tot rechtsprekende hoven. Zo ontstond onder meer de Grote Raad van Mechelen (1504), waarvan het Hof van Holland en Zeeland (1581) de tegenhanger werd. In de zestiende eeuw werden dergelijke rechtsprekende hoven ook rechtstreeks ingesteld, zoals de Raad, later het Hof, van Friesland (in 1499 resp. 1515).[29] In Frankrijk werden deze adviserende en later rechtsprekende hoven '*Parlement*' genoemd.

Tevens ontstond een meer op de rede gebaseerde rechtspleging. In 1215, op het Vierde Lateraans concilie, werden het godsoordeel, en dus ook de *purgatio canonica*, door Paus Innocentius III (1160/61-1216) in de ban gedaan. Mediëvisten schrijven dit toe aan de hier genoemde maatschappelijke ontwikkelingen, maar Bartlett bijvoorbeeld ziet als oorzaak het grotere intellectualisme - de rechtsgeleerdheid - binnen de Kerk.[30] Godsoordelen werden nu binnen de kerk beschouwd als een ongeoorloofde poging om Gods wil te bepalen. De functie van het godsoordeel werd deels overgenomen door de folter. Over dit inquisitoire proces gaat het tweede deel van dit hoofdstuk (2).

Een ontwikkeling van geheel andere orde was het gebruik van het schrift als middel tot verslaglegging.[31] Deze vastlegging zorgde voor grotere verspreiding van regels. Het inheemse gewoonterecht werd opgetekend in 'keuren' en 'landrechten'. Het waren in deze landsheerlijke tijd vooralsnog de primaire rechtsbronnen. Ze werden in de zeventiende eeuw wel aangeduid met *ius municipale*.[32] Maar het *ius commune* - het 'gemeenschappelijke recht', waarmee het geleerde recht werd aangeduid - kreeg een steeds groter gewicht. Het werd druk bestudeerd en becommentarieerd. Het geleerde recht functioneerde als 'wetenschappelijke hulpinstantie',[33] een ruif waaruit genomen kon worden wat men nodig meende te hebben.

---

29 De Monté ver Loren en Spruit 2000, 4.XI, p. 167.

30 Bartlett 1986, h. 4, *The End of the Ordeal: Explanations in terms of belief*. Het gebruik van godsoordelen dook weer op in de heksenprocessen van de zestiende en zeventiende eeuw; in het wereldlijke recht is de zuiveringseed, althans in Duitsland, nog tot in elk geval in de negentiende eeuw blijven bestaan, zie Hoofdstuk 11.

31 Van Caenegem 1965a, p. 300, noemt dit 'de bureaucratie' of '*Verschriftlichung*'.

32 Zie bv. het onderscheid dat Matthaeus maakt tussen *jus commune* (het geleerde recht) en *jus municipale*, het plaatselijk (stads)recht van Utrecht, Matthaeus, 48.XX.3.1, p. 675 en 48.XX.4.10, p. 683.

33 '*Ein wissenschaftliche Hilfinstanz*', A. Vogt, *Die Anfänge des Inquisitionsprozesses in Frankfurt a. M.*, ZRG Germ. Abt. 68 (1951), p. 238, aangehaald door Trusen 1984, p. 29.

1.2 De middeleeuwse juristen en de eerste codificaties van het strafrecht

In de dertiende eeuw waren van de hand van locale juristen, die behalve in het inheemse recht ook geschoold waren in 'de beide rechten', het Romeinse en canonieke recht, de eerste geschreven commentaren op het inheemse recht verschenen. Het waren aanzetten tot een algemene beschrijving van het recht, waaronder het plaatselijke strafrecht. Het geleerde recht was daarin nog slechts op de achtergrond aanwezig.[34] In de jaren die volgden, werd hun werk voortgezet door juristen die het geleerde recht een prominentere plaats gaven. De invloed van de kennis van 'de beide rechten', *utrumque ius*, wordt nu goed merkbaar.[35] En zoals ook vandaag de dag de kennis van juristen wordt gebruikt voor het opstellen van belangrijke politieke geschriften, werd ook toen al hun kennis in dienst gesteld van, en verbonden aan de politieke macht. In de veertiende en de vijftiende eeuw zetten de Bourgondische en Habsburgse vorsten hun juristen aan het werk om het straf- en strafprocesrecht vast te leggen voor grotere delen van het rijk om zo het versnipperde vorstendom weer bij elkaar te brengen en hun macht te bestendigen.[36] Zo verschenen de eerste codificaties[37] van het straf- en strafprocesrecht. In het bijzonder noem ik de *Constitutio Criminalis Carolina* (hierna 'de Carolina') van Karel V en de Criminele Ordonnantiën van zijn zoon Philips II. De *Carolina* werd in 1532 afgekondigd voor het gehele 'Heilige Roomse Rijk'. Het was voornamelijk het werk van de Duitse jurist Schwarzenberg (ca. 1484-1528). Deze had de invloed van de Italiaanse criminalisten ondergaan.[38] De Criminele Ordonnantiën van Philips II werden in 1570 uitgevaardigd en waren bedoeld voor 'zijne Nederlanden', een verzameling van op zich zelf staande gebiedjes die samen onder zijn beheer waren gekomen. Deze

---

34 De Monté ver Loren en Spruit 2000, p. 230 e.v. Een voorbeeld hiervan is de *Saksenspiegel*, door Eike van Repgau, ca. 1230, waarin het Oost-Saksisch landrecht is opgetekend. Von Repgau kende Latijn en was geschoold in het canonieke recht. In de Noordelijke Nederlanden verscheen omstreeks 1400 het *Rechtsboek van Den Briel* van Jan Matthijsen; inhoudelijk hierover Van Heijnsbergen 1925, p. 22. Volgens Van Heijnsbergen staat dit rechtsboek onder invloed van het Romeinse recht. De auteur leidt dit af uit verwijzingen naar een citaat van keizer Troyanus en twee regels uit de Digesten. Anders: De Monté ver Loren 1956, p. 100 e.v. die schrijft dat in het inheemse recht dat Matthijsen beschrijft nog geen invloeden van het Romeinse en canonieke recht te vinden zijn.

35 Zie bijv. het standaardwerk van Wielant (1441-1520), hierna te bespreken, en dat van Schwarzenberg (ca. 1484-1528), Schmidt 1965, par. 87. Broers 2006, p. 12 en par. 2.2, wijst voorts op Willem van Tanerijen, *Boec van der loopender practijken der Raidtcameren van Brabant*, ca. 1496; deze oriënteert zich volledig op de Digesten.

36 Zo verrichtte Wielant juridische werkzaamheden voor Philips de Schone en Clarus voor Philips II. Over Wielant zie: Schaap 1927, Monballyu 1995, Van de Vrugt 1982, p. 12 e.v. en p. 18. Over Clarus zie: Von Moeller 1911.

37 Over het begrip 'codificatie' in deze context zie: Van de Vrugt 1982, p. 12, 13.

38 Schmidt 1965, par. 87.

wetgeving kwam tot stand mede dankzij het nagelaten werk van de Vlaming Wielant (1441-1520).[39] Gezien de periode waarin de Criminele Ordonnantiën zijn ontstaan moet bovendien niet uitgesloten worden geacht dat daarop bijvoorbeeld ook de Italiaanse criminalist Clarus (zie hierna, par. 1.6.2) zijn stempel heeft gedrukt.

Aanvankelijk werd in de wetgeving nog de eerste plaats ingeruimd voor het plaatselijke recht. Karel V liet bijvoorbeeld aan zijn *Carolina* de clausule vooraf gaan dat de wet geen afbreuk zou doen aan plaatselijke gewoonten en gebruiken, de zogenaamde Salvatorische clausule.[40] Maar het duurde niet lang of het geleerde recht stond voorop. In de Criminele Ordonnantiën was het gewoonterecht naar de tweede plaats gedrongen. Onder de werking van de *Constitutio Criminalis Carolina* gold aldus - althans theoretisch[41] - als (straf)processueel uitgangspunt nog het accusatoire model; in de Criminele Ordonnantiën was onder invloed van het geleerde recht én de ijver van de IJzeren Hertog[42] het inquisitoire strafproces tot uitgangspunt genomen.

1.3 Een gemeen-Europees strafrecht en een Europese strafrechtswetenschap

Het strafproces op het vasteland[43] van Europa, dat aldus aan het einde van de middeleeuwen steeds uniformere trekken had gekregen en waarin het Romeinse en canonieke recht zich niet alleen met het inheemse recht hadden *vermengd* maar daarin ook een belangrijke plaats hadden verworven, kan worden aangeduid als '*gemeen*-Europees strafrecht'.[44] Hierbij moet 'Europees' worden gelezen zoals door Koschaker omschreven, namelijk als een 'resultante van een historische ont-

---

39 Van de Vrugt 1978, p. 18. Voor de overeenkomsten en verschillen tussen de codificaties van Karel de Grote en Philips II zie Van de Vrugt 1978, i.h.b. p. 94 e.v. en p. 135.

40 *Clausula salvatoria*: *Doch wollen wir durch dise gnedige erinnerung Chürfürsten, Fürsten und Stenden an jren alten wolhergebrachten rechtmessigen unnd billichen gebreuchen nichts benommen haben*; zie ook Schmidt 1965, p. 132.

41 In de CCC werd het accusatoire model slechts in naam als uitgangspunt genomen, want door de stringente voorwaarden die aan het indienen van een aanklacht werden gesteld, werd een procedure op private aanklacht feitelijk onmogelijk gemaakt, Drenth 1939, p. 136; Schmidt 1965, par. 108.

42 De hertog van Alva, zie Hoofdstuk 7, par. 1.1.

43 Engeland, Schotland en Ierland laat ik buiten beschouwing. Het geleerde recht vond daar minder ingang; daardoor maakte het verbod van herhaling een andere ontwikkeling door. Het verbod was vooral gebaseerd op de regel *non iudicat Deus bis in id ipsum* uit het vers Nahum. Deze regel was vanuit het canonieke recht overgebracht. De oorzaak dat het geleerde recht er minder voet aan de grond kreeg, was een sterker en uniformer inheems recht, de *common law*, Lokin en Zwalve 2001, p. 357. Zie ook Kunkel 1972, p. 212 en Langbein 1976, p. 73 e.v.

44 De term is ontleend aan Martinage (1998) 2002 p. 12-14 p. 29. Over de gemeenschappelijke Europese rechtscultuur in het algemeen zie Lokin en Zwalve 2001, p. 356 e.v., Kunkel 1972, p. 211; Zie ook Broers 2006, Inleiding, i.h.b. p. 18.

wikkeling', een 'cultureel fenomeen'[45] en niet (louter) als een geografische aanduiding. Ook de wetenschappelijke bestudering van het strafrecht was vanaf dat moment een feit. In de vijftiende en zestiende eeuw stapelden de wetenschappelijke handboeken zich op en criminalisten uit de streken die wij nu aanduiden met 'Italië', 'Spanje', 'Duitsland', 'Vlaanderen' en 'Frankrijk' bestudeerden elkaars - in het Latijn geschreven -[46] werk. Zo ontstond er naast een gemeen-Europees strafrecht ook een 'Europese strafrechtswetenschap'[47] die door de invloed van renaissance en humanisme in de zeventiende eeuw tot bloei zou komen.
In het strafprocesrecht, zoals dat in deze wetenschappelijke literatuur wordt beschreven, werd het nieuwere model, het inquisitoire strafproces, strikt van het aloude accusatoire procesmodel onderscheiden.[48] Beide procesmodellen bestonden naast elkaar. Er werden in strafzaken zowel accusatoire als inquisitoire processen gevoerd. Waar echter het accusatoire strafproces voortborduurde op de klassieke principes van 'gewijsde' en 'verbod van herhaling', kwamen deze principes in het inquisitoire proces onder druk te staan. Het was niet meer noodzakelijk dat definitieve gewijsden binnen bepaalde termijn tot stand kwamen, zoals dat in het Romeinse recht was voorgeschreven.[49] Er werd genoegen genomen met het feit dat naar die eindvonnissen werd *gestreefd*. Daarnaast werden op veel grotere schaal uitzonderingen op het verbod van herhaling toegestaan.

1.4 Verantwoording van het gekozen tijdvak

Na deze grove schets van de ontwikkeling van het strafrecht in de middeleeuwen pak ik de draad van het verhaal over de lotgevallen van het verbod van herhaling weer op in de zestiende eeuw. Aan deze keuze ligt een tweetal redenen ten grondslag. De eerste reden volgt uit de in de voorgaande paragrafen geschetste historische ontwikkeling van het recht: door de receptie van het Romeinse recht en de bestudering van het canonieke recht is er van de klassieke oudheid naar de commentaren van strafrechtsgeleerden en de codificaties van het strafrecht in de zestiende eeuw een rechte lijn te trekken. In deze codificaties zijn het inheemse recht en het geleerde recht als het ware met elkaar versmolten. Daarbij komt dat de commentatoren bijna exclusieve aandacht tonen voor de klassieke schrijvers en de klassieke rechtsbronnen. Het werk van deze commentaren en de codificaties tezamen vormen het beeld van een tamelijk uitgebalanceerd straf(proces)recht zoals

---

45 Koschaker 2000 (1947), h. 1, i.h.b. p. 2 en 4.

46 In Frankrijk was vanaf 1539 in officiële stukken de Franse taal voorgeschreven; daarom is het werk van Ayrault (1587) in het Frans uitgegeven, zie Hoofdstuk 5, par. 2.1.

47 Martinage (1998) 2002, p. 12 e.v.; Schmidt 1965, par. 134; Von Moeller 1911, p.102.

48 Voor een beschrijving van de ontwikkeling van het accusatoire naar het inquisitoire model verwijs ik naar Drenth 1939. Kortere historische overzichten zijn te vinden in: Van de Vrugt 1982, p. 4 e.v. *Van Godsoordelen tot Criminele Ordonnantiën* en Garé 1994.

49 CJ 3.1.13.2a in civiele zaken en CJ 9.44.3 in strafzaken.

dat aan de vooravond van de 'echte' codificatiebeweging - eind achttiende eeuw - functioneerde. Het wereldlijke strafrecht zoals dat gold in de zestiende eeuw vormt zo de basis voor het huidige denken over het straf- en strafprocesrecht en dus ook over het verbod van herhaling, toen nog neergelegd in met name de Ulpianustekst en de canonieke '*de his*'-regel. In de tweede plaats neemt vanaf de zestiende eeuw onder invloed van de Reformatie de invloed van de kerkelijke rechtspraak af.[50] Het wereldlijke strafrecht kon zich vanaf toen als zelfstandig rechtsgebied ontwikkelen. Ook dit is een reden om het onderzoek naar de regel *non bis in idem* in het strafrecht vanaf daar te hervatten.

Door deze sprong in de tijd blijft het inheemse recht - de Germaanse en de Frankische periode - verder buiten beschouwing. Dit doet echter geen afbreuk aan de verhaallijn; de geschiedenis van het verbod van herhaling wordt namelijk niet onderbroken. Vanaf de Receptie werd voor de uitleg van dat verbod van herhaling uitsluitend teruggegrepen op het Romeinse en canonieke recht en op de klassieken.

1.5 Verantwoording van gebruikte bronnen

Hedendaagse beschrijvingen van het 'Europese' strafproces van de zestiende en zeventiende eeuw zijn schaars en weinig gedetailleerd. Behalve van de weinige recentere literatuur[51] heb ik daarom ook gebruik gemaakt van de oorspronkelijke werken uit die tijd, of recentere samenvattingen en beschrijvingen daarvan. Ik volsta met een kleine selectie. Deze is gebaseerd op de toegankelijkheid van de bron,[52] de geografische spreiding van de diverse bronnen over Europa en vooral op het gezag dat deze werken in het desbetreffende tijdvak en daarna hebben gehad. Zo putte ik uit het werk van de Vlaming (Gentenaar) Philips Wielant, (1441-1520), de Italiaan Julius Clarus (1525-1575), de Duitser Benedictus Carpzovius[53] (1595-1666) en een Nederlandse hoogleraar van Duitse komaf: Antonius Matthaeus (1601-1654). Zij waren allen geschoold in het Romeinse en canonieke recht en schreven, met uitzondering van Wielant, in het Latijn. Het werk van Wielant, dat in 1515-1516 in het Vlaams is geschreven, werd in 1554 in het Latijn vertaald en uitgegeven door de Bruggenaar Joost (Jodocus of Iodocus) de Damhouder. Deze bronnen werden in de zeventiende eeuw beschouwd als 'bron van recht'.[54] Daar-

---

50 De Monté ver Loren en Spruit 2000, p. 54, 55 met nadere bronvermeldingen.

51 Van Heijnsbergen 1925, Drenth 1939, Schmidt 1965, par. 185, Van de Vrugt 1978, Zopfs 1999, Monballyu 1991, Monballyu 2006.

52 Hiermee bedoel ik of de bron eenvoudig (in Nederland) te raadplegen was en of er een vertaling van beschikbaar was.

53 De verlatijnste naam van Benedikt Carpzov.

54 Broers 2006, p. 15.

naast maakte ik vooral voor het hoofdstuk over Frankrijk gebruik van het standaardwerk van de Fransman Pierre Ayrault (1536-1601), dat in het Frans is geschreven.
Wielant, Clarus, Ayrault, Carpzovius en Matthaeus, hier opgesomd naar jaar van geboorte, gaven een systematische beschrijving van het straf- en strafprocesrecht van hun tijd.[55] Zij gebruikten daarvoor hun kennis van het geleerde recht, de oude maar zeker niet altijd gedateerde voorbeelden uit klassieke teksten en de hun bekende rechtspraktijk. Zij behandelden het gehele strafproces tot in detail, inclusief het materiële strafrecht, en wijdden ook - meer of minder uitvoerige - beschouwingen aan het verbod van herhaling. En hoewel zij elk een kind waren van hun eigen tijd (tussen de geschriften van Wielant en Matthaeus ligt een periode van 134 jaar) en van hun eigen religieuze en politieke achtergrond en rechtsopvatting, bestaan er tussen hen met betrekking tot hun opvattingen inzake de toepassing van het strafprocesrecht opvallende overeenkomsten. Zo bepleitten zij alle vijf de toepassing van *ratio* en *equitas*, en gematigdheid en 'discretie' van de rechter. Die 'discretie' werd uitgedrukt met 'beslissingsvrijheid', in die tijd veelal 'willekeur' genoemd.[56] De genoemde geleerden, door mij aangeduid met 'criminalisten', oefenden bijvoorbeeld kritiek uit op het duel, de strafbaarstelling van 'hekserij' en de toepassing van de pijnbank.[57] Door het gezag van deze wetenschappers en de grote verspreiding van hun geschriften is hun werk te beschouwen als een waardevolle bron van kennis van het straf(proces)recht van de zestiende en zeventiende eeuw, mogelijk ook als een voorbode van de Verlichting. Hun geschriften vormden in elk geval een belangrijke inspiratiebron voor juristen aan de vooravond van de achttiende-eeuwse codificatiebeweging.

1.6 De auteurs en hun werk

1.6.1 Wielant (1441-1520)

Wielant studeerde rechten in Leuven. Hij schreef zijn '*Pracktijke Criminele*' of '*Corte instructie in criminele zaken*' in 1510.[58] De eigenlijke titel van het werk was:

---

55 Schlüter 1929, p. 105, geeft een vergelijkend overzicht van de toegepaste systematiek in achtereenvolgens: de Digesten, het werk van Clarus, het werk van Carpzovius en dat van Matthaeus

56 Wielant: zie bijv. cap. 35 over de toepassing van de pijnbank, cap. 54 over het straffen; Clarus: zie bij Von Moeller 1911, p. 105; Carpzovius: zie bij Schmidt par. 139, en qu.125, 30, over de pijnbank; Matthaeus: zie bij Van de Vrugt 1982, p. 35 e.v.

57 Wielant: cap. 42.4, over het duel schrijft hij dat het 'ongefundeerd' is en 'direct tegen de goddelijke, natuurlijke en alle andere rechten'; Clarus: zie Von Moeller 1911, p. 107; Carpzovius: zie bij Schmidt par. 139; Matthaeus over de godsoordelen: 'de beslissing moet op de rede berusten' 48.XV.VII.3, p. 536, voorts ontkent hij het bestaan van hekserij, in 47.XI.1.5, p. 174.

58 Monballyu 1995, p. 21. Een tweede redactie volgde in 1515-1516. Joost de Damhouder (1507-1581) liet dit werk van Wielant - met de toevoeging van drie hoofdstukken van de 153 - in 1554 onder zijn eigen naam uitgeven met de titel *Praxis rerum criminalium*. Zo is Wielants werk de wereld der zeventiende-eeuwse criminalisten ingegaan. Zie De Monté ver Loren 1956 en Monbal-

Corte Instructie in materie criminele omme de jonghe practisienen, die de hoven van ende justicien van Vlaenderen hantieren ende frequenteren willen. Uit de titel volgt dat het gaat om een leerboek voor de strafrechtspraktijk en wel voor het Vlaamse rechtsgebied. De instructie vormt een tweeluik met zijn eerder verschenen *Corte instructie in civile zaken*.[59] De algemene procesrechtelijke uitgangspunten die Wielant in dat eerdere werk beschrijft, past hij ook toe op het strafproces. Voor bijvoorbeeld zijn opvattingen over het gezag van gewijsde, ofwel 'het gewijsde ding', zijn daarom beide werken van belang.

Wielant was door zijn functie van raadsheer-voorzitter in de Raad van Vlaanderen[60] en ondervoorzitter van de Grote Raad van Mechelen[61] vertrouwd met de rechtspraktijk in Vlaanderen en Bourgondië.[62] Bovendien was hij bekend met de Hollandse. Gedurende ongeveer een jaar was hij president van het Hof van Holland[63] en in opdracht van Philips de Schone (1478-1506) maakte hij een beschrijving van het strafprocesrecht voor de stad Haarlem.[64] Met zijn handboek voor de rechtspraktijk in Vlaanderen beoogde hij de kloof tussen theorie en praktijk en tussen lagere en hogere rechtspraak te dichten.[65] Hij nam daarvoor als uitgangspunt de loop van het alledaagse strafproces. De *Corte Instructie* bevat dan ook een schematisch gepresenteerd overzicht van de op dat moment gebruikelijke procesvormen in strafzaken, gevolgd door een behandeling van de bijzondere delicten en - afsluitend - hoofdstukken over 'transigeren' en 'vrede sluiten' (*van paeys te makene*), verval of intrekking van de aanklacht (*abolicien*), gratie (*remissien ende perdoenen*), hoger beroep en tenuitvoerlegging[66] van de straf. Het Romeinse recht en het

---

lyu 1995. Om 'het plagiaat' van De Damhouder niet te belonen en om dicht bij de oorspronkelijke tekst te blijven, put ik uit de tekst die rechtstreeks aan Wielant kan worden toegeschreven. Ik heb daarbij gebruik gemaakt van de tweede redactie van Wielants 'Corte Instructie' (1515-1516) zoals geredigeerd door Monballyu, 1995, de redactie die De Damhouder heeft 'gebruikt' (Monballyu 1995, p. 23).

59 Monballyu 1995, p. 42.

60 Hoogste rechtscollege in het graafschap Vlaanderen, eerst gevestigd in Brugge en vanaf 1407 in Gent.

61 Hoogste rechtscollege van de Nederlanden, ingesteld door de Bourgondische vorsten, gevestigd te Mechelen, na de tachtigjarige oorlog, vanaf 1581, alleen voor de zuidelijke Nederlanden. De Hoge Raad van Holland, Zeeland en West-Friesland nam de taken over voor de Noordelijke Nederlanden.

62 Vgl. De Monté ver Loren en Spruit 2000, p. 233.

63 Hoogste rechtscollege van het graafschap Holland. Wielant nam er de plaats in van zijn overleden schoonvader, Monballyu 1995, p. 13.

64 *Instructie, voor de stad Haarlem, ontworpen door Ph. Wielant*, in 1873-1874 uitgegeven en toegelicht door J.A. Fruin, in nieuwe bijdragen voor rechtsgeleerdheid en wetgeving, Nieuwe reeks. Deze *Instructie* zou als vingeroefening voor zijn latere werk hebben gediend, Schaap 1927, p. 38.

65 Monballyu 1995, p. 40. Voor een vergelijking van de rechtspraak van de Schepenrechtbank Tilburg en de Raad van Brabant zie Broers 2006.

66 Aan deze afdeling zijn later door De Damhouder hoofdstukken toegevoegd (zie noot 58) die een nadere uiteenzetting geven over de tenuitvoerlegging van de doodstraf. Deze uitleg is vanuit het

canonieke recht waren hem goed bekend, maar hij verkoos om daar niet rechtstreeks uit te putten. Wielant gebruikte de bronnen slechts als aanvulling op het bestaande plaatselijke gewoonterecht.[67]

1.6.2 Clarus (1525-1575)

De Italiaan Clarus studeerde in Pavia en Bologna en werd adviseur van Koning Philips II. Het werk van Clarus, *Receptarum sententiarum*,[68] bestaat uit vijf boeken. Het strafrechtelijke deel is het laatste en heet *Practica Criminalis sive sententiarum criminalium, liber V*, ook wel *Liber Quintus receptarum sententiarum* genoemd. Het is waarschijnlijk tot stand gekomen in 1568.[69] De titel van het complete werk ontleende Clarus aan de *Pauli Sententiae*. Deze *Pauli Sententiae*, uittreksels van geschriften die worden toegeschreven aan de Romeinse jurist Paulus, werden *Sententiarum receptarum libri quinque*, genoemd, ofwel vijf boeken van de 'erkende rechtsregels' of 'erkende rechtsbeginselen'.[70] Mogelijk hangt de titelkeuze samen met het feit dat de *Pauli Sententiae* kort voordat Clarus zijn vijf boeken schreef, waren herdrukt en als 'recht' waren erkend.[71]

Clarus beschrijft net als Wielant de bestaande rechtspraktijk aan de hand van zijn praktijkervaring als jurist. Hij beschrijft de situatie in Milaan. Daarnaast liet hij zich voorlichten over de praktijk in andere delen van Europa, zoals Frankrijk, Spanje en Vlaanderen.[72] De praktijk, de gewoonte en het geschreven recht waren zijn belangrijkste rechtsbronnen; de Justiniaanse wetgeving beschouwde hij, net als Wielant, slechts als een aanvulling daarop.[73] Clarus slaagde er in om los te komen van de Italiaanse traditie van het becommentariëren van commentaren (de kunst der glossatoren en post-glossatoren) en bracht ordening in de heersende doctrine.[74] Regelmatig geeft hij kennis van zijn eigen inzicht en overtuiging met de woorden: 'zo zeggen de anderen, maar zo zie ik het'. De Kerk en het canonieke

---

perspectief van vergelding, boetedoening en vergeving nog steeds actueel, vgl. Veraart 2010, p. 27 e.v.

67 Vgl. Monballyu 1995, p. 43, 44.

68 Het volledig werk wordt aangeduid met *Iulii Clari Patritii Alexandrini, iurisconsulti, Receptarum sententiarum opera omnia*. Het vijfde boek, *Liber Quintus*, betreft het strafrecht.

69 Von Moeller 1911, p. 92; Schmidt 1965, p. 150. Trusen 1984, p. 116, noemt 1562/63. Voor de bestudering van de tekst van de *Practica Criminalis* van Clarus heb ik gebruik gemaakt van Elben 1846 en Von Moeller 1911.

70 Over deze verzameling rechtsregels zie hoofdstuk Herkomst, par. 5.2.

71 Von Moeller 1911, p. 34.

72 De Vlaamse auteur die Clarus noemt is Iodocus de Damhouder, afgekort tot '*Iod.*', dezelfde die het werk van Wielant vertaalde en onder zijn eigen naam liet uitgeven. Zie Von Moeller 1911, p. 101 voor een overzicht van de door Clarus geraadpleegde auteurs.

73 Von Moeller 1911, p. 98-103.

74 Vgl. Von Moeller 1911, p. 33 e.v., p. 90 e.v.

recht zou hij volgens Moeller minder kritisch volgen.[75] Clarus had weer grote invloed op de straks te noemen Carpzovius.

1.6.3 Ayrault (1536-1601)

Pierre Ayrault liet in 1587 een handboek publiceren over het strafproces, dat hij de titel meegaf: *L'Ordre, Formalité et Instruction Judiciaire, dont les anciens Grecs et Romains ont usé e's accusations publiques (sinon qu'ils ayent commencé à l'execution) conferé au stil & usage de nostre France*,[76] ofwel: 'De Orde, Vormvoorschriften en Justitiële Instructie, waarvan de Grieken en de Romeinen gebruik hebben gemaakt voor hun publieke aanklachten (met uitzondering van de tenuitvoerlegging) vergeleken met de gebruiken in ons Frankrijk'.

Het bestaat uit vier boeken.[77] Ayrault was de eerste strafjurist in Frankrijk die aandacht vroeg voor de toepassing van techniek en methode (*l'ordre*) in het strafproces[78] en moet daarom misschien wel beschouwd worden als 'de Franse Wielant'. In de Franse doctrine is hij een belangrijke, zo niet de belangrijkste, straf(proces)rechtelijke zestiende-eeuwse bron.[79] Aanvankelijk was Ayrault advocaat, verbonden aan het Parlement van Parijs, later *lieutenant criminel* in Angers, een soort onderzoeksrechter en hoofd van de criminele justitie.[80] In deze functie stond hij overigens te boek als de schrik van elke justitiabele.[81] Ayrault was een leerling van Cujas, vertegenwoordiger van de Franse humanistische school. Cujas had ook invloed op de straks te noemen Antonius Matthaeus.

1.6.4 Carpzovius (1595-1666)

De Duitser Carpzovius studeerde in Wittenberg, Leipzig en Jena. Zoals de namen van deze universiteitssteden doen vermoeden was hij een protestant.[82] Hij schreef het standaardwerk *Practica nova Imperialis Saxonica rerum criminalium: pars I-III*, ofwel 'Het nieuwe Handboek voor strafzaken in het Keurvorstendom Saksen',

---

75 Von Moeller 1911, p. 2, 103 en 104.

76 Paris, Sonnius, 1610, met een opdracht gedateerd 30 juli 1597.

77 Boek I: Hoe groot het belang is van de instructie, Boek II: Diverse vormvoorschriften, Boek III: over de aangeklaagde, de bewijzen, het verhoor, het vonnis en de executie en Boek IV: over het proces tegen kadavers, beesten, dode of afwezige beschuldigden.

78 Doucet, *Noms propres*: 'Ayrault', geraadpleegd 28 juli 2011.

79 Laboulaye 1864, p. 772, Esmein 1882, p. 162 e.v.; verwijzingen naar Ayrault zijn te vinden bij o.a. Muyart de Vouglans, Jousse, Ortolan 1864, (o.a. p. 284, 287-288, 302), Hélie 1866 (deel 2), p. 566, Narajian 1973, p. 36. Niet naar hem verwijst Matthaeus.

80 Dit ambt ontwikkelde zich uit de *bailli*, baljuw of schout, Esmein 1882, p. 34 ev.

81 *Notice biographique sur Jean Pierre Ayrault*, Jeanvrot 1881, p. XCV-CXIII, digitale pagina's 97-115.

82 Volgens I. Hunter, *The Secularisation of the Confessional State: The Political Thought of Christian Thomasius*, Cambridge University Press 2007, p. 41 en 42, was Carpzovius 'the pre-eminent Protestant criminal jurist of the seventeenth century' en voor Thomasius 'the achetype of the Lutheran 'papalist' jurist', omdat hij ketterij en hekserij met harde hand zou bestrijden.

uitgegeven in 1635. Het werk is in 1752 ook in het Nederlands vertaald en uitgegeven.[83] Wellicht mede daardoor was zijn invloed hier te lande groot.[84] Ook Carpzovius was wetenschapper én man van de rechtspraktijk.[85] Net als Wielant en Clarus wilde hij alle bronnen verenigen tot een alomvattend handboek voor de rechtspraktijk. Behalve op zijn lange ervaring als rechter in de *Schöppenstuhl*, de schepenrechtbank, van Saksen te Leipzig, bouwde hij zijn analyses op de *Constitutio Criminalis Carolina* (1532) en het plaatselijke geschreven en ongeschreven (Saksische) gewoonterecht.[86] Zijn gedachtegoed staat in dienst van de uitleg van Gods wil,[87] en wordt theocratisch genoemd. De werkwijze van Carpzovius wordt wel 'overwegend scholastisch' genoemd omdat hij voortbouwde op de bestaande bronnen zonder daar nieuwe gedachten aan toe te voegen.[88] Hij bracht echter een rangorde in zijn rechtsbronnen aan die bepaald wordt door, en in dienst staat van, het gebruik in de rechtspraktijk. Hij liet daarin vrij de ruimte aan ratio en billijkheid, die hij beschouwde als noodzakelijke voorwaarden voor 'gerechtigheid'.[89] Door zijn onafhankelijke opstelling en zijn aandacht voor de noden van de praktijk wordt Carpzovius gezien als de grondlegger van de Duitse rechtswetenschap[90] en van de Duitse strafrechtspraktijk.[91] Ook zullen wij later zien dat hij een geheel onafhankelijke opvatting had over het verbod van herhaling in het geval van het opkomen van nieuwe bezwaren. Wetenschappelijk gezien is hij nog niet zo ver gevorderd als zijn in Nederland wonende land- en tijdgenoot Matthaeus, die negen jaar na het verschijnen van Carpzovius' *Practica nova* met een nieuwe wetenschappelijke benadering kwam.[92]

1.6.5 Matthaeus II (1601-1654)

Antonius Matthaeus is een loot aan de stam van een Duits geslacht van rechtsgeleerden.[93] Zijn vorming dankte hij aan zijn vader, Matthaeus I, en aan de contacten met andere Duitse hoogleraren aan de (hervormde) universiteit van Marburg, in

---

83 Carpzovius/Van Hogendorp 1752.

84 Van Hamel/Van Dijck 1927, p. 62-63.

85 Hij was jarenlang rechter in de schepenenrechtbank van de Saksische keurvorst in Leipzig en heeft de toen 200 jaar oude rechtstraditie van die rechtbank nauwkeurig bestudeerd, Schmidt 1965, par. 137.

86 Schmidt 1965, par. 139.

87 Schmidt 1965, par. 142; Rüping 1991, p. 43; de dienstbaarheid aan de Goddelijke macht staat in zijn verhandelingen op de eerste plaats. Zie Van Hogendorp, het 99e hoofdstuk, nr. 38, p. 1012 over de vergelijking van het inquisitoire geding met het geding 'ter ere van de wraak van God'.

88 Schmidt 1965, par. 136 en 141.

89 Schmidt 1965, par. 139.

90 Schmidt 1965, par. 137, par. 140 ; Van de Vrugt 1982, p. 42, Rüping 1991, p. 43.

91 Elben 1846, p. 29.

92 Van de Vrugt 1982, p. 42.

93 Van de Vrugt 1982, p. 27, Schlüter 1929, p. 4 (met stamboom). Over Matthaeus II meer in Van Hattum 2008.

het huidige Hessen. Vanaf 1625 woonde en studeerde hij in Groningen en in 1628 werd hij hoogleraar civiel recht in Harderwijk. Deze post verwisselde hij zes jaar later voor één aan de 'illustre school'[94] van Utrecht, die in dat jaar - 1634 - was opgericht. Daar werd hij de eerste hoogleraar in het recht. Hij schreef er van 1634 tot 1644 aan zijn leerboek over het strafrecht: *De Criminibus,* 'Over misdrijven'. Matthaeus was - anders dan Wielant, Clarus, Ayrault en Carpzovius - in de eerste plaats een wetenschapper. Zijn bibliotheek herbergde bijna de gehele Europese strafrechtsliteratuur.[95] Als kind uit een reformatorisch nest en als hoogleraar aan een hervormde universiteit was Matthaeus vanzelfsprekend gekant tegen de dwingelandij van de katholieke koning Philips II en diens opvolgers, met wie de Verenigde Nederlanden toen in staat van (tachtigjarige) oorlog verkeerden. Het is dan ook misschien geen toeval dat de Criminele Ordonnantiën, die Philips in 1570 had laten uitvaardigen 'voor zijne Nederlanden', door Matthaeus werden genegeerd.[96] *De Criminibus*, het boek waaraan Matthaeus tien jaar had gewerkt, verscheen in 1644.[97] Matthaeus presenteerde het als een commentaar op de Boeken 47 en 48 van de Digesten, de *Libri terribiles*. In het eerste hoofdstuk[98] heb ik diverse rechtsregels uit deze *Libri* aangehaald. Matthaeus gebruikte het werk van de klassieke schrijvers als uitgangspunt voor zijn commentaar op het hedendaagse straf(proces)recht. Zijn standpunt over diverse onderwerpen, zoals bijvoorbeeld hekserij[99] en confiscatie van goederen, is - in vergelijking met de destijds bestaande praktijk - veelal 'verlicht' te noemen.[100] Het meest opvallende echter is dat Mat-

---

94 In 1636 werd de status van deze 'school' gewijzigd in 'universiteit'.

95 Zie het overzicht van de inhoud van zijn bibliotheek, gemaakt aan de hand van de veilingcatalogus na zijn overlijden, in Hewett 1996 (deel IV) p. xvi e.v. Ayrault ontbreekt in de lijst, maar de denkbeelden van beiden en de door hun gegeven voorbeelden uit de klassieke literatuur komen opmerkelijk overeen.

96 Van de Vrugt die én over Mattheus én over de Criminele Ordonnantiën heeft gepubliceerd, vermeldt hierover niets. Het is echter opvallend dat een verwijzing naar de Criminele Ordonnantiën ontbreekt, zowel in de tekst van het boek als in het register. Nog opmerkelijker is dat de titel ook ontbreekt op de veilinglijst van zijn bibliotheek (opgenomen in Hewett 1996, deel IV, p. xvi e.v.). Een rechtsgeleerde zal immers ook als hij niet met de inhoud of de autoriteit van het geschrift instemt, er wel kennis van willen nemen. Het is echter niet uitgesloten dat de tekst was opgenomen in een ander werk, zoals het Grootplacaatboek van Van de Water. In de editie van 1729 trof ik het echter niet aan.

97 Volledige titel: *De Criminibus ad Lib. XLVII et XLVIII Dig. Commentarius*. In 1769 is een Nederlandse vertaling verschenen, door J.D. van Leeuwen, met als titel: '*Verhandeling over misdaden*', uitgegeven in Utrecht. In de 'Voorreden' benadrukt de vertaler het belang van dit werk, ondanks het zojuist verschenen '*Over misdaden en straffen*', Van Cesare Beccaria, dat zijns inziens doorschiet in menslievendheid. Helaas gaat deze vertaling van het werk van Matthaeus niet verder dan 'Boek 47 titel III', zodat het procesrechtelijke deel niet in het Nederlands is vertaald. Door de uitgave van Hewett bestaat nu echter wel een vertaling in het Engels.

98 Hoofdstuk 1, par. 2.7.2.

99 Hiervoor greep hij terug op een tekst van Plinius de oudere, *Historia naturalis 30.1*, Matthaeus 1644, 47.XI.1.5, p. 174; Schlüter 1929, p. 3.

100 In gelijke zin Schmidt 1965, p. 24, Van de Vrugt 1982, p. 35 e.v.

thaeus zijn verhandeling begint met een inleiding over de algemene leerstukken van het strafrecht, de *Prolegomena*. Daarin behandelt hij vragen als: wat een misdaad (*crimen*) is, of een misdrijf alleen met opzet kan worden begaan of ook door schuld, of deelneming en poging een misdrijf opleveren, wie een misdaad kunnen begaan,[101] tegen wie misdaden kunnen worden begaan en welke soorten misdaden er kunnen worden onderscheiden. Zo maakt hij deze algemene vraagstukken los van het delict in het bijzonder, een aanpak die tot dan toe niet gebruikelijk was.[102] Bij de bespreking der delicten rangschikt hij deze aan de hand van de volgorde der Digesten en volgt hij niet het alfabet, zoals Clarus bijvoorbeeld had gedaan, of de Tien Geboden, zoals Carpzovius.[103] Hij is met deze benaderingswijze zijn tijdgenoten vooruit en wordt wel de eerste systematicus, zelfs de grondlegger van het *algemeen deel* van het Wetboek van Strafrecht genoemd.[104] Aan het slot van zijn leerboek behandelt hij het inquisitoire strafproces.[105] Daar geeft hij een praktische uitleg van het strafproces, zoals gereglementeerd in de Statuten van de Stad Utrecht.[106] Daarbij interpreteert hij de tekst, legt hem naast teksten van statuten van andere steden, vergelijkt deze met wat zijn geleerde tijdgenoten over het onderwerp te zeggen hebben en grijpt daarbij regelmatig terug op de Digesten en op klassieke schrijvers. Matthaeus is door zijn aanpak te beschouwen als een representant van de zogenaamde Hollandse school, een school die tekstkritiek, historische context en eisen van de praktijk probeerde te verenigen.[107] Zijn leerboek is

---

101 Matthaeus onderscheidt 'dieren, kinderen, gestoorden, slapenden, gedrogeerden, en verliefden', en bespreekt bijvoorbeeld de mogelijkheid van afwezigheid van opzet. *Prolegomena, cap. II*, p. 14 e.v.

102 Zo werkte bijvoorbeeld Wielant, Monballyu 1995, p. 42.

103 Rüping 1991, p. 43.

104 Schlüter 1929, p. 20 en Schmidt 1965, par. 148. Ik houd het er echter op dat ook de *Prolegomena* van Matthaeus niet op zich zelf staan en - hoewel een zeer belangrijke - toch slechts een *volgende* stap is geweest in een bestaande ontwikkeling, immers is ook de ontwikkeling van het algemeen deel van het strafrecht een proces van honderden jaren geweest. In elk geval had vóór Matthaeus ook Tiberius Decianus (1509-1582) in zijn postuum uitgegeven *Tractatus Criminalis* (1591) al een beschrijving gegeven van de algemene kenmerken van misdrijven. F. Schaffstein, *Die Europäische Strafrechtwissenschaft in Zeitalter des Humanismus*, 1954 beschouwt deze beschrijving dan ook als '*den ersten wirklichen Allgemeinen Teil*' (geciteerd door Schmidt 1965 par. 133) en de schrijver als de grootste jurist in de geschiedenis van de strafrechtswetenschap (Rüping, 1991, p. 42). Matthaeus zal de inhoud van het werk van Decianus hebben gekend, want diens *Tractatus* bevond zich in zijn bibliotheek.

105 Matthaeus 1644, 48.XX.1 *de inquisitione* en 48.XX.2 *Ad Rubr. XXXIV Statut. Ultraject. Van informatie Praecedente & c.*'

106 Deze Statuten zijn voor het eerst uitgegeven in 1550 onder de naam *Costumen, usantien, policien ende styl van procederen, der stadt, jurisdictie ende vrijheyt van Utrecht.*

107 De Hollandse school verenigde de zogeheten *mos gallicus* en *de mos italicus*; volgens Algra heeft deze school 'zeer grote invloed' gehad in het buitenland, vooral in Schotland en Scandinavië, en in de koloniën van de Republiek, Gerbenzon/Algra 1979, p. 139. Het product van deze wetenschappelijke arbeid wordt wel aangeduid met Romeins-Hollands of Roomsch-Hollands recht. Deze aanduiding zou zijn geïntroduceerd door Simon van Leeuwen, A. Kruger, *Kante van Impu-*

later vele malen in verschillende Europese steden herdrukt. Het handboek van Matthaeus is bovendien in het kielzog van de VOC meegevaren naar Kaap de Goede Hoop en heeft in Zuid-Afrika tot op de dag van vandaag betekenis voor de wetsuitleg.[108] Matthaeus moet kortom als een belangrijk en invloedrijk strafrechtsgeleerde worden beschouwd, zowel in de Republiek als in Europa en daarbuiten.[109]

2. Het inquisitoire strafproces

2.1 Het ontstaan van het inquisitoire proces

Aan het begin van dit hoofdstuk heb ik in het kort vier ontwikkelingen geschetst: de verbreiding van het geleerde recht, de ordening van de samenleving, de centralisatie van de rechtspleging en het streven naar codificatie van het strafproces. Deze ontwikkelingen hebben eraan bijgedragen dat er aan het einde van de middeleeuwen in de verschillende regio's van het vasteland van Europa een nieuw strafproces ingang vond. Dit was een proces dat in gang werd gezet door het overheidsgezag en dat diende tot ontdekking van de waarheid omtrent een gepleegd delict: *het inquisitoire strafproces*. Of er nog een andere rechtstreekse aanleiding was, zoals misbruik van het accusatoire model door lieden die er hun beroep van maakten om anderen aan te klagen, zoals in Rome het geval was geweest,[110] vertelt het verhaal niet. Dan zou de nieuwe procesvorm geboren zijn uit bescherming van het individu, of bijvoorbeeld om het aantal rechtszaken tegen te gaan. Die betekenis heeft het laatmiddeleeuwse 'inquisitoire proces' niet gekregen; wij denken daarentegen bij die klanken in de eerste plaats aan 'de pijnbank'. Hoewel de pijnbank deel uitmaakte van het nieuwe proces, is deze aanduiding een simplificatie.[111] Zoals ik in deze paragraaf zal laten zien, lagen aan het inquisitoire proces moderne principes ten grondslag.

De ontwikkeling naar het inquisitoire strafproces is niet overal in hetzelfde tempo verlopen; de omslag was immers mede ingegeven door de dominantie van het staatsgezag en daarom mede een gevolg van het verloop van de staatkundige en maatschappelijke veranderingen per regio.[112] Volgens Drenth en Van Heijnsbergen

---

tasie in die Nederlandse en Suis-Afrikaanse strafreg, diss. Leiden 1972, p. 191 met verwijzing naar Hahlo en Kahn 1968, p. 330.

108 Zimmerman 1983, p. 58 e.v.

109 Schlüter 1929, p. 4; Van de Vrugt 1982, p. 27; Hewett 1996, (Vol. IV), p. xiii- xvi.

110 Drenth 1939, p. 34, 35, met verwijzing naar Sallustius en Cicero.

111 Bovendien zou ook in het oude accusatoire proces de pijnbank zijn toegepast, aldus Trusen 1988, p. 114.

112 In Frankrijk, waar de Frankische koningen door erfelijk koningschap eerder tot centralisatie van de macht konden komen, is het inquisitoire proces eerder ingeburgerd geraakt dan bijvoorbeeld in Duitsland, waar de macht versnipperd bleef, Drenth 1939, p. 108 e.v. en p. 124. Enigszins an-

was het Italiaanse strafprocesrecht bijvoorbeeld al inquisitoir van karakter voordat de Kerk in 1215 het inquisitoire proces officieel omarmde.[113] Ook het strafproces in de Franse, Duitse, Vlaamse, Friese en Nederlandse gebieden kende volgens de rechtshistorici reeds lang inquisitoire trekken.[114] De kwestie waar en wanneer het inquisitoire model voor het eerst zijn intrede heeft gedaan, laat ik rusten.[115] Ik pak de draad van mijn onderzoek weer op wanneer de inquisitoire procesvorm ingeburgerd is geraakt. Dat is rond 1500. Het heeft dan in heel Europa - met uitzondering van Engeland, Ierland en Schotland -[116] een vaste vorm en een vaste plaats verworven.

Plan van behandeling

In het vervolg van deze paragraaf bespreek ik de beide basisprincipes van het inquisitoire proces, de ambtshalve vervolging en het zoeken naar de materiële waarheid. Daarna ga ik in op vier kenmerken van het proces: de strikte bewijsleer, de toepassing van tortuur, het bewijzen van de onschuld en de aandacht voor de *aequitas*. In het vervolg van deze paragraaf komen de verschillende procesvormen van het inquisitoire proces aan de orde en wordt nader ingegaan op het extraordinaire proces, het verloop van die procedure, de rol van de rechter, de waarborgen voor de aangeklaagde, de delicten die in dat proces werden bestraft (de zogenaamde 'bijzondere delicten') en de straffen die werden opgelegd.

---

ders Trusen 1984. Zie ook Van Heijnsbergen 1925, hoofdstuk 1, over de ontwikkeling in Nederland p. 14 e.v. Zie over deze historische ontwikkeling van het straf- en strafprocesrecht voorts: Schmidt 1965 (Duitsland), en Esmein 1882 (Frankrijk); Van Caenegem 1956, p. 66, 67.

113 Over de inquisitoire procedure in het canonieke recht zie: Coppens 1991. Hij bespreekt daarin de stellingen van W. Trusen: *Der Inquisitionsprozess. Seine historische Grundlagen und frühen Formen*, 1988. Volgens Trusen is het inquisitoire proces noch aan de hand van het Germaanse, noch aan de hand van het Romeinse recht te verklaren. De procedure zou een zelfstandige vinding zijn van Paus Innocentius III, die de term *inquisitio* invoerde voor de door hem afgekondigde ambtshalve procedure in strafzaken in het canonieke recht. In vergelijkbare zin: Bartlett 1986.

114 Zie o.a. Fockema Andreae 1897, Drenth 1939 en Van Caenegem 1956, Schmidt 1965, p. 76 e.v.

115 Zie voor een volledig overzicht van het ontstaan van het inquisitoire proces in Europa de dissertatie van Drenth 1939. Hildebrandt 2002, p. 275, 276, bespreekt het tekort van de accusatoire procedure vanuit het gezichtspunt van het slachtoffer, Coppens 1991, p. 38, het ontstaan van de inquisitoire procedure in het kerkelijk recht.

116 In het Verenigd Koninkrijk vond een vergelijkbare omslag in het strafprocesrecht niet plaats. De vervolging van strafbare feiten bleef tot in de negentiende eeuw in beginsel particulier initiatief en de rechter werd niet belast met het vinden van de materiële waarheid. Een jury besliste ten aanzien van de feiten op basis van een vrije bewijsmotivering, zie hierover Langbein 2003. Jurysprekspraak was in de middeleeuwen overigens ook op het vasteland van Europa bekend. Met 'jury' wordt dan bedoeld een door de overheidsambtenaar opgetrommelde groep lieden uit de buurt om onder ede een waarachtig antwoord te geven op één of meer vragen, Van Caenegem 1956, p. 192. Een dergelijke jury kwam voor in de 'Frankische *inquisitio*' of '*Rüge*', zie Drenth 1939, p. 112 e.v. Het jurystelsel werd alleen in Engeland overeind gehouden, zie Van Caenegem 1965a, p. 298. Over het juryoordeel als plaatsvervanger van het godsoordeel zie Langbein 1977, p. 77 e.v.

2.2 De twee uitgangspunten van het inquisitoire proces

Het nieuwe inquisitoire strafproces was vooral een instrument om de orde te bewaren, de orde in het belang van de veiligheid van de burgers en, belangrijker nog, de orde ten behoeve van een rustig bestuur van het rijk en de bestendiging van het gezag van vorst of Kerk.[117] Het werd ingezet ter vervolging van ernstige delicten. De kettervervolgingen - aangeduid met de van het woord *inquisitio* afgeleide term 'inquisitie'- zijn van die doelstelling een duidelijk voorbeeld. Het inquisitoire strafproces deed dan ook zijn intrede in zowel het wereldlijke als het canonieke recht.[118] Het oorspronkelijke inheemse uitgangspunt dat er alleen een proces kon zijn als de betrokkene een aanklacht had ingediend, neergelegd in de regel 'zonder klager geen rechter', werd in zaken welke de openbare orde aangingen geheel verlaten. Ook het gebruik om recht te spreken aan de hand van eed of godsoordeel verdween grotendeels; het werd door de kerk verboden als vorm van blasfemie.[119] Voor de handhaving van de orde en van het staatsgezag was het noodzakelijk dat straf werd opgelegd en dat dit gebeurde aan degene die werkelijk schuldig was. Daartoe was het noodzakelijk dat de materiële of objectieve[120] waarheid werd vastgesteld. Wielant beschrijft het proces in 1516 als volgt: *Inquisicie es tcrimen te ondersouckene (…) uuter officie van den juge*.[121] Matthaeus onderstreept in 1644 het ambtshalve karakter als hij wijst op de bijzondere betekenis van het woord *inquisitio* in de geschriften van de middeleeuwse commentatoren. Het woord werd gebruikt, schrijft Matthaeus, '*om die processen aan te duiden waarin de rechter ambtshalve de beschuldigde onderzoekt en vonnist, alhoewel er geen private klager een klacht tegen die persoon heeft ingebracht*.'[122] In zijn Criminele Ordonnantiën (1570) droeg Philips II op

> *dat in criminele zaken ende materien geprocedeert sal worden van officie wegen, om de oprechte waerheyt van den feyte te ondersoucken* (...).[123]

Deze beide aspecten, het onderzoek naar de materiële waarheid, en het '*van officie wegen*' inzetten van dat onderzoek, vormden de twee uitgangspunten van het in-

---

117 Vgl. v.w.b. het canonieke recht Drenth 1939, p. 85 en Schmidt 1965, par. 90, p. 112.

118 Over de volgorde bestaat onder historici verschil van inzicht; Carpzovius schrijft in 1635 dat het inquisitoir proces 'op beide gegrond staat', Carpzovius/Van Hogendorp, H. 99.II.

119 Bartlett 1986. Anders Van Caenegem 1965a, p. 309; Van de Vrugt 1982, p. 11.

120 Schmidt 1965, par. 70.

121 Wielant 1515-1516, cap. 4.5. Het is bij Wielant één van vier vormen om een strafbaar feit ter kennis van de rechter te brengen; de andere drie zijn: 'accuseren' (aanklagen), 'denuncieren' (aangeven) en 'excipieren' (verweren).

122 Matthaeus 48.XX.I.1, p. 665.

123 (...) *ende dat ordninaerlycken ende extraordinaerlycken by corte dagen ende intervallen van tijde*, art. 7 Ordonnantie op de Stijl, hierna in Hoofdstuk 7, par. 1.2 te bespreken.

quisitoire strafproces.[124] Daarbij moet worden bedacht dat het '*van officie wegen*' ingestelde onderzoek een ambtshalve onderzoek was 'door het gezag' waarbinnen opsporingsapparaat en zittende en staande magistratuur nog niet strikt van elkaar werden onderscheiden. Het was het gezag van de koning of de landsheer, dan wel door hen aangestelde dienaren, of de stad; dit gezag was ook bevoegd tot strafbaarstelling en berechting.[125] Matthaeus beschrijft bijvoorbeeld de rolverdeling tussen schout en schepenen (die samen de Raad vormden, het bestuur van de stad en belast waren met de vervolging en berechting van delicten)[126] als volgt:

> 'We willen benadrukken dat de jurisdictie over allerlei dingen is opgedragen aan de Raad als geheel, zodanig echter dat het bevel meer in handen ligt van de schout en het onderzoek meer in handen van de schepenen. Want welbeschouwd ondersteunen de schepenen de schout niet alleen met hun advies maar ook met hun gezag. Aldus vraagt de schout de schepenen vele dingen voor hem te beslissen voordat hij het vonnis uitspreekt en twee schepenen moeten aanwezig zijn als de schout het vonnis executeert'.[127]

De ambtshalve vervolging was dus de vervolging van overheidswege maar nog geen vervolging door een zelfstandig ambtelijk apparaat.[128]

---

124 Vgl. de definitie van Schmidt 1965, p. 86, die de uitgangspunten van het inquisitoire proces samenvat in twee principes: het *Offizialprinzip* (de ambtshalve vervolging) en het *Instruktionsprinzip* (het onderzoek naar de materiële waarheid volgens vaste regels van bewijsrecht, gebaseerd op rationele bewijzen). NB beide aanduidingen werden eerder gebruikt door F. Walther 1853, zie Drenth 1939, p. 239, 240.

125 In de Nederlandse gebieden stond de ambtshalve vervolging onder leiding van de landsheer, baljuw of schout. De Monté ver Loren en Spruit 2000, p. 165, 180, 181, 203; Drenth 1939, p. 138. Zie ook Van Boven 1990, par. 2.4, waar hij schrijft dat rechtspraak 'als sequeel van wetgeving' werd beschouwd. De taken van officier van justitie en rechter-commissaris bij opsporing en gerechtelijk vooronderzoek zijn nog lange tijd vermengd gebleven, vgl. Harteveld 1990, p. 8, 9. In Duitsland spreekt men van *öffentliche* of *amtliche Ankläger*, Schmidt 1965, par. 68; in Frankrijk van *procureurs du roi* of *fiscal*, Esmein 1882, p. 100.

126 Voor een uitleg van hun precieze taken bevoegdheden zie Matthaeus, 48.XX.II.2 e.v., p. 667 e.v.

127 Matthaeus 48.XX.II.5, p. 669: *Neque vero cum praetori imperium tribuimus, Scabinis cognitionem, illi soli jurisdictionem, his tanquam pedanies nudem notionem tribuimus; sed hoc duntaxat volumus omnimodam jurisdictionem a toto confessu exerceri; ita tamen, ut imperium magis in persona praetoris, cognitio in Scabinis elucescat. Vere enim aestimanti, Scabini praetori non solum consilium, sed & auctortas adsunt. Hinc praetor pleraque a Scabinis decerni ante sibi perit, quam ea adgrediatur, exequuturoque sententiam Scabini duo adsistere jubentur*. Matthaeus verwijst naar rubriek 14 art. 4 van de Costumen van de stad Utrecht. Vgl. Monballyu 1991, p. 125: de rechters in zestiende-eeuws Vlaanderen stuurden de gerechtsofficieren aan.

128 Vgl. De Bosch Kemper 1, p. LXXXI.

2.3 Kenmerken van het inquisitoire proces

2.3.1 De strikte bewijsleer

De opdracht om de materiële waarheid te vinden ging gepaard met de binding van de rechter aan een rationele bewijsmethode, een bewijssysteem waarin slechts gebruik kon worden gemaakt van logische, rationele bewijsmiddelen. Het bewijs moest zijn gebaseerd op het verslag van menselijke waarneming in plaats van op 'Gods oordeel', tot uiting komend in bijvoorbeeld een water- of vuurproef. Een bijkomend bijzonder aspect van de nieuwe bewijsmethode was, dat de rechter voor de bewezenverklaring niet alleen rationele bewijzen moest hanteren maar ook werd gebonden aan een strikt bewijsminimum. Wielant schreef dat het bewijs *klaerder* moest zijn dan het licht.[129] Aanwijzingen (*indicia*) zoals ernstige veronderstellingen (praesumpties), beruchtheid (fama), opinie, vlucht en dergelijke, vormden geen bewijs[130] al vervulden zij wel een belangrijke rol bij het nemen van dwangmaatregelen, zoals gevangenzetting en toepassing van de pijnbank. Vol bewijs was pas aanwezig als twee getuigen de gebeurtenis konden bevestigen of als de aangeklaagde zelf het feit bekende.[131] Getuigenbewijs kon slechts dan *volle preuve* opleveren, als de beide getuigen de beschuldigde zelf hadden gezien of gehoord (*van ziene ende wel wetene*).[132] Met de getuigenissen van die beide getuigen werd de beschuldigde letterlijk *overtuigd* (*convictus*).[133] Dit bewijsvoorschrift bete-

---

129 Wielant 1515-1516, cap. 10.3. Het betreft overigens een uitdrukking die ontleend lijkt te zijn aan de Codex Justinianus, 4.19.25: Imperatores Gratianus, Valentinianus, Theodosius: *Sciant cuncti accusatores eam se rem deferre debere in publicam notionem, quae munita sit testibus idoneis vel instructa apertissimis documentis vel indiciis ad probationem indubitatis et luce clarioribus expedita.*

130 Net als nu bestonden er in de middeleeuwen gradaties van verdenking. Deze waren gebaseerd op de hoeveelheid en de betrouwbaarheid van de *indicia*. Deze aanwijzingen konden geen vol bewijs leveren. Om de betrouwbaarheid zo objectief mogelijk vast te stellen ontwikkelde zich een leerstuk m.b.t. de *indicia*. Dit leerstuk zou vanuit Italië het gehele vasteland van Europa hebben veroverd, Schmidt 1965, par. 107 en 110. Al in de CCC 1532 werden de *indicia* gerubriceerd, Schneider 1940, p. 90. Zie bijv. bij Wielant 1515-1516, cap. 10, 36 en 39; Clarus in Von Moeller 1911, p. 151, Carpzovius, qu.120. Matthaeus 48. XV.II.4, p. 511 haakt in op het klassieke onderscheid tussen artificiële en niet-artificiële bewijsmiddelen. De niet-artificiële bestaan uit getuigen en documenten en de artificiële bestaan uit argumenten. Aanwijzingen behoren tot de laatste categorie en kunnen volgens hem wel degelijk onderdeel van de bewijsvoering zijn, zie ook 48.XV.VI, p. 530 e.v.

131 Ook op basis van vaststaande feiten, zogenaamde *notoria,* kon een veroordeling volgen. Over het leerstuk van de *notoria* zie: Levy 1965, p. 160 e.v.; Wielant 1515-1516, cap. 11 en 49.3.; Matthaeus 48.XV.I.2, p. 510.

132 Wielant 1515-1516 c, 49.1: benodigd zijn twee oorkonden met verklaringen van getuigen die het hebben gezien of gehoord, een bekentenis buiten de pijnbank afgelegd en duidelijke feiten (*notoria*) (parafrase, wvh); Over de bewijsmiddelen voorts: Clarus, in Von Moeller 1911, p. 151 e.v.; Carpzovius in Schneider 1940 p. 86 e.v., Matthaeus, 48.XV, p. 510 e.v.

133 Zie bv. Alciatus (1492-1550), aangehaald door Elben 1846 p. 17, '*Ideo bis errant vulgares latrunculatores, qui si reum convincere nequeant eum rebus sic stantibus absolvunt …*' (dus hebben die eenvoudige rechters het tweemaal mis, om hem *rebus sic stantibus* vrij te spreken als ze de beschul-

kende dat de beschuldigde welhaast op heterdaad door die getuigen moest zijn betrapt.

De nieuwe bewijsmethode betekende een belangrijke ommekeer in het bestaand gedachtegoed. Of die ommekeer samenhing met de receptie van het geleerde recht is een vraag die menig rechtshistoricus heeft beziggehouden.[134] Volgens Van Caenegem was het bewijsrecht al rationeler geworden voordat het geleerde recht zijn intrede deed en kan dit worden toegeschreven aan de maatschappelijke processen van centralisatie, organisatie, bureaucratisering en rationalisering.[135] Daarom werden volgens hem de godsoordelen verlaten. Volgens Bartlett echter stond de afschaffing van het godsoordeel geheel los van die processen en was het eenvoudig een gevolg van een intellectualistischer - want meer 'geleerde'- benadering van het recht.[136] De strikte bewijseisen kunnen ook in relatie worden gebracht met de wijdverbreide - en ook reeds bij de Romeinen te vinden - opvatting dat voorkomen moest worden dat onschuldigen zouden worden gestraft (zie Hoofdstuk 4, par 1.8.3 hierna). Het nieuwe bewijsstelsel functioneerde in dat opzicht als een waarborg tegen een al te snelle veroordeling. De voorgeschreven bewijsminima hebben deze rechtszekerheid echter niet steeds gebracht. Zij werden aldus geïnterpreteerd dat zij geen ruimte lieten voor het eigen oordeel van de rechter. Bij 'volle preuve', en daarvoor was de bekentenis voldoende, volgde veroordeling. Het bewijsstelsel werd met andere woorden beschouwd als 'positiefwettelijk'.[137]

Ook ten aanzien van de bewijsminima bestaat verschil van mening over de vraag waar deze regels vandaan kwamen en ook ter verklaring van deze bewijseis wordt wel gewezen op de receptie van het Romeinse recht.[138] Kijken we naar de Romein-

---

digde niet kunnen *convincere*/overtuigen…). In de Duitse literatuur heet het *überführen*, Zopfs 1999, p. 179, 181. Carpzovius qu.114.1, in Schneider 1940, p. 88; in de vertaling van Van Hogendorp, 105.1: Niemand moet gevonnist worden 't waare hij belydenis gedaan hebbe of overtuigd zy. Ook hier is de terminologie waarschijnlijk in belangrijke mate ontleend aan CJ 7.65.2 pr.: Imperator Constantius: *Observare curabis, ne quis homicidarum veneficorum maleficorum adulterorum itemque eorum, qui manifestam violentiam commiserunt argumentis convictus, testibus superatus, voce etiam propria vitium scelusque confessus audiatur appellans.*

134 Van de Vrugt 1982, p. 4, en Langbein 1976, p. 5 e.v., zien de rationele bewijsleer en de strikte toepassing van die leer als een uitvloeisel van de receptie van het 'geleerde recht'. Esmein 1883, p. 265. kan voor het ontstaan van de strikte bewijsleer niet meer dan een kiem in het Romeinse recht ontdekken.

135 Vgl. Van Caenegem 1965a,, p. 300, 1965b, p. 728.

136 Bartlett 1986, h. 4.

137 In tegenstelling tot een 'negatiefwettelijk' bewijsstelsel, waarin de rechter gebonden is aan in de wet beschreven bewijsmiddelen en aan een wettelijke bewijsminimum maar waarin hij vrij is om op basis van zijn eigen overtuiging conclusies te trekken ten aanzien van de bewijsvraag. Dit systeem wordt gehanteerd in het huidige Wetboek van Strafvordering, artt. 338-344a Sv.

138 Langbein 1976, p. 7, schrijft de strikt positief wettelijke bewijsmethode toe aan het geleerde recht. Hij ziet als oorzaak dat de rechter niet in plaats van 'de almachtige' kon treden en zijn gelijken niet als zodanig mocht beoordelen. Volgens Coppens zou de rechter in het canonieke recht aanvankelijk ruimte hebben gekregen bij de waardering van het bewijs, Coppens 1991, p. 44.

se bronnen dan moet worden geconcludeerd dat die voldoende aanknopingspunten boden voor een vrijere opvatting. Juist de Romeinen, meesters in de retorica, waren voor het gebruik van argumenten heel gevoelig geweest. De vrije beoordelingsmarge van de rechter volgt uit diverse door Matthaeus genoemde vindplaatsen.[139] Volgens Matthaeus[140] bestond er dan ook voor de rechter ruimte voor het wegen van argumenten.

2.3.2 *Het gebruik van tortuur*

Het mag duidelijk zijn dat in veel gevallen het 'overtuigen' een onmogelijke opdracht was. In de gevallen dat er geen twee getuigen waren die de beschuldigde hadden gezien of gehoord, kon slechts veroordeeld worden op het andere bewijsmiddel dat volle bewijskracht had, de bekentenis.[141] Het verkrijgen van de bekentenis werd zo het belangrijkste doel van het inquisitoire proces. Het was een uitnodiging voor de toepassing van tortuur.[142] Indien de beschuldigde aan het verkrijgen

---

139 D. 48.18.1.4: 'Diezelfde keizers hebben aan Cornelius Proculus bij rescript geschreven dat men de geloofwaardigheid van een zaak beslist niet aan de hand van de ondervraging onder tortuur van een enkele slaaf dient vast te stellen, maar dat de zaak aan de hand van [nog andere] bewijsmiddelen onderzocht dient te worden'; D. 49.16.5.6: 'Hadrianus heeft bij rescript bepaald dat soldaten die door de barbaren zijn teruggestuurd, alleen dan in hun rechten behoren te worden hersteld als zij zullen bewijzen dat zij uit krijgsgevangenschap zijn ontsnapt, en dat zij niet waren overgelopen. Maar ook al kan hierover geen volledige zekerheid bestaan, toch dient men dit op basis van de beschikbare aanwijzingen te onderzoeken. En indien iemand tevoren als een goed soldaat gold, ligt het voor de hand dat men geloof hecht aan zijn bewering; indien hij een wegblijver was, of nalatig ten aanzien van zijn plichten, of gemakzuchtig, of een slecht kameraad, dan zal men hem niet geloven.'; D. 48.15.6: '(…) of iemand die andermans slaven ertoe heeft aangezet [bij hun meester] weg te blijven of deze heeft verduisterd, aansprakelijk is voor het hem ten laste gelegde misdrijf van mensenroof of niet, is een vraag van feitelijke aard (*facti quaestio est*). Daarom behoort niet mijn beslissing over die zaak te worden gevraagd maar behoort de rechter zich te richten naar wat in de voorliggende zaak als de ware toedracht wordt bevonden. Vanzelfsprekend moet hij weten dat iemand aansprakelijk kan zijn voor het misdrijf van diefstal wegens het verduisteren van andermans slaven, en toch niet meteen om die reden voor een mensenrover gehouden behoeft te worden'.

140 Matthaeus geeft over het gebruik van argumenten een uitvoerige verhandeling in 48.XV.IV, p. 530: *De Argumentis et indiciis, demonstratur argumentis crimina probari* (Over argumenten en aanwijzingen, waarin wordt aangetoond dat misdrijven kunnen worden bewezen op basis van argumenten). Als voorbeeld van een overtuigend argument (*argumentum necessarium*) noemt Matthaeus 'dat een vrouw die een kind baart, geslachtsgemeenschap moet hebben gehad', en 'dat hij die een gestolen goed bij zich heeft, een diefstal heeft begaan'. Als voorbeeld van een waarschijnlijk argument (*argumentum contingens*) geeft hij: 'dat iemand die met bloed bedekt is, een moord heeft begaan', en 'dat Atlanta geen maagd kan zijn geweest nu zij alleen, in het gezelschap van jonge mannen, door het bos dwaalde'.

141 Matthaeus, 48.XV.VII, 2 en 48.XX.II.7, betoogt dat een bekentenis strikt genomen geen bewijs is maar het wegnemen van de bewijslast.

142 Van Heijnsbergen 1925, over het oorzakelijk verband tussen de bewijsleer en de pijnbank, p. 29 e.v.

van een bekentenis niet wilde meewerken, werd de 'patiënt' geholpen:[143] dan diende, in de woorden van die tijd, de waarheid met kracht uit zijn mond te worden geperst (*extorqueatur*).[144] Dit was het *scherper examen*, ook wel: het proces '*metter banck*'.[145]

De pijnbank had een zo prominente plaats in het inquisitoire proces dat het er tot op de dag van vandaag mee wordt vereenzelvigd.[146] Dat beeld zal, zoals hieronder blijkt, moeten worden bijgesteld. Het gebruik van de pijnbank was niet in elke inquisitoire procedure en niet onder alle omstandigheden toegelaten. En indien al tortuur werd toegepast dan was dit aan strikte regels gebonden. Ook voor het gebruik van de pijnbank geldt overigens dat de vraag is gesteld waar deze zo 'opeens' vandaan kwam en ook in deze discussie dienen zich twee kandidaten aan: het geleerde recht enerzijds en autonome inheemse gewoonten anderzijds.[147] Damaška oppert dat het martelwerktuig mogelijk oorspronkelijk alleen was bedoeld om bloed met bloed te kunnen vergelden en dus om doodstraffen te kunnen voltrekken.[148] Ik laat het bij de constatering dat het gebruik van folter in het inquisitoire proces heel gelegen kwam.[149] Dat had alles te maken met de opdracht tot het vinden van de materiële waarheid. De criminalistiek was nog niet ontwikkeld, de vingerafdruk als bewijsmiddel nog niet ontdekt.[150] Bij het ontbreken van technieken voor verfijnd sporenonderzoek was de rechter aangewezen op verklaringen. De confessie was daarom welhaast het meest zekere bewijs dat bestond, al

---

143 Wielant 1515-1516, cap. 40.1.

144 Carpzovius, qu. 125.1: *Siquidem in hunc solum finem tormenta adhibentur, ut veritas delicti exquiratur & confessio rei extorqueatur, quae vulgo dicitur* , door Van Hogendorp vertaald met: 'En gewisselijk, het pijnigen wordt tot dat enkel einde aangewend, opdat de waarheid der misdaad nagevorst en des beklaagdens belijdenis afgeperst worde'.

145 Wielant 1515-1516, cap. 3.3.

146 Trusen 1984, p. 114. Dat verandert echter niets aan de vraag of de tortuur aan het geleerde recht moet worden toegeschreven.

147 Van Heijnsbergen 1925, p. 15 en Langbein 1976 p. 3, schrijven het toe aan de invloed van het 'Romeinse,' resp. het 'Romeinscanonieke' recht, vgl. D.48.18, *De quaestionibus* (Over het ondervragen).Volgens Van Caenegem echter had de inburgering van de folter als bewijsmethode al plaatsgevonden toen het Romeinse recht nog maar net werd bestudeerd. Hij laat zien dat de bewijsmethode door middel van folter in de middeleeuwse praktijk werd geboren. Van Caenegem 1956, p. 224, 1965b, p. 740. Volgens Schmidt kan de tortuur om dezelfde reden niet als kenmerk van de invloed van het Romeinse of canonieke recht worden aangeduid, Schmidt 1965, par. 74 en 75. Hij is hierop aangevallen door Trusen 1984.

148 Damaška 1978, p. 873, onderscheidt bovendien nog twee functies van de pijnbank: als middel om het geweten van de rechter schoon te wassen (als er een bekentenis volgt kan hij met een gerust geweten straffen), of als dreigement (om zonder toepassing van dwang een verklaring te bemachtigen).

149 Rüping 1991, p. 48.

150 Het gebruik van de vingerafdruk ter opsporing van strafbare feiten is pas in de tweede helft van de negentiende eeuw ontwikkeld, Cole 2001, p. 63 e.v.

wist men ook toen wel dat een afgeperste verklaring net zo goed waar als onwaar kon zijn. Zo schreef Montaigne (1533-1592) al dat hij het een 'gevaarlijke uitvinding' vond;[151] 'want waarom zou de pijn het ware er eerder bij mij uitpersen dan het onware? (…) zo kan het gebeuren dat de rechter iemand die hij heeft laten folteren om hem niet onschuldig de doodstraf op te leggen, onschuldig en bovendien gefolterd de doodstraf oplegt'. Matthaeus vond marteling 'een breekbaar instrument, dat met de waarheid een loopje neemt'.[152]

2.3.3 *Het bewijzen van onschuld*

De rechtszekerheid die met de hier beschreven strikte bewijsregels werd beoogd, had behalve de afpersing van de bekentenis nóg een keerzijde en dat was de eis van het bewijs van onschuld. De beklaagde diende de tegen hem gerezen verdenking zelf te ontzenuwen.[153] Hij werd daartoe in de gelegenheid gesteld, bijvoorbeeld door het naar voren brengen van getuigen. Het was een belangrijk onderdeel van het proces, waaraan in de handboeken aparte hoofdstukken werden gewijd.[154] Op sommige plaatsen, zoals in Duitsland, kon een beschuldigde zich ook nog zuiveren door het afleggen van de zuiveringseed. Ook werd het 'enkele' doorstaan van de pijnbank wel als zuivering gezien.[155] Zuiveringseed en pijnbank waren dus niet alleen methoden om schuld, maar ook om onschuld te bewijzen.[156] Matthaeus nam afstand van deze opvatting en was van mening dat de redenering op basis van *argumenten* voldoende voor vrijspraak zou moeten zijn, 'omdat je onschuld kunt beargumenteren'.[157] Dat de beklaagde daarbij de bijstand van een advocaat zou mogen ontvangen, vonden de criminalisten echter minder vanzelfsprekend.[158]

---

151 Montaigne (1577) 2004, De Essays, boek II, hoofdstuk 5, 'Over het geweten'.

152 Matthaeus, 48. XVI.IV.11, p. 556: (…) *enim totura res fragilis, & quae veritatem fallat*'.

153 Art. 44 Stijl, zie Hoofdstuk 7, par. 1.6, schreef bijvoorbeeld voor dat de rechter de beschuldigde op borgtocht moest vrijlaten als niet '*blijkt* wat (veroordeling of vrijspraak, wvh) hij pronunceren moet' (mijn curs. wvh). Zo ook bij Carpzovius: het bewijs moést worden ontkracht, maar dat kon ook door middel van het doorstaan van de pijnbank of door de zuiveringseed, Zopfs, p. 150 e.v., i.h.b.155; zie voorts Van der Linden 1798, p. 236, besproken in Hoofdstuk 7 par. 2.2. In onze 21e eeuw is het strafproces ook niet altijd geheel vrij van deze bewijsopdracht aan de beschuldigde. De zogenaamde bolletjesslikkers dienden door middel van schone ontlasting hun onschuld aan te tonen. Om die reden werd 20% van deze beschuldigden ten onrechte vastgehouden, *NRC* 18 juni 2004, voorpagina en p. 2.

154 Zie bijvoorbeeld Matthaeus 48.XV.VIII '*De probatione innocentiae*' en Carpzovius/Van Hogendorp, H. 107.

155 Die gedachtegang vindt men bij Wielant, 1515-1516, cap. 40. 3 (in het inquisitoire extraordinaire proces) en 45 (in het ordinaire proces) en Carpzovius, in Caropzovius/Van Hogendorp, H. 117, 3, p. 1255.

156 Vgl. Zopfs 1999, p. 152, bij de bespreking van de leer van Carpzovius.

157 Matthaeus 48.XV.8, p. 536.

158 Wielant 1515-1516, cap. 32, schrijft dat alle excepties (ook het alibi) bij procureur mogen worden aangedragen; hierover Van de Vrugt 1978, p. 105; Clarus, zie Von Moeller, p. 159, schrijft dat de beschuldigde zich van het begin van zijn gevangenneming ter verdediging kan laten bij-

2.3.4 De aequitas

Als tegenwicht voor de prominente plaats van de pijnbank kan het gebruik van de *aequitas* worden beschouwd. Het woord *aequitas* wordt in de zestiende en zeventiende-eeuwse strafrechtelijke geschriften veelvuldig gebruikt. Schmidt schrijft het beroep op de *aequitas* toe aan de invloed van het geleerde recht en ziet hierin tevens de belangrijkste bijdrage van de Receptie.[159] De makers van de *Carolina* (1532), aldus Schmidt,[160] wilden dat de nieuwe wetgeving zou leiden tot 'waarheid en gerechtigheid' en dat de rechters gebracht werden tot 'matiging en bescheidenheid'. De rol van de *aequitas* werd in de handboeken rechtstreeks geput uit de klassieke Romeinse schrijvers.[161] Het is niet uitgesloten dat de juridisch geschoolde schrijvers van de late middeleeuwen de gevaren hebben gezien welke aan de ongebreidelde uitoefening van de overheidsmacht waren verbonden en dat zij daarom de rechter hebben gemaand om - zoals Wielant het uitdrukt - *gracelic* en *ghetempert* te zijn, zowel bij het straffen als ook bij het toepassen van de tortuur.[162] In het canonieke recht is de *aequitas*-gedachte al in de dertiende eeuw te zien. De *aequitas* heeft daar volgens Coppens[163] bijgedragen aan een actievere houding van de rech-

---

staan. Ook volgens Carpzovius, qu. 115.91, Carpzovius/Van Hogendorp 107.59 e.v., p. 1139, (zie bij Schneider 1940, p. 88) kan onder voorwaarden een verdediger worden toegelaten voor het aantonen van de onschuld. Volgens Matthaeus 48.XX.II.15, p. 672, mag ná het verhoor een advocaat worden toegelaten. Matthaeus, 48.XX.II.15, p. 672, schrijft: '*reum autem non de jure, sed de facto interrogatur*' (de beschuldigde wordt echter niet over het recht maar over de feiten ondervraagd); dit citaat is ook aangehaald door De Bosch Kemper, I, XC. Dezelfde redenering werd wel gevolgd in Duitsland en Frankrijk, Drenth 1939, p. 144 en p. 184. Met name in Engeland werd het onthouden van bijstand aan de aangeklaagde als een *rule of law* beschouwd, een opvatting die pas midden achttiende eeuw zou veranderen, zie Langbein 2003.

159 Schmidt 1965, par. 86 e.v. par. 92: '*Rezipiert aber* (i.t.t. de ambtshalve vervolging, wvh) *sind solche Lehren der italienischen Rechtswissenschaft, die im einzelnen das materielle wie das prozessuale Recht in die Richtung auf jene materielle Gerechtigkeit bringen sollen, die uns als leitende Idee aus den großen Rezeptionsgesetzen entgegentritt.*'

160 '*Zum Schönsten und Feinsten, was die Rezeptionsgesetze gegeben haben, gehört das, was sie über das Amt des Richters zu sagen wissen. (…)Wissenschaftliches Studium … weist unausgesetzt auf die obersten Werte Wahrheit und Gerechtigkeit hin und gewöhnt den Juristen an die Intention auf diese Werte. So entsteht im wissenschaftlich gebildeten Juristen das, was Schwarzenberg und seine Zeit als 'mâze und bescheidenheit bezeichnet haben.*', Schmidt 1965, par. 121 p. 137, 138, zie ook par. 116.

161 Schmidt 1965, par. 139, schrijft ten aanzien van de werkwijze van Carpzovius dat hij zich liet leiden door ratio, *aequitas* en vaste gerechtelijke gebruiken. Zo bracht ook Matthaeus de *aequitas* naar voren, namelijk i.v.m. de in de ogen van Matthaeus oneigenlijke eis om je onschuld te bewijzen. Voorts beroept Matthaeus zich op de *aequitas* in zijn uiteenzettingen over de erkenning van de kracht van het gewijsde en de *absolutio ab instantia*, hierna te bespreken. Vgl. Coenraad 2000, par. 6.2 en slotconclusie. Zij concludeert dat het recht van hoor en wederhoor een basisprincipe vormde van het Romeinse (civiele en straf-) proces en ontleent voor die conclusie belangrijke argumenten aan twee klassieke schrijvers: Marcianus en Seneca; beiden beriepen zich op de *aequitas*. Zeker Seneca heeft bijv. Matthaeus beïnvloed (zie Hoofdstuk 4, par. 1.6).

162 Wielant 1515-1516, cap. 37.2 (over de toepassing van de pijnbank:); cap. 54.5 (over het straffen in het algemeen).

163 Coppens 1991, p. 44.

ter bij het vinden van de waarheid, in de gevallen waarin de formele uitkomst onbillijk zou zijn. De *aequitas* stond zo gezien zowel voor 'gerechtigheid' in de zin van 'daadwerkelijke bestraffing van de schuldige' als voor billijkheid en matiging bij de berechting en bij de toepassing van de straf.

2.4 De verschijningsvormen van het inquisitoire proces

2.4.1 Inleiding

Het inquisitoire proces kwam niet in de plaats van het aloude accusatoire model, maar ontwikkelde zich ernaast.[164] De overgang vond dan ook niet in één keer plaats en bovendien ontstonden er mengvormen. De private klager bleef bijvoorbeeld nog lange tijd in diverse streken van Europa bevoegd tot het in gang zetten van een strafproces.[165] Carpzovius schrijft dat in Duitsland slechts met betrekking tot de ernstigste feiten, die waardoor het publieke belang in het geding was, een inquisitoir proces werd begonnen als zich geen private klager aandiende.[166] De procedure op private klacht bleef er volgens Schmidt tot in de achttiende eeuw de meest gebruikelijke.[167] Deze zou echter in diverse opzichten verwantschap hebben vertoond met het inquisitoire proces zoals dat hieronder zal worden beschreven.[168] Daarnaast bleef het 'voldingen' door middel van het uitwisselen van stukken voor het strafproces bestaan, en was die procedure ingebed in een inquisitoire procedure. Deze wijze van procederen werd echter slechts benut voor de vervolging van

---

164 Hierover Trusen 1984; Coppens 1991 beschrijft de ontwikkeling in het kerkelijk recht.

165 Matthaeus, 48.XX.II.2, p. 667, noemt Holland en Overijssel. Hij vindt dat de tekst van de Utrechtse statuten, die alleen de Schout benoemt als aanklager, hierbij negatief afsteekt. Matthaeus was van mening dat in elk geval het slachtoffer zou moeten kunnen aanklagen, bijvoorbeeld de man, wiens vrouw was vermoord. Hij vond zijn opvatting niet alleen steun in genoemde andere gewesten, maar ook in de oude en vertrouwde Ulpianusregel (D. 48.2.7.2). Clarus, volgens Moeller, p. 148, 149, gaat er ook van uit dat een private klager wel een onderzoekend proces in gang kan zetten. De gewone accusatoire procedure voor de berechting van strafzaken, die slechts voor de rechter kon worden gebracht door een klacht van een civiele partij, was in zestiende eeuw in Vlaanderen zo goed als afgeschaft, Monballyu 1991, p. 123.

166 In Duitsland beschrijft Carpzovius het inquisitoire proces als uitzonderingsrecht op het proces dat begint op private klacht, Van Hogendorp 1752, 99e hoofdstuk nr. XV, p. 1003,4, 'dat namelijk in deze landen enkelijk met betrekking tot zware en ergerlijke misdaden waardoor de rust en de kalmte van 't gemenebest verstoord wordt, geen aanklager zich opdoende en de dader aanwezend zijnde, het bijzonder onderzoek stand grijpt.'

167 Volgens Schmidt 1965, par. 185.

168 Volgens Schmidt 1965, p. 122, e.v., leverde de aanklager een begin van bewijs, de rechter zocht de materiële waarheid, en zo nodig werd folter toegepast; p. 126: *Vor allem aber ist zu beachten, dass der Akkusationsprozess der … CCC gar nichts anders als ein reiner Inquisitionsprozess ist, bei dem die Anklage seitens eines privaten … Klägers nur als eine auch noch mögliche Prozesseinleitungsform beibehalten worden ist*. Trusen 1988, p. 112 e.v. relativeert overigens deze uitleg van Schmidt en benadert het *Anklage*proces vanuit zijn accusatoire oervorm, waarin ook folter zou zijn toegepast.

lichte overtredingen (zie par. 2.4.2 hierna).

Het inquisitoire strafproces zoals dat zich vanaf de zestiende eeuw manifesteerde, kende dus diverse vormen. Van die procesvormen zou de variant die bedoeld was voor de berechting van de ernstigste feiten, de procedure die later werd aangeduid met 'het extraordinaire proces', zich ontwikkelen tot ons huidige strafproces. Hieronder volgt een rudimentaire beschrijving van de verschillende procesvormen. Deze beschrijving is gebaseerd op de doctrine, en niet op de bestudering van procesdossiers.[169] De doctrine strekte zich uit over een periode van 150 jaar en over een uitgestrekt gebied. De onderstaande beschrijving moet daarom worden gezien als een dwarsdoorsnee van 'het inquisitoire proces' in de zestiende en zeventiende eeuw.[170] Hier en daar krijgt de situatie in de provincie Utrecht iets meer de ruimte omdat de bron die daar een kijkje in geeft, het boek van Matthaeus, voor mij het meest toegankelijk was. Dit heeft mijns inziens geen invloed op de uitkomsten van het onderzoek omdat Matthaeus een brede kijk had op wat zich in de strafrechtelijke doctrine in Europa afspeelde.

2.4.2 *Civiele strafprocedures*

Omdat de inquisitoire procedure zich ontplooide naast en vanuit het aloude accusatoire model leunde het op dat model en leende het ervan. Pas na de codificatie van de strafwetgeving eind achttiende eeuw hebben beide modellen zich van elkaar losgemaakt. Tot die tijd werden binnen het strafproces civiele en criminele strafprocedures onderscheiden. De mate waarin sprake was van toepassing van het civiele accusatoire model binnen het strafrechtelijke proces varieerde naar de ernst van de feiten en de hoeveelheid bewijs. Zo wordt door Wielant beschreven dat binnen een ambtshalve ingesteld strafproces 'civilijck' kon worden geprocedeerd, dus zoals men gewoon was in een civiele accusatoire procedure. Het ging dan om de vervolging van geringe overtredingen die niet met lijfstraf, maar in beginsel alleen met geldboete werden bestraft,[171] zgn. niet-kapitale delicten.[172] Het zijn vergrijpen tegen het ordenende recht. Monballyu noemt als voorbeelden overtredingen van plaatselijke keuren op maten en gewichten en 'het uittrekken van grenspalen'.[173] Broers bespreekt een paar gevallen van belediging van overheidsdiena-

---

169 Zie voor een dergelijk onderzoek: Vrolijk, *Recht door Gratie*, 2001.

170 Zie voor de beschrijving van de diverse varianten van het zestiende-eeuwse strafproces in Vlaanderen Monballyu 1991.

171 Monballyu 1991, p. 125. Wielant schrijft dat er ook een 'kleine' lichamelijke straf kan worden toegepast. Wielant 1515-1516, cap. 1.6.

172 Kapitale delicten zijn volgens Wielant degene 'die men pugniert capitalic metter doot, of met eeuweghen banne ende confiscatie van goede', 1515-1516, cap. I.5 (in andere drukken, bijvoorbeeld die van 1510 en 1656 wordt hier ook de lijfstraf genoemd). Vgl. Monballyu 1991, p. 124.

173 Monballyu 191, p. 125.

ren.[174] Het zijn feiten die wij nu met 'overtredingen en lichte misdrijven' zouden aanduiden en die in aanmerking kunnen komen voor buitengerechtelijke afdoening. Wielant noemde het een 'civilijck ingesteld crimineel proces'.[175] De ambtshalve ingestelde vordering werd in deze gevallen in een gewoon accusatoir proces behandeld, dus met gelijkberechtigde partijen tegenover een lijdelijke rechter. Het was dus wel een strafproces maar niet een echt inquisitoir proces. De aangeklaagde stond echter anders dan in een gewoon accusatoir proces tegenover een ambtshalve aanklager en het proces kon worden gewijzigd in een 'criminelijck' strafproces, een proces waarin de rechter niet lijdelijk was. Deze vorm van civilijck procederen was bekend in de zestiende eeuw in Vlaanderen[176] en in zeventiende-eeuws Staats-Brabant.[177]

2.4.3 *Ordinaire en extraordinaire strafprocedures*

Als het ging om de vervolging van ernstiger delicten, de kapitale delicten, werd het strafproces niet civilijck maar steeds criminelijck ingesteld, wat zoveel zeggen wilde dat de rechter niet lijdelijk mocht blijven. Maar ook in criminelijck ingestelde procedures kon accusatoir worden geprocedeerd. De aanduiding hiervoor was 'ordinair' of 'civiel'. Dit criminelijck instellen van een ordinair proces was gebruikelijk indien zich naast de openbare aanklager een private klager presenteerde, maar ook daarzonder kon de openbare aanklager op deze wijze vervolgen. Deze criminelijck ingestelde ordinaire procedure lijkt net als de civilijck ingestelde procedure op een gewoon accusatoir proces. Dat betekende dat er op de voet van de civiele procesregels schriftelijk werd doorgeprocedeerd, dat de rechtsbijstand van een advocaat of procureur werd toegelaten en de partijen in beginsel als gelijkberechtigden tegenover elkaar stonden. De inzet van het geding, het vinden van de materiële waarheid, bleef echter het doel van deze procedure; dat maakte het verschil met een procedure op aanklacht tussen civiele partijen. In dit criminelijck ingestelde ordinaire proces kon uiteindelijk ook dwang worden toegepast, namelijk als de ordinaire procedure werd geconverteerd in een extraordinaire.

De andere procesvorm voor de berechting van kapitale feiten die criminelijck werd ingesteld was de *inquisitio*, het proces dat in beginsel gepaard ging met tortuur. Omdat de *inquisitio* de niet-gewone, met andere woorden 'buitengewone', manier van procederen was, heette deze procedure 'extraordinair'.[178] Beide procesvor-

---

174 Broers 2006, par. 4.2.

175 Wielant 1515-1516, cap. 2, Monballyu 1991, p. 124.

176 Monballyu 1991, p. 125.

177 Broers 2006.

178 Deze procedure is geen afgeleide van de Romeinse *cognitio extra-ordinem*, het buitengewone proces in de tijd van de late republiek (hierover Hoofdstuk Herkomst 4.3 *Het verbod van herhaling vanaf de Keizertijd*). De aanduiding 'extraordinair' ziet in beide gevallen alleen op de uitzondering ten opzichte van wat 'ordinair', c.q. 'gewoon' was.

men, de ordinaire zowel als de extraordinaire criminelijck ingestelde procedure hadden een inquisitoir karakter, maar indien men heden ten dage spreekt over het 'het inquisitoire proces' wordt daar over het algemeen mee gedoeld op het criminelijck ingestelde extraordinaire strafproces.

2.4.4 *Van extraordinair naar ordinair en terug*

Indien het bewijs niet voor het oprapen lag en de zaak daarom niet 'summier' of 'simpelic' kon worden afgedaan (zie 2.4.5 hierna), dan stonden de ordinaire en de extraordinaire procedure ter beschikking. Tussen die beide procedures kon tijdens het proces nog worden gewisseld. Indien in een criminelijck ingesteld strafproces de extraordinaire procedure was gekozen en na verloop van tijd toch onvoldoende bewijs voorhanden was voor veroordeling, maar wel genoeg voor een ernstige verdenking, moest nader onderzoek worden verricht. Dit kon zowel betrekking hebben op het horen van getuigen als op het horen van de beschuldigde. In dat laatste geval kon verwijzing naar de pijnbank zijn aangewezen. Voorwaarde was dat er voldoende aanwijzingen van schuld tegen de aangeklaagde bestonden. Bestonden die niet dan kon het extraordinaire proces worden getransformeerd in een ordinair proces. Die overstap kon ook na verhoor op de bank nog plaatsvinden. Werd in het ordinaire vervolg van deze procedure geen nieuw bewijs aangedragen dan was de zaak daarmee beslist en zou vrijspraak moeten volgen. Gelet op de eis dat ook de onschuld bewezen moest worden, moet worden aangenomen dat dit vrijspreken niet geregeld voorkwam. Kwam er wel nieuw bewijs dan kon het proces weer terugkeren tot het extraordinaire model. Op dezelfde wijze kon een ordinair in gang gezet crimineel proces extraordinair werd voortgezet.

Volgens de Franse rechtsgeleerde Ayrault (1610) kon slechts eenmaal sprake zijn van conversie in een ordinair proces; als na die conversie het proces weer werd terugveranderd in een extraordinair proces wegens het opkomen van meer bewijs dan was dat de definitieve eindfase. De positie van de aangeklaagde in een getransformeerd extraordinair proces (dus in een ordinair proces) verschilde volgens Ayrault in drie opzichten van die in een gewone civiele procedure.[179] Ten eerste betekende de omzetting dat de aangeklaagde niet zonder meer, maar alleen op borgtocht (*caution*) werd vrijgelaten. In de tweede plaats vond er geen openbaarmaking van de resultaten van het onderzoek (*publication d'enquete*) plaats, omdat de aangeklaagde zich dan uit de voeten zou kunnen maken (*car l'accusé evaderoit , s'il apprenoit qu'il fust survenu de la preuve*)',[180] en ten derde kon dit ordinaire criminele proces zo nodig weer extraordinair worden hervat.[181] De mogelijkheid van

[179] Ayrault 1610, III, 4, nr. 11, *Les formalités de l'ordinaire,* p. 562.
[180] Ayrault 1610, III, 4, nr. 11, *Les formalités de l'ordinaire,* p. 562.
[181] Vgl. Ayrault 1610, III.4, p. 556, *La difference d'eviter l'ampliation et le reglement à l'ordinaire.*

omzetting binnen het criminele proces is tot aan de codificatie van het strafrecht, rond 1800, gebruikelijk geweest.

2.4.5 Inquisitio summaria en 'simpelic'

Naast de hiervoor beschreven ordinaire en extraordinaire procesvormen werd nog een derde vorm beschreven, de *inquisitio summaria* of het summiere onderzoek. Het was de aanduiding voor een vormloos proces dat na aanhouding onmiddellijk tot veroordeling leidde. In het summiere onderzoek werd de beschuldigde gevangengezet, bleef hij verstoken van bijstand en ontbraken waarborgen van het gewone inquisitoire proces. Dit korte proces werd gehanteerd in zaken die zo duidelijk lagen dat een onderzoek overbodig werd geacht. Dit deed zich voor in gevallen van betrapping op heterdaad (*deprehensio in flagranti crimine, delicto*).[182] Rüping noemt als voorbeeld de heksenprocessen.[183] Wielant benoemt ook een dergelijk proces-zonder vorm-van-proces. Deze procedure, 'simpelic de plano' werd volgens hem aangewezen geacht in situaties die geen uitstel duldden, 'zoals men bij beroering onder het volk eerst van vijf of zes van de ergste oproerkraaiers de hals afhouwt om pas daarna te overleggen of het goed was; omdat in zulke gevaarlijke zaken anders geen orde te houden is', aldus Wielant.[184]

2.5 Het extraordinaire proces

2.5.1 Inleiding

Het accent in de inquisitoire procedure lag op het (voor)onderzoek, liever gezegd: het inquisitoire onderzoek bestond uit onderzoek dat in het geheim plaats vond. Over een onderzoek op de openbare terechtzitting wordt in deze tijd nog niet gerept. Uit de gegeven procesonderdelen moeten we dan ook afleiden dat het slot van de extraordinaire procedure niet, zoals thans, uit een eindonderzoek ter terechtzitting bestond, laat staan dat deze finale ronde in de openbaarheid plaatsvond. De openbaarheid ter terechtzitting deed pas begin negentiende eeuw haar intrede (zie Hoofdstuk 9, par. 2.3.). Het slot van het extraordinaire proces bestond slechts uit de vraag tot welke eindbeslissing de rechter op basis van de in het vooronderzoek en - eventueel - in het voortgezette onderzoek verkregen bewijsmiddelen of aanwijzingen moest komen: vrijspraak, veroordeling[185] of anderszins.[186] Dit 'anderszins' kon betekenen dat de aangeklaagde werd vrijgelaten of opnieuw

---

182 Wielant 1515-1516, cap. 3; Clarus, qu. 8, zie Von Moeller 1911, p. 150.

183 Rüping 1991, p. 49

184 Wielant 1515-1516, cap. 3.6.

185 Wielant 1516-1516, cap. 51: *In materien criminele die capitael zyn ende daer de juge procedeert extraordinairlic uut zynder officie, en hout men gheen solempniteyt van sluutene in rechte, nemaer de juge procedeert ter condempnacie of absolucie.*

186 Vgl. art. 41 Stijl; dit artikel wordt besproken in Hoofdstuk 7, par. 1.6.

moest worden gefolterd maar werd, zeker op den duur, ook zo geïnterpreteerd dat er een bijzondere straf mocht worden opgelegd, één die lager was dan de wet voorschreef. De term die voor dit soort straf gangbaar werd is *poena extraordinaria*.[187]

2.5.2 *Inquisitio generalis en specialis en precedente informatiën*

Inquisitio generalis en inquisitio specialis

In het inquisitoire proces werd formeel onderscheid gemaakt tussen het vooronderzoek (*inquisitio generalis*) en het hoofdonderzoek (*inquisitio specialis*).[188] Het onderscheid was bedoeld om het verschil te markeren tussen het onderzoek naar een strafbaar feit als nog geen beschuldigde in beeld was en het onderzoek waarbij dat wel het geval was. Het diende om de burger te beschermen tegen al te lichtvaardige toepassing van dwang. Als er sprake was van geruchten (*fama publica*) of veronderstellingen (*praesumptia*) moest in de *inquisitio generalis* eerst worden vastgesteld of er werkelijk een delict was gepleegd en of er voldoende aanwijzingen bestonden voor de beschuldiging en dus voor nader onderzoek.[189] Wielant geeft hiervan levendige voorbeelden: *het es zomwyle ghesien dat men inquisicie dede van moorde ende de man leeftde noch, oft van brande ende thuus stont noch.*[190] Geruchten dienden voorts op betrouwbaarheid te worden onderzocht alvorens daar gevolgen aan werden verbonden: *want fame die commen es uut dronckaerts of anderen lichten volcke of uut vianden of quae twillende en es niet genouch omme yemande te diffameren.*[191] Leverde de *inquisitio generalis* informatie op over een bepaald strafbaar feit en ging de verdenking uit naar een bepaalde beschuldigde, dan pas kon de *inquisitio specialis* starten, het gerichte onderzoek naar dat feit en tegen die beschuldigde.[192] Door die overgang kwam de burger in een positie waarin hij aan dwang kon worden onderworpen, werd hij een 'beschuldigde'. De vaststellingen in de *inquisitio generalis* dienden er derhalve toe te voorkomen dat iemand op onjuiste aanwijzingen, bijvoorbeeld op basis van een vals gerucht (*fama*), in zijn eer zou worden aangetast, oftewel 'gediffameerd'. Dit generale onderzoek komt ongeveer overeen met het huidige 'opsporingsonderzoek'.

---

187 Hierover meer in par. 2.5.6.

188 Het onderscheid tussen beide fases van onderzoek wordt toegeschreven aan Paus Innocentius IV, Drenth 1939, p. 140 e.v. Schmidt 1965, par. 187, beschrijft dat dit onderscheid vanuit Italië in Duitsland doordrong nadat de *CCC* in werking was getreden.

189 In het canonieke recht was de Inquisitio van Innocentius III een aanvulling op de oudere canonieke infamatioprocedure, zie: Coppens/Trusen 1991, p. 45, 46 en Drenth 1939, p. 72 e.v. i.h.b. p. 84. In de strafrechtsliteratuur van de zeventiende eeuw is het vereiste van een *fama publica* overgenomen en uitgewerkt, zie: Clarus qu. 4 e.v., zie Von Moeller 1911, p. 149 en 153; Carpzovius, zie Schneider 1940, p. 87, bij Van Carpzovius/Hogendorp, H. 100 en Zopfs 1999, p. 150 e.v.; Matthaeus 1644, 48.XVI.IV.1 p. 554 en 48.XX.II.7, p. 669 nr.7; Schmidt 1965, par 187.

190 Wielant 1515-1516, cap. 8.7.

191 Wielant 1515-1516, cap. 9.1.

192 Wielant 1515-1516, cap. 8.11.

Indien een *inquisitio generalis* naar aanleiding van een gerucht (*clamor*), of wegens veronderstellingen (*presumptia*) of aanwijzingen (*indicia*) voldoende materiaal had opgeleverd om iemand te verdenken, volgde het onderzoek door de rechter. Die besloot al dan niet tot onmiddellijke gevangenneming van de beschuldigde.[193] Er worden evenwel door bijvoorbeeld Wielant zo vele gevallen geschetst die een uitzondering toelieten op de eis van een afgerond algemeen onderzoek alvorens tot gevangenneming mocht worden overgegaan, dat wij moeten aannemen dat de situatie waarin de beschuldigde vanaf het begin van het (generaal) onderzoek in het cachot verbleef, zich het meeste voordeed.[194]
Over de informatie die in de *inquisitio generalis* naar voren was gekomen, werd aan de beschuldigde geen mededeling gedaan. Het proces dat volgde was geheim.[195] De beschuldigde werd met het verzamelde bewijs 'geconfronteerd' en hij was verplicht daarop te antwoorden.[196] Verdediging, maar zonder bijstand, was geoorloofd. Een bekentenis maakte, zoals we zagen, de zaak 'rond'. Indien de straf door de wet werd voorgeschreven, kon de rechter het vonnis uitspreken en laten voltrekken.[197] Als de beschuldigde niet bekende, werd het onderzoek voortgezet, al dan niet in een ordinair proces.

Precedente informatiën
In Holland en Vlaanderen was naast de Latijnse ook een plaatselijke aanduiding voor het 'algemene onderzoek' in gebruik, een aanduiding die tot in de negentiende eeuw stand hield en daarom hier ter sprake wordt gebracht, namelijk de *informacie precedente*,[198] of *precedente informatiën*.[199] In 1838 spreekt De Bosch Kemper in dit verband van 'voorlopige informatiën'.[200] De *precedente informatiën* kunnen

---

193 Alle criminalisten bepleitten overigens terughoudens gebruik van dit dwangmiddel, Wielant 1515-1516, cap. 9; Clarus, zie Von Moeller 1911, p. 149; Matthaeus, 48.XX.II.9,10, p. 670; Schmidt par. 165 e.v. en par 185 e.v.

194 Waaronder: voor degenen die op heterdaad waren betrapt, valsmunters, straatrovers, verkrachters, deserteurs en degenen die de bomen en de wijngaarden bedierven, tovenaars, voortvluchtigen, ballingen etc., Wielant 1515-1516, cap. 15 e.v.; Clarus, zie Von Moeller, p. 149; Matthaeus, 48.XX.II.9,10, p. 670. De arrestatie bij heterdaad werd geregeld in art. 3 Stijl. Dat de voorlopige hechtenis ook in het model van de wetgever van 1838 (vgl. Harteveld 1990, p. 12) een aparte plek innam, is dus vanuit historisch oogpunt geen bijzonderheid.

195 Clarus, bij Von Moeller 1911, p. 156; Matthaeus, 48.XVI.IV.3 p. 554; Van Caenegem 1965b, p. 733.

196 Wielant 1515-1516, cap. 34.6. Er bestond discussie over de vraag of dit verhoor onder ede zou moeten worden afgenomen. De postglossatoren schreven de beëdiging van de beschuldigde voor. Clarus (zie Von Moeller 1911, p. 156) en Matthaeus, 48.XX.II.14 p. 671, waren daar tegenstander van.

197 Broers 2006, par. 2.4, beschrijft dat er ook nog wel werd 'geconcludeerd van eis' opdat de rechter werd voorgelicht over de wijze van strafvoltrekking.

198 Wielant 1515-1516, Capitae 8, 9 en 10.

199 Van der Linden 1806, p. 392, Voorda 1792 aantekening bij art. IV Stijl, p. 280 e.v.

200 Ook wel 'preparatoire informatiën', De Bosch Kemper I, p. 108.

worden beschouwd als het resultaat van de *inquisitio generalis*. Het zijn de uitkomsten van het opsporingsonderzoek. In de Lage Landen gold echter ook nog als opsporingsonderzoek de 'doorgaande waarheid', een op vaste momenten, meestal jaarlijks, terugkerend onderzoek naar het bestaan van misdaden in een bepaalde regio. Het was een overblijfsel uit het plaatselijke gewoonterecht, gebaseerd op de *capitularia* uit de achtste eeuw.[201] De doorgaande waarheid had rond 1515 kennelijk nog niet afgedaan want Wielant beschrijft een soort overgangssituatie, namelijk dat de 'de informacie precedente niet van node' was als sprake was van een doorgaande waarheid.[202] De doorgaande waarheid leverde kortom informatie op die als precedente informatiën konden worden gebruikt voor de voortzetting van het onderzoek naar een beschuldigde in het bijzonder, de *inquisitio specialis*.
De overgang naar de *inquisitio specialis,* dus van het algemeen opsporingsonderzoek naar het bijzondere op basis van precedente informatiën, is in de Nederlanden geformaliseerd tot de zogeheten procedure van rechtsingang.[203] De rechtsingang markeerde derhalve de overgang naar de mogelijke toepassing van dwang. Deze beide fasen, die vóór en die na rechtsingang, zijn te vergelijken met respectievelijk het 'opsporingsonderzoek' en de 'geheime instructie, tevens eindonderzoek'. Pas na de omwenteling, de Bataafse revolutie en de Franse overheersing, zou aan dit laatste onderzoek het openbare onderzoek ter terechtzitting worden toegevoegd.[204]

2.5.3 *De discretie van de rechter*

De rechter had ondanks de strenge bewijseisen een zekere beslissingsmarge. Elke beslissing was in beginsel afhankelijk van het aanwezige bewijs, maar een zekere weging van de aanwezige 'aanwijzingen' of 'presumptiën' dan wel 'beruchtheid'

---

201 Fockema Andreae 1897, p. 63, over het begrip 'waarheid', p. 80 over de stille waarheidprocedure en p. 88 over de jaarlijkse omgang van de baljuw of: het nemen van 'informatie precedente'; Van Caenegem 1956, p. 35.

202 Wielant 1515-1516, cap. 8.10: 'In de generale ondersouct de juge of fixque generalic van allen delicten ende persoonen om zyn provincie te zuverne van quade lieden. Ende daer en es de informacie precedente van gheenen noode, nemaer werdt daerinne gheprocedeert by generalen vraghene zo men doet in de duergaende waerheden.'

203 Artt. 4 Stijl jo. 50 OCJ en 44 MvP Decreet 1799. Over de herinvoering van de rechtsingang in de loop van de negentiende eeuw Harteveld 1990, p. 7, met verwijzing naar De Bosch Kemper I, p. 306 e.v., De Pinto II, p. 131, en Voorduyn VI, p. XI. Daarbij werd gevangenneming formeel één van de drie vormen van 'rechtsingang'; over de ontwikkeling van de procedure van rechtsingang zie Hoofdstuk 7, par. 1.2 en Hoofdstuk 8, par. 4.1.. De gevangenneming die niet kon wachten op het bevel van de rechter en dus vooruitliep op de rechtsingang wordt door De Bosch Kemper aangeduid als een 'voorlopige rechtsingang'.

204 De Bosch Kemper I, p. 304 e.v.

(*fama*) had wel plaats en werd door de criminalisten ook gepropageerd.[205] Indien er verweer was gevoerd kon de rechter de aard van de procedure wijzigen door naar het ordinaire proces te verwijzen, maar hij kon ook de voortzetting van het onderzoek, het 'scherper onderzoek' of *inquisitio* gelasten.[206] Daarbij besliste hij tevens of de beschuldigde op borgtocht mocht worden vrijgelaten.[207] Indien tot voortzetting van het onderzoek werd besloten kon de rechter de beschuldigde direct voor nadere ondervraging naar de pijnbank verwijzen[208] of het proces korte tijd aanhouden (de zogeheten *ampliatio*).[209] Ook kon hij besluiten meer getuigen te horen. Indien hij naar de pijnbank had verwezen, was het weer afhankelijk van de uitkomsten van dat onderzoek welke volgende beslissing genomen mocht worden: veroordeling, vrijspraak of herpijnigen. Afgezien van plaatselijke bijzonderheden en verschillen ten aanzien van de precieze voorwaarden gold dit beslissingskader in beginsel voor alle strafzaken op het Europese continent.[210] Zoals in Hoofdstuk 4 zal blijken, pakte dit model in de praktijk vaak anders uit.

2.5.4 *Waarborgen*

Ondanks de hiervoor beschreven hardhandige en unfaire methode van onderzoek hadden de vroegmoderne juristen toch ook oog voor de belangen van de beschuldigde. Dat blijkt al uit de eis van een voorafgaande vaststelling van het delict en het vereiste van een onderzoek door een rechter naar de gegrondheid van de verdenking. Zo werd gewaakt tegen gevangenneming op basis van roddel en achterklap. Voorts waren waarborgen ingebouwd tegen te snelle veroordeling. Dat blijkt uit het vereiste van een objectief bepaalbaar bewijsminimum en uit het bestaan van regels voor het leveren van tegenbewijs. Het blijkt voorts uit de regels voor toepassing van tortuur. De beslissing om iemand op de pijnbank te leggen was streng geprotocolleerd; er stond zelfs wel beroep tegen deze beslissing open.[211] Bij deze ondervraging op de bank was de rechter bovendien gebonden aan de gegevens die van tevoren op basis van het voorbereidend onderzoek naar voren waren geko-

---

205 Zie over de toepassing van *poenae extraordinariae* Wielant 1515-1516, cap. 54 en art. 58 Ordonnantie op de Criminele Justitie van Philips II van 1570. Vgl. Zopfs 1999, h 2. Zie ook Hoofdstuk 4, par. 1.8.3 over de rol van regel *in dubio pro reo*.

206 Clarus qu. 62.

207 Wielant, cap. 19, *Van slakene* en 20, *Van borchtocht in materien criminele*; Clarus, qu. 46, aangeduid door Von Moeller 1919, p. 157.

208 Wielant, 1515/1516, cap. 35, *Van ter banck te legghene*; Clarus, qu. 62 (Von Moeller 1919, p. 162); Carpzovius/Van Hogendorp H. 98, nr. 59, Schwarplies 1970, p. 44; Matthaeus Titel XVI.II e.v. p. 544.

209 Matthaeus 48.XVII.II.3, p. 569.

210 Vgl. bijvoorbeeld de beschrijving van Ayrault 1610, III.4.1, *du iugemĕt*, p. 555, die de beslissingen tot toelating tot verweer (1), verwijzing naar de pijnbank (2) en wijziging in een ordinair proces (3) aanduidt met 'interlocutoire vonnissen'. Deze moeten worden onderscheiden van gewoon uitstel, Ayrault noemt de Romeinse de *ampliatio* en *comperendinatio*.

211 Matthaeus, 48.XVI.IV.7, p. 555.

men, aangeduid met de term 'artikelen'. 'Artikelen' waren dus zoiets als vraagpunten naar aanleiding van het bewijsmateriaal dat tegen de beschuldigde was verzameld. Men sprak in dit verband van het *gearticuleerd* verhoor.[212] De confessie was voorts pas bruikbaar indien zij 'vrij van banden', ofwel losgemaakt van de pijnbank, door de beschuldigde was herhaald. Ook voor het herhalen van tortuur bestonden regels. Voorwaarde was bijvoorbeeld dat er nieuwe aanwijzingen waren. De vraag was dan weer hoe sterk deze moesten zijn. Ook het aantal herhalingen was over het algemeen gereglementeerd.[213] De regels moesten ten slotte ook verhinderen dat de pijniging blijvend letsel teweeg bracht.[214]

Een waarborg was voorts dat de rechter tijdens het gehele onderzoek zowel moest zoeken naar belastend als ontlastend bewijsmateriaal, immers zijn onderzoek stond in dienst van de materiële waarheidsvinding.[215] Tevens moest de beschuldigde worden toegelaten tot tegenbewijs. Zo was er al met al een aantal waarborgen in de procedure ingebouwd die waakten tegen al te snelle en grove inbreuken op de

---

212 Vgl. Rijksen 1946, p. 30 e.v. Met '*gearticuleerd*' wordt dus niet bedoeld dat bij de ondervraging 'duidelijk werd gesproken' maar dat het verhoor werd afgenomen aan de hand van de afgelegde verklaringen, die in leden (vragen) waren verdeeld (*gearticuleerd*), de zogeheten 'artikelen', vgl. Schmidt 1965, par. 167 en par. 188: '*der Richter hatte vor der Vernehmung des Beschuldigten das in der Generalinquisition gewonnene Material in einzelne, schriftlich festzulegende Fragen aufzulösen und hatte sich beim Verhör des Beschuldigten genau an diesen Fragen zu halten. Er wurde damit gezwungen den Prozessstoff gründlich durchzuarbeiten und sich vor unzulässigen (etwa Suggestiv-)Fragen zu hüten.*' Vgl. ook Wielant cap. 34: 'de gedaagde wordt door de commissaris ondervraagd op de artikelen die de procureur bij zijn eis heeft overgegeven'. Carpzovius/Van Hogendorp, H. 105.VIII, IX, p. 1099, maakt een vergelijking met de eis in het burgerlijk procesrecht om 'zekere stellingen te maken en die in geschrift aan de rechter te geven met als doel dat de beklaagde de stellingen door het bekennen of ontkennen beantwoordt, zoals ook in het pauselijke recht.' De reden voor dit gearticuleerd ondervagen is volgens Coppens 1991, p. 47, dat zo de bronnen (getuigen) voor de aangeklaagde verborgen kunnen worden gehouden.

213 Zie Wielant 1515-1516, cap. 38; Carpzovius was van mening dat bij gruwzame misdrijven niet meer dan tweemaal, en bij de gruwzaamste maximaal driemaal mocht worden gepijnigd, Carpzovius/Van Hogendorp, H. 117,19 en H. 109 'Van de Pyniginge'; H. 110, 'Van de personen, die niet konnen gepynigd worden'; H. 111, 'Van de ter Pyniginge gepaste zaaken'; De Franse ordonnantie van 1670 bepaalt dat geen tweede keer mocht worden gepijnigd: *Quelque nouvelle preuve qui survienne, l'accusé ne pourra être appliqué deux fois à la question pour un même fait*, Ordonnantie 1670, Titel XIX, art. 12.

214 Door alle rechtsgeleerden worden uitvoerige beschouwingen gewijd aan de toepassing van de pijnbank of tortuur, waaruit blijkt dat hier zeer strikte regels voor golden. In elk geval mocht de tortuur niet worden toegepast dan na een geprotocolleerde beslissing van de rechter. Clarus, zie Von Moeller, p. 162; Matthaeus 48.XVI.IV, p. 554. Matthaeus, 48.XVI.V, p. 559, 560, achtte de nadelen van de tortuur groter dan de voordelen, zie de bespreking van Matthaeus' argumenten door Van de Vrugt 1982, p. 37 e.v.

215 Clarus, qu. 62.1 schrijft: 'Als er verder niets meer te doen is, noch van de kant van de aanklager noch van de kant van de aangeklaagde, moet de rechter zorgvuldig (*diligenter*) zowel het belastende als het ontlastende materiaal bekijken en met een juiste balans (*recta trutina*) afwegen wat uit het proces naar voren komt en welke en van wat voor soort de aanwijzingen of bewijzen tegen de aangeklaagde zijn die niet door zijn verdediging zijn ontkracht (…)'.

vrijheid van de burger en tegen onterechte veroordeling. De invloed van de *aequitas*-gedachte is hier onmiskenbaar merkbaar. Dat de praktijk wel eens anders zal zijn geweest, doet aan de destijds bestaande inzichten niet af.[216]

2.5.5 *Tussentijdse samenvatting*

Door de ingewikkeldheid van de procesvormen en de niet steeds eendere terminologie[217] enerzijds en de plaatselijk van elkaar verschillende,[218] verbrokkelde en onduidelijke[219] wetgeving anderzijds is vooral in de achttiende eeuw veel onduidelijkheid over de inhoud van het extraordinaire strafproces ontstaan.[220] Uit de samenhang van de door de zestiende en zeventiende-eeuwse criminalisten beschreven procesonderdelen kan echter worden afgeleid dat het criminele strafproces in ernstige zaken globaal het volgende verloop heeft gekend.[221] Na het opsporingsonderzoek (*inquisitio generalis*), begon het gerichte onderzoek (*inquisitio specialis*). Dit eindigde direct met een veroordeling indien de beschuldigde had bekend. Indien dat niet het geval was, volgde het voortgezette onderzoek, ordinair of extraordinair, in dat laatste geval al dan niet met toepassing van tortuur. Bewijsregels speelden voor de toepassing van dwang en voor de te kiezen procesvorm een dominante rol. Was de extraordinaire weg gekozen dan kon nog omzetting plaats vinden in een *ordinair* proces. 'De pijnbank' als aanduiding voor het in de zestiende eeuw verbreid geraakte inquisitoire proces is dus te kort door de bocht. Wij zouden ook niet graag willen dat over honderd jaar de geleerden ons huidige strafproces bij-

---

216 Ook nu stemmen theorie en praktijk niet altijd overeen, zoals blijkt uit het strafrechtelijk onderzoek in de Schiedammer parkmoord. In die zaak bleek dat de verklaringsvrijheid van de beschuldigde tijdens het politieonderzoek met voeten was getreden. F. Posthumus, *Evaluatieonderzoek in de Schiedammer parkmoord, Rapportage in opdracht van het College van procureurs-generaal*, 2005; Derksen 2008.

217 Matthaeus, 48.XX.II.6 e.v. p. 669, 670, en 672, maakt bijvoorbeeld een iets ander gebruik van dezelfde termen. Het voorbereidend onderzoek duidt hij aan met de termen '*inquisitio praeparatoria*' of '*summaria*' dan wel '*extraordinaria*'; deze aanduidingen lijken als synoniemen te worden gebruikt. Hij onderstreept dat dit vooronderzoek goed moet worden onderscheiden van het hoofdonderzoek dat hij aanduidt met de term '*inquisitio principalis*' of '*ordinaria*'. De term hoofdonderzoek reserveert hij dus voor een *ordinair* proces. De fase van dit ordinaire onderzoek wordt volgens Matthaeus pas bereikt als de beschuldigde is ondervraagd maar niet heeft bekend en er onvoldoende aanwijzingen zijn om hem op de pijnbank te leggen: '*pervenitur autem ad ordinariam inquisitionem, cum reus interrogatus nihil confessus est, & levibus premis argumentis, ita ut eculeo locus non sit*', zie Matthaeus, 48.XX.IV.6, p. 681.

218 Zo hanteert Faber het onderscheid 'boven en beneden' om daarmee twee verschillende strafprocedures aan te duiden die in het achttiende-eeuws Amsterdam werden gehanteerd. Faber 1983, p. 29.

219 Een voorbeeld van onduidelijke wetgeving is de Ordonnantie op de Stijl van Philips II. De onduidelijkheid is er tevens een fraai voorbeeld van hoe in de praktijk het verschil tussen voor- en hoofdonderzoek in het extraordinaire proces kon verdwijnen; hierover Van de Vrugt 1978, p. 112 e.v.

220 Vgl. Monballyu 1991, p. 126.

221 Zie ook het overzicht dat Voorda 1792 van het extraordinaire en het ordinaire strafproces heeft gemaakt op het vouwblad t.o. p. 117.

voorbeeld zouden betitelen als 'het deskundigen-onderzoek' zonder het contraire karakter van dit proces te benadrukken.

2.5.6 De straffen in het extraordinaire strafproces

De zaken die volgens de extraordinaire procesvorm werden berecht, waren als gezegd de ernstige feiten, de 'kapitale delicten', zoals moord en doodslag, ontvoering en verkrachting. Deze delicten werden zo genoemd omdat zij met de zwaarste straffen werden bestraft, al was het (lang) niet altijd de doodstraf. Ook verlies van vrijheid of burgerschap, lijfstraf, confiscatie van goederen of eerloosheid werden beschouwd als 'kapitale straffen'. De strafbaarstelling van deze delicten werd in diverse rechtsbronnen gevonden, zoals in het Oude Testament, het Romeinse recht en het ongeschreven en geschreven inheemse recht en later in de geschriften van de rechtsgeleerden.[222] Een nauwkeurige omschrijving van straf en van de elementen en bestanddelen van het delict ontbraken veelal.

De straffen werden behalve in kapitaal en niet-kapitaal nog onderscheiden in 'ordinair' en 'extraordinair', in het Latijn: *poenae ordinariae* (de gewone straffen) en *poenae extraordinariae* (de bijzondere straffen).[223] Wielant beschrijft de *poenae extraordinariae* als straffen die, anders dan de ordinaire, niet door de wet worden voorgeschreven maar ter discretie van de rechter staan.[224] Door Carpzovius worden zij omschreven als straffen die bij minder dan vol bewijs maar bij voldoende aanwijzingen van schuld konden worden opgelegd en lager waren dan de door de wet vastgestelde straf.[225] Hij bepleitte een dusdanig ruime toepassing van deze straffen dat hij er wel van is beticht deze straf te willen toepassen als slechts sprake was van verdenking, dus als *Verdachtstrafe*.[226] Matthaeus wees de toepassing van *poenae extraordinariae* ten stelligste van de hand, juist vanwege het gevaar dat zij werden gebruikt om de beschuldigde te veroordelen ondanks gebrek aan vol bewijs. Hij was van mening dat als het bewijs ontbrak er verder onderzoek moest worden gedaan of vrijspraak moest volgen; gebrek aan bewijs was geen reden voor oplegging van niet-wettelijke, lagere, straf. Hij bepleitte bewijslevering op basis van 'argumenten'. Er bestond naar zijn mening geen aanleiding voor het opleggen

---

222 Hierover meer in Broers 2006.

223 Er bestonden nog meer indelingen, zoals 'meer en minder ernstige delicten' (*graviora vel leviora*), en 'extraordinaire en publieke'. Het onderscheid is niet altijd even helder; vgl. de definities van Wielant 1515-1516, cap. 1 en Monballyu 1991, p. 124 en die van Matthaeus, *Prolegomena*, IV, p. 33 e.v. en art. 58 OCJ 1570.

224 Wielant 1515-1516, cap. 54. Over de *poenae extraordinariae* en hun invloed op de bewijsleer zie Damaška 1978, par. II.

225 Carpzovius qu. 116, 51, Carpzovius/Van Hogendorp, H.108, nr. 2 en 6; Elben 1846, p. 30, Schwarplies 1970, p. 45, Schmidt 1965, par. 141.

226 Hierover Zopfs, 1999, p. 153-156, die deze kritiek niet onderschrijft.

van een *poena extra-ordinaria* buiten de voorgeschreven straf.[227] Later hebben de *poenae extraordinariae* zich, in het bijzonder in Duitsland, ontwikkeld tot straffen op basis van overtuiging.[228]

2.5.7 *'Bijzondere delicten'*

Kapitale delicten als moord en doodslag, godslastering en ketterij, hoogverraad, valsmunterij, roof, verkrachting en brandstichting zijn - met uitzondering van ketterij - misdrijven die door ons wel 'bijzondere delicten' worden genoemd. Het is geen wettelijke terminologie, maar wel een gangbare.[229] Het zou mij niet verbazen als de aanduiding 'bijzondere delicten' haar oorsprong vindt in het hiervoor beschreven inquisitoire proces. De genoemde delicten werden immers op den duur alle berecht in het *extraordinaire*, het bijzondere, proces; eenvoudige overtredingen en lichtere delicten konden in het gewone civiele dan wel in het criminele proces *ordinair* worden afgedaan. De delicten die in het *extraordinaire* proces werden berecht, kregen, zo is de gedachte, allengs de naam van de procesvorm waarin ze werden berecht.

Anders dan Van Bemmelen[230] denk ik dan ook dat de verklaring voor de term 'bijzondere delicten' in de eerste plaats gezocht moet worden in de tegenstelling tot 'ordinair' en niet in de tegenstelling tot 'algemeen' in 'het algemeen deel van het Wetboek van Strafrecht'. Historisch gezien is de aanduiding 'extraordinair' voor delicten ouder dan het bestaan van het algemeen deel van het Wetboek van Strafrecht. De term 'bijzondere delicten' stamt al uit de Romeinse tijd.[231] De term 'algemeen' voor het algemene deel is van later tijd, wanneer de wetenschap erin slaagt de algemene leerstukken los te maken uit de bijzondere delicten; dat is het begin van de zeventiende eeuw.[232] Er bestond dus nog geen 'algemeen deel' toen er al wel delicten in een bijzondere procedure werden berecht en toen ook de aanduiding 'bijzondere delicten' al gangbaar was.[233] Bovendien is het argument van Van Bemmelen systematisch beschouwd minder goed te verdedigen. Het argument gaat namelijk uit van een niet bestaande tegenstelling. In het algemene deel van het wetboek staan geen delicten, zodat de aanduiding 'algemeen' niet verklaart waar-

---

227 Matthaeus 48.XVIII.5.2, p. 626 en 48.XV.6.4, p. 534.

228 Zie hierover Hoofdstuk 11.

229 Van Bemmelen noemde het tweede deel van het hand- en leerboek uit 1954: 'Bijzondere delicten'; zie ook De Hullu 2009, p. 68.

230 Van Bemmelen 1954, p. 1 en 1981, p. 2.

231 Robinson 1995, p. 3 en 10.

232 Matthaeus was één van de eersten die deze algemene leerstukken ontwikkelde, zie hiervoor, Hoofdstuk 3, par. 1.6.5.

233 Matthaeus *Prolegomena*, IV.7, eerste regel, p. 37, legt het verband tussen het bijzondere delict en de bijzondere procedure. Hij bespreekt de term *crimen extra ordinarium* vanuit de Romeinse bronnen. Daarin worden de delicten geclassificeerd als 'publieke' (*crimina publica*) tegenover 'private' delicten (*crimina extra ordinaria*).

om de delicten uit het volgende deel 'bijzonder' zijn. Wel is mogelijk dat het gebruik van de term 'algemene leerstukken' het gebruik van de oudere term 'bijzondere delicten' in stand heeft gehouden of heeft doen herleven, omdat deze termen nu eenmaal een tegenstelling en dus een verband suggereren.

2.5.8 *De afkalving van de waarborgen in het inquisitoire proces*

Onder invloed van verschillende processen, zoals de grotere hang naar staatsalmacht, de wens om de procedures kort te houden[234] en de verabsolutering van de bewijskracht van de bekentenis,[235] bleef het oorspronkelijke onderscheid tussen *inquisitio generalis* en *inquisitio specialis* niet overal in Europa behouden en verdween daarmee de beschermende functie van het voorbereidende opsporingsonderzoek.[236] Voorts werd de extraordinaire procedure, gekenmerkt door de toepassing van veel dwang, de gebruikelijke.[237] Het strafproces dat overheerste, was een summiere *extraordinaire* procedure waarin de pijnbank werd gebruikt om in elke zaak een bekentenis te verkrijgen ook zonder dat daarvoor aan de oorspronkelijke voorwaarden van vaststelling van het delict en voldoende aanwijzing van schuld was voldaan. De excessen die het gevolg waren, werden pas door de Verlichting[238] een halt toegeroepen. Mogelijk verklaart deze geschiedenis de drang om opnieuw leven te blazen in het onderscheid tussen de *inquisitio generalis*, het opsporingsonderzoek naar aanleiding van een geconstateerd strafbaar feit, en de *inquisitio specialis.* In het Wetboek van Strafvordering van 1838 gebeurde dit door de (her)invoering van de zogeheten procedure van 'rechtsingang'.[239]

2.6 De uitgangspunten van het inquisitoire proces nader bekeken

De inquisitoire procedure is in een slechte reuk komen te staan. Dit is in de eerste plaats toe te schrijven aan de vereenzelviging van het proces met de tortuur; het is

---

234 Schmidt 1965, par. 197 e.v.: *Die lehrreichste Bewegung, die sich in der Epoche des gemeinen Rechts innerhalb der Geschichte der Strafverfahrens vollzieht, ist aber nicht in der Entwicklung zum immer reiner sich entfaltenden Inquisitionsprozess zu sehen, sondern darin, wie sich unter dem oft drängenden Einfluss staatlicher Machtsgesichtspunkte die Formen des Inquisitionsprozesses abgeschliffen haben, wie die Bindungen der Untersuchungsorgane 'aufgelockert' werden, wie der Staat auf Abkürzung der Prozesse drängt.* Zie ook Peteghem 2003, p. 231, 232, 'De verkorting van de procedure'.

235 Van Caenegem 1965a, p. 310: 'in this bewildering uncertainty the confession of the suspect seemed the surest and safest way out: *confessio regina probationem.* But the overwhelming concentration on confession led to a fateful step, the introduction of judicial torture, recognized as mode of proof.

236 Schmidt 1965, par. 199, 200.

237 Vgl. Voorda 1792, p. 11; Bosch 1948, p. 54 en 1957, p. 271, 272; Van de Vrugt 1978, p. 123, 148; Monballyu 1991, p. 131.

238 Anders Langbein 1977. Hij betoogt dat de afschaffing van de pijnbank louter het gevolg is van een wijziging van het bewijsstelsel. Hierover kritisch Damaška 1978.

239 Hierover Harteveld 1990.

niet te wijten aan de twee uitgangspunten waarop het nieuwe proces rustte. Het eerste uitgangspunt, de ambtshalve vervolging, was een logisch gevolg van de centralisatie van de macht en de zorg van de overheid voor zijn burgers. Dit uitgangspunt van de procedure heeft zich bewezen als effectieve methode om over het publiek belang te waken.[240] De Franse Revolutie, die onder meer de misstanden in de rechtspraak aan de kaak stelde, was niet tegen dit principe gericht en heeft hierin ook geen wezenlijke verandering gebracht.[241] Er is toen, zoals we hierna zullen zien, daarentegen gepoogd aan het inquisitoire principe een 'moderne' wending te geven. Deze bestond erin dat de vervolgende instantie en de rechter in beginsel werden verplicht erop aan te sturen dat alle beschuldigingen tegen een beschuldigde tegelijk werden vervolgd en berecht. Het principe is 'modern' omdat het een rechtsbeschermende functie heeft. Het is een positieve verplichting van de overheid om de burger te vrijwaren van meervoudige vervolging ter zake van hetzelfde feitencomplex (zie Hoofdstuk 6, par. 3.2.2.).

Het tweede uitgangspunt, de opdracht tot vaststelling van de materiële waarheid, was een noodzakelijk gevolg van de op rede berustende notie van beveiliging van de maatschappij en haar burgers. Aan deze doelstelling was het gebruik van rationele bewijsmiddelen en de wettelijke opsomming daarvan in het strafprocesrecht inherent. Rechterlijke beslissingen konden niet meer worden gebaseerd op roddel en achterklap of worden vastgesteld door middel van irrationele lotsbeslissingen. Voor de maatschappelijke veiligheid was het streven naar vaststelling van de waarheid noodzakelijk. Dit tweede uitgangspunt is evenmin verlaten en ook in dit concept steekt de angel niet. Het is dus vooral de wijze waarop aan de beide uitgangspunten inhoud is gegeven die schadelijk is geweest: het onthouden van procesbijstand, de geheimhouding, de macht van de bekentenis en het daaruit voortvloeiende gebruik van tortuur. Al deze misstanden zijn niet onlosmakelijk verbonden met de twee uitgangspunten van het inquisitoire proces, maar vonden daarin wel een vruchtbare bodem.

Geconcludeerd kan worden dat voor een aanvaardbare toepassing van het inquisitoire model bijkomende voorwaarden nodig zijn. In de eerste plaats is dat een gecontroleerde overheid. Deze bestond in de tijd dat de omslag naar het inquisitoire model plaatsvond nog niet; het optreden van de overheid was nog niet door scheiding der machten aan banden gelegd. Dit betekende dat de overheid een ongebreidelde heerschappij kon uitoefenen. Ook het tweede uitgangspunt, de materiële waarheidsvinding, maakte het strafproces kwetsbaar voor excessen. Door de

---

[240] In het Angelsaksische recht kreeg de ambtshalve vervolging vanaf 1870 een plaats, Langbein 2003, p. 338 e.v. i.h.b. p. 341.

[241] Marguery 2008 verdedigt het standpunt dat de Franse openbare aanklager model heeft gestaan voor de vervolgingsautoriteiten in andere landen van Europa, p. 14.

vaststelling van de materiële waarheid tot enig doel van het strafproces te verheffen, kreeg de justitie een bijna onbegrensde vrijheid om dwang toe te passen.[242] De dwingende kracht van bewijsmiddelen en vooral het bewijsminimum droegen aan de toepassing van excessief geweld bij. Zij lieten de rechter bijna geen ruimte om zelf een beslissing te nemen. De opdracht tot vaststelling van de materiële waarheid bracht kortom mee dat een eenmaal in gang gezette vervolging geen grenzen kende. Niet alleen de schuld moest worden bewezen , maar ook de onschuld moest met bewijs worden vastgesteld. Dit had onder meer tot gevolg dat wanneer niet aan het vereiste bewijsminimum was voldaan, geen definitieve beslissing werd genomen. Dit fenomeen zal ik in het volgende hoofdstuk beschrijven. Hoe juist de overgang van formele naar materiële waarheidsvinding ook mag zijn geweest, dit uitgangspunt vormde tevens de achilleshiel van het op andere punten zo moderne inquisitoire strafproces.

[242] Zie bijv. Schmidt 1965, par. 202, over de heksenprocessen.

Hoofdstuk 4
Europa, bijzonder deel

1. *Non bis in idem* in het extraordinaire strafproces

1.1 De procespartijen en de rol van de vroegmoderne *litis contestatio*

Het verbod om hetzelfde nog eens te vorderen was reeds ingebed in het Oud-Romeinse tweefasenproces. Na de zogenaamde *litis contestatio*, de partijovereenkomst, was het uitgesloten om dezelfde vraag nog eens voor te leggen. Op het moment dat deze partijovereenkomst tot stand kwam, verviel de oorspronkelijke vordering. Door de *litis contestatio* was de rechter voorts gebonden aan de bij overeenkomst bepaalde omschrijving van het geschil waarover door hem moest worden beslist. Zo begrensde de *litis contestatio* enerzijds het onderzoek van de rechter en werd anderzijds herhaling van dezelfde vordering voorkomen. Hoewel in het burgerlijk recht het tweefasenproces al lang had plaats gemaakt voor de accusatoire procedure voor een ambtelijke rechter en in die procedure de *litis contestatio* was weggevallen, bleef de oorspronkelijke gedachte behouden dat de rechter gebonden was aan het materiaal dat hem was aangeboden; hij was lijdelijk en de partijen bepaalden de omvang van het proces.[1] Dit aspect van het *litis contestatio*-concept vond dan ook na de Receptie nog steeds ingang.

In het inquisitoire strafproces, waarin een rechter optrad die niet lijdelijk was en waarin geen sprake was van gelijkwaardige procespartijen, paste dit concept minder goed.[2] Toch zou ook in dit proces de *litis contestatio*-gedachte gedijen.[3] Vanaf in elk geval het begin van de zestiende eeuw wordt de *litis contestatio* in het inquisitoire proces beschreven. En al was er nog geen sprake van een ondeelbaar vervolgend

---

1 Zie Hoofdstuk 1, par. 1.1 en de daar genoemde bronnen.

2 In Duitsland bijvoorbeeld werd nog tot in de negentiende eeuw volgehouden dat een strafrechtelijk vonnis geen definitieve rechtskracht kon krijgen, vanwege het ontbreken van een bindende partijafspraak, zie Hoofdstuk 11 par. 2.3.

3 Matthaeus, 48.XIII.V.16, p. 479, beschrijft bijvoorbeeld dat de geleerden zich over de vraag hebben gebogen of in een strafzaak, net als in een civiele, de *litis contestatio* een onbevoegde rechter bevoegd kan maken. De algemene opvatting (*communis schola*) was dat een *litis contestatio* plaats had; Baldus (1327-1400) zou een andere mening zijn toegedaan. Matthaeus sloot zich bij de algemene opvatting aan; verweer tegen de bevoegdheidstoedeling zou volgens Matthaeus vóór de *litis contestatio* moeten plaatsvinden. Ook in 48.XX.II.17, p. 672, maakt Matthaeus melding van de discussie onder commentatoren over de mogelijkheid van *litis contestatio* in strafzaken.

openbaar ministerie en waren de functies van aanklager en rechter nog niet gescheiden (zie par. 2.5.2), in de strafprocedure vervulden aanklager en rechter wel elk een eigen rol. De aanklager (wel aangeduid met schout of fisc) legde het bewijs over en 'concludeerde van eis',[4] de beschuldigde mocht antwoorden en tegenbewijs aanvoeren en de rechter nam de eindbeslissing. Er waren dus in elk geval een rechter en twee partijen.[5] Wat stelde nu die zogenaamde *litis contestatio* of procesovereenkomst in het inquisitoire proces voor, welke functie vervulde die en op welk moment kwam zij tot stand?

Wielant,[6] Carpzovius[7] en Matthaeus[8] zagen de *litis contestatio* als de vastlegging van eis en verweer. In deze opvatting bepaalden conclusie van eis en van antwoord de omvang van het rechterlijk onderzoek. Na deze '*litiscontestacie*' kon nog alleen over de feiten worden gedebatteerd. 'En es dat gheen wondere' (dat is geen wonder), schreef Wielant, 'want men traictiert van zyne live, twelcke te prefereren es voor alle dingen' (want het gaat om iemands leven, en dat gaat boven alle dingen).[9] Met de strafrechtelijke *litis contestatio* lagen dus niet de feiten vast maar werd het strafrechtelijk onderzoek begrensd door de omschrijving van een bepaalde aanklacht, een bepaald misdrijf. Voorda (1792) kon 'zich geen crimineel of civiel proces zonder *litis contestatio* verbeelden'.[10] Hij legde de zestiende-eeuwse wettelijke regeling dan ook zo uit dat de *litis contestatio* steeds plaatsgreep, en wel aan het slot

---

4 Volgens Matthaeus duiden de synoniemen van het woord Schout, 'schuldheizo' en 'sculthais' op een samenstelling van 'schuld' en 'heisen' of 'heeten', wat 'vorderen' betekent. Uit deze etymologische uitleg blijkt de autoriteit van de Schout, die immers het arrest beveelt en de beslissing ten uitvoer legt waarover de Schepenen hem hebben geadviseerd, dit in tegenstelling tot de uitleg van Grotius, die het woord verklaart uit een samenstelling van 'schuld' en 'Asen' of Aten' ('rechter'), aldus Matthaeus 48.XX.II.3, p. 668.

5 Matthaeus spreekt over 'vier deelnemende partijen', de Schout, de schepenen, de (private) aanklager en de verdediger. 48.XX.II.4, p. 669. De rol van de private aanklager is dan al aan het verdwijnen, p. 667, en 668 onder 2. Uit deze samenkomst van vier partijen zou volgens Matthaeus de aanduiding van de rechtbank met 'Vierscharen' te verklaren zijn. Een andere verklaring voor het woord 'Vierscharen' acht hij echter ook mogelijk, namelijk een verbastering van het Latijnse '*vicecuria*': 'rechtsprekend college'.

6 Wielant 1515-1516, cap. 30.8 en cap. 51.2.

7 Carpzovius /Van Hogendorp, H. 98, 40, p. 991: 'de rechtspleging in het gewone strafproces (op aanklacht, wvh) neemt aanvang door het antwoord op de eis', hierdoor ontstaat het geding. Dat geldt ook voor het onderzoekend geding: 'Uit de bronnen volgt dat er geen wettig onderzoek ontstaat eer de dader ondervraagd is en zijn antwoord opgetekend, omdat het onderzoek de plaats van de aanklacht vervangt', H.105, 5, p. 1098.

8 Matthaeus, 48.XX.II.17, p. 672. stelt expliciet dat er in het inquisitoire proces op het punt van berechting geen verschil bestaat met een proces op aanklacht, dus is er in dat geval volgens hem ook sprake van *litis contestatio*, 48.XX.1.4, p. 666, opmerkingen bij Costumen Stad Utrecht 1550, 34.VIII. Hij benadrukte dat alleen het antwoord op de eis en niet de antwoorden gedurende het vooronderzoek tot de *litis contestatio* kunnen worden gerekend.

9 Wielant 1515-1516, cap. 51.2. Vgl. Carpzovius/Van Hogendorp H.98.40, p. 992.

10 Voorda 1792, bij art. 22 Stijl, p. 340 e.v.

van de instructie en vóór de aanvang van het onderzoek door de rechter. Aan de acte die dan moest worden opgemaakt, was de rechter voor wat betreft het delict gebonden. In deze uitleg krijgt de *litis contestatio* de functie van 'grondslag' van het onderzoek met daarin het strafrechtelijk verwijt, de tenlastelegging.[11] Daarmee verschafte de *litis contestatio* zekerheid aan de beschuldigde omtrent datgene waartegen hij zich verweren moest, het strafbare feit. Hierdoor was tevens de straf in zekere zin bepaald en begrensd.

De *litis contestatio* had nog een tweede functie, zij markeerde een overgang naar een andere fase van het proces. Het verweer bijvoorbeeld dat de zaak al eens was berecht[12] werd volgens Wielant gevoerd vóór '*litiscontestacie*'.[13] Deze overgang naar een andere fase blijkt ook uit de beschrijvingen van Matthaeus. Volgens Matthaeus werd - althans in Utrecht - de beschuldigde (*reus, inquisitus*) vanaf dit moment op de lijst van beschuldigden geplaatst en in toestand van beschuldiging gebracht[14] en kon na de *litis contestatio* een private klager zich niet meer melden om de plaats in te nemen van de openbare aanklager.[15] De *litis contestatio* legde dus tevens de procespartijen vast en vormde een soort scheidslijn tussen voor- en eindonderzoek.

Met dat al begrensde de *litis contestatio* het geding en dus de onderzoeksplicht van de rechter, markeerde zij de overgang van de *inquisitio specialis* naar het eindonderzoek en gaf zij naderhand uitsluitsel over wat er was berecht. Het was dus - althans volgens de doctrine - geen onbelangrijk procesmoment. Dit moment zou echter niet elke aangeklaagde zijn gegeven[16] en niet in alle jurisdicties worden toegepast. Dan verviel de beschermende functie van de procesovereenkomst. Dit ontbreken

---

11 Hieruit vloeit de gebondenheid van de rechter voort. In Sv 1830 vervult in het criminele proces het 'arrest van teregtstelling' die functie, De Bosch Kemper II, p. 309 en 409, in het proces voor de lagere gerechten de tenlastelegging, De Bosch Kemper III, p. 8 e.v.

12 Wielant 1515-1516, cap. 32 schrijft dat alle excepties (ook het alibi) bij procureur mogen worden aangedragen. Hij noemt hier ook de exceptie van het gewijsde.

13 Vgl. Wielant, *Practijke Civile* Vijfde tijt, cap. 17 nr. 5: *Exceptie van gewijsder dinck is te proposeren voor litiscontestacie om t'proces te beletten en de instancie te perimeren ende naer litiscontestacie om te obtineren ten principale* (…).

14 Matthaeus 48.XVIII.VII,3, p. 485, voor wat betreft de strafprocedure op klacht.

15 Matthaeus 48.XX.IV.5, p. 680. Dit betreft alleen feiten die met geldboete worden afgedaan.

16 Volgens Matthaeus 48.XVI.I, p. 539; 48.XX.II.17, p. 672 kwam er bijvoorbeeld geen *litis contestatio* tot stand als de beklaagde had bekend; dan volgde veroordeling. In de ogen van Matthaeus was de bekentenis dan ook geen bewijsmiddel, maar een rechtsfeit waardoor de aanklager van zijn bewijslast was ontheven. Omdat de procedure hiermee beëindigd was, ontbrak de noodzaak voor het indienen van een eis.

van een zelfstandige procespositie van de beschuldigde is later wel als gebrek gezien van het inquisitoire proces zoals dat sinds de middeleeuwen plaatsgreep.[17]

1.2 Het gezag van gewijsde, *res judicata* of gewijsde dinck

1.2.1 Inleiding

Het onderzoek, al dan niet op basis van de *litis contestatio*, moest uitmonden in een vonnis. Dit vonnis was van tweeën één: een veroordeling of een vrijspraak. Een derde einduitspraak was er niet, daarover waren alle criminalisten het eens.[18] Afgezien van de schaarse mogelijkheden van appel was het vonnis in beginsel definitief. Het gezag van het definitieve gewijsde in een criminele extraordinaire procedure was vanzelfsprekend.[19] Daar veranderde de aard van het inquisitoire proces - althans in theorie - niets aan. Het strafrechtelijk gewijsde werd in dit opzicht niet anders benaderd dan het civiele.[20] Het gewijsde werd aangeduid met *res judicata,* net zoals in het oude Rome. Wielant noemde het definitieve vonnis: *gewijsde dinck.* Zowel het civiele als het strafrechtelijke gewijsde was vatbaar voor onmiddellijke executie, tenzij een rechtsmiddel openstond.[21] Het maakte tevens een definitief einde aan de rechtsstrijd. Het gezag van gewijsde kon daarom worden tegengeworpen aan een tweede vervolging wegens hetzelfde feit, de *exceptio rei judicatae*,[22] of *litis finitae*,[23] dan wel *exceptie gewijsder dinck*.[24] Het verweermiddel werd in

---

17 Vgl. De Bosch Kemper I, p. XXI, XXII, die de schrale rechtspositie van de aangeklaagde in het inquisitoire proces toeschrijft aan het feit 'dat dezelfde persoon opspoort, vervolgt, onderzoekt en bestraft zonder dat er eene *litis contestatie* plaats grijpt'.

18 Wielant 1515-1516, cap. 51.1; Clarus: het vonnis luidt 'vrijspraak of veroordeling' (Von Moeller 1911, p. 165, qu. 93); Carpzovius, qu. 125.2, schrijft: er zijn drie mogelijkheden, vrijspraak, veroordeling of oplegging van straf aan de rechter die ten onrechte de pijnbank heeft toegepast; Matthaeus, 48.XVII.II.3, p. 564 en 48.XX.II.18, p. 672: 'strafvonnissen bevatten een veroordeling of een vrijspraak dan wel een kort uitstel tot vonniswijzing, vergelijkbaar met het Romeinse *non liquet* (NL)'.

19 Schwarplies 1970, p. 14-22.

20 Clarus, qu. 57.7, over de vraag of iemand na een eindvonnis opnieuw kan worden aangeklaagd: *Sed quid si procesuum fuerit via inquisitionis? Resp. quod adhuc locum habet conclusio, ut non possit de novo accusari & est communis opinio … nam inquisitio habetur loco accusationis, ut supra saepius dixi, merito idem de ipsa iudicandum est*. Maar wat geldt nu in het inquisitoire proces? Het antwoord is dat dan nog steeds de regel geldig is dat niet opnieuw een aanklacht kan worden ingediend, dat is de algemene mening, … want *inquisitio* komt in de plaats van *accusatio*.

21 Wielant, *Practijke Civile*, Thienste tijd, cap.1 nr.1: *Generalijck alle deuchdelijcke vonnissen die leden zijn in cracht van gewijsder dinc | ende niet suspendeert by appelle | oft by petitie van restitutie zijn te executeren | andersins is te verbeyden de decisie van der questie van der appelle | oft restitutie | eer men se executeren mach*. In zijn instructie voor het strafrecht behandelt Wielant het vonnis bij de tenuitvoerlegging: Wielant 1515-1516, cap. 152 en 153. Clarus qu. 93; Carpzovius, (voor wat betreft het accusatoire proces): qu. 106, nr 84; Carpzovius/Van Hogendorp, H. 98.57) en *De Executione Poenarum* qu. 137, Carpzovius/Van Hogendorp H. 127.1 en H. 129: Van de uitvoering der straffen; Matthaeus 48.XVII.4, p. 578 e.v.

22 Clarus, qu. 57.2, Matthaeus 48.XIX19.II.1, p. 637.

het strafproces net als in het civiele geding geschaard onder de zgn. peremptoire verweren, verweren die - indien aanvaard - het proces onmiddellijk een einde doen nemen.[25] In de volgend paragrafen bespreek ik de voorwaarden voor een succesvol beroep op de exceptie.

1.2.2 Een inhoudelijke beslissing

In de eerste plaats moest er, net als nu, sprake zijn geweest van een eerdere inhoudelijke beoordeling van de zaak. Het proces moet dus zijn geëindigd met een oordeel over de schuld. Carpzovius geeft twee voorbeelden waarin van een inhoudelijk oordeel geen sprake is. Dat is als het proces is beëindigd 'wegens de ongepastheid van de eis' of 'wegens de onbekwaamheid van de aanklager'. In die gevallen is het proces wel afgelopen 'maar is de beklaagde niet voor onschuldig gehouden'.[26] Beide voorbeelden zijn ontleend aan het ordinaire strafproces, dus het proces op aanklacht. Aangenomen mag worden dat hij dezelfde voorwaarde stelt aan het eindvonnis in de inquisitoire procedure, aangezien hij voor beide procedures naar dezelfde Romeinsrechtelijke bronnen verwijst. Ook Matthaeus stelt de berechting door de rechter en dus ook de beoordeling van deze verweren in beide procesvormen op één lijn.[27] Matthaeus noemt de *abolitio*, de intrekking van de aanklacht door de aanklager.[28] Door de *abolitio* eindigde het proces, maar 'het misdrijf' ging niet teniet. Een tweede aanklacht was daarom mogelijk.[29]

1.2.3 Dezelfde oorzaak, hetzelfde doel en dezelfde partijen

Vervolgens moest er sprake zijn van een zelfde proces. In het civiele recht onderscheidde men drie voorwaarden om dat vast te stellen. Er moest sprake zijn van dezelfde aanleiding (oorzaak) van de rechtsstrijd, van hetzelfde doel van het ge-

---

23 Matthaeus 48.XIX19.II.1, p. 637.

24 Vgl. Wielant, *Practijke Civile* Vijfde tijt, cap. 17.5: *Exceptie van gewijsder dinck is te proposeren voor litiscontestacie om t'proces te beletten en de instancie te perimeren ende naer litiscontestacie om te obtineren ten principale* (…).

25 Wielant, *Practijke Civile*, Vijfde tijt, cap. 17.5 en Wielant 1515-1516, cap. 32.4; Matthaeus 48.XIX.II.1, p. 637.

26 'Pas dan kan niet opnieuw worden aangeklaagd, als hij van de misdaad zelf is vrijgesproken. Niet als hij slechts van het proces ontslagen is, bijvoorbeeld wegens de ongepastheid van de eis of de onbekwaamheid van de aanklager. In die laatste gevallen kan niets verhinderen dat hij weer aangeklaagd wordt, want hij is geenszins voor onschuldig gehouden', Carpzovius, qu. 104.55-62 , geparafraseerd op basis van de vertaling in Carpzovius/Van Hogendorp, H. 96.44.

27 Matthaeus, 48.XX.1.4, p. 666.

28 Deze gevallen behandelt Matthaeus in het hoofdstuk 'over de wijze waarop een aanklacht wordt uitgewist', Matthaeus, 48.XIX.VI, p. 655.

29 Over de *abolitio* in verhouding tot de aanhouding van de zaak voor onbepaalde duur zie hierna, par. 2.5.2. Over de *abolitio* in het Romeinse proces zie Hoofdstuk 1, par. 3.3.4.

ding en van dezelfde partijen.[30] Deze driedeling wordt tot op de dag van vandaag gehanteerd.[31] De door mij aangehaalde criminalisten behandelen de drie onderwerpen voor wat betreft het strafproces ook, maar niet systematisch. De eisen van 'dezelfde oorzaak' en 'dezelfde partijen' komen meestal zijdelings aan de orde en de eis van hetzelfde doel wordt in het geheel niet nader toegelicht. Dat laatste is toe te schrijven aan het feit dat het doel nu eenmaal de strafoplegging was en dit doel de inzet was van elk strafproces. Over de beide andere voorwaarden is het volgende te vinden.

1.2.3.1 Dezelfde oorzaak

'Dezelfde oorzaak' in criminele zaken werd door Vlaamse juristen aangeduid met *denzelven sticke*, wat zoiets zeggen wil als 'dezelfde misdaad'. Wielant beschreef de exceptie als '*dat hy eens van denzelven sticke ghepungniert es gheweest*.[32] In het Latijn bedienden Clarus, Carpzovius en Matthaeus zich van de woorden: *idem crimen* (zelfde misdrijf),[33] *idem delictum* (zelfde overtreding, delict)[34] of *idem admissum* (zelfde vergrijp).[35] Deze aanduidingen zijn dus preciezer dan het aan het civiele recht ontleende begrip '*causa*', aanleiding of oorzaak. Matthaeus, Clarus en Carpzovius gebruikten de termen *crimen* en *delictum* door elkaar. Daarnaast gebruikte Matthaeus het woord *admissum* (het begane, het vergrijp) en wel juist daar waar hij het verbod van een nieuwe vervolging wegens hetzelfde feit uitdrukte.[36]

Carpzovius gebruikt naast genoemde aanduidingen tevens het civiele begrip *eadem causa*.[37] Hij doelt daarmee op 'strafbaar feit'. *Causa*, oorzaak of aanleiding, kan echter meer betekenen dan alleen 'strafbaar feit'. Het woord *causa* kan daarom tot andere uitkomsten leiden als het gaat om de uitleg van 'wat er is berecht', ofwel

---

30 *In Exceptien gewijsder dinck moeten concurreren dry poincten, te weten dat 't gewijsde dinck zij tusschen den selven partijen, om t 'selve dinck, ende spruitende vuyter selver causen,*Wielant, *Practijke Civile* Vijfde tijt, cap. 17.6.

31 Met name in de Franse doctrine. Daarin worden in de voetsporen van grote Franse commentatoren uit de negentiende en de twintigste eeuw als Hélie, Ortolan, Garraud nog steeds aan elk van deze begrippen uitvoerige beschouwingen gewijd; zie bijvoorbeeld Stefani 2008, par. 974 e.v.

32 In de Latijnse tekst van De Damhouder, *Opera Omnia*, Antwerpen 1646, is dit vertaald met '*aut sese prius ob idem maleficium tulisse supplicium*' (letterlijk: of zelf eerder wegens dezelfde misdaad straf heeft gedragen, wvh). Gelet op deze vertaling moet 'sticke' (derde naamval enkelvoud) hier zeer waarschijnlijk worden gelezen als 'misdaad', zoals in: 'een stout stukje', WNT, onder 'Stuk', no. 32 (mondelinge informatie dr. N.F. Streekstra, Nederlandse Taalkunde, RUG).

33 Clarus, qu. 57.1; Matthaeus, 48.8.3.3, p. 467.

34 Clarus, qu. 57.1; Matthaeus, 48.20.4.11

35 Matthaeus, 48.XIX.II.1 en 5, p. 638.

36 Of hij dat opzettelijk deed en hiermee bedoelde dat het verbod betrekking heeft op al hetgeen zich heeft voorgedaan in eenzelfde gedraging - we zouden nu spreken van 'het historisch gebeuren' - vergt nadere studie naar het gebruik van de aanduiding '*admissum*' ten opzichte van de andere termen.

37 Carpzovius qu. 125,6.

in welk geval de exceptie van gewijsde zaak c.q. het verbod van herhaling kan worden ingeroepen. Böhmer (1704-1750) heeft het woord *causa* bijvoorbeeld aangegrepen om te beargumenteren dat er geen sprake is van een gewijsde zaak als er nieuwe feiten tegen de gewezen beklaagde opduiken. Dit zijn in zijn opvatting nieuwe, en niet dezelfde, oorzaken: 'het verbod van herhaling valt in dat geval in het water' (*per se cesset*).[38] Deze uitleg was niet die van Carpzovius, die bij nieuwe bezwaren een uitzondering op het verbod van herhaling wilde toelaten (zie par. 2.4 hierna).

Over het leerstuk 'hetzelfde feit' in relatie tot het gewijsde en het verbod van herhaling weidt deze literatuur nog nauwelijks uit. De reden is waarschijnlijk dat de klassieke bronnen daar niet direct aanleiding toe gaven. Slechts in de wetgeving van Diocletianus stond een enkel voorbeeld van de feitsproblematiek bij de vervolging van misdrijven.[39] Het voorbeeld ging over de vraag of iemand die een roofmoord heeft gepleegd en vrijgesproken is van moord na die vrijspraak nog een tweede keer door een ander mag worden aangeklaagd voor het plegen van die moord. Deze vraag werd ontkennend beantwoord. Een tweede aanklacht was slechts toegestaan in geval van *praevaricatio*, dus als de rechter om de tuin was geleid. Tevens werd in deze rechtsregel gezegd dat als de moordenaar nog een apart te onderscheiden misdrijf had gepleegd, in dit geval roof, wel een tweede aanklacht kan worden toegelaten, namelijk ter bestraffing van die nog niet berechte roof.

Van de criminalisten ging alleen Matthaeus dieper op het feitsbegrip in.[40] Hij besprak het zowel in relatie tot een tweede aanklacht[41] als in relatie tot dubbele bestraffing.[42] Het standpunt van Matthaeus laat zien welke problemen hij onderscheidde en hoever de stand van de zeventiende-eeuwse strafrechtswetenschap al was gevorderd. De overeenkomsten met hedendaagse vraagstukken rondom het feitsbegrip zijn frappant. Zo geeft hij een voorbeeld van een man die in strijd met de Statuten van de stad Utrecht 's avonds na tien uur de deur uitgaat, zonder een lantaarn om zich bij te lichten, en met een zwaard, en met dat zwaard vervolgens een ander verwondt. Matthaeus vraagt zich af of hier sprake is van één, twee of drie strafbare feiten.[43] Het voorbeeld doet sterk denken aan de situatie die aanlei-

---

38 Vgl. '*Observatio II*' van Böhmer (1704-1770), bij Carpzovius qu. 125.8.

39 CJ 9.2.11, besproken in Hoofdstuk 1, par. 3.3.1.

40 Bij Wielant is daarover niets te vinden, bij de bespreking van het verbod van herhaling door Clarus ben ik het onderwerp niet expliciet tegengekomen, Carpzovius raakt zeer zijdelings aan de feitsproblematiek, en wel in zijn uiteenzettingen over 'de opeenstapeling van straffen', Carpzovius/Van Hogendorp, H.124.
Carpzovius is van mening dat een tweede aanklacht op basis van een andere kwalificatie geoorloofd is; zie Carpzovius qu.125.7.

41 Matthaeus, 48.XIII: 'over aanklachten', hoofdstuk III: 'wie niet aangeklaagd kunnen worden', p. 466.

42 Matthaeus, 48.XX: 'over het onderzoekend proces', hoofdstuk IV: 'tot nu toe nog niet behandelde onderwerpen', p. 679.

43 Matthaeus 48.XX.IV.11, p. 684.

ding gaf tot het Oude Kijk in 't Jatstraat-arrest, waarin de Hoge Raad de zogenaamde 'aspectenleer' ontwikkelde.[44]
Matthaeus was bekend met het roofmoord-voorbeeld van Diocletianus zoals hiervoor beschreven,[45] maar hij gebruikte het niet voor de uitleg van het feitsbegrip. Wel gebruikte hij daarvoor de andere Diocletianusregel, de regel die luidt dat uit één feit twee misdrijven kunnen voortvloeien, dus de regel over het verschil tussen feit (*factum*) en kwalificatie (*crimen*).[46] Matthaeus was van mening dat dit onderscheid niet kon leiden tot een tweede aanklacht indien de aangeklaagde al in een crimineel proces was vrijgesproken. Hij behandelt het onderscheid tussen feit (*factum*) en kwalificatie (*qualitas*) naar aanleiding van de vraag[47] of iemand voor het zwaarder gekwalificeerde delict mag worden vervolgd als diegene van het lichtere is vrijgesproken.[48] Hij schrijft: 'ik begrijp niet wat wordt bedoeld met '*qualitas*' (…) want een kwalificatie vereist een '*subjectum*', een basis, en hoewel een nieuwe *qualitas* kan verschijnen, blijft het subject, de basis, hetzelfde.' Matthaeus past zijn opvatting niet alleen toe op de situatie waarin sprake is van een strafverzwarende omstandigheid maar ook wanneer, wat hij noemt, 'de kwalificatie zou veranderen', dus het delict geheel anders wordt gekwalificeerd. Hij geeft hierbij het voorbeeld dat iemand wordt vervolgd en vrijgesproken van doodslag en vervolgens zou worden vervolgd wegens vader- of moedermoord. Dit is volgens Matthaeus hetzelfde feit en daarom is een tweede vervolging in zijn ogen in strijd met de hoofdregel dat slechts eenmaal mag worden aangeklaagd. We zouden nu zeggen dat hij een 'kwalificatieve interpretatie' afwees.

Matthaeus gaf dus een ruimere uitleg aan het feitsbegrip, maar de beoordeling en waardering van de feiten in relatie tot het recht stak wel nauw. Dat blijkt uit zijn bespreking van de vervolging van delicten die enerzijds strafbaar zijn op basis van

---

44 HR 15 februari 1932, *NJ* 1932, 289. Dit arrest komt aan de orde in Hoofdstuk 13, par. 3.2. Meer over Matthaeus en het feitsbegrip in Van Hattum 2008.

45 Matthaeus haalt de regel uit CJ 9.2.11 aan op p. 476, 558, 635, 638, maar alleen in verband met de eis dat slechts na bewezen *praevaricatio* iemand een tweede keer voor hetzelfde feit mag worden vervolgd.

46 CJ 9.2.9: (…) *Si tamen ex eodem facto plurima crimina nascuntur et de uno crimine in accusationem fuerit deductus, de altero non prohibetur ab alio deferri;* 'Wie voor een misdrijf berecht is, mag door een ander niet voor hetzelfde misdrijf worden aangeklaagd. Als echter uit hetzelfde feit meer misdrijven voortvloeien en hij voor één daarvan is berecht, is het niet verboden dat hij voor het andere misdrijf door een ander wordt aangeklaagd', zie Hoofdstuk 1, par. 3.3.1. Matthaeus 48.XIX.II.1 638, p. 638, schrijft: '*Ex eodem facto duo nascuntur crimina*' en in 48.XX.4.11, p. 684 : '*quod si vero unum quidem factum, & plura tamen crimina sint*'.

47 De vraag werd volgens Matthaeus opgeworpen door de '*interpretes*'. In de kantlijn, p. 639, wordt verwezen naar Gomezius en Farinacius. Degenen die de vraag met hem negatief beantwoorden zijn '*plerique*' (velen).

48 Matthaeus 48.XIX.II.6: 'wat als tijdens de berechting een strafverzwarende omstandigheid is weggelaten?', p. 638, 639.

het inheemse gewoonterecht, i.c. het stadsrecht (*ius municipale*) en anderzijds op basis van het Romeinse recht (*ius commune*). Matthaeus vond dat wegens hetzelfde *crimen* niet tweemaal een straf aan de Staat mocht toevallen. Daarvan is in zijn ogen sprake als 'de ontvoering van een non' zou worden gestraft als 'ontvoering' en bovendien als 'heiligschennis'.[49] Beide feiten apart bestraffen mag dus niet, ook al kennen de delicten elk een eigen kwalificatie. In een dergelijke zaak moet de aanklager kiezen welke wet hij wil toepassen. Doorslaggevend is volgens Matthaeus het criterium of door één gedraging 'echt' (*vero*) meer misdrijven worden begaan.[50] Dat gebeurt volgens hem in het geval van 'export van graan naar de vijand'. Want 'export van graan' is volgens het stadsrecht een zelfstandig delict en 'de hulp aan de vijand' is volgens het Romeinse recht strafbaar als 'landverraad', een *crimen majestatis*. Er worden dus 'echt' twee delicten gepleegd en daarom levert 'export van graan naar de vijand' twee straffen op.[51] Zijn benadering en conclusies komen dicht bij die van de Hoge Raad in bijvoorbeeld het arrest 'Autoloze zondag'.[52] Gelet op de door Matthaeus gegeven voorbeelden lijkt het tevens waarschijnlijk dat hij de regel van Diocletianus zoals geformuleerd in 'de roofmoordcasus' (namelijk dat na vrijspraak van moord een tweede berechting, wegens roof, geoorloofd is) zou onderschrijven.

Uit de voorbeelden blijkt dat het juridische onderscheid tussen feitelijke gedraging en juridisch te kwalificeren delict in de strafrechtswetenschap van de zeventiende eeuw, net als in Rome, goed bekend was en dat een feitelijk gebeuren niet naar believen juridisch in afzonderlijke strafbare feiten kon worden gesplitst maar dat moest worden onderzocht of de strafbare feiten die in één gedraging waren gepleegd 'echt' zelfstandige delicten waren.

---

49 Het betreft een voorbeeld ontleend aan de glossatoren, Matthaeus, 48.XX.4.11, p. 684: '*Hanc enim doctrinam tum demum veram puto, cum non tam plura crimina sunt, quam plures tituli & nomina criminum, ut in exemplo à glossographi sectatoribus adducto*'. Andere voorbeelden van twee crimina geboren uit één *factum* die slechts eenmaal mogen worden berecht zijn 'het plegen van geweld met een bijeengeroepen groep mensen', (*vis publica*, openlijke geweldpleging en *vis privata*, vernieling) en valsmunterij (valsheid en majesteitsschennis). In deze gevallen volstaat één straf, want slechts naar de omschrijving (*tituli et nomina*) zijn er twee delicten gepleegd maar in feite gaat het om één.

50 (…) *quod si vero unum quidem factum,* & *plura tamen crimina sint*, Matthaeus, 48.XX.4.11, p. 684.

51 Matthaeus, 48.XX.4.10, p. 683.

52 HR 25 maart 1975, *NJ* 1975, 296 ('Autoloze zondag' of 'Beschonken zondagsrijder'). De casus gaat over een automobilist die - met een flinke borrel op - in strijd met het tijdelijke, namelijk in verband met de oliecrisis geldende, verbod om in het weekend auto te rijden, toch de wagen had gepakt. De man werd eerst vervolgd bij de economische PR wegens overtreding van de 'Beschikking verbruiksbeperking motorbrandstoffen' en vervolgens bij de Rb wegens 'dronken rijden', strafbaar gesteld in de Wegenverkeerswet. De HR oordeelde dat er geen sprake was van schending van artikel 68 Sr. omdat de strekking van beide bepalingen 'een geheel andere is' terwijl ook 'het verwijt dat de dader kan worden gemaakt' in beide gevallen 'niet van gelijksoortige aard is'.

1.2.3.2 Dezelfde partijen

De eis dat het geding zich afspeelt tussen dezelfde partijen werd in de zeventiende-eeuwse literatuur aangeraakt bij het onderwerp samenloop van rechtsgebieden of van jurisdicties. Te denken valt aan samenloop van procedures van civiel recht en strafrecht of van procedures voor de Kerk en voor de Staat, of samenloop van eigen (plaatselijke) strafmacht met die van een vreemde territorialiteit. In het eerste geval, civiel recht en strafrecht, was het altijd mogelijk twee aanklachten in te dienen omdat algemeen werd aangenomen dat de civiele vordering en de strafrechtelijke aanklacht elkaar niet in de weg stonden.[53] Als het ging om elkaar overlappende vormen van *straf*rechtspraak, zoals in het geval van overlap van kerkelijk en wereldlijk recht of 'vreemd' strafrecht en eigen, werd de kracht van het gewijsde van de jurisdictie die het eerst had beslist niet door alle criminalisten als vanzelfsprekend aanvaard. Clarus was bijvoorbeeld heel terughoudend om vreemde vonnissen zodanige rechtskracht toe te kennen dat de berechting op basis van eigen recht daardoor onmogelijk werd.[54] Matthaeus was er echter juist weer een voorstander van om absolute werking te geven aan vreemde vonnissen. In de opvatting van Matthaeus beschermde een vrijspraak de vrijgesprokene overal ter wereld.[55] Samenloop van berechting door de Kerk en door de Staat kon er in zijn opvatting eigenlijk niet zijn als zijn indeling van delicten in 'algemeen' en 'eigen aan de groep' (*proprium*) werd gebruikt. Met die laatste aanduiding doelde hij op kwaliteitsdelicten, bijvoorbeeld delicten die slechts kunnen worden begaan door geestelijken in relatie tot de Kerk en het kerkelijk recht. Tot de berechting van deze delicten was de Kerk bij uitsluiting bevoegd. De staat had jurisdictie over de rest. In de doctrine en in de praktijk liep de scheidslijn echter anders en was er regelmatig sprake van overlap.[56]

Behalve de kwestie van elkaar overlappende jurisdicties stelden de criminalisten ook de vraag aan de orde of dezelfde persoon nog eens kon worden aangeklaagd door een andere private aanklager, dus door een derde partij. Deze vraag kan slechts in het strafproces op private klacht een rol hebben gespeeld. Zij werd, zoals

---

53 Matthaeus 48.XX.IV.7, p. 681.

54 Voor Clarus, qu. 57.11, 13 en 14 is onderscheidend of de beide jurisdicties geheel van elkaar gescheiden zijn en niet onder het gezag staan van dezelfde hogere '*dominus*'. Indien van een 'totale scheiding' sprake is, zoals tussen twee zelfstandige territoria, maar ook tussen het wereldlijke en het kerkelijke recht, heeft een berechting onder de ene jurisdictie in beginsel geen invloed op de andere. De straf door een wereldlijke rechter opgelegd zou echter wel weer in de weg staan aan de berechting door de Kerk. Anderzijds bespreekt hij ook vormen van internationale strafrechtelijke samenwerking die tot gevolg kunnen hebben dat slechts één berechting plaatsgrijpt, zie qu. 38 en 39 besproken door Von Moeller, p. 147, 148.

55 Matthaeus 48.XIII.V.10, p. 475.

56 Matthaeus Prolegomena IV, p. 36. In 48.XIII.V.15, p. 478, schrijft Matthaeus met enige verontwaardiging over de door hem gesignaleerde te ruime uitoefening van jurisdictie door de Kerk.

wij in Hoofdstuk 1 zagen, door Ulpianus gesteld én beantwoord.[57] Op deze rechtsregel uit de Digesten borduurden de geleerden voort. Aangezien dit accusatoire procesmodel op private klacht bijna geheel was teruggedrongen ten faveure van de ambtshalve vervolging, is de opgeworpen kwestie vooral een theoretische.[58] Dat neemt niet weg dat de criminalisten de vraag van belang achtten voor hun oordeel over de reikwijdte van het verbod van herhaling. De kwestie van de derde aanklager komt dan ook hierna nog wel aan de orde, namelijk bij de behandeling van het verbod van herhaling.

1.3 Het verbod van herhaling volgens Wielant, Clarus, Carpzovius en Matthaeus

1.3.1 Inleiding

Ieder van de door mij geciteerde criminalisten gaf een definitie van de rechtsregel dat een tweede vervolging van dezelfde persoon in dezelfde zaak ter zake van hetzelfde feit niet is toegestaan, het verbod van herhaling, en noemde daarbij tevens, met uitzondering van Wielant, de bron waaruit die regel werd geput. In deze paragraaf volgt een overzicht per auteur van de aanduiding van de regel en van de door die auteur aangehaalde bronnen.

1.3.2 Wielant

Wielant[59] beschreef het verweer met de woorden: *dat hy eens van denzelven sticke*[60] *ghepungniert es gheweest*, ofwel: dat hij eerder vanwege dezelfde misdaad is gestraft. Hij plaatste deze exceptie tussen andere peremptoire verweren, zoals: *dat hy perdoen of remissie heeft van den sticke* (dat de straf is kwijtgescholden), of *rappeel van banne* (dat de ban is ingetrokken),[61] of *dat hy danof ghecomposeert heeft ende paeys ghemaect es* (dat hij de zaak al door compositie of door het sluiten van vrede geregeld heeft). Door de toevoeging *ende diereghelycke* maakte Wielant duidelijk dat dit geen limitatieve opsomming was. Zo behoefde de aangeklaagde niet per se *ghepungniert* te zijn geweest; ook een vrijspraak was volgens Wielant definitief en stond aan een tweede aanklacht in de weg. Dit volgt uit zijn opmerkingen bij het

---

57 D. 48.2.7.2. Zie Hoofdstuk 1, par. 3.3.2.

58 Matthaeus, 48.XX.II.4, p. 667, 668, bepleitte de toelating van de private aanklager die zelf schade, *iniuria*, heeft geleden, zoals volgens hem ook in Holland en Overijssel mogelijk zou zijn, maar in Frankrijk bijvoorbeeld niet. Ook bij Wielant vond hij geen steun (cap. 5 en 6.). Matthaeus maakt er voorts melding van, in 48.XX.II.2, p. 667 jo. IV. p. 680, dat de Statuten van de stad Utrecht hierover bijna geheel zwijgen en hij concludeert daaruit zelf dat de private klacht kennelijk weinig voorkomt.

59 Wielant 1515-1516, cap. 32.45.

60 Zie hiervoor, par. 1.2.3.1, noot 32.

61 Voor een verslag van afdoening door middel van gratie, remissie of rappel van banne zie Vrolijk 2001.

hoofdstuk over *het loochenen op de bank*,[62] een hoofdstuk waarin hij beschrijft wat er gebeurt als de beschuldigde blijft ontkennen nadat hij op de pijnbank is gelegd. Dan moet hij volledig worden vrijgesproken, vindt Wielant, zonder mogelijkheid van heropening van de zaak.

1.3.3 Clarus

Het verbod van herhaling werd door Clarus uitgedrukt met '*de his criminibus, de quibus semel quis fuit absolutus, non potest acusatio replicari.*'[63] Het is de 'verruimde Paulusregel' of de '*de his*-regel', een regel die - zoals ik in Hoofdstuk 2 heb laten zien - uit de *Pauli Sententiae* was geput. Daar was de tekst 'aangepast' en vervolgens zo steeds herhaald, het gehele canonieke recht door. Deze regel gold volgens Clarus zowel voor een eerdere veroordeling als voor een eerdere vrijspraak.[64] Clarus verwees bij de aanhaling van deze regel zowel naar de *de his*-regel in het *Liber Extra* (de decretalen van Gregorius IX) als naar de Digestenregel in D. 48.2.7.2 (*iisdem criminibus*). Hij voegt daaraan nog toe dat 'alle rechtsgeleerden er zo over denken' (*ita dicunt communiter omnes doctores*). 'Want over het *delictum* van dezelfde persoon mag niet meer dan eenmaal een onderzoek worden ingesteld.'[65] De grondslag van het absoluut geformuleerde verbod van herhaling vond Clarus dus zowel in het canonieke als in het Romeinse recht en in 'alle' commentaren.

1.3.4 Carpzovius

Ook Carpzovius, die veel van zijn kennis aan Clarus ontleende, memoreerde de *de his*-regel.[66] Het was in zijn ogen een regel waaraan in de literatuur van die tijd zoveel kracht werd toegekend, dat de rechter terughoudend zou zijn geworden om vrij te spreken. Als immers zou blijken dat iemand ten onrechte was vrijgesproken, dan zou diegene nooit meer gestraft kunnen worden. Bij deze toepassing van de *de his*-regel plaatste Carpzovius vervolgens de nodige kanttekeningen.

1.3.5 Matthaeus

Matthaeus definieerde het verbod van herhaling met de woorden: *ob idem admissum nemo bis accusandus est*,[67] 'wegens hetzelfde wangedrag mag niemand tweemaal worden aangeklaagd'. Hij noemt het een regel (*regula*) dan wel *definitio* en

---

62 Wielant 1515-1516, cap. 40.

63 Clarus, qu. 57.1. '*Alia est etiam defensio, quam reus in iudicio criminali proponere potest, quod scilicet alias de eodem crimine absolutus fuerit, aut etiam condemnatus, nam eo casu non potest ulterius contra eum procedi. Et ita tenent communiter Doctores ... Pro intelligentia autem huius materiae facienda est inprimis conclusio, quod de his criminibus, de quibus semel quis fuit absolutus, non potest acusatio replicari (…)*'.

64 Clarus, qu. 57.1 en 12.

65 Clarus, qu. 57.1 slot: '*nam de eiusdem hominis delicto saepius quaerendum non est*'.

66 Carpzovius qu. 125.5, Carpzovius/Van Hogendorp, H. 117. IV.

67 Matthaeus, 48.XIX.II.5, p. 638.

zelfs een basisprincipe (*fundamentum*) van het recht.[68] Die regel geldt zowel na een veroordeling: *nemo ob idem admissum bis puniendus sit*,[69] als na een vrijspraak: (…) *si reus à crimine absolutus sit, non potest ab alio repeti*.[70] Daarom mag bijvoorbeeld niemand voor hetzelfde *crimen* worden aangeklaagd op basis van het stadsrecht (*ius municipale*) én het Romeinse recht (*ius commune*). Er moet een keuze worden gemaakt (zoals bij de ontvoering van de non, hiervoor besproken, par. 1.2.3.1). Hoewel Matthaeus ook over de teksten van het *Corpus Iuris Canonici* (waaronder de Decretalen Gregorius IX, het *Liber Extra*) beschikte, citeerde hij daaruit niet. Hij haalde dan ook niet de *de his*-regel aan, maar baseerde zich op Codex en Digesten.

1.4 Tussenconclusie

Uit de bronnen blijkt dat in de opvatting van de criminalisten van de zestiende en zeventiende eeuw ook in de inquisitoire procedure een definitief eindvonnis in beginsel aan een tweede vervolging ter zake van hetzelfde feit in de weg stond, net als in de aloude accusatoire procedure. Het maakte bovendien geen verschil of het ging om een veroordelend of een vrijsprekend vonnis. De kracht van het gewijsde reikte in beginsel echter slechts zover als de jurisdictie van het gerecht. Wat moest worden verstaan onder 'hetzelfde feit' werd niet problematisch geacht. Alleen Matthaeus weidde over deze kwestie uit. Hij zegt er het meeste over bij de bespreking van vormen van samenloop. Opvallend is dat zijn benadering van het feitsbegrip daar veel overeenkomsten vertoont met de 'aspectenleer', die in de twintigste eeuw door de Hoge Raad werd aanvaard.

Matthaeus beantwoordde ook de vraag of tweemaal straf mocht worden opgelegd voor hetzelfde feit. Als 'criterium' gebruikte hij de test of door één gedraging 'echt' meer misdrijven werden begaan.[71] Daarvan was geen sprake als het 'de ontvoering van een non' betrof, een gedraging die kon worden gesplitst in ontvoering en heiligschennis. Wij zouden nu spreken van 'eendaadse samenloop'. In geval van 'export van graan naar de vijand' was er volgens Matthaeus echter sprake van twee op zichzelf staande delicten en mocht tweemaal straf worden opgelegd, eenmaal voor de export en eenmaal voor de hulp aan de vijand. Zijn invulling van het feitsbegrip vertoont ook hier gelijkenis met de huidige rechtspraak, zoals in 'Autoloze zondag'. Voorts doet het criterium '*vero*' denken aan de term 'wezenlijk' in de oude en de jonge rechtspraak van de Hoge Raad (zie Hoofdstuk 13, par. 3.2).

---

68 Matthaeus, 48.XX.IV.7, p. 682.
69 Matthaeus, 48.XIX.II.1, p. 638.
70 Matthaeus, 48.XIX.II.1, p. 638.
71 '(…) *quod si vero unum quidem factum, & plura tamen crimina sint*', Matthaeus, 48.XX.4.11, p. 684.

Op de hoofdregel dat na een gewijsde geen vervolging meer mocht plaatsvinden, bestonden echter belangrijke uitzonderingen. Welke dat waren, hing samen met de gronden voor de erkenning van het verbod. Daarom komen nu eerst de redenen aan bod die volgens de criminalisten aan de erkenning van het strafrechtelijk gewijsde ten grondslag lagen.

1.5 Gronden voor de erkenning van het strafrechtelijk gewijsde

1.5.1 Algemeen

Zoals we hiervoor zagen, werd het gezag van gewijsde als zeer krachtig beschouwd. Het was zelfs zo krachtig dat sommige schrijvers waarschuwden niet al te snel iemand vrij te spreken.[72] Het verbod van herhaling zou dan immers aan een tweede vervolging in de weg staan. Wat was voor de aanvaarding van het gezag van gewijsde in het inquisitoire strafproces de grond? Deze kon, anders dan in de vroeg-Romeinse tijd *in civilibus*, niet gelegen zijn in de hierboven beschreven *litis contestatio*. In de inquisitoire procedure was er immers geen sprake van een *afspraak* tussen partijen die het gezag van het gewijsde kon dragen; de *litis contestatio* was vooral een afbakening van het verwijt, de tenlastelegging. Bovendien stond de rechter niet boven partijen; hij was in zekere zin zelf partij. Het gezag van gewijsde van een strafvonnis berustte dus in elk geval nog op andere gronden. Welke die waren wordt slechts duidelijk uit haast terloopse opmerkingen die de auteurs maakten ten aanzien van de onderwerpen 'vonnis' en 'verbod van een tweede aanklacht'. Bij deze speurtocht valt op dat weinig aandacht werd besteed aan de gronden voor de erkenning van het gezag van een veroordelend vonnis. Indien de vraag naar de kracht van het gewijsde al werd gesteld, gebeurde dat over de kracht van een vrijspraak.[73] Het lijkt daarom alsof het verbod van dubbele bestraffing vanzelf sprak en dat een verbod van een tweede vervolging na vrijspraak bijzondere legitimatie behoefde. Dit vermoeden wordt bevestigd door wat Matthaeus daarover opmerkt. Hij beschrijft een discussie onder de geleerden over de vraag of de regel dat niemand voor de tweede keer wegens hetzelfde feit mag worden aangeklaagd alleen geldt voor het geval dat de onschuld van de beschuldigde is bewezen of ook voor het geval dat diens schuld niet is bewezen.[74] Hoewel volgens Matthaeus de meeste geleerden antwoorden dat de exceptie alleen in het eerste geval geldt, dus als de onschuld is bewezen, is Matthaeus van mening dat de exceptie juist bedoeld is voor het tweede geval. Indien de onschuld is komen vast te staan, is aan de exceptie immers geen behoefte, zo redeneert hij. Juist in de gevallen waarin nog twijfel bestaat moet volgens hem de exceptie kunnen worden opgeworpen. Dat is volgens hem in het belang van de rechtszekerheid van de gewezen aange-

---

72 Carpzovius, qu. 125.5 noemt Jacobus Menochius, Johannes Zanger, Paul Chirland.

73 Matthaeus vormde hierop een uitzondering.

74 Matthaeus, 48.XIX.II.7, p. 639.

klaagde[75] en in het belang van de kracht van het vonnis.[76] Het standpunt van Matthaeus wordt hierna verder uitgewerkt.

Ook Carpzovius benadrukt het belang van de totstandkoming van een definitief vonnis. Het vonnis maakt een einde aan de zaak, want, aldus Carpzovius: 'anders zouden vonnissen vergeefs worden geveld. Ja, het gezag van de Magistraat zou worden veracht en geminacht als de tenuitvoerlegging achterwege bleef'.[77] Carpzovius onderscheidt dus twee gronden. Hij noemt enerzijds de vergeefsheid van een procedure, dus de nutteloosheid van het systeem en anderzijds het gezag van de rechterlijke autoriteit. Het systeem en het gezag brengen mee dat het vonnis moet worden ten uitvoer gelegd. Deze gronden waren ook al te vinden bij Wielant, zij het impliciet. Wielant schrijft over de executie van het strafvonnis: 'dat dit moet worden ten uitvoer gelegd *omme tvulcommen*, het vervullen, vervolmaken, van justitie'.[78] Het betreft hier gronden voor het verbinden van positieve rechtskracht aan het gewijsde, de tenuitvoerlegging. Deze - en andere - gronden blijven achterwege bij de bespreking van het negatieve gezag van gewijsde, het verbod van herhaling.
Ook Clarus diept de grond voor het negatief gezag van gewijsde niet uit. Hij beroept zich op 'alle geleerden, die zeggen dat er niet vaker tegen degene mag worden geprocedeerd die al is vrijgesproken of berecht.[79] Alleen Matthaeus behandelt de gronden voor het verbod van tweede vervolging systematisch. Hij doet dat aan de hand van de bekende Romeinse bronnen en probeert de achterliggende gedachte daarvan te omschrijven. Hij maakt onderscheid tussen de erkenning van het gezag van een veroordeling en dat van een vrijspraak en geeft bij elkaar een viertal argumenten voor de erkenning van het gewijsde.

1.5.2 Matthaeus over het verbod van herhaling na veroordeling

Matthaeus behandelt het verbod van herhaling na een veroordelend vonnis bij het onderwerp: 'het betalen van een boete' in de titel over 'de manieren waarop een misdrijf of een beschuldiging teniet gaat'.[80] Hij betoogt dat het zowel gezien vanuit de aanklager als vanuit de veroordeelde *iniquum*, onrechtvaardig, is om hetzelfde feit nog eens te vervolgen. Het is immers onrechtvaardig dat de eiser tweemaal dezelfde schuld eist, net zoals het onrechtvaardig is dat de veroordeelde tweemaal voor hetzelfde veroordeeld wordt, dat wil zeggen: dat hij nog eens veroordeeld

---

75 Matthaeus, 48.XIX.II.7, p. 639 jo. 48.XVI, p. 554 e.v., i.h.b. p. 557.

76 Matthaeus, 48.XIX.II.7, p. 639 jo. 48.XVII.I, 1-5, p. 563.

77 Carpzovius, qu. 106.94: *Frustra namque sententiae feruntur, nisi etiam executioni mandentur … imo auctoritas Magistratus contemptui & despectui habetur, nisi sententiae latae executioni mandentur* (…). Vgl. Carpzovius/Van Hogendorp, H. 98.LVII, p. 936.

78 Wielant 1515-1516, cap. 153.3.

79 Clarus qu. 57.1: *Et ita tenent communiter Doctores, ut dicit Pract. Conradi. fol 227.nu.11.*

80 Matthaeus, 48.XIX.I, p. 634 e.v.

wordt nadat hij eenmaal is gestraft. Want niet door de veroordeling maar pas door de tenuitvoerlegging is het misdrijf uitgewist. Zolang dus de (eerste) straf niet voltrokken is, kan niet gezegd worden dat de schuld is ingelost en het misdrijf gewist; we zien dezelfde gedachtegang terug in het huidige artikel 68 lid 2 Sr.[81] Als een lichtere straf is opgelegd dan de wet voorschreef, moet het recht om aan te klagen als verwerkt worden beschouwd.[82] Het gezag van gewijsde brengt dit met zich mee (*propter rerum judicatarum auctoritatem*). 'Wie immers aan de rechter heeft voldaan, heeft aan de wet voldaan.'[83] En wanneer een lichtere straf is opgelegd, een *poena extraordinaria*, omdat er geen vol bewijs voorhanden was en er later voldoende bewijs aanwezig blijkt te zijn om de veroordeelde tot de voorgeschreven straf te veroordelen, dan mag hij toch niet nog eens worden aangeklaagd. 'Wie heeft voldaan aan het vonnis van de rechter heeft voldaan aan het vonnis van de Staat' (*satisfacere reipublicae eum, qui satisfacit sententiae judiciis*).[84] Daarom mogen er ook geen getuigen meer worden gehoord tegen iemand die al veroordeeld is. Andersom geldt deze regel echter ook: een te zwaar vonnis zal ten uitvoer moeten worden gelegd, net zoals dat het geval is bij een onterechte veroordeling.[85] Indien de rechter hieraan zelf iets wil veranderen zal hij zich tot de soeverein moeten wenden. De rechter mag het gewezen vonnis, ook indien het een misslag bevat, niet wijzigen.[86] Deze argumenten om het gezag van een *veroordelend* vonnis te erkennen, kunnen al met al worden teruggevoerd op 'billijkheid' (*aequitas*) tot uitdrukking komend in proportionaliteit enerzijds, en op 'staatsgezag' anderzijds.

1.5.3 Matthaeus over het verbod van herhaling na vrijspraak

Ook een vrijspraak staat volgens Matthaeus een tweede vervolging wegens hetzelfde feit in de weg. Matthaeus behandelde dit onderwerp in dezelfde titel, in het hoofdstuk over absolute rechterlijke vonnissen.[87] Het is 'de tweede manier' waar-

---

81 Deze gedachtegang heeft volgens Matthaeus echter ook tot consequentie dat degene die tot de strop is veroordeeld en die door het breken van het touw van de dood is gered, opnieuw moeten worden opgehangen, 48.XIX.I.1, p. 634.

82 Clarus qu. 57.12, is dezelfde mening toegedaan. Hij vermeldt tevens dat deze regel dagelijks in de praktijk wordt nageleefd.

83 Matthaeus, 48.XIX.I.2, p. 635.

84 Matthaeus, 48.XIX.I.3, p. 635.

85 Matthaeus 48.XIX.II.8, p. 640.

86 Het is in de Nederlanden tot 1811 gebruik geweest om zich behalve met gratieverzoeken ook met dit soort kwesties, in wezen herzieningsverzoeken, tot de hoogste autoriteit te wenden. Over het gebruik van gratie door de landsheer als middel om in te grijpen in rechterlijke vonnissen, zie De Schepper 2003 en Vrolijk 2001.

87 Matthaeus, 48.XIX.II, p. 637 : '*De sententia judiciis absolutoria. Secundus modus quo crimen extinguitur, est sententia judicis; si reus causa cognita ab eo absolutus fuerit. Durius enim visum de ejusdem hominis admissio saepius agi. Sed & rerum judicatarum ea est auctoritas, ut pro veritate habeantur*'. Voorts bepleit hij de exceptie van het gewijsde in geval van vrijspraak bij het onderwerp 'over de het vonnis en de executie daarvan', 48.XVII.I, 1-5, p. 563, zie hiervoor, par. 1.5.1.

op een misdrijf wordt uitgewist. De eerste manier is de hiervoor besproken delging van de schuld door tenuitvoerlegging van de opgelegde straf. Matthaeus achtte het 'te hard' (*durius*) om iemand meermalen wegens hetzelfde feit te vervolgen en in strijd met de zekerheid die het vonnis biedt. 'Verder is het zo dat de autoriteit van een vonnis zodanig is dat het de waarheid weerspiegelt.' De terminologie van deze laatste zin is direct ontleend aan de Digesten. 'Als het anders zou zijn,' vervolgde direct daarop Matthaeus, 'zou de veelheid van processen tot onoplosbare problemen leiden'. Ook deze zinsnede klinkt vertrouwd, want ook dit is een Digestencitaat.[88] 'Het is daarom in overeenstemming met de rechtvaardigheid' - wederom de *aequitas* - 'dat degene die vrijgesproken is zich kan beroepen op de exceptie van het gewijsde, ook als hij later schuldig blijkt te zijn.[89] (…) Want zo wordt verdere discussie (*controversia*) over de aanklacht voorkomen en daarom is de naam van het verweer 'het verweer van de geëindigde rechtsstrijd' de '*exceptio litis finitae*". Dit geldt evenzeer als er een derde partij zou willen aanklagen, zo interpreteerde Matthaeus zijn bronnen.[90]

Zoals gezegd was Matthaeus van mening dat de exceptie van het gewijsde juist van pas kwam wanneer de vrijgesprokene later schuldig kon blijken te zijn. Het definitieve karakter van een vrijspraak wegens bewezen onschuld sprak immers al vanzelf . 'Zo er enige twijfel is (aan de schuld, wvh), gaat dit alleen de persoon aan die door het falen van de aanklager om het feit te bewijzen, is vrijgesproken' en, zo moet hieruit impliciet worden afgeleid, is het alleen aan diegene om met zijn eventuele schuld in het reine te komen.[91] Matthaeus aanvaardde de kracht van het gewijsde kortom als absoluut[92] en nam met deze opvatting - zoals ik hieronder zal laten zien - welbewust afstand van de visie van zijn tijdgenoten en tevens van de dagelijkse praktijk.
De door Matthaeus genoemde argumenten voor het gezag van een vrijspraak kunnen worden samengevat met: humaniteit, rechtszekerheid en het voorkomen van problemen en conflicten, mogelijk dus ook proceseconomie en gebruikte als overkoepelende waarde het begrip *aequitas*, de billijkheid. Het is dezelfde *aequitas*

---

88 Matthaeus, 48.XIX.II, p. 637: '*Sed et rerum judicatarum ea est autoritas, ut pro veritate habeantur (…)secus si fiat, modus litium multiplicatus inexplicabilem faciet difficultatem*', het eerste deel van de zin is ontleend aan D. 1.5.25 en het tweede aan D. 44.2.6.

89 Matthaeus, 48.XIX.II, p. 637. Hij verwijst voorts naar de Ulpianusregel in D. 48.2.7.2.

90 Matthaeus, 48.XIX.II,1, p. 637, 638.

91 Matthaeus, 48.XIX.II.7, p. 639 : *sed si qua dubitatio est, ea tota de ea est, qui deficiente accusatore in probando absolutus est.*

92 In geval van onterechte vrijspraak ziet Matthaeus liever dat het delict waarvan is vrijgesproken in de strafmaat wordt meegewogen bij een volgende berechting van die persoon wegens een nieuw feit, Matthaeus, 48.XVII.II.2 p. 564

waarover Schmidt opmerkte dat die wel de belangrijkste verworvenheid van de Receptie is geweest.[93]

1.6 Uitzonderingen op het verbod van herhaling

Alle zeventiende-eeuwse criminalisten, ook Matthaeus, waren het er over eens dat in bijzondere gevallen van de regel moest kunnen worden afgeweken, 'zoals bij elke *definitio in jure*'.[94] Een uitzondering geldt volgens Matthaeus bijvoorbeeld voor de situatie waarin de aangeklaagde heeft samengespannen met de rechter[95] of met de aanklager.[96] 'Wie vrijgesproken is door een dergelijk opzetje kan weer worden aangeklaagd'.[97] Dit geldt ook indien er als gevolg van misleiding een te lichte straf is gevolgd.[98] Het zijn uitzonderingen op het verbod van herhaling die ook in de huidige tijd vrij algemeen worden erkend. Matthaeus besprak nog een andere uit het Romeinse recht bekende uitzondering,[99] te weten de regel van Ulpianus over het slachtoffer dat niet van de eerste vervolging op de hoogte was (D. 48.2.7.2). Matthaeus omschreef deze regel als volgt: 'als de nieuwe aanklager zelf slachtoffer is of als hij stelt dat hem of zijn familie *iniuria*, onrecht, is aangedaan en hij stelt dat hij niet op de hoogte was van de eerste procedure of dat hij buiten zijn schuld niet op tijd was met zijn aanklacht, dan wordt hij op goede gronden (*magna ex causa*) toegelaten.' Deze uitzonderingen werden ook door Clarus,[100] Ayrault [101] en Carpzovius[102] genoemd.

De Italiaanse criminalisten noemden nog meer uitzonderingen, zoals: de vervolging van hetzelfde delict onder een andere juridische kwalificatie[103] en de vrijwillig afgelegde bekentenis na vrijspraak. De meest verstrekkende uitzondering werd echter gemaakt door Carpzovius. Hij stelde voor om een eenmaal met vrijspraak definitief afgesloten zaak te heropenen op grond van nieuwe aanwijzingen. Carpzovius achtte dit nodig in het belang van de algemene, publieke, orde. De aanleiding voor deze verrassend nieuwe uitzondering was de vrees dat daders hun ge-

---

93 Zie Hoofdstuk 3 par. 2.3.4.

94 Matthaeus, 48.XIX.II.1 en 5, p. 638.

95 Matthaeus, 48.XIX.I.4, p. 635: *si colluserit prior judex cum reo*.

96 Matthaeus, 48.XVI.IV.16, p. 558: '*praevaricatione prioris accusatoris*'; het misdrijf *praevaricatio* behandelt hij in 47.IX, p. 165.

97 Matthaeus, 48.XIX.I.5, p. 635: *nam si repeti reus potest, qui per praevaricationem accusatoris absolutus est*. Matthaeus gebruikt in titel XIX.I.1 en 5 de begrippen *praevaricatio* en *collusio* overigens als synoniemen. Deze uitzondering wordt ook gemaakt door Clarus, qu. 57.5.

98 In de zelfde zin Clarus qu. 57.12.

99 Matthaeus, 48.XIX.II.3, p. 638.

100 Clarus qu. 57.4.

101 Ayrault 1610, III, 1, nr. 22, p. 404.

102 Carpzovius, qu. 125.7.

103 Zie Carpzovius, qu. 125.7 voor deze bronnen.

rechte straf zouden ontlopen als zij wegens gebrek aan bewijs waren vrijgesproken.[104]

Matthaeus verwierp deze niet op het Romeinse recht gebaseerde uitzonderingen. De aanklacht wegens hetzelfde feit onder een andere kwalificatie achtte hij niet logisch;[105] de aanklacht na een bekentenis of op basis van nieuwe aanwijzingen vond hij een 'belediging voor de rechterlijke autoriteit'.[106] Bovendien: 'Als de rechter iemand niet mag vrijspreken die hij eerder heeft veroordeeld dan kan hij zeker niet iemand veroordelen die hij eerder heeft vrijgesproken. Dan moet die rechter de zaak maar aan de soeverein (*princeps*) voorleggen, want die weg wordt door de Romeinse juristen aangewezen als het gaat om een onterechte veroordeling.' Hoe sterk hij aan de onveranderlijkheid van het vonnis hechtte, blijkt uit een door hem gebruikt citaat van Seneca: 'Wie kan veroordelen, mag het eenmaal doen; wie kan doden, mag het eenmaal doen, maar als er ooit enige herhaling wordt toegestaan, dan is dat om een doodstraf te herzien.[107]

1.7 Conclusie

Het gezag van gewijsde werd in het inquisitoire strafproces net zoals in het accusatoire strafproces erkend. Het gewijsde stond in de weg aan een tweede aanklacht of die nu werd ingebracht door middel van een *accusatio* of door een *inquisitio*. Het verbod van herhaling werd uitgedrukt met de *de his*-regel (Clarus, Carpzovius) of met de regel *ob idem admissum nemo bis accusandus est* (Matthaeus). Als bron voor deze regel werd verwezen naar het canonieke recht (*Liber Extra*), naar de Ulpianusregel (D. 48.2.7.2) en naar een klassieke Romeinse schrijver als Seneca. Het was een regel die, zoals Clarus zei 'door alle rechtsgeleerden, werd onderschreven (*ut dicunt omnes doctores*)'. Aan de grondslag van het gezag van gewijsde van een veroordelend vonnis werden niet veel woorden vuil gemaakt. Dat voor hetzelfde vergrijp iemand niet tweemaal werd bestraft, dat sprak van zelf. Het gezag van een vrijspraak daarentegen behoefde legitimatie. Matthaeus vond de grondslag voor het verbod van herhaling na veroordeling in 'rechterlijke autoriteit' c.q. 'staatsgezag' en billijkheid; de grondslag voor het verbod van herhaling na vrijspraak in

---

104 Hierover meer in par. 4.

105 Matthaeus, 48.XIX.II.6, p. 639: in de opvatting van de *interpretes* (Matthaeus noemt geen namen) zou een doodslag die is geëindigd met vrijspraak alsnog kunnen worden vervolgd als kinderdoodslag omdat dit het karakter van het feit zodanig verandert dat niet van hetzelfde feit sprake is. 'Maar, als de doodslag niet is bewezen,' zegt hij, 'hoe kan dan de kinderdoodslag worden bewezen?'

106 Matthaeus, 48.XIX.II.8, p. 639: *rei judicatae auctoritas reclamare videtur*.

107 'Eleganter Seneca 3. Contr. 23 : '*Qui potest condemnare, possit semel; qui potest occidere, possit semel; aut si qua iteratio recipi potest, in poenitentiam mortis recipienda est*", Matthaeus, 48.XIX.II.8, p. 639. In dezelfde zin: 48.XVII.I.1-5, p. 563.

humaniteit, rechtszekerheid en het voorkomen van elkaar tegensprekende vonnissen, welke hij alle drie herleidde tot de *aequitas*.
Net als in het Romeinse recht werden er uitzonderingen op de regel aanvaard. Behalve die welke bekend waren uit het geleerde recht, zoals de *praevaricatio*, de *collusio*, en de Ulpianus-regel, werden er nog meer onderscheiden. Clarus noemde 'de latere bekentenis' en Carpzovius vond dat de regel in het belang van de publieke orde opzij kon worden gezet. Matthaeus hield aan de Romeinse uitzonderingen vast. Hij benadrukte daarbij meer dan de andere criminalisten de beschermende en orde scheppende functie van de rechtspraak.

1.8 Invloeden die de totstandkoming van een veroordeling of vrijspraak hinderden

1.8.1 Inleiding

Uit de hiervoor weergegeven opvattingen van de criminalisten volgt dat het gezag van gewijsde en het daaraan verbonden verbod van herhaling in groot aanzien stonden en werden gerespecteerd, al bestonden er verschillen van inzicht over de uitzonderingen. De regel was zelfs zo sterk dat men terugschrok voor de definitieve gevolgen en de vrijspraak liever ontliep. Aan het uitblijven van een vrijspraak was mede de eis van materiële waarheidsvinding debet; ik licht dit hieronder toe (par. 1.8.2). Ook de regel *in dubio pro reo*, die net als de '*de his*'-regel aan alle criminalisten bekend was, speelde in het zoeken naar een uitweg een zekere, maar beperkte, rol. Deze regel en hoe die functioneerde, komt aan de orde in par. 1.8.3. De terughoudendheid met het geven van volledige vrijspraken leidde onder invloed van deze krachten in de praktijk tot beslissingen die het midden hielden tussen veroordeling en vrijspraak (par. 1.8.4).

1.8.2 De materiële waarheidsvinding als doel van het inquisitoire proces

Zoals wij in de voorgaande paragrafen zagen was het doel van het inquisitoire proces om - op rationele gronden - tot een materieel eindoordeel te komen. De rationele gronden waren voor de rechter vastgelegd in formele eisen ten aanzien van het bewijs en in een formele beslissingsstandaard. Dit model plaatste de rechter voor een geheel nieuwe en ten opzichte van het vroegere recht vooral ook onbekende opdracht. In het voordien geldende inheemse recht, met zijn op de formele waarheid gebaseerde 'godsoordelen', was de keuze immers eenvoudiger geweest. Om het beeldend te zeggen: bleef de beschuldigde drijven, dan was zij een heks; zonk zij, dan was zij onschuldig en werd zij vrijgesproken. Ook in de (Romeinse) juryrechtspraak sprak de keuze voor zich. De rechter volgde het oordeel van de jury. De juryleden spraken zich, elk individueel, uit voor *absolutio* of *condemnatio*. Een 'twijfeluitspraak', een beslissing waarin tot uiting kwam dat het bewijs onzeker was, werd door het beslismodel uitgesloten. In geval van teveel

individuele twijfelstemmen (het aantal keren *Non Liquet* ten opzichte van het aantal stemmen dat een A van *absolutio* of een C van *condemnatio* had uitgebracht) moest een nieuw proces worden begonnen (Hoofdstuk 1, par. 3.2.3). Zo werd op den duur een definitief oordeel geveld. Ook in het latere *cognitio*-proces werd de rechter geleid door de beslissing van een raad en hoefde hij niet zelf te beslissen.[108] Was dus de keuze van de rechter door de eeuwen heen vrij eenvoudig geweest, aan dit simpele beslissingsmodel kwam onder het inquisitoire proces een einde. De rechter kreeg vanaf toen de opdracht de materiële waarheid te ontdekken; hij moest daarbij zelf de leiding én de beslissing nemen. De ruimte die hij voor zijn beslissing kreeg was tegelijk marginaal. Een veroordeling kon pas worden uitgesproken bij vol bewijs (*volle preuve*), en ook het bewijs van de ónschuld moest door hem worden vastgesteld. Getuigen die de beschuldigde op heterdaad hadden betrapt, waren vaak niet aanwezig; de pijnbank, indien deze al 'effectief' was, gaf geen garantie dat de bekentenis 'vrij van banden', zoals vereist, werd herhaald. De onschuld werd lang niet altijd aangetoond en tegelijkertijd werden de aanwijzingen van schuld niet altijd weggenomen. Het beslissingskader was kortom niet afdoende om in alle zaken tot een definitieve beslissing te kunnen komen. De materiële waarheidsvinding, gegoten in het dwingend bewijsstelsel, plaatste de rechter in deze gevallen soms voor een onoplosbaar probleem. Ook de regel *in dubio pro reo* bracht niet in alle opzichten uitkomst.

1.8.3 De rol van de regel 'in dubio pro reo' of twijfelregel

Het adagium '*in dubio pro reo*'[109] was de geleerden bekend uit het Romeinse recht en had een stevige basis in de doctrine gekregen.[110] Volgens dit adagium moet bij twijfel (*in dubio*) een beslissing volgen in het voordeel van de beschuldigde (*pro reo*). Tegenwoordig wordt de regel zo geïnterpreteerd dat de beschuldigde wordt vrijgesproken indien de rechter niet overtuigd is van zijn schuld.[111] Wielant[112] begreep de regel ook zo en vertaalde hem uit het Latijn in het Vlaams in de ons bekende uitdrukking: '*Want beter eyst hondert besculdighe absolveren dan eenen onbesculdeghen |innocent condempneeren*'.[113] De verhouding tussen het aantal schul-

---

108 Coenraad 2000, p. 131, met verwijzing naar Kunkel.

109 Ook wel 'Trajanusregel', zie Hoofdstuk 1, par. 2.7.2. Zie over de historische achtergrond en de betekenis van deze regel: Zopfs 1999.

110 Vgl. Zopfs 1999, i.h.b. p. 237 en zie bijv. Monté ver Loren 1956.

111 Daarbij kan onderscheid worden gemaakt in '*not proven*' en '*not guilty*', zoals in Schotland nog gebeurt, (en in Duitsland rond 1800 gangbaar is geweest, zie Hoofdstuk 11) maar voor de kracht van het eindgewijsde, en dus voor het verbod van herhaling, maakt dit, althans in Schotland, geen verschil, Gebbie e.a. 1999.

112 Volgens Holtappels (Zopfs 1999, p. 111) zou De Damhouder de eerste zijn geweest die de regel inhoud heeft gegeven. Zoals hiervoor uiteengezet moet in dat geval echter alle eer aan Wielant toevallen.

113 Wielant 1515-1516, cap. 54.5: '*De juge behoort int pungnieren van den saken die lichte zyn altyts te zyne gracelic ende ghetempert, ende daer de materien twyfelic zyn liever absoveren dan condempnee-*

digen en onschuldigen waarmee - in de loop der eeuwen - het belang van de regel werd uitgedrukt, varieerde. Was de verhouding bij Wielant '(liever) honderd schuldigen vrijgesproken dan één onschuldige veroordeeld', Matthaeus gebruikte de verhouding één op één.[114] Daarmee bleef hij dichter bij de oorspronkelijke Romeinse tekst: 'het is beter een schuldige vrij te spreken dan een onschuldige te veroordelen'.[115] In '*De manier van procederen voor het krijgsgerecht te Groningen*', gedrukt in 1627, werd de kracht van de regel met duizend tegen één onderstreept.[116] Met welk getal de regel ook kracht werd bijgezet, de bedoeling was duidelijk: in alle gevallen diende een onterechte veroordeling te worden voorkomen. Een belangrijke reden voor die voorzichtigheid was dat een verkeerde veroordeling in sommige gevallen niet meer ongedaan kon worden gemaakt omdat de veroordeelde die eindbeslissing niet zou kunnen navertellen. Hij had die beslissing immers met zijn leven moeten bekopen. Daarnaast werd wel verdedigd dat de onevenwichtige verhouding tussen aanklager en aangeklaagde reden was om bij twijfel zeer terughoudend te zijn. Matthaeus bepleitte om die reden vrijspraak voor degene wiens schuld niet was vastgesteld.[117] Die opvatting paste echter niet in de tijdgeest en vond geen gehoor.

Twijfel kon kortom niet leiden tot een vrijspraak maar de twijfel-regel behield wel zijn functie. Als het bewijs (nog) niet rond was, moest de meest gunstige beslissing binnen het formele beslismodel worden genomen. Dat hoefde geen definitieve

---

ren. Want | beter eyst hondert besculdghe absolveren dan eenen onbesculdighen comdempneeren'; Corstens 2005, p. 289.

114 De regel ligt thans onder vuur, zie Donner 2004.

115 D. 48.19.5 (Ulpianus): (…) *sed nec suspicionibus debere aliquem damnari* (…) *satius enim esse inpunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari* (…); Matthaeus, 48.XV.VIII.4, p. 538: verwijst daarnaast ook naar D. 50.17.125, D. 44.7.47 en D. 42.1.38.

116 Art. 23 Ordonnantie op de forme van procederen in Civile ende criminale saecken, met den Taux (tarieven, wvh). Voor het Crijghs gerecht binnen Groeningen, Groeningen: Hans Sas 1627. De tekst van de bepaling luidt (met weglating van de oude spelling): '*Het gerecht zal altijd daarvoor ten hoogste zorgen dat niemand gecondemneerd wordt als daar het feit of de misdaad volkomen bewezen klaar en openbaar is, alle tijd gedenkende beter te wezen dat duizend schuldigen ongestraft blijven als dat een mens om het leven gebracht wordt om een misdaad bij dezelve niet begaan*'.

117 Matthaeus, 48.XVII.II.2, p. 564. Hij kon deze opvatting 'met vele argumenten' onderbouwen: 'In de eerste plaats leren de klassieke filosofen ons om in geval van twijfel het mindere kwaad te kiezen. En het mindere kwaad is in dit geval de vrijspraak, want indien eenmaal het leven van een onschuldige is genomen, kan dit niet meer worden hersteld. De regel geldt ook omdat de aangeklaagde meer bescherming moet genieten dan de aanklager, want de eerste is onbevangen en onvoorbereid. En ook als hij wel voorbereid is, zullen angst en de gedachte aan het dreigend gevaar hem beletten zich goed te verdedigen. Ten slotte, een valse aanklager is vele malen slechter dan een aangeklaagde en daarom moet de aangeklaagde worden bevoordeeld boven de aanklager.' Matthaeus, 48.XVII.II.2, p. 564; zie voorts 48.XVI.IV.17, p. 559; Matthaeus kon dit zeggen omdat hij zich had losgemaakt van het rigide bewijsstelsel.

beslissing te zijn.[118] Zo vond de twijfelregel toepassing bij die beslissingen waarin de rechter wel een vrije ruimte had,[119] zoals bij de beslissing om wel of niet, dan wel in meerdere of mindere mate, de pijnbank toe te passen. Ook kon hij - indien de plaatselijke regels dat toelieten - besluiten uit te wijken naar het opleggen van een zuiveringseed. Tot deze 'tussenoplossingen' behoorde ook de *absolutio ab instantia*, het onbeslist laten van het geding.[120]

1.8.4 Praktijkoplossingen: reinigingseed, poenae extraordinariae en absolutio ab instantia

Zoals eerder beschreven (Hoofdstuk 3, par. 1.1) was de reinigingseed in de twaalfde eeuw door de Kerk in de ban gedaan. Wielant (1515) geeft echter nog wel een beschrijving van de toepassing van de eed al geeft hij tevens aan dat het een verouderde gewoonte was.[121] Matthaeus kwalificeerde de eed als 'een drogreden'.[122] Voor Carpzovius, in Duitsland, was de eed nog wel een belangrijk onderdeel van het strafproces en wel, net als vroeger, voor gevallen die onoplosbaar leken te zijn. Hij achtte de eed echter alleen van toepassing in lichtere zaken, waarin geen lijfstraf te duchten is.[123] Over de gevolgen van de aflegging van eed schrijft hij dat de beklaagde dan definitief moest worden vrijgesproken, 'maar niet zozeer ten opzichte van de zaak zelve als wel met betrekking tot de kosten.'[124] Ook Van Dorneck (1576)[125] schreef dat de gewezen beklaagde na reinigingseed de *exceptio rei judicatae et litis finitae* niet ter beschikking stond, bijvoorbeeld als nadien nieuwe aanwijzingen van schuld opkwamen. De eed zuiverde dus niet absoluut, maar liet een uitweg open. De tweede uitweg was de toepassing van *poenae extraordinariae*, oplegging van een bijzondere straf (zie Hoofdstuk 3, par. 2.5.6.). Volgens Schmidt was het een door de Italiaanse criminalisten bedachte formule.[126] Deze tweede 'oplossing' kan in zekere zin 'verlicht' worden genoemd, omdat zij de strikte bewijsleer ontdook en de rechter de vrije ruimte gaf. Echter, wegens gebrek aan een wettelijk voorschrift hoe en wanneer de rechter van die ruimte gebruik mocht

---

118 Volgens Zopfs 1999, p. 261, is vrijspraak geen element van de regel.

119 Vgl. Zopfs 1999, p. 138. Volgens Zopfs kon de *in dubio pro reo*-regel slechts daar functioneren waar de rechter een eigen beoordelingsruimte had. Dat was met name bij de beslissing of er wel of geen tortuur moest worden toegepast. De klemsituatie waarin de rechter kwam te verkeren als hij wel sterke aanwijzingen had maar geen *volle preuve*, beschouwt hij als een gegeven van het bewijsstelsel, niet als een situatie van (subjectieve) twijfel (p. 235, 236). Zie voor een overzicht van het (Duitse) beslissingsmodel p. 387.

120 Vgl. Zopfs 1999, p. 173.

121 Wielant 1510-1516, cap. 43, 44 en 45, hij bespreekt hier verschillende soorten reinigingseed.

122 Matthaeus, 48.XV.VII, p.535 noemt het een vorm van niet-legitiem bewijs, 'een absolute drogreden'.

123 Carpzovius/Van Hogendorp, H. 108; Elben 1846, p. 30, Schwarplies 1970, p. 44.

124 Carpzovius qu. 116, 77; Carpzovius/Van Hogendorp, H. 108, XV.

125 Van Dorneck wordt aangehaald in Elben 1846, p. 27.

126 Schmidt 1965, par. 167 onder 3.

maken, schuilde in de toepassing van *poenae extraordinariae* tevens het gevaar van willekeur. De derde oplossing tenslotte was de zogenaamde middenbeslissing of *absolutio ab instantia*. Het was geen veroordeling en geen vrijspraak maar een beslissing om de zaak op zijn beloop te laten. Deze uitweg was aangewezen als de eed of een *poena extraordinaria* geen toepassing kon vinden, bijvoorbeeld omdat het feit te ernstig en de aanwijzingen juist weer te gering waren. Deze middenbeslissing zette de bijl aan de wortel van het herhalingsverbod en legde tegelijk de kiem voor de latere herzieningsprocedure. De *absolutio ab instantia* vormt daarom de kern van het vervolg van dit onderzoek.

2. De *absolutio ab instantia*

2.1 Grondslag en karakter

2.1.1 *Een praktische oplossing …*

De middenbeslissing of *absolutio ab instantia* wordt voor het eerst in de zestiende eeuw beschreven[127] en zal dus vanaf ongeveer die tijd in de rechtspraktijk ingeburgerd zijn geraakt.[128] Het was geen veroordeling, want straf werd er niet opgelegd; het was ook geen vrijspraak, want de zaak was niet 'afgedaan'. Het was een uitspraak die tussen een veroordeling en een vrijspraak het midden hield, vandaar de in het Duitse taalgebied later wel gebruikte aanduiding *Mittelding* of *Mittelurtheil*.[129] De beschrijvingen van de Italiaanse criminalisten (zie hierna) maken duidelijk dat de *absolutio ab instantia* bedoeld was om die procedures te kunnen heropenen of voort te zetten, die vanwege gebrek aan bewijs niet definitief konden worden beëindigd omdat de - formele - twijfel over de schuld of de onschuld van de beklaagde niet was weggenomen. Deze uitweg was in hun ogen noodzakelijk omdat álle - formele - twijfel moest worden weggenomen. De materiële waarheid moest worden vastgesteld en dat kon alleen op basis van de voorgeschreven minimum hoeveelheid bewijsmiddelen. De middenbeslissing was dus in de eerste plaats een praktische oplossing om voorlopig uit het dilemma te geraken waarmee de rechter door het strikte bewijsstelsel werd geconfronteerd.

2.1.2 *… niet gebaseerd op het geleerde recht*

De eerste Italiaanse criminalisten gaven aan de middenbeslissing de naam *absolveren rebus sic stantibus* of *absolveren hactenus deductis*. Bossius (1488-1546) sprak

---

127 Naar de *absolutio ab instantia* is onderzoek gedaan door o.a. de Duitser Elben, 1846 en de Zwitser Schwarplies, 1970.

128 Elben 1846, p. 16, 17.

129 Mittermaier 1812, Handbuch, Bd 2, p. 525, geciteerd in Zopfs, 1999, p. 230, spreekt van '*Mittelding*' evenals Elben 1846, p. 23, die ook de aanduiding '*Mittelurtheil*' gebruikt.

over *absolveren in prima instantia*. Dit lijkt een precieze aanduiding van wat er voorviel: de aangeklaagde werd voorlopig, in eerste instantie, vrijgelaten. Deze terminologie is echter nadien verlaten. Als aanduiding voor de middenbeslissing brak de term *absolutio ab instantia* door, letterlijk: ontslag of losmaking van instantie. Covarruvias (1552) was volgens Elben[130] de eerste die de term gebruikte. Later werd hij in Duitsland vertaald met *Entbindung von der Instanz* of *Instanzentbindung* (*I.E.*).[131] In hun 'Inleiding tot de studie van het Nederlandsche strafrecht' wijzen Van Hamel en Van Dijck nog op de ook in Nederland toegepaste *absolutio ab instantia*.[132]

Als synoniem voor *absolutio ab instantia* komt men in de zestiende-eeuwse literatuur ook de aanduiding *absolutio ab observatione iudicii* tegen.[133] Door het gebruik van deze uitdrukking werd gesuggereerd dat de *absolutio ab instantia* als middenbeslissing te herleiden was tot de Codex Justinianus.[134] Deze *absolutio ab observatione iudicii*, letterlijk 'losmaking van het rechterlijk toezicht', had echter in het Romeinse proces een andere functie[135] en was dus een vals aanknopingspunt voor de hier bedoelde 'middenbeslissing'. Een andere bron werd niet aangewezen.[136] Voor de middenbeslissing zoals hier bedoeld, als uitweg uit een bewijsdilemma, kon dus, volgens diverse geleerden, geen enkele grondslag worden gevonden in het Romeinse of in het geleerde recht. Wielant merkte op dat deze werkwijze niet op 'het recht' berustte.[137] De Damhouder,[138] Ayrault[139] en Matthaeus[140] onderschre-

---

130 Elben 1846, p. 17, 18.

131 Zie bv. Elben 1846.

132 Van Hamel/Van Dijck 1927, p. 576.

133 Covarruvias, *Variarum resolutionum libri III*, Lugduni 1557, Liber I, cap.1, nr. 8; volgens de inleiding in 1552 in Granada geschreven, zoals geciteerd door Elben 1846, p. 17, 18; Carpzovius qu. 125.4.

134 De termen *ab observatione judicii relaxare* komen uit CJ 3.1.13.2a, een regel over termijnen in het civiele proces; zij staan niet in de vergelijkbare regel voor strafzaken, CJ 9.44.3. De uitdrukking werd overgenomen in de *Glossa Ordinaria*, het verzameld commentaar op de CJ uit de dertiende eeuw en vond zo zijn weg naar de criminalisten. Doordat o.a. in de Duitse strafrechtsliteratuur van de negentiende eeuw aan de term absolutio *ab observatione iudicii* de - onjuiste - betekenis van 'een middenbeslissing' werd gegeven, kon voor het gebruik van die middenbeslissing zogenaamd steun worden gevonden in het geleerde recht. Hierdoor werd het gebruik van de middenbeslissing in Duitsland lange tijd gelegitimeerd.

135 De Codex regelt hier een provisorisch einde van het proces om de procedure over de kosten van het proces en die over de inhoud van elkaar te scheiden en geeft termijnen waarbinnen het proces moet worden beëindigd. Vgl. Elben 1846, p. 11, vgl. Matthaeus, 48.XIX.VI.5, p. 656, hierna, par. 2.5.2. Zie ook Schmoekel 2000, p. 366, 367.

136 Door de frappante overeenkomst in onderwerp en woordgebruik ligt er mogelijk een relatie tussen de heropening wegens nieuwe aanwijzingen (*novis idiciis*), genoemd door Bossius en Clarus (hierna, par. 2.3), en 'het onderzoek naar nieuwe delicten' (*super novis*), vermeld in de brief van paus Gregorius IX, uit 1234 (Hoofdstuk 2, par. 3.4).

137 Wielant 1515-1516, cap. 40.3.

138 De Damhouder liet de strekking van de tekst van Wielant op dit punt geheel in stand, *Practijke in criminele saken,* 1642, 1646, 1656 en 1660.

ven deze opvatting en Clarus, en Farinacius (hierna te bespreken) waren zich van dat standpunt bewust.[141] De studie van Elben bevestigt de conclusie van deze rechtsgeleerden.[142]

2.2 De juridische en praktische gevolgen

2.2.1 *Juridische gevolgen*

Door de toepassing van een *absolutio ab instantia* werd het eindgewijsde opgeschort. Er werd voorlopig genoegen genomen met de zekerheid dat naar dit eindgewijsde werd gestreefd. Nieuwe aanwijzingen bliezen de zaak nieuw leven in. Deze constructie liet een doorlopende hervatting van de berechting van hetzelfde feit toe. De *absolutio ab instantia* kan daarom worden gezien als een breuk met het verbod van herhaling. Ondanks het feit immers dat het onderzoek in de zaak uitputtend was geweest, kon de procedure op elk moment worden heropend.

2.2.2 *Praktische gevolgen*

De *absolutio ab instantia* ging gepaard met vrijlating uit de gevangenis, maar daarmee was de kous niet af. Wielant vermeldt dat de aangeklaagde vrijgelaten (*geslaakt*) werd, '*dats te segghene totdat hy weder ontboden werdt*'.[143] Later zou dit gaan heten: 'tot weederbiedens'[144] en werd de borgtocht toegevoegd.[145] Bossius spreekt weliswaar eenvoudig van 'vrijlating' (*e carcere demissus*),[146] maar volgens Clarus konden voorwaarden worden gesteld zoals borgstelling, betaling van de gevangenisopziener 'voor het genoten onderdak' en de belofte zich beschikbaar te houden voor het proces.[147] Dit betekent dat als de beschuldigde armlastig was en geen financiële hulp kreeg de bewaring vooralsnog zou voortduren. Matthaeus beschrijft dat 'velen' vinden dat er een borg moet worden gesteld door de vrijgelatene, zodat hij weer voor het gerecht zal verschijnen als hij ontboden wordt en dat 'anderen' het voldoende vinden dat er een belofte wordt gedaan om weer te ver-

---

139 Ayrault 1610, p. 565 schrijft: '*bien esloigné de la façon des Anciens*', en p. 566 ; '*une usance, non de loy, ny ordonnance*'.

140 Matthaeus behandelt de kwestie in 48.XVI.IV.16, p. 557, en onder 18, p. 559. Bij het onderwerp 'verval van aanklacht neemt hij een iets ander standpunt in, 48.XIX.VI.5, p. 656. Voorda 1792, p. 378 wijst daar op.

141 Clarus, qu. 62.2, hij verwijst naar het standpunt van 'Pract. Iodoc.' (= de Damhouder); idem Farinacius, *Pars I*, nr. 27, geciteerd door Elben 1846, p. 21.

142 Elben 1846, p. 11 en 31.

143 Wielant 1515-1516, cap. 40.

144 Voorda 1792, p. 375-378.

145 Art. 53 OCJ, te bespreken in Hoofdstuk 7, par. 1.3, spreekt van '*geslaect worden tot erbieden | op cautie oft borchtocht fideiussoire oft iuratoire*', ofwel: ontslag tot nieuwe oproeping, op borgtocht onder borgstellling of ede.

146 Elben 1846, p. 23.

147 Clarus, qu. 62.2, in Von Moeller 1911, p. 165, 166; Elben 1846, p. 23.

schijnen, op straffe van veroordeling.[148] In Duitsland werden de voorwaarden voor vrijlating op zeker moment zo opgeschroefd dat die de straf die op het delict was gesteld zelfs overtroffen,[149] maar ook in Frankrijk en Nederland dijde de *absolutio ab instantia* tot groteske vorm uit, zoals we hierna nog zullen zien.

Praktisch gezien kleefden aan deze oplossing dus belangrijke nadelen. In de eerste plaats voor de beschuldigde die op deze wijze was vrijgelaten en dus in zekere zin 'oneervol' was 'vrijgesproken'. Hij bleef in voortdurende staat van onzekerheid , werd financieel belast vanwege de plicht een borg te storten en kreeg geen volledige bewegingsvrijheid. Hij moest zich voor herberechting beschikbaar houden op verbeurte van zowel een eventueel verweer als een gestorte waarborgsom. 'De beschuldigde werd', zoals Hélie het uitdrukte, 'in vrijheid gesteld maar niet bevrijd; de justitie hield hem aan een touw dat steeds weer kon worden aangehaald.'[150] Maar ook voor de plaatselijke overheid had de middenbeslissing nadelige kanten. Voor gevangenen die werden vastgehouden omdat zij nog geen borg hadden gestort, moest capaciteit beschikbaar worden gemaakt en de rechtszaken bleven op de plank liggen.

2.3 Vlaanderen, Milaan, Frankrijk en Spanje

Volgens Wielant, die als eerste het fenomeen van de middenbeslissing beschreef,[151] was het in Vlaanderen de gewoonte om iemand die de pijnbank had doorstaan, *na het loochenen op de bank*, vrij te spreken en te laten gaan '*quousque*':

> 'En als er geen nieuwe aanwijzingen bij komen: 'zo werdt hy gheslaecht (geslaakt, vrijgelaten, wvh) ende ghelaten gaen quousque dats te segghene totdat hy weder ontboden werdt zonder hem van den sticke of faite plainlic te absolverne. 3. Ende also useert men in de practicque nemaer naer rechte, hy behoort plainlic gheabsoveert te zyne, want hy hem bij den torment en van

---

148 Matthaeus, 48.XVI.IV.16, p. 557: '*Plerique ab instantia duntaxat absolvendem censent, vel ut ipsorum verbis, utar, rebus sic stantibus; aut relaxandum seu dimittendum datis fidejussoribus judicio sisti, quoties sistere se jussus fuerit; Sunt ex qui sub repromissione reum demittunt, ita ut data dextra promittat judici sisti, sub poena convicti.*'

149 Zopfs 1999, p. 174; Esmein p. 552, 553; Elben 1846, par. 12; Schwarplies 1970, p. 61-63. Hierover meer in de Slotbeschouwing, par. 2.

150 Hélie 1866, par. 981.

151 Volgens Elben 1846, p. 17, was Alciatus (1492 -1550) de eerste. Dit is echter niet zo zeker, want Alciatus' geschriften verschenen voor het eerst in 1513 terwijl Wielant tussen 1505 en 1516 schreef. In zijn eerste redactie, van 1510 gaf Wielant al verslag van deze praktijk. Elben heeft in zoverre gelijk dat het werk van Wielant na dat van Alciatus, in 1554 werd gedrukt (onder de naam van De Damhouder).

der banck ghepurgiert (gezuiverd, wvh) heeft van allen indicien'.[152]

De beschuldigde werd dus vrijgelaten, wat volgens Wielant zeggen wilde: 'tot hij weer ontboden wordt'. Hij werd dus niet volledig vrijgesproken. Deze praktijk was volgens Wielant in strijd met 'het recht' - dus het geleerde of Romeinse recht - omdat het doorstaan van de pijnbank hem van alle aanwijzingen heeft gezuiverd en hij dus wel 'plainlic gheabsoveert' - volledig vrijgesproken - zou moeten worden.

Clarus gaf in 1568 een vergelijkbare omschrijving van de *absolutio ab instantia*, zoals toegepast in het hertogdom Milaan: 'Men moet weten dat het hier in dit Hertogdom de gewoonte is (*in hoc Ducatu stylus est*) om iemand die vrijgesproken is omdat hij het niet heeft gedaan, een eenvoudige en definitieve vrijspraak te geven, maar indien hij wordt vrijgesproken omdat het feit niet bewezen kon worden, hem altijd een vrijspraak te geven waaraan de clausule wordt toegevoegd: *Stantibus rebus prout stant* (met behoud van de stand van zaken zoals die bestaan; bij deze stand van zaken). En in dit tweede geval zal telkens wanneer er nieuwe aanwijzingen (*nova indicia*) naar voren komen, worden doorgeprocedeerd.'[153] Clarus maakte hier een duidelijk onderscheid tussen wat wij nu een eervolle en een oneervolle vrijspraak zouden noemen. Alleen de eervolle vrijspraak, die waarbij de onschuld is komen vast te staan, was definitief. In het andere geval kon de zaak steeds worden hervat in de stand waarin die zich bevond. Deze praktijk werd volgens Clarus ook in acht genomen in Spanje en in Frankrijk.[154]

Volgens de Italiaanse criminalist Farinacius (1554-1618), ging het in twijfelgevallen om een vrijspraak (*absolutio*) op grond van datgene wat tot dusverre was komen vast te staan (*ex hactenis deductis*). Het betrof in zijn ogen een belangrijke uitzondering op de regel dat degene die vrijgesproken is zich met de exceptie *rei judicatae* tegen een nieuwe vervolging kan verweren. Ook volgens Farinacius werd de middenbeslissing niet alleen in het hertogdom Milaan, maar ook in Spanje en in Frankrijk gepraktiseerd.[155] De Italiaanse jurist Aegidius Bossius (1488-1546), wiens werk eerder is verschenen dan dat van Clarus, namelijk vóór 1562,[156] was iets terughoudender. Hij verbond namelijk aan de hervatting de voorwaarde dat de

---

152 Wielant 1515-1516, cap. 40; besproken door Van de Vrugt 1978 p. 143 (zij citeert uit de heruitgave van Orts, 1872) en Elben 1846, p. 28 (deze laatste citeert de Latijnse tekst uit 1601).

153 Clarus qu. 57.3 en qu. 62.2: *Et hoc secundo casu quandocunque superventant nova indicia, semper proceditur.*

154 Clarus qu. 62.2.

155 Prosper Farinacius, *Variarum*, geciteerd door Elben 1846, p. 20.

156 Aegidius Bossius, *Practica et tractatus varii seu quaestiones criminalem materiam sive actionem fere omnem exacte continentes* (tweede druk Venetië 1562; herdruk Bazel 1578), geciteerd door Elben 1846, p. 19.

nieuwe vervolging alleen kon plaats vinden op basis van nieuwe aanwijzingen, en niet op basis van de oude (*non ex veteribus indiciis, sed ex novis et supervenientibus*).

Niet alle criminalisten uit die zestiende en zeventiende eeuw verdedigden de middenbeslissing. Het was immers een beslissing die niet, althans moeilijk, in overeenstemming was te brengen met het Romeinse recht. De leermeester van Clarus, de Milanese rechtsgeleerde Alciatus (1492 -1550) gaf blijk van zijn ongenoegen over de gevoerde praktijk. Hij behandelde het onderwerp bij zijn bespreking van de betekenis van de uit de Wet der Twaalf Tafelen stammende tekst: *Si calvitur*, over 'wie uitvluchten bedenkt.[157] Degene 'die uitvluchten bedenkt' is volgens hem ook degene die niet durft vrij te spreken. 'Strafzaken moeten in twee jaar worden beëindigd', schreef hij in navolging van de Codex;[158] 'het doel van het vrijspreken *rebus sic stantibus* is daarmee in strijd. Want een dergelijke uitspraak heeft tot effect dat de rechter de beschuldigde bij de geringste aanwijzing weer in de kerker kan gooien.' Alciatus noemde de rechters die van deze 'uitvlucht' gebruik maken laatdunkend δημοφόβοι: 'volkvrezende angsthazen'.[159] Behalve dat zaken om elke nieuwe aanwijzing, hoe klein ook, konden worden hervat, moet uit zijn beschrijving ook worden opgemaakt dat de tijd dat iemand aan het lijntje werd gehouden wel langer duurde dan twee jaar.
In Spanje was het Covarruvias (1512-1577) die omstreeks 1552 de *absolutio ab instantia* beschreef. Ook hij was geen voorstander van de middenbeslissing.[160] Zijn landgenoot Antonius Gomezius (eind 16e eeuw) rechtsgeleerde aan de universiteit van Salamanca, noemde de uitweg misprijzend 'een uitvinding van geleerden' (*Doctoribus inventum*). Dit 'middel'(*illud medium*) te gebruiken, was volgens hem ongeoorloofd indien de aanklager niets bewezen heeft.[161] Het argument dat Gomezius hier gebruikte, ontleende hij aan de Codex Justinianus. Het is de (civielrechtelijke) regel waarin staat dat wie een aanklacht indient, ook zelf het bewijs moet leveren, bij gebreke waarvan hij de zaak verliest, ook als de aangeklaagde niets ter verdediging naar voren had gebracht.[162] Bovendien wees Gomezius erop

---

157 D. 50.16.233 (*Lex: Si calvitur*, D.V.S. 233), 'Als hij uitvluchten gebruikt': dat is als hij talmt en hindert. Van dit werkwoord is het woord *calumniatores* (chicaneurs) afgeleid, degenen die op bedrieglijke en hinderlijke wijze anderen met processen lastig vallen. Bovendien is hieraan het woord *cavillatio* (drogreden) ontleend. Matthaeus, 48.XVI.IV.16, p. 557, 558, haalt de woorden van Alciatus met instemming aan.

158 CJ 9.44.3: Strafzaken moeten binnen twee jaar na de *litis contesatatio* worden beëindigd en er is geen enkele bijzondere reden om dit te rekken; maar we zijn van mening dat als het proces langer duurt de aangeklaagde wordt ontslagen, op straffe van een boete voor de rechter.

159 Geciteerd door Elben 1846, p. 17.

160 Didacus (Diego) Covarruvias, Elben p. 17.

161 Antonius Gomezius, *Commentariorum variarumque resolutionum tomi III*, Frankfurt 1596, geciteerd door Elben 1846, p. 18.

162 CJ 2.1.4 (*L.4.C. de edendo II, 1*): 'Zij die een aanklacht indienen moeten over bewijzen beschikken, omdat noch de grondregels van het recht noch die van de billijkheid toestaan dat de bevoegdheid

dat de in de Codex gebruikte term *absolveren* slechts betrekking kon hebben op onvoorwaardelijk vrijspreken.[163]
De argumenten van de tegenstanders hebben niet mogen baten. De zestiende-eeuwse Italiaanse criminalisten Clarus, Bossius en Farinacius[164] hadden de *absolutio ab instantia* in de armen gesloten. Uit het leerboek van De Damhouder wisten zij dat de vrijlating *quousque* ook in Vlaanderen werd gepraktiseerd en al erkenden zij net als Wielant en De Damhouder dat die praktijk afweek van het *ius civile*,[165] het systeem bood in hun ogen geen andere uitweg.

2.4 Het standpunt van Carpzovius

Carpzovius was uit de boeken bekend met de Vlaamse, Milanese, Franse, en Spaanse rechtspraktijk.[166] Bovendien had hij, toen hij 24 jaar oud was, een studiereis gemaakt door Italië, Frankrijk, Engeland en België.[167] Hij zal dus ook de praktijk van de *absolutio ab instantia* hebben gezien. Hij nam het concept echter niet over.[168] Net als bijvoorbeeld Wielant ging hij ervan uit dat het doorstaan van de pijnbank de aanwijzingen tegen de beschuldigde wegnamen (zuiverden), zodat er niets te twijfelen overbleef.[169] In dat geval moest dus 'gewoon' een definitieve vrijspraak volgen.[170] Carpzovius beriep zich daarbij op de ook door de Italianen geciteerde rechtsregel uit de Codex Justinianus dat de aanklager bewijzen moet en dat, indien hij daar niet in slaagde, de aangeklaagde vrijuit ging.[171] Hij was wel een

---

mag worden verleend om andermans documenten in te zien. Immers wanneer de eiser het bewijs niet levert, moet degene die wordt aangesproken het proces winnen, ook al heeft hij zelf niets naar voren gebracht'.

163 Gomezius, aangehaald door Matthaeus, 48.XVI.IV.16, p. 557. Dat slechts vrijspraak kon volgen, vloeit voort uit de klassieke *formulae*, die de rechter instrueerden om, als bepaalde zaken vast kwamen te staan, te veroordelen (*condemnare*) en zo niet, vrij te spreken (*absolvere*). De in de vorige noot aangehaalde tekst uit de Codex is hier een uitwerking van.

164 Farinacius geeft de tegenstanders van de middenbeslissing echter in zoverre gelijk, dat hij het noodzakelijk acht dat er in elk geval een termijn aan de aanklager moet worden gesteld om het bewijs te leveren. 'Alleen onder die voorwaarde', zegt Farinacius, 'is de praktijk van de middenbeslissing nuttig voor het bestrijden van de misdaad'. Elben 1846, p. 20, 21. De opvatting van Farinacius stemt dus uiteindelijk met die van Alciatus overeen.

165 Clarus, qu. 62.2, verwijst hierbij naar het standpunt van 'Pract. Iodoc.' (= de Damhouder); idem Farinacius, *Pars I*, nr. 27, geciteerd door Elben 1846, p. 21.

166 Elben 1846, p. 29.

167 Schmidt 1965, par. 137.

168 CJ 2.1.4, aangehaald door Carpzovius, qu. 125.6 en 10, Carpzovius/Van Hogendorp, H. 117.

169 Vanuit het concept van Zopfs, p. 234 zou men zeggen dat 'status van belaste persoon' werd opgeheven. Toch spreekt Carpzovius wel degelijk van twijfel in qu. 125.9: 'ook is het argument niet juist dat in een onzekere zaak een onzeker vonnis zou worden gewezen, want na het doorstaan van de tortuur is de zaak volstrekt niet meer twijfelachtig (*haudquamquam res amplia est dubia*).

170 Carpzovius, qu. 125.3, 9 en 10.

171 Carpzovius, qu. 106. 94, 95 en qu. 125.12.

voorstander van bredere toepassing van *poenae extraordinariae*.[172] Hiermee werd een deel van het probleem 'opgelost'. De toepassing van deze niet uit de wet voortvloeiende straffen was in zijn ogen niet afhankelijk van de allerzwaarste bewijseisen. Afhankelijk van de ernst van het feit en de mate van verdenking kon ondanks het ontbreken van vol bewijs worden gestraft. In nog lichtere zaken bepleitte hij, indien vol bewijs ontbrak, een reinigingseed, (die overigens waarschijnlijk niet geheel definitief was, dit Hoofdstuk, par.1.8.4). Carpzovius wees kortom de praktijk van de *absolutio ab instantia* af en bepleitte in plaats daarvan - voor de gevallen waarin de aard van het delict dat toestond - de toepassing van een lichtere straf.

Maar ook al bepleitte Carpzovius een definitieve einduitspraak, het was niet zijn bedoeling om de *dader* vrijuit te laten gaan. Hij zocht de oplossing in een uitbreiding van de mogelijkheden om een inbreuk op het gezag van gewijsde te maken, dus een nieuwe uitzondering op de *de his*-regel. Deze inbreuk werd in zijn ogen gerechtvaardigd door 'het publiek belang', de *favor commodi publici*. Hij schreef: 'Dit publieke belang, dat niet wil dat delicten onbestraft blijven, staat van tijd tot tijd ook afwijkingen op de regel toe (…),[173] daarom staat buiten twijfel dat wanneer na vrijspraak van de beklaagde nieuwe aanwijzingen met betrekking tot het misdrijf (*crimen*) boven water komen, tegen diegene kan worden geprocedeerd, ofwel langs de weg van de aanklacht dan wel langs de weg van het onderzoek'.[174] Carpzovius bepleitte m.a.w. een vorm van 'herziening' in geval van het opkomen van nieuw bewijsmateriaal.[175] Volgens Carpzovius was het in zijn rechtsgebied daarnaast de praktijk om in gevallen van formele twijfel toch een definitieve beslissing te geven.[176] Of de herzieningsprocedure in de praktijk werd toegepast, vertelt het verhaal niet.

De vrijspraak van Carpzovius was volledig en dus in beginsel definitief. De beschuldigde werd onbezwaard vrijgelaten. Dit was het grote verschil met de Milanese en Vlaamse 'vrijspraak *rebus sic stantibus*', want in die constructie bleef de verdenking jegens de beschuldigde voortbestaan en werd zijn positie dienovereen-

---

172 Carpzovius stelde zich bij elk delict de vraag of een *poena ordinaria* dan wel een poena extraordinaria opgelegd moest worden, Schmidt 1965, par. 141.

173 Carpzovius, qu. 125.8, verwijst hierbij naar L. 51.par. 2 ff.ad legem Aquilam (D. 9.2.51.2) waar staat dat 'misdragingen niet onbestraft mogen blijven'.

174 Carpzovius, qu. 125. 8 : *Cui & hanc addo, quod favor commodi publici, quod delicta non vult remanere impunita … irregularitem quandoque admittat. Quare si reo absoluto nova appareant indicia commissi criminis, quin denuo adversus ipsum vel per viam accusationis, vel etiam inquisitorie procedi queat, dubium non est: quin & novis indiciis urgentioribus gravatus, secunda quoque vice ad toturam rapi poterit, ut paulo post dicetur.* (ja, men zal ook hem die met nieuwe en meer dringende aanwijzingen bezwaard wordt, ook ten tweede male kunnen pijnigen), Van Hogendorp, H. 117. V.

175 Vgl. de samenvatting van het standpunt van Carpzovius in Elben p. 33.

176 Carpzovius, qu. 125.13, 14.

komstig met voorwaarden belast. In de opvatting van Carpzovius kon echter vanwege het opkomen van nieuwe bezwaren een inbreuk worden gemaakt op het verbod van herhaling.

2.5 Het standpunt van Matthaeus

2.5.1 Een onjuiste hypothese

In Utrecht schaarde Matthaeus zich net als Carpzovius achter de tegenstanders van de vrijspraak *rebus sic stantibus*, in elk geval indien tortuur was toegepast. Hij haalde met instemming Gomezius en Alciatus aan. Die laatste noemde hij 'één van de grootsten'.[177] Matthaeus probeerde hun argumenten te versterken, door erop te wijzen dat als de zaak niet werd afgesloten er dus ook geen onderzoek kon worden ingesteld naar de mogelijkheid dat er een valse aanklacht was ingediend (*calumnia*). Het onafgesloten laten van een zaak stond met andere woorden het zoeken naar een andere oplossing van het geschil in de weg. 'Bovendien', zo vroeg Matthaeus zich af, 'waarom zouden de uitzonderingen op de regel dat niemand tweemaal mag worden aangeklaagd zo precies zijn omschreven als de aanklacht steeds zou mogen worden herhaald?'[178] Hij achtte het met de voorstanders *als stelling* juist, dat een schuldige (*homo nocens*) zich niet op de exceptie *res judicata* moest kunnen beroepen, omdat dat onbillijk, *iniquus*, was. De gekozen oplossing, de middenweg, ging echter uit van de onjuiste, valse, *onderstelling* dat die billijker was (*id in thesi verissimum est; in ea hypothesi, de qua nunc disputamus, falsum*).[179] Indien immers de schuld niet kon worden vastgesteld, zelfs niet na iemand driemaal op de pijnbank te hebben gelegd, dan was het in zijn ogen veel rechtvaardiger (*longe aequus*) om deze beschuldigde vrij te spreken dan hem voor altijd te laten lijden onder de gedachte dat zijn leven en veiligheid nog steeds op het spel stond. 'Diegene is al zo gestraft door de pijn die hij heeft geleden, dat hij niet nog langer in het onzekere mag worden gelaten over zijn leven en veiligheid. Als het feit niet bewezen is, moet vrijspraak volgen en daarmee is het misdrijf uitgewist.'

Het 'reeds ondervonden leed' is een nieuw argument dat Matthaeus toevoegde aan de bezwaren tegen de *absolutio ab instantia*. Het effect van het doorstaan van de pijnbank werd door hem dan ook heel anders benaderd dan door zijn voorgangers. Hij zag hierin geen zuivering van het belastende materiaal. Voor een tweede toepassing van tortuur hoefden er naar zijn mening bijvoorbeeld ook geen nieuwe aanwijzingen te zijn. De definitieve vrijspraak, de 'extinctie' van het misdrijf, volgde in de opvatting van Matthaeus niet uit het weggewassen bewijs, maar uit de

---

177 Matthaeus, 48.XVI.IV.16, p. 557, 558.

178 Matthaeus verwijst o.a. naar de in hoofdstuk 1 besproken vindplaatsen D. 48.2.7.2, D. 47.15.3.1 en C. 9.2.11.

179 Matthaeus, 48.XVI.IV.16, p. 558.

aequitas: de billijkheid om iemand, als hij flink was gepijnigd en nog steeds niet had bekend, definitief van verdere ellende te ontslaan. Hoewel deze redenering alleen opgaat voor de gevallen waarin tortuur werd toegepast en niet ook wanneer die achterwege werd gelaten, bijvoorbeeld vanwege de conditie van de beschuldigde of omdat de aanwijzingen te gering waren, blijkt uit de uiteenzettingen van Matthaeus niet dat het doorstaan van de tortuur voor hem een voorwaarde was voor algehele vrijspraak bij niet bewezen onschuld. Dit nieuwe billijkheidsargument kan dan ook worden beschouwd als één ten overvloede.

2.5.2 *Liever kort uitstel*

Volgens Matthaeus waren de Romeinen wèl bekend met een andere vorm van ontslag van instantie, gevallen waarin de aanklacht verviel en toch het misdrijf zelf niet werd uitgewist. Dit was volgens Matthaeus de eigenlijke *absolutio ab instantia*. Deze situaties hadden geen betrekking op de bewijsbeslissing.[180] Een ontslag van instantie deed zich volgens Matthaeus bij de Romeinen voor bij intrekking van de aanklacht (*abolitio*), bijvoorbeeld vanwege een officiële feestdag of vanwege privéredenen zoals de dood van de aanklager of vanwege een onjuist geformuleerde aanklacht. Van verval van de aanklacht of *abolitio* was ook sprake als de aangeklaagde niet binnen twee jaar veroordeeld was.[181] Deze vormen van intrekking eindigden volgens Matthaeus in een *absolutio ab instantia*: een formele einduitspraak die het misdrijf zelf niet uitwiste. Na een dergelijke *absolutio ab instantia* kon een nieuwe aanklacht worden ingediend. De term *absolutio ab instantia* had bij Matthaeus dus een andere betekenis dan bij zijn tijdgenoten, die er een *absolutio rebus sic stantibus*, onder verstonden, een uitstel tot nader bewijs. Maar dat was een beslissing die de klassieken volgens Matthaeus niet kenden.[182]

Matthaeus vond dat ook bij twijfel in de plaats van een aanhouding voor onbepaalde tijd beter een kort uitstel kon worden gegeven, en wel door een *ampliatio*. Bij een *ampliatio* bleef het proces bij hetzelfde gerecht maar werd het voor korte tijd verlengd terwijl de aangeklaagde in detentie werd gehouden. In geval van *absolutio rebus sic stantibus* daarentegen werd de beklaagde uit de gevangenis ontslagen en kon de zaak opnieuw worden aangebracht bij een ander gerecht.[183] Dan kon het jaren duren voordat de zaak weer werd hervat, aldus Matthaeus.[184] Hoe zat het dan met de eis dat de beklaagde zijn onschuld moest bewijzen, de eis die het inquisitoi-

---

180 Deze gevallen behandelt Matthaeus in het hoofdstuk 'over de wijze waarop een aanklacht wordt uitgewist', Matthaeus, 48.XIX.VI, p. 655.

181 Het betreft de regel CJ 9.44.3, Matthaeus, 48.XIX.VI.5, p. 656.

182 Matthaeus, 48.XVI.IV.16, 17, p. 557 e.v.

183 Vgl. Matthaeus 48.XIII.V.10 p. 476: 'als iemand is vrijgesproken wegens gebrek aan bewijs is het niet vreemd (*absurdum*) dat hij wordt veroordeeld door een ander gerecht, want heden ten dage wordt de beschuldigde in zo'n geval niet geheel maar alleen van instantie vrijgesproken.'

184 Matthaeus, 48.XVII.II.3, p. 565.

re proces nu eenmaal stelde? Daarover schreef Matthaeus dat de eisen aan het bewijzen van de onschuld gesteld niet zo zwaar zijn als die welke worden gesteld aan het bewijs van schuld. 'Dit is redelijk, want het is beter een schuldige vrij te laten dan een onschuldige te veroordelen' en hij verwees daarbij naar de regel *in dubio pro reo*. Matthaeus hield kortom vast aan het *ius civile* en keerde zich tegen de opvattingen van de 'commentatoren'. 'Dit is mijn antwoord', zegt Matthaeus, 'hoewel beiden worden vrijgesproken is dat voor de één eervol en voor de ander niet.'[185] En met die uitspraak moest men het wat hem betreft doen.

2.5.3 *Een zeventiende-eeuws minderheidsstandpunt*

Matthaeus was zich ervan bewust dat hij een minderheidsstandpunt innam en ook, dat de middenbeslissing in de praktijk vastgeroest zat.[186] Aan het slot van zijn goed beargumenteerde betoog tegen het *absolveren rebus sic stantibus*, hield Matthaeus daar rekening mee.[187] Hij schreef dat de bestaande opvatting 'wel past in de huidige tijd, al is deze in strijd met het Romeinse recht'. Vervolgens legde hij uit waarom de vrijspraak *rebus sic stantibus* ook wel te verdedigen viel: 'er is namelijk een verschil tussen de rechtspositie van de aangeklaagde in het Romeinse accusatoire stelsel en die in het huidige inquisitoire proces. Het inquisitoire model geeft de beschuldigde meer zekerheid. Anders dan in de Romeinse tijd is het nu niet meer mogelijk dat iedereen een aanklacht indient. In Rome werd veel misbruik gemaakt van de procedure op aanklacht. Er waren aanklagers en aangevers die het louter om het geld deden of om bij de keizer een wit voetje te halen. Nu wordt er in strafzaken vooral ambtshalve geprocedeerd door de schout (*fiscus*). Dat biedt de garantie dat een aanklacht op goede gronden plaatsvindt en daarom is er wel iets voor te zeggen dat de aangeklaagde zijn onschuld moet bewijzen voordat hij wordt vrijgesproken'.[188] Later, in zijn hoofdstuk over vonnissen kwam hij echter op dit standpunt terug. Hij verklaarde zich nogmaals tegenstander van het *absolveren rebus sic stantibus*: 'wanneer de partijen hun standpunten hebben uitgesproken en de rechter de zaak volledig heeft onderzocht, zijn er slechts drie mogelijkheden, te weten: veroordeling, vrijspraak of een kort uitstel van de zaak (genoemde *ampliatio*). Een vierde, te weten de *absolutio ab instantia* in de vorm van een middenbeslissing, ook wel *absolutio rebus sic stantibus* genoemd, is er niet, '*Quartum non datur*.'[189]

Anders dan Carpzovius, die een vorm van herziening bepleitte, aanvaardde Matt-

---

185 Matthaeus, 48.XV.VII.4, p. 538. Deze opvatting sluit aan bij de huidige stand van zaken in Schotland, Gebbie e.a. 1999.

186 Matthaeus, 48.XVI.IV.16, p. 557.

187 Matthaeus, 48.XVI.IV.18, p. 559.

188 Parafrase Matthaeus, 48.XVI.IV.18, p. 559.

189 Matthaeus, 48.XVII.II.3, p. 565.

haeus de consequenties van zijn standpunt. Degene die vrijgesproken was, genoot volgens Matthaeus bescherming tegen een tweede proces over dezelfde zaak. Matthaeus tilde er niet al te zwaar aan dat het voor kon komen dat hierdoor een schuldige zijn straf zou ontlopen. Immers, 'mocht die schuldige later nog eens een misdrijf plegen en de feiten over de oude zaak intussen bekend zijn geworden, dan zou de rechter in de nieuwe procedure rekening kunnen houden met die oude feiten', zo opperde hij. Bovendien is volgens Matthaeus in het geval van een onterechte vrijspraak alleen de staatszaak geschaad (*devotio publica laeditur*) en niet de zaak van de vrijgesprokene,[190] terwijl in het omgekeerde geval, als een onschuldige wordt veroordeeld, zowel de staat als de onschuldige geschaad worden.[191] In deze overweging legde Matthaeus wederom de ongelijke positie tussen staat en individu aan zijn opvatting ten grondslag. Matthaeus voerde dus de beide beginselen, *in dubio pro reo* en het verbod van herhaling consequent door. Het verbod van herhaling drukte hij uit met '*ob idem admissum nemo bis accusandus est*, het verbod om opnieuw voor hetzelfde aan te klagen, na veroordeling en na vrijspraak. De praktijk was, zoals gezegd, sterker dan de leer, ook in de Nederlanden. In de zeventiende en achttiende eeuw zette het concept van de *absolutio ab instantia* zich voort.

2.6 Besluit

De *absolutio ab instantia* als middenbeslissing had geen basis in het geleerde recht. Toch vond zij algemeen ingang, in het bijzonder in het inquisitoire extraordinaire proces. Het was op zeker moment overal op het vasteland van Europa praktijk om de beklaagde 'na het loochenen op de bank' niet vrij te spreken maar hem te laten gaan '*quousque*', tot hij weer 'ontboden', werd. Wielant beschreef in 1510 als eerste dit fenomeen. Het wijdverbreide gebruik duidt erop dat de praktijk grote behoefte had aan deze uitweg. Zoals eerder toegelicht kwam die behoefte voort uit de aan het inquisitoire proces gestelde taak om de materiële waarheid vinden. Deze opdracht werd niet gerelativeerd, ook niet door de regel *in dubio pro reo*. De schuld moest ten volle met hard bewijs worden bewezen, de onschuld moest worden aangetoond door zich van alle aanwijzingen te zuiveren; dan pas kon een definitieve veroordeling of een definitieve vrijspraak volgen. Andere uitwegen uit de patstelling dan het kiezen van de middenweg waren er, processueel gezien, niet. Alleen Matthaeus nam het op voor een definitieve vrijspraak, Carpzovius bepleitte een vorm van herziening.

Het moderne strafproces, waarin het 'onderzoek ter terechtzitting' zich heeft

---

190 Een opmerkelijke tweedeling, want Matthaeus laat hier het slachtoffer buiten beschouwing. Dit citaat laat zien dat de aandacht voor de beschuldigde in het strafproces niet een exclusieve twintigste-eeuwse aangelegenheid is.

191 Matthaeus, 48.XVII.II.2, p. 564.

losgemaakt van het opsporings- en voorbereidend onderzoek, voorziet inmiddels wel in uitwegen, zoals de beëindiging van de vervolging na het vooronderzoek gepaard gaande met de mogelijkheid van hervatting van de vervolging op basis van nieuwe bezwaren, en, in sommige landen,[192] de herziening na een vrijspraak. De *absolutio ab instantia* vertoont met deze rechtsfiguren grote overeenkomst, want de beslissingen tot kennisgeving van niet verdere vervolging en de herzienbare vrijspraak gelden in wezen *rebus sic stantibus*.[193] Zij dienen ertoe een evenwicht te bereiken tussen enerzijds het recht, dat zijn loop moet hebben, de gerechtigheid in enge zin, en anderzijds de rechtsbescherming. Hoe de ontwikkeling naar de nieuwe rechtsfiguren heeft plaats gevonden wordt in de volgende hoofdstukken beschreven.

[192] Hierover meer in de slotbeschouwing.
[193] Vgl. Corstens 2008, p. 375.

3. Samenvatting en conclusies Europa

Op het vasteland van Europa was in de zestiende eeuw de omslag van het accusatoire naar het inquisitoire procesmodel zo goed als voltooid. De kenmerken van dit strafproces waren dat de vervolging van strafbare feiten in handen kwam te liggen van de dienaars van de (plaatselijke) overheid en dat 'de rechter' zijn onderzoek moest inrichten ter vaststelling van de materiële waarheid. Deze uitgangspunten waren overal op het vasteland van Europa gelijk. Ook overigens vertoonde het proces in de verschillende delen van het vasteland van Europa opvallende gelijkenissen. Er ontwikkelde zich naast het ordinaire een extraordinair inquisitoir proces waarin de '*inquisitio*', de scherpe ondervraging op de pijnbank, een grote rol speelde. De basisprincipes van het ordinaire en het extraordinaire proces waren gelijk, maar vooral de wijze van onderzoek, dat wil zeggen de toepassing van dwang en de regels voor rechtsbijstand verschilden.

Het strafrechtelijk verbod van herhaling werd in het inquisitoire model aanvaard als 'rechtsregel', zelfs 'fundament van het recht'. De regel werd algemeen aangeduid met '*de his*', maar daarnaast formuleerden de geleerden ook andere regels om het verbod aan te duiden, zoals: '*ob idem admissum nemo bis accusandus est*' (Matthaeus). Aan deze rechtsregel lagen noties uit het geleerde recht ten grondslag. De criminalisten verwezen onder meer naar vindplaatsen in de Digesten en de Codex en naar de *de his*-regel uit het canonieke recht. De inrichting van het inquisitoire proces stelde de regel echter zo goed als buiten werking. De opdracht tot materiële waarheidsvinding leverde een strikte toepassing van de bewijsleer op. Dit bracht de rechter in een klemsituatie in al die gevallen waarin het volle bewijs niet geleverd kon worden en ook de aanwijzingen tegen de beschuldigde niet waren weggenomen. Het waren situaties van zogenaamde formele twijfel. Het systeem liet nog geen ruimte voor het eigen oordeel van de rechter. In de gevallen van formele twijfel moest de totstandkoming van het eindgewijsde worden uitgesteld. Daarbij was de rechter gebonden aan de regel *in dubio pro reo,* die hem ervoor moest behoeden aan een onschuldige een onherstelbare straf te voltrekken. Die regel gebood de rechter om in geval van twijfel de meest gunstige beslissing te nemen ten aanzien van de beklaagde, maar bood geen grondslag voor vrijspraak.

De rechtspraktijk vond verschillende oplossingen om uit de klemsituatie te raken, onder meer door de invoering van een uitspraak die het midden hield tussen veroordeling en vrijspraak, één die slechts gold 'bij deze stand van zaken' (*rebus sic stantibus*). Later is dit '*absolutio ab instantia*' en ook wel 'middenbeslissing' genoemd. De *absolutio ab instantia* had niet de kracht van een gewijsde en stond daardoor niet in de weg aan de heropening van de zaak. De werking van de alom

bekende *de his*-regel werd hierdoor opzij gezet. Hoewel de criminalisten allen van mening waren dat de middenbeslissing niet kon worden teruggevoerd op het geleerde recht, en dus een uitvinding was van hun tijd, gaven zij zich ervoor gewonnen. De *absolutio ab instantia* werd gemeengoed. De Duitser Carpzovius nam een bijzonder standpunt in. Hij verklaarde zich, net als Matthaeus, een tegenstander van de nieuwe 'uitvinding'. Tegelijkertijd echter rekte hij de *de his*-regel op zodat het volgens hem mogelijk was bij nieuwe aanwijzingen tegen de vrijgesproken beschuldigde het gesloten proces te heropenen. Dit achtte hij nodig uit oogpunt van 'publiek belang'. Matthaeus wees de praktijk van *absolutio ab instantia* af en verzette zich bovendien tegen een uitholling van het verbod van herhaling. Het was beter dat een schuldige vrij rondliep dan dat een onschuldige werd veroordeeld; indien omgekeerd iemand ten onrechte was vrijgesproken dan zou hij, bij een berechting voor een volgend delict zijn straf nog wel krijgen. Matthaeus kreeg voor zijn opvattingen vooralsnog geen medestanders.

Der bisher geltende Grundsatz der auctoritas rei iudicatae war dem Streben nach materieller Wahrheit zum Opfer gefallen, is de conclusie van Schwarplies in zijn onderzoek naar de ontwikkeling van de regel *non bis in idem*.[194] Dat is een conclusie die door dit hoofdstuk wordt bevestigd. De *absolutio ab instantia* moet echter niet slechts beschouwd worden als een technische oplossing voor het bewijsdilemma. Het was ook een oplossing die voldeed aan een maatschappelijke behoefte om de schuldige te kunnen straffen. Zoals er nu behoefte bestaat om een gesloten zaak te heropenen, zo bestond die behoefte toen ook. Het procesmodel bood echter weinig soelaas. Naarmate het strafproces zich zou ontwikkelen werden andere uitlaatkleppen gevonden. De *absolutio ab instantia* vertoont qua grondslag bijvoorbeeld overeenkomsten met de kennisgeving van niet verdere vervolging, de buitenvervolgingstelling en herziening na vrijspraak. Zij kan als wegbereider van deze rechtsfiguren worden beschouwd.

[194] Vgl. Schwarplies 1970, p. 23.

Deel III

Frankrijk

Deel III
Frankrijk

Inleidende opmerkingen en overzicht van dit deel

In Frankrijk vond vanaf de dertiende eeuw net als elders op het vasteland van Europa het inquisitoire proces ingang.[1] Deze procesvorm kende, ook net als in andere landen, een 'ordinaire' en een 'extraordinaire' variant.[2] De extraordinaire procedure werd in 1539 door koning Frans I, in zijn *Ordonnance Villers-Cotterêts*,[3] tot norm verheven.[4] Het was een repressieve wet, die was ingegeven door 'de ongemakken in de openbare procedures'. Deze zouden 'tumult en volksoproer brengen en de kans vergroten dat de aangeklaagde getuigen omkocht of ze overhaalde zich terug te trekken'.[5] In plaats van openbare procedures werd vanaf nu geheimhouding voorgeschreven. Laingui en Lebigre denken dat het repressieve karakter van de wet rechtstreeks werd ontleend aan het canonieke recht.[6] Ook Jonas Daniël Meyer schreef de strenge geheimhouding tijdens het criminele onderzoek toe aan de grote invloed van de katholieke kerk.[7] De accusatoire procesvorm werd door de invoering van de Ordonnantie bijna geheel verdrongen.[8] Dat is in verhouding tot de rest van de Europese landen snel. Behalve aan de macht van de katholieke kerk wordt dit ook wel toegeschreven aan het erfelijk koningschap van de Frankische koningen. Door de centralisering van de macht zou het van boven af opgelegde geheime proces makkelijker ingang hebben gevonden dan in gebieden waar de macht meer versnipperd was, zoals in de Duitse staten.[9]

---

1 Laingui et Lebigre 1979, p. 47 e.v. Zie voor de historische ontwikkeling van het Franse strafrecht voorts Esmein 1882, en Stefani (DP) 2000, p. 55 e.v. Zoals uiteengezet in Hoofdstuk 2, par. 2, verliep deze ontwikkeling niet overal in hetzelfde tempo.

2 Laingui et Lebigre 1979, p. 63, 81.

3 *Ordonnance Villers-Cotterêts sur la justice et abréviation des procès, 6 september 1539,* integraal raadpleegbaar op BNF Gallica. De Ordonnantie was voor het strafproces de belangrijkste wettelijke bron, *'l'ordonnance la plus importante en matière criminelle'* Esmein 1882, *Préface*, p. vij, en p. 139 e.v. De *Carolina* van keizer Karel V uit 1532 had in Frankrijk geen gezag van wet gekregen; wel was deze in het Frans vertaald. Aan de Ordonnantie was die van Koning Lodewijk XII (1498) vooraf gegaan, Esmein 1882, p.135 e.v., Laingui et Lebigre 1979, p. 57, 81, 82.

4 Laboulaye 1864, p. 771; Laingui et Lebigre 1979, p. 82.

5 Samenvatting door Jousse 1771, *Préface*, p. XXIX.

6 Laingui et Lebigre 1979, p. 69.

7 Meyer 1820 (IV), p. 283.

8 Laingui et Lebigre 1979, p. 60.

9 Vgl. Drenth 1939, p. 108 e.v. en p. 124.

Het 'Franse' inquisitoire extraordinaire proces zag er in vorm net zo uit als in de rest van het Europese vasteland. Het strafproces bestond uit een geheime instructie, onder leiding van een onderzoeksrechter (*juge d'instruction*), gevolgd door een berechting op basis van de geheime schriftelijke stukken (*jugement*). Daarbij werd een strikt bewijsstelsel (*système des preuves légales*) gehanteerd. De bewijzen van de schuld dienden *plus claire que le jour*, helderder dan het daglicht, te zijn,[10] zoals ook Wielant (Hoofdstuk 3, par. 2.3.1) had beschreven. Het was een proces waarin de beschuldigde gedurende het onderzoek geen bijstand kreeg, waarin hij pas in allerlaatste instantie zijn verweer mocht voeren en hij onderworpen kon worden aan de tortuur (*question*). Er werden twee soorten tortuur onderscheiden, de *question préparatoire*, ter verkrijging van een bekentenis tijdens het vooronderzoek en de *question préalable*, de tortuur voorafgaand aan de voltrekking van het vonnis om namen van mededaders te achterhalen.[11] Publieke aanklagers, '*les gens du Roi*', werden vanuit het centrale gezag belast met de vervolging van de strafbare feiten.[12] Maar de rechter leidde het onderzoek en stuurde de openbare aanklager zowel in de opsporing als in de vervolging aan. Hij nam zelfs diens plaats in tijdens het strafproces.[13] Deze nauwe samenwerking werd wel uitgedrukt met de woorden: '*Tout juge est procureur général*'.[14]

Gelet op de reden voor de invoering van het geheime proces, namelijk het tegengaan van oproer, is er aanleiding te veronderstellen dat het door de Ordonnantie van 1539 ingevoerde inquisitoire strafproces onbarmhartiger was dan het inquisitoire proces elders op het vasteland van Europa. Vanaf deze tijd werd er in elk geval al kritiek geuit op het strafproces, in het bijzonder op het geheime karakter ervan.[15] De filosoof Montaigne (1533-1592) en de strafrechtsgeleerde Ayrault (1536-1601) bekritiseerden de enorme macht van de onderzoeksrechter, de barre procespositie van de aangeklaagde en het gebruik van de pijnbank.[16] Zij wisten waarover zij spraken want beiden bekleedden functies binnen de rechtspraak. Het is opmerkelijk dat deze geleerden in verhouding tot bijvoorbeeld hun leeftijdgenoot Clarus (1525-1575) veel meer bedenkingen koesterden tegen de gang van zaken in het inquisitoire proces dan Clarus deed in 'zijn' hertogdom Milaan.

---

10 Citaat van Muyart de Vouglans, *Institutes au droit criminel*, Paris 1757, p. 341. Ook hij zal de uitdrukking hebben ontleend aan CJ 4.19.25: '*luce clarioribus*'.

11 Laingui et Lebigre 1979, p. 116. Ik acht niet uitgesloten dat deze afgedwongen bekentenis wortelt in de biecht die vanouds aan de doodstraf voorafging, vgl. Wielant 1510-1516, c. 140.

12 Laingui et Lebigre 1979, p. 58.

13 Laingui et Lebigre 1979, p. 59; Rassat 1967, p. 27, 29.

14 Veel gebruikt adagium tot einde van het Ancien régime; volgens Laingui et Lebigre 1979, p. 59, 'paradoxaal', omdat het ervan uitgaat de openbare aanklager de leiding zou hebben.

15 Esmein 1882, p. 158 e.v. geeft een opsomming van de critici en de door hen geuite kritiek. Vgl. Laingui et Lebigre 1979, p. 82.

16 Zie Hoofdstuk 3, par. 2.3.2.

Niet alleen de wijze van vervolgen en berechten was berucht maar ook de manier waarop het justitiële ambt werd uitgebaat. Voor elke processuele handeling werd tevoren geld gevraagd, ook in het strafproces. Deze heffingen waren het resultaat van de (ver)koopbaarheid (*vénalité*) van ambten, een belangrijke bron van inkomsten voor de koning.[17] De aldus ingekochte ambtenaren brachten een ieder die zich tot hen wendde 'gerechtskosten' in rekening, de zgn. *frais de justice*. Dit in rekening brengen van kosten nam absurde vormen aan. 'Geen vonnis, definitief of interlocutoir, dat niet eerst met accijns was belast, van een prijs was voorzien en betaald alvorens het werd uitgesproken', rapporteerde Grimaudet (1520-1580).[18] En hij vervolgde: 'Een voorlopig gehechte werd niet door de rechter verhoord als hij niet eerst diens salaris had betaald. Vereffening van het delict vond alleen plaats als de rechters ervan verzekerd waren dat hun vacatiegeld op de goederen van de aanklagers en de aangeklaagden zou worden verhaald'. Deze praktijk was hardnekkig. Meer dan honderd jaar later berichtte D'Aguesseau (1668-1751), magistraat en later minister van Justitie onder Lodewijk XV, dat partijen vaak zoveel procedures moesten doorlopen dat zij al financieel uitgekleed waren voordat er een eindbeslissing was gekomen.[19] En dan waren er ook nog eens overheidsdienaren betrokken, 'wier talent het was om procedures uit te laten dijen'.[20]

Verregaande justitiële knevelarij was het gevolg. Voltaire deed er in 1748 sappig verslag van. Hij beschreef in zijn satire '*Le chien et le cheval*' hoe uit naam van de koning een ten onrechte geïnde boete van 400 goudstukken moest worden terugbetaald aan de hoofdpersoon, Zadig, en hoe het kwam dat er niets van dat geld overbleef:

> '*Le greffier, les huissiers, les procureurs, vinrent chez lui en grand appareil lui rapporter ses quatre cents onces; ils en retinrent seulement trois cent quatre-vingt-dix-huit pour les frais de justice, et leurs valets demandèrent des honoraires*'

---

17 Meijer 1819 (III), p. 291 geeft een uitvoerige historische schets van deze praktijk.

18 Citaat uit *Discours de F. Grimaudet*, rapporté par Régnier de la Planche et de Crozals, in J. de Crozals, *Etude sur la magistrature de l'ancienne France. La vénalité des offices de judicature*, III, p. 27, aangehaald in Combe 1928, p. 32. Francois Grimaudet (1520-1580) was '*advocat du roy, au siège présidial d'Angers*'.

19 Zie Combe 1928. De kritiek van D'Aguesseau spitste zich toe op de organisatie van de rechtspraak.

20 Combe 1928, p. 15. Deze wijze van uitbuiting werd ook gesignaleerd door de ontwerper van de Ordonnantie van 1670, Pussort, zie Esmein 1882, p. 189.

> 'de griffier, de deurwaarders, de advocaten kwamen in optocht bij hem om hem zijn 400 goudstukken, te brengen; zij haalden er alleen maar 398 af voor de gerechtskosten, en hun bedienden vroegen hun loon'.[21]

Combe (1928), die onderzoek deed naar de middelen die werden aangewend om deze praktijken de kop in te drukken, beschrijft hoe ingeroest deze gewoontes waren: 'Wat kon men beginnen tegen deze ambtenaren die hun taak zo duur kochten en zo weinig werden betaald om die te vervullen?'[22]

De kritiek op het strafproces kwam aanvankelijk van humanistische denkers. Het gewone volk zou de grote gestrengheid van de Ordonnantie van 1539 hebben toegejuicht.[23] Maar dat zou veranderen. De onvrede over de wijze waarop de justitie werd uitgeoefend, kreeg allengs een breder maatschappelijk draagvlak. De afkeer van de justitie onder de bevolking werd zelfs groter dan in de omringende landen. Of dat kwam omdat er daadwerkelijk groter onrecht werd bedreven of omdat de kritiek beter werd verwoord en ruimer onder de aandacht werd gebracht door schrijvers als Montesquieu, Voltaire en Beccaria wil ik in het midden laten, al zijn er wel aanwijzingen om het eerste aan te nemen. Tijdens de voorbereidingen voor de totstandkoming van de Ordonnantie van 1670 werd bijvoorbeeld door de president van het *Parlement* van Parijs De Lamoignon,[24] opgemerkt: 'dat het strafprocesrecht zoals dat in Frankrijk werd uitgeoefend strenger was dan waar ook, in het bijzonder sinds de Ordonnantie van 1539'.[25] De nieuwe Ordonnantie, van 1670, die onder Lodewijk XIV tot stand kwam,[26] voerde het extraordinaire proces zo mogelijk nog strenger door. De beschuldigde moest zweren de waarheid te spreken en hem werd alle samenspraak met ande-

---

21 Voltaire, *Zadig* 1748, Hoofdstuk III, *Le chien et le cheval*. Zie ook Montesquieu 1721, brief no. 68, geciteerd in par. 3.2.1 hierna.

22 Combe 1928, p. 8, 9. Combe deed in het bijzonder onderzoek naar de pogingen van Rijkskanselier D'Aguesseau, begin achttiende eeuw, om een eind aan de misstanden te maken.

23 Laingui et Lebigre 1979, p. 83, Esmein 1882, p. 168.

24 Guillaume de Lamoignon (1617-1677), vanaf 1658 eerste president van het *Parlement* van Parijs. Niet te verwarren met zijn achterachterkleinkind C.F. de Lamoignon de Basville (1735-1789), later *garde de sceaux* (minister van justitie) onder Lodewijk XVI en als zodanig betrokken bij de hervorming van het strafrecht kort voor de Revolutie, genoemd door Bosch 1965, p. 16. Zie ook noot 137 van Hoofdstuk 5, p. 199.

25 Proces-verbaal van de voorbereidende besprekingen voor de Ordonnantie van 1670, p. 163, Esmein 1882, p. 359.

26 *L'ordonnance Criminelle du mois d'août 1670*. De tekst die ik heb gebruikt is gevonden bij Doucet 2011, en is artikelsgewijs voorzien van uittreksels uit het proces-verbaal van besprekingen in de voorbereidende vergaderingen. Deze wet was grotendeels het werk van de diens *Conseiller d'État,* Staatsraad Pussort, Esmein 1882, p. 177 e.v. en p. 347. Het was de belangrijkste geschreven wettelijke bron over de manier van procederen in strafzaken onder het Ancien Régime; '*Son importance est capitale*', Laingui en Lebigre 1979, p. 87.

ren belet.[27] De openbare aanklager mocht zijn conclusie niet meer in het openbaar mondeling geven, maar moest deze op schrift stellen en geheim aanleveren, zelfs verplicht zonder motivering.[28] Het proces werd niet alleen ingezet tegen verdachte personen, maar ook tegen opstandige steden en dorpen.[29] Zo werd met alle macht geprobeerd om elke vorm van verzet tegen het heersende regiem in de kiem te smoren.

In de zeventiende en achttiende eeuw nam de kritiek op de justitie gestadig toe. De wetten werden als willekeurig ervaren, de rechters als corrupt en lui en de rechtspraak als onrechtvaardig en wreed. De notie willekeur (*l'arbitraire*), die werd gebruikt voor het eigen - matigende - oordeel van de rechter, kreeg allengs een pejoratieve betekenis.[30] Tegen alle strengheid hielp de mogelijkheid van het instellen van hoger beroep - waarin ruim was voorzien - kennelijk niet.[31] Eind achttiende eeuw kwam de kritiek tot een climax en werd op de golven van de Revolutie het gehele strafrechtelijk systeem omvergeworpen. Het leerstuk van het gezag van gewijsde, *l'autorité de la chose jugée,* nam te midden van dit tumult een bijzondere plek in. Eén van de aanstootgevende methodes van de rechterlijke macht was het onbeslist laten van de zaak.[32] Deze praktijk is wel aangewezen als één van de *abus,* misstanden, onder het Ancien Régime.[33] Tijdens de Franse Revolutie is aan deze gewoonte een einde gemaakt. Deze ingreep vertaalde zich in 1791 in een grondwettelijke bepaling, die een tweede vervolging van dezelfde persoon ter zake van hetzelfde feit verbood.
In dit derde deel over *non bis in idem* geef ik een beschrijving van de ontwikkelingen die hebben geleid tot de grondwettelijke vastlegging van het verbod van herhaling. Hoofdstuk 5 loopt tot de val van het Ancien Régime en hoofdstuk 6 behandelt de revolutionaire wetgeving die daarop volgde en de toepassing van het verbod van herhaling ten tijde van en kort na de Revolutie. Daar eindigt het deel over Frankrijk. De Franse geschiedenis van het verbod van herhaling wordt echter weer opgepakt in het vijfde deel, *Op zoek naar de balans*, Hoofdstuk 13. Daarin wordt beschreven welke invulling het feitsbegrip in het verbod van herhaling kreeg in de Franse jurisprudentie vanaf de Revolutie tot nu.

---

27 Laingui et Lebigre 1979, p. 87 e.v., Esmein 1882, p. 177 e.v. en p. 329 e.v.
28 Ordonnantie 1670, Titel XXIV, art. 3.
29 Ordonnantie 1670, Titel XXI.
30 Laingui et Lebigre 1979, p. 129.
31 Hoger beroep in criminele zaken werd in het begin van de 15e eeuw mogelijk gemaakt, Laingui et Lebigre, p. 67. De regeling van het appel in de Ordonnantie van 1670 (in titel XXVI) was volgens Laingui et Lebigre, p. 106, 107, in vergelijking met de omringende landen progressief te noemen. In geval van veroordeling tot een zware straf (*peine capitale* of *afflictive*) moest het vonnis zelfs van rechtswege door een hogere rechter worden bevestigd.
32 Hélie 1866 (II), par. 981; Esmein 1882, p. 552.
33 Stefani 2000, p. 55 en 56.

Hoofdstuk 5
Ancien Régime

1. Inleiding

Voor de beschrijving van deze rechtsgeschiedenis heb ik allereerst geput uit de werken van drie strafjuristen die leefden tijdens het Ancien Régime en die veel invloed hebben gehad op de doctrine. De eerste is Ayrault. Hij publiceerde zijn werk eind zestiende eeuw. De beide anderen zijn Muyart de Vouglans en Jousse. Hun werk verscheen eind achttiende eeuw, na de inwerkingtreding van de Ordonnantie van 1670, dus toen in Frankrijk het extraordinaire proces in al zijn hardheid was doorgevoerd. Het verbod van herhaling had echter uitdrukkelijk stand gehouden. Het was inmiddels omgedoopt tot '*la maxime non bis in idem*'. De uitleg die de drie rechtsgeleerden van het verbod van herhaling geven, en wat de Ordonnantie over dit verbod bepaalde, wordt beschreven in de volgende hoofdparagraaf. Ook voer ik daarin enkele juristen ten tonele die zich met de praktijk van het uitstel van vonniswijzen niet konden verenigen (2). Daarna volgt een beschrijving van de rol die het uitstellen van de eindbeslissing speelde in de aanloop naar de Franse Revolutie en van de manier waarop vermaarde filosofen als Montesquieu, Voltaire en Beccaria de publieke opinie op dit punt hebben gemobiliseerd (3).

2. Uitstel van vonniswijzing onder het Ancien Régime

2.1 De zestiende eeuw

2.1.1 *Ayrault*

Ayrault (1536-1601)[1] was humanist. Hij bepleitte gematigdheid en menselijkheid in het strafproces. Een gereguleerd strafproces kon daaraan bijdragen. Daarom vergeleek hij het strafproces met 'De Orde, Vormvoorschriften en Justitiële Instructie, waarvan de Grieken en de Romeinen gebruik hebben gemaakt voor hun publieke aanklachten'.[2] In het derde boek van dit handboek uit 1587 behandelt

---

1 Zie voor een korte beschrijving van de persoon en zijn werk Hoofdstuk 3, par. 1.6.3.

2 *L'Ordre, Formalité et Instruction Judiciaire, dont les anciens Grecs et Romains ont usé e's accusations publiques (sinon qu'ils ayent commencé à l'execution) conferé au stil & usage de nostre France*, Paris, Sonnius, 1610, met een opdracht gedateerd 30 juli 1597. In deze druk staan spel- en grammaticale fouten, waardoor niet alles even goed is te begrijpen, vgl. Esmein 1883, p. 303,

Ayrault 'de aangeklaagde', 'de bewijzen', 'het verhoor', 'het vonnis' en 'de executie'.[3] In het eerste deel (*partie*) van dit boek, over de aangeklaagde (*l'accusé*), behandelt Ayrault de vraag of iemand die is aangeklaagd voor een bepaald misdrijf en daarvan is vrijgesproken, het vonnis kan benutten om een tweede aanklager (*demandeur*) de mond te snoeren (*peut clorre la bouche au demandeur*) en of hij dit als 'excuus en geldige reden' kan gebruiken om een tweede keer het proces en de rechtsstrijd te ontlopen (*de là prendre excuse & occasion legitime, de fuyr pour vne seconde fois la course & luite iudiciaire*).[4] Het zijn vragen omtrent de reikwijdte van het verbod van herhaling. Voor het beantwoorden van deze vragen baseert Ayrault zich onder meer op het leerstuk van de kracht van het gewijsde, gezien vanuit 'de orde van het strafproces'. Hij merkt op dat de vraag of een tweede aanklacht ontvangen mag worden, niet zozeer afhangt van de vraag of de 'instructie' in orde was, maar dat deze vraag veeleer een inhoudelijke toets behoeft (*Il semble que cette question depende plus de la matiere des crimes, que de leur formalité et ceremonie*). Want, schrijft hij, 'een aanklacht kan worden ontvangen of verworpen; dat hangt niet af van de geldigheid van de instructie' (*Car qu'une accusation soit receuë ou rejettee, il n'importe rien à la validitié de l'instruction.*). In het vervolg van zijn uiteenzetting geeft Ayrault voorbeelden uit de Griekse en de Romeinse literatuur. Daaronder bevinden zich voorbeelden die besproken werden in Hoofdstuk 1, zoals de vervolging van Sextus Clodius, beschreven door Cicero.[5] Met zijn uiteindelijke antwoord op de gestelde vragen blijft Ayrault zeer dicht bij de klassieken.

2.1.2 *Het verbod van herhaling*

Allereerst merkt Ayrault op dat een tweede aanklacht weliswaar 'vervelend' is voor de beschuldigde maar niet 'een vormgebrek' (*Faire deux fois un procés, ce peut bien estre tort & grief à l'accusé, non pas vice*).[6] Dus hoewel in beginsel onwenselijk, is een tweede aanklacht niet onder alle omstandigheden uitgesloten. Direct daarop laat hij echter volgen dat de vraag of een tweede aanklacht kan worden ontvangen eigenlijk een overbodige is (*que cette question est frustroire*), omdat

---

noot 4, die spreekt van '*des fautes nombreuses*'. De gebruikte citaten komen uit deze druk en zijn letterlijk, zodat accenten soms ontbreken waar ze in het huidig Frans worden geplaatst en omgekeerd. Jeanvrot 1881, maakte een bewerking van het boek van Ayrault.

3 De andere boeken zijn getiteld: Boek I, 'Hoe groot het belang is van de instructie', Boek II, 'Diverse vormvoorschriften' en Boek IV, 'Over het proces tegen kadavers, beesten, dode of afwezige verdachten'.

4 Ayrault 1610, III.1, *'de l'accusé'*, nr. 22 : '*Si on peut reprendre mesme crime*', p. 401 e.v.

5 Ayrault 1610, III.1.22, p. 402. Cicero, *Ad Quintum fratrem*, besproken in Hoofdstuk 1, par. 3.2.5.2.

6 *Faire deux fois un procés, ce peut bien estre tort & grief à l'accusé, non pas vice*, p. 401. Ik begrijp deze zin zo dat Ayrault hierin geen fout ziet die gemaakt is in, dan wel inherent is aan het vooronderzoek, de instructie.

tegenwoordig de betrokkenheid van de Procureur du Roy borg staat voor een goede justitie en zich geen gevallen van samenspel zullen voordoen zoals vroeger (*il semble que le cas cesse, auquel anciennement la repetition estoit receuë, sçauoir est, s'il y auoit euidente preuue que le premier accusateur eust preuariqué)*. Het zal dus niet vaak meer voorkomen dat er vanwege een geval van misleiding van de rechter een tweede aanklacht wordt ingediend.[7] Daar komt bij, schrijft Ayrault, dat er geen wegen zijn om de nietigheid van het vonnis te bewerkstelligen dan door gebruik te maken van rechtsmiddelen. Indien er sprake is van misleiding dan geldt de aanklacht echter niet als tweede maar als eerste, bijvoorbeeld als het gaat om degenen die listiglijk uit meerdere aanklagers er één hebben gekozen om vrijgesproken te worden om met die vrijspraak anderen gemakkelijk de pas af te snijden (*Toutefois parce que c'est vne des ruses les plus subtiles que pratiquent ceux lesquels, tant coulpables soient ils, se veulent iustifier à leur l'aise: qui est de plusieurs receuables parties en choisir vne, auecque laquelle ils le facent commodément: & puis aprés, en vertu de leur iugement, exclure tous autres qui s'offriront*).[8] Maar iets heel anders is het, wanneer iemand eerder een procedure is begonnen en zijn zaak heeft verloren (*perdu sa cause*) of niet alles heeft gekregen wat hij vroeg (*non du tout obtenu ce qu'il desiroit*). Deze persoon zal zeker niet worden ontvangen (*il est certain qu'il n'y seroit pas receu)*. Dan is het gedaan, *Actum ageret*. Want: *Il n'y auroit iamais d'arrest à preuues. L'accusé ne seroit oncques en patience, & si ce seroit rompre l'autorité des choses iugees, & donner lieu à corruption & subordination de tesmoins*: er zou nooit een vonnis zijn op bewijzen, de beschuldigde zou nooit rust krijgen, het zou de kracht van het gewijsde breken en het zou corruptie en beïnvloeding van getuigen vrij spel geven.[9] Een tweede aanklacht die door de aanklager slechts bedoeld is om alsnog zijn gelijk te behalen of om meer te krijgen dan hij de eerste keer had gekregen, stuit af op deze vier argumenten. Hij noemt een dergelijke aanklacht *contre la loy*, tegen de wet, en haalt de Ulpianusregel aan.[10] Dit geldt, schrijft Ayrault, als de tweede procedure door *dezelfde klager* wordt aangespannen. In de klassieke literatuur worden volgens Ayrault weliswaar uitzonderingen op dit verbod beschreven, maar die zijn volgens hem alle toe te schrijven aan een bijzondere situatie, waarin het bevel tot nieuwe berechting van hogerhand werd gegeven, de vorst of het volk.[11] Een dergelijke uitzondering op het verbod van

---

7 Deze opmerking onderstreept de verspreiding van de ambtshalve vervolging.

8 Hierna bespreekt Ayrault enkele gevallen van overlapping van jurisdictie en problemen die daarmee samenhangen, Ayrault 1610, III.1.22, p. 402 bovenaan.

9 Ayrault 1610, III.1.22, p. 402.

10 '*Isdem criminibus, quibus quis liberatus est, non debet Praeses pati eundem iteru accusari. Et ita divinus Pius Salvio Valenti rescripsit*, dict Ulpien', Ayrault 1610, III.1.22, p. 402. Het is de regel in D. 48.2.7.2: De gouverneur mag niet dulden dat eenzelfde persoon wegens dezelfde misdrijven aangeklaagd wordt waarvan hij vrijgesproken is; aldus heeft ook de vergoddelijkte Antonius Pius in een rescript aan Salvius Valens bepaald.

11 Een van deze voorbeelden is beschreven in Hoofdstuk 1, par. 3.3.3.

herhaling geldt bijvoorbeeld voor een destijds recente uitspraak van een Frans hof,[12] die Ayrault de lezer als een 'gedenkwaardig' voorbeeld voorhoudt, (*un autre exemple bien memorable*). De zaak betreft een Bretonse man die was vrijgesproken van de moord op zijn broer. Zijn bediende kwam later[13] met '*preuve si Claire*' tegen zijn meester dat deze opnieuw gevangen werd genomen. Hij werd door het hof, en niet door dezelfde rechtbank die hem eerder vrijsprak, veroordeeld en alsnog ter dood gebracht (*repris, convaincu et exécuté*). Dit was geen herbeoordeling door hetzelfde gerecht, benadrukt Ayrault, maar een '*revision*'. Daarmee wil hij kennelijk aangeven dat het niet een gewoon geval van herhaling betrof en dus ook niet een echte uitzondering op de regel. Hij doelde mogelijk op een vorm van wat wij nu 'herziening' zouden noemen en in Frankrijk nog steeds *révision* (met accent) heet. Een tweede aanklacht om alsnog je gelijk te krijgen was dus niet mogelijk; daaraan stond het gezag van gewijsde in de weg, maar bijvoorbeeld een *revision* was daarvan uitgezonderd.

Als het ging om een tweede aanklacht tegen dezelfde persoon door een derde, werd het algemene verbod van herhaling genuanceerd. Ayrault sluit aan bij het tweede gedeelte van de Ulpianusregel, die immers een uitzondering maakte voor 'degene die zelf slachtoffer van het misdrijf is en niet afwist van de aanklacht'. Dit doet zich volgens Ulpianus echter alleen voor, schrijft Ayrault, *magna ex causa*, dus als er een goede reden voor is.[14] Of daarvan sprake is, schrijft Ayrault, moet met grote voorzichtigheid en zorgvuldig worden onderzocht. 'In elk geval moet deze partij, het slachtoffer, in het huidige proces, waarin de openbare aanklager de taken voor allen waarneemt, niet slechter af zijn dan hij in Rome zou zijn geweest'.[15] Het slachtoffer wordt beschermd, maar in beginsel moet hij zelf oplettend zijn, schrijft Ayrault; 'de aanklacht wordt immers gedurende enige tijd openlijk bekend gemaakt'. Wanneer het slachtoffer op de hoogte had kunnen zijn, is een tweede aanklacht niet alleen tegen de wet maar ook tegen de rede,

---

12 Ayrault (p. 403) vertelt niet welk hof hij hier bedoelt; mogelijk doelt hij op de Parlement van Parijs als hoogste rechterlijke instantie.

13 'op het moment dat die bediende ter dood werd veroordeeld voor een ander misdrijf en zich van dit misdrijf wilde bevrijden', schrijft Ayrault. Het kan hier het moment betreffen van de *question préalable*, de pijnlijke ondervraging vlak voor de terechtstelling om de namen van mededaders af te dwingen of om zijn geweten schoon te maken.

14 Ayrault 1610, III.1.22, p. 403; hij legt in dit tweede deel van de Ulpianus regel een ander accent. Het bijwoord '*magna ex causa*' wordt door Ayrault begrepen als een extra voorwaarde voor toelating tot de aanklacht. In de uitleg van Ayrault wordt dus niet elk onwetend slachtoffer toegelaten maar alleen diegene die goede gronden heeft. Zie voor de regel Hoofdstuk 1, par. 3.3.2.

15 'Waarom zou men het slachtoffer de mogelijkheid van een aanklacht ontzeggen? Dat zou hem in een slechtere situatie brengen dan onder de Romeinse republiek', Ayrault 1610, III, 1, nr. 22, p. 404.

contre raison.[16] Dus, indien degene die belang bij de vervolging heeft afwezig was, moet worden onderzocht of hij echt niet op de hoogte was, dan wel of er niet onder één hoedje wordt gespeeld, en of hij wel met nieuwe bewijzen komt.[17] Als dat allemaal in orde is, kan niet gezegd worden dat er sprake is van tegenstrijdige vonnissen, want die eerste procedure was vanwege het geringe belang van de eerste aanklager slechts een '*mocquerie*', een schertsvertoning. Bovendien, stelt Ayrault, is er sprake van een andere partij en zijn er nieuwe bewijzen. Ayrault voert ter verdediging van deze uitzondering bovendien nog aan dat een dergelijke uitleg goed aansluit bij de praktijk dat een aangeklaagde nooit volledig wordt vrijgesproken als alleen de Procureur du Roy partij is. 'Is dit niet om de civiele partij, die nog op moet staan, een kans te geven?'[18] Deze retorische vraag verwijst naar de praktijk van de middenbeslissing. Het is een interessante opmerking omdat Ayrault de gewoonte waar hij naar verwijst, namelijk om niet vrij te spreken, noemt in het kader van het verbod van herhaling en het *chose jugée*. De gronden voor het maken van een uitzondering op het gezag van gewijsde enerzijds en die voor het onbeslist laten van de zaak anderzijds waren dus, zo lijkt het hier, identiek. Die gronden waren het opkomen van nieuwe bezwaren die worden aangevoerd door een nieuwe aanklager, het slachtoffer. Hoewel Ayrault zich hier voor zijn standpunt (dat een uitzondering op het verbod van herhaling mogelijk moet zijn) beroept op de praktijk van de middenbeslissing, was hij zelf geen voorstander van die praktijk.[19] Zijn opvatting over de middenbeslissing komt hierna aan de orde (par. 2.1.4-7).

Ayrault bespreekt nog een aantal gevallen van dubbele vervolging en berechting onder de noemer 'nieuwe aanklacht en veroordeling voor een feit waarvan is vrijgesproken'.[20] Zo is volgens hem tegen een berechting van hetzelfde - commune - feit eerst voor de kerk (*Cour d'Église*) en vervolgens voor de wereldlijke rechter (*Le Juge Lay*) in beginsel niets te doen; de berechting door de kerk verhindert de berechting door de commune rechter niet. Om deze situatie te voorkomen zou de aangeklaagde zelf in onderhandeling moeten gaan met de Kerk. In andere gevallen van herhaling ziet Ayrault 'misbruik van justitie', bijvoorbeeld om in een andere procedure, over een niet eerder berecht feit, het oude feit waarvan is vrijgesproken opnieuw ter sprake te brengen en bij de strafmaat te betrek-

---

16 Ayrault 1610, III.1.22, p. 403; Vgl. Matthaeus, 48.XIX.II.3, p. 638.

17 Ayrault 1610, III.1.22, p. 404.

18 Ayrault 1610, III.1.22, p. 404 halverwege, ook door Hélie 1866 (II), p. 565 aangehaald (Hélie verwijst naar nr. 25 maar doelt op dezelfde overweging als in de door mij gebruikte druk in no. 22).

19 Ayrault geeft dan bovendien een ander argument dan het alsnog verschijnen van het slachtoffer voor het bestaansrecht voor dit soort beslissingen.

20 Ayrault 1610, III.1.23, p. 405: *de ceux lesquels accusez nouvellement, ont esté condamnez pour crime duquel ils avoient esté absouls*.

ken. Hij verwijst naar de zaak tegen Claudia, dochter van Appius Caecus, die volgens de schrijver Suetonius vrijuit was gegaan van een beschuldiging wegens belediging. Bij die vrijspraak zou een rol hebben gespeeld dat zij een vrouw was; de vrijspraak zou met andere woorden ten onrechte zijn geweest. Later werd zij nog eens, maar nu vanwege een ander misdrijf, aangeklaagd en werd zij vooral vanwege de eerste belediging, die waarvan ze vrijgesproken was, gestraft. Dit keurde Ayrault af.[21]

Ook mag volgens Ayrault hetzelfde feit niet onder een andere kwalificatie opnieuw worden vervolgd. Hij verwijst hiervoor naar Cicero die Verres wilde aanklagen wegens overtreding van de wet op *repetundae* (afpersing), en indien dat niet zou lukken wegens overtreding van de wet op *peculatio* (verduistering) of de wet op *perduellio* (hoogverraad). Dit soort praktijken noemt Ayrault *odieux,* verfoeilijk. Het komt neer op een 'papieren onschuld' in plaats van een 'ijzeren', het is: 'formalisme in plaats van volle justitie' (*consequemment subiect à se trouver mal appuyé d' vne innocence, non pas d'acier, mais de papier: c'est à dire soustenuë non d'une iustice pleniere, mais formaliste*).[22] *Unduly formalistic*, zou het Europese hof nu zeggen.

Ten slotte wijst Ayrault op gevallen van herhaling als het delicten betreft die uit een veelvoud van strafbare gedragingen bestaan, complexe feiten, zoals *concussion* (corruptie), *usure* (woeker) en *actes de ligue* (samenspanning). In deze gevallen geldt alles wat hij eerder heeft opgemerkt over het verbod van herhaling ter zake van hetzelfde feit, schrijft Ayrault. Wanneer een delict uit meer strafbare feiten bestaat, gaat het niet aan om na een berechting met nieuwe bewijzen van datzelfde feitencomplex te komen, ook niet als een mededader een hogere straf heeft gekregen. Ayrault voert daarvoor twee redenen aan, ten eerste dat de waarheid al aan het licht is gekomen en ten tweede dat de Procureur du Roy alle tijd heeft gehad om zijn zaakjes voor te bereiden. Als zo'n zaak definitief beslist is - *vuidée & terminee 'visis iuribus' comme nous disons vulgairement au Palais* - dan is een tweede aanklacht met nieuwe bewijzen niet ontvankelijk. Dat is slechts anders wanneer de zaak niet definitief is afgedaan.[23]

---

21 Ayrault 1610, III.1.23, p. 406. Anders: Matthaeus 48.XVII.II.2, p. 564; hij propageerde zelfs een dergelijke 'verrekening' in een volgende berechting, waar de beschuldigde terecht stond wegens een ander delict. Ayrault geeft als tweede voorbeeld de zaak tegen Gambinius, die was vrijgesproken van ongehoorzaamheid aan het bevel om in Syrië te blijven. In plaats daarvan was hij Ptolemaeus gaan helpen om in Egypte weer op de troon te komen. Gambinius werd uit onvrede met de eerste vrijspraak vervolgens aangeklaagd wegens het afpersen van deze prins omdat hij cadeaus van hem had aangenomen. Volgens Ayrault is de belangrijkste bron van deze geschiedenis de schrijver Dio.

22 Ayrault 1610, III.1.23, p. 406.

23 Ayrault 1610, III.1.23, p. 407.

2.1.3 Conclusie verbod van herhaling volgens Ayrault

Ayrault besprak het verbod van herhaling vanuit veel verschillende gezichtspunten, waaronder vormen van misleiding, gewone en bijzondere rechtsmiddelen, splitsing van het feit in meer feiten, wijziging van de kwalificatie van het feit, samenloop van jurisdicties en zo meer. Beperken we ons tot herhaling van aanklacht wegens hetzelfde feit zonder dat sprake is van misleiding of van een bijzonder rechtsmiddel, dan is zijn uitgangspunt dat herhaling niet is toegestaan. Dat is tegen de wet en tegen de rede.[24] Meer precies is het in strijd met de rechtszekerheid van de beschuldigde, met de autoriteit van het gewijsde (*l'autorité des choses iugees*) en werkt het corruptie van getuigen in de hand. Een uitzondering maakte Ayrault voor het geval waarin de openbare aanklager de vervolging heeft ingesteld en het slachtoffer daarvan niet op de hoogte was. Indien dit slachtoffer goede redenen heeft om alsnog zijn klacht in te dienen én hij met nieuwe bewijzen komt, kon de tweede vervolging naar zijn mening worden ontvangen. Ayrault ontleende deze uitzondering rechtstreeks aan de klassieke oudheid. Zijn blik is zelfs dermate op de klassieken gericht dat hij op deze plaats de rechtspositie van partijen afmeet aan de Romeinse standaard.[25]

Tegen de andere manieren om dezelfde veroordeelde nogmaals te berechten, door het feit in een ander proces opnieuw ter sprake te brengen of door hetzelfde feit onder een andere benaming te vervolgen, bracht Ayrault in stelling dat de waarheid al is vastgesteld, dat de aanklager tijd heeft gehad zijn zaak in alle omvang naar voren te brengen en dat sprake zou zijn van formalisme. Deze bezwaren komen bij de hiervoor genoemde bezwaren tegen de herhaalde aanklacht in enge zin, de rechtsonzekerheid, de autoriteit van gewijsde zaak en de mogelijke corruptie van getuigen. Het verbod van herhaling is kortom in de ogen van Ayrault stevig in het recht verankerd. Procedures op bevel van de hoogste autoriteit, de vorst, het volk, of de herziening door een ander gerecht vallen echter buiten het bereik van het verbod van herhaling.

Buiten dat bereik van het verbod van herhaling valt ook de voortzetting van een procedure waarin geen definitieve uitspraak is gedaan, waarin de aanklacht niet is weggenomen en de zaak niet definitief is beslist. Dat is volgens Ayrault bijvoorbeeld het geval als de rechter de zaak niet tot klaarheid heeft kunnen brengen en hij de aangeklaagde wegstuurt tot er nadere inlichtingen worden verkregen: *l'accusé avoit esté envoyé que jusques à nouveau mandement*.[26] Deze en aanverwante beslissingen behandelde Ayrault bij zijn beschouwingen over het vonnis.

---

[24] Het argument dat het noodzakelijk is om een rechtsstrijd eens te beëindigen (*lites finiri oportet*) noemt hij op deze plaats echter niet.

[25] Ayrault 1610, III.1.22, p. 404.

[26] Ayrault 1610, III.1.23, p. 407.

2.1.4 Het vonnis en het uitstel van vonniswijzing

In zijn beschouwingen over het vonnis benadrukte Ayrault de noodzaak van een rechterlijke beslissing. 'Ik wil niet zeggen dat hij zus of zo moet beslissen, maar wel dát hij beslist'.[27] Ayrault onderscheidde twee soorten beslissingen: de definitieve en de interlocutoire. De definitieve vonnissen besprak hij niet. Hij merkte slechts op dat na dit vonnis alleen nog de executie resteert, het vrijsprekend vonnis daarbij uit het oog verliezend. Waarschijnlijk zegt dit iets over het aantal vrijsprekende vonnissen in die tijd. Uit het vervolg van dit hoofdstuk zal duidelijk worden dat onder het Ancien Régime de vrijspraak alleen in theorie bestond. De interlocutoire beslissingen krijgen wel ruime aandacht. Bij deze beslissingen wordt door de rechter bepaald wanneer het proces wordt voortgezet.[28] Het zijn de beslissingen om de aangeklaagde toe te laten tot verweer, hem wel of niet naar de pijnbank te verwijzen of om het (extraordinaire) proces voort te zetten in een ordinair geding. Ayrault noemde die omzetting '*civiliser*', ofwel 'in een civiele, dus ordinaire, procedure veranderen'. Hij bepleitte een ruime toepassing van dit *civiliser*. Hij legde daarbij de nadruk op de positie van de aangeklaagde. Deze zou zich niet telkens opnieuw moeten hoeven te verdedigen tegen eenzijdig naar voren gebrachte nieuwe aantijgingen. Beter was het de kwestie in een ordinair proces, waarin de partijen gelijke rechten hebben, te onderzoeken. De beslissing om het proces voor nader onderzoek aan te houden zou volgens Ayrault daarom steeds gepaard moeten gaan met omzetting in een ordinair proces.[29] Hoewel een extraordinair proces dat is getransformeerd in een ordinair proces niet helemaal gelijk is aan een gewone, civiele ordinaire procedure,[30] stelde deze procesvorm volgens Ayrault de beide partijen wel gelijkelijk in staat om de zaak te bepleiten en bewijzen naar voren te brengen.[31]

2.1.5 Rechter Dolabella of *mettre quelqu'un hors de cour & de procés*

Dan stelt Ayrault de vraag: *Mais quois? si elle n'est ne diffinitive, ny interlocutoire; que dirons nous? peut il y en avoir de telle?(...)* 'Maar wat, als het vonnis noch definitief is noch interlocutoir; wat zullen we zeggen? kan er zo iets bestaan?'[32] Ayrault

---

27 Ayrault 1610, III.4.1, *du iugemẽt*, p. 555.

28 Dit kan worden afgeleid uit de wijze waarop Ayrault het verschil aanduidt tussen interlocutoire en niet-interlocutoire vonnissen die geen definitieve beslissingen zijn, Ayrault 1610, III.4.16, p. 565 boven. Ook Jousse gebruikt de bepaalde en de onbepaalde termijn als onderscheidend criterium voor deze interlocutoire beslissingen, boek 2, III.2.25.90, p. 559.

29 Ayrault 1610, III.4.7, *Si les tesmoins ouys en l'extraordinaire, peuvent estre ouys derechef en l'ordinaire*, p. 559 onderste regel.

30 Er zijn volgens Ayrault drie verschillen: ten eerste dat de beschuldigde alleen op borgtocht wordt vrijgelaten, dat het bewijs geheim blijft en dat de procedure weer in een extraordinaire kan worden teruggebracht, p. 562, *Les formalitez de l'ordinaire*.

31 Zie over deze wisseling in procesvorm en de bijzonderheden van het getransformeerde ten opzichte van het gewone civiele proces Hoofdstuk 3, par. 2.4.4.

32 Ayrault 1610, III.4.13, *Des sentences qui ne sont diffinitives, ny interlocutoires*, p. 563.

geeft enkele voorbeelden uit de klassieke oudheid om dit onderwerp in te leiden waaronder dat van de Romeinse rechter Dolabella. Deze moest oordelen over een vrouw die haar tweede echtgenoot en hun zoon had vergiftigd omdat die twee een kind uit haar eerste huwelijk hadden gedood. Haar daad was strafbaar maar ook invoelbaar. De rechter kon in deze zaak geen beslissing nemen en riep daarom de hulp in van de hoogste en wijste rechter, de Areopaag in Athene.[33] Volgens de overlevering besliste deze Raad dat het proces honderd jaar moest worden verdaagd. Dat betekende dat er geen beslissing werd genomen bij het leven van de aangeklaagde vrouw. De uitweg uit deze ethisch lastige kwestie werd dus gevonden in het onbeslist laten van de zaak. Kennelijk lééfde dit verhaal, want het werd in 1596 door gemeentesecretaris van Leiden, Jan van Hout, gebruikt voor een gedicht over de jury van de rederijkerskamer,[34] en ook Matthaeus refereerde aan deze geschiedenis.[35]

Ayrault vroeg zich naar aanleiding van deze en vergelijkbare uitspraken het volgende af: 'geen dag geven (*bailler*), iets uitspreken wat noch veroordeling noch vrijspraak is, hoe kan dat? *Il se fait toutefois.* Het doet zich desalniettemin voor … En wel in zaken die uitgeprocedeerd zijn, waarin de pleidooien zijn gehouden. Kenmerkend voor deze oordelen is dat er geen dag voor de voortzetting van de behandeling wordt vast gesteld. *À quelle facon des notres se pourroit rapporter celle-là,* met welke van onze beslissingen komt dat overeen?' Ayrault zag verschillende toepassingen. Maar in een geval als dat van rechter Dolabella zou de aangeklaagde 'er zelf werk van moeten maken en de hoogste macht moeten aanschrijven, *il faudroit que l'accusé print lettres*, ofwel om gratie te vragen, ofwel om te vragen dat partijen buiten het gerecht of het proces, *hors de cour* & *de procés*[36] worden geplaatst'.[37] 'Door zo te handelen wordt het feit noch als vergeeflijk (*remissible)* noch als onvergeeflijk (*irremissible*) beoordeeld; de aanduiding 'vergeeflijk' zou een verkeerd voorbeeld geven en de aanduiding 'onvergeeflijk' zou te hard zijn.' Iemand *mettre hors de cour,* iemand buiten het proces plaatsen, zoals Ayrault de term hier gebruikte, gold dus de situatie waarin de zaak was berecht, het bewijs was geleverd en de zaak definitief werd beëindigd zonder vrijspraak of veroordeling. Het was een soort van - wat wij nu noemen - 'ontslag van alle rechtsvervolging', een beslissing dat het feit wel bewezen is maar de daad of de dader niet

---

33 Valerius Maximus, *Dictorum Factorumque Memorabilium Libri IX,* uitgave 1830, Boek 8, hoofdstuk 1, Anbustae nummer 2, p. 302 en 303.

34 Jan van Hout, *Verzen voor de Leidse loterij en de rederijkerswedstrijd van 1596* (red. J Koppenol). Jan van Hout-cahiers 3. Uitgeverij Rafaël, Soest 1994, online beschikbaar in DBNL.

35 Matthaeus, 48.XVIIV.16, p. 557. Het voorbeeld heeft volgens hem niets te maken met de vraag of een tweede aanklacht is toegestaan, p. 558 laatste regel.

36 Het accent (aigu) is geplaatst zoals in de uitgave van 1610.

37 Ayrault 1610, III.4.13 slot, p. 564: *mettre les parties hors de cour & de procès*.

strafbaar wordt geacht.[38]

2.1.6 Andere vormen van vrijlating

2.1.6.1 'Voorwaardelijke veroordeling'

Uit de vragen die Ayrault opwierp en de beschrijving die hij gaf, blijkt dat het onbeslist laten van een zaak vrij veel voorkwam en dat Ayrault er moeite mee had het verschijnsel een plek te geven in zijn systeem van definitieve en interlocutoire beslissingen. Hij onderscheidde nog drie situaties. De eerste was de vrijlating onder gelofte. Hij noemde het *elargir à la charge de bien vivre*, 'vrijlating onder de belofte om goed te leven'.[39] Deze vrijlating staat in de ogen van Ayrault gelijk aan een eindbeslissing: '*c'est definir*'. Ayrault licht dit verder niet toe. Dan was er de vrijlating zonder meer, *elargir simplement*,[40] en ook dit was volgens Ayrault een definitieve eindbeslissing. Want 'om de gevangenisdeur open te zetten en daaraan niets toe te voegen, is een beslissing waarop niet meer wordt teruggekomen zolang de aangeklaagde niet terugvalt.' Slechts wanneer de aangeklaagde in herhaling verviel, zou zijn zaak worden berecht. Volgens Ayrault maakt het Hof van dit soort uitspraken gebruik bij wijze van *grace*, vanwege bijvoorbeeld *grande jeunesse,* jeugdigheid, of op voorspraak van zeer aanzienlijke ouders. We zouden het nu misschien een vorm van voorwaardelijke veroordeling noemen. Ayraults indeling bij de definitieve vonnissen komt dan ook wel 'natuurlijk' voor.

2.1.6.2 Wegzenden quoúsque of *qu'il sera informé plus amplement*

De derde vorm van 'niet beslissen' was die waarbij de zaak door het gerecht werd aangehouden tot het verkrijgen van nadere inlichtingen. Ayrault gaf als omschrijving: *ordonner qu'il sera informé plus amplement*, het bevel dat hij later zal worden opgeroepen. De beslissing werd ook wel aangeduid met *être envoyé quoúsque*, de wegzending 'tot wanneer dan ook'.[41] Dit is volgens Ayrault niet precies een interlocutoire beslissing maar ook geen definitieve. Immers, de aangeklaagde wordt weggestuurd tot een nieuw bevel van verschijning, *jusqu' à nouveau mandement*, zonder dat er een datum is geprikt. Wanneer nieuw bewijs over hetzelfde feit, *nouvelle preuve du même fait*, opkomt, wordt het proces hervat in de stand waarin het zich bevond. Er wordt geen borg (*caution*) opgelegd en zolang

---

38 Ook vertoont de beslissing gelijkenis met een 'buitenvervolgingstelling'; deze term suggereert echter een strafproces dat bestaat uit een vooronderzoek gevolgd door een openbaar eindonderzoek. Van een dergelijke openbaarheid was echter nog geen sprake. Daarom vermijd ik deze term.

39 Ayrault 1610, III.4.14, *Elargir à la charge de bien viure,* p. 564.

40 Ayrault 1610, III.4.15, *Elargir simplement*, p. 564.

41 Ayrault 1610, III.4.16, *Elargir Quoú.q.*, p. 564, 565.

er geen nieuw bevel komt, wordt de vrijgelatene met rust gelaten. Maar diegene, schreef Ayrault, verkeert wel in een constante onzekerheid, *toutefois sa cõdemnation ou absolution traine toujours il est 'dubij, incertíque status'*.

De aanduiding en uitleg van deze vorm van vrijlating: wegzenden *quoúsque*, komen overeen met de benaming en beschrijving die Wielant gaf aan het uitstel van vonniswijzing. Die noemde het '*quousque*' en dat wilde volgens Wielant zeggen: vrijlating 'tot hij weer ontboden wordt'.[42] Aangenomen mag wel worden dat het hier om dezelfde (soort) beslissing gaat. Volgens Ayrault vond deze vorm van niet-beslissen haar oorsprong niet in het oud-Franse recht. Ayrault sprak namelijk van een *facon de prononcer qui nous l'a introduite en France*, een wijze van vonnissen die men in Frankrijk heeft 'geïntroduceerd'. Hij stelde de vraag of deze vorm van beslissen wel zo rechtvaardig was: *s'il y a de l'equité en cette facon de prononcer*.[43] En of er na een dergelijke beslissing wel de mogelijkheid bestond om je te rechtvaardigen en nog een echte vrijspraak te krijgen. Hij schreef: 'Het is een methode die toch wel ver afstaat van datgene wat in de klassieke oudheid werd beschreven. Na een volledig onderzoek van de zaak, met gebruik van alle middelen, moet de aangeklaagde toch nog voortdurend aan de halsband lopen, *un accusé traine perpetuellement son lien*; hij kan nooit een vrijspraak krijgen; is dat wel rechtvaardig? *cela est-il juste?* Wat komt er dan terecht van de Romeinse regels[44] dat een zaak ooit moet ophouden? Het nodigt uit tot laster en sluit de weg naar de *absolutions plenieres,* volledige vrijspraak, af'. En Ayrault vervolgt met een uiteenzetting die nogal verrassend is: 'Men antwoordt, dat als er een civiele partij (aanklager) is, het niet nodig is de aangeklaagde *quoúsque* te sturen; partijen kunnen in het ordinaire proces doorprocederen, en wanneer er niet meer bewijs komt, wordt de aangeklaagde vrijgesproken. Maar men zegt dat wanneer de Procureur du Roy de enige tegenpartij is, er geen andere mogelijkheid bestaat dan deze beslissing te nemen; want als men de mogelijkheid van vrijspraak zou introduceren, zou de Procureur du Roy aangesproken kunnen worden voor schade en kosten, wat niet redelijk zou zijn, want hij klaagt immers niet aan in zijn eigen belang maar in dat van de gemeenschap.'[45] Hier komt de aap uit de mouw, de overweging om de zaak niet definitief af te doen berustte op de vrees

---

42 Zie Hoofdstuk 3, par. 2.3.

43 Ayrault 1610, III.4.16, p. 565.

44 Ayrault 1610, III.4.16, p. 565 noemt er twee: de titel '*Vt intra certum tempus criminalis quaestio terminetur* (dat een strafrechtelijke ondervraging binnen een bepaalde termijn moet worden afgesloten) en 'de regel van Ulpianus', *Si accusator solemnia accusationis intra tempus praefinitum non impleverit, non poterit ad accusationem reverti* (Als de aanklager niet binnen een tevoren bepaalde termijn aan de formaliteiten van de aanklacht heeft voldaan, kan hij niet naar de aanklacht terugkeren), vgl. D. 48.2.18.

45 Ayrault 1610, III.4.17, p. 565, 566.

om persoonlijk in de kosten te worden veroordeeld! Ayrault noemde eerder,[46] ter verdediging van het onbeslist laten van een zaak bij het onderwerp herhaling van aanklacht, een ander argument. Toen verdedigde hij dat het slachtoffer, dat niet op de hoogte was van het proces, de kans moest krijgen om zijn zaak aan te brengen als die zaak niet goed behartigd was door de openbare aanklager. Hij doelde op de situatie dat de eerste vervolging een schertsvertoning, een *moquerie*, was geweest. Maar in de praktijk ging het kennelijk ook (of alleen?) om de bescherming van de geldbuidel van de Procureur du Roy. Deze zou niet moeten hoeven opdraaien voor de kosten van het proces in het geval er geen veroordeling volgde. Het werpt een nieuw licht op de (Franse) middenbeslissing.

De vrees voor een kostenveroordeling achtte Ayrault geen valide argument voor de bestaande praktijk om zaken op de lange baan te schuiven.[47] Toch waren dit volgens hem de redenen die werden aangevoerd om een aangeklaagde niet te gemakkelijk vrij te spreken als hij slechts de Procureur du Roy als tegenpartij had.[48] Maar hij hield daarbij een slag om de arm met de woorden 'áls die redenen waar (*bōnes*) zijn'. De gegeven uitleg lijkt echter wel waar. De vrijspraak was in de Ordonnantie Villers-Cotterêts, althans voor wat betreft de private strafklacht, gekoppeld aan een procedure inzake de onkostenvergoeding en aan een onderzoek naar een mogelijke lasterlijke aanklacht.[49] Waarom zou dit anders zijn als slechts de openbare aanklager de aanklagende partij is? Ook in dat geval kon in beginsel aanspraak worden gemaakt op schadevergoeding. De conclusie is voorts in overeenstemming met de begin achttiende eeuw door D'Aguesseau beschre-

---

46 Ayrault 1610, III.1.22, p. 404 halverwege, ook door Hélie 1866 (II), p. 565 aangehaald (Hélie verwijst naar nr. 25 maar doelt op dezelfde overweging als in de door mij gebruikte druk in no. 22).

47 Ayrault achtte de aangevoerde reden niet juist. Hij zag een kostenveroordeling van de *Procureur de Roy* niet als een noodzakelijk gevolg van een vrijspraak. Waarom zou immers de staat moeten betalen indien de vervolgingstaak op juiste wijze zou worden uitgeoefend? Ayrault 1610, III.4.17, *Si on peut estre absous avec le Procureur du Roy*, p. 566 en 'De noodzaak om aan te klagen voorkomt zodanig een valse aanklacht dat er best kan worden vrijgesproken zonder dat er recht op schadevergoeding bestaat (behalve als die publieke aanklagers op persoonlijke titel te werk gaan). Zij vertegenwoordigen de republiek en die is best in staat om schadevergoeding te ontvangen wegens het onrecht dat de staat is aangedaan maar ervoor betalen is niet nodig, want zij begaat geen onrecht, of men moet het doorstaan, niet er een vervolging van maken'.

48 Ayrault 1610, III.4.17, p. 566.

49 Vgl. art. 164 Ordonnantie Villers-Cotterêts 1539: - *Et si par la question ou torture, l'on ne peut rien gaigner à l'encontre de l'accusé, tellement qu'il n'y ait matière de le condamner: nous voulons lui estre fait droit sur son absolution, pour le regard de la partie civile, et sur la réparation de la calomnieuse accusation: et à ceste fin les parties ouïes en jugement pour prendre leurs conclusions, l'un à l'encontre de l'autre, et estre réglées en procès ordinaire, si mestier est, et si les juges y voyent la matière disposée.*

ven vervlechting van procedures met proceskosten.[50] De ambtenaren van de koning die hun baantje duur hadden gekocht, wilden daarop geen verlies lijden. Eén van de oplossingen die daarvoor werd gevonden, was kennelijk het afzien van een volledige vrijspraak.

2.1.7 Uitzonderingen voor ernstige delicten

Het argument voor aanhouding van het proces dat Ayrault het eerste had genoemd, namelijk om de belangen van de private klager te beschermen, achtte Ayrault wel solide: 'zeker, als het om doodslag gaat'.[51] Volgens Ayrault stonden er echter diverse wapenen ter beschikking aan degene die met een *quoúsque* was vrijgelaten om zich van die onzekere situatie te bevrijden. Hij zou bijvoorbeeld kunnen eisen dat Procureur du Roy betrokkenen uitnodigde en dat hij, dan wel de aangever (*delateur*) zijn kaarten op tafel moest leggen. Alleen als er geen aanklagers en geen aangevers waren en als er dus alleen sprake was van een '*notorieté*', bijvoorbeeld een gevonden levenloos lichaam zonder meer, zoals een slachtoffer dat de sporen droeg van een duel,[52] dan viel aan die situatie niets te veranderen; dan werd de aangeklaagde vrijgelaten *quoúsque*. De beslissing om de zaak te beëindigen met de mogelijkheid van heropening geschiedde in dat geval volgens Ayrault op goede gronden 'want de herhaling van de klacht is op zich zelf niet uitgesloten'. Hij verwees naar wat hij hierover eerder had opgemerkt, namelijk dat het wel vervelend maar procedureel geen gebrek (*vice*) was als iemand tweemaal vanwege hetzelfde feit werd aangeklaagd.[53] Ayrault onderstreepte de juistheid van zijn standpunt met de regel *reus aliquando repeti potest*, 'de schuldige kan ooit opnieuw worden aangeklaagd'.[54]

---

50 Hierover Combe 1928.

51 Ayrault 1610, III.4.17, p. 566, 567. Hij wijst hier op een gewoonte die bij de Lacedoniërs bestond. Vgl. Beccaria, 1856, par XIII, bij verjaring, p. 74; deze onderscheidt twee soorten delicten, die welke beginnen bij doodslag en alle ergere vormen van beneming van het leven van een ander, en de overige delicten. Dat is een natuurlijke scheiding, zegt Beccaria, want de persoonlijke veiligheid (*sûreté des personnes*) is een natuurlijk recht. In tegenstelling tot de veiligheid van goederen, dat een recht van de maatschappij is. In die eerste categorie moet men het onderzoek zo kort mogelijk houden want de onschuld van de aangeklaagde is waarschijnlijker dan het misdrijf. Maar men moet de verjaring verlengen. In de tweede categorie is dat andersom, dus zo nodig een lang onderzoek bij een korte verjaringstermijn.

52 Dit voorbeeld is ontleend aan Muyart de Vouglans 1757.

53 Ayrault 1610, III.1.22, p. 401.

54 Ayrault 1610, slotzin van het vierde deel van hoofdstuk III, p. 568 ('598' wegens omkering van de '6'). Ayrault verwijst naar het begin van het derde hoofdstuk, waar hij het onderwerp *l'accusé* behandelt. Daar noemt hij deze spreuk niet, maar wijst hij er wel op dat de Romeinen gewoon waren een zaak opnieuw aan te kaarten, wat zij '*repeti*' noemden, (III.1.15, p. 392). Het is niet duidelijk waar de spreuk vandaan komt. Mogelijk bedacht Ayrault hem zelf en gebruikte hij daar een tekst van de *Pauli sententiae* 5.14.3: '***Reus*** *evidentioribus argumentis oppressus* ***repeti*** *in quaestionem* ***potest****, maxime si in tormenta animum corpusque duraverit;* (Een beklaagde die door tamelijk overtuigend bewijsmateriaal belast wordt, kan opnieuw aan een

Ayrault gebruikte het voorbeeld van het levensdelict als uitzondering op het verbod om iemand voor onbepaalde tijd voorwaardelijk vrij te laten, namelijk tot hij weer ontboden zou worden. Eerder, bij de bespreking van het verbod van herhaling na een definitieve vrijspraak, wees hij op de uitzondering die kon worden gemaakt indien het slachtoffer niet op de hoogte was geweest van de eerdere procedure en goede gronden had om alsnog met zijn aanklacht te komen. Hij verwees daarbij naar de woorden uit de Ulpianusregel '*magna ex causa*'. Zowel de mogelijkheid van een heropening van het proces (het wegzenden *quoúsque*) als van het opnieuw aanspannen van een proces (*bis in idem*) lijkt daarmee door Ayrault te worden beperkt tot uitzonderlijke (ernstige) gevallen.

2.1.8 Samenvatting standpunt Ayrault

Ayrault benaderde de onderwerpen 'verbod van herhaling' en 'gewijsde' niet wezenlijk anders dan zijn tijdgenoten in andere landen. Hij signaleerde dat er in principe geen tweede aanklacht over hetzelfde feit tegen dezelfde persoon mocht worden ingediend en dat een proces in beginsel moest eindigen in een definitieve einduitspraak. Hij stelde echter tevens vast dat er andersoortige einduitspraken waren dan vrijspraak en veroordeling zoals het *mettre hors de cour*. Volgens de beschrijving van Ayrault was dit een soort ontslag van alle rechtsvervolging, gegeven als de daad bewezen was maar niet tot straf zou moeten leiden omdat de daad 'noch vergeeflijk noch onvergeeflijk' was. Daarnaast bespreekt hij een praktijk om strafzaken onbeslist te laten als het bewijs niet volledig is. Vrijspraak werd vermeden en in de plaats daarvan werd bevolen dat de betrokkene later zou worden opgeroepen, *qu'il sera informé plus amplement*, ook wel aangeduid met *être envoyé quoúsque*. Ook al blijkt uit de verhandeling van Ayrault niet dat dit 'aan het lijntje houden', zoals hij het noemde, gepaard ging met andere belastende maatregelen zoals hechtenis of politietoezicht, zag Ayrault het onbeslist laten van het proces toch als een onrechtvaardige en onwettige maatregel, die geen steun vond in de bronnen uit de klassieke oudheid. Het aanhouden van de zaak zou de aangeklaagde voortdurend in onzekerheid houden en bovendien aanleiding geven tot laster. Geheel nieuw en verrassend is Ayraults beschrijving hoe het onbeslist laten van een strafzaak werd verdedigd, namelijk met het argument dat de publieke aanklager anders gevaar zou lopen om schadevergoeding te moeten betalen. De beschrijving van Ayrault bevestigt dus niet alleen een bestaande gewoonte maar geeft tevens een nieuwe kijk op het gebruik van de middenbeslissing.

---

pijnlijke ondervraging onderworpen worden, vooral als hij zich geestelijk en lichamelijk tegen folteringen heeft gehard).' Indien Ayrault inderdaad boogt op deze vindplaats dan is die verwijzing niet op haar plaats, ten eerste omdat deze bron onbetrouwbaar is en ten tweede omdat het hier de herhaling van de pijnlijke ondervraging betreft en niet de heropening na voorlopige sluiting van het onderzoek. Bovendien gaat dit adagium uit van de veronderstelling dat er al een schuldige is.

De conclusie kan zijn dat Ayrault de Ulpianusregel in D. 48.2.7.2 onderschreef en dus een tweede aanklacht alleen in uitzonderingsgevallen toestond, namelijk alleen aan de partij die direct betrokken was en groot belang had bij een tweede aanklacht. Aan de uit het canonieke recht afkomstige *de his*-regel (zie Hoofdstuk 2) refereerde hij niet, maar dat is waarschijnlijk toe te schrijven aan de keuze van zijn bronnen en het doel van zijn boek: een vergelijking met de processen in het oude Griekenland en Rome. Een tweede conclusie is dat het gebruik van de middenbeslissing in Frankrijk een bijzondere aanleiding kende, namelijk de bescherming van de financiële positie van de openbare aanklager. Voorts is opvallend dat Ayrault in eigen, Franse, bewoordingen beschrijft wat er gebeurde als het bewijs niet rond was. Dan werd de aangeklaagde weggezonden *qu'il sera informé plus amplement*, 'tot hij op een later moment wordt opgeroepen', dan wel *quoúsque*, dus 'tot wanneer dan ook'. Deze aanduiding valt samen met Wielants beschrijving van het wegzenden *quousque.*

2.1.9 Hors de cour en plus ample informé

De term *absolutio ab instantia* is in het werk van Ayrault niet te vinden. Ayrault schreef in het Frans, omdat dit in de hiervoor vermelde *Ordonnance* Villers-Coterêts van 1539 voor alle officiële stukken was voorgeschreven.[55] Het heeft er alle schijn van dat de term *absolutio ab instantia* door Ayrault letterlijk is vertaald met *mettre hors de cour* & *de procés*, 'het stellen buiten gerecht en proces'. Hij bedoelde er echter - althans daar heeft het alle schijn van - niet hetzelfde mee. Het *mettre hors de cour* dat Ayrault beschreef, vond weliswaar net als in geval van de *absolutio ab instantia* plaats nadat de zaak volledig was behandeld, maar hij gebruikte de aanduiding voor gevallen waarin geen beslissing kon worden genomen omdat veroordeling noch vrijspraak recht zou doen aan alle omstandigheden van de zaak. Het was bedoeld voor zaken zoals die waarover rechter Dolabella te oordelen kreeg en die wij nu zouden laten eindigen met een ontslag van alle rechtsvervolging. De term *hors de cour* gebruikte hij niet voor gevallen van bewijsnood. Het *mettre parties hors de cour* & *de procés* is dus qua terminologie weliswaar een letterlijke vertaling, maar naar de inhoud geen equivalent van de in Hoofdstuk 2 beschreven *absolutio ab instantia*.[56]

Behalve het *mettre hors de cour* onderscheidde Ayrault - zoals wij zagen - nog drie vormen van invrijheidstelling zonder dat er een vrijspraak of veroordeling was gevolgd en waarvan hij de derde noemde '*élargir quoúsque*'. De eerste twee moesten volgens Ayrault worden beschouwd als definitieve beslissingen, ondanks het ontbreken van een eindoordeel; de zaak nam met de vrijlating een einde. De der-

---

55 Ordonnance Villers-Cotterêts, artt. 110, 111.

56 Vgl. Voorda 1792, p. 369.

de soort vrijlating, het wegzenden *quoúsque*, had dat rechtsgevolg niet. Deze beslissing kwam inhoudelijk wèl overeen met de door de Italianen en door Wielant beschreven *absolutio ab instantia*. Het ging om zaken waarin het bewijs niet kon worden geleverd, die werden bevroren '*rebus sic stantibus*', en die dus op elk moment konden worden hervat.

Het wegzenden *quoúsque* duidde Ayrault aan met '*ordonner qu'il sera informé plus amplement*'.[57] Van deze uitdrukking is later het zelfstandig naamwoord *le plus ample* (of: *amplement*) *informé* afgeleid. De *plus ample informé* werd in de zeventiende en achttiende eeuw opgetuigd tot één van de zwaarste straffen. De aanduiding *hors de cour*, waarmee Ayrault op een ontslag van alle rechtsvervolging doelde, werd later gebruikt voor zaken die onbeslist bleven en waarin de verdenking tegen de aangeklaagde niet geheel was weggenomen. Dit ontslag 'zuiverde' de aangeklaagde niet en daarom gaf de *hors de cour* geen recht op schadeloosstelling. Hoewel dit oordeel niet gepaard ging met inperking op andere subjectieve rechten werd de uitspraak door sommige strafrechtsgeleerden wel als een onterende straf, *peine infamante*[58] gezien. Beide termen, *hors de cour* en *plus ample informé*, zijn in de achttiende eeuw niet meer weg te denken uit het strafrechtelijk jargon zoals blijkt uit de beschrijvingen van Muyart de Vouglans en Jousse.

2.2 Zeventiende en achttiende eeuw

2.2.1 Muyart de Vouglans en Jousse

In deze paragraaf komen twee rechtsgeleerden aan het woord die het strafrecht en het strafproces van de zeventiende en achttiende eeuw tot in detail hebben beschreven, Pierre-Francois Muyart de Vouglans (1713-1781) en Daniël Jousse (1704-1781). Zij worden gezien als dé vertolkers van de opvattingen over het straf(proces)recht aan het einde van het Ancien Régime. Muyart de Vouglans was een groot deel van zijn werkzame leven tevens advocaat; Jousse was vooral studeerkamergeleerde. Muyart de Vouglans schreef tweemaal een handboek over het Franse straf- en strafprocesrecht. Het eerste, *Les Institutes*, verscheen in 1757. Zijn tweede grote werk verscheen 23 jaar later, in 1780, en gaf hij de naam *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, 'De strafwetten van Frankrijk in hun natuurlijke orde'. Muyart de Vouglans droeg het op aan koning Lodewijk XVI met de woorden: 'dat deze wetten onze aandacht het meeste waard zijn van al, omdat zij immers tegen de misdaad beschermen en omdat juist het onbestraft blijven van de misdaad als de belangrijkste oorzaak van de aftakeling van het opperste gezag (*empires*) moet worden beschouwd'.[59] Dit tweede boek is niet

---

57 Ayrault 1610, III, 4, nr. 14, p. 564.

58 '*Infamante*' kan worden vertaald met: 'infamerend', 'onterend' of 'schandmerkend'.

59 Muyart de Vouglans 1780, *Épitre dédicatoire au Roi Louis XVI*.

louter beschrijvend, zoals het eerste, maar meer opiniërend van karakter.[60] De andere geleerde, Jousse, wordt beschouwd als één van de meest gezaghebbende commentatoren op de ordonnanties en edicten uit de zeventiende eeuw.[61] Zijn handboek, uit 1771, noemde hij *Traité de la justice criminelle de France, où l'on examine tout ce qui concerne les crimes & les peines en général & en particulier,* Verhandeling over de criminele justitie in Frankrijk, waarin men alles behandelt wat de misdrijven en de straffen aangaat zowel in het algemeen als in het bijzonder. Dit werk, in vier dikke boekdelen, is omvangrijker en gedetailleerder dan dat van Muyart de Vouglans uit 1757 en 1780, met name omdat er veel jurisprudentie in is opgenomen.

Beide auteurs bouwden voort op de bestaande wetten en gebruiken. Muyart de Vouglans geeft in de inleiding tot zijn hoofdstukken, het *Discours préliminaire*, een uitvoerig overzicht van die bronnen.[62] Hij onderscheidde ze in *lois divines*, ook wel *lois de la religion*, en wereldlijke wetten, zoals capitularia, ordonnaties etc., en ongeschreven wetten die waren gebaseerd op gebruik en gewoonte. Onder deze laatste vallen onder meer het Romeinse en het canonieke recht. Het Romeinse recht beschouwde Muyart de Vouglans als de bron van alle principes van *équité et raison*, billijkheid en rede. Hij schatte het Romeinse recht hoog, 'het lag aan de basis van de beste Franse ordonnanties'. 'Ook de fameuze ordonnantie' van Karel de Vijfde, de *Carolina*', schrijft Muyart de Vouglans, 'is om zo te zeggen, een letterlijke vertaling van dit Romeinse recht'.[63] Van het canonieke recht noemde Muyart de Vouglans behalve het Oude Testament onder meer het *Decretum Gratiani* en de Decretalen. Van de ordonnanties noemde hij in het bijzonder die van 1670[64] en 1737[65] die de stijl van procederen betreffen.[66]
Jousse begint zijn vier boekdelen met een opsomming van alle auteurs en commentaren op de vroegere wetgeving, vanaf de Romeinen. Zo passeren alle na-

---

60 Het is minder gedetailleerd en verschilt wat betreft zijn opzet opvallend van het eerste. Waar in de *Institutes* de onderwerpen van materieel strafrecht en strafprocesrecht nog door elkaar werden behandeld, hanteerde Muyart de Vouglans in *Les Lois* de tweedeling die we ook in het huidige recht hanteren, dus die tussen materieel en formeel recht.

61 *Biographie universelle*, Michaud, deel 21, p. 259-260, Esmein 1882, p. 347.

62 Muyart de Vouglans 1780, *Discours, no. V-XVIII.' Loix Criminelles qui composent cette Collection',* p. XXXIV- XLIII.

63 Karel de Vijfde zou met zijn Code een halt hebben toegeroepen aan de wildgroei van plaatselijke gewoonten en daarmee aan de groeiende misstanden in het recht, Muyart de Vouglans 1780, *Discours*, no's VI en XVI.

64 Deze ordonnantie wordt besproken in par. 2.3 hierna.

65 De bedoelde ordonnantie is mogelijk Code de Faux, van juli 1737, die de vervolging en berechting van het misdrijf 'valsheid' betreft en die blijkens het eerste artikel voortbouwt op de ordonnantie van 1670.

66 Ook worden in dit verband genoemd de ordonnantie Villers-Coterêts 1539 en de Code Michaux van Lodewijk XIII van 1629.

men uit de vorige hoofdstukken de revue.[67] Niets ontsnapte aan zijn aandacht, ook niet het anonieme boekje dat zeven jaar eerder, in 1764, was verschenen en opschudding onder de criminalisten had veroorzaakt. Het bleek afkomstig te zijn van de - in verhouding tot Jousse en Muyart de Vouglans - nog jeugdige Italiaan Cesare Beccaria (1738-1794).[68] Beide gerenommeerde rechtsgeleerden lieten zich er op dat moment nog niet door beïnvloeden. Jousse en Muyart de Vouglans gaven in hun boeken die resp. in 1771 en 1780 verschenen een beschrijving van het bestaande recht, zonder nieuwlichterij. Zo beschreven zij ook de bestaande middenbeslissing. Hun waardering van het karakter van die middenbeslissing was echter niet helemaal hetzelfde.

2.2.2 *Muyart de Vouglans en Jousse over 'la maxime Non bis in idem'*

Zowel Muyart de Vouglans als Jousse gebruikten voor het verbod om iemand wegens hetzelfde *crime* nogmaals aan te klagen de uitdrukking *non bis in idem* en noemden het een *maxime*. Het was inmiddels kennelijk een erkende uitdrukking want zij namen haar op in hun trefwoordenregister.[69] Jousse behandelde de regel bij vormen van samenloop en cumulatie van acties,[70] Muyart de Vouglans bij de verweren die een aangeklaagde tegen de aanklacht kon inroepen.[71] Zij bedoelden beiden hetzelfde, namelijk een verbod van een tweede vervolging wegens dezelfde zaak tegen dezelfde persoon na een definitieve einduitspraak.[72] In navolging van Ayrault sprak Jousse van *l'exception de la chose jugée*.[73] Muyart noemde het *une exception tirée de la maxime non bis in idem*. Als wettelijke basis van de regel gaven beiden zowel wereldlijke bronnen, zoals de Ulpianusregel in D. 48.2.7.2, en

---

67 Jousse 1771, *Tome* 1, *Préface* xlvj e.v.

68 Jousse 1771, *Tome* 1, *Préface* lxiij e.v. Over Beccaria par. 3.2.2, hierna.

69 Rousseaud de la Combe nam in 1753 het lemma 'BIS in idem' op in zijn register; hij verwees naar Jean Papon (ca 1505-1590).

70 Jousse 1771, deel 3, p. 10 e.v. i.h.b. p. 13.

71 Muyart de Vouglans, 1780, *Seconde partie 'De l'instruction & de la preuve en matière criminelle', Livre I, De l'Instruction criminelle en général, titre IV: 'De l'accusé', chapitre I: 'De ceux qui ne peuvent être accusés ou des Exceptions en faveur de l'Accusé', par. 2: 'De l'exception tirée de la maxime NON BIS IN IDEM*, p. 593 e.v. vgl. *Institutes 1757, partie III: De l'Accusé, Ch. IV: De ceux qui ne peuvent être accusés, par. III: Exception tirée d'une première Accusation qu'a dé ja subi l'accusé*, p. 81-83. Muyart de Vouglans noemt het de exceptie '*tirée de la maxime non bis in idem*' en plaatst de exceptie direct na die van de verjaring en vóór de als derde en vierde genoemde vervolgingsuitsluitingsgronden te weten: 'de dood van de aangeklaagde' en de '*Lettres du Prince*'. Met die laatste, *Lettres du Prince*, werd in die tijd gedoeld op vormen van ingrijpen door de vorst, zoals gratie, maar ook herziening. De vier genoemde excepties worden volgens Muyart de Vouglans hierdoor gekenmerkt dat zij 'het misdrijf laten bestaan' en alleen de aanklacht verhinderen, zowel de publieke als de private.

72 Muyart de Vouglans 1780, p. 596 onder I; de term *chose jugée* noemt hij hier niet, maar elders wel, bijvoorbeeld p. 834; Jousse 1771, *Tome* 3, p. 12, 13 nr. 25, 27.

73 Jousse 1771, *Tome* 3, nr. 27, p. 13 ; vgl. Ayrault 1610, III.1, p. 402.

canonieke, in het bijzonder de *de his*-regel.[74] Zoals uit deel I 'Herkomst' naar voren kwam, gaat het hier in wezen om dezelfde bron. Volgens Jousse werd de regel door een groot aantal gezaghebbende schrijvers onderschreven.

Het maxime *non bis in idem* was volgens Muyart de Vouglans bedoeld om te voorkomen dat iemand voortdurend in onzekerheid verkeert over zijn lot en zich voortdurend blootgesteld ziet aan de mogelijkheid slachtoffer te worden van corruptie en beïnvloeding van getuigen, *corruptions et subornations de témoins*.[75] In zijn *Institutes* preciseerde hij 'dat het leven van een burger (*Citoyen*) niet te vaak op het spel mag worden gezet'.[76] Waarschijnlijk om deze redenen betrok Muyart de Vouglans[77] het *maxime* in het bijzonder op *les crimes*, de delicten die met de lijfstraffen, waaronder de doodstraf, werden bestraft. Ook Jousse zag in bescherming van de burger de belangrijkste grond: 'Indien aanklachten steeds zouden kunnen worden herhaald, zou de aangeklaagde nooit rust vinden en zouden misdrijven die zijn berecht opnieuw kunnen worden bestraft'. Dit zijn volgens Jousse argumenten die worden ontleend aan *de natuur* en *de rede*. Daarnaast zou herhaling van dezelfde aanklacht na een definitief gewijsde de autoriteit van het gewijsde aantasten en corruptie en beïnvloeding van getuigen in de hand werken, *ce qui est contraire à l'ordre, & à l'intérêt public*.[78] Het betreft kortom een exceptie die in dienst staat van de rust en zekerheid van degene die eerder vervolgd werd wegens hetzelfde feit en die tevens in dienst staat van het publieke belang. Het *maxime* kon worden ingeroepen in alle gevallen waarin een aangeklaagde bij onherroepelijk vonnis was vrijgesproken of veroordeeld, in dit laatste geval ook als de straf lager is dan het misdrijf zou rechtvaardigen.[79] En al vond de regel in vooral de blootstelling aan gevaar de belangrijkste grond en behandelden de

---

[74] Jousse 1771, *Tome* 3, p. 12 e.v.; Muyart de Vouglans 1780, p. 596 onder I. Hij verwijst naar het *Decretum Gratiani*, C. 23, qu. 4, c. 29 (*si illic*). Zoals in Hoofdstuk 2, par. 3.1 en 3.2, is beschreven staat de *de his*-regel niet in het Decretum maar is deze canon later wel aangevoerd ter nadere uitleg c.q. ondersteuning van de *de his*-regel, en werd omgekeerd de *de his*-regel weer in de glosse bij het Decretum vermeld. Jousse 1771, *Tome* 3, p. 12 e.v.

[75] Vgl. Ayrault 1610, III.1.22, p. 402, zie par. 2.1.2, hiervoor.

[76] Muyart de Vouglans 1757, p. 81. Ook noemde hij als grond dat de straf niet groter mag worden dan het misdrijf'. De 'beïnvloeding van getuigen' noemt hij hier nog niet.

[77] Muyart de Vouglans 1780, p. 596 : '*cette Maxime …a été reçue d'autant plus favorablement en Matière Criminelle, que le péril y est beaucoup plus grand pour l'Accusé …*', minder expliciet is Jousse, *Tome* 3, p 12.

[78] *En effet si on admettoit des accusations réitérées, & qu'on remît en jugement les crimes après une absolution, ou une condamnation à une peine plus légere, un accusé ne pourroit jamais être en repos; et le plus souvent, ce seroit donner lieu à la punition des crimes pardonnés; ce qui répugne à la nature & à la raison. D'ailleurs ce seroit anéantir l'autorité des choses jugées & occasionner souvent la corruption & la subornation des témoins ; ce qui est contraire à l'ordre, & à l'intérêt public,* Jousse 1771, *Tome* 3, par. 26, p. 13.

[79] Muyart de Vouglans 1780, p. 596 onder I; Jousse 1771, *Tome* 3, p. 12, par. 25.

beide geleerden de regel in de eerste plaats *en matière criminelle*, dus de berechting van zware zaken, zij beperkten de geldigheid van de regel daartoe niet. Beiden zetten aldus de reikwijdte van het *maxime* breed in. In hun verdere uitweidingen noemden zij echter zoveel uitzonderingen, met name Jousse, dat de indruk ontstaat dat de exceptie in de praktijk weinig tot zijn recht kon komen. Het betreft kwesties als: wie de aanklager was in het eerste proces, of dit de publieke of een private aanklager was, welk feit er eerder is berecht, en of het eerste vonnis wel regelmatig tot stand is gekomen.

Wat betreft de aanklager schrijft Muyart de Vouglans bijvoorbeeld dat de aangeklaagde zich met 'minder' succes op *la maxime* kan beroepen als de tweede niet dezelfde is als de eerste, zeker als de tweede aanklager niet van de eerste procedure op de hoogte was en toch een bijzonder belang heeft bij de aanklacht. Het is wederom, net als bij Ayrault, een weergave van de Ulpianusregel.[80] Muyart de Vouglans noemt als voorbeeld de kinderen die de dood van hun vader willen wreken. Zij moeten, vanwege het grote belang, kunnen worden ontvangen in hun klacht. Daarnaast onderscheiden hij en Jousse de situatie dat de openbare aanklager niet bij de eerste aanklacht betrokken was. Voor het recht van de openbare aanklager om - ongeacht eventueel tussen partijen gemaakte afspraken - zelf te vervolgen, verwijzen zij naar de desbetreffende regel in de Ordonnantie 1670. Aan een *transaction* tussen partijen is de openbare aanklager namelijk volgens de Ordonnantie niet altijd gebonden.[81] Deze uitzondering op het beginsel komt in de buurt van de categorie gevallen waarin de aangeklaagde een opzetje gebruikt om gemakkelijk onder een echte berechting uit te komen, zoals ook door Ayrault beschreven.[82]

Om te kunnen beoordelen of er sprake is van hetzelfde feit moet volgens Muyart de Vouglans worden gekeken naar de *qualité du crime*, 'zoals bij diefstal, knevelarij en woeker'.[83] Hij doelt hier op zelfstandige misdrijven die na elkaar, maar wel in samenhang met elkaar, worden gepleegd, dus gevallen die wij nu zouden scharen onder 'meerdaadse samenloop', 'voortgezette handeling' of 'voortdurende delicten'. Hier noemt hij onder meer het voorbeeld van een moord direct gevolgd door roof. Als de aangeklaagde vrijgesproken is van de levensberoving kan hij

---

80 Muyart de Vouglans 1780, p. 596; hij verwijst echter niet naar D. 48.2.7.2 maar naar D. 48.2.3.4, dat ziet op *abolitio*, de verwijdering van de aanklacht met als gevolg dat een andere aanklager een procedure kan beginnen, maar wel binnen 30 dagen. Voorts verwijst hij naar Ayrault, boek 3, deel 1, nr 22.

81 Het betreft art. 19 titel 25 Ordonnantie 1670. Muyart de Vouglans 1780, p. 596, noot onder onderdeel II; Jousse 1771, *Tome* 3, p. 21, nr 45 e.v. De Ordonnantie wordt hierna in par. 2.3 besproken.

82 Ayrault, III.1.22, p. 401.

83 Vgl. Ayrault, III.1.23, p. 406, 407.

nog best worden vervolgd voor de teruggave van het gestolen geld, aldus Muyart de Vouglans.[84] Het is een complex van feiten dat in één keer had kunnen worden afgedaan, maar daarover laat Muyart de Vouglans zich niet uit; hij volgde de opvatting van Diocletianus (CJ 9.2.11).[85] Ook Jousse bespreekt hier de diverse vormen van samenloop en de voortgezette handeling. Dit zijn allemaal geen situaties waarin *la maxime* kan worden ingeroepen, net zomin als wanneer het feit een andere kwalificatie krijgt doordat het zich achteraf ernstiger aan laat zien dan toen het werd berecht, zoals in een geval van mishandeling waarna, na de berechting, de dood van de getroffene intreedt. Volgens Jousse kon het maxime ook niet worden ingeroepen als sprake is van nieuw bewijsmateriaal en het om 'vreselijke feiten', *crimes atroces* ging. Dan bestaat er reden om de eerste vrijspraak 'in te trekken'. Dat gebeurde als sprake was van een aanklacht wegens overspel, een 'zeer zwaar misdrijf', volgens de canonieke bronnen. Deze bronnen haalde hij hier dan ook in de eerste plaats aan.[86] Als nieuw bewijs opkwam bij lichtere delicten kon wel een beroep op de exceptie worden gedaan. Jousse noemt het voorbeeld van een kruimeldiefstal, *larcin*.[87] De gedachte die we al bij Ayrault aantroffen, namelijk dat voor zware delicten eerder een uitzondering op de regel mag worden gemaakt, vinden we hier dus terug. Dat geldt ook voor hun opvattingen over achtereenvolgende berechting door eerst kerkelijke en vervolgens wereldlijke jurisdictie. Ook dan was, net als bij Ayrault, het maxime niet van toepassing. Ten slotte waren beiden het er ook met Ayrault over eens dat het van belang was te onderzoeken op welke manier de eerdere vrijspraak was verkregen. Als sprake was van misleiding van de rechter was er plaats voor een nieuwe vervolging.[88]

Het komt er in het kort dus op neer dat Muyart de Vouglans en Jousse vasthielden aan de aloude uitzonderingen op de regel en daaraan nog enkele toevoegden. De belangrijkste daarvan werd beschreven door Jousse; dat was het opkomen van nieuw bewijs in geval van vrijspraak van ernstige delicten. Hij noemde daarbij de zaak waarin een vrouw opnieuw werd berecht wegens overspel. Het moet

---

84 Met verwijzing naar D. 48.2.3.3, dat samenhangende feiten tegelijk moeten worden ten laste gelegd, zoals bijvoorbeeld bij overspel: de verhuur van de ruimte voor het plegen van het delict, het laten gaan van de man die overspel met de vrouw heeft gepleegd en het aannemen van geld na betrapping op heterdaad. Ook deze verwijzing naar de Digesten lijkt niet helemaal passend.

85 Zie Hoofdstuk 1, par. 3.3.1.

86 Jousse 1771, derde boek, nr. 31 en 32. Hij noemt hier vooral canonieke bronnen (canons), en verwijst naar Clarus en Farinacius. In nr. 32, p. 16 haalt hij een arrest aan van het Parlement van Parijs van 26 augustus 1665, waarin de eerdere vrijspraak wegens overspel naderhand werd 'teruggetrokken'.

87 Jousse 1771, derde boek, nr. 29, p. 15.

88 Eerst moet echter tegen het eerste oordeel zijn geageerd met een *requête civile,* schrijft Muyart de Vouglans, om de misleiding vast te laten stellen; vgl. Jousse 1771, *Tome* 3, p. 16, nr. 34. Het huidige artikel 6 lid 2 CPP, waarover meer in Hoofdstuk 12, par. 4, gaat uit van hetzelfde principe.

een heel exceptioneel geval zijn geweest, want in feite werden geen vrijspraken gegeven ten tijde van het Ancien Régime; van vrijspraak kon slechts sprake zijn als elk bewijs, hoe gering ook, was weggenomen. Dit wordt geboekstaafd door Ayrault, door Muyart de Vouglans, door Jousse en door de opmerkingen die over het onderwerp werden gemaakt bij de totstandkoming van de belangrijke ordonnantie van 1670, hierna te bespreken.[89] Wat de rechter wel deed in plaats van vrijspreken, laat zich raden: hij hield de zaak aan.

2.2.3 *Muyart de Vouglans en Jousse over 'plus ample informé' en 'hors de cour'*

Het kwam volgens Jousse niet of nauwelijks voor dat er na een publieke aanklacht wegens gebrek aan bewijs werd vrijgesproken. In dat geval moest een rechter namelijk altijd een *plus ample informé* uitspreken, en wel één van bepaalde of van onbepaalde duur, dus *le plus ample informé à temps* of *le plus ample informé indéfini*. Jousse schreef hierover:

> *En effet, on peut regarder comme une règle générale, qu'en France les accusés ne sont jamais renvoyés absous, faute de preuves entières dans les crimes où les Procureurs du Roi, ou Fiscaux, sont parties; & que si l'on prononce une absolution, ou qu'on mette hors de cour, dans les cas où la preuve n'est pas suffisante, ce n'est qu'à l'égard des partie civiles, lorsqu'elles sont seules parties*'.[90]

'In feite wordt in Frankrijk, indien de overheid vervolgt, als regel wegens gebrek aan bewijs niemand vrijgesproken; een vrijspraak kan alleen volgen tussen civiele partijen'. Het aanhouden van de eindbeslissing voor onbepaalde of bepaalde tijd werd door Jousse daarom ingedeeld bij de 'drie soorten' vonnissen die een rechter kon uitspreken: veroordeling, vrijspraak en *plus ample informé*.[91] De *plus ample informé* was in de ogen van Jousse dan ook geen 'straf', net zo min als een *hors de cour*. Een *plus ample informé* was volgens hem eenvoudig een al dan niet tijdelijke beslissing tot aanhouding van de zaak, tot uitstel van vonniswijzing,[92] en een *hors de cour* was een vrijspraak die niet helemaal zuiverde,[93] een soort oneervolle vrijspraak.

Muyart de Vouglans zag dat iets anders. In het eerste deel van *Les Lois*, waarin hij de voorwaarden voor een rechtsgeldige straf behandelt, stelt Muyart de Vouglans

---

89 Zie par. 2.3, hierna. Muyart de Vouglans 1780, p. 79, verwijst naar die opmerking in het proces-verbaal van de beraadslaging over de Ordonnantie van 1670, bij titel 21, artt. 3 en 4.

90 Jousse 1771, *Tome* 2, nr. 87, p. 557; nr. 84, p. 556, *mais s'il y a quelques preuves, quoique légères contre l'accusé, on ne doit pas le renvoyer de l'accusation, mais seulement mettre hors de Cour & de procès sur la plainte*; vergelijkbaar: *Tome* 3, nr. 33, p. 16.

91 Jousse 1771, *Préface*, p. xxvij.

92 Jousse 1771, *Tome* 1, titel III, nr. 132, p. 83 e.v.

93 Jousse 1771, *Tome* 2, nr. 84, p. 556.

voorop dat als er onvoldoende bewijs is de rechter de aangeklaagde zal moeten 'dechargeren'. Hij verwijst daarbij naar de regel *in dubio pro reo* of twijfelregel, 'dat het immers beter is een schuldige onbestraft te laten dan een onschuldige te veroordelen' (zie Hoofdstuk 4, par 1.8.3). Direct hierna vervolgt hij dat deze regel zich niet zo laat vertalen dat daarop niet enige nuanceringen, *certaines modifications* mogelijk zijn. Hij denkt in het bijzonder aan de gevallen waarin de pijnbank moet worden bevolen of *le plus ample informé* & *le hors de cour*.[94] Beide laatste beslissingen komen volgens hem in de plaats van een absolute vrijspraak, *au lieu d'une décharge absolue*.[95] En hoewel volgens Muyart de Vouglans de *plus ample informé* iets tussen een aanhouding en een definitieve einduitspraak was en een *hors de cour* een '*Absolution de l'instance*',[96] waarmee hij kennelijk doelde op een niet-veroordelende eindbeslissing, rekende Muyart de Vouglans ze tot de *peines infamantes*, infamerende of schandebrengende straffen;[97] zij hadden volgens hem immers wel een straffend effect.

De aanhouding voor onbepaalde tijd, *le plus ample informé indéfini*, noemde Muyart de Vouglans een *peine infamante de droit*, een infamerende straf volgens het recht. Het uitstel van behandeling voor bepaalde tijd, *le plus ample informé à temps,* rekende hij tot de feitelijk infamerende straffen*, peines infamantes de fait*.[98] Het uitstel voor bepaalde duur kon langer of korter zijn en moest al dan niet worden afgewacht in de gevangenis, zo beschrijven zowel Jousse als Muyart de Vouglans. De duur van het uitstel en de mate waarin de betrokkene van zijn vrijheid werd beroofd, waren evenredig met de ernst van het delict en de mate waarin bewijs voorhanden was.[99] Het waren dus inderdaad nogal repressieve maatregelen die als straf kunnen hebben gefunctioneerd.

---

94 Muyart de Vouglans 1780, *Premier partie: 'Du crime, de sa peine', Livre II: 'Des différentes especes de peines', Titre II: 'Des règles générales pour l'Application de la peine', Chapitre II: Des conditions nécessaires pour rendre la peine légale et juridique*, nr. XI, 'vijfde regel, wat de rechter moet doen bij onvoldoende bewijs', p. 47.

95 Muyart de Vouglans 1780, p. 79 onder V.

96 Muyart de Vouglans 1757, p. 362 : ''*hors de Cour*', *contient proprement l'Absolution de l'Instance; au lieu que dans le Cas du 'plus amplement informé', s'il survient de nouvelles preuves du Crime, la procédure reprend alors sa premiere vigueur, ensorte qu'on peut dire qu'il participe tout-à-la- fois & du Jugement interlocutoire, & du jugement définitif*.

97 Muyart de Vouglans 1780, *Premier partie*: '*Du crime, de sa peine', Livre II: 'Des différentes especes de peines', Titre IV: over de straffen die gebruikelijk zijn in het Koninkrijk, hoofdstuk VI: 'Des peines infamantes de droit', par. VI: 'Du plus amplement informé défini,* p. 78 en 79.

98 Muyart de Vouglans 1780, p. 78, 79.

99 Muyart de Vouglans 1780, p. 78 ; Jousse 1771, *Tome* 3, nr. 87 e.v., p. 557 e.v.

2.2.3.1 Le plus ample informé indéfini of quousque

De *plus ample informé indéfini* was volgens Muyart de Vouglans de zwaarste 'straf' in de categorie infamerende straffen. Zij duurde in naam tot er voldoende bewijs was verzameld om de aangeklaagde te kunnen veroordelen, stelden hij en Jousse. De maximale termijn was gekoppeld aan de verjaringstermijn.[100] Deze vorm van uitstel van het proces heette volgens beiden 'vroeger' *quousque*. Door dit middel, *ce moyen*, bleef de aangeklaagde in een 'onzekere en dubieuze toestand'. Muyart de Vouglans gebruikte hiervoor dezelfde termen als Ayrault.[101] De aangeklaagde kon namelijk nog altijd ter dood worden gebracht. Deze 'straf' kon dan ook slechts worden toegepast bij verdenking van de ernstigste delicten, die waarop de zwaarste straffen, *peines capitaux,* stonden én voor zover er bijzonder zware aanwijzingen, *les indices les plus violens*, tegen de aangeklaagde voorhanden waren. Volgens Muyart de Vouglans beoordeelde men een dergelijk uitstel als zwaarder dan levenslange galeistraf en daarom werd deze beslissing door hem als een onterende straf getypeerd. Een tweede reden om het een schandebrengende straf te noemen was, volgens Muyart de Vouglans, een arrest van het *Parlement* in de zaak tegen mevrouw Durand, bijgenaamd *La belle Tonnelière*.[102] De weduwe Durand was vanwege de beslissing '*plus ample informé indéfini*' onwaardig bevonden de erfenis van haar man te ontvangen. Men verdacht haar er namelijk nog steeds van schuldig te zijn aan zijn dood. Uit de beschrijving van Muyart de Vouglans en uit de rechtspraak kan worden afgeleid dat het inderdaad niet ongebruikelijk was de beslissing *plus ample informé indéfini* gepaard te laten gaan met verlies van burgerlijke rechten, zelfs met opsluiting.

2.2.3.2 Vergelijking met absolutio ab instantia

De hier beschreven *plus ample informé indéfini* lijkt op de *absolutio ab instantia* beschreven in Hoofdstuk 4, par. 2. Ook de terminologie is hetzelfde. Zo gebruikt Muyart de Vouglans termen als *moyen*,[103] middel, en *tempérament*,[104] tussenoplossing.[105] Hij schrijft voorts dat deze oplossing in hoofdzaak, *principalement*, bedoeld zou zijn geweest om iemand van de pijnbank te redden.[106] Als dat zo is, dan waren verwijzing naar de pijnbank en *plus ample informé* gelijkwaardige al-

---

100 Vgl. Muyart de Vouglans 1757, *des jugemens*, p. 363, vgl. Jousse 177 *Tome* 1, nr 132, p. 84.

101 Ayrault III.4.16, p. 565 schreef over degene die zo aan het lijntje werd gehouden: '*il est 'dubij, incertíque status*".

102 Arrest van het *Parlement* van Parijs van 3 juni 1766, Jousse 1771, *Tome* 1, nr. 133, p. 84.

103 Muyart de Vouglans 1780, p. 78.

104 Muyart de Vouglans 1780, p. 79.

105 Vgl. Muyart de Vouglans *Institutes* 1757, p. 385, waar hij de aanduiding '*absolution de l'instance*' gebruikt.

106 Muyart de Vouglans 1780, p. 79. Dit wordt vanuit Nederland bevestigd door Voorda, die in 1792 beschrijft dat dit in Frankrijk de gewoonte was, Voorda 1792, aant. 3 bij artikel 41 Stijl, p. 369, besproken in Hoofdstuk 7, par. 2.2.

ternatieven. Die mogelijkheid wordt bevestigd in een brief van Chancelier D'Aguesseau uit 1734, die schreef:[107] 'of het bewijs van het misdrijf is compleet of het is incompleet: in het eerste geval staat buiten twijfel dat de straf moet worden opgelegd die de wetten voorschrijven; maar in het laatste geval is het even zeker dat men slechts de pijnbank kan bevelen of een *plus ample informé*.' Daarmee lijkt verschil opgetreden ten opzichte van het '*quousque*' van Wielant, dat juist plaatsvond ná het 'loochenen op de bank'. Wellicht is dit een aanwijzing dat het gebruik van de pijnbank op de terugtocht was en de *absolutio ab instantia* c.q. de *plus ample informé* zich tot straf ontwikkelde. Dat de *plus ample informé* werd benut in de situatie waarin de aangeklaagde alleen de openbare aanklager als partij tegenover zich had, zoals beschreven door Ayrault, wordt door zowel Muyart de Vouglans als Jousse bevestigd.[108]

2.2.3.3 *Le plus ample informé à temps*

Het *tijdelijke* uitstel van vonniswijzing, *le plus ample informé à temps*, kende twee varianten. De aanhouding voor kortere tijd, bijvoorbeeld drie tot zes maanden en die voor langere tijd, bijvoorbeeld één tot twee jaar. De kortere aanhouding ging in het algemeen niet gepaard met opsluiting, de langere wel. De kortere aanhouding rubriceerde Muyart de Vouglans niet onder de infamerende straffen. De tijdelijke aanhouding van één tot twee jaar, gaf hij wel de kwalificatie van 'straf'. In 1757 schreef hij hierover dat dit soort uitstel, dat in de gevangenis moest worden afgewacht, plaats vond in geval van verdenking van een duel.

Jousse beschouwde, als gezegd, het tijdelijke zowel als het onbeperkte uitstel in beginsel niet als 'straf', ook niet indien dit uitstel gepaard ging met ontzetting uit het ambt of met de ontneming van burgerlijke rechten zoals bijvoorbeeld in de zaak tegen *la belle Tonnelière,* ook door Jousse gememoreerd.[109] Volgens Jousse was er in een dergelijk geval niets anders aan de hand dan dat de zaak in een bevroren toestand bleef tot hij was verjaard (of tot oplossing gebracht). De aangeklaagde bleef 'zolang' *in reatu*, in toestand van beschuldiging.[110] Jousse nam zijn stellingname iets terug bij de behandeling van de diverse soorten vonnissen. Hij gaf daar toe dat de *plus ample informé à temps*, dus het tijdelijk aanhouden, eerder het karakter van een straf had dan het karakter van een middel om meer bewijs te verzamelen, omdat die tijdelijke vorm van het *plus ample informé* werd toegepast

---

[107] *Ou la preuve du crime est complète, ou elle ne l'est pas: au premier cas, il n'est pas douteux qu'on doive prononcer la peine portée par les ordonnances; mais, dans le dernier cas, il est aussi certain qu'on ne peut ordonner que la question ou un plus ample informé* (…) ; aangehaald door Voltaire, 1777, Prix de la Justice et de l'humanité, art. XXIV: (…) *On est bien surpris de trouver dans ce code d'horreur une lettre du chancelier d'Aguesseau, du 4 janvier 1734* (…).

[108] Muyart de Vouglans 1780, p. 79. Jousse 1771, *Tome* 2, nr. 87, p. 557.

[109] Arrest van het Parlement van Parijs van 3 juni 1766, Jousse 1771, eerste boek, nr. 133, p. 84.

[110] Jousse 1771, *Tome* 1, nr. 132, p. 84.

bij de lichtere delicten waarbij juist wel sprake was van veel bewijs.[111] Tevens stelde hij daar dat de plus *ample informé indéfini* een *espece de peine* was, waarvan het effect was dat de aangeklaagde steeds *in reatu* werd gehouden.[112] Beide vormen van tijdelijk uitstel kenden, hoewel zij eindig waren, als 'bijzonder effect' dat men geen schadeloosstelling van de aanklager kon krijgen. Dat was omdat het bewijs tegen de aangeklaagde niet was ontzenuwd. Dit gevolg had ook de *hors de cour*.

2.2.3.4 Hors de Cour

De *hors de cour*, bij Ayrault een soort ontslag van alle rechtsvervolging, was volgens Muyart de Vouglans in feite ook een straf, en ook weer een schandebrengende.[113] Volgens Jousse was het een volledige vrijspraak voor wat betreft de uitoefening van het vervolgingsrecht; er was geen nieuwe aanklacht mogelijk, noch vanwege de Staat noch vanwege een civiele partij. De *hors de Cour* werd beschermd door *maxime non bis in idem*.[114] Naar het publiek toe was het echter ook geen zuivering, schreef Jousse, 'want de verdenking was niet weggenomen'.[115] Het was dus, anders dan een volledige vrijspraak, geen verklaring van onschuld, *il reste dans l'esprit quelque soupçon contre l'accusé; & que s'il n'a pas été condamné, ç'a été faute de preuves suffisantes. Cependant cet accusé ne peut plus être recherché pour raison du même crime dont il a été accusé, non plus que celui qui a été déchargé de l'accusation;& c'est une absolution finale pour l'un et pour l'autre.*[116] De zaak werd als definitief afgedaan beschouwd maar bleef in wezen onbeslist. Vrijspraak was slechts aan de orde bij bewezen onschuld, dus als alle aanwijzingen van schuld tegen de aangeklaagde waren weggenomen.[117] Een vrijspraak kon volgens Jousse alleen volgen na een private aanklacht, maar zelfs dan was het gebruik, om bij gebrek aan bewijs niet vrij te spreken maar met een *hors de cour* te volstaan, schreef Jousse,[118] hetgeen neerkomt op zoiets als een 'oneervolle vrijspraak'.

De werkelijke reden om een *hors de cour* uit te spreken was volgens D'Aguesseau (1668-1751) om de gewezen aangeklaagde te verhinderen verhaal te halen op de aanklager.

---

111 Jousse 1771, *Tome* 2, nr. 88, p. 558.
112 Jousse 1771, *Tome* 2, nr. 89, p. 558.
113 De uiteenzetting door Muyart de Vouglans 1780, p. 79, is uiterst summier.
114 Jousse 1771, *Tome* 2, p. 585, zal hier bedoelen dat dit verbod van herhaling zich slechts uitstrekt tot de civiele partij die heeft aangeklaagd aangezien de openbare aanklager in beginsel bevoegd is om het vervolgingsrecht uit te oefenen, zie *Tome* 3, nr. 45 , p. 21, 22.
115 Jousse 1771, *Tome* 2, nr. 84, p. 556.
116 Jousse 1771, *Tome* 2, nr. 151/152, p. 585.
117 Jousse 1771, *Tome* 2, nr. 83, p. 556.
118 Jousse 1771, *Tome* 2, nr. 87, p. 558.

> Een voorbeeld van een schadevergoedingszaak na een valse beschuldiging is de berechting van de moord op Ian Prost. Prost was vermoord in zijn logement in Parijs. Zijn moeder beschuldigde de logementhouder van de moord, naar later bleek: ten onrechte. Anderen bekenden namelijk de moord vlak voor hun executie (mogelijk door *question préalable*). De logementhouder was toen al lang en breed op de pijnbank gelegd. Hij vroeg schadevergoeding van de moeder van Ian Prost, maar zij bepleitte dat zij haar klacht te goeder trouw had ingediend (*sans calomnie*) en dat zij al veel zorgen en verdriet had vanwege het verlies van haar zoon. Kortom, zowel de ten onrechte beschuldigde logementhouder als de moeder van Ian Prost hadden een groot leed te verwerken. De rechter kon kennelijk niet beslissen wie er nu het meest gekwetst was en stelde de partijen 'buiten proces'. De te beslissen kwestie vertoont de trekken van die welke voor rechter Dolabella was gekomen, dus één met een hoog 'vergeeflijk-onvergeeflijk' gehalte, om met Ayrault te spreken.[119]

D'Aguesseau beschreef hoe ingrijpend de gevolgen van een *hors de cour* waren: de kinderen, kleinkinderen en achterkleinkinderen van degene die met een *hors de cour* van zijn proces was afgekomen, hadden nog jaren te lijden onder die smet, 'want als die bijvoorbeeld vroegen om toegelaten te worden tot de Koninklijke rechtersopleiding, kregen zij tegengeworpen dat hun vader c.q. grootvader een *hors de cour* had gehad'.[120] Het voorbeeld maakt begrijpelijk waarom Muyart de Vouglans de *hors de cour* tot de schandebrengende straffen rekende.[121] Jousse betrok echter de stelling dat de *hors de cour* noch de *plus ample informé* als straf moesten worden beschouwd.[122]

---

119 Arrest van de president van het Hof, waarschijnlijk van Parijs, van 17 januari 1600, in *Playdoy, nopende de schaden ende interesten door eender die valschelijck beschuldight ende ter torture geleght was, ende naderhandt innocent bevonden*, door Anne Robert (de pleiter van de eisende partij in deze zaak) Rotterdam: Bastiaen Wagens 1648. Het betreft hier niet de eigenlijke stafzaak, maar het sequeel daarvan. De hier bedoelde *hors de cour* moet daarom waarschijnlijk beschouwd worden als een andere dan in de strafzaak.

120 Samenvatting van de bevindingen van D'Aguesseau door Monsieur l'abbé Maury tijdens de behandeling van het wetsontwerp over juryrechtspraak in de Nationale Assemblé op 3 februari 1791; hierna te bespreken.

121 Het 'buiten proces stellen van de zaak' was overigens ook buiten het strafproces een erkende wijze van afdoening, bijvoorbeeld in de procedure om schadevergoeding en kosten. De procedure was gebaseerd op art. 7, titel 3, Ordonnantie 1670: *Les accusateurs et dénonciateurs qui se trouveront mal fondés, seront condamnés aux dépens, dommages et intérêts des accusés, et à plus grande peine s'ils y échoit: ce qui aura lieu à l'égard de ceux qui ne se seront rendus parties, ou qui s'étant rendus parties, se seront désistés si leurs plaintes sont jugées calomnieuses*. Vgl. Muyart de Vouglans, *Institutes* 1757, p. 385; in *Les Lois*: Liv. II, tit. IV, Ch. VI, nr. V, *Dommages et intérêts* onder nr. 3.

122 Jousse 1771, *Tome* 1, titel III, nr. 132, p. 83 e.v.

Op het punt van de waardering van wat de middenbeslissing voor de aangeklaagde betekende, verschilden Jousse en Muyart de Vouglans dus van mening, maar dit verschil is pas in de loop der tijd ontstaan. Toen Muyart de Vouglans zijn Institutes schreef in 1757 betitelde ook hij de *plus ample informé* nog als een 'van wijsheid getuigende' tussenoplossing, *sage tempérament*, die was bedacht voor de gevallen waarin bij gebrek aan bewijs niet kan worden veroordeeld en ook niet kan worden vrijgesproken.[123] Zowel *hors de cour* en *plus ample informé* beschreef Muyart de Vouglans op dat moment bovendien als vormen van 'imperfecte vrijspraken'. Zij waren niet absoluut omdat zij bij nieuwe bewijzen nog konden worden herzien en werden niet door het maxime *non bis in idem* beschermd. Omdat zij konden worden herzien, leverden deze vrijspraken geen recht op schadevergoeding op, terwijl dat bij perfecte vrijspraken wel het geval was. In 1780 beschreef Muyart de Vouglans de middenbeslissingen niet meer als 'imperfecte vrijspraken' maar als 'straffen'.[124] Deze wijziging in opvatting is mogelijk een gevolg geweest van het feit dat het gewoon was geworden om de middenbeslissingen gepaard te laten gaan met repressieve maatregelen als opsluiting of verlies van ambt of van burgerrechten.[125] Mogelijk is ook, dat de opvattingen van Muyart de Vouglans zelf inmiddels waren gewijzigd. Daarvan getuigde in elk geval zijn 'memorandum' aan het slot van *Les lois*, waarin hij de toepassing van infamerende straffen aan de kaak stelde.

2.2.4 Muyart de Vouglans en de eer van elke Fransman

Waar Muyart de Vouglans in 1757 nog volstond met een neutrale beschrijving van het recht zoals dat in zijn tijd werd gepraktiseerd, was hij in 1780 kritischer en meer maatschappelijk betrokken. Hij was onder andere van mening dat schandebrengende straffen een funeste uitwerking hadden: 'Het is immers een voortdurende schandvlek die aan de veroordeelde blijft kleven en hem van zijn maatschappelijke positie berooft. Schandebrengende straffen maken de veroordeelde voor altijd ongeschikt voor publieke functies en beroven hem van het recht om contracten aan te gaan, een testament op te maken of als getuige op te treden.'[126] Een beslissing tot het onbepaald laten voortduren van een ernstige verdenking ter zake van een zeer ernstig feit, wat de *plus ample informé indéfini* in feite was,

---

123 Muyart de Vouglans, *Institutes* 1757, *Partie VIII, De l'Exécution des Jugemens en Matiere Criminelle, Titre I, Ch. I, De l'exécution des Jugements qui contiennent l'Absolution de l'Accusé*, p. 385, maakte hier onderscheid tussen twee soorten vrijspraak, de perfecte en de imperfecte. Clarus maakte eerder dezelfde onderscheiding.

124 Muyart de Vouglans 1780, p. 78, 79.

125 De bijkomende voorwaarden van ontzetting uit bepaalde rechten werden door hem in 1757 als infamerende straffen aangeduid, *Institutes* 1757, p. 417.

126 Muyart de Vouglans 1780, 'Opvattingen van de auteur over het onderwerp', p. 75. Volgens Esmein 1882, p. 553, met verwijzing naar Locré, deel XXIV, p. 98, werd de beklaagde ook wel onder voortdurend politietoezicht geplaatst; die variant noemt Muyart de Vouglans hier niet.

kwam volgens Muyart de Vouglans dan ook neer op een *mort civile*. In het bijzonder voor een Fransman vond hij dat heel erg, schreef Muyart de Vouglans, want die Fransman is immers behept met '*une extrême délicatesse sur le point d'honneur*, (…)'.[127] Daarom moest volgens hem met de infamerende straf bijzonder zorgvuldig worden omgesprongen. Hij stelde voor om deze straffen strakker te regelen en oplegging aan meer voorwaarden te verbinden. Hij liet zijn '*Mémoire sur les peines infamantes*', zoals hij het afsluitend memorandum in zijn boek noemde, uitmonden in een lijst met concrete aanbevelingen.[128] Voor wat betreft de *plus ample informé* en *hors de cour* stelde hij voor om deze alleen dan in plaats van andere straffen uit te spreken in geval het misdrijf waarvan diegene werd verdacht met de doodstraf werd bedreigd, en alleen indien strikt noodzakelijk. Hij ging nog niet zover om voor te stellen deze gebruiken af te schaffen, maar in vergelijking met 1757 had hij een duidelijke ontwikkeling ondergaan, wellicht als gevolg van de inmiddels wijdverbreide opvattingen van Beccaria.[129] Hij had de indeling in perfecte en imperfecte vrijspraken laten varen en verdedigde de tussenbeslissing niet meer als passend in het systeem van de Ordonnantie van 1670. In 1780 legde hij de nadruk op het infamerende karakter van de straf en bepleitte hij een terughoudend gebruik. Zouden deze desiderata te danken zijn geweest aan de extreme eergevoeligheid van de Fransman of was de middenbeslissing eenvoudig onrechtvaardig? En wat bepaalde nu eigenlijk de wetgeving omtrent de middenbeslissing?

2.3 De Ordonnantie van 1670: *le code d'horreur*

De Ordonnantie van 1670, door Voltaire '*code d'horreur*' genoemd,[130] was één van de grote wetgevingsprojecten onder Lodewijk XIV. De wet beoogde meer eenheid in de strafprocedures te brengen, de vrijheid van de leden van de rechterlijke macht aan banden te leggen en de kosten van het proces te verminderen. Aan de betaling van kosten waren dan ook vele artikelen gewijd. Tegelijk had deze Ordonnantie de toepassing van het extraordinaire proces in zijn strengste vorm doorgevoerd. Op onder meer deze wet was de praktijk waarover Jousse en Muyart de Vouglans schreven gebaseerd.

Beide rechtsgeleerden wijdden vele woorden aan het verbod van herhaling en de kracht van het gewijsde. Daarvoor putten zij echter niet zozeer uit deze Ordonnantie als wel uit het geleerde recht. De kracht van het gewijsde of de exceptie van het '*chose jugée*' werden niet expliciet in deze Ordonnantie behandeld en ook

127 Muyart de Vouglans 1780, p. 832.
128 Muyart de Vouglans 1780, p. 832-838.
129 Vgl. Laingui 1995.
130 Zie noot 107.

de andere redenen tot uitsluiting van de vervolging zoekt men er tevergeefs. Wel zijn er aanwijzingen te vinden die van het bestaan van de regel lijken uit te gaan. Zo was bijvoorbeeld de openbare aanklager bij uitsluiting aangewezen tot de vervolging van de ernstigste feiten of die waarop lijfstraf stond, *les crimes capitaux ou auxquels il écherra peine afflictive*.[131] Indien tussen particuliere partijen een onderlinge overeenkomst, *transaction*, tot stand was gekomen over de afdoening van een dergelijk ernstig delict, stond die afspraak niet aan een vervolging door de publieke aanklager in de weg. Hij kon dus ondanks het bestaan van die eerdere overeenkomst alsnog een vervolging beginnen. In andere gevallen moesten de transacties worden ten uitvoer gelegd zonder dat er nog een vervolging door de Procureur kon plaatsvinden.[132] De wet voorzag hier dus in een verbod van herhaling. Dit verbod was niet van toepassing als een ernstig misdrijf particulier - door een transactie - was afgedaan, maar wel als het de afdoening van een lichter delict betrof waarover partijen overeenstemming hadden bereikt. Naar deze regeling werd door Muyart de Vouglans en Jousse meermalen verwezen.[133]

Op nog twee plaatsen vond het verbod van herhaling een zekere uitdrukking, namelijk in de titel over verwijzing naar de pijnbank en in die over conversie. Een beschuldigde aangeklaagde mocht niet tweemaal wegens hetzelfde feit op de pijnbank worden gelegd, ongeacht of er nieuw bewijs werd aangedragen.[134] En na confrontatie met getuigen mocht de aangeklaagde niet meer in een ordinair proces worden ontvangen maar moest er een definitieve vrijspraak of veroordeling worden uitgesproken.[135] Dit is de enige plaats in de Ordonnantie van 1670 waar de vrijspraak expliciet werd genoemd, een teken dat hij - op papier - bestond.[136] Bovendien bepaalde het artikel dat na die confrontatie met getuigen de

---

131 Vgl. Muyart de Vouglans 1780, p. 596, noot onder onderdeel II; Jousse 1771, derde boek, nr. 45, p. 21,22.

132 Ordonnantie 1670, Titel 25: *Des sentences, jugements et arrêts*, art. 19: *Enjoignons à nos procureurs et à ceux des seigneurs, de poursuivre incessamment ceux qui seront prévenus de crimes capitaux ou auxquels il écherra peine afflictive, nonobstant toutes transactions et cessions de droits faites par les parties : et à l'égard de tous les autres, seront les transactions exécutées, sans que nos procureurs ou ceux des seigneurs puissent en faire aucune poursuite*.

133 Jousse *Tome* 3 p. 22 schrijft dat de openbare aanklager als het gaat om *la punition des crimes*, altijd mag vervolgen omdat de private actie ondergeschikt is aan de openbare.

134 Ordonnantie 1670, Titel XIX, art. 12: *Quelque nouvelle preuve qui survienne, l'accusé ne pourra être appliqué deux fois à la question pour un même fait*.

135 Ordonnantie 1670, Titel XX art. 4: *Après la confrontation des témoins l'accusé ne pourra plus être reçu en procès ordinaire, mais sera prononcé définitivement sur son absolution ou sa condamnation*.

136 De term *absolution* komt in de Ordonnantie driemaal voor, in Titel XII, art. 29 (over de directe invrijheidstelling), titel XVII, art. 28 (over de teruggave van in beslag genomen goederen) en titel XX art. 4 (bij het verbod van conversie na confrontatie met getuigen). Slechts in het laatste artikel lijkt met de term een definitieve vrijspraak te zijn bedoeld. Het woord *condamnation* komt 21 maal voor.

keuze was tussen veroordeling en vrijspraak en gaf hij dus geen ruimte voor een derde weg. Het concept van deze bepaling gaf dan ook destijds al aanleiding tot speculaties. 'Moet uit deze bepaling (dus) worden afgeleid dat de middenbeslissing is komen te vervallen?' vroeg de president van het Parlement De Lamoignon (1617-1677)[137] aan de ontwerper van het stuk, Pussort. Die conclusie was niet juist. Pussort antwoordde namelijk 'dat er buiten de veroordeling twee uitspraken mogelijk waren: de vrijspraak en de *plus ample informé*'.[138] Die uitspraak was voor Muyart de Vouglans en Jousse de bron van het door hun beschreven beslissingsmodel.[139] Dit model lag ook ten grondslag aan de praktijk. Zo werd nog in 1786 het dienstertje Marie-Francoise-Victoire Salmon, dat aanvankelijk wegens vergiftiging ter dood was veroordeeld maar op voordracht van de gevangenbewaarder en enige geestelijken een 'herzieningsprocedure' had gekregen, veroordeeld tot een *plus ample informé* onder de voorwaarde dat zij 'zolang' in de gevangenis zou blijven.[140]

Ondanks alle pogingen om de misstanden binnen de rechterlijke macht de kop in te drukken sprong ook onder deze Ordonnantie de vervolging van misdrijven af op de gerechtskosten en bleef zelfs wel eens de tenuitvoerlegging van een straf achterwege, omdat de beul zijn geld niet kreeg.[141] Het extraordinaire inquisitoire proces zoals beschreven in de Ordonnantie had zijn grenzen bereikt, 'het stond nog alleen verval te wachten', schreef Esmein.[142] De Ordonnantie was echter de belangrijkste verzameling van strafprocessuele regels aan de vooravond van de Franse Revolutie en daarmee de bron voor het nieuwe strafproces dat tijdens die Revolutie gestalte zou krijgen. Dit repressieve wetboek heeft daardoor ook grote invloed gehad op de ontwerpteksten van de latere *Code d'instruction criminelle*.

2.4 Tegengeluiden

Muyart de Vouglans en Jousse waren niet alleen minder kritisch dan Ayrault, maar ook behoudender dan een aantal van hun rechtsgeleerde tijdgenoten. In 1766 schreef Muyart de Vouglans nog zijn zogenoemde *Réfutation* (Weerlegging) als reactie op het *Traité Dei delitti e delle pene* van Beccaria. Daarin veegde hij de

---

137 Guillaume premier de Lamoignon, vanaf 1658 eerste president van het Parlement van Parijs. Hij stond bekend als 'humaan' maar tevens als 'conservatief', Esmein 1882, p. 203 e.v., i.h.b. p. 209. Zie ook de inleiding op dit deel III, noot 24.

138 *Procès-verbal des conférences*, aangehaald door Laingui et Lebigre, p. 102.

139 Zij verwezen daarvoor naar het verslag van de voorbereidende werkzaamheden van de Ordonnantie 1670. Vgl. Esmein 1882, p. 372.

140 Esmein 1882, p. 392.

141 Esmein 1882, p. 338.

142 Esmein 1882, *Préface*, p. vij: '*Cette dernière limite, la procédure inquisitoire l'atteignit dans 'Ordonnance de 1670; désormais pour elle la croissance est finie; l'avenir c'est le déclin*', p 180 e.v.

vloer aan met diens strafrechtelijke beschouwingen.[143] Jousse betitelde het werkje als 'gevaarlijk'. 'In plaats van dat dit *Traité* bijdraagt aan de bestrijding van de misdaad komt het met nieuwe ideeën die als ze zouden worden aangenomen, tot niets minder zullen leiden dan tot de omverwerping van de bestaande wetten van de meest beschaafde naties'.[144] Hij bevroedde niet dat hij hierin letterlijk gelijk zou krijgen. Geen van beide gezaghebbende auteurs leek in de gaten te hebben dat het inquisitoire proces was uitontwikkeld.

Muyart de Vouglans en Jousse waren dan ook geen representanten van achttiende-eeuwse hervormers.[145] Die lieten zich anders uit. Zo sprak de magistraat en latere Minister van Justitie D'Aguesseau (1668-1751), hiervoor in par. 2 genoemd, niet alleen schande van de verregaande uitbuiting van ambtsverrichtingen maar ook van de achterliggende redenen voor de toepassing van *hors de cour*. Hij vond het verdedigbaar dat de in het ongelijk gestelde partij niet altijd voor de kosten zou hoeven opdraaien, zoals de openbare aanklager in geval van vrijspraak, maar hij verfoeide de maatschappelijke gevolgen voor degene die met deze infamerende beslissing - volgens Muyart de Vouglans een straf - werd heengezonden.[146] Een andere jurist, tevens filosoof en politicus,[147] die protesteerde tegen het repressieve karakter van de wetgeving was *Jacques Pierre Brissot de Warville* (1754-1793). Hij nam in 1780 deel aan een concours uitgeschreven door de Académie de Chalons-sur-Marne[148] over het onderwerp: '*Des moyens d'adoucir la rigueur des lois pénales en France, sans nuire à la sûreté publique*' (over middelen om de strengheid van de strafwetten in Frankrijk te verzachten zonder de publieke veiligheid te schaden). Zijn inzending heette *Théorie des lois criminelles*.[149] In dit werk verklaarde Brissot zich tegenstander van de verplichte eed voor de verdachte en van

---

143 *La Réfutation des principes hasardés du Traité des délits et peines traduit de l'Italien.* Muyart de Vouglans nam zijn kritiek in 1780 deels terug, hierover Laingui 1995. Zie ook Laingui et Lebigre 1979, p. 83.

144 Jousse 1771, *Tome* 1, *Préface* lxiij e.v.; het citaat is door mij geparafraseerd.

145 Zie Lascoumes e.a. 1989, p. 24 e.v. voor een completer overzicht van hervormingsgezinde Franse juristen uit de 18e eeuw.

146 Combe 1928. Zie ook par. 2.2.3.4 hiervoor

147 Jacques Pierre Brissot de Warville reisde naar Amerika en Engeland en zoog zich daar vol met nieuwe ideeën. In zijn '*Bibliothèque des lois criminelles*, 1782-1786, 10 delen, gaf Brissot de verzamelde strafwetgeving van vele landen uit; het werk is integraal raadpleegbaar op Gallica BNF.

148 Evenals in andere delen van Europa werden er prijzen uitgeloofd voor het beste opstel over de verbetering van het strafproces. In Nederland was het Calkoen die in 1777 de eerprijs won (zie Hoofdstuk 8, par. 2.1). In dat zelfde jaar nam Voltaire deel aan een wedstrijd die was uitgeschreven door *la Société Economique de Berne* met zijn inzending '*Prix de la Justice et de l'humanité*'. Deze prijs ging in 1782 naar twee Duitsers, Von Globig en Hulster, Esmein 1882, p. 389.

149 Brissot de Warville, *Théorie des lois criminelles*, 1780, 2 delen.

het gebruik van de pijnbank. Hij bepleitte in plaats daarvan het recht op verdediging, een bewijsstelsel gebaseerd op de innerlijke overtuiging en de instelling van juryrechtspraak. Zijn inzending werd door de Academie bekroond.[150] Daaruit mag voorzichtig afgeleid worden dat zijn opvattingen in bredere kring ingang vonden. Geheel in de marge van zijn werk, maar voor dit onderzoek aardig om te memoreren, is dat Brissot wereldkundig maakte dat in Frankrijk het 'axioma' *non bis in idem* bestond. Hij maakte daarvan aantekening bij Beccaria's *Traité.* In de vorm van een noot bij het onderwerp 'verjaring' schreef Brissot dat zaken waarin onvoldoende bewijs is geleverd voor een veroordeling of voor een vrijspraak *niet* kunnen worden hervat 'althans in Frankrijk, waar het een axioma is dat geen tweede vervolging mag plaats hebben voor een feit dat al is berecht'.[151] Deze opmerking mag waar geweest zijn, maar door de toepassing van middenbeslissingen was de regel wel zo goed als buiten werking gesteld.

Brissot de Warville was één van de vertegenwoordigers van een steeds krachtiger wordend tegengeluid, van een beweging die tot een omwenteling in het strafproces heeft geleid.[152] Dat verzet bleef niet beperkt tot de studeerkamers maar kreeg gevolg in individuele zaken. Het gebeurde steeds vaker dat advocaten de publiciteit zochten om een onrechtvaardig vonnis te bestrijden en terug te laten draaien. Deze zogeheten *mémoires justificatifs* werden naar de Koning gestuurd en daarnaast in veelvoud verspreid zodat zij ook rechtstreeks hun weg vonden naar de rechterlijke macht.[153] Zo is dankzij de publicatie en de vermenigvuldiging van een dergelijke *mémoire* het hiervoor genoemde vonnis tegen Mademoiselle Salmon tot een *plus ample informé* met opsluiting zolang er bewijs kon opkomen onder grote publieke belangstelling vernietigd.[154]

2.5 Conclusies Ancien Régime

2.5.1 Een 'Franse' praktijk van middenbelissingen

De beschrijvingen van het Franse strafproces door de zeventiende en de acht-

---

150 Esmein 1882, p. 389.

151 Onder de tekst van Beccaria in zijn *Traité des délits*, par. XXX, *Du procès & de la prescription*, p. 135, luidende: '*si l'on verra qu'un accusé renvoyé faute de preuves, n'est ni absous, ni condamné; qu'il peut par conséquent être arrêté de nouveau & soumis à l'examen juridique pour la même crime*', schreef Brissot de Warville: '(1) *Ceci n'est pas vrai, au moins en France où il est passé en axiome qu'on n'admet point une seconde poursuite pour un fait déjà jugé'.* De noot is opgenomen in de Bibliothèque van Brissot bij Beccaria's *Traité,* online-catalogus van Gallica BNF, digitale bladzijde p. 176.

152 Brissot de Warville, met zijn aanhangers *Brissotins* genoemd, behoorde tot de Girondijnen; op 31 oktober 1793 viel zijn hoofd onder de guillotine wegens onenigheid met Robespierre over de te kiezen staatsvorm en de buitenlandse politiek.

153 Esmein 1882, p. 390, 391.

154 *Mémoire justificatif de Maître Lecauchois*, Paris 1786, genoemd door Esmein 1882, p. 392.

tiende-eeuwse rechtsgeleerden bevestigen datgene wat Esmein in 1882 noemde 'een gering respect voor het *chose jugée*'.[155] Dit gebrek aan eerbied uitte zich enerzijds doordat een definitieve eindbeslissing eenvoudig achterwege werd gelaten en anderzijds doordat, in de schaarse gevallen dat er sprake was van een vrijspraak, in ruime mate inbreuken op het gezag van gewijsde waren toegestaan. Onder het Ancien Régime werd - als het oordeel *gunstig* zou uitpakken voor de betrokkene - bijna nooit vrijgesproken, zeker niet als de publieke aanklager partij was. De aangeklaagde werd in staat van beschuldiging gehouden met als doel hem te kunnen berechten zodra er meer bewijs zou opkomen.

In dat opzicht was de situatie in Frankrijk niet anders dan elders in Europa, waar ook gezocht werd naar oplossingen voor de situatie waarin er onvoldoende bewijs was voor veroordeling of vrijspraak. Mogelijk wel anders dan elders op het vasteland van Europa werd het onbeslist laten van de zaak in belangrijke mate mede veroorzaakt door de wens om de aanklager, in het bijzonder de openbare aanklager, te vrijwaren van een kostenveroordeling. Dit kostenaspect kan niet los worden gezien van een andere bijzonderheid van de Franse praktijk, namelijk de ver doorgevoerde (ver)koopbaarheid van justitiële ambten, *la vénalité*, en de daaraan inherente uitzuiging van justitiabelen door middel van het in rekening brengen van *frais de justice*. Een ander verschil met de rest van het vasteland van Europa was dat de middenbeslissing niet werd aangeduid met haar Latijnse benaming, *absolution ab instantia* of *quousque*, maar met de Franse termen '*mettre hors de cour et de proces* ', letterlijk: 'het plaatsen buiten het gerecht en het proces. De andere aanduiding was '*ordonner qu'il sera informé plus amplement*', letterlijk: bevelen dat iemand later zal worden opgeroepen. De kortere aanduidingen '*hors de cour*' en '*plus ample informé*' stonden voor tenminste twee soorten middenbeslissing.

Aanvankelijk lijkt de eerste soort, de *hors de cour*, het buiten het gerecht plaatsen - wat een letterlijke vertaling is van 'absolutie van instantie' - uitsluitend bedoeld voor een ontslag van alle rechtsvervolging, dus voor het geval dat het feit weliswaar was bewezen maar de dader, of datgene wat hij had misdaan, niet strafbaar werd geacht. In de achttiende eeuw behoudt zij dit karakter maar wordt deze beslissing slechts toegepast als sprake is van een particuliere aanklager. Dan wordt de *hors de cour* bovendien gebruikt in lichtere zaken waarin niet alle aanwijzingen van schuld waren ontzenuwd, als een soort oneervolle vrijspraak. Het was dus geen middenbeslissing in strikte zin, bedoeld om het einde open te laten. De beslissing was, althans tussen particulieren, definitief. Muyart de Vouglans noemde deze beslissing echter, vanwege de negatieve maatschappelijke effecten,

[155] Esmein 1882, p. 552.

een infamerende straf. Het verbod van herhaling was van kracht.

De *plus ample informé* kwam aan de orde als de openbare aanklager partij was. Deze beslissing ontwikkelde zich van het enkel 'tot nader order wegzenden' tot een flexibel toe te passen vorm van uitstel, al dan niet met bijkomende voorwaarden. Men ging de *plus ample informé* gebruiken voor de aanhouding voor kortere of langere tijd, al dan niet met de bedoeling nog bewijs te verzamelen, dan wel voor onbepaalde tijd. De maatregelen die met dit uitstel vergezeld gingen, varieerden van het verbod om het eigen ambt uit te oefenen tot opsluiting. Jousse noemde het in navolging van de makers van de Ordonnantie van 1670 eenvoudig 'een derde soort einduitspraak', maar Muyart de Vouglans beschreef de beslissingen vooral als een schandebrengende straf. Uit het feit dat het karakter van deze uitstelbeslissingen door de geleerden zo verschillend werd gewaardeerd, kan de conclusie worden getrokken dat de regelgeving op dit punt niet bijzonder duidelijk was. Ook dat was niet anders dan in de rest van Europa. De aankleding van de *plus ample informé* lijkt immers in zekere zin op de ontwikkeling van de daar zogeheten *poenae extraordinariae*, straffen die aan de discretie van de rechter werden overgelaten en in feite een uitweg boden uit het bewijsdilemma.

2.5.2 *La maxime non bis in idem*

De Franse geleerden van het Ancien Régime deelden de opvatting dat het verbod van herhaling steunde op een stevig fundament en grepen daarvoor onder meer terug op de Ulpianusregel in D. 48.2.7.2 en de *de* his-regel uit de canons. Zij doopten de regel om tot '*maxime*' en noemden hem *Non bis in idem*. Daarnaast spraken zij in dit verband van de exceptie van het *chose jugée*, een term die Ayrault ook al gebruikte en waaronder het leerstuk heden ten dage in Frankrijk het meest bekend is. Als belangrijkste drie redenen voor de regel zagen zij de rechtszekerheid van de aangeklaagde, het gezag van het rechterlijk gewijsde en het gevaar van beïnvloeding van getuigen. Deze argumenten stonden aan de vervolging in de weg als de aanklager alsnog zijn gelijk wilde halen. Heel modern klinkt het woord 'formalisme' dat Ayrault gebruikte om te beargumenteren dat de vervolging niet mag worden toegestaan als iemand eerder is vervolgd voor vergelijkbare feiten en het onderhavige feit toen onopgemerkt is gebleven. Hij vond dat als de aanklager tijd had gehad zijn zaak in volle omvang naar voren te brengen hij geen tweede kans behoefde te krijgen. Deze redenering is een stap in de richting van de 'revolutionaire' gedachte dat zo mogelijk alle aspecten van hetzelfde historische gebeuren ineens moeten worden vervolgd en afgedaan (zie het volgende hoofdstuk).

Hoe gezaghebbend *la maxime* ook was, zoals zij in de achttiende eeuw werd beschreven was de toepassing van de regel beperkt tot een minimum. In geval van

twijfel kwam het immers niet tot een gewijsde en datzelfde gold als men een kostenveroordeling vreesde. Daarnaast beschreven de rechtsgeleerden, met name Jousse, vele uitzonderingen. Voor dit onderzoek de belangrijkste uitzondering was wel het opkomen van nieuwe bezwaren tegen de gewezen aangeklaagde. Zodra het een ernstig misdrijf betrof, en daaronder werd bijvoorbeeld 'overspel' gerekend, kon bij het opkomen van nieuw bewijs een eerdere vrijspraak ter zake van hetzelfde feit worden ingetrokken. De ontstane gewoonte werd door de handboeken van gezaghebbende juristen gedekt. Aan het einde van de achttiende eeuw won echter de kritiek van hervormingsgezinde juristen aan kracht. Brissot de Warville betoogde dat na een rechterlijke beoordeling geen tweede vervolging meer mogelijk was, ook indien er ten onrechte in de eerste procedure geen veroordeling was gevolgd. Hij gaf aan die opvatting de kracht van *axioma.* Niet alleen door juristen werd kritiek geoefend op het strafproces, maar vooral ook door de Franse filosofen. Zij mobiliseerden een krachtige politieke beweging. Daarover gaat de volgende paragraaf.

3. Van de Verlichting naar de Franse Revolutie

3.1 Minder foltering, meer conviction intime

Uit het vorenstaande volgt dat er onder het Ancien Régime grote terughoudendheid bestond om een eenmaal aangeklaagde verdachte vrij te spreken. Steeds meer ruimte werd ingenomen door beslissingen die geen straffen en ook geen vrijspraken waren maar gezien moesten worden als tussenoplossingen. Hoe afkeurenswaardig deze praktijk misschien ook was, hij werd mede ingegeven door de wens om de negatieve kanten van het strenge bewijsstelsel te verzachten. Bij Muyart de Vouglans lazen wij dat de *plus ample informé* zelfs was bedoeld om de pijnbank te vermijden; bij Jousse, dat de tijdelijke *plus ample informé* eigenlijk een straf was bij voldoende aanwijzingen van schuld maar onvoldoende wettelijk bewijs. In het geval van Mademoiselle Salmon[156] diende de *plus ample informé* om de doodstraf te voorkomen. Het gebruik van de middenbeslissing was met andere woorden ook een manier om de innerlijke overtuiging van de rechter - zijn *conviction intime* - aan het woord te laten. Deze ontwikkeling betekende het einde van de leer van de *preuves légales.* Al gaf de Ordonnantie van 1670 nog een uitvoerige regeling van de toepassing van de pijnbank, in de loop van de achttiende eeuw werd de pijnlijke ondervraging steeds minder toegepast en in 1780 werd deze 'gevaarlijke uitvinding', zoals Montaigne die had betiteld, op bevel van Lodewijk XVI afgeschaft, maar alleen voor wat betreft het gebruik in het voorberei-

[156] Zie slot par. 2.3, noot 140, en slot par. 2.4, noot 154.

dend onderzoek, *la question préparatoire* (de *question préalable* bleef dus voorlopig nog bestaan).[157] De strenge bewijsvoorschriften begonnen kortom te tanen en maakten plaats voor *poenae extraordinariae*, straffen, die niet waren gebaseerd op de wet en in die zin 'willekeurig' waren. De *hors de cour* en de *plus ample informé* kunnen daartoe gerekend worden. Aan die veranderingen zat zowel een goede als een minder goede kant. De goede kant was dat de rechter zijn overtuiging mocht laten meespreken;[158] de minder goede, dat een praktijk ontstond waarin allerhande straffen die niet op de wet waren gebaseerd konden worden opgelegd en dus willekeur, in de negatieve betekenis van het woord, hoogtij kon vieren. Deze willekeur, samen met niet gemotiveerde vonnissen en onduidelijke wetten, alles uit naam van de absolute vorst, werd door de verlichte filosofen gehekeld.

3.2 De mobilisatie van de publieke opinie door de Franse filosofen

Volgens deze filosofen, in het bijzonder Montesquieu (1689-1755), Voltaire (1694-1778), en Beccaria (1738-1794) was de rechtspraak één van de grootste misstanden onder het Ancien Régime. Zij formuleerden hun kritiek zodanig dat de hervorming van het straf- en strafprocesrecht zelfs gezien kan worden als een motor van het verlichte gedachtegoed, als een '*machine de guerre*'.[159]

3.2.1 Montesquieu en Voltaire

Voor hun vlijmscherpe pen gebruikten Montesquieu en Voltaire diverse stijlvormen, zoals de metafoor. Op deze manier konden zij zelf buiten schot blijven. Montesquieu koos voor zijn kritiek bijvoorbeeld een gefingeerde briefwisseling tussen Perzen. Deze correspondentie heeft plaats wanneer in zijn verhaal twee Perzen naar Parijs reizen en zij hun landgenoten op de hoogte houden van hun wederwaardigheden in het nieuwe land. Zo leken de beschreven belevenissen op een uitwisseling van gedachten tussen vreemdelingen. Montesquieu bracht deze *Lettres persanes* (1721) anoniem uit, vanuit Nederland, en oefende zo op een veilige manier kritiek uit op de gebrekkige taakuitoefening van de Franse rechter:[160]

> *Onlangs ging ik dineren bij iemand van de rechterlijke macht, die mij er herhaaldelijk om gevraagd had. Na over heel wat dingen gesproken te hebben, zei ik tegen hem:*

---

157 Laingui et Lebigre 1979, p. 129.

158 Volgens de afgevaardigde Tronchet, tijdens de behandeling van de wet op de Juryrechtspraak van 16-29 september 1791, bestond er al rechtspraak op basis van innerlijke overtuiging: 'Geen enkele verstandige rechter zou zich ooit de beslissing hebben laten voorschrijven door het syteem van de *preuves légales*', aangehaald door Ranouil 1990, p. 100, uit *A.P., Tome XXII,* p. 35.

159 Over de mobilisering van de publieke opinie door deze filosofen zie bv Laboulaye 1884, p. 778 e.v., Stefani 2000, p. 56 en Damaška 1978, p. 881.

160 Montesquieu (1721) 1939, brief nr. 68, Rica aan Usbek.

> *'Mijnheer, het wil mij toeschijnen dat uw vak zeer moeilijk is. - Niet zo moeilijk als gij het u voorstelt, antwoordde hij: op de manier waarop wij het beoefenen, is het slechts tijdverdrijf. - Wat dan? hebt gij uw hoofd niet altijd vol met andermans zaken? Wordt gij niet steeds in beslag genomen door dingen die in het geheel niet belangwekkend zijn? - Gij hebt gelijk: die dingen zijn niet belangwekkend: ons belang wekken zij dan ook zelden, en dat juist is de oorzaak dat het vak niet zo vermoeiend is als gij zegt.' Toen ik zag dat hij de zaak zo luchtig opvatte, ging ik er op door en zei: 'Mijnheer, ik heb uw werkkamer nog niet gezien. - Dat wil ik geloven: want die heb ik niet. Toen ik dit ambt aanvaardde, had ik geld nodig om ervoor te betalen; ik verkocht mijn bibliotheek, en de handelaar die haar overnam, liet mij van het verbazend aantal boeken slechts mijn huishoudboek behouden. Niet dat ik ze betreur: wij rechters blazen ons niet op met ijdel weten. Wat hebben wij aan al die verzamelingen van wetten te maken? Bijna alle gevallen zijn hypothetisch en wijken van de hoofdregel af.* (…)'

Ook Voltaire wijdde een groot deel van zijn stilistische gaven aan het bestoken van de rechtspraak, met name die in strafzaken.[161] Hij nam het daarnaast op voor de familie van verdachten die in zijn ogen ten onrechte ter dood waren veroordeeld. Aan hem is te danken dat Calas, Sirven, en De la Barre, die op gruwelijke wijze ter dood waren gebracht, naamsbekendheid kregen en ten slotte postuum van alle blaam werden gezuiverd.[162] In 1766 publiceerde hij een korte parodie op het strafproces, in *André Destouches à Siam*. Daarin laat hij een gesprek over het strafrecht plaatsvinden tussen een Fransman en een hoge ambtenaar in Siam.

> *André Destouches: 'Maar voor de misdadiger heeft u toch wel vaste wetten?' Croutef: 'Moge God ons behoeden! Wij kunnen veroordelen tot verbanning, dwangarbeid, de galg, of de zaak buiten proces plaatsen (renvoyer hors de cour) al naar onze fantasie. Als er half-bewijs is, dat wil zeggen half-waarheid, is het duidelijk dat er ook half-onschuldigen bestaan en half-schuldigen. We beginnen dus met hun een half-dood te geven; daarna gaan we middageten; vervolgens komt de hele dood, wat ons in de wereld groot aanzien oplevert; dat is de opbrengst van ons ambt.'*[163]

---

161 In 1777 nam Voltaire deel aan een wedstrijd die was uitgeschreven door *la Société Economique de Berne* met zijn inzending '*Prix de la Justice et de l'humanité*', dat hij Londen liet uitgeven.

162 In de briefwisseling tussen Belle van Zuijlen en haar aanbidder Constant d'Hermenches wordt in oktober 1762 uitvoerig en met instemming aan de inbreng van Voltaire in de zaak Calas gerefereerd, Van den Bergh 1987, p. 30, 32, 33 en 34. Zie ook Laingui et Lebigre 1979, p. 127, 128.

163 Voltaire, *André Destouches à Siam* (1766), regel 44 e.v., uit Renwick 1987: '*André Destouches: 'Mais pour le criminel, vous avez du moins des lois constantes?' Croutef: 'Dieu nous en préserve! Nous pouvons condamner au bannissement, aux galères, à la potence, ou renvoyer hors de cour selon que la fantasie nous en prend.* (…) *Comme il y a des demi-preuves, c'est à dire des demi-vérités, il est clair qu'il y a des demi-innocents et des demi-coupables. Nous commençons donc par leur donner demi-mort, après quoi nous allons dé jeuner; ensuite vient la mort entière, ce qui donne dans le monde une grande consideration, qui est le revenue du prix de nos charges.*'

Het citaat laat zien dat ook de beslissingen tot *hors de cour* - omdat zij niet waren gebaseerd op enige wet - en de overige halve beslissingen, een steen des aanstoots waren. Later zou hij instemmende commentaren[164] schrijven bij de in 1764 verschenen aanklacht tegen de geldende strafrechtspraktijk, *Dei delitti e delle pene*, van de toen nog onbekende Cesare Beccaria.

3.2.2 Beccaria

Het meest systematisch en omvattend werd de kritiek op het strafprocesrecht verwoord door Beccaria. Beccaria was een Milanese jurist, maar wordt wel gerekend tot de Franse filosofen omdat hij sterk georiënteerd was op Rousseau. Anders dan Montesquieu, die in zijn *l'Esprit des lois* vooral de rechterlijke organisatie binnen het bestuur van het land aan de orde stelde en anders dan Voltaire, die tot dan toe vooral veel speldenprikken aan het inquisitoire proces had uitgedeeld, nam Beccaria het Europese straf- en strafprocesrecht als geheel onder de loep.[165] Volgens Laboulaye[166] was de rechtstreekse aanleiding daarvoor een betoog van Montesquieu over de strengheid der straffen in de hiervoor genoemde briefwisseling tussen de Perzen.[167]

Beccaria bracht in een relatief klein boekwerk een vernietigend oordeel uit over het strafrechtssysteem als zodanig, zijn beroemd geworden *Dei delitti e delle pene.* Het verscheen, anoniem, in 1764. Beccaria was toen pas 25 jaar oud.[168] Hij stelde

---

164 Voltaire 1768 en 1777.

165 Zo opent hij zijn werk met onder meer een verwijzing naar het werk van Carpzovius, Clarus en Farinacius, Beccaria 1764 (1982), p. 29.

166 Laboulaye 1864, p. 774.

167 Montesquieu (1721) 1939, uit brief nr. 80, Usbek aan Rhedi: *Si, dans un gouvernement doux, le peuple est aussi soumis que dans un gouvernement sévère, le premier est préférable, puisqu'il est plus conforme à la raison, et la sévérité est un motif étranger. Compte, mon cher Rhédi, que dans un état les peines plus ou moins cruelles ne font pas que l'on obéisse plus au lois. Dans les pays où les châtiments sont modérés, on les craint comme dans ceux où ils sont tyranniques et affreux. Soit que le gouvernement soit doux, soit qu'il soit cruel, on punit toujours par dégrées; on inflige un châtiment plus ou moins grand à un crime plus ou moins grand.* 'Als onder een zachter bestuur, het volk net zo meegaand is als onder een streng, is het eerste te prefereren, omdat het immers meer volgens de rede is en strengheid een van buiten komend motief is. Reken maar, mijn goede Rhédi, dat in een staat de min of meer wrede straffen niet tot gevolg hebben dat men de wetten er meer gehoorzaamt. In de landen waar de straffen gematigd zijn, vreest men ze net als die waar ze tiranniek en vreselijk zijn. Of het bestuur nu zacht is of wreed, men straft altijd naar de mate; de tuchtiging is groter of minder groot naar mate het misdrijf groter of minder groot is.' De invloed van Montesquieu blijkt voorts uit de tekst van Beccaria's *Dei Delitti e delle Pene* (1764) 1982, p. 38, 'De onsterfelijke president de Montesquieu heeft dit onderwerp slechts oppervlakkig behandeld. De waarheid die één en ondeelbaar is, verplicht mij, de lichtende voetstappen van deze beroemde man te drukken, maar de aandachtige lezer, voor wie ik schrijf, zal het niet moeilijk vallen mijn stappen te onderscheiden van de zijne'.

168 Van Bemmelen, Voorwoord, in: Beccaria 1764 (1982), p. 7. Zie over zijn leven en werken de inleiding van Michiels.

in dit werk vele verschillende aspecten van het strafproces aan de kaak, zoals de onduidelijkheid en de interpretatie van de wetten, het gebruik van aanwijzingen voor het bewijs, het geheime karakter van het proces, de suggestieve ondervragingen, de van de aangeklaagde geëiste eed, de pijnbank, de doodstraf, de algehele confiscatie van het vermogen als straf, en nog veel meer. De wijze, maar ook het moment waarop hij zijn kritiek bracht, waren kennelijk uitstekend gekozen. Zijn ideeën hadden direct grote invloed, met name op de ontwikkeling in het denken over de behandeling van de aangeklaagde.[169] Dit boek, dat vanwege de omvang steeds met een verkleinwoord werd aangeduid maar dat gelet op de inhoud zeker niet verdiende, verscheen al snel in diverse oplagen en in verschillende talen. Het is niet helemaal zeker in hoeverre Voltaire, 72 jaar toen hij André Destouches à Siam schreef, de kritiek van Beccaria al geheel onderschreef; wel is zeker dat hij toen de invloed van Beccaria al had ondergaan.[170] Voltaire voorzag het boek kort na verschijning en vertaling in het Frans van een commentaar.

3.2.3 Beccaria en de middenbeslissing

Hoezeer Beccaria ook stelling nam tegen alle als onrechtvaardig beoordeelde uitwassen van het extraordinaire strafproces, hij had geen oplossing voor de tussenbeslissing. Hij behandelde het onderwerp *en passant* en wel in het hoofdstuk over 'de duur van de procedure en de verjaring'.[171] Volgens Beccaria was het natuurlijke einde van een strafzaak weliswaar een vrijspraak of bestraffing,[172] maar in zijn ogen was een vrijspraak op grond van gebrek aan bewijs niet definitief. In de opvatting van Beccaria kon de verdachte gedurende de verjaringstermijn opnieuw worden aangehouden wegens hetzelfde misdrijf en worden onderworpen aan een nieuw onderzoek. Voorwaarde was dat er nieuwe aanwijzingen tegen de betrokkene waren. Beccaria achtte deze oplossing gerechtvaardigd als een compromis - *il temperamento* - tussen twee belangrijke burgerlijke vrijheden, te weten die van de persoonlijke veiligheid en de individuele vrijheid.[173] Veiligheid en vrijheid zijn volgens hem van gelijke orde en moeten aan een ieder worden gegarandeerd. Als de één aan de ander zou worden opgeofferd, zou dat ofwel ruimte geven voor te grove machtsuitoefening door de machthebber (despotisme) of wel de deur openzetten naar oproer van het volk (anarchie). Hij zette zo tegenover elkaar wat wij nu aanduiden met 'te grote inbreuken op grondrechten' en 'eigenrich-

---

169 Stefani 2000, p. 59; Bosch 1965, p. 33. In 1766 schreef Muyart de Vouglans zijn *Réfutation* (weerlegging); in 1771 nam Jousse de auteur - als anonymus - op in zijn *préface*.

170 Renwick, 1987, p. 114. De terminologie in het hiervoor aangehaalde citaat uit *André Destouches*, die parodiëert op '*demi-preuve*' (half-bewijs), is dan ook mogelijk ontleend aan Beccaria, zie de Italiaanse uitgave van 1774, p. 37: (…) *le quasi prove, le semiprove (quasi che un Uomo potesse estere sem-innocente, o semireo, cioe semipunibile, e semi assolvibile)* (…) .

171 Beccaria 1764 (1982), hoofdstuk 13, Over de duur van de procedure en de verjaring, p. 91 e.v.

172 Beccaria 1764 (1982), p. 50.

173 *La sicurezza e la libertà de' sudditi*, Italiaanse editie 1774, p. 36.

ting'.[174] Het één en het ander moeten worden voorkomen, aldus Beccaria. Door de middenbeslissing houden zij elkaar in evenwicht. Met deze observatie legde hij weliswaar de vinger op het probleem waarvoor de rechtspraak zich zag gesteld maar onderschatte hij mogelijk ook het grote onrecht dat de middenbeslissing op dat moment in Frankrijk aan de schuldeloze burger toebracht.

3.3 De val van het Ancien Régime

Aan de vooravond van de Franse Revolutie was het gemor over de toepassing van het strafproces aangezwollen tot een heldere roep om verandering. Hoezeer Jousse en Muyart de Vouglans de bestaande wetgeving ook hadden gerechtvaardigd en verdedigd tegen de aanvallen van de filosofen, haar tijd was voorbij. Lodewijk XVI trachtte het tij nog te keren door een aantal hervormingen door te voeren.[175] Volgens de overlevering was het namelijk 'met de grootste verrassing dat de Koning kennis had genomen van het feit dat er in zijn koninkrijk voor de vrijgesprokene niets was geregeld'.[176] De scherpste kantjes moesten weer van het strafproces af, zoals het gebruik van de pijnbank om ná veroordeling de namen van de mededaders te bemachtigen, *la question préalable*,[177] het gebruik van het strafbankje tijdens de uitspraak, *la selette*, en de directe tenuitvoerlegging van de doodstraf. Vonnissen moesten voortaan worden gemotiveerd. Ook de rechtspositie van degene die was vrijgesproken werd verbeterd: hij moest eerherstel krijgen en vrijspraken dienden daarom openlijk bekend te worden gemaakt op kosten van de civiele partij en, als die er niet was, op kosten van de staat.[178] Maar ook deze wetgeving kon het proces van totale ommekeer niet meer stuiten. De bestaande orde moest het veld ruimen. Men vond dat de rechtbanken vervangen moesten worden, dat alle rechters moesten worden ontslagen en dat nieuwe rechters moesten worden aangesteld, rechters die werden gekozen door het volk. Deze en andere 'verlichte' opvattingen werden verwoord in de *Declaration des droits de l'homme et du citoyen* van 1789 en in de eerste Franse grondwet, de Constitutie van 1791. De middenbeslissing moest plaats maken voor de individuele rechtszekerheid en de koopbare rechter voor de stem van het volk: de jury.

---

174 Zie de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Herziening ten nadele, hoofdstuk 14 van dit boek.

175 *Déclaration du 8 mai 1788*, Laboulaye 1864 II, p. 784; de tekst van de *Déclaration* is deels opgenomen in Laingui et Lebigre 1979, p. 129. Minister van Justitie was C. F. de Lamoignon, zie noot 24 van de Inleiding op deel III, p. 166.

176 Esmein 1882, p. 403.

177 Art. 3, titel 19, Ordonnantie 1670.

178 Art. 7 *Déclaration de 8 mai 1788*, in Laingui et Lebigre 1979, p. 130.

Hoofdstuk 6
De ontwikkeling van het strafproces in de Franse Revolutie

1. Inleiding

Op 14 juli 1789, een jaar na de laatste poging tot hervorming door Lodewijk XVI, werd de Bastille bestormd. Het was het begin van de Franse Revolutie, een periode van omwenteling en hervormingen die duurde tot in 1799 Napoleon Bonaparte aan de macht kwam. In die periode hadden onder diverse elkaar opvolgende wetgevende vergaderingen[1] ingrijpende hervormingen op het gebied van het straf- en strafprocesrecht plaats, ondermeer in 1791 en 1795. De hervormingswetgeving wordt wel aangeduid met *Droit intermédiaire*.[2] De motor achter de totstandkoming van deze wetgeving was de in juni 1789 aan de macht gekomen *Assemblée Nationale Constituante*.[3] Deze Nationale Grondwetgevende Vergadering of 'Nationale Assemblee' zette de hervormingen in met de afschaffing van het leenstelsel en alle privileges en met de opheffing van de landsheerlijke rechtspraak.[4] Om de leemte in de rechtspraak die hierdoor ontstond zo snel mogelijk te vullen, gaf de Nationale Assemblee voorrang aan het opstellen van een manifest, houdende de minimumwaarborgen voor de burger, de *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*. Daarna zouden de werkzaamheden aan de grondwet worden voortgezet.[5] De *Déclaration* werd op 26 augustus 1789 afgekondigd, de Constitutie volgde twee jaar later. In de tussenliggende periode bracht de Nationale Assemblee belangrijke hervormingen in de rechterlijke organisatie tot stand.[6] Zij zag dat als haar belangrijkste taak.[7] Het strafproces werd geheel vernieuwd. Het waren de ingrijpendste veranderingen sinds de invoering van het inquisitoire strafproces.

---

1 *Assemblée Nationale Constituante* (1789-1791), *Assemblée législative* (1791-1792), *Convention nationale* (1792-1795) *en Directoire* (1795-1799).

2 Met *Droit intermédiaire* wordt ook wel een langere periode aangeduid namelijk tot 1804, als de Code Napoleon (*Code civil*) tot stand komt. De *Code d'instruction criminelle* en de *Code pénal* volgden resp. in 1808 en 1810.

3 Ook wel *Assemblée nationale* of *Assemblée constituante* genoemd.

4 *Décret relatif à l'abolition des privilèges*, 4 augustus 1789.

5 Fitzsimmons 1994, p. 62, 63.

6 Vgl. Lascoumes e.a. 1989, p. 100 e.v.

7 Vgl. Fitzsimmons 1994, p. 100.

In dit hoofdstuk volgt een overzicht van de wettelijke maatregelen onder het intermediaire bewind om *la maxime non bis in idem* een plek te geven. Ik beschrijf allereerst hoe deze wetgeving zich vanaf het begin van de Revolutie tot de inwerkingtreding van de *Code d'instruction criminelle* (1808) ontwikkelde (par. 2). Daarop volgt een beschrijving van de invulling van het feitsbegrip en het verbod van herhaling in de Franse jurisprudentie van kort na de Revolutie (par. 3). Dan trek ik enkele conclusies over de ontwikkeling van het verbod van herhaling in deze periode (par. 4).

2. Le Droit intermédiaire

2.1 De *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* van 1789

De leidende principes voor het nieuwe strafproces stonden in de *Déclaration* van 1789 en in de in 1791 tot stand gekomen eerste Constitutie. De *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* bestond uit zeventien artikelen. Deze verwoordden de reactie op de willekeur, de hardheid en de onvoorspelbaarheid van de toepassing van het recht in de achttiende eeuw[8] en vormden de op dat moment noodzakelijk geachte minimumwaarborgen voor de herinrichting van de rechterlijke organisatie, *l'ordre judiciaire*.[9] Voor wat betreft het strafrecht vertaalde deze reactie zich in de eis van legaliteit zowel voor de toepassing van strafvordering (art. 7)[10] als voor de toepassing van het strafrecht (art. 8)[11] en de eis van strikte proportionaliteit bij strafrechtelijke handhaving. Duidelijk klinkt in deze bepalingen de wijsheid door, die Montesquieu één van zijn Perzen in de mond had gelegd, namelijk dat de wet ook met zachtere hand kan worden gehandhaafd.[12] In artikel 9 vond de onschuldpresumptie een plaats.[13] De rechters wekten immers de indruk

---

8 Vgl. Soyer 1987, p. 30 en Stefani 2000, p. 56.

9 *Décret* 4 augustus 1789, art. 4: de bestaande rechtspraak zou worden voortgezet zolang er door de Assemblee niet was voorzien in de inrichting van een '*nouvel ordre judiciaire*'.

10 Art. 7: *Nul homme ne peut être accusé, arrêté ou détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires doivent être punis; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l'instant; il se rend coupable par la résistance*.

11 Art. 8: *La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée.*

12 Zie Hoofdstuk 5, noot 167.

13 Art. 9: *Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi.*

dat zij schuldigen en verdachten niet van elkaar konden onderscheiden.[14] De leden van de Nationale Assemblee zelf moesten overigens ook nog aan dit harde onderscheid wennen, zoals blijkt uit de rede van de eerwaarde Maury in het debat over de *plus ample informé*, waarover in de volgende paragraaf meer.

In de *Déclaration* is geen regel te vinden die verwijst naar een verandering in de praktijk van de tussenbeslissingen. En anders dan in de Amerikaanse Bill of rights,[15] die op vergelijkbare wijze als de *Déclaration* de minimumrechten van de burger vastlegde, ontbrak het verbod van herhaling, *la maxime non bis in idem*. Ook was het recht op berechting door een jury - zoals in de Amerikaanse grondwet - [16] niet in de Verklaring opgenomen. Wel werd daarvoor de basis gelegd in artikel 3 *Déclaration*: *Le principe de toute Souveraineté réside essentiellement dans la nation.* Vrije burgers werden het geweten van de natie.[17] Vrije burgers zouden ook het soevereine gezag in strafzaken krijgen. Maar eerst zou over de vraag of er een jury moest komen, in strafzaken en/of in civiele zaken, nog gedebatteerd worden in de vergaderingen tot de opstelling van de constitutie.

2.2 De strafwetgeving van de *Assemblée Nationale Constituante*

De Nationale Grondwetgevende Vergadering bracht in korte tijd veel, en verstrekkende, wetgeving tot stand. In 1790, 'het tweede jaar van de vrijheid', werden de gerechten eerst buiten werking gesteld en vervolgens geheel afgeschaft. Er bestond behoefte aan snel en verzoenend recht.[18] Daarom werden 'vrederechters' ingesteld. Als voorbeeld hiervoor diende Hollands[19] c.q. Engels recht.[20] Op 31 maart 1790 werd per decreet een vragenlijst uitgevaardigd waarin o.a. de vragen werden gesteld of er juryrechtspraak moest komen, en zo ja, of dat het geval moest zijn in zowel civiele als in criminele zaken; of de rechters gekozen moesten worden door het volk of benoemd door de Koning; of een openbare aanklager alleen door de Koning mocht worden benoemd en ten slotte, of er een cassatie-

---

14 De afgevaardigde Thouret schreef dit vooral toe aan de afstomping waaronder vaste rechters te lijden hadden, rede voor de Nationale Assemblee op 6 april 1790, *A.P. deel XII,* p. 554 l.k.; de passage wordt ook vermeld door Fitzsimmons 1994, p. 104.

15 Vijfde amendement van de *Bill of rights* van 15 december 1791 bij de Amerikaanse Grondwet van 1787: *No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand Jury (…) nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb (…).*

16 Art. 3 Amerikaanse Grondwet van 17 september 1787.

17 Vgl. Fitzsimmons 1994, p. 103.

18 Fitzsimmons 1994, *The achievement of the new polity*, m.n. p. 99 e.v.

19 Bosch 1965, p. 17. De vrederechters zijn in Nederland echter slechts een papieren instituut gebleven, Van Boven 1990, par. 2.3.

20 Fitzsimmons 1994, p. 104, Esmein 1882, p. 417 e.v.

rechter diende te komen.[21] Bij al deze vragen was de blik vooral op het Engelse strafproces gericht.[22] Een maand later waren de eerste twee vragen beantwoord. Er moesten juryrechtbanken komen, maar alleen voor de berechting van criminele zaken, niet voor civiele.[23] De jury werd beschouwd als de overdracht van de soevereiniteit van de Koning aan de '*nation*'[24] en stond voor het nieuwe concept van burgerschap: 'vrijheid, gelijkheid en broederschap'.[25] Juryrechtspraak was volgens de afgevaardigde Robespierre 'de enige methode om te schuilen voor het misbruik van de rechterlijke macht, zelfs de enige manier om zich vrij te voelen'.[26] De jury zou bovendien dichter bij de feiten staan en daarover dus beter kunnen oordelen dan de beroepsrechter. Door de instelling van een jury zou een einde komen aan de vermenging van feitelijke en juridische vragen, een misstand die volgens de afgevaardigde Thouret de oorzaak van menig onterecht doodvonnis was geweest.[27] Al deze waarden en belangen werden meer in het strafrecht gevoeld dan in het civiele recht en binnen dat strafrecht alleen daar waar het ging om ernstige delicten, *les crimes*, waar harde straffen op volgden. De jury zou er dus komen *en matière criminelle*.[28] De genoemde argumenten voor het instellen van juryrechtspraak waren van verschillende orde. Het argument van de individuele vrijheid en rechtszekerheid was vooral verbonden met vrijheidsbeneming en inbeschuldigingstelling; het argument van de juiste beoordeling van de feiten en van het recht had betrekking op het moment van berechting. Er zouden dan ook twee jury's komen, die van inbeschuldigingstelling, de *jury d'accusation* of *grand jury* en die van berechting, de *jury du jugement*.[29]

Geheel in lijn met deze gedachten werd begin mei 1790 het decreet uitgevaardigd dat rechters gekozen zouden worden door het volk en wel voor bepaalde tijd;[30] openbare aanklagers zouden daarentegen worden benoemd door de Koning. Diezelfde maand was ook de laatste vraag van de *questionnaire* beantwoord: von-

---

21 *Décret du 31 Mars 1790*, in *Code judiciaire général*.

22 'Al tenminste 50 jaar waren de ogen op Engeland gericht', schrijft Esmein 1882, p. 417.

23 *Décret du 30 avril 1790*, in: *Code judiciaire général*. Zie de speech van Thouret over de invoering van een jury voor beide rechtsgebieden, gehouden voor de Nationale Assemblee op 6 april 1790, in: *A.P. Tome XII,* Een samenvatting van het debat over de invoering van juryrechtspraak, van 29 maart -10 april 1790, geeft Royer 1990.

24 Royer 1990, p. 77, 78.

25 Fitzsimmons 1994, p. 62, 103, 104, 108.

26 Robespierre, aangehaald in Padoa Schioppa 1990, p. 20.

27 Thouret, 6 april 1790, *A.P. Tome XII*, p. 554 r.k.

28 Thouret, 6 april 1790, *A.P. Tome XII*, p. 554 l.k.

29 Zie de toelichting van Duport, 27 november 1790, *A.P. Tome XXI*, p. 42-61, i.h.b. p. 46, 50 en 58 e.v.

30 *Décret du 3, 4, 5 et 7 mai 1790, Concernant les juges d'appel & l'élection des juges,* in: *Code judiciaire général*, p. 5.

nissen in laatste instantie moesten voor cassatie kunnen worden voorgedragen.[31] De instituten van gratie en herziening - procedures die vanouds verliepen via de zgn '*Lettres*' van de Koning -[32] werden afgeschaft. De Nationale Assemblee achtte dergelijke procedures strijdig met het mondelinge karakter van het nieuwe strafproces en het soevereine karakter van de jurybeslissing.[33] De beslissing ten aanzien van de afschaffing van de mogelijkheid van herziening had plaats '*par un silence intentionnel*' in het Decreet inzake de instelling van het Tribunaal van Cassatie op 27 november 1790.[34] Later werd de uitsluiting van herziening uitdrukkelijk vastgelegd voor zaken die door de jury zouden worden berecht.[35] Arresten die tot stand waren gekomen door middel van een juryuitspraak waren dus geheel van herziening en gratie uitgesloten.

Het juryproces was, als gezegd, niet bestemd voor de berechting van alle strafbare feiten, maar alleen voor de *crimes*. Voor de berechting van overtredingen (*contraventions*) en lichtere delicten (*délits*) kwam een eenvoudiger procedure, voor lagere rechtbanken. Er werden dan ook twee wetten van strafvordering opgesteld. De ene regelde de juryrechtspraak, dat was het *Décret concernant la police de sûreté, la justice criminelle et l'établissement des jurés,* hierna de 'Wet op de juryrechtspraak'.[36] De andere had het oog op de handhaving van de orde en de berechting van de overtredingen en lichte delicten, *Décret relatif à l'ordre d'une police municipale et correctionnelle,* hierna de 'Wet op de ordehandhaving door politie en justitie'.[37] Een derde wetgevingsproject had betrekking op de delicten die op basis van de Wet op de juryrechtspraak berecht zouden gaan worden, de *Code pénal*.[38]

De drie wetgevingstrajecten[39] liepen parallel aan dat van de Constitutie, die op 3 september 1791 aan de Koning werd aangeboden. Er mag daarom vanuit worden gegaan dat de nieuwe wetgeving was gefundeerd op de grondbeginselen van deze eerste Franse Grondwet. Wat meldde deze Grondwet over de tussenbeslissing, het verbod van herhaling en het rechterlijk gewijsde, en wat bepaalden de genoemde wetten daarover?

---

31 Art. 1 *Décret du 8 mai 1790, Concernant la nomination des officiers du ministère public*, in: *Code judiciaire général*, p. 6, gevolgd door *Loi de 27 novembre, sur l'organisation du tribunal de cassation,* in: *Code judiciaire général,* p. 80.

32 Esmein 1882, p. 253 e.v. Muyart de Vouglans noemde ze '*lettres du prince*'.

33 Garraud 1928 (V), p. 269, 270.

34 Garraud 1928 (V), p. 268; *Loi de 27 novembre sur l'organisation du tribunal de cassation,* in: *Code judiciaire général,* p. 80.

35 *Code pénal* 1791, eerste deel, titel VII, art. 13.

36 Wet van 16 september 1791; zie par. 2.4.

37 Wet van 19 juli 1791; zie par. 2.5.

38 Wet van 24 (of 25) september - 6 oktober 1791; zie par. 2.6.

39 Over het wetgevingstraject zie: Lascoumes e.a. 1989.

2.3 De Franse Constitutie van 3 september 1791

In de Constitutie, in het hoofdstuk over de rechterlijke organisatie, *Du pouvoir judiciaire*, werd de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht vastgelegd.[40] De rechtspraak moest kosteloos zijn en worden uitgeoefend door rechters die - voor bepaalde tijd - waren gekozen door het volk. Er zouden vrederechters worden benoemd om in geschillen te bemiddelen. Artikel 9 van dit hoofdstuk was gewijd aan het proces voor de berechting van de ernstigste delicten, de *crimes*, hierna: de criminele procedure.[41] In criminele procedures mocht niemand worden berecht dan op een beschuldiging die door een jury geldig was verklaard.[42] Als de beschuldiging eenmaal was toegelaten zou - door een tweede jury - het feit worden vastgesteld, *reconnu et déclaré*. Rechters moesten de wet toepassen voor wat betreft de op te leggen straf. Het onderzoek zou openbaar zijn en men zou de beschuldigde de bijstand van een advocaat niet mogen onthouden. Aan het slot van deze bepaling volgden de woorden:[43]

> *Tout homme acquitté par un juré légal, ne peut plus être repris ni accusé à raison du même fait.*

De vrijgesprokene kon wegens hetzelfde feit niet opnieuw worden aangehouden, *repris*, of aangeklaagd, *accusé*. De laatste term verwees naar de formele inbeschuldigingstelling (*accusation*) die volgens hetzelfde artikel 9 plaatsvond voor de jury van inbeschuldigingstelling, de *jury d'accusation*. De tekst van het verbod beperkte zich aldus tot een tweede vervolging op basis van de Wet op de juryrechtspraak ofwel tot de vervolging van *crimes*. Of het verbod van herhaling daartoe ook inhoudelijk was beperkt en dat deze tekst dus betekende dat degene die door een juryrechtbank was vrijgesproken wel voor een lagere rechter kon worden

---

40 *La Constitution Française* werd op 3 september 1791 aan Lodewijk XVI aangeboden en op 14 september 1791 door hem aanvaard.

41 *Constitution* 1791, Titre III, *Des pouvoir publiques*, Ch.V., *Du pouvoir judiciaire*, art. 9. *En matière criminelle, nul citoyen ne peut être jugé que sur une accusation reçue par des jurés, ou décrétée par le Corps législatif, dans les cas où il lui appartient de poursuivre l'accusation. - Après l'accusation admise, le fait sera reconnu et déclaré par des jurés. - L'accusé aura la faculté d'en récuser jusqu'à vingt, sans donner des motifs. - Les jurés qui déclareront le fait, ne pourront être au-dessous du nombre de douze. - L'application de la loi sera faite par des juges. - L'instruction sera publique, et l'on ne pourra refuser aux accusés le secours d'un conseil. Tout homme acquitté par un juré légal, ne peut plus être repris ni accusé à raison du même fait.*

42 Volgens deze bepaling was ook de aanklacht ontvankelijk die werd bevolen door de wetgevende macht in het geval die bevoegd was de aanklacht te doen.

43 Art. 9 laatste regel, hoofdstuk V, titel III, Constitutie 1791: 'Een ieder die door een wettige jury is vrijgesproken, kan niet opnieuw worden aangehouden of worden beschuldigd vanwege hetzelfde feit'.

gebracht, liet de wet in het midden. Het was echter, zoals hierna zal blijken, geenszins de bedoeling van de hervormers *la maxime non bis in idem* zo beperkt te interpreteren. Dit blijkt uit het samenstel van regels in de drie hierboven genoemde wetten die de vervolging en berechting van alle strafbare feiten regelden. Het wordt bovendien bevestigd door de rechtspraak in deze intermediaire periode.[44]

2.4 De Wet op de juryrechtspraak

2.4.1 Inleiding

De juryrechtspraak werd geregeld in de Wet op de juryrechtspraak.[45] Deze bepaalde dat er geen acte van beschuldiging ter goedkeuring aan de *jury d'accusation* werd voorgelegd dan wegens delicten waarvoor een *peine afflictive* (vrijheidontnemende straf, lijf- of doodstraf) of *peine infamante* (onterende straf) werd bevolen. Dat waren '*les crimes*'.[46] Het eerste artikel van de *Code pénal* gaf een opsomming van bedoelde straffen.[47] De *hors de cour* en de *plus ample informé* stonden daar niet bij.[48] Zij werden ten tijde van de behandeling van de wet op de juryrechtspraak zelfs bewust uit het vocabulaire van de rechter geschrapt. Dat blijkt uit de discussie tussen *Monsieur l'abbé* Maury, in de Nationale Assemblee aanwezig als afgevaardigde van de geestelijken, en Robespierre, de ambitieuze advocaat en medeopsteller van de *Déclaration*, die als afgevaardigde van de derde stand (*Tiers*) aan de vergadering deelnam.

2.4.2 Het debatje over de plus ample informé

Het debatje vond plaats op 3 februari 1791.[49] De Nationale Assemblee was op dat moment bezig met de behandeling van de Wet op de Juryrechtspraak en daarvan in het bijzonder het onderzoek door de jury ter vaststelling en bewezenverkla-

---

44 Merlin 1813, p. 607 r.k. e.v.

45 *La loi des 16-29 septembre 1791, Décret concernant la police de sûreté, la justice criminelle et l'établissement des jurés.* De wet bestaat uit twee delen: '*De la police de sureté*' en '*De la justice criminelle et de l'institution des jurés*'. Hierna wordt slechts ingegaan op het tweede deel. De verwijzingen betreffen dan ook de titels uit dit tweede deel, tenzij anders vermeld. Het Decreet kwam tot stand in 36 zittingen tussen maart 1790 en 16 september 1791, hierover: Padoa Schioppa 1990. Zie ook Privey 1906, hoofdstuk 5 p. 145 e.v., en Stefani 2000, p. 58, 59.

46 Titel 1, *De la procédure devant le tribunal du district, et du jury d'accusation*, art. 5.

47 Art. 1 *Code pénal* 1791 luidde: *Les peines qui seront prononcées contre les accusés trouvés coupables par le jury, sont la peine de mort, les fers, la réclusion dans la maison de force, la gêne, la détention, la déportation, la dégradation civique, le carcan.*

48 In het 'Rapport Lepeletier' werd de *plus ample informé indéfini* nog wel onder de infamerende straffen vermeld en niet expliciet uitgesloten, zie Lascoumes e.a. 1989, p. 338.

49 Vergadering van de Nationale Assemblee op 3 februari 1791, in: *A.P. Tome XXII*, p. 726.

ring van de feiten, *de l'examen et de conviction.*[50] Aangekomen bij het laatste artikel van deze titel nam de eerwaarde Maury het woord. Hij signaleerde dat in de voorgestelde regeling slechts twee uitspraken mogelijk zouden zijn: 'schuldig' of 'niet schuldig', zoals in het Engelse model, en hij stelde de vraag of het wel de bedoeling was om op deze wijze van de zogenaamde tussenbeslissingen af te geraken. De *hors de cour*, zo legde Maury aan de vergadering uit, was vanouds bedoeld om de aanklager te behoeden voor *poursuites* van de kant van de aangeklaagde. Hij verwees daarbij naar het onderzoek dat D'Aguesseau had verricht. Dit aspect van de middenbeslissing was echter niet Maury's grootste zorg. Het ging hem om de *plus ample informé.* De *plus ample informé* kon volgens hem niet worden gemist, want, zo lichtte hij toe:

> *'(…) iedereen van u weet hoe dat in Engeland gaat, namelijk dat er dagelijks mensen in de Londense cafés lopen op te scheppen over een delict waarmee zij de strop zouden hebben verdiend. Men zegt tegen hen: je loopt kans te worden vervolgd. 'Nee' zeggen ze dan, 'daar ben ik niet bang voor want ik ben vrijgesproken'. Dat betekent dat ze berecht zijn door een jury die hen 'niet schuldig' heeft geoordeeld. In Engeland geldt de regel dat als het feit niet volgens de wet is bewezen de aangeklaagde moet worden vrijgesproken. Dat lijkt me niet juist, niet wijs en niet politiek. Het is best mogelijk dat het bewijs tegen de beschuldigde onvoldoende is om hem te veroordelen; ik vraag dan ook niet om een veroordeling, maar ik vraag dat hij onder het zwaard van justitie blijft, dat steeds boven het hoofd van de schuldige (coupable) blijft hangen.'*

Let wel, Maury spreekt hier over een *coupable* en tegelijk over iemand wiens schuld niet is vastgesteld, wat tekenend is voor die tijd, maar tevens eigen is aan het debat over deze kwestie.[51]

Maury vervolgde met een voorstel om een andere formule voor de jurybeslissing te gebruiken:

> '*Of die beslissing met een schandvlek gepaard moet gaan zoals vroeger bij de hors de cour, laat ik aan de vergadering over; u moet onderzoeken of een dergelijke beslissing de burger van zijn burgerrechten moet beroven, maar er moet een mogelijkheid zijn om een uitspraak te doen in de trant dat 'de beschuldigingen niet zijn bewezen'. De aangeklaagde wordt dan slechts vrijgelaten en niet onherroepelijk vrijgesproken. Het zou een te groot schandaal zijn, mijne heren, als er in de maatschappij een man rondloopt die ongestraft zou blijven voor een ernstig misdrijf (…) en die zich op de borst slaat vanwege het door hem gepleegde kapitale delict, zonder dat het mogelijk is hem te vervolgen.*'

---

50 Titel VII, *De l'examen et de la conviction*, art. 35, later vernummerd tot art. 41, over de valse getuigenis.

51 Hetzelfde debat inclusief verspreking werd in Nederland gevoerd in juli 2007, Mevis 2007.

De verspreking van Maury paste weliswaar geheel bij het door hem gedane voorstel, maar niet bij de inmiddels aanvaarde en in de *Déclaration* neergelegde onschuldpresumptie. Robespierre antwoordde Maury dan ook dat deze derde weg, het in stand houden van de staat van verdenking, niet zou kunnen worden bewandeld:

> '*Die derde weg is immers een straf! En wel één die schandvlekt! Want zolang iemand is aangeklaagd en niet vrijgesproken, blijft hij beroofd van alle publieke achting. Er zijn maar twee mogelijkheden. Ofwel de maatschappij acht de schuld bewezen en de beschuldigde is schuldig, of dat is niet het geval en de burger geniet al zijn vrijheden en wordt onschuldig verklaard. Een toevoeging als nu wordt voorgesteld zou het wezen van de juryrechtspraak (l'esprit du juré) geheel wijzigen. De leden van de jury moeten immers naar hun geweten beoordelen of de beschuldigde schuldig is en zij kunnen daartoe uit alle morele waarden (ressorts moreaux) putten. Ze zullen hun beslissing met de grootste aandacht geven, maar als u hen een alternatief biedt, zullen ze minder gewetensvol zijn en nemen ze nonchalant een middenweg en op basis van vage veronderstellingen en zwakke aanwijzingen bezoedelen ze iemand die ze anders zouden hebben vrijgesproken.*'

Robespierre noemde hier drie belangrijke argumenten tegen de *plus ample informé*. Ten eerste had een middenbeslissing het karakter van een schandebrengende straf, en was het dus toch een soort veroordeling, ten tweede was de middenbeslissing in strijd met een gewetensvolle beantwoording van een vraag die aan de jury werd voorgelegd en ten derde paste een middenbeslissing niet bij het met de juryrechtspraak samenhangende bewijsstelsel, dat immers was gebaseerd op de innerlijke overtuiging. Met het derde argument legde Robespierre een verband tussen het stelsel van de strikte bewijsmiddelen, *système des preuves légales*, dat er de oorzaak van was dat men een uitweg had gezocht in de *plus ample informé* aan de ene kant, en de bewijsleer die door de Nationale Assemblee werd omarmd, het bewijs op basis van de *conviction intime* die de persoonlijke bevrijding van de burger symboliseerde aan de andere kant. Met deze argumenten overtuigde hij de vergadering. Deze viel hem zelfs met applaus bij. Lepeletier de Saint Fargeau,[52] die zich op dat moment bezig hield met het ontwerp voor een *Code pénal*,[53] voegde eraan toe dat het voorstel van Maury neerkwam op 'rechtspraak gebaseerd op roddels en geruchten' (*ouï-dire*).[54] Er was niemand die hierna nog het woord wilde voeren en de motie van Maury werd verworpen. Het

---

52 Louis-Michel Lepeletier de Saint-Fargeau (1760- 1793), afgevaardigde van de adel, streed aan de zijde van Robespierre en werd het slachtoffer van een aanslag door een '*royaliste*'.

53 Het door hem opgestelde voorbereidende rapport is afgedrukt in Lacoumes 1989.

54 Vergadering Nationale Assemblee, 3 februari 1791, *A.P. Tome XXII*, p. 727. Uitstel voor onbepaalde tijd paste bovendien niet in de visie dat na elke straf weer een nieuw begin mogelijk moest worden gemaakt door middel van de zgn. *réhabilitation,* titel VII CP.

was misschien wel het belangrijkste moment in de geschiedenis van de regel *non bis in idem*.

2.4.3 *De totstandkoming van de eindbeslissing*

Maury's betoog dat betrekking had op de vragen die de *jury du jugement* moest beantwoorden gold de vraag of de jury overtuigd was van 'de schuld'. Ter vaststelling van de schuld kon echter niet met één vraag worden volstaan; om te kunnen beoordelen wat er was gebeurd en waarom, moesten verschillende vragen worden gesteld. Daartoe werd een getrapt systeem van vragen ontworpen.[55] Dit systeem zou later - in de *Code des délits et des peines* van 1795- worden verfijnd.[56] De vragen vielen nu nog in drie groepen uiteen. Ten eerste moest worden beoordeeld óf het feit was gepleegd, *si le fait est constant ou non*. Dan moest de vraag worden beantwoord of het feit door de beschuldigde was begaan, *s'il est ou non convaincu*.[57] Vervolgens moest de vraag worden gesteld met welk doel het feit door de beschuldigde was gepleegd, *l'intention*.[58] Ook de strafverzwarende of strafminderende omstandigheden die de *Code pénal* opsomde, werden apart aan de jury voorgelegd. Dat kon bijvoorbeeld de vraag zijn of er sprake was van recidive, of van een gekwalificeerd delict. Op elk van de vragen diende afzonderlijk te worden geantwoord.[59] Op deze wijze kon ook elk onderdeel apart worden 'weggestemd'. Drie van de twaalf stemmen waren voldoende voor een beslissing ten gunste van de beschuldigde.[60] Dit alles vond plaats in een uitsluitend mondelinge procedure, waarbij getuigen en de beschuldigde rechtstreeks ten overstaan van de jury werden ondervraagd.[61] De keuze voor absolute oraliteit had tot direct gevolg dat het strikte bewijsstelsel moest worden verlaten. De juryleden oordeelden op basis van hun persoonlijke overtuiging. Zij mochten daartoe inderdaad uit alle middelen putten, zoals Robespierre het samenvatte. De berechting op basis van *preuves morales,* de *conviction intime*[62] was een feit.[63]

---

55 Het principe werd voorgesteld door Montesquieu, Esmein 1882, p. 427; Woloch 1994, 355-379 geeft voorbeelden.

56 Esmein 1882, p. 441.

57 De beide beslissingen worden voorgeschreven in titel VII, art. 24.

58 Titel VII, art. 26.

59 Titel VII, art. 27.

60 Titel VII, art. 28.

61 Esmein 1882, p. 430.

62 Titel VI, *Procédure devant le tribunal criminal,* art. 24, volgens Rassat 1997, p. 236 de mooiste tekst uit de Franse juridische literatuur: *Le président, en présence du public, du commissaire du Roi, de l'accusateur et de l'accusé, fera prêter à chaque juré, séparément le serment suivant: 'Citoyen, Vous jurez et promettez d'examiner avec l'attention la plus scrupuleuse les charges portées contre un tel … de ne communiquer avec personne jusqu'après votre déclaration; de n'écouter nu la haine ou la méchanceté, ni la crainte ou l'affection; de vous décider d'après les charges et moyens de défense, et suivant votre conscience et votre intime conviction, avec l'impartialité et la fermeté qui conviennent à un homme libre*'.

Indien de *jury du jugement* niet overtuigd was dat de beschuldigde het feit had gepleegd werd een '*non convaincu*' uitgesproken.[64] Dan moest de president van het hof de beschuldigde van de beschuldiging vrijspreken (*acquitter*).[65]Dat gold ook wanneer de jury had verklaard dat het feit was begaan *involontairement, sans aucune intention de nuire ou pour la légitime défense de soi ou d'autrui*, niet opzettelijk, zonder enige intentie om te schaden of ter gerechtvaardigde verdediging van zichzelf of een ander.[66]

2.4.4 De bescherming van de juryuitspraak

De hiervoor bedoelde vrijspraak, dus na een *non-convaincu* of een verklaring dat het feit niet opzettelijk was begaan, zonder de bedoeling iemand te schaden of uit legitieme zelfverdediging, diende te worden beschermd; het verbod van een tweede vervolging na vrijspraak door de jury stond in de Constitutie. Deze bepaling werd overgenomen in de Wet op de juryrechtspraak. Het enige verschil met de overeenkomstige bepaling in de Constitutie was, dat als voorwaarde werd gesteld dat de berechting had plaats gevonden overeenkomstig de bepalingen van de wet. De desbetreffende bepaling, artikel 3, titel VIII, Wet op de juryrechtspraak 1791, kwam aldus te luiden:[67]

> *Tout particulier ainsi acquitté ne pourra être repris ni accusé pour raison du même fait.*

Om de onaantastbaarheid van de jurybeslissing nog meer kracht bij te zetten werd in dezelfde titel van de Wet op de juryrechtspraak het gewone recht van hoger beroep uitgesloten.[68] Slechts het beroep in cassatie stond open.[69] Omdat het *Tribunal de Cassation* alleen mocht oordelen over de toepassing van het recht en niet over de feiten, terwijl bovendien het recht om gratie te verlenen of het vonnis te herzien aan de Koning was ontnomen, was het feitelijk oordeel van de jury inderdaad onaantastbaar geworden. De *jury du jugement* was hiermee verheven tot hoogste feitenrechter.

---

63 Zie voor de toelichting op de overstap van een stelsel van '*preuves légales*' op dat van '*preuves morales* of *conviction intime*: Duport, 27 november 1790, *A.P. Tome XXI*, p. 53 e.v.; Esmein 1882, p. 433 ev. en Royer 1990.

64 Titel VII, *De l'examen et de la conviction,* art. 24.

65 Titel VIII, *Du jugement et de l'exécution*, art. 1.

66 Titel VIII, *Du jugement et de l'exécution*, art. 2.

67 Titel VIII, *Du jugement et de l'exécution,* art. 3: een ieder die *aldus* is vrijgesproken zal niet meer kunnen worden aangehouden of worden vervolgd wegens hetzelfde feit.

68 Titel VIII, art. 27. Dit artikel liet nog wel een opening voor een herbeoordeling door dezelfde jury aangevuld met drie nieuwe leden, indien het tribunaal eensgezind van oordeel was dat de juryleden zich hadden vergist, doch alleen in geval van een '*convaincu*' (art. 29).

69 Titel VIII, art. 15.

2.4.5 *De middenweg in de Wet op de juryrechtspraak*

De Wet op de juryrechtspraak betekende het einde van de *plus ample informé*. Ook de *hors de cour*, als die al in dit soort zaken, *les crimes*, werd uitgesproken, was met de verplichte keuze tussen '*convaincu*' of '*non-convaincu*' van de baan. Voor de heropening van zaken waarin het bewijs onvoldoende gebleken was, bestond echter wel een andere voorziening. De procedure voor de juryrechtbank viel immers uiteen in twee delen, de inbeschuldigingstelling en de berechting; bij elk van beide onderdelen was een jury betrokken. De bepalingen omtrent het verbod van herhaling van de gevangenneming en beschuldiging hadden slechts het oog op het oordeel in het tweede gedeelte van het strafproces, de berechting door de *jury du jugement*.[70] In de fase van inbeschuldigingstelling moest de *jury d'accusation* eerst de vraag beantwoorden of de beschuldiging - die door een ieder kon worden ingediend -[71] moest worden toegelaten en zo ja onder welke kwalificatie.[72] Het was deze jury die de burger moest behoeden voor een al te lichtvaardige inbreuk op zijn vrijheid.[73] Voor een voorlopige aanhouding hoefde weliswaar nog niet het bewijs van het feit te zijn geleverd, maar er dienden wel voldoende aanwijzingen te zijn om iemand voor de duur van het proces van zijn vrijheid beroofd te houden.[74] Indien de jury de inbeschuldigingstelling afwees - met de woorden '*non, il n'y a pas lieu*' -[75] moest de verdachte onmiddellijk in vrijheid worden gesteld. De vraag of de inbeschuldigingstelling mocht plaats vinden, kon slechts bevestigend of ontkennend worden beantwoord,[76] die beslissing mocht niet worden gemotiveerd,[77] en er werden geen voorwaarden gesteld. Zo kleefde er dus ook geen smet aan de aldus in vrijheid gestelde verdachte.[78] De wet verbood echter niet dat tegen de gewezen verdachte wegens hetzelfde feit een tweede acte van inbeschuldigingstelling werd ingebracht indien sprake was van *nou-*

---

70 Titels II-VII.

71 Eerste deel van de wet, *De la police de sureté*, Titel V, *De la dénonciation du tort criminel ou de la plainte* en Titel VI *De la dénonciation civique*; Duport, 27 november 1790, *A.P. Tome XII*, p. 53 l.k.

72 Titel I, *De la procédure devant le tribunal du district, et du jury d'accusation*, art. 15: *L'acte d'accusation contiendra le fait et toutes les circonstances; celui ou ceux qui en sont l'objet y seront clairement désignés et dénommés; la nature du délit y sera déterminée aussi précisément qu'il sera possible, il sera dit qu'il a été commis méchamment et à dessein*; vgl. art. 243 *Code des délits et de peines*.

73 Dit staat met zoveel woorden in de opvolger van deze wet, in art. 237 *Code des délits et de peines*.

74 Duport, 27 november 1790, *A.P. Tome XII*, i.h.b. p. 45 en 58.

75 Titel I, art. 22.

76 Duport, 27 november 1790, *A.P. Tome XII*, p. 59 l.k. Vgl. art. 241 *Code des délits et de peines*: (*Les jurés d'accusation*) *Ils n'ont pas le droit d'examiner si le délit porté dans l'acte d'accusation, mérite peine afflictive ou infamante*. CdC 8 augustus 1799 (Carrey), Merlin 1813, p. 611 r.k.

77 Vgl. art. 241 *Code des délits et de peines*, Merlin 1813, p. 610 r.k.

78 Esmein 1882, p. 423 noemde deze vrijlating '*pur et simple*'.

velles charges, nieuwe bezwarende feiten.[79] Deze bepaling is bij de presentatie van het wetsvoorstel nauwelijks toegelicht. Zij volgde voor de indieners kennelijk als vanzelfsprekend uit het gekozen procesmodel: de bewijsmiddelen werden onvoldoende geacht om iemand van zijn vrijheid beroofd te houden en voor de rechter te brengen. Indien er dus nieuwe bewijsmiddelen zouden opkomen, bestond daarvoor geen beletsel meer. De toelichting van de zijde van de rapporteur Duport hield dan ook niet meer in dan dat de bepaling paste in het gekozen uitgangspunt en het streven naar 'de hoogste graad van zekerheid' voor de burger.[80] Door de tweedeling in het proces was er vanzelf een middenweg gevonden, één die de verdachte alvorens de zaak door de *jury du jugement* was berecht, in zijn volle vrijheid herstelde.[81] Alleen op basis van nieuw bezwarend materiaal kon de zaak worden heropend. De middenbeslissing viel vanaf nu in het midden van de procedure, na de behandeling van de aanklacht door de *jury d'accusation* en vóór de berechting in de hoofdzaak door de *jury du jugement*. Deze aanpak is in Frankrijk altijd blijven bestaan,[82] en heeft ook zijn beslag gekregen in het Nederlandse Wetboek van Strafvordering.[83]

2.5 De Wet op de ordehandhaving door politie en justitie

De Wet op de ordehandhaving door politie en justitie[84] regelde de strafvervolging van de delicten die niet voor de juryhoven werden gebracht, dus de *délits* en de *contraventions*. Een *contravention* was bijvoorbeeld het meedoen aan het hasardspel of het niet schoonhouden van het stoepje;[85] voorbeelden van *délits* zijn diefstal zonder verzwarende omstandigheden,[86] lichtere geweldsdelicten[87]

---

79 Titel I, art. 28: *Si les jurés prononcent qui'il n'y a lieu à accusation, le prévenu sera mis en liberté et ne pourra plus être poursuivi à raison du meme fait, à moins que, sur des nouvelles charges, il ne soit présenté un nouvel acte d'accusation.*

80 Duport, 27 november 1790, *A.P. Tome XII*, p. 50 r.k. en p. 58 r.k.

81 Ik doel op het proces in enge zin, vanaf de acte van inbeschuldigingstelling. Hieraan vooraf ging nog de fase van de instructie, zodat het gehele proces uit drie delen kwam te bestaan. Esmein 1882, p. 420.

82 Art. 246 CIC 1832: *Le prévenu à l'égard duquel la cour d'appel aura décidé qu'il n'y a pas lieu au renvoi à la cour d'assises, ne pourra plus y être traduit à raison du même fait, à moins qu'il ne survienne de nouvelles charges*; en art. 188 CPP 1959: *La personne mise en examen à l'égard de laquelle le juge d'instruction a dit n'y avoir lieu à suivre ne peut plus être recherchée à l'occasion du même fait, à moins qu'il ne survienne de nouvelles charges.*

83 Artt. 246 CIC, artt. 167 en 168 Sv 1838, art. 136 Sv 1886, art. 255 Sv 1926.

84 *Décret relatif à l'ordre d'une police municipale et correctionelle 19-22 juillet 1791,* opgenomen in *Pasinomie*, Premier serie, *Tome* 3, p. 114.

85 Titel I, *Police municipale*, *Dispositions générales d'ordre public*, art. 7.

86 Titel II, *Police correctionnelle*, *Dispositions générales sur les peines de la police correctionnelles et les maisons de correction,* art. 7 in relatie met *Code pénal* 1791, tweede deel, *des crimes et de leur punition*, titel II, *crimes et délits contre les propriétés*, art. 28.

87 Titel II, *Police correctionnelle*, art. 13.

en dood door schuld.[88] Deze delicten werden op basis van de Wet op de ordehandhaving door politie en justitie afgedaan door respectievelijk de *juge de paix* (vrederechter), het *tribunal de police municipal* en het *tribunal de police correctionnelle*. Deze rechters hielden een openbare zitting waar de verdachte en de getuigen werden gehoord, de verdediging kon worden gevoerd en de aanklager zijn conclusie nam. Daarop volgde de uitspraak. Deze moest worden gemotiveerd.[89] De verdachte (*prévenu*) kreeg in alle gevallen recht van hoger beroep.[90]

Anders dan de Wet op de juryrechtspraak die op dat moment in de maak was, kende deze wet geen expliciete bepaling die verbood om iemand te vervolgen nadat er definitief over zijn zaak was beslist. Dat betekende echter geenszins dat vonnissen van lagere rechters niet dezelfde rechtskracht zouden kunnen krijgen als die van de juryhoven. De regel dat over eenzelfde zaak niet nog eens een proces kon worden gevoerd tegen dezelfde verdachte wanneer het vonnis eenmaal definitief was geworden, was een algemeen aanvaard beginsel dat diep geworteld was in doctrine en praktijk, ook al waren er in het verleden vele uitzonderingen op dat beginsel mogelijk geweest. Een *chose jugée* kon niet nog eens worden berecht. Van die interpretatie ging deze wet uit. Dit valt af te leiden uit het systeem van de wet en uit de rechtspraak die volgde.

Er werden slechts twee soorten vonnissen onderscheiden, 'preparatoire' en 'definitieve'. De preparatoire vonnissen waren die welke te maken hadden met het voorbereidend onderzoek, *l'instruction*. Die beslissingen betroffen de verwijzing naar een andere rechter, de aanhouding van de verdachte en dergelijke. Na de openbare zitting bestonden alleen nog 'definitieve' vonnissen (die aan een eventueel hoger beroep waren onderworpen). Voorts werd ten aanzien van de verstekvonnissen bepaald dat zij 'definitief' werden als er niet tijdig beroep werd ingesteld.[91] Het beroep werd niet ontvangen indien het te laat was ingesteld.[92] Tegen definitieve vonnissen van de lagere gerechten stond dus - indien tijdig ingesteld - steeds beroep open. In geval van 'recidive' kon strafverzwaring worden toegepast. Met het oog daarop moest een extract van het vonnis worden geregistreerd.[93] Zou het geregistreerde vonnis gewijzigd kunnen worden door een tweede dan had die registratie geen nut. Er bestonden verder geen bijzondere

---

88 Titel II, *Police correctionnelle*, art. 15.

89 Titel I, *Police municipale*, art. 39; Titel II, *Police correctionnelle*, art. 58.

90 Titel I, *Police municipale,* art. 37; Titel II, *Police correctionnelle,* art. 61.

91 '*le jugement demeurera définitif et ne pourra être attaqué que par la voie d'appel.*', Titel I, art. 37. De beroepstermijn was acht dagen, tegen vonnis van het *tribunal de police municipale*, of twee weken, tegen vonnis van het *tribunal de police correctionnelle*, Titel II, art. 61.

92 Titel I, *Police municipale*, art. 40.

93 Titel I, *Police municipale*, art. 45.

bepalingen voor de situatie waarin een zaak, eenmaal ter terechtzitting aangebracht, wegens gebrek aan bewijs niet tot een veroordeling zou kunnen leiden. Aanhouding voor onbepaalde tijd na volledige behandeling met als doel bewijs af te wachten, was dus niet mogelijk. Onwettige vormen van vrijheidsbeneming zouden op basis van de wet worden vervolgd en daaronder vielen ook vormen van vrijheidsbeneming door justitie die niet op de wet waren gebaseerd.[94] Wel was het mogelijk, net als in de Wet op de juryrechtspraak, ervan af te zien de zaak op de zitting te brengen en de verdachte die zich in hechtenis bevond in vrijheid te stellen.[95] In dat geval zou aan een nieuwe vervolging het *maxime*, noch enige andere wettelijke bepaling in de weg staan. Dit geheel van bepalingen was gebaseerd op het uitgangspunt dat de beslissing over de schuld die ter openbare terechtzitting was genomen een definitief einde maakte aan de zaak tenzij een rechtsmiddel werd ingesteld. Dat dit het uitgangspunt van de wetgeving was, werd later door Merlin, die deze wetgeving mede had opgesteld, bevestigd. Hij schreef:

> 'NON BIS IN IDEM. *Brocard de droit, ou plutôt de pratique, dont le sens est qu'un accusé qui a été jugé, condamné ou absous par un arrêt ou un autre jugement rendu en dernier ressort, ne peut plus être poursuivi pour raison du même fait*.'[96]

Hij verwees voor de oorsprong van het *maxime non bis in idem* naar de regels uit het Romeinse recht, de regels van Diocletianus uit de Codex Justinianus[97] en de Ulpianusregel uit de Digesten[98] en merkte daarbij op:

> 'Dát zijn de wetten, zoals de wetgever zelf aankondigt, die door *la justice* en *l'humanité* altijd zijn voorgeschreven in het voordeel van de aangeklaagden. Het voordeel om vrijgesproken te worden, zou illusoir zijn als de aanklager het wrede recht had om zijn aangiftes over hetzelfde feit tot in het oneindige te vernieuwen en als de aangeklaagde pas in zijn graf een schuilplaats zou kunnen vinden. (…) De jurisprudentie is op dit punt nooit onstandvastig geweest en de principes die wij van onze klassieke juristen aangereikt hebben gekregen, hebben niet de lichtste aanval geleden.'[99]

---

94 Titel XV Wet op de juryrechtspraak.

95 Titel I, *Police municipale*, art. 32 e.v. en titel II, *Police correctionnelle*, art. 43.

96 Zie Merlin 1813, p. 607. Meer over Merlin hierna in par. 2.7.2.

97 CJ 9.2.9 en CJ 9.2.11, besproken in Hoofdstuk 1, par. 3.3.1.

98 D. 48.2.7.2, besproken in Hoofdstuk 1, par. 3.3.2 en in Hoofdstuk 5, par. 2.1.2, bij Ayrault.

99 Merlin 1813, p. 607, 608: *'Telles sont, comme l'annonce le législateur lui-même, les lois que la justice et l'humanité ont prescrites de tout tems en faveur des accusés. L'avantage d'être absous serait illusoire, si l'accusateur avait le droit cruel de renouveler perpétuellement ses dénonciations sur le même fait, et si l'accusé ne pouvait espérer d'asile que dans le tombeau.* (…) *La jurisprudence n'a jamais varié sur cette question et les principes qui nous ont été transmis par nos plus anciens jurisconsultes, n'ont pas souffert la plus légère atteinte* (…)'

Vooral op de laatste zinsnede lijkt wel iets af te dingen, als we alle uitzonderingen die Jousse en Muyart de Vouglans beschreven in herinnering brengen.

2.6 De Code pénal

Het ontwerp voor dit eerste wetboek van strafrecht was van de hand van eerdergenoemde Louis-Michel Lepeletier de Saint-Fargeau (1760-1793).[100] Hij ontwierp de Code in de geest van Montesquieu en Beccaria, dus met als uitgangspunt dat de rechter, zoals Montesquieu had aanbevolen, 'met zijn ogen' de straf kon opleggen.[101] In de wet werden de straffen gedefinieerd, de delicten beschreven en de bij het delict behorende straf bepaald. De wet beschreef voorts gronden voor strafverzwaring en strafverlichting, zowel algemene (zoals recidive en leeftijd) als bijzondere (zoals voorbedachte raad bij levensberoving). Elke straf stond zo in relatie tot het delict en was uit dien hoofde humaan en niet willekeurig, zo was de gedachte.[102] Voorts werd bepaald dat straffen niet levenslang mochten duren[103] en dat na de executie van een vrijheidsbenemende straf *réhabilitation* moest plaats vinden.[104] De *Code pénal* bevatte nog geen opsomming van vervolgingsuitsluitingsgronden, wel regels voor verjaring. De Code zou in 1795 met beide strafvorderlijke wetten worden verenigd in één omvattende wet, de *Code des délits et des peines*, hierna te bespreken.

2.7 De wetgeving na 1791

2.7.1 La Constitution 5 Fructidor An III

De Constitutie van 1791 zou nog ettelijke malen worden bijgeschaafd en gewijzigd, maar de jury in criminele zaken bleef en ook de bepaling die daarmee ten nauwste verbonden was, namelijk het verbod om na een vrijspraak door de jury iemand wegens hetzelfde feit nogmaals te vervolgen. De juryrechtspraak maakte echter net zoals de Revolutie turbulente tijden door. Onder de zogeheten Grote Terreur (1793-1794) werden door de Nationale Conventie politieke

---

100 Lepeletier streed als *révolutionnaire* aan de zijde van Robespierre (zie het debatje over de *plus ample informé,* hiervoor, par. 2.4.2); hij werd in 1793 het slachtoffer van een aanslag door een '*royaliste*'.

101 'Als de beklaagde schuldig wordt bevonden, legt de rechter de straf op die de wet voor een dergelijk feit voorschrijft, en daarvoor heeft hij alleen zijn ogen nodig', Montesquieu (1748) 2006, p. 126 (boek VI, h. 3, Folioreeks, p. 201).

102 Remy 1910 en Plawski 1957.

103 Art. 8 *Code pénal*, opgenomen op voorstel van Lepeletier, Lascoumes e.a. 1989, p. 175. De straffen konden desalniettemin zeer lang en wreed zijn, zoals bijvoorbeeld *la gêne*, eenzame opsluiting op alleen water en brood voor 15 jaar in geval van een aanslag op de staat, art. 1, *section* 2, *Code pénal*.

104 *Code pénal*, eerste deel, titel VII, *De la réhabilitation des condamnés*.

juryrechtbanken ingesteld die in eerste en laatste instantie rechtspraken; voor deze zaken werd het beroep in cassatie uitgesloten. Deze zogeheten bijzondere of 'revolutionaire' rechtbanken, moesten elke aanval op de vrijheid en gelijkheid van de burgers en de eenheid en ondeelbaarheid van de Republiek afslaan.[105] In die totalitaire periode kwam het gemeenschapsbelang voorop te staan en werd het individu daaraan ondergeschikt gemaakt. In en buiten Parijs werden er duizenden doodvonnissen voltrokken. Op deze wijze rolden ook de koppen van Brissot de Warville en Robespierre. Deze 'karikatuur van de jury',[106] omdat er geen recht werd gesproken maar nog uitsluitend politiek werd bedreven, bracht het instituut als zodanig een slag toe.

'Gewone' jury's spraken in tegenstelling tot de bijzondere revolutionaire rechtbanken juist opmerkelijk vaak vrij. Rechters klaagden erover dat juryleden op de straf vooruitliepen en uit angst voor een te zware straf tot een '*non convaincu*' besloten.[107] Een verklaring daarvoor was de meedogenloze wijze waarop de *Code pénal* moest worden toegepast.[108] Indien juryleden de consequentie van hun oordeel zagen aankomen en de bij die wet voorziene straf te hard vonden, oordeelden zij liever zo dat de rechter de wet niet kon toepassen. Het was in die zin opmerkelijk dat de *Code pénal* nog zo lang stand hield.[109] Maar ook politieke oorzaken zullen ten grondslag hebben gelegen aan deze zogeheten *acquittements scandaleux*. Al was het aantal vrijspraken van gewone juryrechtbanken in het jaar 1795 zo'n veertig procent,[110] en ook al hadden de revolutionaire juryrechtbanken laten zien dat de jury zelf ook niet boven alle verdenking verheven was, de juryrechtspraak werd in de Constitutie van 5 *Fructidor An III,*[111] 22 augustus 1795, gehandhaafd en ging wederom gepaard met de bepaling:[112]

> *Toute personne acquittée par un jury légal ne peut être reprise ni accusée pour le même fait.*

---

105 Imbert 1990, p. 29.
106 Imbert 1990, p. 38.
107 Woloch 1994, p. 369.
108 Bosch 1965, p. 18.
109 Woloch 1994, p. 379, stelt de vraag hoe het kon dat die strenge wetten het zo lang volhielden als dat zoveel vrijspraken opleverde. De *Code pénal* was naar zijn mening eigenlijk niet met het jurysysteem te verenigen. Behalve vrijspreken noemt hij als in de praktijk toegepaste 'oplossing' voor de zware straffen het 'correctionaliseren', het kwalificeren van het feit als een 'délit' zodat het door de *police correctionnelle* kon worden berecht en dus een lagere straf kon worden opgelegd.
110 Woloch 1994, p. 364 e.v., doet verslag van het functioneren van de jury's in heel Frankrijk. In 1795 varieerde het percentage vrijspraken van 40 procent tot 73 procent, p. 368, 369.
111 *An III* is volgens de Republikeinse kalender: 22 september 1794 - september 1795
112 Art. 253 Constitutie *Fructidor An III* (22 augustus 1795).

2.7.2 *Le Code des délits et des peines du 3 Brumaire An IV*

In datzelfde jaar, 1795, het vierde jaar van de republiek - *An IV* -[113] werden de beide strafvorderlijke wetten van 1791 en de *Code pénal* samengevoegd in de *Code des délits et des peines du 3 Brumaire An IV*, de 'Wet over misdaden en straffen van 25 oktober 1795'. De naam van de wet is, waarschijnlijk niet toevallig, gelijk aan de titel van het gevierde *Traité* van Beccaria, dat immers *Dei delliti e delle pene* heette. De belangrijkste ontwerper van dit wetboek was de jurist Philippe-Antoine Merlin (1754-1838).[114] Merlin had vanaf het prille begin van de Revolutie aan de hervormingen deelgenomen.[115] Vanaf 1801 zou hij als Procureur-generaal verbonden zijn aan het Hof van Cassatie. Zijn uitleg van de wet in het *Répertoire universel et raisonné de jursprudence*', het zgn *Répertoire Merlin*,[116] zou voor de ontwikkeling van de rechtspraak van groot gewicht blijken te zijn. Dat geldt in elk geval voor onderhavig onderwerp, dat hij in zijn *Répertoire* behandelde onder het lemma '*Non bis in idem*'.[117] De Code van 1795 drong de invloed op de vervolging van de private klager terug.[118] De vervolging werd weer een taak van de overheid alleen, zoals dat vóór de omverwerping van de gevestigde instituties het geval was geweest.[119] Ook werd het strafproces 'versoepeld', met name voor wat betreft de strikte eis van oraliteit. Er was bovendien tot op zekere hoogte sprake van de terugkeer van de geheime schriftelijke vastlegging van verklaringen in het voorbereidend onderzoek.[120] De *Code des délits et des peines* wordt daarom wel gezien als een midden tussen de 'inquisitoire' Ordonnantie van 1670 en de 'accusatoire' wetgeving van de *Assemblée Nationale* die tussen 1789 en1791 tot stand kwam.[121]
De *jury d'accusation* bestaande uit acht burgers die de gegrondheid van de inbeschuldigingstelling beoordeelden - sinds 1791 een grondwettelijke eis - bleef voor-

---

113 Gerekend werd vanaf 22 september 1792; *An IV* is daarom volgens Republikeinse kalender: 22 september 1795 - september 1796.

114 Esmein 1882, p. 441.

115 Philippe -Antoine Merlin, bijgenaamd Merlin de Douai, maakte vanaf 1789 deel uit van de Grondwetgevende Vergadering en vervolgens de Nationale Conventie en de Directoire, tot 1799; hij was van 1795 tot 1797 Minister van Justitie c.q. van Politie.

116 Merlin was deze jurisprudentieverzameling in 1777 begonnen.

117 Het *Répertoire* geeft uitvoerige informatie over de uitleg van dit '*maxime*' in gevallen van herhaalde berechting. Zie bijv. Merlin 1813, p. 611 en 612, over de uitleg van art. 255 *Code des délits et des peines* over de gevolgen van een *non lieu* voor het verbod van herhaling (zie hierna, par. 3.2.3).

118 Zie par. 2.4.5.

119 Esmein 1882, p. 442, 443; vgl. art. 5 *Code des délits et des peines*; civiele partijen mochten alleen zelfstandig ageren uit oogpunt van verhaal en kosten, art. 430 *Code des délits et des peines*.

120 Esmein 1882, p. 448.

121 Bossers 1987, p. 19 spreekt van een compromis; 'de regeling van het vooronderzoek greep terug op de regeling daarvan in de ordonnance criminelle van 1670; de regeling van het eindonderzoek op de regeling ervan in de wet 16-29 september 1791 en de verbeterde regeling ervan in de Code des délits et de peines van 3 brumaire jaar IV'. Vgl Esmein 1882, p. 527 e.v. Anders: Bosch 1965, p.18.

lopig intact. Indien de inbeschuldigingstelling werd afgewezen (*non lieu*), mocht wegens hetzelfde feit alleen op basis van nieuwe bewijzen, *nouvelles charges*, een tweede vervolging tegen dezelfde verdachte plaatsvinden.[122] Ook de berechting in de hoofdzaak bleef ongeveer hetzelfde als onder de Wet op de juryrechtspraak van 1791. Het bewijsstelsel op basis van *conviction intime* en *preuves morales* bleef gehandhaafd.[123] Aan het verbod van een tweede vervolging voor hetzelfde feit werd de bepaling toegevoegd, dat degene die op de wijze omschreven in de voorgaande bepalingen was vrijgesproken, zijn aangevers of verklikkers (*dénonciateurs*) kon aanspreken voor schadevergoeding. De desbetreffende bepaling, artikel 426 *Code des délits et des peines*, kwam te luiden:

> *Tout individu ainsi acquitté peut poursuivre ses dénonciateurs pour ses dommages-intérêts. Il ne peut plus être repris ni accusé à raison du même fait.*

3. *La Maxime* in rechtspraak en doctrine na de omwenteling

3.1 Inleiding

De Franse intermediaire wetgeving brak met het uitstel van vonniswijzing: de *plus ample informé indéfini* was van de baan. Dit betekende dat er definitieve vrijspraken zouden moeten gaan vallen. Over de kracht van definitieve vonnissen, zo zagen we in de paragrafen hiervoor, bevatte die wetgeving echter geen expliciete bepaling, tenzij het om de juryvrijspraak ging. De bescherming van de juryvrijspraak hield echter niet zozeer verband met de kracht van *la maxime, la règle non bis in idem,* als wel met de politieke wens om de rechtspraak over ernstige strafbare feiten in handen van het soevereine volk te leggen. Voor de juryvrijspraak gold niet alleen het verbod van herhaling maar tevens het verbod van het instellen van rechtsmiddelen. Voor overige definitieve einduitspraken gold het ongeschreven *maxime*, maar hoe sterk was dit? Stond in het nieuwe procesmodel een veroordeling waarbij een 'te lage straf' was opgelegd ook werkelijk in de weg aan een tweede vervolging zoals Ayrault, Muyart en Jousse hadden betoogd?[124] Of kon bij het aan de dag treden van nieuwe omstandigheden opnieuw worden

---

122 Art. 255 *Code des délits et de peines*: '*Le prévenu à l'égard duquel le jury d'accusation a déclaré qu'il n'y a pas lieu à accusation, ne peut plus être poursuivi à raison du même fait, à moins que, sur de nouvelles charges, il ne soit présenté un nouvel acte d'accusation.*' De bepaling is een voortzetting art. 28, titel I, tweede deel van de vroegere Wet op de juryrechtspraak 1791.

123 Nu genoemd: *conviction personnelle*, art. 372 *Code des délits et de peines*; Esmein 1882, p. 449 en p. 437.

124 Ayrault 1610, III.1.22, p. 402; Muyart de Vouglans 1780, p. 596, onder I; Jousse 1771, *Tome* 3, nr. 25, p.12.

vervolgd voor het zwaardere delict? Werd Ayrault gevolgd in zijn opvatting dat geen vervolging meer mocht plaatshebben van feiten die tijdens de berechting niet apart aan de orde waren gekomen maar die wel onderdeel waren geweest van de complexe gedraging waarvoor iemand was veroordeeld, zoals in geval van corruptie en 'het bedrijven van woeker'?[125] En hoe om te gaan met het onderscheid tussen *crime* en *délit* en de daaraan gerelateerde exclusieve bevoegdheid van de verschillende rechtbanken? Die bevoegdheidsverdeling vormde een natuurlijke bron van meervoudige vervolging. Was bijvoorbeeld het *maxime* van toepassing als door de jury was vrijgesproken van moord, een *crime*, terwijl mogelijk wel sprake was geweest van dood door schuld, een *délit*? En mocht er nog vervolging plaatsvinden als de lagere rechter - het *tribunal de police simple* of *correctionnel* - had vrijgesproken van eenvoudige oplichting, een *délit*, terwijl eigenlijk sprake was geweest van oplichting door middel van valsheid in geschrifte, een *crime*, dat tot de competentie van de juryrechtbank behoorde? Hoe ver strekte een afwijzing van de beschuldiging van moord door de *jury d'accusation* (*non lieu*)? Mocht de vervolging dan worden voortgezet bij de lagere rechtbank voor het lichtere feit 'dood door schuld' ondanks het ontbreken van *nouvelles charges*? En als de jury zich over een deel van de acte van beschuldiging niet had uitgelaten, kon dat onderdeel dan nog eens worden vervolgd? Hoewel uit competentieverdeling geboren, werden deze en dergelijke vragen op den duur in verband gebracht met de uitleg van 'hetzelfde feit' als onderdeel van de regel *non bis in idem*. Al deze vragen bundelden zich dus uiteindelijk tot die ene: wat was de betekenis van de woorden *même fait* in de opeenvolgende wetten en constituties? Die en daarmee samenhangende vragen werden voorgelegd aan het in 1790 ingestelde *Tribunal de Cassation*,[126] vanaf 1804 *Cour de Cassation* geheten.[127]

3.2 De rechtspraak van de cassatierechter in de intermediaire periode

3.2.1 Een ruime uitleg … gedicteerd door de wetgevende macht

Uit de rechtspraak van de cassatierechter in de intermediaire periode komt naar voren dat deze het verbod van herhaling ruim opvatte en behandelde als een regel van algemene strekking.[128] Het verbod van herhaling gold dus allereerst niet alleen de vrijspraak maar ook de veroordeling. Dit betekende dat een 'verbetering' of

---

125 Ayrault 1610, III.1.23, p. 405, 406, besproken in Hoofdstuk 5, par. 2.1.2.

126 *Loi de 27 novembre sur l'organisation du tribunal de cassation,* opgenomen in Code Judiciaire, p. 80 e.v. deze wet is onlangs in het kader van een 'wetgevingsschoonmaakactie' ingetrokken; wet nr. 2007-1787 van 20 december 2007 '*relative à la simplification du droit* (1), art. 27, I, 2e.

127 Constitutie 18 mei 1804 (*Senatus-consulte organique du 28 floréal An XII*), art. 136; de *tribunaux d'appel* gingen *cours d'appel* heten en de lagere gerechten, de *tribunaux criminels*, kregen de naam *cours de justice criminelle*.

128 Gebruik is gemaakt van de rechtspraak die is opgenomen in het *Répertoire* van Merlin, onder het lemma *non bis in idem*, in de edities van 1813 en 1827.

aanvulling van de strafoplegging door middel van een tweede vervolging niet werd toegelaten.[129] De casus die tot die uitspraak aanleiding had gegeven, betrof een veroordeling tot insluiting in de boeien, die eigenlijk - omdat er sprake was geweest van recidive - gepaard had moeten gaan met brandmerking. De rechter was echter tijdens de eerste berechting niet van de recidive op de hoogte geweest. De veroordeelde was opnieuw vervolgd en alsnog veroordeeld tot brandmerking. Dit werd door het *Cour de Cassation* in strijd geacht met de wet omdat 'alles met betrekking tot de beschuldiging reeds was berecht'. Na de eerste definitieve veroordeling had het hof zijn recht om te straffen verbruikt (*consommé*).

De Franse cassatierechter ging er voorts van uit dat de wet een sluitend model van bevoegdheidsuitoefening bood om conflicten met het *maxime* te voorkomen. Hij was daarbij bereid de prijs voor individuele rechtszekerheid te betalen en dus de kans op het uitblijven van 'gerechte straf' te accepteren. De in de wetgeving neergelegde competentieverdeling liet in de uitleg van de cassatierechter voldoende ruimte om complexe zaken in één en dezelfde procedure te berechten. Omdat die ruimte er was, diende die ook te worden benut. Gebeurde dat niet, dan bleef de zaak definitief beëindigd, ook al ging de dader vrijuit. Dit uitgangspunt gold over de gehele linie, dus zowel voor de lagere rechtbanken als voor de juryhoven. Het was een uitgangspunt dat paste in de opvattingen over vervolging en berechting van de hervormers. Die hadden dan ook een belangrijke vinger in de pap. Voor de uitleg van de wetgeving in de intermediaire periode was de cassatierechter namelijk gebonden aan de opvatting van de wetgevende macht. Direct in 1790 was de rechtspraak van het *Tribunal de cassation* als gevolg van de toen heersende achterdocht jegens de rechterlijke macht onder het gezag van de wetgever geplaatst.[130] Rechters mochten slechts de wet toepassen, deze niet interpreteren. Indien er een beslissing over de uitleg van de wet genomen diende te worden, moest die vraag bij wijze van prejudiciële procedure aan de wetgever worden voorgelegd.[131] Zo kregen de opvattingen van de revolutionairen ook in de rechtspraak gestalte, zoals onder meer blijkt uit de zaak Valette, hierna te bespreken

3.2.2 Tout poursuivre et tout juger

Uitgangspunt van de wetgever in de revolutionaire periode was dat elk delict werd vervolgd en dat de aanklager in zijn vervolgingsbeslissing geen dis-

---

129 CdC *18 Fructidor An 13*, of 4 september 1805, (Arnaud), Merlin 1813, p. 616 l.k.

130 *Loi de 27 novembre 1790,* art. 1: *Il y aura un Tribunal de cassation établi auprès du corps législatif*; art. 19 Constitutie 1791: *Il y aura pour tout le royaume un seul Tribunal de cassation, établi auprès du Corps Législatif.*

131 *Procédure référé-législatif*, beschreven in J.-L. Halperin *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence (LGDJ) 1987.

cretionaire bevoegdheid had. Men spreekt van '*légalité des poursuites*', het legaliteitsbeginsel.[132] Dit uitgangspunt ging vergezeld van een ruime taakopdracht voor de strafrechter. Hij behoorde autonoom zijn competentie vast te stellen en te zorgen dat de zaak door hem zelf of door een andere rechter na verwijzing werd afgedaan, dus zonder eerst een inhoudelijke eindbeslissing te geven. Indien bijvoorbeeld de *jury du jugement* vaststelde dat er sprake was van een delict dat niet tot zijn bevoegdheid behoorde, dus een delict waarop geen lijfstraf of onterende straf was gesteld,[133] volgde een vrijspraak van de *crime* maar dienden de rechters van de juryrechtbank de zaak toch zelf af te doen en te bestraffen met de straf die op het lichtere feit stond. Deze opvatting komt tot uitdrukking in een regeling in de *Code pénal* (1791) in geval van beschuldiging van 'opzettelijke levensberoving' (*homocide*), moord (*assassinat*) of doodslag (*meurtre*). Indien de levensberoving door de *jury du jugement* werd beoordeeld als een geval van 'dood door schuld', een *délit*, moest een vrijspraak volgen van moord en/of doodslag, maar vervolgens dienden de rechters van hetzelfde hof[134] te beslissen over de schadevergoeding en de eventueel toe te passen *correctionele* straf wegens de wel bewezen dood door schuld.[135] Deze correctionele straf stond niet in de *Code pénal*, maar in de Wet op de ordehandhaving door politie en justitie. Deze wet bepaalde dat levensberoving (*homicide*), zo die door een verklaring van de jury als 'onopzettelijk' was aangemerkt (*reconnu comme involontaire par la déclaration du jury*) en indien die het gevolg was van onvoorzichtigheid of nalatigheid van de dader (*s'il est la suite de l'imprudence ou de la négligence de son auteur*) werd bestraft met een boete dan wel met een gevangenisstraf van maximaal een jaar.[136] Na een vrijspraak van de aanvankelijk ten laste gelegde opzettelijke levensberoving op basis van de Wet op de juryrechtspraak, bleef bestraffing vanwege de lichtere variant van hetzelfde feit dus mogelijk. Zo haakten de drie wetten van 1791, die op de juryrechtspraak, die op de ordehandhaving door politie en justitie en de *Code pénal* in elkaar.[137] Het is van belang dit voorbeeld vast te houden, omdat juist gevallen als deze, waarin het zwaardere delict niet bewezen werd verklaard maar

---

132 In de praktijk is de strikte benadering van dit beginsel al vrij spoedig verlaten. Rassat 1967, p. 215 e.v. en Meister 1993, p. 46 e.v. Pas in 2004 is het expliciet verruild voor een beperkt opportuniteitsbeginsel, art. 40-2 CPP. Zie Stefani 2008, par. 592.

133 Slechts delicten waarop lijf- of onterende straf stond, *peine afflictive* of *infamante*, konden voor de jury worden gebracht, art. 5 titel 1 Wet op de juryrechtspraak 1791 en art. 228 *Code des délits et des peines*.

134 Merlin 1813, p. 610, l.k. onder.

135 *Code pénal* 1791, tweede deel, titel II, sectie 1, art. 2: *En cas d'homicide commis involontairement, mais par l'effet de l'imprudence ou de la négligence de celui qui l'a commis, il n'existe point de crime et l'accusé sera acquitté; mais en ce cas il sera statué par les juges sur les dommages et intérêts, et même sur les peines correctionnelles, suivant les circonstances*.

136 *Décret* 19 juli 1791, Titel II, *Police correctionnelle*, art. 15 (vgl. CdC 5 februari 1808, Merlin 1813, 609 r.k.).

137 Vgl. Garraud 1929 (VI), p. 242.

een lichtere variant van dezelfde gedraging wel, aanleiding hebben gegeven tot jurisprudentie over het feitsbegrip in de regel *non bis in idem*. Over het feitsbegrip handelt hoofdstuk 12.

De bestraffing van het delict dat aanvankelijk als *crime* aan de juryrechtbank was voorgelegd, kon aldus plaatsvinden door de rechters van die juryrechtbank. De zaak behoefde daartoe niet naar de lagere rechter te worden verwezen. Dit uitgangspunt lag volgens Merlin ook ten grondslag aan de wet die bepaalde dat de juryrechtbank de straffen kon opleggen die waren voorgeschreven voor feiten die door de jury zouden worden beschouwd als 'niet-opzettelijk of door enkele onvoorzichtigheid' begaan.[138] Later, onder de *Code des délits et des peines* waarin de drie wetten waren samengevoegd, was volgens Merlin 'niets normaler dan dat door de juryrechtbanken correctionele straffen werden opgelegd'.[139] Deze uitleg paste naar het oordeel van de cassatierechter in het systeem van de wet. Bovendien sloot zij aan bij de toen heersende opvatting over de positie van de beschuldigde. Het zojuist verworven grondrecht '*liberté individuelle*' verdiende een belangrijke mate van bescherming. Op basis van deze individuele rechtszekerheid had de verdachte er recht op om in één keer te worden berecht. Hetzelfde uitgangspunt gold voor het geval waarin een complexe zaak aan het oordeel van de jury werd onderworpen. Het gehele complex van feiten diende in één keer te worden afgedaan, ook wanneer in dat feitencomplex diverse strafbare feiten van verschillende aard waren aan te wijzen. De rechters mochten de beschuldigde van 'het voordeel' (*l'avantage*) van een berechting-in-eens niet 'beroven' door de zaak in twee keer te behandelen.[140] Het was een 'revolutionaire' gedachte die al door de zestiende-eeuwse humanist Ayrault werd verdedigd.

Wanneer een zaak geheel ten onrechte naar de juryrechtbank was verwezen en om die reden niet eens aan de *jury d'accusation* werd voorgelegd, kon de zaak worden teruggewezen om door het *tribunal de police* of *tribunal correctionnel* te worden afgedaan.[141] Daaraan stond de wet noch het ongeschreven *non bis in*

---

138 *Délits que les jurés reconnaîtront avoir été commis involontairement ou par simple imprudence*, als bedoeld in de 'wet in de vorm van een instructie' van 29 september tot 6 oktober 1791, Merlin, *Répertoire*, 1827, p. 264 l.k.

139 Merlin 1827, p. 264, l.k. Vgl art. 434 *Code des Délis et des peines*: *Si le fait dont l'accusé est déclaré convaincu, se trouve être du ressort, soit des tribunaux de police, soit des tribunaux correctionnels, le tribunal n'en prononce pas moins définitivement, et en dernier ressort, les peines qui auraient pu être prononcées par ces tribunaux.*

140 '*(…) les juges, (…) ils n'avaient pu (…) priver l'accusé de l'avantage d'être jugé en même temps*', aldus Merlin 1827, p. 263 in zijn conclusie voor CdC 29 oktober 1812 (Diffis) naar aanleiding van CdC 12 februari 1804 (Stein), hierna te bespreken, par. 3.2.4.

141 Uitleg van het woord *dénoncé* in art. 15 titel 2 van de Wet op de politie en justitie van 1791, zie CdC 5 februari 1808 (Louis Valette), Merlin 1813, p. 610 l.k.

idem-beginsel in de weg; de zaak was immers nog niet door de *jury d'accusation* beoordeeld laat staan definitief berecht. Andersom, als de lagere rechtbank van oordeel was dat er geen sprake was van een *délit* maar van een *crime*, diende die rechter zich slechts onbevoegd te verklaren en de zaak direct naar het hof te verwijzen. Daar kon de procedure worden voortgezet. Sprak hij echter vrij en werd dat vonnis definitief, dan was het vervolgingsrecht verbruikt en kon hetzelfde feit niet meer worden aangebracht bij een andere rechter, ook niet onder een andere kwalificatie. Dat werd in strijd geoordeeld met het *maxime*, let wel, met de ongeschreven regel, niet met het in de wet neergelegde verbod van herhaling. De wettelijke bepaling, inmiddels opgenomen in artikel 426 *Code des délits et des peines*, was immers alleen van toepassing op de juryvrijspraak. Indien de openbare aanklager het zwaardere delict had willen vervolgen, had hij moeten appelleren en verwijzing naar de bevoegde rechter moeten vragen.[142] Een wijziging in de kwalificatie van de feiten maakte dat oordeel niet anders.

3.2.3 De gevolgen van een 'non lieu' van de jury d'accusation

Een bijzondere kwestie was nog de situatie waarin de *jury d'accusation*, in plaats van te verwijzen, een *non lieu* had uitgesproken en de feiten die aan de jury waren gepresenteerd aanleiding gaven te veronderstellen dat er mogelijk toch sprake was van een (lichter) delict. Artikel 255 *Code des délits et des peines* bepaalde omtrent deze beslissing dat de verdachte ten aanzien van wie de *jury d'accusation* had verklaard dat hij niet in beschuldiging zou worden gesteld, niet meer kon worden vervolgd wegens hetzelfde feit, tenzij hem op basis van nieuwe bezwaren een nieuwe acte van beschuldiging zou worden gepresenteerd.[143] De vraag was nu of een '*non lieu*' in de weg stond aan een vervolging wegens een lichtere variant van het feit bij een lager gerecht. Deze kwestie werd beslist in de zaak Valette.[144] Aanleiding voor de uitspraak van het *Cour de Cassation* was een schriftuur van cassa-

---

142 CdC 10 juli 1806 (Raymond Vassal), Merlin 1813, p. 614 l.k. Vassal had zich uitgegeven voor een ander om voor die ander de dienstplicht te vervullen. Voor de vaststelling van zijn identiteit was een valse notariële acte opgemaakt. In eerste instantie werd hij vervolgd wegens eenvoudige oplichting; hiervan werd hij door het *tribunal correctionnel* vrijgesproken. Van deze vrijspraak ging de openbare aanklager niet in beroep maar hij bracht de zaak aan bij de juryrechtbank als een geval van oplichting gepleegd door middel van valsheid in geschrift (een *crime*). Volgens Merlin, p. 613, l.k. was het niet mogelijk om deze zaken van elkaar te scheiden, noch in de instructie, noch in het vonnis, nu het ging om een oplichting die bestond uit valsheid in geschrift en de verzwarende omstandigheid de juryrechtbank vanaf het begin bevoegd maakte. Het kan worden gezien als een geval van eendaadse samenloop, zoals bij afpersing door middel van bedreiging, vgl. HR 16 november 2004, *NJ* 2005, 43.

143 Art. 255 *Code des délits et des peines*: '*Le prévenu à l'égard duquel le jury d'accusation a déclaré qu'il n'y a pas lieu à accusation, ne peut plus être poursuivi à raison du même fait, à moins que, sur de nouvelles charges, il ne soit présenté un nouvel acte d'accusation.*'

144 CdC 5 februari 1808 (Valette), Merlin 1813, p. 609 r.k. e.v.

tie in het belang der wet, ingediend door Merlin zelf.[145]

Valette was beschuldigd van doodslag op zijn vriend. Uit de feiten bleek echter dat hij op het moment dat het misdrijf zou zijn voorgevallen, gekkigheid aan het uithalen was. Hij had zijn vriend achterna gezeten met een geweer waarvan hij niet wist dat het geladen was en had die vriend toegeroepen 'of hij niet op konijnen wilde leren schieten'. Bij dat spel werd zijn vriend door Valette dodelijk getroffen. De *jury d'accusation* had een *non lieu* uitgesproken. Daarna was Valette opnieuw vervolgd, nu voor het *tribunal correctionnelle* en ditmaal wegens dood door schuld. Tegen die vervolging richtte zich de cassatieschriftuur van Merlin. Merlin wees daarin onder meer op artikel 255 *Code des délits et des peines*, een bepaling die een voortzetting was van de eerdere wetgeving van 1791.[146] Volgens Merlin drukte deze bepaling uit, met de woorden '*ne peut plus être poursuivi pour le même fait*', dat de wetgever niet alleen een nieuwe vervolging verbood tegen 'le grand criminel' maar elke vervolging, onverschillig welke, en dus ook die tegen de kleinere vis, voor het *tribunal correctionnelle*.[147] In een eerdere uitspraak uit 1799 [148] was al eens hetzelfde beslist.

Het Hof van Cassatie volgde zijn PG. Uit het gebrek aan motiveringsruimte enerzijds en het verbod van beoordeling van de kwalificatie van het feit anderzijds,[149] leidde het *Cour de Cassation* af dat de *jury d'accusation* met zijn beslissing '*non lieu*' een antwoord had gegeven op de vraag of het feit *in enig opzicht* strafrechtelijk kon worden vervolgd:

> '*lorsqu'un jury d'accusation s'est expliqué par la formule négative, 'il n'y a pas lieu à accusation', sur un acte d'accusation relatif à une question d'homicide, sa déclaration embrasse indéfiniment le fait sur lequel il prononce dans tous ses rapports relatifs à la pénalité, de manière que le prévenu ainsi renvoyé ne peut plus être poursuivi, soit criminellement, soit par la voie de police correctionnelle, aux termes de l'art. 255 du Code du 3 Brumaire an 4, qui embrasse, sans aucune restriction, et les poursuites criminelles et les poursuites correctionnelles ou de simple police*',

---

145 Het vonnis was in kracht van gewijsde gegaan '*mais il n'en importe pas moins de l'annuller pour l'intérêt de la loi*', p. 610 l.k., '*signé Merlin*' op p. 612 l.k. boven.

146 Art. 28, titel I, Wet op de juryrechtspraak, Merlin 1813, p. 610 r.k.

147 Merlin 1813, p. 610, r.k.

148 *Tribunal de Cassation* 21 thermidor An VII (8 augustus 1799) (Carrey): '*la déclaration du jury d'accusation embrasse indéfiniment le fait sur lequel il prononce; et que par conséquent les dispositions de l'art. 255 du Code ci- dessus cité, ne peuvent êtres restreintes à la seule poursuite criminelle; mais qu'elles comprennent aussi toutes poursuites correctionnelles et de simple police*', Merlin 1813, p. 611 r.k.

149 Art. 241 *Code des délits et de peines*: *Ils* (de leden van de jury d'accusation , wvh) *n'ont pas le droit d'examiner si le délit porté dans l'acte d'accusation, mérite peine afflictive ou infamante*.

> 'wanneer een *jury d'accusation* zich negatief heeft uitgesproken over de vraag of een inbeschuldigingstelling moet plaatsvinden, omvat zijn beslissing het feit waarover hij zich uitspreekt, zonder het nader te bepalen, hoe het ook strafbaar is gesteld, zodat de verdachte die aldus wordt heengezonden niet meer kan worden vervolgd, noch crimineel noch correctioneel, op de voet van artikel 255 van de Code, welke bepaling zonder enige restrictie zowel de criminele en correctionele vervolging omvat evenals de vervolging van overtredingen'.[150]

Een '*non lieu*' gold dus voor alle aspecten van hetzelfde historisch gebeuren zoals dat uit de aan de jury overgelegd stukken naar voren kwam. De enige legitimatie voor een nieuwe vervolging was in dit geval de aanwezigheid van *nouvelles charges*.

3.2.4 De gevolgen van een 'non convaincu' van le jury du jugement

In de hiervoor beschreven gevallen was geen sprake van toepassing van het wettelijk verbod van herhaling van de vervolging, geschreven voor de juryvrijspraak, maar van toepassing van het ongeschreven *maxime non bis in idem* en van het geschreven verbod van herhaling na een *non lieu* in artikel 255 *Code des délits et des peines.* De eerste cassatie-uitspraak in het repertoire van Merlin waarin de op de grondwet gebaseerde wettelijke bepaling centraal stond, in casu artikel 426 *Code des délits et des peines*, stamt uit 1804, de zaak Stein.[151]

Stein had bij zijn vrouw een abortus opgewekt door haar gif te laten drinken. De ongeboren vrucht was daarna conform zijn bedoelingen levenloos ter wereld gekomen maar de aanstaande moeder had door het toegediende gif ook bijna zelf het leven verloren. Beide strafbare feiten, het opwekken van de abortus en de vergiftiging van zijn vrouw, waren vervat in de acte van beschuldiging. De jury, geconfronteerd met de vraag van de voorzitter of Stein zijn vrouw had vergiftigd, liet zich daarover negatief uit, dus met een '*non convaincu*'. Stein werd daarop vrijgesproken zonder dat er een expliciet oordeel was geveld over de abortus provocatus. Die kwestie werd daarom nogmaals voor het gerecht gebracht. Stein werd op basis van die tweede vervolging alsnog veroordeeld tot opsluiting in de boeien (*aux fers*). Het *Cour de Cassation* vernietigde deze tweede uitspraak omdat Stein al was vrijgesproken van de eerste acte van beschuldiging. Daarin waren

---

150 Deze uitleg van de wet was overigens eerder, in 1794, min of meer door de *Convention Nationale* gedicteerd. Deze voerde immers, zoals hiervoor uiteengezet, de regie over de uitleg van de wetsbepalingen. Het betrof i.c. het *Décret* van de *Convention Nationale* van 21 *Prairial An II* (9 juni 1794) naar aanleiding van een préjudiciële vraag van het Tribunal District Chaumont, Merlin 1813, p. 610 r.k. onder en p. 611 l.k. Hoewel dit *décret* was ingetrokken had deze regeling nog steeds belangrijke betekenis (*autorité grave*), aldus Merlin.

151 CdC 12 februari 1804 (Stein), Merlin 1813, p. 614 l.k.

beide gebeurtenissen vermeld geweest. Dat de vraag van de voorzitter geen betrekking had gehad op de opgewekte abortus en de jury zich over zijn schuld daaraan niet had kunnen uitspreken, deed niets af aan het oordeel dat de gehele zaak definitief was berecht. De vraag naar schuld aan de abortus had in die eerste procedure *moeten* worden gesteld. Het achterwege laten van de vraag was volgens Merlin een fout (*vice*) in deze procedure welke de verdachte niet tot nadeel mocht strekken.[152]

Het argument voor deze uitleg van de wet werd gevonden in artikel 373 van de *Code des délits et des peines*, waarin een dwingend voorschrift werd gelezen om na het onderzoek ter zitting aan de jury alle vragen te stellen die van belang konden zijn voor het uiteindelijke juryoordeel.[153] De juryrechtbank werd dus geacht alle aspecten van de zaak die in de acte van beschuldiging en tijdens de behandeling van de zaak naar voren waren gekomen te onderzoeken en te berechten. De rechter moest er dus voor zorgen dat de jury - op zijn uitnodiging - alle ter zake doende vragen kon beantwoorden. Stelde de rechter de benodigde vragen niet, dan liep het mis. Zoals het *Cour de Cassation* het later uit zou drukken:[154]

> '*les questions qui étaient soumises au jury de jugement, devaient nécessairement porter non-seulement sur le fait qui était l'objet de l'acte d'accusation, mais encore sur toutes les circonstances qui, d'après les débats ou la défense de l'accusé, pouvaient modifier la gravité du fait, quand même elles en auraient changé le caractère*',

> 'de vragen die aan de *jury de jugement* werden gesteld, moesten noodzakelijkerwijs niet alleen gaan over het feit dat voorwerp was van de acte van inbeschuldigingstelling, maar ook over alle omstandigheden die, naar aanleiding van de debatten of de verdediging van de beschuldigde, de ernst van het feit konden wijzigen, zelfs al zouden zij het karakter van het feit hebben veranderd'.

Deze wetsuitleg werd mede afgeleid uit het systeem van getrapte vragen aan de jury. Door dat systeem konden alle aspecten van het feitelijke gebeuren, en daarmee alle juridische kwalificaties van het feit, in één en dezelfde instantie worden onderzocht.[155] En omdat het *kon*, *moest* het ook. Artikel 373 *Code des*

---

152 Merlin 1813, p. 614, r.k.

153 Art. 373 *Code des délits et des peines*: *Ensuite le président, au nom et de l'avis du tribunal, pose toutes les questions qui résultent tant de l'acte d'accusation que des débats, et que les jurés doivent décider*.

154 CdC 29 oktober 1812 (Diffis), Merlin 1827, p. 268 r.k. (n.b.: door een kennelijke vergissing staat boven de pagina '168').

155 CdC 29 oktober 1812 (Diffis), Merlin 1827, p. 268 r.k.

délits et des peines werd als een imperatief voorschrift gelezen.[156] Het gevolg van deze aanpak was, dat na vrijspraak geen enkel onderdeel van het feitencomplex uit de acte van beschuldiging meer kon worden berecht, ook niet onder een andere kwalificatie. Het Cour de Cassation drukte dit als volgt uit:[157]

> '*l'acquittement prononcé en faveur d'un accusé, devait sans doute l'affranchir de toutes les poursuites, tant sur le fait de l'accusation que sur toutes les modifications et d'après tous les caractères de criminalité dont il pouvait être susceptible*',

> 'de vrijspraak uitgesproken in het voordeel van de beschuldigde, moest hem zonder twijfel van alle vervolgingen vrijwaren, zowel die voor het feit zoals dat in de acte van inbeschuldigingstelling stond als voor alle wijzigingen ervan en voor alle kwalificaties waar het feit vatbaar voor was'.

De vrijspraak, *l'acquittement*, door de juryrechtbank gaf dus, net als de buitenvervolgingstelling, *non lieu*, door de *jury d'accusation*, grote bescherming aan de gewezen beschuldigde. De vrijspraak beschermde tegen een tweede vervolging wegens een feit dat onderdeel uitmaakte van het gehele feitencomplex waarop de oorspronkelijke beschuldiging berustte zoals deze tot uiting kwam in de acte van beschuldiging. 'Hetzelfde feit' in het verbod van herhaling in de intermediaire wetgeving had dus de betekenis van 'materieel feit', *fait matériel*. Deze materiële uitleg werd niet alleen gegeven aan het feitsbegrip in de wettelijke bepaling, maar ook aan die in het ongeschreven maxime, zodat het ruime feitsbegrip ook werd toegepast op de definitieve uitspraken van de lagere rechter. Het *maxime* deed in volle gestrengheid haar werk.

3.2.5 Conclusie uitleg maxime

De cassatierechter vond in de wetgeving van 1791 en 1795 aanknopingspunten om een zaak die eenmaal voor de juryrechtbank was gebracht, daar in zijn volle omvang te laten onderzoeken en te berechten. Tevens oordeelde de cassatierechter dat de onbevoegdheid van de lagere rechter om een zaak te beoordelen, moest leiden tot een verwijzing naar de bevoegde rechter en niet tot herstel in de vorm van een tweede vervolging. De rechtspraak was derhalve gebaseerd op een systeem van verruimde bevoegdheid (van de juryrechtbank) en verwijzing (door de lagere gerechten naar de hogere) om zaken in één keer af te doen. De juryrechtbank beschikte daartoe over de bevoegdheid om zaken te berechten die niet tot

---

156 Hélie zou later betogen dat dit artikel geen dwingend voorschrift behelsde, Hélie 1866 (II), p. 613, in dezelfde zin Garraud 1929 (VI), p. 242: aan de jury *moest* het gehele materiële feit worden voorgelegd: *'Après avoir interrogés sur l'existence matérielle du fait et sur sa moralité, les jurés devaient, à peine de nullité, l'être 'sur le plus ou moins de gravité du délit résultant de l'acte d'accusation, de la défense de l'accusé et du débat'*.

157 CdC 29 oktober 1812 (Diffis), Merlin 1827, p. 268 r.k.

haar competentie behoorden en de lagere rechtbanken werden verondersteld zich zo nodig onbevoegd te verklaren en de zaak te verwijzen. Voorts diende het feitencomplex steeds in zijn volle omvang door de rechter of door de jury te worden onderzocht.[158] Dit betekende onder meer dat alle aspecten die tijdens de zitting naar voren waren gekomen moesten worden behandeld en berecht; gebeurde dit niet dan konden die feiten geen grond meer opleveren voor een nieuwe vervolging. Voorts werd streng de hand gehouden aan de regel dat er geen nieuwe vervolging plaatsvond dan op basis van *nouvelle charges* als eenmaal een '*non lieu*' was uitgesproken. Ook een '*non lieu*' werd beschouwd als een beoordeling van alle feiten en stond in beginsel aan een tweede vervolging van hetzelfde feit in de weg ook al werd dit feit beschouwd als een ander delict. De ruime vraagstelling en de ruime beoordelingsbevoegdheid schiepen kortom een ruim feitsbegrip, en dus een grote mate van rechtsbescherming voor het individu.

In deze wijze van afdoening kwamen twee uitgangspunten van het strafproces bij elkaar: enerzijds de verplichting om alle strafbare feiten te vervolgen en te berechten, samengevat in de regel *tout poursuivre et tout juger*[159] en anderzijds het recht van individuele vrijheid. Deze uitkomst is niet verrassend als men bedenkt dat de uitleg die aan het verbod van herhaling werd gegeven de uitleg van de revolutionaire hervormers zelf was. De cassatierechter liep immers volledig aan de leiband van de *Convention Nationale*.

De gevolgde principes leidden tot de plicht tot berechting ineens; het is een positieve invulling van het inquisitoire principe, namelijk een principe dat leidde tot de verplichting om alle bekende feiten van hetzelfde historische gebeuren ineens af te doen. Dit was een benadering die paste in de geest van die tijd, die immers de individuele rechtszekerheid stelde boven het publieke belang van gerechtigheid. Dat kon, omdat de nieuwe strafrechtspraak op groot publiek vertrouwen kon rekenen; dat was althans de doelstelling van de wetgevers van de intermediaire periode geweest.

De regel die in de Grondwet en in de wet op de juryrechtspraak van 1791 was opgenomen ter bescherming van de juryvrijspraak - *Tout homme acquitté par un juré légal, ne peut plus être repris ni accusé à raison du même fait* - welke regel in de *Code des délits et des peines* werd herhaald, betekende dus niet dat het verbod van herhaling zich tot de juryvrijspraak beperkte. Het *maxime non bis in idem*, als onge-

---

158 Verruimde bevoegdheid wordt naar huidig Frans recht '*plénitude de juridiction*' genoemd, art. 231 CPP, zie Stefani 2008 (PP), par. 535 en 557, verwijzing met '*renvoyer l'affaire*', art. 540 en 469 CPP voordien in de artt. 159-161, 191-193 en 212-214 en 363-365 CIC. Door Stefani 2008 (PP) i.v.m. de regel *non bis in idem* vermeld.

159 Vgl. Garraud 1929 (VI), p. 233.

schreven bron van recht, bleef ongeacht deze wetgeving bestaan. Geconcludeerd moet daarom worden dat de expliciete regeling van de juryvrijspraak er slechts toe diende het gezag van de jury te onderstrepen. Dat gebeurde enerzijds door het verbod van herhaling en anderzijds door de uitsluiting van rechtsmiddelen.

3.2.6 De juryrechtspraak verloor terrein maar verdween niet

De revolutionaire wetgeving van 1791 was tijdelijk. Zij overbrugde de periode tussen de radicale ommekeer in 1789 en de Codes van de nieuwe keizer, Napoleon I. Na de inwerkingtreding van de *Code des délits et des peines* in 1795 werd de competentie van de lagere rechtbanken telkenmale vergroot en werden dus steeds meer strafzaken van enige importantie zonder jury berecht.[160] Ook werden al snel bijzondere rechtbanken ingesteld voor de berechting van bijzondere misdrijven, zoals roverij. Deze spraken recht zonder jury.[161] Er werd een enquête onder de gerechten gehouden over het behoud van de jury[162] en er vond uitvoerig debat over plaats in de *Conseil d'État*.[163] In 1804 werd een krachtig pleidooi gehouden voor de wederinvoering van de tussenbeslissing, de *plus ample informé*. Men vond dat een vrijspraak niet altijd een 'triomf' voor de verdachte zou moeten zijn.[164] De juryrechtspraak leek kortom op de tocht te staan. Maar alle bedenkingen tegen de jury leverden uiteindelijk geen stof voor parlementaire discussie op. 'De artikelen van de *Code d'instruction criminelle* die de teksten uit de wet van 3 *Brumaire An IV* (de *Code des délits et des peines*, wvh) reproduceerden, passeerden zonder discussie alle keren dat ze onder het oog kwamen van de *Conseil d'État*',' schreef Esmein.[165] Het '*paladium of liberty*',[166] de jury, was niet meer uit het strafproces weg te denken.

4. De Code d'instruction criminelle 1808 (CIC)

In 1808 werd de *Code des délits et des peines* vervangen door het wetboek van strafvordering van Napoleon, de *Code d'instruction criminelle,* dat tegelijk met de nieuwe Code pénal (1810) in 1811 in werking zou treden.[167] Dit wetboek zette een stapje verder terug in de richting van het oorspronkelijke inquisitoire proces, vooral voor wat betreft de 'instructie'. Het vooronderzoek kwam terug in handen

---

160 Privey 1906.
161 Stefani 2000, 60, Bossers 1987, p. 12, 13.
162 Esmein 1882, p. 481 e.v.
163 Esmein 1882, p. 505 e.v.
164 Esmein 1882, p. 553. Zie ook Bossers p.17
165 Esmein 1882, p. 553.
166 Woloch 1994, p. 377.
167 De *Code d'instruction criminelle* van 17 november 1808, werd op 27 november afgekondigd. De beide wetboeken traden op 1 januari 1811 in werking.

van een onderzoeksrechter in een voornamelijk schriftelijke en geheime procedure. De *jury d'accusation* - die in 1791 een voorlopig einde had gemaakt aan het alleen-vervolgingsrecht van de Procureur du Roy - werd geschrapt en vervangen door de uit professionele rechters bestaande *chambre d'accusation*. Het paste niet meer in de bestaande opvattingen dat het 'aan de medeburgers was om te bepalen of de verdachte werd beschuldigd', vond de Keizer.[168] Het schrappen van die jury stond overigens wel op gespannen voet met de tekst van de verschillende Constituties, die immers een jury van inbeschuldigingstelling vereisten. Dit werd echter vindingrijk opgelost: 'De constituties geboden een *jury d'accusation* maar verboden niet die binnen een gerecht te plaatsen'.[169] Nu de *jury du jugement* werd behouden, vervulde die de door de Grondwet vereiste beschermende rol tegen te snelle ontneming van burgerlijke rechten. De *Code d'instruction criminelle* 1808 herhaalde in artikel 360 CIC, de regel van artikel 426 *Code des délits et des peines*:

> *Toute personne acquittée légalement ne pourra plus être reprise ni accusée à raison du même fait.*

Hoewel artikel 360 CIC - anders dan de Code van 1795 - niet expliciet verwijst naar de vrijspraak door een juryrechtbank, laat de plaats van de bepaling - in titel II 'over zaken die aan de jury moeten worden onderworpen' - er geen twijfel over bestaan dat het voorschrift nog steeds met de juryrechtspraak was verknocht. Het appel tegen juryuitspraken bleef eveneens uitgesloten. Het effect van de vrijspraak werd bovendien nog versterkt: het cassatieberoep tegen vrijspraken, op louter juridische gronden, kon voortaan alleen nog in het belang van de wet worden ingesteld en dus niet ten nadele van de verdachte eindigen (art. 409 CIC).[170] Anderzijds lijkt de regel die het verbod van een tweede vervolging uitdrukte iets te zijn versmald ten opzichte van zijn voorganger en wel door de toevoeging van het adjectief '*légalement*': alleen de *wettig* tot stand gekomen vrijspraak zou worden beschermd. Ook deze toevoeging wordt wel gezien als een voorbeeld van het terugvallen op oude gewoontes.[171] Uit het nieuwe artikel 409 CIC kon echter volgens de latere commentatoren, Hélie en Garraud, worden

---

[168] Het argument dat Duport de Nationale Assemblee had voorgehouden, zie Esmein 1882, p. 429.

[169] Citaat Locré in Esmein 1882, p. 526: '*les constitutions, dit il* (de wetgevingsjurist Treilhard, wvh) *ordonnent qu'il y aura un jury d'accusation, mais elles ne défendent pas de le placer dans un tribunal*'.

[170] Art. 409 CIC: *Dans le cas d'acquittement de l'accusé, l'annulation de l'ordonnance qui l'aura prononcé et de qui l'aura précédé ne pourra être poursuivi par le ministère public que dans l'intérêt de la loi et sans préjudicier à la partie acquittée*, zie ook Esmein 1882, p. 553.

[171] Volgens Najarian 1973, p. 122 is de toevoeging rechtstreeks ontleend aan Jousse 1771, derde boek, nr. 36, p. 17, 'een vonnis waarin de vormen niet in acht zijn genomen kan geen enkel effect hebben'.

afgeleid dat de toevoeging van '*légalement*' aan artikel 360 CIC geen betekenis had. Immers, indien alleen een volgens de wet (*légalement*) tot stand gekomen vrijspraak werd beschermd, dan was het niet logisch om in artikel 409 vast te leggen dat een niet in overeenstemming met de wet tot stand gekomen vrijspraak geen nadeel aan de vrijgesprokene toebracht. De redactie van artikel 360 CIC berustte met andere woorden op een wetgevingsfoutje.[172]

Ook bij artikel 360 CIC moet worden opgemerkt dat deze bepaling niet de weergave was van het totale *maxime non bis in idem.* De ongeschreven regel bleef eenvoudig daarnaast bestaan. Merlin bevestigde dit in 1813. Hij schreef:

> '(…) *mais il est évident que ces jugements et ces arrêts ont l'autorité de la chose jugé et que par conséquent ils donnent lieu en faveur des prévenus ou des accusés qu'ils acquittent, ou qu'ils condamnent à peines trop douces, à l'application de la règle Non bis in idem*',
>
> 'Er staat niets in de wet over het gezag van andere gewijsden, maar het is duidelijk dat deze uitspraken en vonnissen gezag van gewijsde hebben en dat ze als gevolg daarvan plaats geven aan de toepassing van de regel *non bis in idem* in het voordeel van de verdachten of beschuldigden die zij vrijspreken of veroordelen, of tot een te lichte straf veroordelen.'[173]

In de *Code d'instruction criminelle* werd de regeling van de vragen aan de leden van de jury versimpeld. Het was een kleine wijziging met grote gevolgen voor de rechtspraak over de uitleg van het feitsbegrip. Dat volgt uit de jurisprudentie van het *Cour de Cassation* van na 1811.[174]
Het strafproces volgens de *Code d'instruction criminelle*, dat iets minder open van karakter was dan de *Code des délits et des peines*, maar lang niet zo geheim als onder de *Ordonnance Criminelle* 1670, verhinderde niet dat ook in de negentiende eeuw nog veelvuldig sprake was van 'schandalige' vrijspraken. Omstreeks 1830 was dat aantal weer rond de veertig procent. De op de juryrechtspraak betrekking hebbende literatuur besteedt hieraan ruim aandacht. De in de tussenperiode

---

172 Hélie 1866 (II), nr. 990 e.v., Garraud 1929 (VI), nr. 2250.

173 Merlin 1813, p. 607 en p. 609 l.k. Vgl. Ortolan 1864 (II), p. 284 : '*Nulle part elle ne s'y rencontre formulée d'une manière générale'*(…) *Il y a là un principe supérieur qui, même en l'absence de texte, par la seule force de la raison du droit, étend son empire*.' Garraud 1929 (VI) p. 210: 'De wetgever heeft het niet nuttig geoordeeld om met zoveel woorden een regel vast te leggen die algemeen werd erkend'.

174 CdC *29 octobre 1812* (Diffis), Merlin 1827, p. 168 (268) r.k.: *ce serait évidemment contrarier l'esprit de la loi et faussement appliquer l'art. 360, que d'en étendre le principe indistinctement à tous les caractères de criminalité sous lesquels le fait de l'accusation est caractérisé par la loi, et sur lesquels il n'y a eu ni accusation ni déclaration de jury*. Hierover meer in Hoofdstuk 12, par. 3.

aangebrachte strikte grens tussen veroordeling en vrijspraak daarentegen wordt opvallend genoeg niet meer geproblematiseerd. De roep om herinvoering van de middenbeslissing lijkt na de invoering van de *Code d'instruction criminelle* definitief verstomd.

5. De terugkeer van gratie en herziening

De instituten van gratie en herziening, de *lettres du Prince* of *lettres du Roi*, die in 1791 waren afgeschaft keerden langzaam weer terug.[175] Gratieverlening werd in 1802 een prerogatief van de consul,[176] in 1804 een exclusieve bevoegdheid van de keizer.[177] Voor de herziening van een vonnis dat overduidelijk op dwaling berustte had de Nationale Conventie in 1793 al een uitzondering gemaakt. De aanleiding daarvoor was een geval van twee met elkaar onverenigbare vonnissen.[178] De *Code d'instruction criminelle* van 1808 breidde de mogelijkheid van herziening uit met nog twee situaties. Behalve wegens strijdigheid van vonnissen was er voor revisie reden indien iemand veroordeeld was wegens een levensdelict en het slachtoffer bleek na die veroordeling nog in leven te zijn, en indien een veroordeling had plaats gevonden op basis van een valse getuigenis.[179] Er waren dus drie gronden voor herziening; deze konden slechts tot voordeel van de veroordeelde strekken en niet tot zijn nadeel. Deze regeling, *la révision*, is in 1895 en 1989 verder uitgebreid ten gunste van veroordeelden.[180]

6. Conclusies Droit intermédiaire en CIC

6.1 Breuk met verleden

De hervormingen die de Nationale Assemblee in 1791 doorvoerde, rekenden af met de hardheid en de willekeur van het strafproces onder het Ancien Régime. Juryrechtspraak in criminele zaken verving de rechtspraak op basis van erfelijke en koopbare rechten. De jury werd symbool voor individuele vrijheid en rechtszekerheid. Hoger beroep tegen juryuitspraken werd uitgesloten, cassatie was

---

175 Esmein 1882, p. 554.

176 Constitutie van het Consulaat (Bonaparte), 4 augustus 1802, art. 86.

177 Constitutie onder het eerste Keizerrijk, 18 mei 1804, art. 1.

178 Twee lieden waren elk afzonderlijk wegens hetzelfde delict veroordeeld terwijl de ene veroordeling de andere uitsloot, vlg. Hélie 1867 (VIII), p. 520 en 535, Esmein 1882, p. 557, Garraud 1928 (V) p. 270.

179 Art. 443 CIC.

180 Thans is *Révision* geregeld in art. 622 CPP. In 1895 is als vierde grond het 'novum' toegevoegd, Simons 1925, p. 311, Borgman 1899, p. 21 e.v. Deze grond is bij wet van 23 juni 1989 aanzienlijk verruimd.

slechts mogelijk op punten van recht, en onder de *Code d'instruction criminelle* zelfs alleen nog 'in het belang der wet'. De juryuitspraak kreeg het hoogste gezag. Niet alleen werd gebroken met de wijze waarop rechters werden 'geboren', ook keerde men zich af van de geheime schriftelijke procedure en het positiefwettelijk bewijsstelsel, *le système des preuves légales*. De procedure voor de jury was openbaar en mondeling en de leden van de jury oordeelden op basis van hun innerlijke overtuiging. Deze veranderingen maakten een definitief einde aan de praktijk van de middenbeslissingen, de *plus ample informé* en de *hors de Cour*. Er bestond - na volledige berechting - geen behoefte meer aan een 'derde weg'. Sterker nog, het niet-beslissen zou in strijd zijn met het karakter van de juryrechtspraak. Er ontstond kortom strafrechtspraak met einduitspraken, waaronder vrijspraken, die vrijwel onaantastbaar waren. Ondanks de turbulentie van de Revolutie keerde de middenbeslissing niet terug. De afschaffing van het gebruik van de middenbeslissing als semi-einduitspraak en straf van onbepaalde duur, kan gezien worden als één van de grote verdiensten van de revolutionaire Nationale Assemblee.

6.2 Oplossing voor de middenbeslissing

Door de berechting los te koppelen van de inbeschuldigingstelling en zo het proces in twee te knippen, werd een andere middenweg bereikt, die van de mogelijkheid van voortzetting van de vervolging wegens nieuwe bewijzen na een *non lieu* van de *jury*, later de *chambre d'accusation.*

6.3 De betekenis van artikel 360 CIC

De onherroepelijkheid van het *chose jugée* werd evenwel in de wetgeving van de *période intermédiaire* niet in algemene termen vastgelegd. Slechts aan de juryvrijspraak werd de regel verbonden dat een tweede aanhouding of vervolging was uitgesloten. Deze regel onderstreepte het gezag van de uitspraak en diende tot meerdere zekerheid van degene die aldus was vrijgesproken.[181] De regel stond naast het *maxime*. Hij kan ook worden gezien als een surplus, als een extra waarborg boven op het *maxime non bis in idem*, als een verworvenheid van de Revolutie. Een nog verder gaande opvatting zou kunnen zijn, dat de bepaling in artikel 360 Code d'instruction criminelle niet in de eerste plaats de verwoording is van het beginsel *non bis in idem* als rechtszekerheidsbeginsel, maar louter diende ter bescherming van het gezag van de jury, immers bleef het *maxime* ongewijzigd bestaan zoals het altijd had bestaan, gedragen door twee klassieke pilaren, de

---

[181] Rassat 1997, p. 214, ziet als oorzaak van de snelle wettelijke bekrachtiging van het verbod van herhaling vooral de afkeer van de toepassing van de *plus ample informé*. Die opvatting getuigt m.i. van een onvolledige benadering van de historische ontwikkeling. De kracht van het gewijsde werd niet bereikt door de vastlegging van de regel - die bovendien in reikwijdte zeer beperkt was - maar door het herstel van de vrijspraak.

Romeinse *Ulpianus*-regel en de canonieke regel '*de his*'.

6.4 Het moderne inquisitoire principe

In de intermediaire periode stelde men de individuele vrijheid van de burger zo hoog dat hem een recht op berechting-in-eens werd toegekend; dit verplichte de autoriteiten tot een vervolging en berechting van alle aspecten van hetzelfde historische gebeuren in eens: *tout poursuivre et tout juger*. Dit moderne inquisitoire principe zou in 1812 door een wijziging in de regeling rond de vragen aan de *jury du jugement* in 1808 weer worden verlaten. Welke ingrijpende gevolgen dit had voor de uitleg van het feitsbegrip wordt besproken in Hoofdstuk 12.

Deel IV

Nederland

Deel IV
Nederland

Inleidende opmerkingen en overzicht van dit deel

De in het vorige hoofdstuk beschreven ontwikkelingen in Frankrijk hadden de Lage Landen niet helemaal onberoerd gelaten. Beccaria's ongezouten kritiek op het strafrechtelijke stelsel viel er in vruchtbare aarde.[1] Van zijn *Dei delitti e delle pene* verscheen er in 1768 in een Nederlandse uitgave die was voorzien van een lovende toelichting van de hand van Voltaire. Vooral het gebruik van de pijnbank, één van de eigenaardigheden van het strafproces waarop ook Beccaria zijn pijlen had gericht, was in de Nederlanden al lange tijd onderhevig aan kritiek.[2] De toepassing van het strafrecht stond echter niet in een zo ongunstig aanzien als in Frankrijk, waar vooral de wijze van uitbating van het justitieambt en de willekeur werden veroordeeld. In de Nederlandse gewesten bestond echter wel onvrede over de inrichting van de rechterlijke organisatie en de versnippering van de regelgeving.[3] Daarin hadden de Criminele Ordonnantiën van Philips II, uitgevaardigd in 1570, geen eenheid kunnen brengen. Integendeel, de heersende opvatting was dat de soevereiniteit op het gebied van wetgeving berustte bij de Staten, dus bij elk van de zeven provincies apart. Slechts het gezag met betrekking tot buitenlands bestuur en verdediging was overgedragen aan een overkoepelend orgaan, de Staten-Generaal. In wezen was het immers alleen het verzet tegen de onderwerping aan een vreemde landsheer, Philips, geweest dat hen bond.[4]

Zo werd de inrichting van de rechterlijke organisatie aan het einde van de achttiende eeuw beheerst door het soevereine recht van elke provincie en golden daarnaast de rechten en privileges van edelen, steden en regenten.[5] Over de geldigheid van de door Philips II opgelegde wetten bestond geen enigheid en ook al

---

1 De Monté ver Loren 1956 nam Beccaria op in zijn 'Geschiedenis der Nederlandsche rechtswetenschap', p.171, omdat de vertaling van zijn werk 'een zeer grooten invloed op onze strafrechtswetenschap heeft uitgeoefend'. Beccaria vond onder meer volgelingen in Amalry (1750-1811) en de hierna te noemen Calkoen (1742-1818), zie Faber 1987, p. 177, en p. 181. Ook Willem Schorer, lid en later president van de Raad van Vlaanderen, wordt gezien als 'medestander', zie Van de Vrugt 1982, p. 39.

2 Vgl. De Wind 1827 en Van Hall 1838, die onder meer verwijzen naar Johan van Heemskerk (1597-1656, Batavische Arcadia) en Daniël Jonktijs (1600-1654, Over de pijnbank). Matthaeus had in zijn *De Criminibus* de tortuur al uitvoerig bekritiseerd (Van de Vrugt 1982, p. 37, 38, geeft een overzicht van zijn argumenten vóór en tegen).

3 Vgl. Huussen 1979, p. 644.

4 Lokin en Zwalve 2001, 280 e.v., 'De staatsinrichting'.

5 Monté ver Loren/Spruit 2000, p. 266 (nr. 226) e.v. over de Unie van Utrecht van 1579 en p. 305 (nr. 257) e.v. over de Bataafse omwenteling.

werden zij wel toegepast, elke rechter gaf daar zijn eigen uitleg aan.[6] Sommige steden beschikten op basis van verworven rechten over bijzondere strafvorderlijke regels.[7] Deze verschillende regels botsten soms met elkaar en konden aanleiding geven tot verwarring.[8] Maar al mag er dan sprake zijn geweest van een 'droevig allegaartje',[9] een ongeregeld zooitje was het nu ook weer niet. Faber laat zien dat de verschillende rechtseenheden in staat waren ook op het gebied van het strafrecht met elkaar samen te werken en dat er bijvoorbeeld tussen de steden regelmatig uitwisseling van juridische adviezen plaatsvond terwijl bijvoorbeeld de stad Amsterdam raadgevingen stuurde naar het omringende platteland.[10]

Vanaf het einde van de zeventiende eeuw bestonden er in het gewest Holland initiatieven om tot modernisering van het strafproces te komen, maar de uitvoering van deze plannen werd steeds in handen gelegd van over het algemeen behoudzuchtige magistraten.[11] Zo had de commissie die in 1734 was ingesteld tot hervorming van het strafproces zich wel de vraag gesteld in welk opzicht de rechtspositie van de beschuldigde kon worden verbeterd, maar was zij te huiverig

---

6 Vgl. De Bosch Kemper I, Inleiding, Hoofdstuk 3, i.h.b. p. XCVII.

7 Zo beschrijft Moorman van Kappen 1997 de Nijmeegse Ordonnantie van 1614. Nijmegen zat ingeklemd tussen de wetgeving van Karel V (de CCC) en die van Philips II. De Nijmeegse Ordonnantie kende bijzondere waarborgen voor verdachten en veroordeelden en nabestaanden, als 'een stukje specifiek Nijmeegs recht' (p. 343).

8 Greeven 1800, p. 9.

9 Moorman van Kappen 1977, p. 118. Zie de door hem aangehaalde conceptmissive aan de nationale Vergadering van de Constitutiecommissie van 22 juli 1796, opgenomen in De Gou 1975, p. 165.

10 Faber 1983, p. 15, 16 jo. 225 e.v. Een voorbeeld is te vinden in Voorda 1792, p. 373 (over de uitleg van art. 42 Stijl).

11 De Bosch Kemper I, Inleiding, par. 12. Zie ook Bosch 1953 voor een beschrijving van de uitwendige wetsgeschiedenis van de Hollandse hervormingsplannen en Bosch 1956, 1957 en 1958 over de inhoud van deze initiatieven. Over de behoudzucht van de rechterlijke macht schrijft hij in het bijzonder, 1956, p. 213: 'De magistratuur zat wat de crimineele praktijk betreft vastgeroest in haar routine'; 1957, p. 274, 5: 'Werkt men zich in de praktijk van de 17de en 18de eeuwse strafrecht in en maakt men zich los van de sophismen, waarmee de schrijvers hun verdediging van de geldende strafprocedure plachten te omkleden, dan dringt zich toch bijna onweerstaanbaar de vraag op waarom een in het algemeen bekwame en ontwikkelde magistratuur, die in vergelijking met de grote landen om ons heen zeker gematigd mocht heten, zo krampachtig aan de pijnbank blijven vasthouden .'; p. 277: 'In wezen zijn het dezelfde fouten waarop de rechter door alle eeuwen heen lek vaart: halve wetenschap en formalisme'; p. 283: 'Wanneer men er van uitgaat dat hier een beeld wordt gegeven van de in Holland geldende procespraktijk met de bedoeling deze ook op het platte land ingang te doen vinden dan kan men niet zeggen, dat de geest van de nieuwe tijd zoals die zich in het binnen en buitenland ten aanzien van het strafproces had geuit, vaardig was geworden over de Hollandse magistraten, die toen nog maar een goede 20 jaar van de revolutie verwijderd waren'; 1958, p. 198: 'De magistratuur leefde in de eerste helft van de XVIIIde eeuw geheel in de ban van een zeer sterk juridisch formalisme'. Zie ook Van Heijnsbergen, p. 141, 142, over de voorstellen van de commissies tot het beperken (niet: het afschaffen!) van het gebruik van de pijnbank.

geweest voor langdurige processen en 'misbruik' van de kant van de beschuldigde om de beoogde rechten daadwerkelijk vast te leggen. Het ging onder meer over het recht op bijstand, afschrift van de stukken, hoger beroep en maximering van de voorlopige opsluiting.[12]

Het straf- en strafprocesrecht in de Republiek lag er ten tijde van de Franse Revolutie kortom verouderd en versnipperd bij. Toen de Fransen er in 1795 binnentrokken was het land meer dan rijp voor staatkundige verandering en stond modernisering van de strafwetgeving hoog op de prioriteitenlijst. Maar hoewel men haast had, verliep de Bataafse omwenteling vergeleken met de Franse Revolutie tamelijk rustig. De justitiële instellingen werden niet omvergeworpen en er rolden geen koppen. Het verschil kan te maken hebben gehad met de gewestelijke verscheidenheid, met het ontbreken van spectaculaire, de publieke opinie mobiliserende, strafprocessen zoals die tegen Calas,[13] maar kan ook het gevolg zijn geweest van een in verhouding minder onderdrukkend en wreed strafrechtelijk apparaat.[14] Zo besloot de gevluchte Fransman Gabriël de Pierre-Buffière (1749-1791), graaf van Mirabeau, het poorterschap van Amsterdam te kopen vanwege de rechtsbescherming die deze status hem bood. Hij schreef hierover:

> 'Ik heb dat besluit genomen omdat Amsterdam bijzondere privileges heeft; ik ben hier gevrijwaard voor allerlei onaangename verrassingen, want ik kan niet gearresteerd worden zonder eerst officieel gedagvaard te zijn. Geen enkele burger kan in zijn woning gearresteerd worden, zelfs niet voor het meest afschuwelijke misdrijf, zonder dat de voltallige magistraat daarbij aanwezig is, en vaststelt dat de beschuldiging gegrond is. Een aangeklaagde moet volgens de regels van de wet vrijgesproken óf veroordeeld worden. Aan welke toverkunst is dat wonder te danken? Wel, aan de steun die de wetten bieden, en door hun strikt consequente toepassing. In dit gelukkige land weet iedere burger dat hij evenveel rechten heeft als de aanzienlijke regent; hij zal zijn verdiende straf niet ontlopen, maar hij hoeft niet bang te zijn voor willekeur en dwang.'[15]

---

12 Hierover Bosch 1956, p. 202, 203 en 1958, p. 179-198.

13 Vgl. Bosch 1957, p. 273 en de briefwisseling over dit onderwerp in oktober 1762 tussen Belle van Zuijlen en haar aanbidder Constant d'Hermenches in: Van den Bergh 1987, p. 30, 32, 33 en 34. Zie ook Hoofdstuk 5, par. 3.2.1.

14 Van Boven (1990) schetst bijvoorbeeld een genuanceerd beeld van de trekken van de Nederlandse strafrechtspleging tijdens het Ancien Régime en Faber (1983) doet hetzelfde ten aanzien van de Nederlandse strafrechtspleging in de achttiende eeuw in Amsterdam. Ook het lyrisch commentaar op de Ordonnantiën van Van Hall bevestigt het beeld dat de wetgeving van Philips 'mild' was. Hij merkte op dat de Criminele Ordonnantiën in verhouding tot bijvoorbeeld de Franse Ordonnantie van 1670, 'menslievender' en 'voorzichtiger' waren, Van Hall 1838, p. 78.

15 Citaat uit een brief aan een vriend, geciteerd door Haasse 1990, p. 182. Het hier door De Pierre-Buffière bezongen rechtssysteem heeft echter niet kunnen voorkomen dat hij op verzoek van de Fransen werd opgepakt en uitgeleverd.

Of het nu kwam door de staatkundige verhoudingen in de Republiek, of doordat misstanden op het gebied van de strafrechtsuitoefening met minder bezieling aan de kaak werden gesteld[16] of door een werkelijk mildere uitoefening van de strafrechtelijke justitie, dan wel door een verschil in 'gevoelsreactie' tussen beide volken,[17] de hervormingen op strafrechtelijk terrein verliepen in de Nederlanden zonder al te veel commotie[18] en binnen de door de Fransen toegestane grenzen.[19]

Het doel van de politieke hervormingen, waaraan een schermutseling tussen de zogenaamde unitarissen en federalisten vooraf ging,[20] was het stichten van een eenheidsstaat met wetten die voor iedere burger in de gehele Republiek gelijk zouden zijn. Deze doelstellingen werden verwoord in de Staatsregeling van 1798. Na de totstandkoming van deze eerste constitutie was de totstandbrenging van de wetten, in het bijzonder die voor het straf- en strafprocesrecht, de eerste zorg. Een jaar later, in 1799 lag er een wetboek voor 'de Manier van procederen in criminele zaken' en in 1801 en 1804 verschenen ontwerpen voor een 'Lijfstraffelijk wetboek'. Het wachten was op de inrichting van de rechterlijke organisatie. Dit wachten duurde te lang. Napoleon werd ongeduldig. De Nederlanden werden in 1811 onderworpen aan de Franse wetgeving en het codificatieproces werd afgebroken. Van 1811 tot 1813 golden de Franse wetten. Toen de draad in 1813 weer kon worden opgepakt, besloot de regering om de bestaande Franse wetgeving zolang te behouden. In 1838 verscheen eindelijk het Nederlandse Wetboek van Strafvordering; in 1886 volgde het Wetboek van Strafrecht. In deze wetgevingsgeschiedenis kregen het verbod van herhaling en de kracht van het gewijsde ruime aandacht. Dit resulteerde in het verbod van herhaling in artikel 68 Wetboek van Strafrecht, de bepaling die de 'belichaming' wordt genoemd van de Nederlandse regel *ne* of *non bis in idem*.[21]

---

16 In Nederland werd de verspreiding van anonieme pamfletten wel gebruikt om de aandacht te vestigen misstanden, zoals in 1778 het pamflet tegen de drostendiensten, van Joan Derk van der Capellen, tevens de auteur van 'Aan het Volk van Nederland', de in 1781 anoniem verspreide oproep tot staathervorming. Het pamflet wordt gezien als het startsein tot de patriottenbeweging. Over Van der Capellen zie Haasse 1990.

17 Volgens Fockema Andreae (1962) was vooral het verschil in 'de gevoelsreactie nog meer dan de verstandelijke' tussen Frankrijk en Nederland groot. De aanduiding 'volk' voor de Nederlandse gebieden gaat mogelijk echter uit van een eenheid die niet bestond.

18 De enige commotie die ik heb kunnen ontdekken, betrof de onrust onder de Amsterdamse magistraten over het tekort aan opsluitcapaciteit toen de pijnbank zou worden afgeschaft, zie Hoofdstuk 8, par. 2.1.

19 Kossmann 1986, p 80; Van Boven 1990, p. 62.

20 Over dit conflict Van Boven 1990, p. 72 en Van den Berg 1996, Deel IV.

21 Dat gebeurde in de wetsgeschiedenis zowel bij de invoering van het Wetboek van Strafrecht (MvA OSv 1838, Processen-verbaal 1835/1836, no. 17b, p. 6, ook aangehaald in Voorduin VII, p. 136), als bij de invoering van het Wetboek van Strafrecht (MvT bij art. 68 Sr, Smidt 1891, p.

Plan van behandeling

Aan de hand van de hiervoor geschetste wetsgeschiedenis worden in de hierna volgende vier hoofdstukken over Nederland de ontwikkeling van het gewijsde en het verbod van herhaling beschreven. Deze hoofdstukken bestaan uit vier elkaar opvolgende tijdvakken: van de afkondiging van de Ordonnantiën in 1570 tot aan de Bataafse omwenteling in 1795 (Hoofdstuk 7), van de Bataafse Republiek tot aan de inlijving bij Frankrijk in 1811 (Hoofdstuk 8), van het vertrek van de Fransen in 1813 tot aan de inwerkingtreding van het Wetboek van Strafvordering in 1838 (Hoofdstuk 9) en van 1838 tot aan de inwerkingtreding van het Wetboek van Strafrecht in 1886 (Hoofdstuk 10). Om de Nederlandse geschiedenis van het verbod van herhaling te completeren volgt in het slotdeel van dit boek (Deel V) een beschrijving van de ontwikkeling van het verbod van herhaling in rechtspraak en doctrine vanaf de negentiende eeuw tot heden (Hoofdstuk 13). Daarin wordt in het bijzonder aandacht besteed aan de rol van 'nieuwe bezwaren'.

503) en onlangs bij de indiening van het wetsvoorstel 'Herziening ten nadele', *Kamerstukken II*, 2008/09, 32044, 3, p. 9.

Hoofdstuk 7
Nederland 1570-1795
Van de Zeven Verenigde Nederlanden naar de Bataafse Republiek

1. De Ordonnantiën van Philips II

1.1 Betekenis en karakter van de Criminele Ordonnantiën

In 1570, toen de opstand tegen Spanje inmiddels twee jaar aan de gang was, kondigde Philips II voor 'zijne Nederlanden' algemene regels voor het straf- en strafprocesrecht af.[1] Deze zogeheten Criminele Ordonnantiën vormden een drieluik, bestaande uit de Ordonnantie 'op de Criminele Justitie',[2] 'op de Cijpiers',[3] en 'op de Stijl'.[4] De eerste, op de Criminele Justitie, regelde de strafrechtshandhaving in het algemeen, de tweede, op de Cijpiers, gaf instructies voor de bewaring van gevangenen en de derde, op de Stijl, bevatte regels voor de manier van procederen in strafzaken.[5] Philips II volgde met het uitvaardigen van deze wetgeving het voorbeeld van zijn vader Karel V die in 1532 ten behoeve van zijn Heilige Roomse Rijk de *Constitutio Criminalis Carolina* had laten opstellen. Anders dan zijn vader wilde Philips het plaatselijke recht niet in alle opzichten eerbiedigen, maar trachtte hij zijn wil op te leggen. Hij liet aan zijn Ordonnantiën niet een zogeheten salvatorische clausule voorafgaan, zoals bij de *Carolina* was gebeurd,[6] maar stelde

---

1 'De Criminele Ordonnantiën van Koning Philips van Spanje, laatste graaf van Holland, ten dienste van zijne Nederlanden uitgegeeven,' opgenomen in Voorda 1792, in zowel het Frans als het Vlaams-Nederlands. De door mij geciteerde artikelen uit de Ordonnantiën heb ik aan deze uitgave ontleend.

2 *Ordinancie edict ende gebot, onssheeren des conincx, op tstuck van de crimineele justicie in dese zyne Nederlanden*, van 5 juli 1570, Voorda 1792, p. 1. De Bosch Kemper I, p. LXXXVI vat de hoofdlijnen samen.

3 *Ordinancie, regel ende instructie op tstuck vande cypiers ende bewaerders van vangenissen, waervan insgelycx mentie gemaect is in deynde van dese ordinacien*, in Voorda 1792, p. 51.

4 *Ordinancie onss Heeren des Conincx, aengaende den styl generael: Diemen voirtaen sal onderhouden ende observeren inde procedueren vande criminele zaken ende materien, in dese zyne Nederlanden*', in Voorda 1792, p. 55.

5 De termen 'crimineel' en 'criminele' zijn in dit hoofdstuk synoniemen voor 'straf-' en verwijzen niet, zoals in het slot van het deel over Frankrijk, naar strafzaken met betrekking tot delicten die met '*crime*' werden aangeduid.

6 Zie Hoofdstuk 3, par. 1.2.

zijn wetgeving in de plaats van het plaatselijk geldende recht.[7] Deze actie, die werd geleid door de Hertog van Alva,[8] werd door de edelen en de steden ervaren als grove dwingelandij. Zij ervoeren de afschaffing van een aantal gebruiken en gewoonten als inbreuk op hun rechten en privileges en betwistten daarom de geldigheid van die bepalingen.[9] En aangezien de soevereiniteit van Philips niet werd erkend, was ook de rechtskracht van de Ordonnantiën twijfelachtig. De regels van Philips II hebben het gezicht van de 'criminele justitie' in de Nederlandse gebieden dan ook zeker niet volledig bepaald; invloed hadden ze zeker wel.[10] In sommige gewesten, vooral in Holland en Zeeland,[11] was die groter dan in andere, zoals in Utrecht, Gelderland en Friesland.[12]

De weerstand gold echter voornamelijk de eerste van de drie Ordonnantiën, die op de Criminele Justitie (OCJ). Deze Ordonnantie verbood onder meer de verpachting van ambten, het verlenen van remissie c.q. gratie (kwijtschelding van

---

7 Zoals hierna zal blijken, betreft het hier zeker niet steeds het opleggen van een strenger beleid, maar integendeel bijvoorbeeld, zoals in art. 61 OCJ, de invoering van waarborgen tegen te snelle toepassing van de pijnbank en terdoodveroordeling.

8 Van Spaen 1794, p. 3; Van de Vrugt, p. 84 e.v.

9 Over de werkwijze van de Hertog van Alva m.b.t. de invoering van de Criminele Ordonnantiën en het verzet daartegen, zie Van Spaen 1794. De auteur gebruikte voor zijn verslag de oorspronkelijke archiefstukken van o.a. de griffie van het Hof van Gelderland. Hieruit komt naar voren hoe dit Hof, de stad Nijmegen, en vervolgens het hele Landschap Gelderland, alles in het werk stelden om de invoering van de Ordonnantiën tegen te houden. Het verslag van de houding van Alva verklaart zijn bijnaam 'IJzeren Hertog'. Zie ook Van de Vrugt 1978, p. 157, noot 8, die naar dezelfde bron verwijst.

10 Van de Vrugt, 1978, p. 19, ziet de Ordonnantiën als 'één van de belangrijkste rechtsbronnen', Faber 1983, p. 222, 223, schrijft dat zij 'betekenis hebben gehad'; Volgens Bosch 1948, p. 51 e.v. heeft de Ordonnantie op de Stijl 'ver over haar wettelijke geldigheid heen onze strafrechtprocedure beheerst' en werd deze wetgeving tot 1811 zowel toegepast in de Noordelijke Nederlanden als in 'de buitengewesten' Nederlandsch-Indië en Kaap de Goede Hoop. In Kaap de Goede Hoop is dit procesrecht het zelfs 'zeer goed blijven doen'. Volgens Bosch waardeerde men er de Ordonnantie anno 1805 nog als 'kort en min omslagtig'. Of de Ordonnantiën steeds *kracht van wet* hebben gehad is iets anders; Monté ver Loren/Spruit 2000, p. 254 e.v., i.h.b. p. 257, en Van de Vrugt 1978, p. 169 e.v., zijn dat oordeel wel toegedaan; De Bosch Kemper I, p. XCVII, schrijft daarentegen dat zij 'van geene wetgevende kracht beschouwd (schijnen) te zijn', en dat zij 'omstreeks de helft van de 17e eeuw (…) meer en meer gezag in de praktijk (schijnen) te hebben gekregen', p. CXX. De Ordonnantiën werden na de pacificatie van Gent in 1576 wel als 'geschorst' beschouwd, vgl. Moorman van Kappen 1997 en Voorda 1792, p. 9.

11 Van de Vrugt 1978, p. 172.

12 Zo is het opmerkelijk dat Matthaeus in 1644 niet eenmaal naar de Ordonnantiën verwijst. Kennelijk stonden de Ordonnantiën in de stad Utrecht niet op de eerste plaats. Zie ook Moorman van Kappen 1997. Vgl. De Bosch Kemper I, p. CXIX. Volgens Van Spaen 1794, p. 50, kreeg de Criminele Ordonnantie in de provincie Gelderland nooit verbindende kracht. Ook Friesland lijkt zich niet uitsluitend door de Ordonnantiën te hebben laten leiden, in elk geval niet in de eeuwen die volgden, Voorda 1792, Inleiding p. 15 en 17.

straf tegen een bepaald bedrag),[13] het 'composeren'[14] en het geven van vrijgeleiden en dergelijke, allemaal vrijheden die de edelen en de steden geen windeieren legden.[15]
De nieuwe regelgeving wilde dus de financiële uitbating van het 'criminele' bedrijf aan banden leggen. Er werden daarnaast regels gesteld aan het ambt van rechter[16] en ook werden enkele 'beginselen' van het strafproces vastgelegd, zoals het verbod om iemand op te pakken en op te sluiten zonder bevel van de rechter[17] en het gebod aan de rechter om degene tegen wie onvoldoende aanwijzingen van schuld bestonden weer zo spoedig mogelijk vrij te laten.[18] Voor de justitiabelen waren dit allemaal beschermende bepalingen. De Ordonnantie op de Stijl, over de regels die in acht moesten worden genomen in het strafproces, was minder omstreden dan die op de Criminele Justitie en in elk geval was deze Ordonnantie wederom voor justitiabelen niet ongunstig. De Stijl bouwde voort op het bestaande strafprocesrecht en wilde dit slechts ontdoen van bestaande misbruiken.[19] De werken van Wielant (1441-1520) en De Damhouder (1507-1581) hadden als bron voor dit procesrecht gediend.[20] Het Romeinse recht fungeerde daarbij als aanvullende bron van recht.[21]

De Ordonnantiën schreven dus onder meer regels voor ter verbetering van de kwaliteit van de rechtspraak, ter voorkoming van ambtelijke corruptie, voor de controle op een juiste gang van zaken in de gevangenissen en voor de verbetering van het strafproces. Wat dat laatste betreft verplichtten zij de rechter om tot op het laatst van het proces onderzoek te doen naar de onschuld van de beschuldigde,[22] om niet willekeurig, maar naar evenredigheid te straffen[23] en het onderzoek voortvarend ter hand te nemen. Zij bepaalden niet alleen de spoedige invrijheid-

---

13 Vrolijk 2001, p. 18 e.v., beschrijft de verschillende vormen van gratie (remissie, pardon, en rappel van ban) in de zestiende eeuw.

14 'Composeren' was het gebruik van openbare aanklagers om met de aangeklaagde tot financiële afwikkeling van het strafrechtelijk geschil te komen. Vgl. s'Jacob 1936.

15 Onder meer de artt. 13, 16, 17, 20-24, en 29 OCJ besproken door Moorman van Kappen 1997, p. 331 en bijv. Van Spaen 1794, p. 38 e.v.

16 Art. 1 tot 9 OCJ.

17 Artt. 50 OCJ jo. 2 Stijl.

18 Artt. 53 OCJ jo. artt. 28 en 44 Stijl, hierna te bespreken. Over art. 53 o.m. Van Hall 1838, p. 70 en Van de Vrugt p. 102.

19 De Monté ver Loren/Spruit 2000, p. 254; Van de Vrugt 1978, p. 18; De Bosch Kemper I, Inleiding, Hoofdstuk III, par. 2, i.h.b. p. LXXXV e.v.

20 Van de Vrugt 1978, p.18; Bosch 1948, p. 61 e.v.; vgl. Moorman van Kappen 1997, p. 322, 323 en diens verwijzing naar Monballyu in noot 8.

21 Met dit 'Romeinse recht' werd volgens Van de Vrugt, 1978, p. 96 e.v. en 145, gedoeld op de systematische interpretatie van het gerecipieerde recht zoals die met name door de Italiaanse criminalisten aan de diverse passages uit het Corpus Iuris Civilis was gegeven.

22 Art. 46 Stijl.

23 Artt. 55-64 OCJ.

stelling van degenen tegen wie weinig bewijs voorhanden was maar ook de spoedige voltrekking van de straf aan wie veroordeeld werd.[24] Ook het toezicht op de uitspraak van de rechter, door verplichte openbaarheid, werd vastgelegd.[25] Maar het belangrijkste waren wellicht toch de bepalingen omtrent de gevangenhouding en de gevangenneming en de voorwaarden voor verlening van rechtsingang.[26] Deze bepalingen beschermden de burgers tegen plotselinge en willekeurige inbreuken op hun persoonlijke vrijheid. Volgens Van Hall (1768-1858) moeten de Ordonnantiën vanwege al deze voorschriften worden beschouwd als verlichter dan vergelijkbare wetgeving in de rest van Europa.[27] Hij noemde de Ordonnantiën een 'meesterstuk van gezond oordeel, diepe Regst- en menschenkennis, geregtigheidsliefde en zachtmoedigheid',[28] en al deze kwaliteiten schreef hij toe aan het karakter en de persoon van de veronderstelde ontwerper, Viglius van Aytta (1507-1577), een Fries, die bevriend was geweest met Erasmus en een leerling van de eveneens verlichte Alciatus.[29] Het gematigd karakter van de Ordonnantiën en de aandacht voor een rechtvaardige rechtspraak zal zeker hebben bijgedragen aan het relatief milde strafrechtelijk klimaat dat in de Noordelijke Nederlanden heerste.

Waarschijnlijk omdat de in de Ordonnantiën voorgeschreven 'stijl' van procederen dicht bij het plaatselijk gewoonterecht bleef, heeft zij navolging gevonden. Men zou ook kunnen verdedigen dat het bestaande strafprocesrecht slechts door de Ordonnantiën gestroomlijnd werd en dat de oudvaderlandse manier van procederen, zoals die zich had ontwikkeld uit de samensmelting met het geleerde recht, eenvoudig gehandhaafd bleef. Met name in het gewest Holland werden de Ordonnantiën als belangrijke bron van recht beschouwd. En omdat dit eind achttiende eeuw nog steeds zo was, en het Hollandse recht tot uitgangspunt werd genomen voor de codificatie van de Algemene Manier van procederen van 1799, lagen dus de Ordonnantiën aan de basis van de codificatie van het Nederlandse strafprocesrecht zoals het vóór de Franse overheersing vorm zou krijgen. Zij golden zelfs nog tot in 1811, toen de *Code d'instruction criminelle* in werking trad.[30]

---

24 Art. 47 Stijl.

25 Art. 45 Stijl.

26 Artt. 50 OCJ jo. 2 Stijl, over 'rechtsingang'; zie par. 1.2 hierna.

27 Van Hall 1838, p. 89, 90. Ook Voorda 1792 roemde hun 'voortreffelijkheid'.

28 Van Hall 1883, p. 58.

29 Van Hall 1838, p. 94 e.v. Viglius van Aytta was president van 'de Geheime raad', later van de Raad van State onder Philips II; hij ging door voor 'gematigd' en toonde zich terughoudend op het gebied van de kettervervolgingen. Of hij ook daadwerkelijk de ontwerper van de Ordonnantiën is geweest, is niet zeker, Van de Vrugt 1978, p. 64 (of 1982, p. 15 e.v); wel is zeker dat hij nauw bij de totstandkoming van de wetgeving betrokken was. Over de kritische houding van zijn leermeester Alciatus ten opzichte van de *absolutio ab instantia* zie Hoofdstuk 4, par. 2.

30 Tot die tijd waren de Ordonnantiën niet door een andere regeling vervangen. Het Decreet van 1799 is nooit in werking getreden. Het Koninklijk Decreet waarmee het Crimineel wetboek

Na de Franse overheersing is op de oudvaderlandse recht teruggegrepen zodat het belang van deze wetgeving niet licht kan worden overschat.

Net als andere oude documenten laten de Ordonnantiën van Philips II zich niet gemakkelijk lezen, laat staan begrijpen. Ze zijn van geen andere uitleg voorzien dan de algemene toelichting in de preambules. Wel maakt de onderlinge verwijzing duidelijk dat de Ordonnantiën met elkaar een eenheid vormden; de artikelen van de Ordonnantie op de Criminele Justitie dienden 'woord voor woord' in de Ordonnantie op de Stijl als herhaald te worden beschouwd.[31] De artikelen in beide Ordonnantiën zijn elk afzonderlijk opvolgend genummerd, maar niet nader gerubriceerd, zodat er dus geen indeling is om houvast aan te ontlenen. Zo bestaat er tot op de dag van vandaag onduidelijkheid over de bedoeling van sommige artikelen en over de bedoeling van de volgorde der artikelen.[32] De tekst van de artikelen zelf blinkt ook niet steeds uit in helderheid, ondanks het feit dat de teksten in twee talen zijn verschenen, in het Frans en het Vlaams-Nederlands. De betekenis van de bepalingen – zowel op zich zelf als in onderling verband beschouwd – is derhalve niet steeds helder.[33] Maar behalve dat men de meer algemene doelstellingen kan ontdekken in de preambules kan men voor de uitleg van de artikelen ook te rade gaan bij de 'Practijcke Criminele' van Wielant. Dit werk is immers mede basis geweest voor deze regelgeving. Zo kan er al met al wel een beeld worden geschetst van de manier, de 'stijl', van procederen in strafzaken, zoals die door Philips II werd verordonneerd.

---

werd afgekondigd, bepaalde wel dat alle wetgeving in strijd met dat wetboek werd afgeschaft, evenals het Romeins recht, maar deze bepaling laat het procesrecht, voor zover het niet naar Romeins recht verwijst, onverlet. Vgl. Bosch 1948, p. 71, volgens wie regels omtrent appel van de Criminele Ordonnantiën gelding houden tot 1811, zo ook Drenth, 1939, p. 194, verwijzend naar Van Hall 1838, p. 57, 58. Van Hall, die deel uitmaakte van de Commissie tot regeling van de rechterlijke macht, schrijft dat het Decreet van 1799 niet in werking is getreden 'omdat dit moest wachten op het in werking komen van de departementale Geregtshoven, Burgelijke regtbanken en Vrederegters.', en dat het zo kwam dat de Ordonnantiën tot de aanvang van 1811 'in ons Vaderland behouden en veelal richtsnoer zijn gebleven voor Regters, Openbare Aanklagers en het voorname behoedende bolwerk voor aangeklaagden'. De Criminele Ordonnantiën hebben hun rechtskracht dus niet al definitief verloren op 1 februari 1809 bij de inwerkingtreding van het Crimineel wetboek (anders: Van de Vrugt 1978, p. 155 en 1982, p. 26). Zie ook Hoofdstuk 8, par. 3.3: 'De stand van de rechterlijke organisatie'.

31 Art. 1 Stijl.

32 Vgl. Van de Vrugt 1978, p. 127 en Van de Vrugt 1982, p. 19, 'De systematiek'. Met name de uitleg van de Ordonnantie op de Stijl heeft aanleiding gegeven tot verschil van inzicht. Zo is uitvoerig de vraag aan de orde gesteld welke artikelen over het vooronderzoek en welke over het extraordinaire proces handelden (zie par. 1.2 hierna) en is onduidelijkheid blijven bestaan over de uitleg van art. 53 OCJ en de artt. 42 en 44 Stijl, hierna te bespreken.

33 Bijvoorbeeld art. 42 Stijl, het 'pijnbankartikel', Van de Vrugt 1978, p. 145 e.v.

1.2 Het strafproces volgens de Ordonnantiën

In deze paragraaf geef ik een schets van het strafproces volgens de Ordonnantiën om van hieruit te onderzoeken of, en zo ja hoe, het gewijsde en het gezag van gewijsde in de regelgeving waren ingebed. Gezien het feit dat de Ordonnantiën in 1570 werden uitgevaardigd was dit strafproces vanzelfsprekend gebaseerd op het eerder beschreven middeleeuwse inquisitoire principe, dat wil zeggen dat er 'van officie wegen' werd geprocedeerd om de waarheid te achterhalen. Dit komt al meteen tot uitdrukking in aritkel 7 Stijl:

> *Dat in criminele zaken ende materien geprocedeert sal worden van officie wegen | om de oprechte waerheyt vanden feyte te ondersoucken | Ende dat ordinaerlycken ende extraordinaerlycken by corte dagen ende intervallen van tyde.*

Het artikel laat tevens zien dat het strafproces kon worden gevoerd langs ordinaire of extraordinaire weg. De extraordinaire procedure verdiende daarbij de voorkeur.[34] Slechts indien een zaak van te grote 'importantie en moeilijkheid of duisterheid' was, kon het proces aansluitend in ordinaire vorm, dus op basis van de uitwisseling van schriftelijke stukken, worden vervolgd.[35] De extraordinaire procedure, waarvan de hoofdlijnen zijn beschreven in Hoofdstuk 3, werd derhalve benut voor zaken waarin de schuld gemakkelijk kon worden vastgesteld, wanneer sprake was van een confessie van de beschuldigde en wanneer zich bovendien geen bijzondere rechtsvragen aandienden. Men moet hierbij voor ogen houden dat ook het extraordinaire proces wat betreft gedingstructuur was opgehangen aan een schriftelijke procedure, ditmaal met als processtukken de verslagen van de gehouden verhoren van de beschuldigde en de getuigen en van de 'confrontatiën'.

Deze procedures mochten niet uitdijen. Ook dat volgt reeds uit het hiervoor aangehaalde artikel 7 Stijl. De ordinaire procedure moest in elk geval binnen een jaar, en in uitzonderlijke gevallen binnen twee jaar, 'getermineerd' en 'gewesen' zijn. Deze termijnen stammen rechtstreeks uit het Romeinse recht.[36] Voor de extraordinaire procedure ontbrak een vergelijkbaar voorschrift, maar uit de wel bestaande voorschriften aangaande de ordinaire procedure en uit de in de preambule uitgesproken wens dat procedures korter moesten worden dan ze tot

---

34 Art. 32 Stijl, besproken door Drenth 1939, p. 197 e.v. en Van de Vrugt 1978, p. 124 e.v.

35 Art. 32 Stijl. Over de ordinaire procedure in het strafproces zie Hoofdstuk 3, par. 2.4.3. De ordinaire procedure heeft bestaan tot de Franse tijd, daarna is deze puur civiele wijze van procederen in criminele zaken niet teruggekeerd, Drenth 1939, p. 211. Van der Linden 1798, p. 233 e.v. en 1806, p. 400 en 411, noot 2, geeft een korte beschrijving van beide soorten processen naar Hollands recht.

36 Art. 31 OCJ en 71 Stijl; vgl. de verwijzing van Alciatus Hoofdstuk 4, par. 2.3.

dan toe waren,[37] kan worden afgeleid dat het de bedoeling was dat de extraordinaire procedures, omdat die gepaard gingen met dwang, in elk geval niet lánger mochten duren dan de ordinaire.[38] Ook het principe dat misdaden konden verjaren, moet ten grondslag hebben gelegen aan het in de Ordonnantiën beschreven strafproces, al bevatten die ook op dit punt geen expliciete voorschriften. De Ordonnantiën werden hier aangevuld door het Romeinse, lees: 'geleerde', recht, dat wel verjaringstermijnen voorschreef.[39] Misdaden verjaarden over het algemeen na 20 jaar.[40]

Volgens artikel 2 Ordonnantie op de Stijl kon het strafproces slechts op drie manieren beginnen: door bevel van aanhouding bij betrapping op heterdaad, door een bevel van aanhouding na ingewonnen informatiën en door de dagvaarding door een (civiele) partij.[41] Deze bevelen werden alle drie gegeven door de rechter. Later zouden zij 'bevel van rechtsingang' worden gedoopt.[42] Helaas is onduidelijk gebleven of in de op artikel 2 volgende artikelen in de Ordonnantie op de Stijl het vooronderzoek werd beschreven dat op deze rechtsingang diende te volgen of dat hier al meteen de kern van het extraordinaire proces was vast gelegd.[43] In

---

37 *Alsoe bij onse ordinancie | tegenwoirdelycken gemaect opde reformatie vande justicie criminele | geseyt is | dat wy tot beter administratie van iusticie | abbreviatie oft becortinge vande pocessen | ende verlichtinge van ons ondersaten | souden doen maken eenen generalen stijl* (…) , eerste regel (tweede alinea) van de preambule op de Ordonnantie op de Stijl in Voorda 1792, p. 56.

38 Zo beredeneert bijvoorbeeld Voorda 1792, p. 377, dat de maximale duur van het extraordinaire proces een jaar was. Na dat jaar moest, als de zaak nog steeds niet definitief was beslist, een *absolutio ab instantia* volgen, p. 378. Over Voorda meer in par. 2, hierna.

39 Van Dorst 1985, p. 11.

40 Afhankelijk van het delict, vgl. Matthaeus 1644, 48.XIX.IV, p. 643.

41 Artt. 50 OCJ jo. 2 Stijl, Vgl. Van Hall 1838, p. 77, 78; De Bosch Kemper I, p. LXXXVII. De vormen van rechtsingang dienen wel te worden onderscheiden van de vormen van aanhouding (anders Van de Vrugt, 1978, p. 114). Geen aanhouding was vereist om het criminele proces ordinair te beginnen, door dagvaarding, c.q. derde rechtsingang.

42 Art. 44 Decreet 1799. De verplichte rechtsingang is voortgezet in de wetgeving van 1838, hierna te bespreken, en pas in 1926 komen te vervallen, Harteveld 1990, p. 25.

43 Voorda verdedigde in 1792 dat de Ordonnantie in de eerste 16 artikelen het vooronderzoek beschreef dat vooraf diende te gaan aan het extraordinaire of ordinaire proces, waar Van Leeuwen (1667, 1668) de eerste artikelen alleen tot het extraordinaire proces rekende. Zie hierover Van de Vrugt 1978, p. 112 e.v. Van de Vrugt, p. 122, 123, komt, langs een andere redenering, uit op het standpunt van Voorda. Haar redenering is gebouwd rond de in art. 17 Stijl genoemde 'conclusie van eis', die volgens plaatselijk recht niet vereist was als sprake was van een bekentenis (zie Hoofdstuk 4, par. 1.1 slot). Juist om deze misstand uit de weg te ruimen zou art. 17 de conclusie van eis hebben voorgeschreven en dat zou dan betekenen dat hiermee het proces niet eindigde maar begon (zoals het geval is bij een *litis contestatio*); De Bosch Kemper I, p. XCII, achtte de uitleg van Van Leeuwen meer aannemelijk en beschouwde de eerste artikelen als de uitwerking van 'het extraordinaire proces'; dat is namelijk volgens hem elk proces tegen de gevangengenomen beschuldigde, p. XCII. Het verschil in opvatting is mijns inziens toe te schrijven aan de betekenis die wordt gegeven aan het woord 'proces'. Men kan dit woord reserveren voor het geding in enge zin, dat bestaat uit het wisselen van stukken en dan begint met een conclusie van eis,

dat laatste geval lijken de waarborgen voor de beschuldigde minimaal te zijn geweest.[44]

Hoe het precies verklaard moet worden, door bedoelde of onbedoelde enge uitleg van de Ordonnantiën of juist door berekenend optreden van degenen die met de vervolging en berechting waren belast,[45] is moeilijk vast te stellen, maar duidelijk is wel dat de extraordinaire procedure behalve de door de wetgever aangewezen ook de meest gewilde procesvorm is geworden,[46] in elk geval in het gewest Holland.[47] In deze procedure kwam alle nadruk op de confessie te liggen. Daartoe werd gebruik gemaakt van een onduidelijkheid in de Ordonnantie op de Stijl.[48] De confessie werd aldus het meest gewenste resultaat van een eenmaal begonnen criminele procedure. De plaatselijke regels omtrent de eisen voor strafoplegging en recht van beroep droegen daaraan bij. Deze schreven bijvoorbeeld voor dat de doodstraf een confessie vereiste[49] en dat degene die het feit had beleden geen recht had op hoger beroep.[50] Een bekentenis was dus zowel uit 'crimineel' als uit proceseconomisch oogpunt aantrekkelijk dan wel wenselijk, zozeer dat men het nodig vond om ook bij aanwezigheid van vol ander bewijs nog een confessie af te dwingen. Hoewel deze gewoonte door artikel 61 Ordonnantie op de Criminele Justitie werd verboden '*als wesende tegens Iusticie ende goe-*

---

of zoals we sedert 1838 gewend zijn, voor het geheel van de procedures van voor- en hoofdonderzoek.

44 Vgl. Van de Vrugt 1978, p. 125 e.v.

45 De berekening zou hierin hebben bestaan dat door te vonnissen op bekentenis hoger beroep werd uitgesloten en zo de (stedelijke) gerechten de controle van hogerhand konden ontgaan, vgl. Van de Vrugt 1982, p. 23.

46 Van de Vrugt 1978, p. 123, 148; Bosch 1948, p. 54 en 1957, p. 271, 272, Voorda, 1792, p. 11.

47 Faber 1993, p. 224, Bosch 1956, p. 108, en Van Heijnsbergen 1925, p. 65. Dit blijkt ook uit de werken van Voorda en Van der Linden.

48 Het gaat om de uitleg van art. 42 Stijl, het 'pijnbankartikel'. Simon van Leeuwen (1667) meende dat in de tekst een drukfout stond en interpreteerde de tekst zo dat de pijnbank wel bij volledig bewijs mocht worden gebruikt. Later zou Voorda 1792, p. 371, betogen dat het artikel juist de pijnbank wilde verbieden bij het ontbreken van 'volle halve preuve', (met weglating van 'oft', dat tussen 'volle' en 'halve' staat). Bij die lezing komt tot uiting dat er aanzienlijk bewijs moest zijn voordat tot toepassing van de pijnbank mocht worden overgegaan maar dat dit niet mocht als het bewijs al volledig was. Dit komt overeen met het bepaalde in art. 61 OCJ (zie voor de tekst van dit artikel hierna). Hierover Van de Vrugt 1978, p. 145 e.v.; Drenth 1939, p. 202 en Van Heijnsbergen 1925 p. 72. De Bosch Kemper I, p. XCVI, en Van de Vrugt achten de uitleg van Voorda plausibel.

49 Van Heijnsbergen, 1925 p. 67 e.v.

50 Dit is uitgedrukt in de zegswijze '*confessus non appellat*'.Volgens Bosch 1948, p. 59 e.v. i.h.b. p. 64, Van Heijnsbergen 1925 p. 69 en De Bosch Kemper 1838 I, p. CXXIV, was het hanteren van deze regel een gevolg van stedelijke heerszucht. De steden voorkwamen hiermee de inmenging in de vonnissen van de stedelijke rechtbanken door de in hun ogen bedilzuchtige hoven.

de manieren'[51] bestond dit gebruik ten tijde van de Bataafse omwenteling nog steeds, althans in elk geval in het gewest Holland.[52] De pijnbank was daar bijkans onmisbaar.[53] Pas wanneer uit bewijsmiddelen bleek dat de beschuldigde niet de dader kon zijn, moest hij worden 'geabsolveerd'. Daarmee was de eis aan een 'absolutie' gesteld net zo zwaar als aan een veroordeling.[54] Dit voorbeeld bevestigt datgene wat in de vorige paragraaf werd opgemerkt, namelijk dat de Ordonnantiën weliswaar invloed hadden, maar niet ten volle werden nageleefd.

1.3 Het gewijsde en de exceptie van het gewijsde; artt. 53 OCJ en 43 Stijl

Zoals in de vorige paragraaf is gebleken, hadden de criminele procedures tot doel de materiële waarheid te achterhalen en moesten zij binnen een jaar of uiterlijk binnen twee jaar zijn afgerond. Gestreefd werd dus naar een definitief eindoordeel over de schuld, welk oordeel binnen genoemd tijdsbestek tot stand moest worden gebracht. Ook een vrijspraak behoorde tot de mogelijke uitkomsten van het proces, want - zo stond in artikel 53 Ordonnantie op de Criminele Justitie - '*het was een misvatting te denken dat Justitie er een eer in stelde niemand vrij te spreken*'. Integendeel, zo vervolgde dit artikel, '*de eer was om goed, kort en oprecht te vonnissen, tot absolutie of condemnatie*', tot vrijspraak of veroordeling.[55] Dat het hier om

---

51 Art. 61 OCJ verordonneerde onder meer dat de gewoonte werd afgeschaft: '*(…) dat nyemant ter doot gebracht mach wesen | ten zij dezelve tcrym bekenne | al waert zoe | dat hij op tfeyt ende misdaet bevonden | oft by veel getuygen (omni exceptione maiores) verwonnen ware (…) Ordineren wy dat alle zulcke ende gelycke abuysen (waer deselve mogen wesen) cesseren sullen (…).*'

52 Faber 1983, p. 141 e.v., Bosch 1956, p. 298.

53 De toepassing van de pijnbank werd geregeld in art. 39 e.v. Stijl. Zie ook Van Heijnsbergen 1925, p. 47 e.v. In 1798, toen de pijnbank werd afgeschaft kon de magistratuur in het gewest Holland er nauwelijks afstand van doen, zie Hoofdstuk 8, par. 2.

54 Zie het citaat uit het handboek van Van der Linden in par. 2.2.

55 Dit is een samenvatting van de tekst van het eerste deel van art. 53 OCJ: *Dat soe geringe blycken sal vande innocentie ende onnoselheyt vande gevangenen | willen wy | dat alle zaken gepostponeert ende te rugge gestelt | die Jugen ende Rechters verstaen sullen | om hem te ontslaen ende absolveren | wesende een abuys hem te laten duncken die eere vander iustitien te zyne noemanden te relaxeren | dewelcke gelegen is | mits gevende goet cort ende oprecht vonnisse | tot absolutie of condempnatie | …* Vgl. de vertaling van Van de Vrugt 1978, p. 102: 'dat het een misvatting is te denken dat de eer van de justitie er mee gediend is, niemand vrij te spreken. Integendeel, indien de rechter van de onschuld van de beschuldigde overtuigd wordt, dient hij onder terzijdestelling van alle andere besonjes zo snel mogelijk het proces af te ronden en tot vrijspraak te komen.' De Oudvaderlandse tekst lijkt zich tegen te spreken, omdat het zou gaan over degenen tegen wie 'geringe blijken van onschuld' bestaan, dus veel blijken van schuld, maar de tekst doelt op degene tegen wie juist geen 'blijken van schuld' bestaan. Dat volgt uit de Franse tekst van het artikel: '*Que si tost qu'il apperra de l'innocence du prisonnier, toutes choses postposées, voulons que les Iuges entendent à l'absoudre estant vng abuz de penser que l'honneur de la Justice soit en ne relaxer personne, ce qui est en rendant briefve bonne & droicturiere sentence absolutoire ou condemptoire.* (Zodra de onschuld van de gevangene blijkt, moeten de rechters, alle zaken terzijde stellende, hem vrijspreken, want het is een misverstand om te

een vorm van algehele vrijspraak ging en niet om een andere vorm van absolutie, zoals 'ontslag van instantie', volgt uit het tweede gedeelte van het aangehaalde artikel, dat betrekking heeft op de zaken waarin juist geen definitieve beslissing kon worden genomen omdat er twijfel[56] bestond ten aanzien van de schuld. In die gevallen diende de zaak een voorlopig einde te vinden met het ontslag uit de gevangenis tot diegene weer ontboden werd.[57] Artikel 53 Ordonnantie op de Criminele Justitie maakte derhalve onderscheid tussen de vrijspraak en de veroordeling enerzijds en het ontslag anderzijds. Dit ontslag werd hier 'slaken' genoemd.[58] Dit slaken gold tot 'degene weer ontboden werd', ook wel aangeduid met 'tot wederbiedens'. In de volgende paragraaf zal ik nader ingaan op deze slaking, die er de schijn van heeft een (vorm van) *absolutio ab instantia* te zijn. Eerst volgt datgene wat de Ordonnantie op de Stijl bepaalde over de definitiefheid van vonnissen. Hierover bepaald artikel 43 Stijl:

> '*Dat alle vonnissen ende sentencien diffinityfue zullen wesen condempnatoire oft absolutoire | inhoudende die condempnatoire erpresselyck die pene daerinne de gevangene gecondempneert | ende verwesen sal worden | zonder den gevangenen te remitteren ter descretie oft wille vanden heere oft officier | zoe in eenige plaetsen bij abyse gedaen wordt. Twelck wij ten eeuwigen dagen geaboleert hebben | op pene van nulliteijt ende onweerde vande voirseyde vonnissen ende sentencien | ende van straff tegens de iugen ende rechters*'.

Volgens dit artikel waren er dus twee soorten vonnissen: *condempnatoire oft absolutoire*. Dit zijn '*diffinityfue*' vonnissen. Deze vonnissen moesten door *een rechter* worden gewezen; de gevangene mocht hierna niet nog eens in handen worden gesteld van 'de Officier' voor een afdoening op basis van diens 'discretie', zoals in sommige plaatsen wel gebruikelijk was. De rechter mocht het dus ook niet niet aan de heren officieren overlaten de straf te bepalen c.q. de beschuldigde het feit af te laten kopen. Dit laatste voorschrift gold op straffe van nietigheid, en tevens op straffe van een veroordeling van de rechter zelf. 'Definitief' lijkt hier met andere woorden te doelen op het karakter van 'sluitstuk' van deze vonnissen; deze vonnissen maken een einde aan het geding. De termen *condempnatoire oft absolutoire,* sluiten aan bij het bepaalde in het eerste deel van artikel 53 Ordonnantie op de Criminele Justitie - hiervoor aangehaald - dat het *de eer van justitie was om goed, kort en oprecht te vonnissen, tot absolutie of condemnatie*. Behoudens de regels met

---

denken dat de eer van Justitie zou zijn niemand vrij te laten, want dat is kort, goed en recht een vrijsprekend of veroordelend vonnis te geven). Deze uitleg stemt overeen met die van Van de Vrugt.

56 Volgens Van de Vrugt 1978, p. 102, 'het enige artikel (in de Ordonnantie, wvh) waarin het begrip twijfel naar voren komt'.

57 Art. 53 OCJ tweede deel, hierna te bespreken.

58 Letterlijk: 'losmaken', 'vrijlaten', zoals men een zucht of een schreeuw kan 'slaken'.

betrekking tot het hoger beroep[59] was derhalve hierna het proces in beginsel definitief gesloten.

Dat een definitief vonnis ook werd erkend als een blokkade tegen een tweede vervolging wegens hetzelfde feit, dus als een vervolgingsuitsluitingsgrond, volgde uit de exceptie van het gewijsde die in de middeleeuwen algemeen bekend stond als de *exceptio rei judicatae*, of *litis finitae*, dan wel *exceptie gewijsder dinck*.[60] Het is waarschijnlijk dat deze exceptie ook in het strafproces volgens de Ordonnantiën naar voren kon worden gebracht, aangezien de Ordonnantiën met zoveel woorden ruimte gaven aan de zogenaamde peremptoire verweren.[61] De *exceptio rei judicatae* of *litis finitae* was daar één van. De peremptoire excepties werden door Wielant (1441-1521) en De Damhouder (1507-1581) als volgt omschreven:[62]

> *Peremptoirlik: hy mach segghen dat hy perdoen of remissie heeft van den sticke, of rappeel van banne, of dat hy eens van denzelven sticke ghepungniert es gheweest, of dat hy danof ghecomposeert heeft ende paeys ghemaect es ende diereghelycke. Of hy mach proposeeren alibi ende zegghen dat hy te diere tyt elders was dan daer men zeeght dat tfait ghebuerde. Of hy mach loochenen tstick ende zegghen datter niet af en es, ender esser wat || dat hyt dede up zyn verweeren, of by messchieve of ongheval of dat hyt dede al slapende (…)*

In modern Nederlands: 'de beklaagde mocht aanvoeren dat hij kwijtschelding of gratie had gekregen van het misdrijf, of dat zijn ban was herroepen, of dat hij wegens hetzelfde feit eerder gestraft was, of dat hij het feit had afgekocht en vrede had gesloten *ende diereghelycke*. Ook mocht hij een alibi aanvoeren of zeggen dat hij op die tijd elders was dan waar men zei dat het feit gebeurd was. Hij mocht het feit ontkennen en zeggen dat er niets van aan was en als er toch iets was, dat hij het deed uit verweer of per ongeluk of bij ongeval of dat hij het in zijn slaap had gedaan (…).'

In deze opsomming van peremptoire verweren gaat de eerste reeks over diverse vormen van eerdere inhoudelijke afdoening van het feit. Deze reeks eindigt met

---

59 Deze regels stonden in artt. 78 OCJ jo. 73 en 74 Stijl; zie ook Bosch 1948, p. 62.

60 Zie Hoofdstuk 4, par. 1.2.

61 Art. 20 Stijl, geparafraseerd: 'indien hij (de gevangene) een peremptoire exceptie naar voren brengt zal hij prompt en op staande voet de getuigen noemen die hem kunnen helpen, opdat zij gehoord en ondervraagd kunnen worden'. Ook de Commissie tot hervorming van het strafprocesrecht van 1734, Bosch 1958, p. 179 e.v. en Voorda 1792, Aanteekeningen bij art. 41, p. 367, gingen ervan uit dat de exceptie *litis finitae* kon worden opgeworpen.

62 Wielant 1515-1516, cap. 32-4; vgl. Damhouder 1660, cap. 31. Een versie uit 1872 is aangehaald door Van de Vrugt, 1978, p. 105. Zie ook Hoofdstuk 4, par. 1.3.2.

'*ende diereghelycke*'. De verweren die hier worden genoemd, laten er geen misverstand over bestaan dat een veroordeling tot straf wegens *denzelven sticke*, of wel 'van hetzelfde feit', aan een tweede vervolging kon worden tegengeworpen. Nu ook een vrijspraak in dit rijtje van inhoudelijke afdoeningen van het proces thuishoort, en de opsomming niet limitatief is, lijkt het niet te gedurfd om te veronderstellen dat de exceptie van het gewijsde evenzeer kon worden aangevoerd indien sprake was geweest van een vrijspraak *van denzelven sticke*. Deze redenering sluit aan bij het geleerde recht, waarin juist veel aandacht was besteed aan de kracht van de vrijspraak. De conclusie kan daarom zijn dat het strafproces volgens de Ordonnantiën diende uit te monden in een definitieve veroordeling of vrijspraak. Dit definitieve vonnis kon aan een tweede vervolging wegens hetzelfde feit worden tegengeworpen. Tegelijk kan echter worden geconcludeerd dat in de praktijk aan een vrijspraak de zware eis van gebleken onschuld werd gesteld. Een vrijspraak kwam daarom waarschijnlijk slechts zelden voor.[63] Dit verklaart wellicht waarom juist de vrijspraak niet met zoveel woorden in de hiervoor besproken exceptie van het gewijsde werd genoemd.

1.4 De middenbeslissing in de Ordonnantiën

Het probleem zat hem in de zaken waarin de feiten niet zo duidelijk lagen, zaken waarin de rechter, al dan niet met behulp van de pijnbank, de schuld noch de onschuld had kunnen vaststellen. Hiervoor was, zoals we in Hoofdstuk 4 zagen, in de praktijk een oplossing gevonden die in Europa bekend stond onder de naam '*absolutio rebus sic stantibus*' of '*absolutio ab instantia*', dat wil zeggen: ontslag 'bij deze stand van zaken' of 'ontslag van instantie'. Deze benamingen geven aan dat deze *absolutio* wel een einde bracht aan de procedure, maar niet aan de zaak. Het was een voorlopig einde van de procedure, ontstaan uit bewijsnood. Zij kwam voort uit de aan het middeleeuwse inquisitoire proces inherente strikte bewijsopdracht. Een reden om van het geven van een definitieve einduitspraak af te zien was bovendien dat een definitief inhoudelijk eindoordeel geacht werd aan een tweede berechting in de weg te staan. Wellicht dus mede om dit verbod van herhaling te omzeilen werd van een definitieve inhoudelijke einduitspraak afgezien; de zaak kon op deze wijze steeds worden hervat tot het bewijs van de schuld of de onschuld was geleverd. De strikte bewijsleer en verbod van herhaling beperkten aldus de ruimte van de rechter om vrij te spreken; zij hielden hem als het ware in een houdgreep.
De vraag is of de Ordonnantiën deze *absolutio ab instantia* regelden. Gaan we af op de letterlijke tekst van de wetten van Philips II dan komen de termen *absolutio*

---

63 Faber 1983, p. 169, c.q. zijn onderzoeksmateriaal, maakt helaas geen onderscheid tussen de verschillende vormen van 'ontslag' die in zijn onderzoeksperiode, 1680-1811, werden gegeven, zodat wij niet weten of het om 'echte' vrijspraken ging.

ab instantia, ontslag van instantie of ontslag *rebus sic stantibus* niet voor. Wel treffen we in de tekst diverse termen voor 'vrijlaten' aan, namelijk: 'ontslaen', 'absolveren' en 'slaken'. Om de gestelde vraag te beantwoorden zal ik eerst teruggrijpen op het gewoonterecht en het recht zoals beschreven door Wielant. De Ordonnantiën vonden daarin immers hun fundament. Daarna zal ik de betreffende artikelen uit de Ordonnantiën onder de loep nemen.

1.5 Het ontslag van instantie in het gewoonterecht en bij Wielant

In diens Practijke Criminele beschreef Wielant dat de gevangene na het 'loochenen op de bank' werd

> *gheslaecht ende ghelaten gaen quousque, dats te segghene totdat hy weder ontboden werdt zonder hem van den sticke of faite plainlic te absolverne.*

De gevangene die de pijnbank had doorstaan werd dus vrijgelaten 'tot hij weder ontboden werd'. Dit wegzenden *quousque* was, zoals we in Hoofdstuk 4 zagen, niet gebaseerd op het recht maar was volgens Wielant wel algemene praktijk; hij schreef immers: '*also useert men in de praktijcke*'.[64] Wielants beschrijving laat zien dat de vrijlating werd toegepast als het onderzoek, inclusief de toepassing van de tortuur, was geëindigd en de zaak dus in beginsel 'voldongen' was. De door Wielant gegeven beschrijving van de rechtspraktijk is echter bijzonder sober. Hij schrijft bijvoorbeeld niets over eventueel te stellen voorwaarden, zoals de voldoening van een borg. Ook is het onduidelijk of er later op de bestaande stukken kon worden voort geprocedeerd of dat voor de hervatting van het proces een nieuwe rechtsingang nodig was, het verschil tussen heropenen en hervatten. Dit onderscheid werd ook in andere oudere teksten niet gemaakt.[65] Later maakte men dat onderscheid wel. Zo vond Carpzovius in zijn werk uit 1635[66] een oplossing voor het probleem dat nieuwe bezwaren in principe geen tweede proces toelieten in een uitzondering op het verbod van herhaling. De zaak mocht dus opnieuw worden aangebracht vanwege de nieuwe bezwaren omdat dit een kwestie van algemeen belang was; het was een procedure tot heropening. Matthaeus

---

64 Wielant 1515-1516, cap. 40-3: *Ende also useert men in de practicque nemaer naer rechte, hy behoort plainlic gheabsoveert te zyne, want hy hem bij den torment en van der banck ghepurgiert (gezuiverd, wvh) heeft van allen indicien*'. Deze beschrijving kan worden beschouwd als de oudste verwijzing naar een vorm van *absolutio ab instantia*, zie Hoofdstuk 4, par. 2.3.

65 Met uitzondering wellicht van Bossius (1488–1546), die als voorwaarde stelde dat de nieuwe vervolging slechts kon plaats vinden op basis van de nieuwe bewijzen en niet op basis van de oude, zie Hoofdstuk 4, par. 2.3.

66 Carpzovius bepleitte de zaak te laten eindigen met een definitieve inhoudelijke beslissing tot veroordeling of tot vrijspraak en een uitzondering te maken op het verbod van herhaling, zodat de zaak bij nieuw bewijs toch opnieuw kon worden gestart, zie Hoofdstuk 4, par. 2.4.

wees in zijn *De Criminibus* uit 1644 op het korte uitstel, de *ampliatio*.[67] Na een dergelijk uitstel kon het proces bij dezelfde rechter worden hervat. Na een *absolutio ab instantia*, waaronder Matthaeus overigens een formele einduitspraak begreep (in tegenstelling tot een inhoudelijke), bijvoorbeeld uitgesproken na de intrekking van de aanklacht, was er een nieuwe rechtsingang nodig en kon de procedure ook worden aangevangen bij een andere rechter, een heropening dus. Net zo min als over de *absolutio ab instantia*, lieten de Ordonnantiën zich uit over heropening of hervatting, waarbij bedacht moet worden dat de Ordonnantiën dateerden van vóór genoemde bronnen.

Opmerkelijk is wel dat na de invoering van de Ordonnantiën in 1570 de opvatting van Wielant ongewijzigd is blijven voortleven in de nieuwe drukken van zijn boek, ook die welke later werden uitgegeven onder de naam van De Damhouder (1507-1581). De nieuwe drukken beschreven tot ver in de zeventiende eeuw de praktijk van het slaken of ontslaan 'tot wederbieden' en ook, dat dit niet overeenkwam met wat rechtens was, '*omdat den misdadigen in sulken geval na Rechten volkomendlijk mochte werden geabsolveerd; alzoo hy door de volbrachte Pijniginge van alle merckteekenen en suspitien genoegsaam is gesuyverd en ontlast*'.[68] Volgens *het Recht* diende er dus onder deze omstandigheden een volledige vrijspraak te volgen. Ook nadat de Ordonnantiën waren ingevoerd zou er dus nog steeds een verschil bestaan tussen wat 'rechtens' was en wat in de praktijk gebeurde.[69] Wat 'rechtens' was, was echter vooral datgene wat het Romeinse c.q. geleerde recht voorschreef. Uit de tekst van *De Pracktijke criminele* hoeft dus nog niet rechtstreeks te volgen dat de daarin beschreven praktijk ook in strijd was met de Ordonnantiën. Wat bepaalden die?

---

67 Matthaeus definieerde de *absolutio ab instantia* als een soort formele eindbeslissing. Na deze einduitspraak kon een nieuw proces worden gestart. Alleen na een *ampliatio*, een kort uitstel, kon de zaak in dezelfde stand bij dezelfde rechter worden voortgezet. Tot hervatting op een later moment om reden gebrek aan bewijs kon in zijn ogen een *absolutio ab instantia* niet dienen. In die gevallen diende de rechter volledig vrij te spreken en was een tweede berechting wegens dat feit vanwege het verbod van herhaling niet toegestaan, zie Hoofdstuk 4, par. 2.5.

68 De Damhouder 1656, cap. 40, Van de ontkenningen des misdadigen: '2. *En by faute van sulks (als er na de toepassing van de pijnbank geen nieuw belastend materiaal naar voren is gekomen, wvh) zoo werd den selben misdadigen uyt sijn Banden en Hechtenisse ontslagen | en werd in sijn vorige vryheyd hersteld | tot dat hy wederom te Rechte werd geroepen | sonder volkomender of breeder Absolutie | t welk alzoo in de Practijke is aangenomen | omdat den misdadigen in sulken geval na Rechten volkomendlijk mochte werden geabsolveerd; alzoo hy door de volbrachte Pijniginge van alle merckteekenen en suspitien genoegsaam is gesuyverd en ontlast*'. Deze bron - in de Latijnse uitgave van 1601 - wordt ook aangehaald door Elben, 1846, p. 28. Hij noemt het een zuiver voorbeeld van een *absolutio ab instantia*. De cautie of borg wordt in deze teksten niet vermeld.

69 Tenzij het 'herdrukken' zouden zijn, maar dat is niet het geval.

1.6 De artikelen over 'vrijlaten' of 'ontslag'

1.6.1 Artikel 53 OCJ: 'de habeas corpus-regel'

Artikel 53 van de Ordonnantie op de Criminele Justitie, waarvan het eerste deel hiervoor (par. 1.3) is aangehaald, sprak net als Wielant en De Damhouder over een vrijlating tot het moment dat degene weer werd ontboden, het 'slaken tot erbieden':

'(…) *Ende indient nyet teenemael ende geheelycken en blycke van der misdaet | nae de informatien ende devuoir deshalven gedaen: maer datter alleenlyck suspitie oft twyffel valt (Indien de zake ende materie niet te zeer zwaer en is) sullen die gevangenen geslaect worden tot erbieden | op cautie oft borchtocht fideiussoire oft iuratoire nae de qualiteyt vande persoenen | ende der misdaet | De selve confinerende oft anderssins ordinerende | zoemen de zake ende materie bevinden sal gedisponeert. Verbiedende allen officiers | eenige gevangenen te slaken oft relaxeren | sonder decreet off ordinancie vanden Jugen oft Rechters*' (art. 53 OCJ tweede deel).

Naar gewoon Nederlands vertaald: 'En indien uit de ingewonnen informatie en het onderzoek daarnaar gedaan niet direct geheel van de misdaad blijkt, maar dat er slechts verdenking of twijfel bestaat (en indien de zaak niet te zwaar is) moeten de gevangenen worden vrijgelaten tot zij weer worden ontboden, na zekerheidstelling op schrift (*fideiussoire*) of op eed (*iuratoire*), al naar gelang de persoon van de beschuldigde en de misdaad die het betreft en onder zodanige voorwaarden als men geschikt acht, of met beslissing om hem zolang opgesloten te houden, met verbod aan alle officieren om een gevangene vrij te laten zonder dat de rechter daartoe bevel heeft gegeven.'

Hoewel de Ordonnantiën hier een wettelijke basis verleenden aan het ontslag in geval van twijfel zijn er ten minste twee belangrijke verschillen met de door Wielant beschreven middenbeslissing. In de door Wielant - en later ook door De Damhouder - beschreven situatie vond het ontslag plaats na vergeefse pijniging (na 'het loochenen op de bank'). Artikel 53 OCJ stelde die voorwaarde niet. Dit artikel lijkt zelfs het tegendeel te bepalen, namelijk dat het gaat om zaken waarin de pijnbank juist niet mocht worden toegepast. Er staat immers dat de zaken 'niet te zeer zwaer' mogen zijn. Gelet op de voorwaarden voor de toepassing van de pijnbank kan dat betekenen dat de pijnbank in het geheel niet in zicht kwam; voor de pijnbank was een zekere ernst van het feit vereist.

Er is nog een tweede verschil, dat met het eerste samenhangt, namelijk dat in artikel 53 OCJ werd gerefereerd aan gevallen waarin *alleenlyck suspitie oft twyffel valt.* Naar de bewijsvoorschriften van die tijd is *suspitie oft twyffel* minder dan 'hal-

ve preuve'.[70] Als er zo weinig bewijs was, was ook dat reden waarom de pijnbank achterwege diende te blijven.[71] Nu artikel 53 spreekt over 'verdenking of twijfel' zou dat erop kunnen duiden dat met de 'slaking' in dat artikel slechts werd bedoeld om diegenen vrij te laten die niet alleen verdacht werden van een gering feit maar tegen wie bovendien weinig bewijs voorhanden was. Het ging kortom om lichte feiten waarvoor weinig bewijs bestond. Het artikel lijkt zo beschouwd meer op een waarborg tegen ongerechtvaardigde vrijheidsberoving, een *habeas corpus*-bepaling.[72] Daartegen pleit echter weer dat voortzetting van (een vorm van) vrijheidsbeneming volgens het artikel ook tot de mogelijkheden lijkt te behoren. Dit werd uitgedrukt met het woord 'confineren' in: '*De selve confinerende oft anderssins ordinerende | zoemen de zake ende materie bevinden sal gedisponeert.*'

Een derde verschil is ten slotte de mogelijkheid om zekerheid te vragen al naar gelang de persoon en het misdrijf in kwestie. Over borgstelling repte Wielant niet, artikel 53 OCJ wel. Dat hoeft echter niet te betekenen dat er in Wielants tijd geen borg werd gevraagd. Indien iemand wordt vrijgelaten om weer terug te komen op het moment dat de zaak kon worden voortgezet, ligt het voor de hand zekerheid te vragen. Aan de andere kant lijkt de Ordonnantie het stellen van zekerheid niet dwingend voor te schrijven. De rechter mag volgens artikel 53 OCJ naar bevind van zaken handelen. Hier bestaat dus mogelijk geen punt van verschil. Op artikel 53 OCJ zou kortom een middenbeslissing kunnen worden gebaseerd. Gelet echter op de geringheid van het feit en het bewijs, waardoor de pijnbank niet kon worden toegepast, wijkt deze situatie wel erg af van die door Wielant beschreven situatie. De bepaling lijkt meer een waarborg tegen te lichtvaardige vrijheidsberoving.

Behalve artikel 53 OCJ, bevatten ook de artikelen 28, 41 en 44 Stijl regels omtrent 'slaking', 'absolutie' en 'ontslag'. Deze drie regels in de Ordonnantie op de Stijl verhielden zich tot artikel 53 OCJ als aanvullende bepalingen. De Ordonnantie op de Criminele Justitie diende immers 'woord voor woord' als herhaald te worden beschouwd. Hieronder volgen de drie artikelen uit de Stijl.

1.6.2 Artikel 28 Stijl: 'ontslag uit de voorlopige hechtenis'

Artikel 28 Stijl regelde het ontslag uit de gevangenis '*hangende dinstructie*', dus hangende het onderzoek. Het was geen ambtshalve ontslag maar ontslag op ver-

---

70 'Volle preuve' vormde de bekentenis of de verklaringen van twee getuigen die hebben gezien of gehoord dat het feit door de beschuldigde werd gepleegd; 'halve preuve' was dus ten minste één getuige, zie Hoofdstuk 3, par. 2.3.1.

71 Vgl. Art. 42 Stijl waarin regels staan voor kracht van het bewijs dat nodig is voor toepassing van de pijnbank, zie par. 1.2 noot 48.

72 In gelijke zin Van Hall 1838, p. 69.

zoek van de beschuldigde. Alvorens te beslissen moest de rechter het dossier bestuderen en de mening vragen van '*de partie*'. Daarmee zal de gelaedeerde partij zijn bedoeld, omdat de openbare aanklager met 'de heer officier' werd aangeduid. Dit verplicht consulteren van de andere partij geeft mogelijk een aanwijzing dat het hier ging om zaken met een 'civiele' inslag, wellicht zelfs om de ordinaire procedure.[73] Het ontslag, waaraan diverse voorwaarden konden worden verbonden, waaronder politietoezicht en huisarrest (!), kon tevens gepaard gaan met borgstelling en belofte te verschijnen.[74] Uit de bepaling blijkt, uit de woorden '*hangende dinstructie*', dat het onderzoek nog niet is afgerond; het betreft hier dan ook geen inhoudelijke (eind)uitspraak, maar louter en alleen een voorwaardelijke vrijlating uit de (ge)'vangenis'.[75]

Daarnaast waren er de artikelen 41 en 44 Stijl. Beide artikelen zagen op de situatie dat het onderzoek was voltooid, er geen bekentenis was afgelegd, ander vol bewijs ontbrak en de onschuld niet was aangetoond. Artikel 41 beschreef de situatie dat de beschuldigde de pijnbank had doorstaan en er geen nieuwe aanwijzingen tegen hem waren en artikel 44 die, waarin de pijnbank niet was toegepast.

1.6.3 Artikel 41 Stijl: 'eindelijke beslissing na toepassing van de pijnbank'

Artikel 41 bepaalde dat als de beschuldigde de pijnbank had doorstaan alleen bij nieuwe aanwijzingen nogmaals gepijnigd mocht worden. Ontbraken die dan kon de rechter volgens dit artikel beslissen '*tzij tot absolutie, slakinge, pene extraordinaris, oft anderszins, zoe dat behoiren sal*'.[76] Het is een niet-limitatieve opsomming met ten minste drie mogelijkheden. De eerste was de niet nader gedefinieerde '*absolutie*'. Daarmee werd, gelet op het bepaalde in het eerste deel van artikel 53

---

73 De defensie van beschuldigde in een ordinair proces geschiedde namelijk ook wel '*ex carcere*', vanuit het cachot, zie voor een voorbeeld Faber 1983, p. 286.

74 Art. 28 Stijl: '*Indien de gevangen | hangende dinstructie van hun processen | versoucken slakinge van hun persoenen | sal de partie daer op eerst ende alvoiren gehoirt moeten worden | Ende tzy dat die daerinne consentere | oft tzelve debatere | die jugen oft rechters daerop ordinerende | sullen besien (nae dat hen vanden processe gebleken sal wesen) te termineren | oft die voirsyde gevangenen in gemeyne ende besloten vangenisse gehouden sullen moeten worden | oft dat die in bewaernisse van eenigen officier ende dieneer van iusticie geleverd sullen worden | oft hun huys sullen moeten houden | oft oick van scerpe vangenisse gerelaxeert ende geslaeckt worden | op cautie ende borgtocht fideiussoire | oft op hun cautie iuratoire: Twelck nae de qualiteyt vande persoenen | ende circunstantien vande geimposeerde crymen | delicten | ende misdaden geestimeert sal worden*'.

75 Zie over de 'bewaernisse' van de gevangenen in de 'vangenis' de Ordonnantie op de Cijpiers.

76 Art. 41 Stijl: '*Ende indien hij de voirseyde pijnbanck verdraecht ende men van hem niet en kan weten noch vernemen. En willen wij niet dat denselven zonder nieuwe indicie, ter voirseyde pijnbanck wederomme gelegt sal worden: maer in zulcken gevalle, sal tproces gevisiteerd worden om hem recht te doen ende administreren, zoe die zake, ende materie dat vereijsschen zal zoe wel tusschen onze fiscalen ende officiers als geinteresseerde partie, tzij tot absolutie, slakinge, pene extraordinaris, oft anderszins, zoe dat behoiren sal.*'

OCJ en artikel 43 Stijl - waarin werd bepaald dat geprocedeerd werd tot condemnatie of absolutie - zeer waarschijnlijk gedoeld op de gewone volle vrijspraak. De tweede was '*slakinge*'. Daarmee werd waarschijnlijk weer gedoeld op vrijlating uit de gevangenis, zoals in het tweede deel van artikel 53 OCJ en in artikel 28 Stijl. In die artikelen werd het werkwoord 'slaken' gebruikt voor 'vrijlating uit gevangenschap'. In de derde plaats kon de rechter een bijzondere straf opleggen, met andere woorden een straf die niet aan de wet werd ontleend, *een poena extraordinaria*. En dan was er nog het onbepaalde 'anderszins'. Mogelijk viel hieronder de beslissing tot wijziging in een ordinair proces, voorzien in artikel 32 Stijl. Voorda veronderstelde dat de rechter op basis van zijn discretionaire bevoegdheid een straf mocht opleggen die paste bij het delict dat de beschuldigde wel had bekend maar waarvoor hij niet gepijnigd was, een delict dat in een ordinair proces had kunnen worden afgedaan met de bij de wet voorgeschreven straf.[77]

Kon op één van deze keuzes uit het beslismodel van artikel 41 een *absolutio ab instantia* worden gestoeld? Daar lijkt het artikel alle ruimte voor te laten. In de eerste plaats is er de 'slakinge'. Anders dan in artikel 53 OCJ werden er geen bijkomende voorwaarden, zoals verschijnplicht al dan niet met borgtocht, bij vermeld. Het moment van dit ontslag sluit bovendien aan bij de slaking zoals beschreven door Wielant, die immers het ontslag tot wederbiedens (dus slaking tot nader order) beschrijft als een usance 'na het loochenen van de patiënt op de bank', zoals hier het geval is. Er ontbreekt slechts de toevoeging 'tot hij weer ontboden wordt'. Dat zou kunnen betekenen dat het hier gaat om een onvoorwaardelijk ontslag. Een andere mogelijkheid is dat op basis van dit artikel ook geslaakt mocht worden onder voorwaarden, omdat de rechter immers ook 'anderszins' beslissen mocht. Op de '*slakinge*' bedoeld in artikel 41 Stijl kon dus goed een middenbeslissing worden gebaseerd.

Met name Voorda heeft zich over de betekenis van dit woord '*slakinge*' het hoofd gebroken. Hij vroeg zich af hoe er sprake kon zijn van slaking zonder dat dit gepaard ging met vrijspraak dan wel ten minste met absolutie van instantie nadat iemand de pijnbank had doorstaan.[78] Indien de slaking gepaard ging met ontslag van instantie kon, in de opvatting van Voorda, de zaak niet meer worden hervat zonder eerst een bevel van de rechter te vragen. Hij vergeleek voorts de hier genoemde slaking met die in de artikelen 53 OCJ en 28 Stijl. De daar bedoelde vormen van slaking waren volgens hem niet van toepassing, omdat die niet het oog hadden op personen die de pijnbank hadden doorstaan. Een andere mogelijk-

---

77 Volgens Voorda 1792, Aantekeningen bij art. XLI, p. 367.

78 Voorda 1792, Aantekening bij art. 41, nr. 3, p. 368.

heid, door Voorda bedacht, was nog dat de term '*slakinge*' - ter onderscheiding van het woord '*absolutie*' in dezelfde opsomming - sloeg op de vrijspraak in het extraordinaire proces, waarbij dan de term '*absolutie*' werd gereserveerd voor de vrijspraak in het ordinaire proces. Voorda kwam er niet uit. 'Ik laate aan elk over, nopens dit woord slakinge te kiezen, het geen hem aanneemelijkst voorkomt, of iets beeters uit te denken', verzuchtte hij in 1792.[79]

Dat Voorda in deze slaking geen *absolutio ab instantia* las, zoals ik zojuist opperde, is te verklaren door het feit dat Voorda de term *absolutio ab instantia* reserveerde voor een andere juridische constructie, die hierna (par. 2.2) nog aan de orde zal komen.

1.6.4 Artikel 44 Stijl: 'eindelijke beslissing zonder toepassing van de pijnbank'

Dan bestond er nog de regel omtrent het ontslag indien geen pijniging had plaats gevonden. Dit ontslag werd beschreven in artikel 44 van de Ordonnantie op de Stijl. Het bepaalde een ontslag uit de gevangenis onder voorwaarden in de gevallen dat de pijnbank niet was toegepast[80] en ernstige verdenking tegen de betrokkene was blijven bestaan, waardoor geen definitief vonnis kon worden geveld zoals bedoeld in artikel 43 Stijl:[81]

> *Ende indien, t proces geinstrueert zijnde | die zake en de materie nyet bevonden en wordt | gedisponeert te zyne totte voirseyde condempnatie oft absolutie (art. 43 wvh) | noch oick totter selver pynbank of tortuere (art. 42, wvh): 'Sullen die iugen oft rechters | om die vehemente suspicien resulterende buyten voirseyden processe | den voirscreven gevangenen mogen slaken | tot wederbiedens | op cautie fideiussoire oft iuratoire | zoe gedaen wordt | alst den rechter nyet en blyckt dat tgene dat hy pronunceren moet | ende dat op zulcke pene | als zy bevinden zullen te behoiren | nemende altyts regard | ende toesicht op de qualiteyt vande persoenen | delicten oft misdaden* (art. 44 Stijl).

Vrij vertaald: 'indien het proces is gevoerd en daarbij is bevonden dat de zaak niet tot veroordeling of vrijlating en ook niet tot een beslissing tot pijniging geschikt is, dan zullen de rechters vanwege de ernstige verdenkingen die desondanks naar voren zijn gekomen, de gevangene op borgtocht of eed mogen vrijlaten *zoals gebeurt als het aan de rechter niet blijkt wat hij moet uitspreken*, op verbeurte van een straf ter discretie van de rechter, waarbij hij altijd de persoon van de beschuldigde en het delict in aanmerking neemt'.

---

79 Voorda 1792, Aantekening bij art. 41, p. 368-370.

80 Art. 42 Stijl.

81 Over art. 43 Stijl zie par. 1.3 hiervoor.

Het door mij gecursiveerde zinsdeel geeft met zoveel woorden aan dat het gaat om de situatie waarin het proces voldongen was maar de rechter nog steeds niet wist wat hij uit moest spreken. De zaak was niet voor pijniging geschikt, er bestond wel een sterke verdenking tegen de beschuldigde, maar niet voldoende voor een veroordeling. Dit artikel geeft kortom een regelrechte basis aan een middenbeslissing, maar dit keer voor de gevallen dat er geen pijniging heeft plaats gevonden. Volgens artikel 44 werd diegene steeds alleen voorwaardelijk vrijgelaten op verbeurte van een straf. De rechter mocht in zijn beslissing rekening houden met de persoon van de beschuldigde en het feit waarvan hij werd beschuldigd. Dit artikel 44 zou mogelijk slechts van toepassing zijn geweest in het ordinaire proces net als artikel 28 Stijl.[82]

1.7 Conclusies

De Ordonnantiën beschreven een strafproces waarin op diverse momenten een vorm van vrijlating aan de orde was: vrijlating uit de gevangenis, vrijlating als vrijspraak en mogelijk ook vrijlating als een soort middenbeslissing. Wèlke vorm van vrijlating werd bedoeld, wordt uit de tekst niet steeds duidelijk. Dat is toe te schrijven aan de dubbele betekenis van de termen 'ontslaen', 'absolveren' en 'slaken' waarmee de vormen van vrijlating werden uitgedrukt. De term *absolutio ab instantia*, of een vergelijkbare aanduiding voor de middenbeslissing, komt in de Ordonnantiën niet voor.

Toch lijken enige conclusies te kunnen worden getrokken ten aanzien van het karakter van de 'vrijlating'. Zo zal met 'slaken' en 'slaking' vooral een fysieke vorm van vrijlating en met 'absolveren' en 'absolutie' een juridische vorm van vrijlating zijn bedoeld. In deze indeling staat de *slaking* in beginsel voor een vrijlating van onbepaalde tijd die niet nader was genormeerd terwijl de *absolutie* een juridische grens aangaf. Indien met de term 'absolutie' de vrijspraak werd bedoeld, zoals in artikel 43 Stijl, dan was die definitief en leverde dit een *res judicata* op. Werd er een andere vorm van juridisch ontslag bedoeld dan had dat ontslag wellicht andere gevolgen voor de juridische status van de betrokkene, zoals het vervallen van de beschuldiging en van de rechtsingang.

Voorts lijkt zich af te tekenen dat artikel 53 OCJ en 28 Stijl vooral bepalingen waren die op de vrijlating uit de gevangenis zagen als een soort 'habeas corpus'-regel en dat de artikelen 41 en 44 Stijl bepalingen bevatten die een voorlopig einde brachten aan het proces zonder dat een definitief vonnis behoefde te worden

[82] Dat is bijvoorbeeld de visie van 'Rechter A.', die deel uitmaakte van de hervormingscommissie 1732, zie Bosch 1958, p. 197. Anders Voorda 1792, p. 368.

uitgebracht zoals bedoeld in artikel 43 Stijl. De conclusie zou dan zijn dat de artikelen 41 en 44 van de Ordonnantie op de Stijl door middel van vrijlating voorzagen in een vorm van onbepaald uitstel waarop de middenbeslissing kon worden gebaseerd. Het ene was een uitstel na volledig onderzoek, namelijk wanneer de tortuur was gebruikt (art. 41) en het andere wanneer de tortuur om één of andere reden niet was toegepast (art. 44). De praktijk waarover Wielant sprak, '*het laten gaan quousque na het loochenen op de bank*' lijkt dus in de Ordonnantiën van een wettelijke basis te zijn voorzien.

Bij slaking na toepassing van de tortuur werd het opleggen van een borg niet strikt voorgeschreven; bij slaking zonder voorafgaande pijniging lijkt dit wel een dwingende voorwaarde. In beide gevallen waren de duur van het ontslag en de daaraan verbonden voorwaarden niet nader genormeerd, behalve dat de rechter in zijn oordeel de 'kwaliteit van de persoon en van het delict' betrekt (art. 44 Stijl). Over de vraag hoe een procedure kon worden heropend of hervat in de gevallen dat er geen bevel was gegeven om 'op ontbod' weer te verschijnen lieten de Ordonnantiën zich niet uit en ook niet over eventueel daarvoor geldende termijnen. De grens zou kunnen liggen bij de maximale duur van het proces, dus één à twee jaar. Daarnaast gold nog als regel van geleerd recht de verjaringstermijn.

2. Achttiende-eeuwse opvattingen

2.1 De commentaren van Voorda en Van der Linden

Twee rechtsgeleerden van naam, Bavius Voorda en Joannes van der Linden, hebben aan het einde van de achttiende eeuw, toen de codificatie van het strafrecht ter hand werd genomen, het strafproces beschreven zoals dat met name in het gewest Holland[83] plaats had. Voorda (1729-1799),[84] een Fries van geboorte, was advocaat en later hoogleraar, eerst in Franeker, vervolgens in Leiden. Hij schreef in 1792 - toen hij als gevolg van zijn politieke opvattingen ambteloos burger was

[83] Door de keuze voor deze auteurs blijft het procesrecht in andere gewesten onderbelicht en komt bijvoorbeeld Matthaeus (Utrecht) nauwelijks meer in beeld. Omdat de achttiende-eeuwse codificatie echter vooral op basis van het Hollandse procesrecht ter hand werd genomen, acht ik deze 'eenzijdigheid' voor de draad van het verhaal niet storend.

[84] Van de Vrugt schreef zijn portret in 'Zestig juristen', 1987; De Bosch Kemper 1838 I, p. CXXII, merkt op dat Voorda vooral georiënteerd was op het Romeinse recht en geen aansluiting zocht bij het gerecipieerde recht; daarom zou zijn gedachtegoed weinig invloed hebben gehad.

geworden -[85] een uitvoerige wetenschappelijke verhandeling over de Ordonnantiën. Hij prees deze als 'voortreffelijk'. Zeer kritisch daarentegen liet hij zich uit over de dagelijkse praktijk van de strafrechtstoepassing. Deze zou aan de Ordonnantiën een volstrekt willekeurige uitleg geven. Voorda wilde laten zien dat het strafproces binnen de bestaande regelgeving verbeterd kon worden en bepleitte hervormingen die dadelijk, zonder dat de wet gewijzigd behoefde te worden, konden ingaan. Daarvoor was slechts de medewerking van de rechterlijke macht vereist.[86]

Van der Linden (1756-1835)[87] kwam uit Holland; hij was 27 jaar jonger dan Voorda en begon zijn loopbaan eveneens als advocaat. Hij was een praktisch ingesteld man en stoorde zich dan ook wel eens aan de puur wetenschappelijke aanpak van Voorda. Overigens werd aan Van der Linden op zijn beurt juist gebrek aan wetenschappelijk inzicht verweten, bijvoorbeeld door Cras (1739-1820).[88] Vanaf 1798 wijdde Van der Linden zich aan de codificatiewerkzaamheden zoals die door de Staatsregeling van dat jaar waren opgedragen; hij werd in 1799 secretaris van de subcommissie van de Codificatiecommissie die zich zou gaan bezighouden met het procesrecht en hij zou in 1806 belast worden met het ontwerpen van het burgerlijk wetboek.[89] Van der Linden publiceerde in 1798, kort voor de afkondiging van de Staatsregeling,[90] zijn '*Verhandeling over de judicieele practijcq, … door een voornaam en kundig practizijn bij wegen van een korte schets zaamgesteld.*' Daarin gaf hij onder meer een beknopte beschrijving van de praktijk van het geldende strafprocesrecht 'voor de Hoven van Justitie in Holland gebruikelijk'. In 1806 behandelde hij de materie nog eens in zijn '*Regtsgeleerd practicaal en koopmans handboek*'. Tussen beide teksten bestaan opvallend weinig verschillen als het om het strafproces gaat. In de tussentijd was dus weinig of niets veranderd.

---

85 Als gevolg van zijn steun aan de patriotten was Voorda in 1788 uit zijn ambt van hoogleraar ontzet. Zijn broer, J.H. Voorda, hoogleraar in Utrecht, werd in 1789 bij verstek veroordeeld wegens hoogverraad. Hij werd verbannen met verbeurdverklaring van alle goederen en kreeg het verbod om publieke functies te bekleden, Van de Vrugt 1987, p. 173.

86 Voorda 1792, Inleiding, p. 3 e.v. Hij wijst op de verzoeken van de rechtbanken om verbeteringen in het strafproces, op de eis van het voorhanden zijn van een confessie en het verbod van appel, evenals op het gevangenhouden van alle gedetineerden die niet bekenden, zie par. 2.1 van het volgende hoofdstuk (8), 'Capaciteitsproblemen'.

87 Kop schreef zijn portret in 'Zestig juristen', 1987.

88 Zie Kop 1987, p. 196.

89 Van Boven 1990, p. 189; Moorman van Kappen 1974, p. 194.

90 Het tweede deel wordt voorafgegaan door een voorwoord van februari 1798. De criminele procedure staat beschreven in dit tweede deel, Hoofdstuk 5, p. 220 e.v. Het werk is in 1829 herdrukt.

Beide rechtsgeleerden waren vertrouwd met een vorm van uitstel voor de gevallen waarin een strafproces niet tot klaarheid kon worden gebracht. Beiden bepleitten voor die klemsituatie een vorm van 'ontslag'. Beiden kenden ook de term *absolutio ab instantia*.[91] Voorda gaf daaraan een eigen definitie en paste die toe in zijn theoretisch model; Van der Linden gebruikte de term *absolutio ab instantia* niet, maar vond de basis voor het uitstellen van de definitieve beslissing rechtstreeks in de Ordonnantiën. Beide rechtsgeleerden verdedigden een tussenoplossing, maar de één deed dit als theoreticus, de ander als 'man van de praktijk'. Die praktijk was echter anders dan hun vrome wensen.

2.2 De dagelijkse praktijk in en rond Amsterdam

Het probleem van het ontbreken van bewijs van schuld en van onschuld deed zich volgens Van der Linden in de Amsterdamse praktijk dagelijks voor.

> 'Doch dit geval (dat alle bezwaren zijn weggenomen, wvh) is veel zeldzaamer, dan het tegengestelde, het geen zoo dikwijls, ja bijna dagelijks, in de Crimineele practijk voorkoomt, namelijk dat de gevangenen wel bij eene negative is blijven persisteeren, maar echter niet heeft opgelost de bewijzen en suspicien ten zijnen lasten militeerende, waar door de Rechter zig bevind in eene onzekerheid, of zoo genaamd *non liquet*.[92] - Wat zal de Rechter nu doen? - Den gevangenen absolveeren? Dit kan hij niet, want van deszelfs onschuld consteert niet (staat niet vast, wvh), maar de verdenkingen van schuld ten zijnen lasten zijn nog blijven voortduuren (…)'.[93]

Van der Linden schrijft dat voor die situatie 'een middenweg' is uitgevonden. De gevangenen werden dan uit detentie ontslagen:

---

91 Vgl. Voorda 1792, Aanteekeningen bij art. XLIV, p. 375, Van der Linden 1798, p. 236. Ook vanuit het civiele proces was hun de term bekend, daar ook wel aangeduid met 'ontslag van daging', vgl. Van der Linden, '*Absolutio ab instantia*', in het Register bij het *Decreet inzake de manier van procedeeren* 1799. Zie ook Van der Linden 1798, p. 163, 164 en 1806, p. 311. 'Ontslag van daging' werd gebruikt voor de gevallen dat de eiser zich niet aan de formele eisen van het proces hield.

92 De term *non liquet* is ontleend aan het Romeinse recht, zie Hoofdstuk 1, par. 3.2.3 en werd gebruikt voor de situatie dat de stemmen staakten. Van der Linden gebruikt de term hier voor de situatie dat er onvoldoende wettig bewijs is voor een veroordeling. Op deze manier werd de term op dat moment ook gebruikt door de Oostenrijkse hoogleraar in het strafrecht S. Jenull, in zijn commentaar bij het strafwetboek van 1803 (Das österr. Criminalrecht nach seinen Gründen und seinem Geist dargestellt, IV, par. 428). In het Oostenrijkse wetboek werd de twijfeluitspraak vastgelegd met de woorden '*die Untersuchung werde aus Abgang rechtlicher beweise für aufgehoben erklärt*', ook wel '*Instanzentbindung*' genoemd, Elben 1846, p. 43. Over de *Instanzentbindung* meer in Hoofdstuk 11.

93 Van der Linden 1798, p. 236, 237 en 1806, p. 415.

> 'onder belofte bij handtasting, van te allen tijde, desvermaand zijnde, wederom te zullen compareeren, in persoon, *sub poena confessi & convicti*.'[94]

Met 'handtasting' werd gedoeld op een 'plechtige verklaring'.[95] Het betekent dus niet noodzakelijkerwijs dat er borg moest worden gesteld. Degene die onder handtasting werd ontslagen moest verklaren dat hij gehoor zou geven aan een oproep om te verschijnen, op straffe van veroordeeld te worden. Niet-verschijnen zou als een erkenning van schuld worden opgevat: *sub poena confessi et convicti*. Het was, zo schreef Van der Linden, 'een middel' dat 'in de beoeffening der Crimineele Praktijk onontbeerlijk is'.[96] Van der Linden achtte het ontslag onder handtasting echter slechts geoorloofd 'zoo lang (…) geverseert word in een extra-ordinair crimineel Proces', dus zolang het extraordinaire proces duurde.[97] Hij baseerde het ontslag op artikel 53 van de Ordonnantie op de Criminele Justitie, dus de slaking op borgtocht, hiervoor besproken.[98] 'Het middel' zou niet mogen worden toegepast als de zaak volledig was onderzocht, vond Van der Linden. Kennelijk gebeurde dat echter wel. Van der Linden beschrijft namelijk dat men

> 'te Amsterdam, en elders in Noordholland, wel eens ziet practizeeren, dat Gevangenen, na het doorstaan van een crimineel Proces, en alzoo *post plenissimam cognitionem* in plaats van geabsolveert of gecondemneert te worden bij een Rechterlijk Vonnis, onder handtasting ontslagen worden.'[99]

Deze gang van zaken was iets waarvan Van der Linden betwijfelde of het 'met de echte gronden der Crimineele Practijk vereffent zal kunnen worden', want na een voldongen proces moest de rechter volgens Van der Linden 'absolveren' of 'condemneren'. Hij lijkt hier artikel 43 Ordonnantie op de Stijl te volgen, maar verwijst niet naar dat artikel. Of hij met 'absolveren' het geven van een volle vrij-

---

94 Van der Linden 1798, p. 237.

95 Etymologisch te herleiden tot 'handdruk', Vgl. Glossarium Van Hattum en Rooseboom 1977. In art. 27 OLW 1804 werd 'handtasting' omschreven als 'de verklaring van den rechter dat de aangeklaagde, hoezeer op vrije voeten gesteld wordende, echter in staat van beschuldiging blijft en alzoo gehouden is om, daartoe behoorlijk vermaand zijnde voor den rechter te verschijnen.' Het gebruik van deze term zou kunnen betekenen dat de slaking anno 1798 veelal niet meer gepaard ging met borgstelling maar slechts met de belofte weer ter zitting te zullen verschijnen.

96 Volledige tekst: 'Een middel, het geen (schoon nu en dan wel eens gebruikt wordende, om Decreeten, bij overijling genomen te bedekken,) in de beoeffening der Crimineele Praktijk onontbeerlijk is', Van der Linden 1798, p. 237. De woorden '*sub poena confessi et convicti*' zijn overgenomen in art. 6 Provisioneel Reglement van 10 oktober 1798, hierna te bespreken.

97 '*Verseren*' betekent volgens het WNT 'verkeren in'.

98 Van der Linden 1798, p. 237 en 1806, p. 415. Deze voorwaarde - '*sub poena confessi et convicti*'- staat echter niet in art. 53 Criminele Ordonnantie, maar zou eventueel gevonden kunnen worden in de woorden 'op verbeurte van een straf ter discretie van de rechter' in art. 44 Stijl, het ontslag zonder voorafgaand gebruik van de pijnbank.

99 Van der Linden 1798, p. 237.

spraak bedoelde dan wel het absolveren van instantie liet hij eveneens na erbij te vermelden. Ook blijft in het midden wat hij precies bedoelde met '*post plenissimam cognitionem*', letterlijk: 'na volledig onderzoek'. Indien daaronder moet worden verstaan dat het onderzoek was afgerond en dit geen nieuws meer kon opleveren, was de gang van zaken wel te vereffenen met de artikelen 41 en 44 van de Ordonnantiën, zoals we hiervoor zagen. Als hij bedoelde dat dit ontslag onder handtasting niet meer plaats mocht vinden na de maximale duur van het proces die de Ordonnantiën voorschreven, namelijk één of twee jaar, dan was dat daarmee inderdaad in strijd.

Voorda was uitvoeriger over deze materie. Hij besprak twee situaties van 'ontslag' en probeerde de rechtsgevolgen van elk van beide te duiden.[100] De eerste situatie was die na een volledig proces als bedoeld in artikel 41 Stijl. Voorda hield het voor een

> 'welherbrachte Costume' dat 'na voldongen proces, wanneer van de schuld niet genoegzaam blijkt' alleen een *absolutio ab instantia* werd gegeven, 'om dat de tijd zo wel de bewijzen van de misdaaden, als de misdaaden zelve, ontdekt'.[101]

Deze '*absolutio ab instantia*' was dus meer dan alleen een slaking. Zij was een beëindiging van de procedure en diende om het proces te kunnen hervatten bij het opkomen van nieuwe bewijzen. Deze absolutio was bedoeld om 'de tijd een kans te geven'. Volgens Voorda volgde uit artikel 41 Ordonnantie op de Stijl zonder meer dat na het gebruik van de pijnbank de rechter de keuze had tussen vrijspraak, veroordeling, oplegging van een bijzondere of een ordinaire straf, of slaking. Gevangenen mochten in de ogen van Voorda bijvoorbeeld niet opgesloten worden gehouden om te wachten op nieuwe aanwijzingen van schuld of om de veiligheid van de stad te bewaren. Dat gebeurde in de Amsterdamse praktijk kennelijk wel. Voorda schreef hierover:

> 'Maar den gevangen, nadat hij de pijnbank doorgestaan heeft, zonder eenige uitspraak te laaten zitten, en langer in hechtenis te houden, of hem bij bloote Resolutie, of bij vonnis te confineeren voor zijn leeven, of voor een aantal van jaaren, in een tucht- of werkhuis, enkel en alleen omdat het een slecht of verdagt persoon is, of onder voorwendzel, dat 'er nieuwe en nadere indicien tot zijn laste kunnen komen, of op hoope, dat hij, door langdurige inkerkering afgemat, tot bekendtenis komen zal, is een gansch ongeoorloofde zaak en een schreeuwend ongelijk, 't welk geen Rechter, geen Hof van Justitie, geen Scheepensbank zelfs niet van het aanzienlijk Amsterdam, aan eenig gevangen, hoe

[100] Voorda 1792, Aanteekeningen bij art. XLI, p. 364 e.v. en art. 44, p. 375 e.v.
[101] Voorda 1792, Aanteekeningen bij art. XLIX, p. 378.

> verachtelijk of verdacht hij zij, mag aandoen, ook zelfs niet onder voorwendzel van *politie* of van de veiligheid der inwooneren, of de rust van de Stad te verzeekeren (niet mijn curs. wvh).' [102]

De reden dat Voorda hier zo fel van leer trok, was zijn verontwaardiging over de verzoeken van rechters om niet-bekennende gevangenen langer te mogen vasthouden. Deze in zijn ogen 'onrechtmatige' en 'buitensporige' verzoeken bereikten volgens hem regelmatig de Staten van de Provincie Holland en West-Friesland.[103]
De hier bedoelde slaking zou volgens Voorda gepaard moeten gaan met de door hem gedefinieerde *absolutio ab instantia*. Met *absolutio ab instantia* bedoelde hij letterlijk het 'ontslag van de procedure'. Hij verwees daarbij naar de betekenis van het Franse '*hors de cour*'. Ná een dergelijke absolutio was van een toestand van inbeschuldigingstelling (*in reatu*) geen sprake meer. Door de *absolutio ab instantia* kwam dus het proces definitief ten einde. Maar volgens Voorda was - anders dan in geval van een *hors de cour* - met een *absolutio ab instantia* 'het feit' nog niet definitief beslist. Ook de vergelijking met de *plus ample informé* ging volgens hem niet op, want Voorda las bij Jousse dat deze vorm van afdoen niet werd toegepast na gebruik van de pijnbank. Voorda's onvoorwaardelijk ontslag, gepaard gaande met *absolutio ab instantia*, was met andere woorden geen definitief eindgewijsde en ook geen straf. Indien de aanklager naderhand vanwege nieuwe vermoedens of bewijzen een nieuw rechtsgeding over dezelfde zaak wilde beginnen, mocht hij dat volgens Voorda doen, 'mits nieuw Decreet, 't zij van aantasting, het zij van dagvaarding in persoon verwervende'. Hij doelde op de eerste en tweede rechtsingang. In dat geval moesten dus de betreffende vormvoorschriften in acht worden genomen.[104]

De *absolutia ab instantia* was volgens Voorda kortom geen volle vrijspraak, geen straf en ook niet een voorwaardelijk ontslag. Op het wegblijven van het nieuwe proces stond na een eenmaal gegeven *absolutio ab instantia* volgens zijn lezing geen sanctie.[105] De *absolutio ab instantia* van Voorda deed ook geen dienst als maatregel van bewaring. Het was een soort 'buitenvervolgingstelling' *avant la lettre*, maar dan één na een volle behandeling, inclusief die op de bank. Dat de

---

[102] Voorda 1792, p. 367.
[103] Voorda 1792, Inleiding, p. 3, verwijst naar verzoeken uit 1763 en 1773 die 'door Haar Ed. Groot. Mog.' werden 'afgeslagen'. Vgl. De Bosch Kemper I, p. CXXXI en Drenth 1939, p. 207 citeert Voorda's p. 3.
[104] Vgl. art. 50 OCJ jo. art. 2 Stijl inzake de rechtsingang. Dat dit geen loze voorschriften waren blijkt uit eerder aangehaalde brief van de Fransman De Pierre-Buffière, zie de Inleiding op dit Deel IV.
[105] Voorda 1792, p. 377.

geslaakte al gepijnigd was, volgens hem 'de zwaarste toets van onderzoek', speelde in die opvatting een belangrijke rol.[106]

De tweede vorm van ontslag was die in het geval dat er niet gepijnigd was, en 'als de rechter geen bewijs genoeg heeft om te condemneeren, ook niet genoeg om de pijnbank te gebruiken, of wanneer de materie tot de pijnbank niet geschikt is, en eevenwel uit den processe al te sterke vermoedens spruiten, dan dat hij absolutie zoude kunnen geeven'.[107] Het is de situatie beschreven in artikel 44 Stijl. In dit tweede geval was volgens Voorda de rechter verplicht de beschuldigde op cautie te slaken, precies zoals artikel 44 lijkt voor te schrijven.

> 'Dit ontslaan uit de gevangenis, onder cautie tot weederbiedens, duid aan, dat de Wetgeever voor als nog niet wil, dat men den gevangen ab instantia ontslaa, hoe zeer dit het minste is, 't welk op afgeloopen proces, wanneer men meend, noch condemnatie, noch absolutie te konnen geeven, noch de pijnbank te konnen gebruiken, schijnd te moeten volgen.'[108]

Een *absolutio ab instantia*, een beëindiging van het proces zonder verdere voorwaarden, was dus in de ogen van Voorda het minste wat op een afgelopen proces moest volgen. Dat bepaalde artikel 44 Stijl echter niet. Dit artikel schreef een provisioneel ontslag voor, en ook nog op borgtocht. Voorda vond dit onbillijk, want,

> 'hoe lang toch zal de geslaakte met dat mes in den buik blijven zitten? Hoe lang zal die instantie, en bij gevolg de belofte en op weederbiedens te verschijnen, toch duuren? In 't oneindige? Geenszins! Want volgens (…) de Ordonnantien moet zelfs een ordinaar crimineel proces (…) ten allerlangsten binnen het jaar geschied gewezen.'[109]

De staat van beschuldiging, het 'mes in den buik', mocht daarom volgens Voorda bij elkaar nooit langer dan een jaar duren. Na dat jaar moest de beschuldigde 'van instantie worden ontslagen', dat wil zeggen: buiten beschuldiging worden gesteld. Volgens Voorda zou deze *absolutio ab instantia* na provisioneel ontslag uit de gevangenis, binnen een jaar te rekenen vanaf de aanhouding (apprehensie) moeten intreden. Deze absolutio maakte een einde aan het proces. Het belette echter niet een nieuw te beginnen. Want alleen degene die volledig was vrijge-

---

106 Voorda 1792, p. 368.
107 Voorda 1792, p. 375.
108 Voorda 1792, p. 375, 376.
109 Voorda 1792, p. 376. Voorda wees in dit citaat op de artt. 31 en 38 OCJ en 71 Stijl, zie ook par. 1.2 hiervoor.

sproken, met een absolutio '*a tota caussa*', kon zich met een beroep op de exceptie van het gewijsde 'dekken voor altoos'.[110] Daarvan mocht in het geval van gebrek aan bewijzen geen sprake zijn want dat zou 'al te zeer teegens het algemeen belang van de burgermaatschappij aan loopen'. De beschuldigde zou na het verloop van een jaar dus niet op 'volkomen straffeloosheid (…) kunnen reekenen, te meer, als men gadeslaat, dat men hedendaagsch ook al afgerecht is op kunstenarijen om, bij voorbeeld, getuigen voor een tijd te verwijderen, of andere bewijzen voor een wijle tijds te verduisteren'.[111] Door er met een list voor te zorgen dat het bewijs niet kon worden verzameld c.q. door de getuigen een tijdje weg te houden, wist een beschuldigde zich dus wel eens aan een veroordeling te onttrekken. Het geven van een '*absolutio a tota caussa*' mocht in die gevallen niet aan een verdere vervolging in de weg staan. Dat was volgens Voorda niet in het 'algemeen belang'. Het is één van de weinige keren dat de gevolgen van een definitieve vrijspraak, het verbod van herhaling, ter sprake werd gebracht.

2.3 Vergelijking van de standpunten van Voorda en Van der Linden

Voorda en Van der Linden beschreven beiden een praktijk waarin de middenbeslissing schering en inslag was, maar waaraan een degelijke wettelijke normering ontbrak. Van der Linden bepleitte een ontslag onder handtasting 'zolang het extraordinaire proces duurde'. Dit ontslag was *sub poena confessi et convicti*, dus op straffe van direct veroordeeld te worden bij niet verschijnen. Na een volledig onderzoek moest worden 'geabsolveerd of gecondemneerd'. Helaas weten wij niet of dit 'absolveren' een definitief vrijspreken was dan wel het ontslaan van instantie. Van der Linden gebruikte de termen 'ontslag van instantie' en '*absolutio ab instantia*' niet bij zijn beschrijving van het strafproces.

---

110 Volgens het Romeins burgerlijk recht zou het recht van aanklacht na verloop van tijd geheel moeten vervallen, schrijft Voorda, p. 378, zodat heropening niet mogelijk is, maar in criminele zaken lag het volgens hem anders; dan zou een *absolutio ab instantia* volstaan. Hij wijst er daarbij op dat Matthaeus, 48.XIX.VI.5, p. 656, dit anders zou zien, namelijk zo, dat naar Romeins recht zowel *in civilibus* als *in criminalibus* na twee jaar slechts een *absolutio ab instantia* volgt. De verwijzing wekt de indruk dat Matthaeus een voorstander zou zijn van de *absolutio ab instantia*, hetgeen, zoals ik hiervoor (Hoofdstuk 4, par. 2.5) uiteen heb gezet, niet het geval is. De opmerking van Matthaeus waarnaar Voorda verwijst betreft dan ook het ontslag van instantie wegens het stil zitten van de klager en niet het ontslag wegens gebrek aan bewijs na toepassing van de tortuur. In dat laatste geval staat Matthaeus een volle vrijspraak voor. Voorda stond in deze opvatting niet alleen; ook in sommige Duitse landen is rond 1800 op het verschil tussen het civiele en het strafrecht gewezen om te beargumenteren dat strafzaken steeds konden worden hervat, nl. omdat een strafrechtelijk vonnis niet zou berusten op een bindende partijafspraak, de *litis contestatio*, zie Hoofdstuk 11, par. 2.3.

111 Voorda 1792, p. 378.

Voorda wilde eveneens dat na een volledig onderzoek een eindbeslissing werd geveld, maar als er niet kon worden vrijgesproken of veroordeeld, achtte hij een slaking in combinatie met een *absolutio ab instantia* voldoende. Hervatting van het proces op basis van nieuwe bezwaren mocht dan plaatsvinden na nieuw verzoek en verleende rechtsingang. Hij gaf hierbij niet aan of aan de mogelijkheid van heropening een maximale termijn moest worden verbonden. Mogelijk gold daarvoor de verjaringstermijn. In het geval dat het proces zonder toepassing van de pijnbank zijn einde naderde en de rechter nog steeds geen definitief eindoordeel had kunnen geven, kon volgens Voorda de gevangene voorwaardelijk worden vrijgelaten, precies zoals in artikel 44 Stijl beschreven. Deze slaking, waaraan steeds de voorwaarden van borgstelling en verschijning op wederbieden waren verbonden, mocht in zijn ogen echter niet langer duren dan de maximale duur die de Ordonnantiën voor het ordinaire proces voorschreven, dus maximaal een jaar, te rekenen vanaf het moment van apprehensie. Daarna moest in zijn ogen een absolutie van instantie volgen, dus een ontslag van alle beschuldiging.

In zijn uiteenzetting maakte Voorda dus een duidelijk onderscheid tussen de toestand van in-beschuldiging-gesteld-zijn, waarin de beschuldigde onderworpen bleef aan de dwangmaatregelen van justitie, en de toestand daarbuiten, waarin de betrokkene zich niet meer aan voorwaarden behoefde te houden en niet hoefde te vrezen voor een oproeping en - bij niet verschijnen - een veroordeling. De *absolutio ab instantia*, die een einde maakte aan de toestand van beschuldiging, haalde na een jaar 'dit mes uit de buik'. De *absolutio ab instantia* beschermde echter niet tegen de hervatting van het proces na opnieuw verkregen rechtsingang.

Het is opmerkelijk dat Voorda bij zijn bespreking van de artikelen 41 en 44 Stijl wel het 'Europese' begrip *absolutio ab instantia* gebruikte en voor de invulling daarvan geen aansluiting zocht bij de beschrijvingen van Europese auteurs uit Duitsland, Italië of Spanje, maar juist een vergelijking maakte met de Franse *hors de cour* en *plus ample informé,* om uit die vergelijking te concluderen dat de Franse instituten niet de situatie op het oog hadden die hij met '*absolutio ab instantia*' omschreef. Hij introduceerde met andere woorden een aan de Ordonnantiën vreemde term, *absolutio ab instantia*, die elders in Europa wel in gebruik was, dan wel in gebruik was geweest, en verbond er een eigen uitleg aan om vervolgens te concluderen dat er geen overeenkomsten bestonden met de in Frankrijk toegepaste middenbeslissingen. Inderdaad wel een ingewikkelde theoretische aanpak, één die er aan zal hebben bijgedragen dat Van der Linden over Voorda's werk schreef: 'hoe veel wetenswaardigs er ook in deeze Verhandeling moge verspreid zijn, in de beoordeling der crimineele practijk verkiezen wij eenen billijken en doorzigtigen Regter, die dagelijks in de verhoorkamer zit, boven eenen Hoogge-

leerden in zijn boekvertrek'.[112] Toch was Voorda het duidelijkst over de juridische gevolgen van een ontslag. Het was Voorda die het verband legde tussen (voorwaardelijk) ontslag en de buitenbeschuldigingstelling. Ook plaveide hij de weg voor de latere wettelijke bepaling om na een jaar ontslagen te mogen worden van naleving van de voorwaarden.[113] De door hem gebruikte term '*absolutio ab instantia*' was bovendien in de Nederlanden niet ongebruikelijk, zoals uit het vervolg van dit hoofdstuk zal blijken.[114] Voorda gebruikte een terminologie die in de Zeven Verenigde Nederlanden bestond. De terminologie van Van der Linden, '*ontslag onder handtasting sub poena et convicti*' zou echter in de nieuwe regelgeving voor de situatie in Amsterdam, die van 1798, worden gebruikt.

2.4 Samenvatting van de stand van zaken in Amsterdam

Strafzaken dienden in beginsel te worden beëindigd met een veroordeling of een vrijspraak. Dit was de hoofdregel die uit 'de wet' volgde (artt. 53 OCJ en 43 Stijl).[115] Veroordelingen vielen en werden geëxecuteerd. Maar als geen veroordeling volgde dan werd er aan het einde van die achttiende eeuw nog steeds vaak, en misschien wel altijd, een 'middenweg' bewandeld. Deze middenweg gold voor strafzaken waarin niet duidelijk van de schuld of de onschuld van de beschuldigde was gebleken. Van der Linden noemde het een 'onontbeerlijk middel'. Het betrof een zogenaamd 'ontslag onder handtasting *sub poena confessi et convicti*'. Dit ontslag vond plaats na een volledig onderzoek, al dan niet na gebruikmaking van de pijnbank. De gevangene werd vrijgelaten onder de belofte om op ontbod te verschijnen, op straffe van directe veroordeling. Hoe lang de geslaakte aan deze voorwaarden gehouden mocht worden, is niet duidelijk. Volgens Van der Linden niet langer 'dan het extraordinaire proces duurde' en volgens Voorda tot een jaar na het moment van aanhouding. Deze middenweg kan worden gezien als een vorm van *absolutio ab instantia*, omdat het een beslissing was om nog niet te beslissen, genomen na volledig gehouden proces en diende om te wachten op mogelijke aanvulling van het bewijs. Het was een *absolutio ab instantia* die gepaard ging met de dwangmaatregelen van borgstelling en verplichte verschijning.

---

112 Van der Linden 1806, p. 401.

113 Dit recht om na een jaar van de voorwaarden ontslagen te mogen worden, werd vastgelegd in de wetgeving van 1809, hierna te bespreken.

114 Het Hoog nationaal Gerechtshof schreef in zijn advies van 1806, hierna te bespreken, Hoofdstuk 8, par. 5.10, dat de *absolutio ab instantia* nog in verschillende delen van het Koninkrijk in gebruik was.

115 Dit is ook het beeld dat poorters van Amsterdam hadden van de criminele justitie, vgl. de brief van de Franse schrijver en politicus Gabriël de Pierre-Buffière, aangehaald in de Inleiding op dit deel IV.

De rechtsgeleerde Voorda beschreef nog een geheel andere *absolutio ab instantia*, één die aan toestand van dwang een eind maakte en die daardoor bijna de status van een definitieve eindbeslissing had. Deze *absolutio* stond er echter niet aan in de weg dat de zaak werd heropend. Aan deze *absolutio ab instantia* van Voorda lag hetzelfde motief ten grondslag als aan de heropenbare vrijspraak van Carpzovius. Carpzovius vond dat uit oogpunt van publiek belang, de *favor comodi publici*, een vrijspraak in een nieuw proces moest kunnen worden aangevochten als er sprake was van nieuwe bewijzen en bepleitte daartoe een uitzondering op het verbod van herhaling, in zijn tijd nog aangeduid met de '*de his*-regel'. Een heropening wegens nieuwe bewijzen was ook het doel van Voorda. Een volledige vrijspraak, '*absolutio a tota caussa*' ging hem te ver omdat een dergelijke vrijspraak een tweede procedure over dezelfde zaak belette. Deze 'totale vrijspraak' zou de beschuldigde 'voor altoos dekken', dus ook als de getuigen later alsnog opdoken en belastend zouden verklaren. Daarom introduceerde Voorda zijn *absolutio ab instantia*, een toestand waarin de beschuldiging was opgeheven maar het proces kon worden hervat. Voor die hervatting diende dan wel opnieuw rechtsingang te worden gevraagd en verleend. Het was als het ware een buitenvervolgingstelling, maar dan nadat de zaak volledig was onderzocht.

Zo kunnen er twee beslissingen worden onderscheiden die waren bedoeld om de zaak niet volledig te sluiten maar open te houden voor de komst van nieuwe bezwaren. De ene was het ontslag onder handtasting zoals beschreven door Van der Linden, door hem ook letterlijk een 'middenweg' genoemd. De andere is het theoretische model van Voorda waarin een *absolutio ab instantia* wordt gegeven nadat het ontslag onder handtasting een maximale periode heeft geduurd. Hierdoor komt er een definitief einde aan het proces, maar nog niet aan de zaak. Van het ontslag onder handtasting weten we dat het in de praktijk vaak voorkwam, de *absolutio ab instantia* van Voorda lijkt slechts een theoretisch model geweest te zijn.

Er werd echter in lang niet alle gevallen van gebrek aan bewijs overgegaan tot een voorwaardelijk ontslag uit de gevangenis. Volgens Voorda kwam het veelvuldig voor dat de beslissing tot vrijlating (slaking) voor onbepaalde tijd werd uitgesteld. Gevangenen die geen bekentenis aflegden werden eenvoudig vastgehouden (geconfineerd). Voorda noemde dit een 'schreeuwend ongelijk'. Het bewaren van de beschuldigden veroorzaakte bovendien verstopping. Door de nadruk op de confessie en door de zware eisen aan een volledige vrijspraak, raakten de gevangenissen overvol.[116] In deze situatie kwam verandering toen op 1 mei 1798 de

[116] In 1773 was er een commissie in het leven geroepen 'naar aanleiding van misbruiken die het gevolg waren van het interneren van niet-bekennende verdachten zonder vorm van proces', Bosch 1956, p. 202.

Staatsregeling werd aangenomen. De invoering van deze Staatsregeling gaf een flinke impuls aan de ontwikkeling van het strafproces. In het volgende hoofdstuk wordt die ontwikkeling beschreven. Het betreft de tijd van de Bataafse Republiek en het 'Koningrijk Holland', de periode waarin de codificatie van het straf- en strafprocesrecht ter hand werd genomen.

Hoofdstuk 8
Nederland 1795-1811
Van de Bataafse Republiek naar het Koningrijk Holland

1. De Staatsregeling van 1798

1.1 Meer waarborgen in het strafproces

De Staatsregeling van 1 mei 1798[1] ademde net als de Franse *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* en de Franse Constitutie van 1791 de geest van de Verlichting. Men kan er Rousseau en Montesquieu zonder moeite in herkennen, ook al was het een regeling met een eigen geschiedenis en een eigen nationale kleur.[2] Legaliteit en eenheid van het recht waren van de Staatsregeling de voornaamste doelen en voor het te ontwerpen strafrecht waren gematigdheid en proportionaliteit het uitgangspunt. In het hoofdstuk 'Burgerlijk en staatkundige grondregels' dicteerde de Staatsregeling een aantal door de overheid in acht te nemen waarborgen voor beschuldigden in het strafproces, deels aloud en deels nieuw. Niemand mocht worden beschuldigd of gearresteerd dan uit kracht van de wet (art. 29) en de wet zou geen andere straffen opleggen, dan die welke 'volstrekt noodzakelyk zijn voor de algemeene zekerheid' (art. 41). Vonnissen moesten in het openbaar worden uitgesproken (art. 37) en de misdaad nauwkeurig uitdrukken op straffe van nietigheid (art. 262).[3] Dit laatste was een verbetering ten opzichte van de Ordonnantiën, die wel de regel kenden dat het veroordelend vonnis de opgelegde straf moest omschrijven, maar zich niet uitlieten over de omschrijving van het strafbare feit;[4] in de nieuwe staatsvorm wilde men de burger niet alleen zekerheid bieden over hetgeen waarvoor hij - achteraf - strafbaar was verklaard maar ook omtrent datgene wat - vooraf - strafbaar was. Daarbij diende ook het procesrecht in algemene termen te worden omschreven, voor alle delen van de Republiek gelijk. Daarom moesten er 'algemene wetboeken' worden

---

1 De Staatsregeling 1798 volgde nadat het in 1797 verschenen Plan van Constitutie, bijgenaamd 'Het Dikke boek', was verworpen. Over de politieke achtergronden van deze codificatiegeschiedenis zie Van den Berg 1996, Hoofdstuk 12 en 13.

2 Over de totstandkoming van de Staatsregeling 1798: Van Boven 1990, p. 92 e.v. (vooral juridisch inhoudelijk) en Van den Berg 1996, p. 305 e.v. (ook politiek).

3 Acte van Staatsregeling, Titel VIII, art. 262. De regel is direct overgenomen in art. 115 van het Decreet van 1799. Thans staat hij in art. 121 Grondwet.

4 Art. 43 Stijl. Deze regel was in het leven geroepen om al te grote vrijmoedigheid van de openbare aanklagers bij de tenuitvoerlegging te voorkomen.

ontworpen (art. 28).[5] Voor ons onderwerp in het bijzonder van belang waren de bepalingen dat de berechting van gevangenen niet meer 'willekeurig' mocht worden uitgesteld (art. 30)[6] en dat gevangenen van wie in de loop van het proces kwam vast te staan dat zij geen misdaad hadden begaan die met een lijfstraf kon worden bestraft, 'op voldoende borgtocht' vrijgelaten ('ontslagen') moesten worden (art. 33).[7] Laatst genoemd artikel lijkt een voortzetting van artikel 53 Ordonnantie op de Criminele Justitie. Een andere verandering, mogelijk voor het strafproces de meest ingrijpende op dat moment, was dat de pijnbank werd afgeschaft (art. 36). Hierdoor kwam het geldend bewijsstelsel op losse schroeven te staan. Ik zal daarop in par. 2 nader ingaan. De artikelen eisten een voortvarend strafproces, maar stelden geen paal en perk aan het gebruik van de in het vorige hoofdstuk beschreven middenbeslissing.

1.2 Geen jury, geen grondwettelijk verbod van herhaling

In de Staatsregeling stond geen voorschrift dat vergelijkbaar was met het verbod om iemand die vrijgesproken was nog eens te beschuldigen of in hechtenis te nemen wegens hetzelfde feit, zoals dit in de Franse Constitutie van 1791 had gestaan (zie Hoofdstuk 6). Het opnemen van een dergelijke bepaling lag ook niet voor de hand. De Franse grondwetsbepaling was ten nauwste verbonden met de instelling van juryrechtspraak en met de aan de jury toegekende soevereiniteit. In de Bataafse Republiek werd geen juryrechtspraak ingevoerd.[8] Anders dan in Frankrijk heerste hier geen diepgeworteld wantrouwen jegens alle rechters.[9] Niet alleen de eerder aangehaalde Joannes van der Linden roemde in 1800 juist hun

---

5 Deze codificatie komt aan de orde in par. 3 hierna.

6 Art. 30 Staatsregeling: '*Alle gestrengheid omtrent gevangenen, buiten hetgeen de wet bepaalt, gelyk mede alle willekeurig verwyl van derzelver teregtstelling en van de uitvoering hunner straf is misdaadig.*'

7 Art. 33 Staatsregeling: '*In alle gevallen, waarin de wet geene lyfstraffen vordert, zal de gevangene onder voldoenenden borgtogt, ontslagen worden.*'

8 Van Boven 1990, p. 98, citeert in dit verband de ontwerper van het Franse voorontwerp van de grondwet P.C.F. Daunou: '*Il parait que les Bataves ne connaissent point cette institution ou qu'ils ont contre elle des préventions que n'a pas du dissiper. Il en faut convenir l'expérience que nous en avons faite depuis six ans.*' (Het schijnt dat de Bataven het instituut nauwelijks kennen of dat zij er bezwaren tegen hebben die niet hebben kunnen worden weggenomen. We moeten dat zien te verzoenen met de ervaring die wij er nu zes jaar mee hebben.). Het citaat is uit De Gou 1988, p. 438. Daunou was met de ons bekende Merlin (zie Hoofdstuk 6, par. 2 en 3) lid geweest van de Franse Constitutiecommissie 1795.

9 Van Binsbergen 1949, p. 27. De verpachting van het rechtersambt was in de Ordonnantiën op de Criminele Justitie verboden (artt. 10, 11) en al werd het voorschrift wel overtreden, dit leverde kennelijk geen al te grote gevoelens van onlust op. Over het misbruik van bevoegdheden binnen justitie zie De Bosch Kemper 1838 I, Inleiding p. CXIX. Faber 1983, p. 220, toont aan dat de Amsterdamse vonnissen niet 'willekeurig' waren in de negatieve betekenis van het woord. De rechters hielden zich in het algemeen aan de regels en straften vaak lager dan voorgeschreven, p. 217.

eerlijkheid,[10] maar ook andere juristen zoals Calkoen (1742-1818) en Van Hall (1768-1858) waren zeer over de strafrechtspraak te spreken.[11] Wel waren er volgens Van der Linden 'zig te veel veroorlovende bailliuwen en zomtijds min ervaaren rechters', maar die moesten het dan ook doen met 'eene Crimineele Ordonnantie die in den tijd der Spaanschen dwingelandij geboren, op onze beschaafde eeuw niet paste'.[12] Het vertrouwen in de onafhankelijke rechter, functionerend in een goed ingerichte rechterlijke organisatie maakte de invoering van het jurysysteem volgens de Nederlandse juristen overbodig.[13] Het grote vertrouwen in de integriteit van de rechter zou later ook blijken uit de vrijheid die hem gelaten werd om binnen zekere grenzen naar eigen inzicht de strafmaat te bepalen en de wet uit te leggen.[14] De discussie over dit onderwerp met Lodewijk Napoleon was exemplarisch voor het verschil tussen beide landen. De Nederlanders hadden al hun overtuigingskracht nodig om hun Franse Koning ervan te doordringen dat de mogelijkheid van uitlegging voor de rechter onontbeerlijk was en dat dit geen gevaar voor de individuele vrijheid van de burger opleverde. De Koning ging pas na ampel beraad overstag.[15]

---

10 Zie ook De Bosch Kemper II, p. 400: 'de voorbeelden van omgekochte rechters zijn bijna onbekend in ons land'.

11 Vgl. Van Boven 1990, p. 40, 41.

12 Van der Linden, Voorreden, 1800. De nieuwe regelgeving in het Decreet van 22 augustus 1799 was volgens Van der Linden nodig 'daar zoo veele eerlijke rechters en zoo veele eerlijke Practizijns zig dagelijks moeten bedroeven dat eene verdrietelijke langwijligheid en eene al te groote kostbaarheid de twee klippen waren waaraan zij die zig genoodzaakt vonden hun regt langs den weg der justitie te vervorderen, zoo meenigwerf schipbreuk leeden.' Gezien de lovende beschrijving van Van Hall maakt Van der Linden hier een verwijt aan de Ordonnantiën dat niet helemaal op zijn plaats lijkt. Ook de verwijzing naar 'Spaanse dwingelandij' komt in dit verband minder juist voor, zie Hoofdstuk 7, par. 1.1.

13 Hoewel in de Staatsregeling van 1798 het Franse wantrouwen jegens de rechterlijke macht wel in andere onderwerpen (bijv. de cassatieregeling) tot uiting kwam, hebben de Nederlandse ontwerpers van de codificatie daaraan later steeds het hoofd geboden, zie Van Boven 1990, p. 98 e.v. en p. 121.

14 In het Crimineel wetboek 1809 was op aandrang van de Nederlandse rechtsgeleerden de bepaling opgenomen dat het de rechter was toegestaan de wet zowel naar de letter als naar 'de zin' te interpreteren, art. 12 tweede volzin Crimineel wetboek 1809: '*De regters zijn verpligt, volgens de regelen van uitlegkunde te beoordelen, of en in hoe verre eenige hun voorgestelde daad, het zij onder de woorden het zij onder den zin der wet behoore*.' Vgl. beantwoording vraagpunt XII, aantekeningen Elout december 1799, waaruit blijkt dat de Codificatiecommissie zich een uitleg voorstelde 'naar de duidelijke letter of de analogie', Moorman van Kappen 1982-I, p. 11.

15 Van Binsbergen 1949, p. 49 en 50, geeft van dit overleg een verslag. Een zelfde soort discussie deed zich voor naar aanleiding van de vraag of de rechter voor het leven diende te worden benoemd. De Koning wilde de macht behouden om rechters te ontslaan als dat *politiquement* nodig was. Hierin kreeg hij zijn zin. Zie Van Boven 1990, p. 214 en bijlage V, p. 444.

Er bestond kortom in vergelijking met Frankrijk weinig kritiek op het functioneren van de rechtspraak.[16] Daarom is het begrijpelijk dat een met de Franse Constitutie vergelijkbare bepaling inzake de definitieve kracht van de juryvrijspraak in de Staatsregeling ontbrak. Het is daarentegen opmerkelijk dat in deze eerste Nederlandse constitutie geen stelling werd genomen tegen het instituut dat het midden hield tussen vrijspraak en veroordeling, te weten het voorwaardelijk ontslag of het ontslag van instantie na afgelopen rechtsgeding. Juist omdat de grondslag van deze beslissingen onduidelijk was en zij voor de justitiabelen grote rechtsonzekerheid tot gevolg hadden, zou men verwachten dat aan deze wijze van strafrechtelijke afdoening paal en perk werd gesteld. In de Staatsregeling werd echter niet aan dit ontslag gerefereerd. Zij bevatte slechts de bepaling dat gevangenen die geen lijfstraf zouden krijgen niet mochten worden gevangen gehouden en de berechting van gedetineerden niet te lang mocht duren. De 'burgerlijke vrijheid' om met rust te worden gelaten als na het voldingen van de zaak het bewijs van schuld niet was geleverd, vastgelegd in een absolute vrijspraak of ten minste in de vorm van een buitenbeschuldigingstelling, werd niet verzekerd.

2. Het Provisioneel Reglement van 10 oktober 1798

2.1 Capaciteitsproblemen

De afschaffing van de pijnbank, eerdergenoemd artikel 36 van de Staatsregeling, had het gewest Holland in acute problemen gebracht.[17] Het was één van die gewesten waar het praktijk was geworden alleen op confessie te veroordelen.[18] De pijnbank werd er, anders dan in bijvoorbeeld Gelderland,[19] als onmisbaar beschouwd. Zonder pijnbank, zo dacht men, zouden de processen veel langer gaan duren en zouden de bewaarhuizen vol raken. Alle gevangenen in een ordinair proces ontvangen en voor zolang opsluiten, had geen wettelijke basis en werd als praktisch onuitvoerbaar beschouwd.[20] Hen onder handtasting slaken, zoals bepleit door Van der Linden, werd kennelijk ook niet als de oplossing gezien, laat staan het slaken zonder meer, gepaard met een *absolutio ab instantia*, zoals bepleit door Voorda. De variant van Voorda kon ook moeilijk, omdat dit onbepaald ontslag - in de uitleg van Voorda - juist volgde na gebruik van de pijnbank, welk ge-

---

16 Vgl. Fockema Andreae, 1962, p. 23.

17 Drenth 1939, p. 208, spreekt van een 'gehele stremming in de criminele rechtspleging'.

18 Voorda 1792; Van der Linden 1806; Van Heijnsbergen 1925, p. 65 e.v.

19 Van Weel 1975, 356. Over de (verlichte) ontwikkelingen in Gelderland zie Berkvens 1995, p. 147 e.v. en 170. Volgens de auteur waren de kanselier en raden van het Hof van Gelre al in 1766 gewonnen voor de verlichte ideeën van Beccaria en schaften zij de pijnbank af.

20 Van Weel 1975, p. 357, 358.

bruik nu juist verboden was. De maatregel om de pijnbank geheel af te schaffen stuitte kortom op bezwaren.[21] Die bezwaren werden niet alleen geuit door de magistratuur, maar ook door enigszins verlichte juristen, zoals de advocaat Calkoen.[22] Deze had in zijn *Verhandeling over het voorkomen en straffen der misdaaden* in 1777, naar aanleiding van een door het genootschap Floreant Liberales Artes uitgeloofde prijs voor het beste opstel,[23] een lans gebroken voor het gebruik van de pijnbank. Hij betoogde daarin dat de praktijk het niet zonder dit 'hatelijk dwangmiddel' stellen kon. Hij nam het voor de pijnbank op 'al zou hij er de eerprijs om verliezen'.[24] Hij verloor hem echter niet. Ook Voorda betoonde zich tegenstander van de volledige afschaffing van de pijnbank[25] en Van der Linden was evenmin overtuigd dat het strafproces het zonder enige vorm van pijniging kon stellen. Hij schreef over dit 'teder stuk'[26] dat men het beter kon afschaffen en vervangen door de geseling binnenskamers,[27] waarmee hij doelde op het door Voorda als 'huismiddeltje' omschreven gebruik van de geselpaal die in de verhoorkamer stond.[28]

Calkoen bepleitte in zijn prijswinnende 'Verhandeling' niet alleen het behoud van de pijnbank maar hij wilde de beschuldigde die na tortuur bleef ontkennen ook 'op een gevoeglijke plaats bewaren'.[29] Dat opsluiten was wat er in de praktijk, in het bijzonder in het gewest Holland, gebeurde, zoals we al bij Voorda en Van der Linden lazen. Een andere oplossing zagen de Hollandse magistraten niet. Maar omdat het vasthouden van ontkennende gevangenen tot capaciteitsproblemen leidde,[30] moest er na de afschaffing van de pijnbank een andere oplossing worden gevonden, zoals bijvoorbeeld de tijdelijke voortzetting van het oude procesrecht, in elk geval met het oog op de berechting van degenen die in de kraag

---

21 Dit mag als opmerkelijk worden beschouwd aangezien de afschaffing van tortuur in heel Europa al enige tijd op gang was gekomen, vgl. Schmoekel 2000 en Van Weel 1975 p. 356.

22 Faber schreef een portret van Calkoen in 'Zestig juristen', 1987.

23 Niet alleen in Nederland maar ook in Frankrijk en Duitsland hielden literaire genootschappen zich in die tijd bezig met de strafwetgeving en stelden prijzen in het vooruitzicht voor het beste opstel. We zagen dat ook Brissot de Warville (Hoofdstuk 6, par. 2.4)op deze manier een prijs won en dat Voltaire zo tot een verhandeling werd uitgelokt (Hoofdstuk 6, par. 3.2.1). Zie over deze prijsvragen Esmein, p. 388: '*ce fut une mode*'.

24 Calkoen 1778, p. 211-228.

25 Voorda 1792, Inleiding, p. 73, achtte het gebruik 'in zeekere gevallen en binnen zeekere enge paalen beperkt, wettig en pligtmatig.' Vgl. Van Heijnsbergen 1925, p. 128 en 132.

26 'teder' betekent in dit verband zoiets als: 'delicaat, ingewikkeld, aandacht verdienend'.

27 Van der Linden 1798, p. 234.

28 Voorda 1792, Inleiding p. 36.

29 Calkoen 1778, p. 292.

30 Dit wordt gestaafd door het onderzoek naar de procesduur uitgevoerd door Faber, 1983, p. 269 e.v. De tabel op p. 275 laat een significante verlenging van de procesduur zien tussen de jaren 1790 en 1800.

waren gevat vóórdat de Staatsregeling - op 1 mei - in werking was getreden. Een aardig probleem van terugwerkende kracht diende zich aan. Het Comitté van Justitie van de stad Amsterdam (het voormalig college van Schout en Schepenen)[31] vroeg in een 'missive' van 21 juni 1798 aan het Intermediair Wetgevend Lichaam van de jonge Bataafse Republiek om bepalingen, die in dit verband in acht genomen moesten worden.[32] Het doel van dergelijke brandbrieven, die ook al vóór de inwerkingtreding van de Staatsregeling waren verzonden aan de Staten van Holland, was volgens Voorda 'om zeekere gevangenen, die het extra-ordinair proces hebben doorstaan en met welken men geen weg schijnt te weeten, voor haar leven of voor een aantal jaaren vast te zetten en van haare vrijheid te berooven.' Deze verzoeken achtte Voorda 'onrechtmatig en buitensporig' en getuigden volgens hem, zoals we hiervoor zagen, van een geheel onjuiste uitleg van de Ordonnantiën.[33]

De missive uit het Amsterdamse leidde in het Vertegenwoordigend Lichaam behalve tot de vraag naar terugwerkende kracht ook tot een discussie over de vraag of de pijnbank wel per direct afgeschaft was. In artikel 36 Staatsregeling stond immers 'wordt afgeschaft', hetgeen zo kon worden gelezen dat de afschaffing alleen maar werd aangekondigd. Het Vertegenwoordigend Lichaam, hoewel over deze kwestie verdeeld, wees uiteindelijk elk voorstel in de richting van de voortzetting van het gebruik van de pijnbank van de hand. Er moest dus iets anders voor de pijnbank in de plaats komen. Het Hof van Justitie van de voormalige gewesten Holland en Zeeland werd uitgenodigd 'binnen de kortst moogelyken tijd, zoodanige andere middelen in plaats van de pynbank te beraamen, als door welke de administratie der Justitie zynen vryen onbelemmerden loop zoude kunnen hebben'.[34] Dit resulteerde in een wijziging van de procedure die tot veroordeling kon leiden, de zogenaamde procedure 'op convictie', ingebed in het extraordinaire proces. De extraordinaire procedure op convictie werd geregeld in het zogeheten 'Provisioneel Reglement'.[35] Het was een proces op basis van bewijsvoering die in andere gewesten allang werd toegepast. Omdat er dus al

---

31 Faber 1983, p. 39. Vgl. De Bosch Kemper I, p. CXXXIV.

32 Missive aan het Intermediair Wetgevend Lichaam des Bataafschen volks, en aldaar behandeld op 22 juni 1798. Dagverhaal 1798, deel I p. 391. Hierover behalve Van Weel 1975, p. 357-362, ook: De Bosch Kemper 1838 I, p. CXXXIV; Van Hall 1838, p. 102; Faber 1983, p. 126; Bossers 1997, p. 97.

33 Zie Hoofdstuk 7, par. 2.2.

34 Citaat uit Van Weel 1975, p. 362.

35 Voluit: '*Reglement wegens het provisioneel procedeeren tegen zoodanige gevangenen, die tot geene confessie der misdaad, hun door de publique aanklager te lasten gelegt, kunnen gebragt worden*', 10 oktober 1798. Over dit Reglement: Van Weel 1975; Bossers 1997; Faber 1983, p. 126-128. De tekst van het Reglement is als bijlage opgenomen in Faber 1983, p. 305-316.

ervaring mee was opgedaan achtte men invoering van deze methode het minst bezwaarlijk.[36]

Het Reglement verbood de toevoeging van pijn of dreiging daarmee. Het maakte echter nog geen einde aan het afpersen van verklaringen. In fraaie bewoordingen bepaalde het eerste artikel dat '*een Rechter, ter bekoming van confessie van een beschuldigden,*[37] *zich* (niet mag) *bedienen van eenig middel, het welk denzelven pyn of ongemak aandoen, of daar voor, ingeval van verdere ontkenningen, bevreest zou maken*. Dit belette de rechter echter niet om '*zodanige middelen* (te gebruiken) *als hij gepast zal oordelen om een weigeraar tot antwoorden te noodzaken*'.[38] Zo werd nog lange tijd - zoals door Van der Linden was verdedigd - eerdergenoemde geselpaal in de verhoorkamer gebruikt. Deze diende om de beschuldigde te laten antwoorden op de vragen die hem werden gesteld. Die vragen dwongen 'immers' geen bekentenis af en 'de geselpaal was geen pijnbank'.[39] De legitimatie voor de toepassing van die middelen lag in de plicht tot antwoorden. Die verplichting zou nog tot 1811 worden gehandhaafd. In dat jaar werd de Franse wetgeving ingevoerd.[40]

Afgezien van de bepalingen in het Reglement bleef de stijl van procederen in het voormalig gewest Holland ongewijzigd (art. 18 PR). Het Reglement diende dan

---

36 Vgl. Van Weel 1975, p. 359, 360.

37 Het Reglement gold voor de berechting van ontkennende 'gevangenen'. Art. 1 PR 1798 bepaalt echter dat de regeling om verdachten tot spreken te brengen van toepassing is op '*een Beschuldigden, het zy gevangen of gedaagden in persoon*'. Het Reglement refereert hiermee dus niet alleen aan gevangenen maar ook aan degenen die beschuldigd waren in het kader van de extraordinaire procedure op basis van een persoonlijk dagvaarding of 'citatie', dus zonder dat zij waren aangehouden. Het betreft de procedure na 'tweede rechtsingang', zoals we hierna bij de bespreking van de wetgeving van 1799 zullen zien.

38 Art. 1 PR 1798: *De Pynbank by Acte van Staatsregeling afgeschaft zynde, zal in geen geval, hoegenaamd, een Rechter, ter bekoming van confessie van een beschuldigden, zich mogen bedienen van eenig middel, het welk denzelven pyn of ongemak aandoen, of daar voor, ingeval van verdere ontkenningen, bevreest zou maken. Dit belet echter den Rechter niet, een Beschuldigden, het zy gevangen of gedaagden in persoon, die weigerd op de hem voorgehouden wordende vraagpoincten, of eenige van dien, te antwoorden, en by die weigering, na dat de Rechter hem zyne verplichting zal hebben onder 't oog gebragt, blyft persisteeren, door zoodanige middelen, als hy gepast zal oordelen, daartoe te noodzaaken.* Van Weel 1975, p. 357, noemt het een 'juridische sluipweg' en, op p. 367, 'de pijnbank nieuwe stijl'. Hij geeft het voorbeeld van de door diverse auteurs beschreven Amsterdamse strafzaak tegen H. Jansen, waarin deze op basis van het Reglement nog in 1803 door middel van zweepslagen tot een bekentenis werd gebracht.

39 Zo redeneerden 'zommige Rechtbanken', aldus Voorda, 1792, p. 36. Het verschil tussen geselpaal en pijnbank was vóór 1798 al van belang, namelijk voor de vraag op welk moment de pijnbank mocht worden ingezet. Was de aanwending van de pijnbank op dat moment ongeoorloofd dan deed dus in 'zommige' rechtbanken de geselpaal dienst.

40 Vgl. Van Weel 1975, p. 367. Vgl. artt. 62 en 89 MvP van het Decreet1799, hierna te bespreken.

ook slechts als noodverband, voor zolang als de wetgeving die de Staatsregeling in het vooruitzicht had gesteld niet tot stand was gekomen.

2.2 Het beslismodel volgens het Provisioneel Reglement

Het Provisioneel Reglement had betrekking op de procedure die volgde op het vooronderzoek. De regeling begon namelijk waar de openbare aanklager - 'onder behoorlijke inventaris' - alle stukken aan de rechter moest overhandigen. Op dat moment gaf de aanklager tevens zijn advies over de toepassing van het Reglement (art. 3 PR). Indien de beschuldigde een volledige bekentenis had afgelegd, verleende de rechter de openbare aanklager toestemming zijn conclusie van eis te nemen en nam de rechter daarop zijn beslissing, 'zoo als thans gebruikelijk is' (art. 4 PR). Die beslissing kan niets anders dan een veroordeling zijn geweest. De conclusie van eis van de openbare aanklager vormde derhalve het sluitstuk van het onderzoek in dit proces op confessie.[41] Van der Linden beschreef deze conclusie van eis als 'een omstandig verhaal van de misdaad, overgenomen uit de verhooren van den beschuldigden, en hier en daar versterkt of aangevuld uit de ingewonnen informatiën; - eene opgave waar in het misdadige bestaat, en tegen welke wet de beschuldigde gezondigd heeft; - en eindelijk eenen eisch tot het ondergaan der straffe, volgens de wet verbeurd (…)'.[42] Indien de beschuldigde het feit niet had bekend, moest de rechter uit één van vier andere opties kiezen, afhankelijk van de kracht van het voorhanden zijnde bewijs. Dit waren: onbepaald ontslag, voorwaardelijk ontslag, verwijzing naar ordinair geding en berechting op convictie. Ik bespreek deze vier mogelijkheden nu iets uitvoeriger.

Indien de verhoren en 'confrontatiën' van dien aard waren dat alle verdenking die uit de 'praecedente informatiën' naar voren was gekomen daardoor was opgeheven én er geen waarschijnlijkheid was dat er nieuwe verdenking zou opkomen, moest de rechter 'de Gevangen ontslaan zonder enige bepaaling' (art. 5 PR). Ik noem dit het 'onbepaald ontslag'. Dit ontslag lijkt op een volledige vrijspraak, maar is het zeer waarschijnlijk niet. Door het gebruik van de term 'ontslaan' in combinatie met het feit dat dit ontslag een *gevangene* betrof, kan eenvoudig een 'onvoorwaardelijke vrijlating' zijn bedoeld. Voorts wordt verderop in het Reglement, in artikel 16, hierna te bespreken, gerept van 'definitieve vonnissen', en zo

---

41 Of het begin en het eind van het proces in engere zin, zie Hoofdstuk 7, par. 1.2.

42 Van der Linden 1798, p. 409, 410. Hieraan voegde hij nog een wenk toe: '- Dewijl echter, naar ons Crimineel Regt, de straffen zelden juist bepaald, maar meestal willekeurig zijn (Matthaeus, De Criminibus, Prolegomena IV.10, p. 40 en 48.XVIII.IV.31, p. 623), is het voorzigtig en gebruikelijk, om op de vordering eener bepaalde straffe te laten volgen eene meer algemeene clausule, *of tot zoodanige andere straffe, als de Regter in goede Justitie zal oordelen te behooren*'. De verwijzing naar Matthaeus geeft aan dat diens werk nog als maatgevend werd beschouwd voor het geldend strafrecht.

heet dit ontslag niet. Het onbepaald ontslag zal waarschijnlijk de door Voorda beschreven vrijlating gevolgd door *absolutio ab instantia* zijn; de tekst wijst het echter niet precies uit.

De volgende trap van verdenking betreft de situatie waarin de informatiën voor een veroordeling 'notoir ongenoegzaam' waren én 'er geene waarschynlykheid was, om *voor alsnog*, of *binnen een korten tijd* meerdere bewyzen intewinnen, edoch dat het mooglyk is, dat dezelver *door den tyd* zullen te bekomen zijn'. In dat geval moest de rechter 'den Gevangen ontslaan onder handtastinge en belofte, van zich ten allen tyde, des vermaand zynde, wederom te zullen sisteeren,[43] *sub poena confessi et convicti*' (art. 6 PR). Dit is de tweede optie, het voorwaardelijk ontslag. De gebruikte cursiveringen in de eerst aangehaalde regel laten zien dat het accent ligt op de tijd waarbinnen nieuw bewijs mocht worden verwacht: niet direct, maar wel binnen zekere tijd. Het is de situatie waarin nauwelijks sprake is van bewijs en er maar weinig kans bestaat dat dit in de nabije toekomst zal worden aangevuld. Opvallend is de gelijkenis met de omschrijving van het voorwaardelijk ontslag door Van der Linden. Ook hij gebruikte de termen '*sub poena confessi et convicti*'.[44] Aan dit voorwaardelijk ontslag werd wederom geen tijdslimiet gesteld; integendeel lijkt het, door de term 'te allen tijde' zoals ook Van der Linden die gebruikte, dat een voorwaardelijk ontslag van onbepaalde duur placht te zijn. Anders dan in artikel 53 van de Ordonnantie op de Criminele Justitie (waarnaar Van der Linden verwees) en anders dan in artikel 44 Stijl (ontslag zonder voorafgaande pijniging) werd in dit artikel het stellen van een borg niet expliciet vermeld.

De rechter kon in de derde plaats beslissen om de gevangene te ontvangen in een ordinair proces als hij vond dat het 'duister en twijffelachtig' is of er voldoende bewijs is voor een veroordeling, dan wel dat 'er quaestie vallen kan over het al of niet misdaadige van de daad' (art. 7 PR). De omschrijving van de situatie doet sterk denken aan artikel 32 Stijl, waarin eveneens voor dit soort juridisch moeilijke ('duistere') zaken de wijziging in een ordinair proces werd aanbevolen. Het betreft gevallen van mogelijke toekomstige vrijspraak wegens gebrek aan bewijs of van wat wij nu noemen 'ontslag van alle rechtsvervolging' wegens niet kwalificeerbaarheid van het feit of wegens niet strafbaarheid van het feit of van de dader.

---

43 'Sisteren' betekent volgens het WNT: zich laten vinden, verschijnen, aanwezig zijn.

44 Beide teksten, die van Van der Linden en die van het PR zijn uit 1798 en uit Amsterdam; Van der Linden sloot zijn voorwoord af in februari, het Reglement is van oktober. Het ligt voor de hand dat de ene tekst aan de andere is ontleend; Van der Linden zou in zijn handboek van 1806, p. 414, herhalen dat het zich beschikbaar houden 'ten allen tijde' gold.

De vierde trap van verdenking betreft de aanwezigheid van zoveel bewijs - anders dan een bekentenis - dat een veroordeling voor de hand ligt, omdat 'het feit ten volle bewezen schijnt'. De rechter moet nu het extraordinaire proces voortzetten in een proces 'op convictie'.[45] Hij moest daartoe de openbare aanklager 'autoriseren' om op het bestaande bewijsmateriaal in extraordinair proces recht te vragen, 'en mitsdien te dienen van zynen Crimineelen Eisch en Conclusie' (art. 8 PR). Vanaf nu ontstond er een proces op tegenspraak waarin de beschuldigde in de gelegenheid werd gesteld om - met de bijstand van een 'practizijn' - zijn verdediging te voeren (artt. 9, 10 PR). Daarbij werd een zekere mate van interne openbaarheid voorgeschreven.[46] De gevangene kreeg recht op kopieën van de stukken (art. 11 PR) en mocht op verzoek de originele bewijsstukken inzien. Ook mocht hij getuigen laten oproepen (artt. 13, 14 PR). Het was aan de rechter om de termijnen in de gaten houden (art. 15 PR). Na het verstrijken van de termijnen moest de rechter '*ten definitiven* vonnissen zoals hij in goede Justitie zal bevinden te behooren' (art. 16 PR).[47] Deze eindbeslissing was net als de beslissing op confessie van elk rechtsmiddel uitgesloten (art. 16 PR).

De inbedding van de procedure op convictie in het extraordinaire proces was tactisch gezien een belangrijke zet. Hierdoor kon de veroordeling op convictie worden gelijkgeschakeld met de veroordeling op confessie. Zo kon tevens worden bepaald dat tegen een veroordeling op convictie - ondanks het feit dat dit vonnis niet op confessie was gewezen - geen beroep open stond. Door de proce-

---

45 Het woord 'convictie' komt in het Reglement niet voor. Het is ontleend aan de terminologie die werd gebruikt tijdens de behandeling van dit model door het Wetgevend Lichaam, Van Weel 1975, p. 357 e.v. Of het woord 'convictie' betrekking had op de overtuiging van de rechter en we dus te maken hebben met een variant van de Franse '*conviction intime*' kan worden betwijfeld; uit de woorden 'dat het feit ten volle bewezen schijnt' lijkt te volgen dat de rechter niet zozeer overtuigd behoefde te worden. Het is dan ook mogelijk dat met de termen 'op convictie', althans in het begin, het 'overwonnen-zijn-door-getuigen' werd aangeduid, dus het door getuigen overtuigd-zijn van de beschuldigde. Vgl. Hoofdstuk 3, par. 2.3.1. Zo is de term ook gebruikt in het hierna te bespreken Decreet van 1799, artt. 85 en 98 MvP. Regels omtrent het bewijs werden in het Provisioneel Reglement niet gegeven, deze zouden later door de criminele subcommissie van de Codificatiecommissie worden ontworpen.

46 Of er ook externe openbaarheid werd bedoeld te scheppen, zoals door Calkoen 1778, p. 292, 293, bepleit, namelijk dat na bekentenis de eis door de aanklager 'zo openbaar mogelijk' moest geschieden en dat 'Alles … openlijk (moet) worden voorgelezen omdat elke burger belang heeft te weten hoe het buitengewoon geding uitgeoefend wordt', blijft in het midden. Externe openbaarheid werd nog niet als een 'zelfstandige norm' beschouwd, schrijft Van Lent 2009, p. 31. Men beschouwde het als een onderdeel van juryrechtspraak.

47 Art. 16 PR: *Den termyn aan den Gevangen, tot het doen zyner defensie vergund, verstreeken zynde, het zy hy defensie gedaan hebbe, het zy niet, zal de Rechter, zo spoedig mooglyk, de zaak examineeren, en daarin ten definitiven vonnissen, zoo als hy in goede Justitie zal bevinden te behooren, en zulks, even als ten aanzien van Vonnissen op confessie geweezen, plaats heeft, zonder dat daar tegen aan den Gecondemneerden het middel van appèl, reformatie, of eenigerhande provocatie zal worden toegelaten.*

dures op deze wijze gelijk te schakelen werd de weerstand van de kant van de Amsterdamse magistraten in belangrijke mate weggenomen. Zij zouden niet op hun vingers worden gekeken door een hogere rechter. Het als 'natuurlijk' geldend recht van de beschuldigde om in beroep te kunnen gaan als hij geen bekentenis had afgelegd,[48] werd in wezen omzeild.

'Ten definitiven vonnissen' in artikel 16 betekende dus 'een vonnis uitspreken waartegen geen rechtsmiddel kon worden ingesteld'. Of dit 'definitief vonnissen' ook betekende dat het vonnis een einde maakte aan de zaak en dus dat na een vrijspraak geen heropening meer kon plaats vinden, bijvoorbeeld op basis van nieuwe bewijzen, is een vraag die hier niet werd beantwoord. Artikel 16 spreekt niet over vrijspraak, en lijkt zelfs slechts te refereren aan veroordelende vonnissen. Het volgende artikel gaat namelijk pas over de situatie waarin een verweer is gevoerd dat (wel) aannemelijk wordt bevonden. Het betreft hier situaties waarin er reden is om (anders dan in artikel 16 PR) de beschuldigde niet te veroordelen.

In die situaties, waarin reden bestond om de beschuldigde niet onmiddellijk te veroordelen, moest de rechter onderzoeken of de zaak geschikt was voor een ordinair proces, dan wel de gevangene onder handtasting dan wel 'volkomen' ontslaan. Het artikel formuleerde het als volgt:

> 'Indien nogthans de Rechter, na examen van des Gevangens defensie, mogt bevinden, dat dezelve zoo plausibel was, en de zaak daar door was geworden zoo twyffelachtig, dat de Gevangen alsnog zou behooren ontvangen te worden in een ordinair Proces, ofte ook ontslagen onder handtastinge, zal hy daartoe niet alleen alsnog mogen, maar ook moeten procedeeren, en zal daardoor zyne voorgaande dispositie verstaan worden te zyn gealtereerd; en zal zelfs, indien des Gevangens defensie mogt weezen zoo volleedig, dat dezelve volkomen zou behooren te worden geabsolveerd, en van alle reatus ontslagen, zulks insgelyks moeten geschieden, met al het welk des Rechters conscientie belast word' (art. 17 PR).

Derhalve, indien geen veroordeling kon volgen in het proces op convictie, stonden de drie andere mogelijkheden weer open: 'ontvangst in een ordinair proces', 'ontslag onder handtasting' ofwel voorwaardelijk ontslag en 'onbepaald ontslag', in artikel 17 ook 'ontslag van alle reatus' genoemd. De stand van het proces werd als het ware teruggedraaid; de eerder genomen 'dispositie' - tot autorisatie aan de aanklager en ontvangst in een proces op convictie zoals bedoeld in artikel 8 - werd verstaan 'te zijn gealtereerd'. Aan de criminele eis was nu de grond ontvallen en er hoefde niet per se een definitieve uitspraak te worden gedaan. Uit één

[48] Vgl. Van der Linden 1798, p. 236.

en ander kan *a contrario* - dus enigszins voorzichtig - worden afgeleid dat na het toestaan van de criminele eis aan de aanklager een definitieve eindbeslissing diende te volgen. Dat was het principe. Maar kon die eindbeslissing vanwege de defensie van de beschuldigde niet volgen, dan werd het proces 'gealtereerd' en was het weer mogelijk de beschuldigde te ontvangen in een ordinair proces, dan wel onder handtasting of onbepaald te ontslaan. Als dat inderdaad de gedachte was, dan was het onbepaald ontslag in elk geval geen 'definitieve' beslissing zoals bedoeld in het aan artikel 17 voorafgaande artikel, en dus ook geen definitieve vrijspraak.

Omdat in artikel 17 werd teruggegrepen op de beslissingen in de voorgaande bepalingen moet dit volkomen ontslag wel worden beschouwd als het onbepaald ontslag als bedoeld in artikel 5. Ten aanzien van dat ontslag heb ik geconcludeerd dat dit waarschijnlijk een vrijlating gepaard gaande met absolutie van instantie was. Zo waren dus de volgende uitkomsten van het extraordinaire proces mogelijk: de veroordeling op confessie, de veroordeling op convictie, het 'volkomen ontslag' ook wel genoemd 'ontslag van alle *reatus*', het ontslag onder handtasting en de definitieve einduitspraak in een ordinair proces. Voor de definitieve vrijspraak was zo gezien dus slechts plaats in het ordinaire proces.

2.3 Samenvatting en conclusies Provisioneel Reglement

Het Provisioneel Reglement bracht in het voormalige gewest Holland een kleine revolutie teweeg. De rechters moesten - indien geen bekentenis voorlag - afstappen van de veroordeling 'op confessie' en leren vonnissen 'op convictie'. Hierdoor ontstond een geheel nieuwe manier van procederen. In de eerste plaats werd het verloop van de procedure explicieter gemaakt. Het vooronderzoek afgerond hebbende, moest de publieke aanklager zijn dossier overleggen en een conclusie nemen. Dit moment markeerde het einde van het geheime onderzoek en het begin van de 'intern-openbare' procedure op convictie. De openbaarheid omvatte de bijstand van een raadsman, het recht van kopie van, en inzage in, de stukken. Voorts werd het recht vastgelegd om getuigen op te laten roepen. In deze fase van het proces ontstond er dus een procedure binnen het extraordinaire proces waarin de beschuldigde werkelijk verweer kon voeren. Het antwoorden op vragen van de rechter bleef weliswaar verplicht en het toevoegen van pijn ter verkrijging van de gewenste antwoorden was nog niet van de baan, maar er was wel een fundamenteel andere richting ingeslagen. De strikte bewijsopdracht op basis van confessie was losgelaten en de ontwikkeling van een proces op tegenspraak was begonnen.

Voor wat betreft de kracht van de uiteindelijke vonnissen veranderde er op dat moment nog niet veel. Condemnatoire vonnissen, zonder recht van beroep, volgden op bekentenis of ander vol bewijs en waren meteen voor executie vatbaar; volledige vrijspraken werden - zoals ik het lees - niet gegeven, behalve als het proces zou zijn gewijzigd in een ordinair proces. In plaats van vrijspreken kon de rechter besluiten de beschuldigde voorwaardelijk dan wel 'volkomen' te ontslaan. Het 'volkomen ontslag', nader aangeduid als het 'ontslaan van alle *reatus*', lijkt op een absolutie van instantie zoals Voorda voor ogen had gehad. Het 'ontslag onder handtasting en belofte' zette de oude 'slaking tot wederbieden' voort. Of aan het voorwaardelijk ontslag nog borgstelling kon worden verbonden, zoals de Ordonnantiën bepaalden, vermeldt het Reglement niet. Dit geeft wellicht aan dat niet in alle gevallen van voorwaardelijk ontslag een borg behoefde te worden betaald. De toevoeging van Van der Linden 'dat niet-verschijnen tot veroordeling zou voeren', werd wel uitdrukkelijk opgenomen en wel met precies de woorden die Van der Linden eerder had gebruikt,[49] *sub poena confessi et convicti*. Het Provisioneel Reglement gaf nog geen antwoord op de vraag van Voorda 'hoe lang de beschuldigde met het mes in de buik moest blijven zitten' en ook is onduidelijk wat precies de juridische consequenties waren van een onvoorwaardelijk ontslag. De beschuldigde die voorwaardelijk, of zelfs 'van alle beschuldiging' was ontslagen, verkeerde kortom voor onbepaalde tijd in onzekerheid over de afloop van zijn zaak.

Bij dit alles moet worden bedacht dat het Reglement slechts voorzag in een tijdelijke opvulling van het 'gat' in het bewijsstelsel dat door het wegvallen van de pijnbank was ontstaan. Het betrof slechts een regeling voor de beslissingen van de rechter ten aanzien van 'gevangenen die niet wilden bekennen', in de laatste fase van het proces. De overige procesregels, die betreffende het vooronderzoek, bleven van kracht, ook de regel in artikel 53 van de Ordonnantie op de Criminele Justitie, die bepaalde dat degene tegen wie te weinig bewijs bestond op borgtocht moest worden vrijgelaten. Slaken op borgtocht kon dus nog steeds, in de voorfase. We zullen straks zien dat beide regelingen - die van de Ordonnantiën en die van het Provisioneel Reglement - in elkaar zullen worden geschoven in de 'Manier van Procederen' die in 1799 tot stand kwam. Dat het Reglement in 1798 slechts bedoeld was voor de laatste fase van het proces, biedt mogelijk de verklaring voor het feit dat de slaking op borgtocht er niet in werd vermeld; dat moment was immers gepasseerd. Tevens verklaart de doelgroep van dit Reglement wellicht dat het 'volledig vrijspreken' niet aan de orde was: het ging immers om

[49] Van der Linden 1798, p. 237.

degenen tegen wie te veel bewijs had bestaan om hen in een eerdere fase van het proces op borgtocht vrij te laten.[50]

3. De codificatie van het straf- en strafprocesrecht, 1799-1809

3.1 Inleiding

Het onbepaald, niet-definitief, ontslag, de middenbeslissing, had ondanks het feit dat daarvoor ruimte werd gelaten in het Provisioneel Reglement, zijn langste tijd gehad. De regels van dit Reglement mogen hebben gegolden voor het proces tegen ontkennende gevangenen in Holland, waar de rechters liefst ook de pijnbank hadden behouden, maar onder de verlichte ideeën van de Bataafse Republiek was niet alleen de pijnbank maar ook de middenbeslissing discutabel geworden. In de - door Van der Linden bejubelde - Manier van procederen in het Decreet van 1799 werd expliciet verboden om aan het slot van het proces nog een 'absolutie van instantie' uit te spreken. De commissie die met het opstellen van het Lijfstraffelijk wetboek werd belast, sloot zich daarbij aan. Hoewel we hierna zullen zien dat bedoeld verbod de middenweg nog niet definitief afsloot, werd wel het principe uitgedrukt dat een strafproces in beginsel eindig diende te zijn. Het is een bewijs dat de idee terrein won dat de beschuldigde een recht had om vanaf zeker moment van verdere beschuldiging verschoond te blijven. Het Decreet van 1799 en de ontwerpen Lijfstraffelijk wetboek 1801 en 1804 zullen in deze paragraaf worden besproken.

Het Decreet zette de lijn van de Ordonnantie op de Stijl voort en werd het eerste Nederlandse Wetboek van Strafvordering dat als zodanig door de wetgever werd aangenomen. Dit wetboek is echter, hoewel aanvaard, uiteindelijk niet in werking getreden. Daarom bleven de hiervoor besproken procedures de praktijk, en wel tot 1 maart 1811 toen de *Code d'instruction criminelle* voor alle Nederlandse gebieden in werking was getreden. Het ontwerp voor een wetboek van materieel strafrecht haalde de eindstreep wel, want dat trad voor de komst van de Fransen in werking. Dit wetboek, het Crimineel wetboek voor het Koningrijk Holland, zou echter geen lang leven beschoren zijn. In het vervolg van deze paragraaf 3 geef ik in het kort een overzicht van de uitwendige wetsgeschiedenis van het strafprocesrecht, de bevoegdheidsverdeling tussen de gerechten en het materiële

---

50 Vgl. Van der Linden 1798, par. 12, p. 237, waar hij de diverse mogelijke beslissingen afweegt voor de situatie waarin door de gevangene geen bekentenis wordt afgelegd: '- Den Gevangen ontvangen in een ordinair proces? Dat kan al mede niet aankomen: want er zijn wel zulke preuves of vehemente suspicien, die naar rechten tot het verleenen van een Decreet, en het entameeren van een inquisitoir proces, voldoende waaren (*Crimin. Stijl art. 4.*)'.

strafrecht, welke wetgevingsprojecten ingevolge artikel 28 Staatsregeling ter hand werden genomen. Vervolgens, in paragraaf 4 en volgende, komt de inhoud van deze wetgeving aan de orde.

3.2 De codificatie van het strafprocesrecht

Ingevolge artikel 28 Staatsregeling zouden het burgerlijk en het lijfstraffelijk recht en het procesrecht worden gecodificeerd, en wel 'algemeen voor de gansche republiek.'[51] De invoering van die wetgeving, zo bepaalde de tweede zin van dit artikel, moest uiterlijk twee jaar na invoering van de Staatsregeling plaatsvinden. Met het concipiëren van de teksten werd een twaalfkoppige 'codificatiecommissie' belast.[52] Deze commissie werd verdeeld in twee subcommissies, de criminele en de civiele. Vijf leden van de Codificatiecommissie, afkomstig uit zowel de criminele als de civiele subcommissie, zouden zich direct gaan bezighouden met het ontwerpen van 'de manier van procederen' zowel in burgerlijke als in criminele zaken. Dit onderwerp had volgens de Codificatiecommissie de hoogste prioriteit.[53] De procesrechtelijke subcommissie zou zich tevens bezig houden met de instructies voor de departementale gerechtshoven, burgerlijke rechtbanken en vrederechters[54] die gezamenlijk met de rechtspraak zouden worden belast. De hier bedoelde 'procesrechtelijke' subcommissie bestond uit de leden J. Bondt, J.A. Walraven, J.L. Farjon, H.A. Kreet en J.E. Reuvens. Beide laatsten, Kreet en Reuvens, waren afgevaardigden van de criminele subcommissie van de Codificatiecommissie, de eerste drie van de civiele. Reuvens werd echter vervangen door C.T. Elout, zodat Kreet en Elout het 'criminele' deel van de commissie vertegenwoordigden. Kreet zou het belangrijkste aandeel in het ontwerp hebben gehad.[55] Elout zou zich, zoals we hierna zullen zien,[56] vooral verdienstelijk maken voor het ontwerp Lijfstraffelijk wetboek. Reuvens op zijn beurt zou in 1807 voorzitter worden van de commissie voor het ontwerpen van het Crimineel wetboek. Farjon zou in 1807 voorzitter worden van de commissie 'Organisatie van de regterlijke macht en de algemeene manier van procedeeren', waarin ook

---

51 Art. 28 Staatsregeling: Er zal een wetboek gemaakt worden zoo wel van burgerlyke als van lyfstraflyke wetten te gelyk met de wyze van regtsvordering op gronden door de staatsregeling verzekerd en algemeen voor de gansche republiek. Deszelfs invoering zal zyn uiterlyk binnen twee Jaaren na de invoering der Staatsregeling.

52 Ook wel genoemd 'de commissie-Cras', Van den Berg 1996, p. 351. Zie voor de precieze verdeling van de taken binnen de Codificatiecommissie Van Boven 1990, p. 114, Moorman van Kappen 1977, p. 122, of Kemper 1809, p. 90.

53 Van Boven 1990, p. 114.

54 Een rechterlijke instelling in de Staatsregeling, artt. 264-272; zie Van Boven 1990, p.127 e.v.

55 Volgens Farjon in een brief aan Van Maanen, in Van Boven 1990, p. 200.

56 Par. 5.

Elout weer zitting zou hebben. Joannes van der Linden werd secretaris van de 'procesrechtelijke' subcommissie.[57]

De procesrechtelijke subcommissie had in 1799, bijna binnen de daarvoor gestelde termijn van zes maanden,[58] een ontwerp-decreet klaar. Het werd in datzelfde jaar door 'het Wetgevend Gezag' aangenomen en tot wet verheven.[59] Het Decreet regelde het procesrecht in civiele en in strafzaken voor alle gewesten gelijk en was voorzien van 'instructies' voor de verschillende gerechten, de procureurs-generaal en de openbare aanklagers. Het decreet was getiteld: *Algemeene manier van procedeeren in civiele en crimineele zaaken*, hierna: 'Decreet'.[60] De inwerkingtreding van het Decreet werd afhankelijk gesteld van het nog te ontwerpen 'nieuwe justitiewezen',[61] dat wil zeggen de administratieve indeling van de departementen en de aantallen vrederechters, rechtbanken en hoven. De vormgeving daarvan bleek echter zowel juridisch als praktisch een lastiger karwei dan de wetgever zich had voorgesteld.[62] Politiek speelde bovendien daardoorheen het conflict over het al dan niet behouden van de gewestelijke, nu departementale, identiteit.

3.3 De stand van de rechterlijke organisatie

Zoals we in de inleiding tot dit hoofdstuk zagen, lag dit 'justitiewezen' er in de Lage Landen tot 1795 versnipperd bij. Het bestuur, de organisatie van de justitie en de manier van procederen verschilden per plaats. Maar voor de afdoening van misdaden tekende zich wel een gemene deler af. De absolute competentie in strafzaken was aan het eind van de achttiende eeuw grofweg verdeeld over twee jurisdicties: 'de hoge' en 'de lage'.[63] De berechting van 'criminele zaken', dat wil

---

57 Over deze subcommissie: Van Boven 1990, p. 117 e.v., voorts: Van der Linden 1800, Voorreden, Jan Greeven 1800, Voorwoord, en Kemper 1809, p. 96.

58 Art. 3 Decreet van het Vertegenwoordigend Lichaam, 5 september 1798, in Kemper 1809, p. 90.

59 Van Boven 1990, p. 119.

60 Volledige titel: Algemeene manier van procedeeren in civiele en crimineele zaaken, met de daartoe behoorende instructien: Gearresteerd by decreet van het Vertegenwoordigend Lighaam des Bataafschen volks, op den 22. augustus 1799, met Voorreden en Alphabetisch Register van Joannes van der Linden.

61 Vgl. Van Hall 1938, p. 57, 58, en het advies HNG van 24 oktober 1806.

62 Van Boven, 1990, beschrijft de totstandkoming van de 'rechterlijke organisatie'.

63 Een beschrijving van de verdeling in 'klein en hoog crimineel' in 'Vriesland' is te vinden in de 'Schets van het Justitiewezen in de departementen sedert 1802' van Daam Fockema 1807, opgenomen in van Boven 1990, p. 329; Moorman van Kappen 1997, p. 339, beschrijft dat in Nijmegen voor de absolute competentie van de gerechten de tweedeling werd gehanteerd tussen strafbare feiten die met 'lijfstraffen' en die met 'andere' straffen werden bedreigd. Zie voorts De Bosch Kemper III, p. 2; deze beschrijft dat in de meeste provincies twee soorten berechting

zeggen misdaden bedreigd met lijf- en onterende straffen - we zouden nu spreken over 'misdrijven' - vond plaats voor de hoge jurisdictie, over het algemeen vertegenwoordigd door gewestelijke, c.q. departementale, hoven.[64] De berechting van 'boetstraffelijke zaken', feiten waarop alleen een geldboete stond - we zouden nu spreken over 'overtredingen' - vond plaats voor plaatselijke rechtbanken. Deze lage jurisdictie-eenheden waren de locale (schepen-) rechtbanken. In het departement Holland waren er ruim 200 van dit soort plaatselijke 'criminele jurisdicties'.[65] Er waren overigens ook gebieden waar een driedeling in strafbare feiten werd gehanteerd.[66] Na de omwenteling in 1795[67] werd aanvankelijk per gewest, c.q. departement, de herinrichting van de rechterlijke organisatie en het procesrecht ter hand genomen.[68] In Groningen was bijvoorbeeld al een plan opgesteld voor een strafproces met juryrechtspraak naar Frans model.[69] De Staatsregeling van 1798 gaf echter een kader voor de 'nationale' inrichting van de rechterlijke organisatie en wilde een uniforme regeling van de manier van procederen zowel in burgerlijke als in criminele zaken.

Het Decreet, dat zowel de manier van procederen regelde als de instructies voor de gerechten, was dus weliswaar spoedig gereed, maar de herinrichting van een voor alle gewesten uniforme indeling van de gerechten kwam minder gemakkelijk van de grond. Tussen 1798 en 1811 was de absolute competentie van de gerechten daarom niet anders geregeld dan zoals onder de Ordonnantiën van Philips II, dus op basis van plaatselijke regelingen, gewoonten en gebruiken.[70] Toen in 1809 eindelijk de verbeterde wetgeving van de rechterlijke organisatie tot stand was gebracht, doemde weer een nieuw probleem op, namelijk de feitelijke bezetting van de nieuwe rechtscolleges.[71] Ten tijde van de inlijving bij Frankrijk (1811) was de herinrichting van de rechterlijke organisatie kortom nog niet voltooid en het in het Decreet gecodificeerde strafprocesrecht en de instructies aan

---

plaatsgreep, enerzijds die van mindere en zwaardere misdrijven ongeacht de straf die op het feit stond, en anderzijds die van geldboete-zaken.

64 Van Boven 1990, p. 10 e.v.

65 Van Boven 1990, p. 41 en 168, Faber 1983, p. 17, telde er 230.

66 Zie de literatuur genoemd door Van Boven 1990, p. 10, noot 10.

67 De omwenteling leidde onder meer tot afschaffing van stadhouderschap en feodaliteit, de erkenning van de volkssoevereiniteit en de erkenning van burgerrechten, vgl. Van Boven 1990, p. 62.

68 Van Boven 1990, p. 62-70, geeft een overzicht van de stand van zaken in de gewesten.

69 'Plan der constitutie en regeeringsbestuur voor de provincie Stad en Lande', 9 juni 1876, hoofdstuk 'over het civile en criminele regt en derzelver bediening', artt. 17 e.v., in Van Boven 1990, p. 293-298.

70 Van Boven 1990, p. 12, noemt als voorbeeld de 'Ordonnantie van de Justitie binnen den steden ende platten lande van Hollandt van 1580'.

71 Van Boven 1990, p. 217.

de gerechten nog steeds nergens in het Koninkrijk van kracht, Kampen, in Overijssel, uitgezonderd.[72]

3.4 De codificatie van het materiële strafrecht

De codificatie van het materiële strafrecht verliep minder snel dan die van het strafprocesrecht, maar zou uiteindelijk wel uitmonden in een tekst die nog vóór de inlijving door de Fransen in werking trad. Het materiële strafrecht had binnen de Codificatiecommissie voorrang gekregen boven de codificatie van het civiele recht; over deze volgorde was binnen de Constitutiecommissie van 1796 al uitvoerig gedebatteerd. De hervorming van het strafrecht achtten de leden dringender. Tevens dacht men deze klus eenvoudiger te kunnen klaren.[73] De criminele subcommissie van de Codificatiecommissie die in 1798 werd gevormd, bestond uit J. in de Betouw, W.A. de Beveren, B. Donker Curtius, C.T. Elout en H.C. Cras. Cras liet zich echter al spoedig vervangen door eerdergenoemde Kreet.[74] De criminele subcommissie had in 1801 het eerste ontwerp Lijfstraffelijk wetboek gereed (OLW 1801). Het werd naar de civiele subcommissie van de Codificatiecommissie gestuurd en door de leden van die commissie van commentaar voorzien. Deze commentaren,[75] samen met de nadien met verenigde krachten verrichte herzieningswerkzaamheden door Farjon, Elout, Bondt en Cras, leidden tot een 'ingrijpende omwerking'[76] van het ontwerp. Dit herziene ontwerp werd in 1804 aan het Staatsbewind toegezonden (OLW 1804). Het Staatsbewind vroeg vervolgens het advies van het Hoog Nationaal Gerechtshof. Het advies, van 24 oktober 1806, liet zo weinig van het ontwerp Lijfstraffelijk wetboek heel,[77] dat de codificatie geheel dreigde te mislukken. Door de vasthoudendheid van Lodewijk Napoleon gebeurde dat niet.

---

72 Van Boven 1990, p. 119. Het Hof van Oude IJssel te Kampen was in 1799 opgericht.

73 Moorman van Kappen 1977, p. 116 e.v.; Van den Berg 1996, p. 318 e.v. en 328 e.v.

74 Zie voor de samenstelling van de commissies Moorman van Kappen 1982, p. XIX.

75 De commentaren waren afkomstig van de leden Bondt, Cras, Farjon en Walraven, zie Moorman van Kappen 1982-II p. IX.

76 Moorman van Kappen 1982-II, p. IX. Voor 'de gevolgen van de rechterlijke uitspraak' was er overigens nauwelijks sprake van een 'omwerking', zoals blijkt uit de graduele wijzigingen ten opzichte van OLW 1801, zie par. 5.5, hierna.

77 Moorman van Kappen 1982-II p. XVII; het advies van het HNG is opgenomen als bijlage I, p. 401 e.v. President van het HNG was op dat moment Reuvens, voormalig lid van de Codificatiecommissie. In 1807 werd hij door Lodewijk Bonaparte benoemd tot voorzitter van de commissie voor het nieuwe ontwerp voor het Crimineel wetboek. Cras zou onder meer bij het advies opmerken: 'men bespeurt overal klaar de vittende geest van R. (Reuvens, wvh)'. Moorman van Kappen 1982-II, p. XXII, noot 28.

3.5 Afronding van de codificatie onder Lodewijk Napoleon

Lodewijk Napoleon, sedert 1806 Koning van de Nederlanden, stelde belang in het tot stand brengen van de voorgenomen wetten. Onder zijn leiding werden de werkzaamheden aan zowel het Crimineel wetboek als het wetboek voor de Manier van procederen (als onderdeel van de algemene manier van procederen en de rechterlijke organisatie) én het burgerlijk recht in 1807 hervat. Het Decreet van 1799 en het ontwerp Lijfstraffelijk wetboek 1804 vormden het basismateriaal voor de twee strafwetboeken die in 1809 het licht zagen. Het waren het '*Wetboek op de regterlijke instellingen en regtspleging in het Koningrijk Holland*', waarin behalve de rechterlijke organisatie en het burgerlijk procesrecht ook strafprocesrecht was opgenomen en het '*Crimineel wetboek voor het Koningrijk Holland*'. Van deze twee wetboeken is alleen het Crimineel wetboek voor het Koningrijk Holland in werking getreden en wel op 1 februari 1809. Op 1 maart 1811 werd het echter al ter zijde geschoven door de Franse *Code pénal* (1810). Ook de *Code d'instruction criminelle* (1808) trad - als gezegd -[78] toen voor alle Nederlandse gebieden in werking. Zij zouden tot eind 1813 onverkort van kracht blijven en nadien met enige wijzigingen worden behouden tot aan de inwerkingtreding van de nationale wetboeken, in 1838 resp. 1886.

De in opdracht van de Staatsregeling 1798 geconcipieerde teksten zijn dus in 1813 niet onmiddellijk als 'Nederlandse' wetgeving weer ingevoerd, maar zij hebben in de wetgevingsgeschiedenis die volgde onmiskenbaar hun sporen nagelaten.[79] Dat geldt ook voor de opvattingen van de leden van de Codificatiecommissie over de onderwerpen die voorwerp zijn van dit onderzoek: het gezag van het strafrechtelijk gewijsde en de status van degene die in een criminele procedure wegens gebrek aan bewijs niet werd vrijgesproken maar met 'ontslag' werd gestuurd. Hun opvattingen daarover zouden doorklinken in de Nederlandse wetgeving die tot stand kwam na de Franse overheersing.

3.6 De uitsluiting van aanvullende rechtsbronnen

Eén van de in de Codificatiecommissie aan de orde gestelde vóórvragen was die naar de toepasbaarheid van de plaatselijke wetten en costumen en naar de rol van het Romeinse recht als subsidiaire bron van recht; deze bron vulde al sedert de Receptie de lappendeken van gebruiken en gewoonten in de Nederlanden aan.[80] Op sommige plaatsen zouden de *Libri terribiles*, de boeken 47 en 48 van de Diges-

---

78 Hoofdstuk 7, par. 1.1.

79 Vgl. Moorman van Kappen 1982-I, Inleiding, *Waarom deze bronnenuitgave?* p. XVI-XVIII.

80 De Monté ver Loren/Spruit 2000, p. 278 e.v.; Van de Vrugt 1978, p. 18; Van Binsbergen 1949, p. 14.

ten, nog als directe bron van recht in gebruik zijn.[81] Op zich zelf was de uitsluiting van andere rechtsbronnen dan de te ontwerpen wetten een voor de hand liggende keuze -[82] het moesten immers *nationale* wetboeken worden - maar een gemakkelijke keuze was het niet.[83] De criminele subcommissie heeft voor haar doel, het ontwerp van een Lijfstraffelijk wetboek, expliciet besloten om aanvullende bronnen van recht en dus ook het Romeinse recht geheel uit te sluiten.[84] Waarschijnlijk lag die beslissing ook ten grondslag aan het werk van de procedurele subcommissie, gezien het feit dat er in de Algemene manier van procederen niet naar andere rechtsbronnen wordt verwezen en de commissies deels door dezelfde mensen werden bezet.[85]

Bij de invoering van het Crimineel wetboek voor het Koningrijk Holland op 31 december 1808 werd de keuze van de criminele subcommissie tot uitdrukking gebracht bij apart decreet: voor de toepassing van het recht werd het putten uit Romeinse bronnen verboden.[86] Dat wilde natuurlijk niet zeggen dat ook de kennis van het Romeinse recht was uitgebannen. De verhandeling van Van der Linden (1798) was nog met Romeinsrechtelijke citaten doorspekt. Cras had baseerde zijn aandeel in de discussie over de inrichting van 'de beschuldiging en het verval daarvan' (hierna te bespreken) rechtstreeks op de Digesten, zoals Matthaeus dat destijds ook had gedaan.[87] Het Romeins recht was springlevend in de hoofden van de juristen aanwezig. Daarom lijkt het niet onjuist om te concluderen dat ook het Romeinse recht inhoud en kleur heeft gegeven aan de nieuwe wetgeving. Overigens richtten de wetgevingsjuristen hun blik niet alleen op het Romeinse en het oudvaderlandse recht. Het Franse recht lag om de hoek, maar ook de rechtsontwikkelingen in andere landen, zoals Amerika en Engeland, wa-

---

81 Aldus de subcommissie van de Constitutiecommissie in 1796, citaat uit De Gou, *Plan van Constitutie*, p. 165, opgenomen in Moorman van Kappen 1977, p. 118.

82 Vgl. Huussen 1989, p. 649.

83 Zie over het politiek getouwtrek rondom deze keuze Van den Berg p. 354 e.v. en p. 361.

84 Vraagpunt XII in de aantekeningen van Elout, december 1799, Moorman van Kappen 1982 I, p. 7 en 11.

85 Van Boven 1990, p. 117, 118: 'Over de wijze van werken en de gebruikte bronnen bestaat weinig duidelijkheid. In het archief van de codificatiecommissie zijn hierover geen stukken bewaard gebleven. Voor zover bekend vormen de stukken van het commissielid Bondt de enige schriftelijke nalatenschap van de subcommissie. Zij berusten in de Universiteitsbibliotheek van Amsterdam en wachten nog op een wetenschappelijke bewerking. Daarin bevinden zich geen notulen van de vergaderingen'.

86 Art. 3 Koninklijk Decreet van 31 december 1808, opgenomen in Kemper 1809, p. 146 e.v., evenals art. 3 invoeringsbesluit Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koningrijk Holland (WNH) van 24 februari 1809, opgenomen in Van den Berg 1996, p. 361.

87 Zie Hoofdstuk 4, par. 2.5

ren niet te negeren.[88]

3.7 Het verbod van herhaling in deze wetsgeschiedenis

In de codificatiegeschiedenis van 1798 tot 1809 is een verbod van herhaling in de vorm van een verbod om iemand na diens *veroordeling* wegens hetzelfde feit nogmaals te vervolgen niet het onderwerp van discussie geweest.[89] Wel heeft gedachtewisseling plaats gevonden over het verbod van herhaling na een bevrijdende uitspraak. In het bijzonder ging de discussie over de status van degene wiens procedure met 'ontslag' was beëindigd. Er is in deze periode een spanningsverhouding te zien tussen enerzijds de opvatting waarin het belang van de maatschappij bij bestraffing van de dader voorop werd gesteld en anderzijds de opvatting waarin het belang van de bescherming van individuele vrijheidsrechten van de burger belangrijker werd geacht. De discussie is vergelijkbaar met het debatje in de Nationale Assemblee tussen Robespierre en de eerwaarde Maury (Hoofdstuk 6, par. 2.4.2). De eerste opvatting uitte zich in voorstellen om een zaak waarin het bewijs niet voor honderd procent duidelijk lag, te kunnen hervatten c.q. opnieuw te openen bij opkomen van nieuwe bezwaren, de tweede in een pleidooi om de burger na een volledige behandeling van de zaak de zekerheid te geven dat de zaak definitief afgesloten was. De vraag was concreet welke juridische gevolgen er werden verbonden aan de beslissing tot 'ontslag'. In samenhang daarmee werd gezocht naar de voorwaarden voor het tot stand komen van een definitief vrijsprekende beslissing, de beslissing die niet alleen een einde bracht aan de instantie maar ook aan de zaak. In de volgende paragrafen wordt beschreven hoe men probeerde een oplossing te vinden.

4. Vrijspraak, ontslag en *non bis in idem* in het Decreet van 1799

4.1 Drie vormen van rechtsingang

De Manier van procederen in criminele zaken in het Decreet van 1799 (MvP) hanteerde net als de Ordonnantiën en het Provisioneel Reglement het onderscheid tussen een 'extraordinair' en een 'ordinair' proces. In het extraordinaire

---

88 Zie voor een kort overzicht van de internationale ontwikkelingen van dat moment Lokin en Zwalve 2001, p. 291 e.v.

89 Mij zijn uit de literatuur ook geen voorbeelden bekend dat de exceptie van het gewijsde is voorgedragen ter gelegenheid van een tweede vervolging wegens hetzelfde feit na veroordeling voor hetzelfde of voor een ander gerecht. Gelet op de versnippering van de rechtspraak over verschillende territorialiteiten (gewesten) is vooral die tweede situatie niet denkbeeldig.

proces werd de strafrechtelijk vervolgde net als voorheen aangeduid met 'beschuldigde'; in het ordinaire proces werd hij zowel aangeduid met 'beschuldigde' als met 'gedaagde' of 'beklaagde';[90] ik zal hem hierna 'beklaagde' noemen. Het extraordinaire proces was voorgeschreven voor de zwaardere zaken, die welke werden begonnen met bevel tot aanhouding (apprehensie) of bevel persoonlijke citatie (persoonlijke dagvaarding); het ordinaire proces werd begonnen met een (gewone) dagvaarding ter criminele rolle. De bevelen tot apprehensie, persoonlijke dagvaarding en dagvaarding ter criminele rolle werden resp. 'eerste', 'tweede' en 'derde rechtsingang' genoemd (art. 44, 45 en 46 MvP).[91]

De beschuldigde in het proces op eerste rechtsingang werd nader aangeduid met 'geäpprehendeerde' en die in het proces op tweede rechtsingang heette 'gedaagde in persoon'. In deze beide procedures gold net als voorheen dat de beschuldigde verplicht was in persoon te verschijnen, verplicht was te antwoorden op vragen van de rechter en dat hij van rechtsbijstand verstoken bleef, althans tijdens het eerste deel van het onderzoek. Voor het laatste deel van het proces gold namelijk in grote lijnen de regeling zoals die in 1798 was neergelegd in het Provisioneel Reglement (par. 2 van dit Hoofdstuk). De keuze tussen eerste en tweede rechtsingang was afhankelijk van de ernst van het feit en de op te leggen straf. Indien de beschuldigde was gedagvaard om als gedaagde in persoon te verschijnen (tweede rechtsingang), bleef hij in beginsel op vrije voeten. Het decreet van apprehensie (eerste rechtsingang) mocht slechts worden uitgevaardigd indien de rechter verwachtte dat het zeker, althans hoogstwaarschijnlijk, was dat een zodanige lijfstraf zou worden opgelegd dat de beschuldigde voor het ondergaan van die straf beschikbaar moest worden gehouden.[92] Zodra bleek dat die verwachting niet terecht was, moest invrijheidstelling volgen, al dan niet onder borgtocht.[93]

In het ordinaire proces werd geprocedeerd over de lichtste strafbare feiten. Deze derde rechtsingang moest worden gebruikt in alle gevallen waarin het '*zeker*' was dat de wet geen lijfstraf voorschreef maar alleen verbanning uit het departement, of 'ontzetting van enig Ambt, Bediening of Kostwinning' of geldboete.[94] De beklaagde mocht zich door een 'practizijn' laten bijstaan; hij was niet verplicht te

---

90 De aanduiding in de MvP is niet consequent. In art. 44 wordt hij aangeduid met 'beklaagde', in art. 50 met 'beschuldigde' en in art. 160 heet hij 'gedaagde'.

91 Art. 44 MvP aanhef: '*Niemand mag gevonnisd worden, dan na alvoorens wettig te zyn opgeroepen en alle de middelen van verdediging te hebben kunnen bezigen, die by de Wet bepaald zyn. Ten dien einde zullen in Crimineele zaaken geene ander Rechts-ingangen gevraagd of verleend mogen worden dan eene der drie volgende*: (…).

92 Art. 48 MvP.

93 Art. 53 MvP.

94 Art. 50 MvP.

verschijnen. Dit proces verliep in hoofdzaak zoals in een gewone civiele zaak.[95] Bij een veroordeling tot straf waartoe de persoonlijke aanwezigheid van de beklaagde nodig was, kon hij wel worden verplicht te verschijnen, op straffe van aanhouding.[96] Er waren kortom net als in de Ordonnantiën drie vormen van 'rechtsingang', decreten van de rechter die een criminele procedure in gang zetten. Wij zouden ze nu vormen van 'vervolging' noemen.

4.2 Gerechtelijk vooronderzoek

Op basis van de verzamelde informatiën werd de beschuldigde verhoord en eventueel geconfronteerd met getuigen,[97] één en ander afgezien van bijzondere procedures.[98] Vóór het sluiten van "t laatste verhoor' werd de beschuldigde in de gelegenheid gesteld alles naar voren te brengen wat tot zijn verdediging strekte.[99] Ingevolge artikel 29 Staatsregeling had hij er immers recht op, ook al was het zonder de hulp van een practizijn, zijn verdediging te voeren. Degenen die met toezicht op dit vooronderzoek waren belast, de 'commissarissen',[100] moesten bovendien ambtshalve 'evenveel werk' maken van het zoeken naar de onschuld van de beschuldigde.[101] Nog steeds gold dus dat het bewijs van onschuld zo mogelijk moest worden vastgesteld. Hier vinden we ook de opvatting dat de beschuldigde 'door overreding' tot confessie of 'tot convictie' moest worden gebracht. Het ging er om de beschuldigde 'van de waarheid te overtuigen'.[102] Bleek uit de van het verhoor en van de confrontaties met getuigen opgemaakte rapporten dat er geen grond was voor verdere gevangenhouding dan werd de beschuldigde 'volkomen' in vrijheid gesteld. Hij kon echter ook in vrijheid worden gesteld onder de verplichting 'te allen tijde op ontbod weer voor de rechter te verschijnen'. Deze voorwaardelijke invrijheidstelling mocht gepaard gaan met borgstelling. De bepaling waarin deze vormen van ontslag geregeld waren, artikel 87 Manier van procederen,[103] is bijna woordelijk gelijk aan de tekst van artikel 53 van

---

95 Artt. 160-165 MvP.

96 Artt. 162, 163 MvP.

97 Het verhoor en de confrontatie met getuigen in dit vooronderzoek waren met waarborgen omkleed, vgl. art. 82 MvP e.v. in het hoofdstuk 'Vervolg van 't verhoor van beschuldigden' en art. 90 MvP e.v. in het hoofdstuk 'Van Confrontatiën', artt. 90-106 MvP.

98 Zoals daar waren het 'mandement van purge' (zuiveringsverzoek), 'sustenu van incompetentie' (beroep op ontbreken absolute of relatieve jurisdictie), of 'submissie' (verzoek om arbitrage).

99 Art. 86 MvP, in het hoofdstuk 'Vervolg van 't verhoor van beschuldigden'.

100 Art. 61 MvP, in het hoofdstuk 'Van het verhoor van den beschuldigden'.

101 Art. 85 MvP, in het hoofdstuk 'Vervolg van 't verhoor van beschuldigden'.

102 Art. 98 MvP, in het hoofdstuk 'Van Confrontatiën'.

103 De bepaling is net als art. 53 OCJ in twee delen gesplitst; art. 87 MvP eerste deel: '*Op het in art. 85 gemelde Rapport (het rapport van de commissarissen dat het bewijs erg mager is, wvh) zal door den Rechter, met achterstelling van alle andere zaaken, worden besloten, 't zy tot volkomene vrystellinge van den Gevangenen, of tot ontslag van denzelven, onder verplichting van t'allen tyde, op ontbod , weder*

de Ordonnantie op de Criminele Justitie, het door Van Hall zo geprezen artikel over de slaking op cautie na het eerste voorlopig onderzoek.[104] Evenals in artikel 53 OCJ waarschuwde ook hier de wetgever dat het doel van Justitie niet was om niemand vrij te laten, maar integendeel om kort en goed recht te spreken; daar hoorde 'het ontslaan' van gevangenen bij.

Of met het 'volkomen ontslag' en het 'ontslag op ontbod, om nader te worden gehoord' méér dan alleen vrijlating uit de gevangenis werd bedoeld, dus bijvoorbeeld ook het ontslag van instantie of zelfs vrijspraak, wijst de tekst van artikel 87 niet uit. Het is echter van belang dit artikel vast te houden omdat het spreekt over de handelingen die volgen na "t laatste verhoor' en na de eventueel gevoerde 'verdediging' (art. 86). Deze termen zullen een rol spelen in de overwegingen van de ontwerpers van het Lijfstraffelijk wetboek om aan een 'volkomen ontslag' de werking van een definitief gewijsde te geven.[105] Met het 'laatste verhoor' en de eventuele verdediging werd het vooronderzoek, we zouden nu spreken van het 'gerechtelijk vooronderzoek', in beginsel afgesloten, tenzij er nog 'confrontatiën' plaatsvonden. Zodra nu ook deze verhoren voor 'voltrokken werden gehouden' moest de openbare aanklager de stukken, vergezeld van zijn 'consideratiën omtrent het afdoen of vervolgen dier zaake', aan het rechterlijk college 'overgeven' (art. 106). De zaak was nu gereed voor wat ik noem het 'geding' of het 'proces in engere zin' (artt. 107 e.v.). De zaak moest hiertoe naar de juiste rechter worden gestuurd. Welke rechter dat was, diende volgens de ontwerpers van het Decreet te worden beslist door het departementale hof. Daarom werd de zaak, althans volgens dit ontwerp, nu eerst naar het hof gestuurd (art. 106).

4.3 Bevoegdheidsverdeling tussen rechtbanken en hoven

Volgens de Manier van procederen in samenhang met de Instructie voor de Departementaale Gerechtshoven (IDG) en de Instructie voor de Burgerlijke Rechtbanken, werden de departementale hoven met de berechting van de zwaardere misdrijven belast en burgerlijke rechtbanken met de lichtere.[106] De zwaardere

---

voor den Rechter te zullen komen, om nader te worden gehoord, of ook onder zoodanige Borgtocht, als de Rechter, naar den aart der zaake en beschuldiging, zal oordelen te behooren;' tweede deel: '*- altyd in het oog houdende, dat het geen oneer of nadeel aan Justitie toebrengt, Gevangenen of Beschuldigden te ontslaan, maar dat dezelve integendeel haar grootste eere, ontzach en vertrouwen erlangt, door, in alle gevallen, kort en onvertogen Recht te doen*'.

104 Zie Hoofdstuk 7, par 1.3 en Van Hall 1838, p. 69.

105 Zie par. 5.5.2 en Hoofdstuk 9, par. 1.5.

106 Zie over de competentieverdeling en de inrichting van deze gerechten Van Boven 1990, p. 117 e.v.

misdrijven waren die waarop een lijfstraf[107] stond, dan wel infamie[108] of verbanning uit meer dan één departement. De lichtere waren die waarop geen lijf- of onterende straf was gesteld.[109] Afhankelijk van de openbare aanklager die rechtsingang vroeg, de procureur-generaal bij het hof[110] dan wel een baljuw bij de rechtbank, begon het onderzoek bij het gerecht waaraan deze aanklager verbonden was. Zo konden lichte én zware zaken worden begonnen bij zowel rechtbank als hof.[111] Nadat het vooronderzoek door een burgerlijke rechtbank was voltooid, moest het dossier naar het hof worden gestuurd.[112] Het hof onderzocht de gevoerde verweren - bijvoorbeeld die inzake relatieve competentie -[113] en kon de zaak vervolgens, afhankelijk van de prognose omtrent de einduitspraak, verwijzen, terugwijzen of zelf afdoen. Ik zal dit in het vervolg 'de verwijzingsprocedure' noemen.[114] Een zaak die was aangevangen bij het hof werd op dezelfde manier door het hof onderzocht en 'verwezen' (art. 107).

Wanneer de beschuldigde bij de rechtbank had bekend en de zaak qua ernst tot de competentie van het hof behoorde, diende het hof de openbare aanklager die de zaak behandeld had te verzoeken 'zijn criminele eis en conclusie op basis van die bekentenis' toe te sturen.[115] Het hof legde vervolgens de straf op, en de rechtbank waar de zaak aanhangig was geweest, werd met de uitspraak en de executie

---

107 Art. 139 MvP en 183 IDG: 'Onder Lyfstraffe worden begrepen alle Straffen op het Schavot (waaronder de doodstraf, wvh), aan de Kaak, het te pronk staan daar of elders en alle Confinementen na voorgaande extraordinair of ordinair Proces voor langer tyd dan een half jaar by vonnis opgelegd', uitgezonderd de 'Confinementen welke door den Rechter, buiten form van proces, op verzoek van nabestaanden of Ambtshalven tot behoud van goede orde, weering van openbaare zedeloosheid of voorkoming van ongelukken worden geordonneerd wegens uitzinnigheid, verregaande verkwisting, dronkenschap, hoererye, of wangedrag van minderjaarigen jegens hunne Ouders of Voogden', art. 184 IDG.

108 Art. 182 IDG: 'Uitdrukkelijke verklaaring van eerloosheid, en geenszins de bloote verklaaring van onbekwaam of inhabiel te zijn tot, of vervallen te zijn van eenigen Ambten, Posten of Bedieningen'.

109 Art. 79 IBR.

110 Instructie voor den Procureur-Generaal of Openbaaren Aanklager by elk Departementaal gerechtshof, in Decreet 1799, p. 477 e.v.

111 Artt. 5, 6 MvP.

112 Art. 106 MvP.

113 Artt. 137, 138 MvP.

114 Artt. 136-143 MvP; dit hoofdstuk draagt de titel: 'Wat by de Departementaale Gerechtshoven te doen in zaaken, welke volgens art. 106 door de Burgerlyke Rechtbanken aan dezelve worden gezonden'. Waarschijnlijk werd de beslissing genomen 'op de rolle', samengesteld uit drie commissarissen (artt. 119 e.v IDG). Daar moesten namelijk alle beslissingen genomen worden 'tot het voldingen en in staat van wijzen brengen der Processen' (art. 124 IDG). De tien leden van het Hof vergaderden dagelijks als 'Raad', (art. 33, 34, 35 IDG). Vanaf 1838 werd de verwijzingsbeslissing genomen door 'de raadkamer', zie Postma 1999, Hoofdstuk 3.5 e.v.

115 Art. 139 MvP.

van de door het hof bepaalde straf belast.[116] Het hof kon voorts besluiten de zaak naar de rechtbank terug te sturen als het oordeelde dat 'de zaak gedisponeerd schynt, om den Beschuldigden vry te spreken of by provisie te ontslaan, 't zy met of zonder Borgtocht'.[117] Het werd aan de rechtbank die de zaak had voorbereid overgelaten te beslissen. Het hof stuurde de zaak ook terug als het oordeelde dat het een gering feit betrof, dat niet tot de competentie van het hof behoorde.[118] Was de zaak van voldoende gewicht dan trok het hof de zaak aan zich.[119] Nadat door het hof in zaken die door de rechtbank waren doorgestuurd had vastgesteld welk gerecht de zaak inhoudelijk zou afdoen en het de zaak daarheen had verwezen, volgden de rechtbank en het hof het meerkeuze-model dat hieronder zal worden beschreven. Dit model gold eveneens voor alle zaken waarin het vooronderzoek bij het hof zelf had plaats gevonden.[120] Het hof hield kortom de touwtjes van de berechting van alle criminele zaken strak in handen. De achtergrond hiervan was dat de wetgever toezicht wilde laten uitoefenen op het reilen en zeilen bij de lagere gerechten.[121] De rechtbanken en de lagere aanklagers werden door hun gehoudenheid alle strafzaken aan het hof voor te leggen eenvoudig gecontroleerd.[122]

4.4 Het beslismodel na het vooronderzoek

Na verwijzing gold voor de rechters die met de zaak waren belast een beslismodel zoals beschreven in het Provisioneel Reglement. De beslissingen staan in het hoofdstuk met de titel: 'Hoe in zaaken, welke dus verre voor een Departementaal Gerechtshof zyn behandeld, zal worden voortgeprocedeerd' (artt. 107-135 MvP). Dit hoofdstuk was van overeenkomstige toepassing op de procedures voor de

---

116 Art. 140 MvP, tenzij sprake was van de berechting van bijzondere personen, art. 179 IDP.

117 Art. 141 MvP. Het alternatief van 'onbepaald ontslag' ontbreekt in deze bepaling. Dat zou erop kunnen duiden dat met 'vrijspreken' zowel vrijspreken als 'onbepaald ontslaan' werd bedoeld, zoals in 'absolveren'.

118 Art. 141 MvP. De rechtbank was niet bevoegd een straf op te leggen die boven haar competentie uitging, dus niet: lijfstraf, infamie, of verbanning uit meer dan één departement, art. 139 jo. 141 MvP.

118 Art. 141 MvP.

119 Art. 142 MvP.

120 Art. 107 MvP.

121 Vgl. Van Boven 1990, p. 14 e.v. en p. 133 e.v. Een voorbeeld levert art. 191 IDP inzake toezicht op 'klaarblijkelijk misbruik' om personen gevangen te houden die niet schuldig of niet 'zoo schuldig' dat zij gevangen gehouden zouden moeten worden.

122 Deze omslachtige werkwijze was een gevolg van het feit dat er nog geen controleerbaar openbaar ministerie bestond en vond haar rechtvaardiging in de wens een goede kwaliteit te leveren, maar werd, toen die kwaliteit door de verbetering van de inrichting van de rechterlijke organisatie vanzelf ging spreken als lastig en overbodig beschouwd. Daarom werd dit model in 1886 afgeschaft. Kijken we er met een hedendaagse bril naar dan lijkt deze procedure inderdaad 'bizar ingewikkeld' (Harteveld 1990, p. 6).

rechtbanken.[123] Het betreft de beslissingen tot onvoorwaardelijk ontslag, provisioneel ontslag, veroordeling op confessie of op convictie en wijziging in een ordinair proces; het zijn dezelfde vijf beslismodaliteiten als beschreven in het Provisioneel Reglement. Wel zijn er verfijningen aan de regeling toegevoegd. Hieronder volgt een beschrijving van het beslismodel in de Manier van procederen, in de volgorde van de artikelen. Waar het Reglement begon met de veroordeling, begint de Manier van procederen met beide vormen van ontslag.

4.4.1 Onbepaald ontslag, art. 107 MvP

Onbepaald ontslag volgde, net als in het Provisioneel Reglement, wanneer de onschuld van de beschuldigde genoegzaam was gebleken of wanneer de beschuldigingen krachteloos waren gemaakt, en er 'geene waarschijnlijkheid' was dat er nieuwe bewijzen of 'gronden van suspicie' tegen hem zouden rijzen. De beschuldigde moest dadelijk uit detentie (eerste rechtsingang), althans van dagvaarding (tweede rechtsingang) worden 'ontslagen' (art. 107, vgl. art. 5 PR). De verwijzing naar de twee vormen van rechtsingang lijkt erop te wijzen dat hier niet alleen een feitelijke maar ook een juridische handeling bedoeld is, namelijk een 'ontslag van rechtsingang'. De betrokkene ontving een 'authentiek extract' van deze beslissing 'uit 's Hofs Resolutiën'. Wat opvalt is dat werd gesproken van een 'resolutie' en niet van een 'vonnis'. Uit het vervolg zal blijken dat het onderscheid te maken heeft met de kwestie of er al dan niet op een conclusie van eis wordt geprocedeerd. Artikel 107volgde direct op de bepalingen uit het vooronderzoek, hiervoor besproken (par. 4.2). In het artikel staat dat de beslissing tot ontslag werd genomen nadat '*'t Verhoor van een Beschuldigden is voltrokken*'.[124] Omdat artikel 107 niet rept over nieuwe verhoren lijkt het erop dat met de term 'verhoor' in artikel 107 wordt gerefereerd aan de verhoren die in het vooronderzoek als 'voltrokken' werden beschouwd. Het betreft hier dus een 'resolutie' tot 'onbepaald ontslag', die plaats vond na de verwijzingsbeslissing en dus gegeven werd door de bevoegde rechter, welke beslissing volgde nadat het vooronderzoek inclusief alle verhoren en de eventuele defensie was afgesloten en dit onderzoek niets ten bezware van de beschuldigde had opgeleverd dan wel slechts ontlastend voor diegene was geweest, terwijl er ook geen aanwijzingen waren dat er nog bewijs zou opkomen. Met dit ontslag uit de gevangenis of van persoonlijke dagvaarding werd de procedure, althans voorlopig, afgesloten. Het is de *absolutio ab instantia*

---

123 Art. 141 MvP.

124 Art. 107 MvP: *'Wanneer in zaaken voor 't Hof begonnen, 't Verhoor van een Beschuldigden is voltrokken, en het Hof bevindt, dat de onschuld van den Beschuldigden genoegzaam is blykende, of immers dat de suspiciën, welke de Procureur-Generaal uit deszelfs informatiën en verdere bescheiden te zynen laste had ingebragt, geheellijk zijn weggenomen of krachteloos gemaakt, en 'er geene waarschynlykheid is, dat 'er nadere of nieuwe bewijzen of gronden van suspicie tegen hem te bekomen zullen zyn, zal de Beschuldigde daadelyk worden ontslagen uit de Gevangenis, of van de tegen hem verleende persooneele Dagvaarding, en hem daar van ter hand gesteld een authentiek Extract uit 's Hofs Resolutiën.'*

zoals beschreven door Voorda; dit ontslag onderscheidde zich van het ontslag tijdens het vooronderzoek (art. 87) door de autoriteit die de beslissing nam.

4.4.2 Voorwaardelijk ontslag, art. 108 MvP

Voorwaardelijk ontslag was aan de orde wanneer de beschuldigde niets had bekend maar zich ook niet volkomen van alle verdenking had kunnen zuiveren. Er was onvoldoende bewijs voorhanden om hem te veroordelen en het was bovendien niet te verwachten dat '*binnen korten tyd*' meer en sterker bewijs kon worden verzameld, maar het was ook weer 'niet onwaarschijnlijk' dat zulke bewijzen '*bij vervolg van tyd*' nog wel konden komen (art. 108, vgl. 6 PR). Samengevat gaat het hier dus om de situatie waarin sprake was van onvoldoende bewijs en een kleine kans dat dit later nog zou worden aangevuld. Ook in dit artikel ligt er weer veel nadruk op de tijd die men denkt daarvoor nodig te hebben, net als in artikel 6 PR. In de hier geschetste situatie moest de beschuldigde uit de gevangenis of van 'personele comparitie' (persoonlijke verschijning) worden ontslagen, met aanzegging dat hij verplicht bleef 'ten allen tijde op behoorlijk ontbod weer ten hove te verschijnen om nader te worden gehoord'. Niet-verschijnen zou worden gestraft met verbanning. Van deze beslissing, wederom 'resolutie' genoemd, moest 'aantekening worden gemaakt' welke bij de stukken werd gevoegd (art. 108). Dit voorwaardelijke ontslag, in het Provisioneel Reglement 'ontslag onder handtasting' genoemd, heette nu ontslag 'by provisie'. Het is niet duidelijk of de beschuldigde ook van rechtsingang werd ontslagen.[125] Wel is duidelijk dat hij onderworpen bleef aan verplichtingen en dat deze verplichtingen zowel zwaarder (zoals het betalen van een borg) als minder zwaar (uitsluitend bestaande uit het zich beschikbaar houden om te verschijnen) konden zijn. Ook in deze situatie kan worden gesproken van een 'middenbeslissing' al is zij anders gemodelleerd dan het onbepaald ontslag.

4.4.3 Veroordeling op confessie

Hierna werd, in de volgorde van de bepalingen van de Manier van procederen, de situatie geregeld waarin de beschuldigde een bekentenis had afgelegd. Indien daarvan sprake was en de rechter vond dat de zaak 'zonder verder proces' kon worden afgehandeld, dan stelde hij de openbare aanklager in de gelegenheid om van eis te concluderen. Daarop diende het hof 'na alle de Stukken op nieuw ten naauwkeurigsten doorgezien en overwogen en met de Wet vergeleken te hebben, by uiterlyk Gewysde' recht te doen; 'dat Vonnis' moest op een 'bij Resolutie te bepalen dag ten uitvoer worden gebracht (artt. 109 jo 114; vgl. art. 4 PR). Dit onderzoek eindigde dus in een 'uiterlijk gewijsde', ook wel 'vonnis' genoemd. Het kan niet anders of het was een veroordeling. Deze veroordeling was definitief,

[125] Deze onduidelijkheid zal later terugkeren bij de bespreking van het OLW 1804, par. 5 hierna.

want er stond tegen de vonnissen die op confessie waren gewezen geen rechtsmiddel open.[126] Aangetekend kan worden dat dit 'uiterlijk gewijsde' tevens een onherroepelijke eindbeslissing was. Anders dan de beide hiervoor besproken beslissingen tot ontslag, die 'resolutie' werden genoemd, ging aan dit 'vonnis' een proces in enge zin vooraf. Er was immers - anders dan in die procedures tot ontslag - sprake van een verplicht nemen van een conclusie van eis waarop de rechter 'recht moest doen'. Dit procedurele verschil in de totstandkoming van de beslissing verklaart mogelijk het verschil tussen de aanduiding 'resolutie' en 'vonnis'.

4.4.4 Procedure op convictie en wijziging in ordinair proces

Had de beschuldigde het feit niet beleden en was zijn schuld ook niet weggenomen maar bestonden er daarentegen voldoende bewijzen van diens schuld (zodat van onbepaald ontslag of ontslag van provisie geen sprake kon zijn) dan resteerden twee mogelijkheden. De eerste was het proces op convictie, de tweede de beslissing om de beschuldigde alsnog te ontvangen in een ordinair proces. Beide procedures waren procedures in engere zin, net als het proces op confessie. Voor een procedure op convictie moest de rechter de openbare aanklager 'autoriseren' om op bewijsstukken in het extraordinaire proces recht te vragen en te dienen van criminele eis en conclusie (art. 110, vgl. art. 8 PR). Net als in het Reglement werd de beschuldigde in de gelegenheid gesteld zich te laten bijstaan door een raadsman en kreeg hij recht op inzage in en kopie van de stukken.[127] Hierna konden repliek en dupliek volgen. Na ontvangst in een ordinair proces werd geprocedeerd zoals in het civiele recht.[128] Dit ordinaire proces was aan de orde indien er voor een veroordeling in een procedure op convictie onvoldoende bewijs voorhanden was of indien twijfel bestond aan het strafbare karakter van de daad (art. 111, vgl. art. 7 PR). De procedure op convictie in het extraordinaire proces en de ordinaire procedure dienden net als het proces op confessie te eindigen in een 'vonnis' (artt. 125 en art. 133).

4.4.5 De altereerbepaling in de MvP

Tot een 'vonnis' hoefde het in de procedure op convictie niet altijd te komen. De regels voor de procedure op convictie kwamen namelijk overeen met die welke waren vastgelegd in het Provisioneel Reglement 1798. [129] Daarin was bepaald dat de rechter zijn beslissing nog kon 'altereren'. Indien dus de verweren van de beschuldigde zo overtuigend waren dat de rechter niet tot een veroordeling kon ko-

---

126 Art. 169 MvP.

127 De beschuldigde moest hiervoor betalen, maar als hij dat niet kon zouden de kosten niet op zijn boedel worden verhaald, art. 118 MvP, zoals in art. 12 PR.

128 Artt. 129-133 MvP.

129 Artt. 116-127 MvP.

men, mocht hij het proces in de vorige toestand terugbrengen, hij mocht 'alsnog' één van de drie eerder beschreven 'dispositiën' uitbrengen. Hij kon dus alsnog beslissen tot onbepaald ontslag, ontslag bij provisie en wijziging in een ordinair geding (art. 127, vgl. art. 17 PR).[130] Hiermee werd dus de mogelijkheid opengelaten om gedurende het proces op convictie alsnog een middenweg te kiezen.

4.5 Maximering van de duur van het provisioneel ontslag

Tot zover is er weinig nieuws onder de zon. Toch is er wel een ontwikkeling te bespeuren waaruit blijkt dat de rechtspositie van de beschuldigde (nog) meer aandacht heeft gekregen. Dit blijkt uit twee bepalingen in het Decreet. De eerste betreft het provisioneel ontslag en de tweede de eindbeslissingen. Hieronder bespreek ik eerst het provisioneel ontslag, in de volgende paragraaf de eindbeslissingen.

Aan de regeling van het provisioneel ontslag, dus het ontslag op voorwaarde 'ten allen tijde op behoorlijk ontbod weer ten hove te verschijnen om nader te worden gehoord', was een rechtsbeschermende bepaling toegevoegd. Deze nieuwe bepaling geeft de provisioneel ontslagene het recht om 'eenigen tijd daarna' het gerecht schriftelijk te verzoeken een eind aan de verschijningsverplichting te maken. Het gerecht moet hierop 'daadelijk', of na een door het gerecht bepaalde tijd beslissen 'zoo gunstig als hetzelve zal oordelen te behooren' (art. 113). Deze nieuwe regel versterkt de rechtspositie van de beschuldigde; hij heeft een middel om te bewerkstelligen dat hij - zoals Voorda het uitdrukte - niet langer 'met het mes in de buik' hoeft te zitten. Als het verzoek slaagt, komt hij te verkeren in een toestand van onbepaald ontslag, dus een toestand waarin hij niet meer onderworpen is aan enige justitiële verplichting.

Het Decreet bepaalde niet nader wat de juridische gevolgen waren van dit onbepaald ontslag. Hiervoor is echter de conclusie getrokken dat het onbepaald ontslag tevens een ontslag van rechtsingang was (par. 4.4.1). Uit dit gegeven, gecombineerd met het feit dat in dit verband niet over een 'uiterlijk gewijsde' werd gesproken maar 'slechts' over een resolutie, kan voorzichtig worden afgeleid dat het niet de bedoeling was dat deze beslissing dezelfde rechtskracht zou hebben als het vonnis na gehouden geding. De ontslagene zal zich dus niet tegen een tweede vervolging wegens hetzelfde feit kunnen verweren met een beroep op de

---

130 Art. 127: '*Indien 't Hof uit het geen tot verdediging van den Beschuldigden is ingebragt, mogt bevinden, dat dezelve zoo veel in zyn voordeel bevatte, dat hy nu, volgends Art. 107, of 108 of 111 zoude behooren behandeld te worden, zal het Hof als nog ééne dier drie Dispositën uitbrengen*'. Hier wordt weliswaar niet meer met zoveel woorden geschreven dat de eerdere beslissing 'verstaan wordt te zijn gealtereerd' (art. 17 PR), maar de bedoeling is hetzelfde.

exceptie van het gewijsde. Het ontslag kan wel worden beschouwd als een *absolutio ab instantia*: de rechtsingang en de beschuldiging waren opgeheven, maar een eindvonnis was uitgebleven en dus ontbrak de bescherming van het verbod van herhaling.[131]

4.6 Definitieve eindbeslissingen en het verbod van herhaling

4.6.1 Definitieve vonnissen en niet-definitieve resoluties

De besproken artikelen 107 tot en met 111 van de Manier van procederen vormen met elkaar een samenhangende groep wetsartikelen. De samenhang bestaat erin dat de vijf mogelijke beslissingen alle pas worden genomen nadat het vooronderzoek is afgerond, de verwijzingsbeslissing heeft plaatsgevonden en de bevoegde rechter onderzoek heeft gedaan naar het door de aanklager overgelegde bewijsmateriaal uit het vooronderzoek. Die vijf mogelijkheden zijn: ontslag wegens gebleken onschuld (art. 107), ontslag bij provisie onder verplichting te allen tijde op ontbod te verschijnen (art. 108), veroordeling op confessie (art. 109), of op ander vol bewijs (art. 110) en verwijzing naar het ordinaire proces (art. 111). Het zijn allemaal keuzes die worden gemaakt in de eindfase van het proces. Echter, zo bleek al uit de resolutie tot ontslag en zo blijkt uit het vervolg: sommige van deze beslissingen zijn 'definitief' en andere niet. Artikel 135 Manier van procederen bepaalde namelijk:

> '*Alle Vonnissen hier voor art. 114, 125 en 133 gemeld zullen zyn definitief en moeten behelzen Condemnatie of Vrijspraak van den Beschuldigden, met ontzegging van den Eisch en Conclusie door den Publieken Aanklaager tegen hem gedaan en genomen*,[132] (…)'

De hier bedoelde vonnissen zijn de vonnissen die tot stand zijn gekomen in de procedure op confessie (art. 114), op convictie (art. 125) en in het ordinaire proces (art. 133). Zij hebben met elkaar gemeen dat zij worden uitgesproken na een daartoe strekkende eis van de openbare aanklager, eventueel gevolgd door antwoord, repliek en dupliek, dus dat zij tot stand zijn gekomen na een proces in engere zin.

---

131 Deze conclusie wordt gestaafd door het hierna te bespreken Ontwerp Van Houten, art. 97, dat de *absolutio ab instantia* plaatst direct na het voorwaardelijk ontslag: 'Indien de Regtbank ook geene genoegzaame termen vindt, om den gedetineerden of gedaagden in persoon, onder handtasting; of ook den gedaagden in persoon onder Cautie te ontslaan, zal zij dezelven moeten absolveeren van de Instantie'.

132 De toevoeging '*met ontzegging van den Eisch en Conclusie door den Publieken Aanklaager tegen hem gedaan en genomen*' moet gelezen worden in combinatie met de tweede eindbeslissing, de vrijspraak, en niet in combinatie met de veroordeling, want deze volgde juist alleen na conclusie van eis.

In geval van vrijspraak wordt de eis aan de aanklager 'ontzegd'. Déze vonnissen 'zullen zijn definitief'.

Met 'definitief' wordt hier niet bedoeld dat zij 'onherroepelijk' zijn; in een aantal gevallen staat er namelijk nog appel open.[133] Kennelijk wordt met 'definitief' dus iets anders bedoeld. Gelet op het hier gemaakte onderscheid tussen vonnissen en de beslissingen tot ontslag ligt het voor de hand te veronderstellen dat met 'definitief' wordt bedoeld dat (afgezien van het instellen van rechtsmiddelen) *de beschuldiging* definitief van de baan is, en dat dit niet geldt voor de beslissingen tot ontslag. Artikel 135 geeft derhalve aan dat er in de laatste fase van het proces, de fase na de verwijzingsbeslissing, zowel definitieve als niet-definitieve beslissingen kunnen worden genomen. De vonnissen zijn definitief en maken een einde aan de beschuldiging en dus aan de zaak; zij bevatten een oordeel over de schuld aan het misdrijf. De beslissingen tot ontslag zijn niet definitief en maken geen einde aan de zaak, want spreken zich niet uit over de schuld aan het misdrijf. Voor de beslissing tot voorwaardelijk ontslag ligt deze aanname voor de hand, maar deze tweedeling bepaalt nu onbetwistbaar het karakter van het 'volkomen ontslag', want zij bevestigt het eerdere vermoeden dat dit ontslag niet definitief is. Dit betekent dat zij geen blokkerend effect hebben ten aanzien van een voortzetting van het proces. Daarmee is de vraag naar de aard van het onbepaald ontslag in artikel 107 beantwoord.

4.6.2 Het verbod van herhaling

Hiermee is echter nog niet alles over de beslissingen in deze eindfase gezegd. Artikel 135 bepaalde namelijk voorts dat wanneer het definitieve vonnis tot stand komt, dit slechts een vrijspraak of een veroordeling kan zijn; er is geen derde weg. Het tweede deel van artikel 135 verbiedt met zoveel woorden om een 'absolutie van instantie' uit te spreken. Het bepaalt dat de in dit artikel bedoelde vonnissen, dus die welke worden gewezen in de procedure op confessie, op convictie of in het ordinaire proces

> '*nimmer mogen bestaan in een enkele (zoogenaamde) absolutie van de instantie waardoor de Publieke Aanklaager zou worden vrijgelaten, om andermaal, of op nieuw, over diezelfde misdaad tegen dezelfde Persoon een Crimineel Proces aan te vangen*' (art. 135 MvP).

[133] Tegen de vonnissen in het ordinaire proces staan beperkt appel en revisie (soort verzetprocedure) open. De vonnissen op confessie gewezen zijn niet appellabel (artt. 167 en 177 MvP), maar de vonnissen op convictie gewezen door de burgerlijke rechtbank zijn dat weer wel (art. 168 MvP).

Het is om ten minste drie redenen een bijzondere bepaling. In de eerste plaats omdat voor het eerst in de wetgeving wordt gerefereerd aan de term *absolutie van instantie*. Dit gegeven zal de toevoeging van het adjectief 'zoogenaamde' verklaren. In de tweede plaats omdat de term wordt uitgelegd. Een absolutie van instantie is in de lezing van de wetgever een beslissing die de openbare aanklager de mogelijkheid biedt tegen de betrokkene 'andermaal, of op nieuw, over diezelfde misdaad tegen dezelfde Persoon een Crimineel Proces aan te vangen', met andere woorden: na een absolutie van instantie kan een gesloten proces weer worden geopend. De absolutie van instantie heeft in de ogen van de wetgever dus het juridisch gevolg zoals dat door Voorda werd beschreven, namelijk dat de procedure bij de rechtbank wordt gesloten, de betrokkene zich niet meer in toestand van beschuldiging bevindt, maar hij niet wordt beschermd tegen het opnieuw aanvangen van een proces over dezelfde zaak. Het is kortom het onbepaald ontslag als bedoeld in artikel 107. Deze middenbeslissing, die geen uitspraak doet over de zaak, de eventuele schuld aan het misdrijf, wordt nu in artikel 135 verboden. Het enig mogelijke ontslag nadat de procedure op confessie, op convictie of de ordinaire procedure in een *vonnis* is geëindigd, is een volle vrijspraak. De derde reden waarom de bepaling bijzonder is, is dat er bovendien een conclusie uit is te trekken met betrekking tot het verbod van herhaling. Nu immers uit de bepaling blijkt dat de absolutie van instantie een uitspraak is waardoor het proces opnieuw kan worden aangevangen en de absolutie hier wordt geplaatst tegenover de definitieve eindvonnissen - die slechts kunnen bestaan uit een vrijspraak of een veroordeling - kan hieruit *a contrario* worden afgeleid dat tevens is bedoeld te zeggen dat de definitieve vonnissen hier bedoeld de publieke aanklager *niet* vrijlaten om over dezelfde misdaad andermaal tegen dezelfde persoon een proces aan te vangen. Hier wordt dus tevens voor het eerst - impliciet - het verbod van herhaling uitgedrukt in de wet; het is de eerste Nederlandse gecodificeerde *non bis in idem*-regel.

Artikel 135 Manier van procederen verschaft kortom op diverse punten duidelijkheid: over de aard van het ontslag als bedoeld in artikel 107 en over het verschil in rechtsgevolgen tussen dit ontslag en het vonnis dat wordt geveld in de procedures op confessie, op convictie en in de ordinaire procedure. De bepaling verschaft echter op nóg een punt duidelijkheid. Door de drie vonnissen hier op één lijn te plaatsen, wordt hun gemeenschappelijk karakter benadrukt. Dat bestaat erin dat er een procedure in engere zin aan is voorafgegaan; deze vonnissen worden immers alle drie gewezen na genomen conclusie van eis. Daarna volgde het rechtsgeding met als sluitstuk het vonnis. Het verbod van ontslag van instantie zou dan betekenen dat na het nemen van de conclusie van eis geen absolutie van instantie meer mag worden uitgesproken. De conclusie van eis is daarmee met andere woorden het '*point of no return*'. Wanneer dit punt is gepasseerd dan

moet er een vonnis worden geveld dat ofwel 'veroordeling' ofwel 'vrijspraak' luidt.

Deze juridische duidelijkheid wordt echter feitelijk weer ongedaan gemaakt door de bepaling in artikel 127 Manier van procederen, de voortzetting van het altereerartikel in het Provisioneel Reglement. Dit artikel bepaalt dat de rechter nog tijdens de procedure op convictie op zijn schreden mag terugkeren. Hij mag als gevolg van de gevoerde defensie 'alsnog' één van de andere beslissingen (dispositiën) nemen en dus ook alsnog bij resolutie een vorm van ontslag verlenen. Het moment waarop nog een 'onvoorwaardelijk ontslag' kon vallen en waarop de 'absolutie van instantie' op basis van artikel 135 verboden werd, ligt daardoor - anders dan door artikel 135 wordt gesuggereerd - niet vast, maar is flexibel. Door de altereerbepaling kan nog steeds in een laat stadium van het geding in plaats van een volle vrijspraak een onbepaald ontslag worden verleend. We zullen zien dat de criminele commissie die zich bezighield met het ontwerp Lijfstraffelijk wetboek zich over deze kwestie heeft gebogen en heeft gepoogd de juridische gevolgen van het 'onvoorwaardelijk ontslag' te regelen (zie par. 5 hierna).

4.6.3 Conclusie beslismodel Manier van procederen

Geconcludeerd kan worden dat er binnen de tweede fase van het strafproces, dus de fase na het vooronderzoek en de verwijzingsbeslissing van het hof, een eindfase intrad waarin de rechter nog verschillende kanten uitkon. Doel was een veroordelend vonnis, op confessie of op convictie, maar hij kon de beschuldigde wegens diens overtuigende verdediging ook nog voorwaardelijk of onvoorwaardelijk ontslaan (artt.107, 108) of hem vanwege de duisterheid omtrent de kwalificatie of het daderschap ontvangen in een ordinair proces. Was het moment van het eindvonnis aangebroken dan had hij nog slechts de keuze tussen vrijspraak of veroordeling en was het absolveren van instantie, dus het onbepaald ontslag als bedoeld in artikel 107, verboden (art. 135). Op zeker moment was er dus een *point of no return* bereikt. Dat moment lag bij de start van het proces in engere zin, dus bij het nemen van de conclusie van eis. Door het bepaalde in artikel 127 kon echter tijdens het proces op convictie de klok worden teruggedraaid. Dit 'altereren', c.q. 'alsnog uitbrengen van een andere dispositie', nam de conclusie van eis weg. Daarmee was tevens de verplichting om een vonnis te wijzen van de baan. Op dat moment lag de middenweg weer open. Zo klopte het systeem, maar werd het verbod in artikel 135 om na afloop van het proces een absolutie van instantie uit te spreken een tamelijk lege huls.

4.7 Samenvatting Decreet 1799

De bepaling in de Staatsregeling van 1798 die de pijnbank afschafte, heeft vooral in het gewest Holland tot commotie geleid. De regering was echter onvermurwbaar en er zat niets anders op dan een andere bewijsregeling te treffen. Zo vormde de afschaffing van de pijnbank de directe aanleiding om het bewijs 'op convictie' in te voeren. Of met 'convictie' in de wetgeving van 1798 en 1799 op de intieme overtuiging van de rechter werd gedoeld is de vraag; veeleer lijkt het gebruik van de term hier te duiden op het overtuigen - met getuigen - van de beschuldigde. Het nieuwe bewijsmodel gaf de rechter in ander opzicht in elk geval meer ruimte voor zijn eigen oordeel, namelijk voor wat betreft de toe te passen beslisprocedure. De keuze van de te volgen procedure werd namelijk uitdrukkelijk aan 'des rechters consciëntie' overgelaten. Hij kon de zaak afdoen in een procedure op confessie dan wel op convictie, hij kon de beschuldigde alsnog ontvangen in een ordinair proces dan wel hem al dan niet voorwaardelijk ontslaan. Dit nieuwe beslismodel werd aanvankelijk geregeld in het Provisioneel Reglement en vervolgens vastgelegd in het Decreet dat in 1799 tot stand kwam en direct tot wet werd verheven. Het Provisioneel Reglement werd, althans in Holland, dadelijk van kracht, met de inwerkingtreding van het Decreet werd gewacht op de nieuwe inrichting van het Justitiewezen.

Het Decreet beschreef niet alleen het strafproces maar bepaalde tevens de bevoegdheidsverdeling tussen rechtbanken en hoven. Strafbare feiten die werden bedreigd met lijfstraf, een onterende straf of verbanning uit meer dan één departement behoorden tot de competentie van het hof, de lichtere tot die van de burgerlijke rechtbanken. Om die rechtbanken te controleren, schreef het Decreet voor dat alle criminele zaken door het hof moesten worden gezien alvorens zij eventueel door een rechtbank konden worden afgedaan. Door deze gang van zaken werd een duidelijk procedureel onderscheid zichtbaar tussen het vooronderzoek en de eindfase van het proces. De breuklijn lag namelijk bij de verwijzingsbeslissing van het hof. Voor het overige werd in het Decreet de Hollandse manier van procederen haast op de voet gevolgd, dus de procedure die was gebaseerd op de Ordonnantiën van Philips II zoals die haastig was aangepast door het Provisioneel Reglement. De snelheid waarmee het Decreet tot stand is gekomen, is dan ook enigszins ten koste gegaan van de originaliteit en de vernieuwing van de verouderde regelgeving.

Ondanks dat werd de rechtspositie van de beschuldigde behalve door de afschaffing van de pijnbank en de invoering van het proces op convictie op nog twee punten verbeterd. Dat was in de eerste plaats door de voorziening die mogelijk maakte om opheffing te vragen van de voorwaarden verbonden aan een voor-

waardelijk ontslag. Op een daartoe strekkend verzoek moest 'dadelijk, althans binnen een zekere termijn' worden beslist (art. 113 MvP). De tweede vooruitgang was het verbod om na gehouden proces te volstaan met een *absolutio ab instantia*. De bepaling waarin dit laatste stond, artikel 135 Manier van procederen, kan gezien worden als even 'revolutionair' als de afschaffing van de pijnbank. Tot aan 1798 hadden beide instituten, de absolutie van instantie en de pijnbank, een uitweg gevormd uit het bewijsdilemma. De pijnbank werd bij de Staatsregeling afgeschaft, de absolutie van instantie niet. De wetgever anno 1799 moest dus nog kiezen: dit ontslag van instantie regelen zoals dat - na afschaffing van de pijnbank - in bijna alle Duitse staten gebeurde,[134] of het verbieden, zoals in Frankrijk was gebeurd. In het Decreet van 1799 is gekozen voor het laatste. Dat was een forse stap, één die dan ook niet door iedereen werd verwelkomd, zoals uit het vervolg van de geschiedenis zal blijken. Wat de stap weer minder 'fors' maakte, mogelijk zelfs geheel ontkrachtte, was de regeling van het 'altereren'. Door de mogelijkheid om het proces terug te draaien tot de fase vóór het nemen van de conclusie van eis werd de absolutie van instantie niet uitgebannen, ondanks het bepaalde in artikel 135 Manier van procederen. Ook op dit punt is een parallel zichtbaar met de afschaffing van de pijnbank; de pijniging bij de ondervraging van de beschuldigde werd immers niet afgeschaft maar voortgezet door middel van de geselpaal in het verhoorvertrek. Maar net zoals er van de bepaling dat de pijnbank werd afgeschaft een signaal uitging, was dat het geval bij het verbod op de absolutie van instantie. Dit signaal was dat de middenbeslissing niet te verenigen was met de verlichte opvattingen over burgerlijke vrijheden die op dat moment de staatkundige omwenteling in Nederland bepaalden. Na een gehouden geding diende een definitief einde te komen aan de zaak. Dit principe werd in het Decreet uitgedrukt. Het verbod van herhaling na vrijspraak of veroordeling vond expliciet erkenning.

4.8 Het Ontwerp Van Houten

Uit de regeling in de Manier van procederen is al gebleken dat de absolutie van instantie nog werd gekoesterd; er bestonden dan ook nog grote aarzelingen ten aanzien van de verwijdering van het aloude instituut. We zagen bijvoorbeeld dat Voorda er een voorstander van was dat in de gevallen van absolutie wegens gebrek aan bewijs een zaak heropend kon worden bij nieuw bewijsmateriaal; 'kun-

---

134 Zie Schwarplies 1975, p. 50 e.v., over de wettelijke vastlegging van de *absolutio ab instantia* in o.a. de volgende Duitse staten: (het eerste jaartal is van de wet waarin de pijnbank werd afgeschaft en het tweede van de wet waarin de *absolutio ab instantia* werd vastgelegd): Pruisen 1794 en 1805, Beieren 1807 en 1813, Württemberg 1806 en 1820. Baden was een uitzondering want deze staat schafte in 1767 de pijnbank af en verbood in 1803 de absolutio ab instantia. Zie voorts Hoofdstuk 11.

stenarijen om getuigen voor een tijd te verwijderen' mochten niet worden beloond (Hoofdstuk 7, slot par. 2.2). Ook de Amsterdamse advocaat Van Houten, lid van het Committé van Criminele Justitie (de vroegere schepenrechtbank) bepleitte het behoud van de absolutie van instantie. Hij had - om de wetgever behulpzaam te zijn - een tekst ontworpen waarin hij de middenweg juist ruim plaats gaf.[135] De absolutie van instantie mocht volgens dit ontwerp, anders dan in het Decreet, nog worden uitgesproken na volledig proces, én indien er geen aanleiding was om de beschuldigde onder handtasting of onder cautie te ontslaan, dus als lichtere oplossing na die van een voorwaardelijk ontslag, maar in plaats van vrijspraak.[136]

Van Houten ontwierp daarnaast een regeling die praktisch was en later nog node zou worden gemist. Hij wilde namelijk naast de definitieve vonnissen van condemnatie of absolutie na gesloten onderzoek niet alleen de absolutie van instantie toestaan maar bovendien een plaats inruimen voor een interlocutoir vonnis tot verzameling van meer bewijs.[137] Deze 'interlocutie' moest bepalen wát er nog moest worden onderzocht, en de tijd waarbinnen dat onderzoek plaats moest vinden. Na ommekomst van de betreffende tijdspanne moest op de stukken worden recht gedaan.[138] Volgens het ontwerp eindigde het proces aldus ofwel in een veroordeling, een vrijspraak of een interlocutie gevolgd door een vonnis, ofwel - indien er nog hevige verdenking tegen de beschuldigde bestond en geen van deze drie beslissingen uitkomst bood - in een ontslag onder handtasting, en, indien er minder verdenking was, in een ontslag van instantie.[139] De verplichting zich te houden aan de belofte was aan een termijn gebonden.[140] Dan hielden de voorwaarden op, maar was er nog steeds geen definitieve beslissing over de zaak. Deze voorstellen omtrent de mogelijkheden van heropening van het proces zijn niet gevolgd, maar laten wel zien dat de beslissing van de procedurele subcommissie van de Codificatiecommissie om het verlenen van absolutie van instantie na afloop van het proces te verbieden niet op ieders instemming kon rekenen.

---

135 Ontwerp Van Houten 1798, besproken en afgedrukt in Bossers 1997. Het ontwerp diende zowel bij het ontwerpen van het Provisioneel Reglement als bij het Decreet van 1799 als voorbeeld. Bossers concludeert dat het ontwerp in beide gevallen slechts 'negatieve invloed' heeft gehad.

136 Art. 97 Ontwerp Van Houten. Dit artikel maakt duidelijk dat in de opvatting Van Houten, en waarschijnlijk ook in de opvatting van de ontwerpers van het Decreet, het 'volkomen ontslag' en de absolutie van instantie aan elkaar gelijk waren.

137 Artt. 82 en 90 Ontwerp Van Houten.

138 Artt. 91-94 Ontwerp Van Houten, voorloper van art. 346 Sv. Hierover Hoofdstuk 10, par. 1.6.

139 Artt. 95, 96 Ontwerp Van Houten.

140 Artt. 99 en 100 Ontwerp Van Houten. De verplichting mocht niet langer duren dan de tijd waarbinnen het proces moest zijn afgelopen, twaalf, vijftien of achttien maanden, afhankelijk van gevoerde excepties en de aard van de procedure: extraordinair of ordinair.

5. Vrijspraak, ontslag en *non bis in idem* in het OLW 1804

5.1 Inleiding

De werkzaamheden van de criminele subcommissie van de Codificatiecommissie namen direct na afronding van het ontworpen Decreet eind december 1799 een aanvang.[141] Haar eerste ontwerp was in april 1801 gereed (OLW 1801). Volgens afspraak werd dit ontwerp ter beoordeling aan de civiele commissie voorgelegd. De leden van de civiele commissie brachten in 1803 hun commentaren uit. Nadat deze waren verwerkt en een algehele revisie had plaatsgevonden, werd eind 1804 een tweede ontwerp aan het Staatsbewind gezonden, het ontwerp Lijfstraffelijk wetboek 1804 (OLW 1804).[142] De teksten van beide ontwerpen, die van 1801 en van 1804, blijken voort te borduren op de gevolgen van het volkomen ontslag. Voor de continuering van de ingeslagen weg stond dan ook borg dat twee leden van de criminele commissie, Elout en Kreet, betrokken waren geweest bij de codificatie van het strafproces.[143]

Elout speelde in de werkzaamheden die leidden tot de totstandkoming van het ontwerp een dominerende en coördinerende rol.[144] Aan hem wordt onder meer het ontwerp van Boek 1, '*Van misdaden en straffen*' toegeschreven.[145] Van dit boek zou Donker Curtius hoofdstuk 7 '*Van het ophouden en vernietigen der beschuldigingen en straffen*' voor zijn rekening nemen.[146] Het onderdeel van dit zevende hoofdstuk dat gaat over 'de rechterlijke uitspraak' en dat hierna zal worden besproken, kan echter ook van de hand van Elout zijn; Elout heeft zich in elk geval zeer intensief met het ontwerpen van deze tekst beziggehouden.[147] Daarnaast was het Cras, uit de civiele commissie, die op de valreep, in 1804, nog een hoofdstuk schreef '*Van beschuldiging en derzelver gevolgen*'. Dit hoofdstuk werd na bewerking door Elout aan het ontwerp van 1804 toegevoegd en geplaatst vóór het

141 Voor de wordingsgeschiedenis zie Moorman van Kappen 1982-I en II.

142 Zie voor de namen van de betrokken commissieleden par. 3.4 hiervoor.

143 De andere leden van de criminele subcommissie van de Codificatiecommissie waren J. in de Betouw, W.A. van Beveren, B. Donker Curtius.

144 Elout wordt door Moorman van Kappen c.s., deel I, p. XX, omschreven als 'de dominerende figuur' in de criminele subcommissie; van hem zijn tevens de meeste aantekeningen bewaard.

145 Moorman van Kappen 1982-I, p. 123, Inleiding.

146 Moorman van Kappen 1982-I, p. XXII en p. 101.

147 Moorman van Kappen 1982-I, p. XX. Dit blijkt onder meer uit de aantekeningen van Elout bij opmerkingen van Cras bij 'de rechterlijke uitspraak' als grond voor verval van beschuldiging in Hoofdstuk 7, Boek 1, hierna te bespreken. Elout schrijft hier in de 'ik-vorm' als hij nadere uitleg geeft van de bedoeling van de tekst, alsof het zijn eigen bedoeling is. De 'rechterlijke uitspraak' is bovendien iets later aan de andere drie gronden (dood, verjaring en tussenkomst wetgever) aan dit hoofdstuk toegevoegd, hetgeen de mogelijkheid vergroot dat dit onderdeel van de hand van een ander is dan van Donker Curtius.

hoofdstuk over het ophouden en vernietigen van beschuldiging en straffen.[148] Cras en Elout hebben zich tijdens de totstandbrenging van het ontwerp Lijfstraffelijk wetboek 1804 het belang van het verbod van herhaling aangetrokken en op de vastlegging daarvan een persoonlijk stempel gedrukt. Om de door hen gemaakte keuzes te verhelderen, zal ik daarom eerst enkele opmerkingen maken over hun persoon. Daarna volgt een bespreking van 'de beschuldiging en haar gevolgen' en 'de rechterlijke uitspraak', beide als grond voor 'het ophouden en vernietigen van beschuldiging en straffen'.

Ik heb voor de bespreking van deze onderwerpen uit het ontwerp Lijfstraffelijk wetboek gebruikt gemaakt van het bronnenmateriaal dat door Moorman van Kappen c.s. is bijeengebracht. Daaronder bevinden zich behalve de teksten van het ontwerp Lijfstraffelijk wetboek 1801 (OLW 1801) en het ontwerp Lijfstraffelijk wetboek 1804 (OLW 1804), ook de commentaren van de civilisten, het commentaar van het Hoog Nationaal Gerechtshof (HNG) en de reacties van de ontwerpers op deze stukken. Het materiaal is volgens de samenstellers van het bronnenmateriaal verre van volledig; toelichtende nota's worden node gemist. De bijeengebrachte gegevens zijn echter ruim voldoende om de opvattingen van de leden van de Codificatiecommissie over de rol van het gewijsde en het verbod van herhaling te achterhalen.

5.2 Cras

Cras (1739-1820), van huis uit civilist en kenner van het Romeinse recht,[149] was tevens rechtsfilosoof en ontwikkelde zich tot 'generalist'. Hij werd in 1771 benoemd tot hoogleraar aan het Athenaeum te Amsterdam waar hij tot zijn dood in 1820 diverse leerstoelen bezette (Romeins en hedendaags recht, algemene staatsleer, natuur- en volkenrecht en, vanaf 1809, Frans privaatrecht). Hij was er de leermeester van een school talentvolle wetenschappers, onder wie J.M. Kemper en J.D. Meyer. Uit de korte schets van Huussen[150] blijkt dat Cras sceptisch stond tegenover de mogelijkheden om het recht tot in detail vast te leggen; hij benadrukte het belang van het algemene karakter van een wet die voor alle delen van de Republiek zou gelden. Een wet moest in beginsel geen nieuw recht brengen, maar vastleggen wat bestond.[151] Met die opvatting correspondeert bijvoorbeeld

---

148 Moorman van Kappen 1982-II, p. XI en noot 8 op p. XX.

149 Cras bestudeerde het Romeins recht vanuit het natuurrecht, hierover Ankum 1977, p. 95. Zie ook het portret door Kop in 'Zestig juristen', 1987.

150 Huussen 1989, p. 648.

151 Huussen 1989, p. 649, citeert Cras: 'De wetgever is in zijn wetboek de tolk en uitlegger van het natuurregt'; 'Het wetboek schept het regt niet, maar onderrigt de ingezetenen in de voorkomende gevallen, ontrend hun regt'.

een door Cras ontworpen bepaling voor het ontwerp Lijfstraffelijk wetboek waarin werd verwezen naar de 'plaatshebbende wijze van procederen' ofwel het plaatselijk procesrecht.[152] In februari 1798, na de staatsgreep der unitarissen, was het waarschijnlijk vanwege (onder meer) deze mening dat hij gedurende korte tijd als 'onwaardig' van zijn post werd geschorst.[153] Zijn benoeming in de Codificatiecommissie werd beschouwd als een vorm van eerherstel.

Aanvankelijk zou Cras deel uitmaken van de criminele subcommissie. Hij was echter op zijn eigen verzoek naar de civiele commissie overgeplaatst 'vanwege zijn opvatting over de confessie en de pijnbank', zoals diverse auteurs schrijven.[154] Dit roept vragen op. Zijn opvatting maakte hem namelijk voor het lidmaatschap van de criminele commissie uiterst geschikt. Cras had zich als verlichtingsman openlijk uitgesproken tégen de tortuur en vóór het recht op verdediging. Deze waarborgen volgden volgens Cras uit het beginsel dat een ieder voor onschuldig moet worden gehouden totdat het feit bewezen is. In zijn in 1793 gepubliceerde 'Verhandeling over de gelykheid der Menschen, en de regten en pligten, welke uit die gelykheid voortvloeien', schrijft hij

> *'dat alle inrigtingen van regtbanken welken met nadeel, met kwelling, met smert van den beschuldigde beginnen, onregtvaardig en ongeoorloofd zijn,'* en dat niemand gestraft wordt
> *'dan na dat de beschuldigde door enen wettigen en regtvaardigen regtbank volkomen van de misdaad overtuigd*[155] *is; niet onverhoord derhalven, maar na dat eerst van de zaak met grootste zorg, omzigtigheid, en een zekere bekommering, kennis genomen, en zij ten volle bewezen is; bij gevolg dan eerst, wanneer den verweerder volledige gelegenheid is gegeven, om zig allezins tegen de beschuldiging te verdedigen.'*[156]

Cras ontving voor zijn verhandeling op 6 april 1792 van het Teylers Godgeleerd Genootschap de gouden eerprijs en het opstel trok ook buiten Nederland de aandacht.[157] Cras had kortom een uitgesproken mening over het strafproces en had daarin ook bijval ontvangen. Misschien vreesde hij een uitkomst van het overleg waarvoor hij niet verantwoordelijk wilde zijn en vormde zijn gemoeds-

---

152 Art. 30 Hoofdstuk 5 OLW 1804: 'Zoodanig rechtsgeding wordt begonnen, voordgezet en geeindigd volgens plaatshebbende wijze van procedeeren'. In de Constitutie van 1801 werd in overeenstemming met die gedachte de uitwerking van de rechterlijke organisatie nog overgelaten aan nadere wetgeving, waardoor plaatselijke verschillen in competentie mogelijk bleven, Van Boven 1990, p. 164.

153 Kop 1987, p. 192, 193; Kemper 1822, p. 25; zie voorts Van den Berg, 1996, p. 356.

154 Moorman van Kappen 1977, p. 125, Van Heijnsbergen 1925, p. 135.

155 Ook hier zien wij de zinsnede dat *de beschuldigde* 'overtuigd' moet zijn, zie Hoofdstuk 3, par. 2.3.1 en art. 53 OCJ in Hoofdstuk 7, par. 1.3.

156 Cras 1793, p. 158.

157 Het werk had een Zweedse prijs gekregen, Kemper1822, p. 50.

rust een barrière om van de criminele commissie deel uit te maken. Die voorzorg hielp dan niet. Hij zou zich later toch, ook al was hij lid van de civiele commissie, luid en duidelijk over de gewenste inrichting van het strafproces uitspreken.[158] Een verklaring voor de vraag waarom Cras in 1804 - ter aanvulling op de bestaande versie van het ontwerp 1801 - een apart hoofdstuk over de gevolgen van de beschuldiging had ontworpen, kan zijn dat hij aan zag komen dat het Decreet van 1799 niet in werking zou gaan treden en hij deze materie daarom in het Lijfstraffelijk wetboek wilde regelen. Hij achtte het verval van beschuldiging een 'belangrijke' kwestie.[159] Indien het materiële strafrecht inclusief dit hoofdstuk zou worden ingevoerd, zouden er waarborgen voor de beschuldigde worden gecreeerd welke konden worden toegepast binnen de verscheidenheid van het bestaande procesrecht (dat immers in zijn opvatting voorlopig kon worden gehandhaafd). Het kan echter ook zijn dat het hoofdstuk een gevolg was van zijn praktische instelling om definities te ontwerpen voorafgaande aan de te behandelen stof [160] en hij het ontwerp van 1801 in dat opzicht onvolledig vond.

5.3 Elout

Over Elout (1767-1841) zal ik iets korter zijn, niet omdat hij van minder betekenis is geweest voor ons onderwerp dan Cras, maar omdat hij zijn schrijfvaardigheid in hoofdzaak beperkte tot staatstukken en hij zijn meningen minder in het openbaar heeft geventileerd. Elout ontwikkelde zich van advocaat en magistraat tot staatsman.[161] Hij had in Leiden onder meer onderwijs genoten van Voorda; in 1793 behoorde Cras tot zijn gewaardeerde raadgevers.[162] Hij hield zich ten tijde van de omwenteling zo veel mogelijk afzijdig van het landsbestuur omdat hij zich niet met het opzoeken van vreemde - lees Franse - hulp zou kunnen verenigen. Uit het levensbericht van de Maatschappij der Nederlandse Letterkunde komt Elout naar voren als een gematigd man en tevens één van groot allure. De voor-

---

158 Vgl. Moorman van Kappen 1982-I, p. XXIV. Zie bijvoorbeeld de artikelen over het verhoor in Hoofdstuk 5, Boek 1, OLW 1804 en zijn voorstel voor een regeling van de verdedigingsrechten, welke vooraf zou gaan aan dat hoofdstuk, Moorman van Kappen 1982-II, p. 65.

159 Moorman van Kappen 1982- I, p. 252.

160 Vgl. zijn opmerkingen aangaande de noodzaak definities te maken, in een brief van 4 maart 1804, Moorman van Kappen 1982-II, p. 260.

161 Elout begon als advocaat, werd schout-crimineel, raadsheer in het Hof van Holland, Zeeland en West-Friesland (tot 1799), was ten tijde van zijn werkzaamheden voor de criminele commissie raadsheer in het Gerechtshof, departement Texel (van 1799 tot 1802) en werd in 1802 Procureur-generaal bij het Nationaal Gerechtshof (1802-1806); hij zou zich vanaf 1806 als Staatsraad bezighouden met wetgeving. Na inlijving door Frankrijk verkoos hij de rechtspraktijk en werd weer advocaat; later zou hij Commissaris-generaal van Nederlands-Indië worden en enkele ministerschappen bekleden: dat van Financiën, van Nationale Nijverheid en Koloniën, en van Marine en Koloniën (bron: PDC).

162 Siegenbeek 1841, p. 44

zitter roemde hem in 1841 als één der 'eerlijkste, verlichtste en tot heil des Vaderlands onvermoeidst werkzame staatsmannen in de laatste veertig jaar'.[163] Elout komt in de onderhavige wetsontwerpen voor het Lijfstraffelijk wetboek en later bij het concipiëren van de eerste Constitutie - naar voren als een protagonist van de burgerlijke vrijheden. Die houding blijkt uit zijn opmerkingen ten aanzien van het verbod van herhaling en uit Elouts gedrevenheid om grondrechten in de Constitutie vast te doen leggen (zie Hoofdstuk 9, par. 1.3).

5.4 Hoofdstuk 5 Boek 1: De beschuldiging en haar gevolgen

5.4.1 Beschuldiging en rechtsingang

In deze paragraaf volgt een beschrijving van de onder de ontwerpers levende opvattingen over wat een 'beschuldiging' is, wat de gevolgen van een beschuldiging zijn en hoe de beschuldiging teniet gaat. Het hoofdstuk dat in 1804 door Cras werd aangedragen en door Elout werd bewerkt en aan het Ontwerp toegevoegd, '*Van beschuldiging en derzelver gevolgen*', Hoofdstuk 5, Boek 1, OLW 1804, geeft op deze vragen uitvoerig antwoord. Hieronder volgt een samenvatting van de belangrijkste bepalingen uit het hoofdstuk.

In Hoofdstuk 5 Boek 1 OLW 1804 werd de beschuldiging gedefinieerd als: 'de aanklacht bij welke iemand aan de rechter wordt opgegeven als schuldig of vermoedelijk schuldig te zijn aan een misdaad en deswege gerechtelijk wordt vervolgd' (art. 1).[164] Deze beschuldiging kon slechts bestaan indien er een 'hevig' en 'naar de voorschriften der wet genoegzaam' vermoeden van schuld bestond (art. 5). Het gevolg van de beschuldiging was de verlening van eerste of tweede rechtsingang, dus aanhouding of persoonlijke dagvaarding (art. 9). Door verlening van eerste of tweede rechtsingang ging de beschuldigde over in de eigenlijke staat van beschuldiging (*reatus*, art. 10). Deze staat van beschuldiging maakte hem onbevoegd tot het verkrijgen van 'nieuwe waardigheden of bedieningen' (art. 11). De rechter mocht hem bovendien van bestaande waardigheden en bedieningen schorsen (art. 12). Aan de eerste en tweede rechtsingang waren dus steeds inperkingen op de burgerlijke vrijheden verbonden, ook als de beschuldigde niet (meer) van zijn vrijheid was beroofd. De procedure na verleende rechtsingang moest, juist omdat deze ingrijpende gevolgen had voor de beschuldigde, met voortvarendheid worden voortgezet (artt.13 e.v.). Daarbij zij opgemerkt dat de ontwerpers van dit hoofdstuk algemene regels gaven voor het verhoor (artt. 16-24), die onder meer bepaalden dat elke vorm van pijniging was uitsloten; de rech-

[163] Siegenbeek 1841, p. 51.

[164] De spelling in dit artikel en de overige hier aangehaalde artikelen is door mij aangepast aan de huidige spelling.

ter mocht slechts 'alle mogelijke redenen van overtuiging' gebruiken 'maar ook alleen' die (art. 23).

5.4.2 *Het 'eindelijk gevolg van alle rechtsingang'*

Het 'eindelijk gevolg' van alle rechtsingang was volgens artikel 25 drieërlei: '*onbepaald ontslag na afgelopen verhoor*', '*ontslag onder handtasting*' of '*eindelijk vonnis ten gevolge van een gehouden rechtsgeding*' (art. 25). Deze opsomming komt niet heel logisch voor. Het tweede 'eindelijk gevolg', het ontslag onder handtasting, maakt immers geen einde aan het proces. Het Hoog Nationaal Gerechtshof vond dan ook dat het ontslag onder handtasting 'niet wel onder de eindelijke gevolgen der rechtsingang gesteld (kan) worden'.[165] Ook uit Hoofdstuk 6, hierna te bespreken volgt, dat we hier te maken lijken te hebben met een anomalie.[166] Het ontslag onder handtasting kon overigens wel, net zoals was bepaald in de Manier van Procederen, op verzoek van de beschuldigde in een onbepaald ontslag worden gewijzigd (art. 28, zoals in art. 113 MvP). Dat brengt de eindelijke gevolgen van alle rechtsingang op de twee resterende, het 'onbepaald ontslag' en het 'eindelijk vonnis ten gevolge van een gehouden rechtsgeding'. Allereerst bezie ik het onbepaald ontslag. Artikel 26 bepaalde hieromtrent: '*Onbepaald ontslag na afgelopen verhoor brengt de aangeklaagde*[167] *uit de staat van beschuldiging, welke daardoor vanzelf vervalt*'. Het is waarschijnlijk dat dit het 'onvoorwaardelijk ontslag' is zoals bedoeld in artikel 107 Manier van procederen. Waar in de Manier van procederen niet met zoveel woorden werd bepaald wat de juridische gevolgen waren van dit ontslag, werd die vraag nu dus expliciet beantwoord: het maakte een eind aan de staat van beschuldiging.

5.4.3 *Het 'eindelijk vonnis'*

Het derde 'eindelijk gevolg' van alle rechtsingang was het 'eindelijk vonnis'. Dit vonnis '*moet altijd worden voorafgegaan door, en is het noodzakelijk gevolg van, een gehouden rechtsgeding*' (art. 29). Anders dan voor het hiervoor besproken onbepaald ontslag (het eerste 'eindelijk gevolg' van alle rechtsingang), waarvoor gold dat die beslissing werd genomen 'na afgelopen verhoor', was dus voor een 'eindelijk vonnis' een 'gehouden rechtsgeding' nodig. Het verschil tussen 'afgelopen verhoor' en 'gehouden rechtsgeding' is in het ontwerp niet nader uitgelegd. Om het effect van de beide rechterlijke uitspraken te kunnen vergelijken is het ver-

---

165 Opmerking HNG geplaatst bij art. 25, Moorman van Kappen 1982-II, p. 73.

166 Zie ook mijn opmerkingen bij art. 108 MvP in par. 4.4. In art. 33 Titel 5, Boek 1, OLW 1804, hierna te bespreken, zien we echter dat de lijn consequent is doorgetrokken. In dit artikel wordt na gehouden rechtsgeding behalve de absolutie van instantie ook het voorwaardelijk ontslag verboden.

167 Waarschijnlijk is hier bedoeld 'beschuldigde'.

schil echter wel relevant. Dat vonden ook de ontwerpers, zoals blijkt uit het hoofdstuk over de gevolgen van de rechterlijke uitspraak, hierna te bespreken.

Het gesignaleerde verschil tussen 'afgelopen verhoor' en 'gehouden rechtsgeding' lijkt intussen overeen te komen met de in de vorige paragraaf beschreven verschillen tussen de totstandkoming van een resolutie tot ontslag en een definitief vonnis. Voor de totstandkoming van het onbepaald ontslag als bedoeld in artikel 107 Manier van procederen was voldoende dat de verhoren 'voltrokken' waren. Daarvan was sprake als alle verhoren in het vooronderzoek waren afgerond. Van een 'rechtsgeding' was sprake als het proces werd gevoerd op basis van het wisselen van gedingstukken. Dit geding werd ingeluid door een conclusie van eis.[168] Dit proces is door mij aangeduid als 'het proces in engere zin'. De aanwezigheid van een geding in engere zin, dus van ten minste een conclusie van eis, was in het systeem van de Manier van procederen bepalend of er gesproken kon worden van een 'vonnis' c.q. 'een eindelijk gewijsde'. Deze aanduidingen komen overeen met de in artikel 29 titel 5 Boek 1 OLW 1804 gebruikte term 'eindelijk vonnis', dat tot stand kwam na 'gehouden rechtsgeding'.

Afgezien van het formeel onderscheid tussen de totstandkoming van het onbepaald ontslag en het eindelijk vonnis is het niet uitgesloten dat de ontwerpers nog een tactische reden hadden om een 'gehouden rechtsgeding' als voorwaarde te stellen voor het tot stand komen van een vonnis. Zij wilden dan met de woorden 'na gehouden rechtsgeding' veilig stellen dat er alvorens een (veroordelend) vonnis werd uitgesproken *ten minste* een rechtsgeding was gehouden. Daarmee werd dan tevens de prangende vraag[169] beantwoord of er steeds een conclusie van eis was vereist om tot een (veroordelend) vonnis te komen. Die was dan vereist. Indien het inderdaad het doel was om dit te regelen dan hakte artikel 29 eenvoudig de knoop door en schreef het artikel voor alle windstreken voor dat er in elk strafproces, ook in het extraordinaire proces op confessie, een conclusie moest worden genomen alvorens straf kon worden opgelegd.

---

168 Mogelijk werd met de term 'gehouden rechtsgeding' ook nog bedoeld dat er sprake was geweest van openbaarheid van het proces. Van pleidooien werd immers wel gezegd dat zij openbaar dienden te zijn, vgl. Calkoen 1778, p. 292, 293. Hij bepleitte dat na de bekentenis de eis door de aanklager 'zo openbaar mogelijk' moest geschieden en dat '(A)lles … openlijk (moet) worden voorgelezen omdat elke burger belang heeft te weten hoe het buitengewoon geding uitgeoefend wordt'. De door mij bestudeerde wetteksten laten zich echter over de openbaarheid van de pleidooien niet uit. Pas in 1813 duikt het openbaar pleidooi als voorwaarde voor een rechtsgeldig strafproces in de wetgeving op, art. 18 Soeverein Besluit, 11 december 1813, *S.* 1813, 10, hierna in Hoofdstuk 9, par. 1.2, te bespreken.

169 Zie Hoofdstuk 7, par. 1.2. Van Maanens opmerking bij deze bepaling bevestigt dit. Hij schreef (Moorman van Kappen 1982-II, p. 74): 'Dit is gesteld in de suppositie, dat in extraordinair proces geen eigenlijk rechtsgeding valt, 'twelk nogthans door Voorda ontkend wordt'. De bepaling zou met andere woorden een leemte vullen.

Tegengeworpen kan worden dat deze sturing niet nodig was omdat ook de Manier van procederen er al van uitging dat er vóór vonniswijzing steeds een conclusie van eis moest worden genomen en die voorwaarde dus niet nog eens in het Lijfstraffelijk wetboek behoefde te worden geregeld.[170] Het ontwerp Lijfstraffelijk wetboek ging er echter niet van uit dat er slechts op één manier zou worden geprocedeerd. Het hield er juist rekening mee dat voorshands op verschillende manieren kon worden geprocedeerd, namelijk 'volgens de plaatselijke wijze van procederen' (art. 30).[171] Als dit de reden is geweest om de woorden 'na gehouden rechtsgeding' hier in de wet op te nemen, zien we in artikel 29 de oplossing voor een bestaand conflict (over de noodzaak van het nemen van een conclusie van eis in een procedure op confessie) én een bepaling die ruimte laat aan bestaand recht (in art. 30). Beide zijn fraaie illustraties van de opvattingen van Cras.

5.4.4 *Het verbod van absolutie van instantie na gehouden rechtsgeding*

Behalve dat voor het vellen van een eindelijk vonnis het rechtsgeding moest zijn voltooid, wilden de ontwerpers dat het vonnis steeds een inhoudelijke beslissing zou bevatten omtrent het ten laste gelegde strafbare feit. Het 'eindelijk vonnis' werd namelijk omschreven als '*de verklaring en beslissing van de rechter ten aanzien van de beschuldiging tegen de aangeklaagde*[172] *ingebracht*' (art. 31). Dit vonnis moest een veroordeling of een vrijspraak behelzen (art. 32). Met 'de verklaring en beslissing ten aanzien van de beschuldiging' werd dus een inhoudelijk oordeel bedoeld, een beoordeling van de strafbaarheid van het feit en de strafwaardigheid van de beschuldigde. Dat betekende volgens de ontwerpers dat de beslissing na gehouden rechtsgeding niet meer op de lange baan mocht worden geschoven. Net zoals de Manier van procederen uit 1799 verbood ook het ontwerp Lijfstraffelijk wetboek dit uitdrukkelijk (art. 33 Hoofdstuk 5, Boek 1, OLW 1804):

> '*Nimmer mag daarom een beschuldigde na gehouden rechtsgeding onder handtasting ontslagen of van het tegen hem aangevangen rechtsgeding alleen vrijgesproken worden*'.

Deze bepaling is geheel vergelijkbaar met artikel 135 Manier van procederen. Alleen is artikel 33 nog aangevuld met het verbod van ontslag onder handtasting. Ook een voorwaardelijk ontslag mocht dus in dit stadium niet meer worden gegeven. Behalve dat ook dit voorwaardelijk ontslag expliciet werd verboden,

---

170 Artt. 109 en 110 MvP.

171 Art. 30, Hoofdstuk 5, Boek 1, OLW 1804: 'Zodanig rechtsgeding wordt begonnen, voortgezet en geëindigd volgens de plaatshebbende wijze van procederen'.

172 Mogelijk om stilistische redenen is het woord 'aangeklaagde' gebruikt, art. 31 luidt namelijk: '*Het eindelijk vonnis is de verklaring en beslissing des rechters ten aanzien der beschuldiging tegen de aangeklaagde ingebracht*'. In het volgende artikel (art. 32) wordt weer de term 'beschuldigde' gebruikt: '*Het eindelijk vonnis moet dierhalve behelzen of een vrijspraak of een veroordeling van de beschuldigde*'.

maakte de toevoeging nog iets anders duidelijk, namelijk dat er *in dit stadium* tussen 'onbepaald ontslag na afgelopen verhoor' en 'voorwaardelijk ontslag' niet nog een vorm van ontslag bestond en dus dat er tussen 'absolutie van instantie' en 'onbepaald ontslag' geen ruis zat. Indien er immers naast het ontslag van instantie nog een onbepaald ontslag zou bestaan, is het gelet op het feit dat het voorwaardelijk ontslag wordt verboden niet logisch als niet ook het geven van dit onbepaald ontslag zou worden uitgesloten. Het volkomen ontslag na afgelopen verhoor was met andere woorden in de ogen van de ontwerpers een ontslag van instantie, en een ontslag van instantie was dus een buitenbeschuldigingstelling. Net als in artikel 135 Manier van procederen werd met deze bepaling een forse stap gezet en de vraag is dan ook of zij, ook net als artikel 135, slechts een lege huls bleek te zijn. Nu artikel 33 stond in Hoofdstuk 5 van Boek 1 OLW 1804, waarin ook artikel 30 was opgenomen dat bepaalde dat het strafproces 'volgens de plaatselijke wijze van procederen' mocht worden gevoerd, werd het antwoord op die vraag afhankelijk gemaakt van het plaatselijk gebruik. In de regeling van 'de gevolgen van de rechterlijke uitspraak', in het hierna in par. 5.5 te bespreken Hoofdstuk 6 van Boek 1 werd echter nog een geheel ander antwoord op deze vraag gegeven.

5.4.5 Het verbod van herhaling in het OLW 1804

Ook over het vonnis zelf bevatte Hoofdstuk 5 nog nadere bepalingen. Het 'eindelijk vonnis' mocht door de rechter niet meer worden gewijzigd (art. 50).[173] Over de kracht van het vonnis dat niet aan hoger beroep was onderworpen, bepaalde vervolgens artikel 52 dat het 'kracht van waarheid heeft'. In artikel 53 werd uitgelegd wat dit betekende voor de kracht van een veroordeling:

> '*Het gevolg dierhalven van een vonnis van veroordeling is, dat de veroordeelde de straf daarbij bepaald*[174] *ondergaan moet*'.

De executie van de straf volgde dus ('dierhalven') uit de kracht van waarheid. Voor de vrijspraak werd op dezelfde wijze doorgeredeneerd (art. 54 Hoofdstuk 5, Boek 1 OLW 1804):

> '*Het gevolg van een vrijspraak is dat alle verdere beschuldiging ten opzichte van dezelfde zaak door het verzet van gewijsde vervalt*'.

---

173 Uitgezonderd de situatie dat lichamelijke omstandigheden van de veroordeelde maken dat de straf niet kan worden ten uitvoer gelegd.

174 In deze zin dient 'bepaald' te worden gelezen als voltooid deelwoord bij 'straf' (de straf bij het vonnis bepaald), en niet als bijwoord (dat de beschuldigde de straf bepaald ondergaan moet).

De zaak nam voor eens en voor al een einde, immers was het gevolg van de vrijspraak dat de exceptie (het verzet) van gewijsde aan een tweede beschuldiging ter zake van hetzelfde feit in de weg stond, of wel: *non bis in idem*. Het eindelijk vonnis was definitief in die zin dat er niet meer op basis van een nieuwe beschuldiging op kon worden teruggekomen.[175] De afsluiting van de middenweg ging in dit hoofdstuk dus gepaard met het verbod van herhaling, zoals dit ook al uit artikel 135 Manier van procederen kon worden afgeleid.

Nu artikel 54 het verbod van herhaling slechts verbond aan het vrijsprekend vonnis zou daaruit kunnen worden afgeleid dat het verbod van herhaling niet voor de veroordeling gold. Dat zou echter onjuist zijn. Het betreft hier een voor de ontwerpers van het wetboek zo universele verbodsregel dat die geen tekst nodig had. Die regel volgde direct uit het Romeinse en het geleerde recht. Cras heeft echter later, nadat het commentaar van het Hoog Nationaal Gerechtshof was ontvangen,[176] en dus toen het ontwerp al ten dode was opgeschreven, nog een bepaling voor het verbod van herhaling na veroordeling ontworpen, om uit te sluiten dat een te lichte straf tot een tweede beschuldiging zou mogen leiden.[177] De eenzijdigheid van artikel 54, de *non bis in idem*-bepaling, kan behalve uit de overbodigheid van een regeling voor veroordelingen ook worden verklaard uit het feit dat Cras voor zijn ontwerp van het hoofdstuk over de beschuldiging volledig aansluiting heeft gezocht bij het Romeinse recht.[178] Hij schreef dat hij met dit hoofdstuk de titels 2 en 3 van Boek 48 van de Digesten 'in 't oog heeft gehad'. Cras greep daarmee dus ook terug op de in Hoofdstuk 1, par. 3.3.2, beschreven Ulpianusregel (D. 48.2.7.2): 'het is niet toegestaan dat iemand wordt beschuldigd van hetzelfde feit waarvan deze persoon eerder is bevrijd', de tekst die in alle eerdere bronnen werd aangehaald om de oorsprong van de regel *non bis in idem* te duiden. Ook deze regel was asymmetrisch.

---

175 De toevoeging dat het vonnis 'kracht van gewijsde' moet hebben gekregen - in art. 9, Hoofdstuk 7, Boek 1,1801 - is in OLW 1804 vervallen. Mogelijk achtte men deze voorwaarde voldoende uitgedrukt met de woorden 'eindelijk vonnis'.

176 Door Moorman van Kappen 1982-II, p. XVIII, aangeduid als 'Cras IV'.

177 Zie par. 5.9 ('Herziening'), hierna.

178 De toelichting staat in Moorman van Kappen 1982-II, p. 82a. Omdat Cras de tekst van dit Hoofdstuk 5, Boek 1, OLW 1804 zou hebben ontworpen is vermoedelijk ook deze toelichting van zijn hand. Inhoud en tekst passen in elk geval bij zijn persoon. De toelichting verwijst naar het Romeinse recht, evenals de begeleidende opmerking dat 'Men heeft zig zoveel mogelijk tot het algemene bepaald dus veel in 't middengelaten. De ondervindelijke kennis der heren pragmatici zal het een en ander naauwkeuriger bepalen, waartoe deze schets alleenlijk kan dienen om gelegenheid te geven'. Tevens zou het gebruik van het onpersoonlijk voornaamwoord 'men' een aanwijzing kunnen zijn, omdat Cras ook elders op deze wijze naar zichzelf verwees, zoals in zijn commentaar op het advies van het HNG, zie bv. Moorman van Kappen 1982-II p. 418.

5.4.6 Het loslaten van de materiële waarheid

Het hoofdstuk 'over de beschuldiging en derzelver gevolgen' bevatte nóg enkele opmerkelijke bepalingen. Deze betroffen de kostenverdeling. Het zijn de bepalingen 42 tot en met 44. Uit deze bepalingen volgt dat het uitgangspunt was dat bij 'vrijspraak' de partijen hun eigen kosten zouden dragen (art. 42). Als echter 'de gehele onschuld en doorslaande verkeerdheid van de beschuldiging ontegenzeggelijk blijkt' moest de 'beschuldiger' alle kosten betalen (art. 43). Als daarentegen de beschuldigde door zijn eigen toedoen in staat van beschuldiging was gesteld en de *vrijspraak* alleen 'op gebrek aan genoegzaam bewijs' berustte, kon hij in de kosten worden veroordeeld (art. 44).[179] Een vrijspraak kon met andere woorden berusten op een gebrek aan bewijs en was hier niet meer onderworpen aan de eis van het bewijs van onschuld. Dat betekende een breuk met de gedachte dat een eindelijk vonnis moest berusten op absolute zekerheid. Deze bepalingen vormden met andere woorden een zekere breuk met het middeleeuwse uitgangspunt dat het criminele vonnis de materiële waarheid diende te bevatten.

Het hoofdstuk besloot met enige artikelen gewijd aan het vonnis tegen 'afwezenden'. Veroordeling bij verstek werd volgens die bepalingen niet toegelaten, maar wel volgde een verbanning uit 's rechters gebied (artt. 55, 56).

5.4.7 Conclusie Hoofdstuk 5 Boek 1 OLW 1804

Geconcludeerd kan worden dat in dit hoofdstuk 5, 'over de beschuldiging en haar gevolgen', een uitputtende regeling was opgenomen over de gevolgen van de aanklacht, de rechtsingang en de rechterlijke beslissingen dienaangaande. Deze regels correspondeerden over het algemeen met die in de Manier van procederen en herhaalden deze hier en daar, bijvoorbeeld als het ging over het verhoor, maar ook waar de absolutie van instantie na gehouden geding werd uitgesloten en het verbod van herhaling werd geregeld. Het onderhavige hoofdstuk was dan ook voor een groot deel van formeelrechtelijke aard. In de ogen van de Staatsraad was daarvan zelfs zozeer sprake dat het hoofdstuk geheel kon worden 'gepasseerd', lees: 'geschrapt'. De bepalingen konden naar de mening van de Raad 'zeer gevoeglijk (…) worden overgebragt hetzij in de Algemene Manier van procederen ofte wel in de te arresteerene Instructiën voor de onderscheiden Hoven en Regtbanken met de administratie der criminele justitie belast'.[180] Behalve een overlap met het formele recht is ook sprake van enkele nieuwe ontwikkelingen. Dat is allereerst een positief geformuleerde tekst van het verbod van herhaling,

---

[179] Het eerste deel van deze regeling, de verdeling van kosten, stuitte overigens op verzet van het HNG. Dit was van mening dat een beschuldiging 'gedekt' was door een door de rechter verleende rechtsingang en de beschuldiger 'daarna niet als een roekeloos aanklager kan worden beschouwd', Moorman van Kappen 1982-II, p. 76 en 77.

[180] Moorman van Kappen 1982-II, p. 66.

een zuivere *non bis in idem*-regel. Daarnaast is sprake van het voorzichtig loslaten van de absolute eis om in alle gevallen slechts genoegen te nemen met de materiële waarheid. Dat gebeurde door de erkenning van de vrijspraak wegens gebrek aan bewijs.

5.5 Hoofdstuk 6 Boek 1: De gevolgen van de rechterlijke uitspraak

5.5.1 De gronden voor verval van beschuldiging

Hoofdstuk 6 van Boek 1 van het ontwerp van 1804 dat op het hiervoor besproken hoofdstuk 'over de beschuldiging en derzelver gevolgen' volgde, was getiteld '*Van het ophouden en vernietigen der beschuldigingen en straffen*'. Het behandelde de gronden voor de uitsluiting van beschuldiging. Nu zouden ze 'vervolgingsuitsluitingsgronden' worden genoemd.[181] Dit onderwerp had de criminele commissie al vanaf het begin bij haar werkzaamheden betrokken, net als de Commissie De Wal dat 70 jaar later zou doen.[182] De gronden voor verval van beschuldiging waren: de dood van de beschuldigde, verjaring en de tussenkomst van de wetgever.[183] Niet onmiddellijk maar wel zeer spoedig na aanvang van de werkzaamheden van de criminele commissie in december 1799 werd '*de rechterlijke uitspraak*' aan dit rijtje toegevoegd.[184] Het hoofdstuk bevatte in het eerste ontwerp, van april 1801, dus in totaal vier gronden voor 'het ophouden en vernietigen van beschuldiging'.

5.5.2 De rechterlijke uitspraak

De tekst van de bepalingen over 'de rechterlijke uitspraak' in het ontwerp van1804 was grotendeels gelijk aan die in het ontwerp uit 1801.[185] Een 'rechterlijke uitspraak' kon volgens deze bepalingen een 'beschuldiging vernietigen' zowel vóór als na verleende rechtsingang en bij eindelijk vonnis (art. 6).[186] Weigering van rechtsingang deed alle beschuldiging 'teniet' (art. 7).[187] Hierna kon echter wel

---

181 Hoofdstuk 6, Boek 1 OLW 1804, artt. 1 jo. artt. 6-10.

182 Over de werkzaamheden van de Commissie de Wal zie Hoofdstuk 10, par. 2.

183 Met 'de tussenkomst van de wetgever' werd gedoeld op gratie ('uitwissing'), abolitie, genade en pardon. Zie de uitwerking van Cras in Moorman van Kappen 1982-I, p. 252, 253. Later vond men het onderwerp echter meer iets 'voor de wetgever' en daarom niet geschikt om in dit wetboek op te nemen, vgl. de opmerking van Farjon, in Moorman van Kappen 1982-I, p. 253.

184 Op 23 maart 1800 werd 'het rechterlijk gewijsde' nog niet vermeld in het 'bestek', Moorman van Kappen 1982-I, p. 92, 93. Zie ook par. 5.1, hiervoor. De redactie van deze regeling zou, zoals ik daar heb toegelicht, van de hand van Elout kunnen zijn.

185 De oorspronkelijk tekst stond in Hoofdstuk 7, Boek 1 OLW 1801, met dezelfde titel, artt. 1 jo. 5-10.

186 Voormalig art. 5, Hoofdstuk 7, Boek 1 OLW 1801.

187 Voormalig art. 6, Hoofdstuk 7, Boek 1 OLW 1801.

opnieuw rechtsingang worden gevraagd.[188] Ná rechtsingang waren er twee soorten uitspraken die 'alle beschuldiging' konden vernietigen: het onbepaald ontslag na afgelopen verhoor (art. 8) en de rechterlijke vrijspraak (art. 9).[189]

Artikel 8, Hoofdstuk 6, Boek 1, OLW 1804 bepaalde omtrent het onbepaald ontslag:

> '*Alle beschuldiging wordt na het verlenen van rechtsingang vernietigd, wanneer de rechter na afgelopen verhoor de beschuldigde onbepaald ontslaat*'.

Artikel 9, Hoofdstuk 6, Boek 1, OLW 1804 bepaalde omtrent de vrijspraak:

> '*Door een rechterlijke vrijspraak bij eindelijk vonnis vervalt mede alle beschuldiging tegen den vrijgesprokene ten opzichte der onderzochte misdaad*'.[190]

Artikel 10, Hoofdstuk 6, Boek 1, OLW 1804 beschreef het gevolg van beide rechterlijke uitspraken:

> '*Het gevolg van zodanige verklaring, of eindelijke vrijspraak, als in artt. 8 en 9 bepaald zijn is, dat hij te wiens aanzien dezelve genomen zijn nimmer uit hoofde van dezelfde misdaad, opnieuw mag beschuldigd worden.*[191]

Het betreft wederom een *non bis in idem*-regel pur sang. Elout schreef erbij:

> '(…) *de reden van dit tiende artikel ligt daarin, dat er een eind aan eene beschuldiging zijn moet en dat iemand die, eens berecht doch van misdaad niet overtuigd, van de reatus ontslagen is, niet ten tweede maale gevaar loopt*'.[192]

---

188 Vgl. de opmerking van de Staatsraad bij art. 6, Moorman van Kappen 1982-II, p. 86. Deze vond dat in de wet beter tot uitdrukking diende te komen dat de gevolgen van een ontslag na dan wel vóór rechtsingang geheel verschillend waren.

189 Het ontslag onder handtasting, dat in het vorige hoofdstuk een vreemd eend in de bijt was (zie de vorige paragraaf), wordt hier niet meer genoemd.

190 In vergelijking met de oorspronkelijk tekst is de toevoeging 'twelk kracht van gewijsde heeft gekregen' hier weggelaten. Art. 9, Hoofdstuk 7, Boek 1 OLW 1801 luidde namelijk: '*Door een rechterlijk uitspraak bij eindelijk vonnis, 'twelk kracht van gewijsde heeft gekregen, vervalt mede alle beschuldiging tegen de vrijgesproken verdachte ten opzichte van de onderzochte misdaad*'.

191 In de tekst van art. 10 OLW 1801: '*Wanneer eenmaal door den rechter zodanig besluit van ontslag* (van alle verdere vervolging ten opzichte der beschuldiging, wvh) *genomen of een vrijsprekend vonnis geveld is mag hij, ten wiens opzichte zulks geschied is, nimmer ten opzichte van dezelfde misdaad opnieuw beschuldigd worden.*'

192 Aantekening van Elout bij opmerking Cras over dit artikel in ontwerp 1801, Moorman van Kappen 1982-I, p. 256.

Hij noteerde deze opmerking naar aanleiding van enkele vragen van zijn commissieleden. Dat een onbepaald ontslag als bedoeld in artikel 8 hetzelfde rechtsgevolg zou krijgen als een gewijsde moest Elout namelijk wel aan hen uitleggen. De vragen waren gesteld bij het vergelijkbare artikel in het ontwerp van 1801. In dit ontwerp had de bepaling geluid als volgt:

> '*Alle beschuldiging wordt vernietigd, wanneer de rechter, na het verlenen van enige rechtsingang, de beschuldigde bij een besluit van alle verdere vervolging ten opzichte van de beschuldiging ontslaat*' (art. 8 Hoofdstuk 7, Boek 1, OLW 1801)

Cras had hierbij opgemerkt dat hij het wel 'bedenkelijk' vond indien het hier bedoelde 'besluit' een 'res judicata' zou opleveren als bedoeld in artikel 10. Farjon had genoteerd: '"van alle verdere vervolging … ontslaat". Dit heeft de houding alsof de rechter, zonder de merites der beschuldiging te beoordelen en zonder eenige stellige vrijspraak, den geaccuseerden blootelijk van alle verdere vervolging zoude kunnen ontslaan.' Farjon vond dat kennelijk een te ver gaand gevolg. Hij vond het daarom beter in artikel 8 te bepalen dat 'de rechter van de beschuldiging vrijspreekt' of wel: 'verklaart dat de gronden van beschuldiging vervallen zijn', waarmee de weg naar heropening weer open zou worden gelaten. Elout reageerde hierop met de woorden:

> '*Ik heb hier bedoeld het geval, dat de rechter bij resolutie den beschuldigden, wiens misdaad en verdediging hij beoordeeld heeft, van alle reatus ontslaat, gelijk bij gedaagden in persoon veel het geval is. Dit is geene eigenlijke vrijspraak*.' [193]

Elout scherpte het artikel vervolgens zo aan dat artikel 8 OLW1804 kwam te luiden zoals hiervoor vermeld: '*Alle beschuldiging wordt na het verlenen van rechtsingang vernietigd, wanneer de rechter na afgelopen verhoor de beschuldigde onbepaald ontslaat*'. Het belangrijkste verschil met de redactie van 1801 was de toevoeging van de woorden 'na afgelopen verhoor'.[194] Elout gaf aan dat het moest gaan om een ontslag na 'beoordeling van misdaad en verdediging' en verduidelijkte hiermee zijn bedoeling dat het - anders dan Farjon veronderstelde - wel moest gaan om een ontslag na beoordeling van de merites van de beschuldiging. Tevens maakte hij de terminologie gelijk aan die in artikel 26 van Hoofdstuk 5, hiervoor besproken:

---

[193] Moorman van Kappen 1982-I, p. 256 jo. p. 126.

[194] Verder is ontslag 'van alle verdere vervolging' vervangen door 'onbepaald' ontslag, maar dat lijkt geen inhoudelijke betekenis te hebben.

> *'Onbepaald ontslag na afgelopen verhoor brengt de aangeklaagde uit de staat van beschuldiging, welke daardoor van zelf vervalt'* (art. 26 Hoofdstuk 5, Boek 1, OLW 1804)

De toevoeging 'na afgelopen verhoor' maakte aldus onderscheid tussen twee vormen van onbepaald ontslag, het ontslag vóór, en het ontslag na 'afgelopen verhoor', waarbij 'afgelopen verhoor' moest worden verstaan als 'het onderzoek naar de zaak en de verdediging'. Alleen dat laatste ontslag had tot gevolg dat niet alleen de beschuldiging verviel zoals in artikel 26 Hoofdstuk 5, Boek 1, OLW 1804 bepaald, maar tevens het recht op verdere vervolging. Artikel 10 sprak van een 'verklaring' tot onbepaald ontslag en Elout gebruikte in zijn toelichting bovendien de term 'resolutie'. Het was dus in elk geval niet een 'vonnis' en mogelijk daarom 'geen eigenlijke vrijspraak'.

5.5.3 *Tussenconclusie*

Er bestaat kortom geen twijfel aan de bedoelingen van de ontwerpers van Hoofdstuk 6: de vrijspraak na gehouden rechtsgeding en het onbepaald ontslag na 'afgelopen verhoor' maakten een eind aan alle beschuldiging en hadden, zo bepaalde artikel 10, beide het gevolg van een *res judicata*. Dit verbod van herhaling was bedoeld om iemand niet tweemaal in onzekerheid te brengen over zijn lot. Het criterium daarvoor was of de zaak volledig was onderzocht. Elout had hier een *non bis in idem*-regel geschreven die nog uitdrukkelijker was geformuleerd dan de regel opgenomen in artikel 54 van het hoofdstuk over de gevolgen van de beschuldiging. Daarin lag immers de nadruk op het 'vervallen' van alle verdere beschuldiging,[195] hier op het verbieden van een verdere beschuldiging. Hoe was echter deze bepaling te rijmen met het systeem van de manier van procederen, waarin het onbepaald ontslag niet dezelfde rechtsgevolgen had als een definitief vonnis? En hoe verhielden deze bepalingen zich tot het verbod in artikel 33 Hoofdstuk 5 om na gehouden rechtsgeding te volstaan met vrijspraak van het rechtsgeding alleen (een absolutie van instantie) of met een ontslag onder handtasting?

5.6 Een systeembreuk?

Hoewel dus het ontslag bedoeld in artikel 8 en de vrijspraak bedoeld in artikel 9 van Hoofdstuk 6, Boek 1, OLW 1804 hetzelfde rechtsgevolg kregen, onderscheidde Elout het ontslag wel van de vrijspraak. Hij schreef immers dat het 'geen eigenlijke vrijspraak' was. Formeel had hij gelijk, het ontslag was geen vonnis maar een 'resolutie' of 'verklaring', maar als het resultaat hetzelfde was, wat was

---

[195] Art. 54, Hoofdstuk 5, Boek 1 OLW 1804: '*Het gevolg van een vrijspraak is dat alle verdere beschuldiging ten opzichte van dezelfde zaak door het verzet van gewijsde vervalt*' (zie vorig par.).

dan het verschil? En wat bedoelde Elout met zijn opmerking dat dit onbepaald ontslag 'veel' voorkomt 'bij gedaagde in persoon'? 'De 'gedaagde in persoon' was volgens het Decreet 1799 degene tegen wie werd geprocedeerd na verleende tweede rechtsingang, dus na dagvaarding in persoon.[196] Diegene verbleef op vrije voeten. Waarom, en op welke grond, werd in die procedure van tweede rechtsingang vaak een onbepaald ontslag verleend, zoals Elout had opgemerkt? De toelichtende teksten geven hierover geen uitsluitsel. Het zou kunnen zijn dat de aard van het delict tot die ontslagen aanleiding gaf; ook is mogelijk dat er in die gevallen geen sprake was van 'heterdaad' en daarom het bewijs moeilijk te leveren was.[197]

Keren we terug naar het beslismodel volgens de Manier van procederen dan kwam daar naar voren dat de daar beschreven procedure niet was ingericht op vrijspraken. Zij konden theoretisch wel tot stand komen maar zouden in de praktijk waarschijnlijk alleen vallen in de ordinaire procedure. In de extraordinaire procedure volgde immers waarschijnlijk steeds ofwel een veroordeling ofwel een vorm van ontslag. De veroordeling kwam tot stand op basis van confessie dan wel, in de procedure op tegenspraak, op basis van convictie. Liep de procedure op tegenspraak uit op twijfel bij de rechter, dan moest hij terugkeren naar de beslissing tot onbepaald of voorwaardelijk ontslag dan wel de beschuldigde alsnog ontvangen in een ordinair proces. Dit beslismodel was nog gebouwd op het vertrouwde inquisitoire procesmodel waarin voor vrijspraak het bewijs van schuld moest worden geleverd. De regeling in de Manier van procederen was zelfs nog strikter. De rechter werd zelfs niet gedwongen om vrij te spreken als hij vond dat de onschuld 'genoegzaam was gebleken', c.q. dat alle aanwijzingen die tegen hem waren in gebracht 'geheellyk waren weggenomen of krachteloos gemaakt' (art. 107 MvP). Ook in dat geval volstond een onbepaald ontslag, zelfs nog na de procedure op convictie, wanneer de 'dispositie' om de openbare aanklager in een proces op convictie te ontvangen was 'gealtereerd'. Een dergelijk ontslag stond aan een nieuwe rechtsingang niet in de weg, zo was de heersende opvatting. Het verbod van herhaling gold hier dus niet.

Hoewel het nu in de artikelen 107 MvP en 8 Hoofdstuk 6, Boek 1 OLW1804 gaat om hetzelfde onbepaald ontslag na afgelopen verhoor, door de rechter bij resolutie gegeven, lijken de artikelen 8 en 10 van Hoofdstuk 6, Boek 1, OLW 1804 af-

---

196 Art. 46 MvP; vgl. artt. 57 en 58 MvP.

197 Faber signaleert inderdaad vele 'ontslagen'; in het jaar 1800 zelfs in 48,3 % van de 58 gevallen van eenvoudige diefstal die hij heeft onderzocht. Hij schrijft de oorzaak toe aan 'bewijsproblemen', Faber 1983, p. 169 en 171, noot 76. Of het in deze gevallen een 'gedaagde in persoon' betreft is niet duidelijk, maar wel goed mogelijk, omdat het lichte feiten zijn en waarschijnlijk geen gevallen van heterdaad.

stand te nemen van de in de Manier van procederen nog aangehangen opvatting dat dit ontslag niet 'definitief' is. De makers van het ontwerp Lijfstraffelijke wetboek gaven dit ontslag immers de kracht van een vrijsprekend vonnis. Het doel van artikel 8 was, zo schreef Elout, om de betrokkene die volledig was ondervraagd en die zich met succes had verdedigd, en daarom van alle beschuldiging was ontslagen, tegen een tweede beschuldiging te beschermen. Elout had daarbij in elk geval de extraordinaire procedure op het oog, want hij schreef over een vorm van onbepaald ontslag 'waarvan veel sprake was in de procedure tegen gedaagde in persoon' en deze gedaagde figureerde alleen in het extraordinaire proces. Elout week dus af van het beslismodel zoals dat in 1798 en 1799 was ontworpen. Het onbepaald ontslag kreeg in Hoofdstuk 6, Boek 1, OLW 1804 immers een andere status, zeker wanneer Elout 'elk' onbepaald ontslag 'na gehouden verhoor' een definitief gezag wilde geven, dus ook het ontslag dat werd gegeven nog voordat er een (begin van een) rechtsgeding was gehouden (de zuivere toepassing van art. 107 MvP). Als hij dat bedoelde, komt de bepaling niet erg systematisch voor. Dan volgt de definitiefheid van de beslissing immers niet uit het gehouden geding. Indien Elout echter het oog had op het ontslag dat volgde in het met een conclusie van eis begonnen geding op convictie dat was gealtereerd, dan lag het anders. Dan zou volgehouden kunnen worden dat er sprake was geweest van een proces, dat weliswaar was teruggebracht in de vorige toestand (die van vóór de conclusie van eis) maar toch. Dan betrof het een ontslag zoals bedoeld in artikel 107 maar dan tot stand gekomen langs de omweg van een teruggedraaide procedure op convictie. Bedoelde hij deze ontslagen, dus gegeven na het wijzigen van de procedure op convictie, dan werd er hier gezag gegeven aan ontslagen na een gehouden procedure. Dan was nu met artikel 8, Hoofdstuk 6, Boek 1 OLW 1804 de weg geplaveid voor andere definitieve bevrijdende beslissingen dan de vrijspraak, zoals een ontslag van alle rechtsvervolging en de oneervolle vrijspraak. Op deze wijze werd dan tevens de rariteit van het altereren grotendeels opgeheven. Mogelijk was dat de bedoeling en heeft men zo een halt willen toeroepen aan het niet-systematische 'altereren'.[198]

In deze uitleg klopt de bepaling met de systematiek dat er na gehouden proces een definitieve beslissing moest vallen. Het past tevens bij het gegeven dat inmiddels ook in een bijzonder geval de vrijspraak wegens gebrek aan bewijs was aanvaard (artt. 40-43 Hoofdstuk 5, Boek 1, OLW 1804). In deze lezing van artikel 8 en 10 is er sprake van een stap vooruit in de richting van de erkenning van de definitiefheid van gewijsden na gehouden proces. Deze uitleg vraagt echter wel om in de woorden 'na afgelopen verhoor' iets anders te lezen dan er staat, name-

[198] De altereerbepaling werd door de ontwerpers van het Lijfstraffelijk wetboek niet verboden - want de plaatselijke wijze van procederen zou worden gehandhaafd (art. 33 Hoofdstuk 5, Boek 1, OLW 1804).

lijk 'een in gang gezet geding' en op die wijze twee soorten van onbepaald ontslag in fase na verwijzing te onderscheiden. Of hier nu sprake is van een systeembreuk of juist een voortgang op het pad naar de erkenning van de oneervolle vrijspraak wordt mij niet duidelijk. Met Voorda[199] zou ik daarom willen eindigen met te zeggen: 'Ik laate aan elk over, te kiezen, het geen hem aanneemelijkst voorkomt, of iets beeters uit te denken'.

5.7 Samenvatting gevolgen beschuldiging en rechterlijke uitspraak

De ontwerpers van het ontwerp Lijfstraffelijk wetboek beschreven de gevolgen van de beschuldiging en de gevolgen van een rechterlijke uitspraak. De beschuldiging was de aanklacht die de beschuldigde in staat van beschuldiging kon brengen doordat eerste of tweede rechtsingang werd verleend (indien de derde rechtsingang werd verleend, de toelating tot het ordinaire proces, was dus van een staat van beschuldiging geen sprake). De rechterlijke uitspraak kon aan de staat van beschuldiging een einde maken.

De staat van beschuldiging was een toestand waarin de beschuldigde automatisch onderworpen was aan inbreuken op zijn persoonlijke vrijheid. Behalve het verlies van vrijheid van beweging door opsluiting, verloor hij 'vanzelf' andere burgerlijke vrijheden, zoals het bekleden van bepaalde 'waardigheden en bedieningen'. Deze rechten konden echter ook actief door de rechter aan hem worden onttrokken. De beschuldigde kwam uit de staat van beschuldiging wanneer hij na gehouden rechtsgeding bij vonnis werd vrijgesproken of wanneer hij 'na afgelopen verhoor' bij resolutie onbepaald werd ontslagen.[200] Beide rechterlijke beslissingen, onbepaald ontslag na afgelopen verhoor en eindelijke vrijspraak na gehouden rechtsgeding, maakten zowel een einde aan de rechtsingang en de beschuldiging als aan de zaak. Het ontwerp bevatte een uitdrukkelijk verbod van herhaling (art. 10 Hoofdstuk 6, Boek 1, OLW 1804). De reden daarvoor was volgens Elout dat er 'een einde aan een beschuldiging moest zijn' en dat degene die na verhoor dan wel na gehouden rechtsgeding van die beschuldiging was bevrijd 'niet ten tweede male gevaar loopt': *non bis in idem*. De ontwerpers van het Lijfstraffelijk wetboek wilden de middenweg na beoordeling van de zaak inclusief de verdediging geheel afsluiten. Er moest een einde komen aan het 'aan het lijntje houden', het 'laten bungelen' van een beschuldigde. Na gehouden rechtsgeding mocht de beschuldigde niet meer onder handtasting ontslagen worden of van het rechtsgeding alleen worden vrijgesproken. Vanaf dat moment had de rechter slechts de keuze tussen veroordeling of vrijspraak en niets daartussen. Daarmee

199 Voorda 1792, Aantekening bij art. 41, p. 368-370.

200 De beschuldiging eindigde ook bij weigering van rechtsingang maar sloot verdere vervolging niet uit, art. 7 Hoofdstuk 6, Boek 1, OLW1804.

werd de weg die was ingeslagen met het verbod van absolutie van instantie in artikel 135 Manier van procederen, voortgezet. De ontworpen wetsartikelen werden eind 1804 door de voltallige Codificatiecommissie aan het Staatsbewind aangeboden.[201] Daaruit zou de conclusie kunnen worden getrokken dat de afschaffing van de *absolutio ab instantia* na gehouden geding gesteund werd door een groot aantal gezaghebbende juristen.

5.8 Het verbod van herhaling na veroordeling

Net als in de Ulpianusregel in D. 48.2.7.2, '*het is niet toegestaan iemand te beschuldigen van hetzelfde feit waarvan deze persoon eerder is bevrijd*', was in beide hoofdstukken slechts het verbod van herhaling geregeld voor het geval zich een bevrijdende einduitspraak voordeed. Voor de veroordeling ontbrak een vergelijkbare bepaling. Artikel 53 van het hoofdstuk over de beschuldiging en haar gevolgen (Hoofdstuk 5) bepaalde slechts dat een vonnis houdende veroordeling tot gevolg had dat de veroordeelde de straf daarbij opgelegd moest ondergaan. Dat volgde uit het feit dat wat in het vonnis was bepaald 'kracht van waarheid had' (art. 52). Hoe anders was dit in de tijd dat het extraordinaire proces werd ingevoerd en er slechts aandacht bestond voor de exceptie van het gewijsde na een veroordelende uitspraak, en onder de peremptoire verweren de vrijspraak niet eens werd opgesomd.[202]

De verschuiving van de aandacht van de veroordeling naar de bevrijdende uitspraak, in het bijzonder ook het ontslag, kan misschien als volgt worden verklaard. Kijken we naar de bevrijdende uitspraak aan de ene kant, dan volgde de wens om een definitief eindgewijsde vast te leggen logisch uit het verlangen om een eind te maken aan een kwestie die al zeer lang de gemoederen van juristen bezig hield. Het in het midden laten van de einduitspraak hield immers vele beschuldigden voor onbepaalde tijd in onzekerheid. Die situatie was in de ogen van deze rechtsgeleerden problematisch geworden. Daarom kregen bevrijdende uitspraken nu de volle aandacht. Het verbod van herhaalde vervolging na veroordeling aan de andere kant, liet geen vergelijkbare haken en ogen zien. Niemand problematiseerde dit onderwerp, zodat aangenomen mag worden dat alle partijen het erover eens waren dat een tweede beschuldiging na een eerdere veroordeling wegens hetzelfde feit niet was toegestaan. Ook de vraag wat verstaan moest worden onder 'dezelfde misdaad' werd in dit verband niet besproken. Toch deed Cras na het loskomen van het commentaar van het Hoog Nationaal Gerechtshof in 1806 nog een voorstel voor een verbod van herhaling dat juist de veroordeling

---

201 Moorman van Kappen 1982-II, p. XI-XIV.

202 Zie de verweren opgesomd door Wielant, Hoofdstuk 7, par. 1.3.

raakte. Daarin werd het verboden iemand uit hoofde van dezelfde misdaad meermalen te beschuldigen, ook dan 'wanneer hij op de eerste beschuldiging mogt toeschijnen te ligt gestraft te zijn'.[203] Het ontwerp was toen echter al naar de prullenbak verwezen. Zo bleef het verbod van herhaling in het voorstel van de Codificatiecommissie een verbod dat slechts expliciet bescherming beoogde te bieden aan degene tegen wie een bevrijdende uitspraak was gewezen en bovendien een regel die geen kracht van wet zou krijgen.

5.9 Herziening

Het Hoog Nationaal Gerechtshof plaatste bij het hiervoor besproken artikel 53 Hoofdstuk 5, Boek 1, OLW 1804 (dat een vonnis van veroordeling tot gevolg had dat de veroordeelde de straf daarbij opgelegd moest ondergaan) een opmerking van geheel andere aard en wel over mogelijkheid van herziening. Het Gerechtshof schreef dat de bepaling dat wie veroordeeld is, zijn straf moet ondergaan '(i)n het algemeen (…) een waarheid' was ('als een koe', maar dat stond er niet bij). Het hoogste gerechtshof voegde daaraan toe dat er wel een voorziening moest zijn om een veroordeling te wijzigen indien na het definitief worden van het vonnis de onschuld van een veroordeelde zou blijken. Cras, toch al vertoornd over alle kritiek die dit hof over het ontwerp Lijfstraffelijk wetboek 1804 had uitgestort, reageerde met de woorden 'dat een algemene regel die mogelijkheid nooit uitsluit in 't moreele, maar wel in het wiskundige, 't welk hier niet te stade komt'.[204] Hij vond een regeling van iets wat vanzelf sprak kortom geheel overbodig. Het Hoog Nationaal Gerechtshof en ontwerper van het artikel waren het erover eens dat bij dwaling ten nadele van de veroordeelde een inbreuk op het rechterlijke gewijsde uit moreel oogpunt was toegestaan. De rechter diende zich volgens het Hoog Nationaal Gerechtshof in zo'n geval tot de wetgever te wenden 'voor het daarstellen van voorziening'.[205] Daar sloot Cras zich bij aan. Tussen neus en lippen door werd hier dus de - wat wij nu noemen - 'herziening ten voordele van de veroordeelde' behandeld. Dit onderwerp is niet nader uitgewerkt in

---

[203] Cras schreef: 'Geen herhaalde beschuldiging. Art. 6 *Niemant mag uit hoofde van een en dezelfde misdaad meermalen beschuldigd worden ook dan niet wanneer hij op de eerste beschuldiging mogt toeschijnen te ligt gestraft te* zijn'. Deze tekst is door Moorman van Kappen c.s. geplaatst onder art. 54 Hoofdstuk 5, Boek 1, OLW 1804 als aantekening van Cras naar aanleiding van het advies van het HNG (Cras IV), Moorman van Kappen 1982-II, p. 80, 81.

[204] Moorman van Kappen 1982-II, p. 80.

[205] Moorman van Kappen 1982-II, p. 80. Vgl. de opmerkingen HNG en de Staatraad bij artt. 44 en 45, Hoofdstuk 4, Boek 1, OLW1804; Moorman van Kappen1982-II, p. 54, 55.

de Manier van Procederen[206] maar werd - op Franse wijze - geregeld door de inwerkingtreding van de Franse *Code d'instruction criminelle*.

5.10 Nederland nog niet rijp voor afschaffing van de *absolutio ab instantia*

De ontwerpers van het ontwerp Lijfstraffelijk wetboek van 1804 hadden voorgesteld een expliciet verbod van herhaling in het wetboek op te nemen, dus in het materiële recht, en dit verbod te verbinden aan zowel het onbepaald ontslag na gehouden verhoor als aan de 'eindelijke' vrijspraak. Deze rechterlijke uitspraken waren absolute vervolgingsuitsluitingsgronden. Dit was toch wel een revolutionaire ontwikkeling als men de geschiedenis van het ontslag bekijkt. Niet iedereen kon zich er dan ook dadelijk in vinden. Dat bleek al uit de opmerkingen van Cras en van Farjon, die aarzeling toonden. Ook C.F. van Maanen (1769-1846), de Minister van Justitie die 30 jaar later het Wetboek van Strafvordering zou afleveren,[207] zette een vraagteken bij de tekst van artikel 10 Hoofdstuk 6. Hij maakte bij dit artikel - het verbod van herhaling - de aantekening: 'Ook niet (geen tweede beschuldiging, wvh) wanneer zich nieuwe preuven van het misdrijf en de schuld voordeden?'[208] Hij was nog niet overtuigd van de juistheid van definitieve kracht toe te kennen aan een vonnis dat berustte op gebrek aan bewijs.

De stappen die in het ontwerp waren genomen waren niet alleen groot, maar - zo blijkt uit het voorgaande - ook onduidelijk en mogelijk inconsistent. Het wekt dan ook geen verwondering dat de Staatsraad, het advieslichaam van koning Lodewijk Napoleon,[209] in 1807 besloot dat de hier besproken artikelen zouden worden geroyeerd.[210] Ook het verbod op de *absolutie van instantie* na gehouden rechtsgeding, dus bij wijze van middenbeslissing, dat in de drie verschillende onderdelen van de voorgenomen codificatie van het straf(proces)recht was vastgelegd[211] vond nog geen algemene instemming. Het Hoog Nationaal Gerechtshof had hierover in zijn advies opgemerkt:

---

206 Het herstel van een veroordelend vonnis dat op dwaling berustte was - net als gratie - tot dan toe voorbehouden aan de soeverein, dus namens hem de baljuw of schout, vgl. Vrolijk 2001, p. 18 e.v.

207 Over van Maanen zie Hoofdstuk 9, par. 1.1.

208 Moorman van Kappen 1982-II p. 88 jo. XV, XVI en XVIII.

209 Op 5 juni 1805 zette Napoleon Bonaparte zijn broer Lodewijk Napoleon op de troon van de door hem nieuw gestichte monarchie, de vazalstaat 'Koningrijk Holland'.

210 De artt. 7-10 Hoofdstuk 6, Boek 1, OLW 1804 waren volgens de Staatsraad 'niet algemeen applicabel voor de invoering van eene gelykvormige manier van procedeeren in crimineele zaken', Moorman van Kappen 1982-II, p. 87.

211 Art. 135 MvP, art. 33 Hoofdstuk 5, en (impliciet volgend uit het verval van beschuldiging en het verbod van herhaling) artt. 8, 9, en 10, Hoofdstuk 6, Boek 1, OLW 1804.

> 'dat zelfs de absolutiën van instantie uit hoofde van gebrek aan bewijs, schoon niet alomme, nogtans hier en daar binnen dit koningrijk in gebruik zijn en redenen daartoe dienende, niet als onregelmatig worden aangezien; welk gebruik wederom niet op zich zelve behoord te worden afgeschaft zonder te overwegen of de strekking der manier van procederen ter zoodaniger plaatse gevolgd wordende, hetzelve niet eenigzins nuttig of noodzakelijk maakt ofwel zonder die manier van procederen tevens te veranderen'.[212]

De absolutie van instantie was kortom nog steeds 'hier en daar' in het Koningrijk in gebruik en het Gerechtshof waarschuwde ervoor dat deze praktijk niet kon worden afgeschaft als niet eerst nut en noodzaak van die praktijk waren onderzocht of was besloten haar te veranderen.[213] Deze kritiek sneed hout, want als de manier van procederen nog niet vast stond, konden er ook nog geen verstrekkende gevolgen worden verbonden aan de beslissingen die strafrechters gewoon waren te nemen. Het was inmiddels 24 oktober 1806.

Vastgehouden kan worden dat uit de ontwerpen Lijfstraffelijk wetboek blijkt dat er in de jaren 1801-1804 door de leden van de Codificatiecommissie is gezocht naar een oplossing voor het probleem van het onbepaald voortduren van de beperkingen van de persoonlijke vrijheid van een beschuldigde die geen definitief vonnis kreeg. Men wilde een eenmaal begonnen strafproces ook weer eens laten eindigen, niet met een tussenbeslissing maar met een 'eindelijk vonnis'. Gezocht werd naar het moment waarop het inslaan van de middenweg verboden moest worden. Dit betekende dat er ontvankelijkheid ontstond voor de gedachte dat ook beslissingen waarin niet de volledige waarheid was vastgesteld kracht van gewijsde konden krijgen. De erkenning van de oneervolle vrijspraak was in aantocht en het mensenrecht om na gehouden proces definitief met rust gelaten te worden was bezig te ontluiken.

---

212 Het Hoog Nationaal Gerechtshof vroeg zich daarnaast af of 'dit verbod ook in de bedoeling der stellers' slechts bedoeld was te gelden na een inhoudelijke beoordeling van de zaak en niet na onbevoegdverklaring of 'gebrek aan vormen', Moorman van Kappen 1982-II, p. 74. Gelet op de achtergrond en de bewoordingen van de betreffende artikelen is er naar mijn mening echter geen enkele reden om aan deze bedoeling van de opstellers te twijfelen. De artikelen verlangden een oordeel over de beschuldiging en over de misdaad. Bedoeld was, zo had Elout toegelicht, dat 'de misdaad en de verdediging waren beoordeeld'. De regel lijkt dus niet te zijn toegesneden op formele einduitspraken.

213 Deze situatie verschilde overigens op dit punt niet veel van die in de Duitse staten, waar in bijna alle staten de *absolutio ab instantia* werd gecodificeerd en bovendien daarnaast de eervolle en de oneervolle vrijspraak in de wet werden gedefinieerd.

5.11 Nageschiedenis ontwerp Lijfstraffelijk wetboek en Decreet 1799

Het hoofdstuk over de beschuldiging en haar gevolgen (Hoofdstuk 5, Boek 1) kreeg zoals gezegd geen kans om wet te worden; het zou worden 'gepasseerd'. De Staatsraad volgde in 1807 het negatief advies van het Hoog Nationaal Gerechtshof, dat erop had gewezen dat het hoofdstuk tot verkeerde 'explicatiën' zou leiden nu de wijze van procederen in het Koninkrijk nog in het geheel niet uniform was. De tekst zou volgens het Gerechtshof 'gevoeglijk' naar het procesrecht kunnen worden overgebracht.[214] Ook de bepalingen uit Hoofdstuk 6 over de gevolgen van een rechterlijke uitspraak moesten geschrapt. Maar de kritiek van het Hoog Nationaal Gerechtshof, waarvan Reuvens op dat moment president was, ging veel verder. Het gehele ontwerp werd, met name vanwege de uitgebreidheid ervan, als 'te leerstellig' afgewezen.[215] Zo bleef alles bij het oude. Immers kon ook nog steeds de invoering van het Decreet - dat al in 1800 door Joannes van der Linden toegankelijk was gemaakt met een alfabetisch register en door Jan Greeven van een toelichting 'voor de gewone burgerij' was voorzien - geen doorgang vinden zolang de rechterlijke macht niet was gereorganiseerd; deze reorganisatie stuitte op haar beurt weer op verschillen van inzicht over de wenselijkheid van uniforme regelgeving. Intussen had de Franse keizer zijn invloed uitgebreid. Door de instelling van de monarchie in 1806 vergrootte hij zijn greep op het bestuur en leek de weg naar eenheidswetgeving geplaveid. Lodewijk Napoleon werd belast met de uitvoering daarvan.[216]

6. Het WRI en het Crimineel wetboek voor het Koningrijk Holland van 1809

6.1 Stand van zaken 1807

Het Decreet van 1799 waarin de manier van procederen in strafzaken en de instructies voor de hoven, de burgerlijke rechtbanken en de openbare aanklagers waren geregeld, is niet ingevoerd. Dat was vooral te wijten aan het ontbreken van eenstemmigheid over de inrichting van de rechterlijke organisatie. Alleen het Hof van de Oude IJssel te Kampen was verplicht het gecodificeerde strafprocesrecht toe te passen. In de andere gewesten werd voort geprocedeerd op de plaat-

---

214 Moorman van Kappen 1982-II, p. 66.

215 Zie over het karakter van het OLW 1804 Moorman van Kappen 1982-II, p. XVI, XVII; het advies HNG staat op p. 401 e.v. In dit advies worden negen gebreken van het ontwerp opgesomd; Kemper 1809, p. 111 en 113 geeft daarvan een samenvatting; zie ook Van Binsbergen 1949 p. 18.

216 Van den Berg 1996, p. 318 e.v. en p. 354 e.v.

selijke gebruiken en costumen die de Ordonnantiën van Philips II aanvulden of amendeerden of die eenvoudig op zich zelf stonden. Daarnaast gold in het Departement Holland het Provisioneel Reglement dat voorzag in de procedure op convictie in plaats van de pijnbankprocedure. Het ontwerp Lijfstraffelijk wetboek van 1804 was in 1806 afgewezen omdat het op tal van punten onder (en vooral boven) de maat werd bevonden. Een poging van de Franse koning Lodewijk Napoleon om van de restanten nog iets te bakken, werd na vele sessies van de Staatsraad afgeblazen.[217] Het Decreet van 1799 en het Ontwerp Lijfstraffelijk wetboek van 1804 hadden dus afgedaan, maar naar de prullenbak gingen ze niet. De Koning stelde op 18 november 1807 een drietal commissies in om op de bestaande voorstellen[218] alsnog de noodzakelijke eenheidswetgeving tot stand te brengen.[219] Het waren de commissie Van Gennep die belast werd met de codificatie van het burgerlijk wetboek naar Frans model ofwel de *Code Napoléon Hollandais*,[220] de Commissie Farjon, belast met 'de organisatie der rechterlijke macht en de algemene manier van procederen' en de commissie Reuvens, die het Crimineel wetboek voor haar rekening zou nemen.

6.2 De Commissie Farjon

6.2.1 De instelling van de Commissie Farjon

De commissie 'tot organisatie der regterlijke magt en de algemeene manier van procederen' werd gevormd door drie raadsheren uit verschillende departementale hoven.[221] Voorzitter J.L. Farjon (1766-1824) was lid van het Hof van Holland.[222] Hij was al vanaf 1798 bij de codificatiewerkzaamheden betrokken en voorzitter geweest van de commissie die zich bezig had gehouden met het ontwerp van het Decreet voor de Algemene manier van procederen. Het tweede commissielid was J. Both Hendriksen (1744-1817), raadsheer in het Hof van Utrecht.[223] Het der-

---

217 Moorman van Kappen 1982-II, p. XV; vgl. Van Boven 1990, p. 193.

218 Voor wat betreft het burgerlijk recht werd de *Code Napoléon* naar voren geschoven; deze moest worden aangepast aan de Nederlandse situatie, Van den Berg 1996, p 361.

219 Van Boven 1990, p. 193 ev.

220 Ook wel genoemd: het Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koningrijk Holland (WNH), Van den Berg, 1996, p. 361.

221 De werkzaamheden van de Commissie Farjon zijn uitvoerig beschreven door Van Boven, 1990, p. 193 e.v.

222 Farjon was kenner, en voorstander van het behoud van, het oudvaderlands recht. Hij werd beschreven als 'kampioen van de behoudzucht' toen hij in 1815 met de Belgen de voortzetting van de voltooiing van het wetboek ter hand nam, Van Boven 1990 p. 196.

223 Buijnsters, 1973, p. 29, beschrijft de rechtenstudent Both Hendriksen, die bevriend was met Van Alphen, als volgt: 'Met Hieronymus had hij een grote liefde voor de letteren in ruime zin gemeen. Hij beoefende zelf de tekenkunst en de poëzie maar het typeert zijn bescheidenheid - en misschien ook zijn zelfkennis - dat vrijwel alles in portefeuille bleef. Hij was het type van de dilettant in 18e-eeuwse zin. Zijn beminnelijke persoonlijkheid kon figuren van uiteenlopende ge-

de lid was de Fries Daam Fockema (1771-1855), raadsheer in het Hof van Leeuwarden. Deze laatste zou zich met de manier van procederen in criminele zaken bezig houden.[224]

De Commissie Farjon was in de eerste plaats geroepen tot het eerste deel van haar opdracht, het tot stand brengen van een voor het gehele koninkrijk uniforme rechterlijke organisatie. Het redigeren van de manier van procederen in criminele zaken was, zo krijg ik de indruk, van bijkomstige aard. In elk geval kwam de commissie niet met volstrekt nieuwe inzichten of radicale wijzigingen, zoals bijvoorbeeld een openbare en mondelinge behandeling ter terechtzitting naar Frans model of rechtsbijstand en recht van hoger beroep voor elke beschuldigde. De commissie borduurde voort op de tekst van het Decreet 1799[225] maar paste die, zoals we hierna zullen zien, wel zodanig aan dat de procedure strakker werd. Op 31 maart 1808 sloot de commissie haar werkzaamheden af en bood zij de vruchten van haar overleg aan de Koning aan in de vorm van een ontwerp 'Organisatie van de regterlijke magt in het Koninkrijk Holland'.[226] Het voorwoord bij het ontwerp vermeldt dat als uitgangspunt voor de commissie had gegolden dat de procedures 'niet te lang, eenvoudig en minst kostbaar' moesten zijn.[227] Met betrekking tot de manier van procederen in criminele zaken merkte de commissie op dat zij erop had toegezien 'het onderzoek van de regtspleging over gepleegde misdrijven op de kortste en zekerste wijze te doen afloopen, en alzoo te bevorderen, dat de schuldigen ten spoedigsten gestraft en de onschuldigen van de tegen hen ingebragte beschuldigingen ontheven worden'.[228]

6.2.2 De voorstellen van de Commissie Farjon

De veranderingen die de commissie voorstelde, sloten goed aan bij het door haar

---

aardheid als Van Alphen en Van de Kasteele om zich verenigen. Maar hij miste, bemiddeld als hij was, de uiterlijke prikkel om in het openbare leven een rol te spelen die in overeenstemming zou zijn met zijn intellectuele capaciteiten.'

224 Aldus Farjon in een brief van 17 augustus 1819, zie Van Boven 1990, p. 200. Fockema werd in 1811 notaris en in 1822 lid van de Tweede Kamer. Hij schreef 'Schetsen van de Friesche geschiedenis in het algemeen en wegens het strafregt in het bijzonder' (1840). Zie over Fockema voorts Van Boven 1990, p. 197, 198.

225 Vgl. Van Boven 1990, p. 221.

226 J.L. Farjon, Organisatie van de regterlijke magt in het Koninkrijk Holland, ontwerp vervaardigd door de commissie tot organisatie der regterlijke magt en de algemeene manier van procederen, benoemd bij decreet van zijne Majesteit, van den 18 nov. 1807, 31 maart 1808, uitgave S.I. 1808, binnenzijde (Exh.) gedateerd 1 april 1808. Het ontwerp omvatte dezelfde onderdelen als het Decreet 1799.

227 Toelichting Ontwerp Farjon, p. 3. De toelichting, evenals de 'Organisatie van de regterlijke magt', en nog een deel van de ontworpen wetboeken, is opgenomen als bijlage III in Van Boven 1990, p. 333 (de 'Manier van procederen in criminele zaken' ontbreekt daarin echter).

228 Ontwerp Farjon 1808, p. 6.

betrokken uitgangspunt. Zo werden er termijnen ingevoerd waarbinnen bepaalde proceshandelingen moesten zijn afgerond[229] en brak de commissie met het systeem van het 'altereren'. Wanneer in de procedure op convictie de rechter tot de conclusie kwam 'dat hij noch tot absolutie, noch tot condemnatie kan overgaan' moest hij de beschuldigde 'bij provisie' ontslaan (art. 191 Ontwerp Farjon).[230] De constructie om eerst terug te keren en een nieuwe beslissing te nemen werd dus verlaten. Het proces op convictie liep rechtstreeks op één van de volgende uitspraken uit: een veroordeling, een 'absolutie' of een provisioneel ontslag. Met de term 'absolutie' werd zowel de 'vrijspraak' als de 'absolutie van instantie' bedoeld. In feite waren er dus in de procedure op convictie vier uitkomsten mogelijk: veroordeling, vrijspraak, ontslag van instantie en voorwaardelijk ontslag. De mogelijkheid om de extraordinaire procedure op convictie alsnog te wijzigen in een ordinair geding was vervallen.

Het terugvallen op een niet definitieve uitspraak zoals het provisioneel ontslag na een eenmaal in gang gezette procedure op convictie was dus net als in het Decreet niet uitgesloten, maar nu eenvoudig een uitkomst van die procedure, dus genomen na conclusie van eis. Het nieuwe was voorts dat de eerste drie beslissingen (veroordeling, vrijspraak en ontslag van instantie) alle drie met 'vonnis' werden aangeduid. Artikel 200 Ontwerp Farjon 1808 luidde namelijk:

> *Alle vonnissen zullen behelzen condemnatie of absolutie van den beschuldigden, het zij met geheele vrijspraak, het zij alleen van de instantie.*

Anders dan artikel 135 Manier van procederen werden deze vonnissen niet aangeduid als 'definitief'. De absolutie van instantie werd dan ook niet als definitief beschouwd. Het Ontwerp Farjon gaf weliswaar geen uitleg aan de term 'absolutie van instantie', maar het lijkt niet te gewaagd te veronderstellen dat het hier dezelfde beslissing betreft. In de Manier van procederen werd zij uitgelegd als

---

229 O. a. aan de duur van de verhoren in het vooronderzoek, art. 162 e.v. Ontwerp Farjon. De verhoren dienden binnen drie maanden te zijn afgerond. Hierop werd toezicht gehouden door de commissarissen. Ook werd het voorwaardelijk ontslag aan een maximale termijn gebonden. Die verandering zal hierna aan de orde komen.

230 Art. 191 Ontwerp Farjon: '*Indien nogtans de Regter, na onderzoek der ingekomene stukken, zoo tot bezwaar als tot verdediging van den Beschuldigden bevindt, dat hij noch tot absolutie, noch tot condemnatie kan overgaan, zal hij dezenzelven bij provisie ontslaan, onder de belofte om op ontbod weder voor den Regter te verschijnen, zoo als in artikel 163 is bepaald.*' Het is de voortzetting van art. 127 MvP en van art. 17 PR, de 'altereer-bepaling'. Het artikel verwijst naar art. 163, hetgeen op een kennelijke verschrijving berust; bedoeld is art. 173, over het provisioneel ontslag, welk artikel werd gevolgd door de bepaling over de maximale duur van dat ontlag, genoemd art. 174. Aldus gewijzigd gelezen, correspondeert dit art. 191 Ontwerp Farjon met de later tot stand gekomen overeenkomstige regeling in de WRI (art. 1139 jo. 1121), hierna te bespreken, en met art. 177 wo 1815, in Hoofdstuk 9, par. 1.5.

een ontslag dat aan een nieuwe beschuldiging ter zake van hetzelfde feit niet in de weg stond.[231] In het Ontwerp Farjon werd dus deze 'middenweg' juist vastgelegd. Voorts kan worden aangenomen dat de mogelijkheid van heropening kon duren tot het feit was verjaard.[232] Dat lijkt op het eerste gezicht een stapje achteruit in de ontwikkeling naar definitieve eindgewijsden. Anderzijds kan worden geconstateerd dat het - gelet op hetgeen het Hoog Nationaal Gerechtshof en de Staatraad hadden opgemerkt - een realistische stap was. Bovendien sprak uit deze stroomlijning wel een grotere systematiek. De 'truc' van het altereren die in het Decreet was gebruikt om alsnog tot dezelfde uitkomst te komen, was verlaten. Het Ontwerp Farjon maakte het rechtstreeks mogelijk om met een absolutie van instantie te eindigen. Hierbij past dat de toevoeging 'eind-' of 'definitief' bij 'vonnis' in artikel 200 Ontwerp Farjon was weggelaten.

Er werd nog een belangrijke stap genomen, namelijk door de duur van het provisioneel ontslag aan een termijn te binden. Indien na een jaar een verzoek om opheffing van de voorwaarde 'desvermaand te allen tijde te verschijnen' werd ingediend, moest de rechter 'gunstig' beslissen. Slechts wanneer daartegen 'zeer gewigtige redenen' bestonden, kon hij het verzoek nog gedurende een jaar aanhouden. Het voorwaardelijke ontslag, gegeven in de eindfase, kon dus maximaal twee jaar duren.[233] Daarna volgde - moeten wij aannemen - ontslag van instantie en verviel daarmee de rechtsingang en dus ook alle beschuldiging. Slechts de mogelijkheid van heropening bleef bestaan.

Ten slotte was er nog een nieuwe bepaling opgenomen ten aanzien van de heropening van het proces indien dit was geëindigd met een 'ontslag' in de voorfase van het proces.[234] Ik doel op de fase van vooronderzoek, dus vóórdat de zaak verwezen was naar de eindberechting waar de beslissingen werden genomen over de wijze van berechting, het hiervoor besproken meerkeuzemodel.[235] Het nieuwe artikel bepaalde dat het voorwaardelijk of onvoorwaardelijk ontslag dat in deze fase van het proces werd gegeven de rechter niet zou verhinderen om de

---

231 Art. 135 MvP 1799: '(…) *en nimmer mogen bestaan in een enkele (zoogenaamde) absolutie van de instantie waardoor de Publieke Aanklaager zou worden vrijgelaten, om andermaal, of op nieuw, over diezelfde misdaad tegen dezelfde Persoon een Crimineel Proces aan te vangen*'.

232 De verjaring als grond voor verval van beschuldiging was net als het verbod van herhaling een regel van gewoonterecht, zie Hoofdstuk 7, par. 1.2. Zij had inmiddels wel een plaats verworven in de ontwerpen 1801 en 1804.

233 Art. 174 Ontwerp Farjon (art. 1122 WRI).

234 Art. 169 Ontwerp Farjon (1117 WRI) in Titel 8, 'Van de procedures in de eerste en tweede regtsingangen', Hoofdstuk 5: 'Over het aannemen van bewijzen van onschuld, en het disponeren tot ontslag, gedurende de verhooren',

235 Titel 8, 'Van de procedures in de eerste en tweede regtsingangen', Hoofdstuk 6: 'Van de dispositiën op de ingediende verhooren', waarin het meerkeuzemodel uit het Provisioneel Reglement en het Decreet is opgenomen.

beschuldigde 'na het opkomen van genoegzame bezwaren' weer gevangen te nemen en tot lijfstraf te veroordelen. Deze bepaling gaf anders dan het voorwaardelijk ontslag in de fase van de eindberechting geen termijn waarbinnen een eventuele hervatting van de vervolging moest plaats vinden. Het criterium voor hervatting was 'het opkomen van genoegzame bezwaren'. Dit betekende dat op de bestaande bezwaren geen heropening kon plaats vinden. De nieuwe bepaling gaf dus een zekere bescherming tegen het willekeurig heropenen van de zaak. Uit deze bepaling zouden zich de beslissing tot buitenvervolgingstelling en de kennisgeving van niet verdere vervolging ontwikkelen;[236] uit de bepalingen omtrent het ontslag van instantie, de vrijspraak wegens gebrek aan bewijs.

6.3 Het Wetboek op de Regterlijke Instellingen en regtspleging (WRI)

De voorstellen van de Commissie Farjon, in het bijzonder die met betrekking tot de inrichting van de rechterlijke organisatie, werden niet voetstoots door de Koning overgenomen. Hij wenste een grotere uniformiteit, minder kosten en meer zekerheid van een vlotte afhandeling van zaken.[237] Aan zijn Minister van Justitie en Politie, Van Maanen, had hij inmiddels gevraagd een alternatief ontwerp te maken.[238] In dat ontwerp waren de (kostbare) hoven in aantal terugbracht naar drie en zouden per district zogeheten vierscharen[239] worden belast met onder meer de berechting van alle criminele zaken. Hiermee werd afgestapt van de - tamelijk ingewikkelde en dure - getrapte taakverdeling tussen de werkzaamheden van de lagere rechtbanken en de hoven, zoals voorgesteld in het Decreet.[240] Uiteindelijk maakte Farjon met Van Maanen onder het toeziend oog van de Koning het wetsontwerp dat tot het Wetboek op de Regterlijke Instellingen en regtspleging in het Koningrijk Holland van 1809 (WRI) heeft geleid.[241] In deze wet werd wat betreft de inrichting van de rechterlijke organisatie de lijn van het voorstel Van Maanen gevolgd.[242] De rechtspraak zou volgens het Wetboek worden toebedeeld aan respectievelijk één Hoog Gerechtshof voor het Koningrijk (onder meer belast met cassatierechtspraak wegens vormverzuimen), vier departementale hoven (voor onder meer de berechting van gewone misdaden in eerste aanleg voor zover daarvoor geen andere rechter was aangewezen), 41 vierscharen in

---

236 De bepaling werd voortgezet in art. 1117 WRI en 155 Ontwerp 1815.

237 De burgerlijke rechtbanken, Van Boven, 1990, p. 212.

238 Van Boven 1990, p. 209 e.v.

239 Zie voor de etymologische verklaring van dit woord Matthaeus 48.XX.2.4, p. 669.

240 Van Maanen was van oordeel dat een strafproces verdeeld in een vooronderzoek door de lagere rechter en een eindonderzoek door de hogere, zoals in het Decreet geregeld, niet effectief was. Over het oordeel van Van Maanen zie Van Boven 1990, p. 213.

241 Afgekondigd 14 juli 1809, Van Boven p. 217.

242 Van Boven 1990, p. 215, 216.

de steden (voor de criminele rechtspraak in eerste aanleg wegens alle criminele feiten gepleegd binnen het eigen district) en civiele rechtbanken voor boetstraffelijke zaken tot f 600,- boete.[243] Deze organisatie van de strafrechtspraak lijkt enigszins op de indeling die wij nu kennen. In beginsel zouden in alle extraordinaire zaken alleen de vierscharen, enigszins te vergelijken met de huidige rechtbanken, in eerste en laatste instantie rechtspreken. Omdat er wel nog steeds zorg bestond over de kundigheid van de lagere rechters, zowel die in de vierscharen als die in de rechtbanken, werd in een streng hiërarchisch toezicht voorzien.[244] Dit kwam in de plaats van de controle door middel van de verwijzingsprocedure bij het hof. Na deze aanpassingen werd het Wetboek op de regterlijke instellingen en regtspleging op 14 april 1809 aangenomen en op 14 juli daaropvolgend tot wet verheven. Ingevoerd werd de wet echter niet.[245]

6.4 De Manier van procederen in criminele zaken volgens de WRI

Op het punt van de manier van procederen in criminele zaken verschilde de Wet op de regterlijke instellingen en regtspleging nauwelijks van het Ontwerp Farjon.[246] De hiervoor besproken door de Commissie Farjon aangebrachte wijzigingen werden alle overgenomen. Omdat het Ontwerp Farjon op hoofdzaken de oude manier van procederen was blijven volgen, kan het Wetboek, om met Van Boven te spreken, 'met recht en reden een vaderlands wetboek' worden genoemd.[247] Het ademde dezelfde geest als de Ordonnantiën van twee eeuwen daarvoor. Het belastte de rechter met de opsporing van de strafbare feiten[248] en het vinden van de materiële waarheid.[249] De vormen van rechtsingang bleven hetzelfde. De procedure moest kort zijn en snel en vorderde uit dien hoofde dat de verdediging niet over te veel rechten beschikte. De beschuldigde in het extraordinaire proces op confessie miste dan ook nog steeds de bijstand van een raadsman en hij had geen recht van beroep. Dat zou slechts tot 'misbruik' leiden en 'uitstel van executie', waardoor de straf haar afschrikkende werking zou ver-

---

243 Een schematisch overzicht van de wettelijke regeling is opgenomen in Van Boven 1990, p. 218 - 221.

244 Van Boven 1990, p. 223, 224.

245 Van Boven 1990, p. 217, 221.

246 Het betreft het derde boek van de WRI, 'Regtspleging of de manier van procederen in criminele zaken', artt. 954-1191. Van de 244 artikelen van het Ontwerp Farjon zijn 237 in de WRI overgebleven.

247 Van Boven 1990, p. 227.

248 Van Boven 1990, p. 225.

249 Vgl. de titel 'van het nemen van geregtelijke informatiën wegens gepleegde misdaden', artt. 992-1030 WRI, waarin de regeling van de praecedente informatiën is herschreven, en bijv. de artt. 1095, 1096 WRI waarin wordt aangedrongen op een bekentenis. Verhoor 'op artikelen' werd verhoor 'op vraagpunten' genoemd (art. 1079 WRI). Hoofdstuk 5 betreft nog steeds de regeling voor het bewijzen van onschuld.

liezen.[250] Voor het proces op convictie gold de regeling zoals die eerder was ontworpen in het Provisioneel Reglement. Hier kon de beschuldigde wel enige rechtsbijstand krijgen en had hij recht op inzage in en afschrift van de stukken. Hoewel de beschuldigde geen 'pijn of ongemakken' mochten worden aangedaan om hem tot een bekentenis te brengen, stond de wet de rechter toe om 'correctieve middelen' toe te passen om de beschuldigde aan zijn plicht tot antwoorden te herinneren, net als eerder het Provisioneel Reglement en het Decreet bepaalden,[251] dit in afwijking van het bepaalde in het ontwerp Lijfstraffelijk wetboek 1804.[252]

Het feitelijke onderzoek naar de waarheid werd gevolgd door hetzelfde beslismodel als het Decreet hanteerde.[253] De beslissingen konden bestaan uit het onbepaald ontslag bij gebleken onschuld of opgeheven verdenking, het ontslag onder belofte om te allen tijde te verschijnen, het bevel aan de openbare aanklager om van eis te dienen en te concluderen indien de beschuldigde het feit genoegzaam had beleden, de toestemming aan de openbare aanklager om op (andere) bewijzen recht te vragen (de procedure op convictie) en de wijziging in ordinair geding.[254] Eveneens conform het Ontwerp Farjon maakte de middenbeslissing deel uit van het uiteindelijk beslissingsmodel in criminele zaken. Artikel 1149 WRI luidde:[255]

> *Vonnissen zullen behelzen condemnatie of absolutie van den beschuldigden, het zij met geheele vrijspraak het zij alleen van de instantie.*

Indien een absolutie van instantie was uitgesproken kon dus het proces worden hervat. Daartoe moest dan wel rechtsingang worden gevraagd zoals voor elke

---

250 Van Boven 1990, p. 212.

251 Artt. 1081 en 1087 WRI.

252 Vgl. art. 22 en 23 Hoofdstuk 5, Van beschuldiging en derzelver gevolgen, Boek 1, OLW 1804. De rechter kon weigering om te antwoorden bestraffen. Maar in geval van ongerijmde antwoorden was het hem niet toegestaan de beschuldigde anders dan door redenen van overtuiging 'maar ook alleen daardoor' 'tot opgave van de waarheid over te halen'.

253 De artt. 1120-1125 WRI, titel 8, Hoofdstuk 6, 'Van de dispositiën des regters op de ingediende verhooren'. Deze artikelen volgen de artt. 107-111 MvP Decreet 1799 op de voet.

254 Resp. artt. 1120, 1121, 1123, 1124, 1125 WRI.

255 Het artikel is verplaatst naar de eerste bepaling van Hoofdstuk 7, 'Van vonnissen en derzelver executie', in titel 8 'Van de procedures in eerste en tweede regtsingangen'. Het hoofdstuk noemt daarnaast enkele waarborgen, zoals de vermelding van het misdrijf in het vonnis, het recht van de ter dood veroordeelde om afscheid te nemen van 'vrienden en leraars', en uitspraak met open deuren, al kan dit laatste wellicht - door de samenhang met de bepalingen die er direct op volgen - eerder worden geduid als middel tot afschrikking dan als verworven burgerrecht. De executie van de straf diende namelijk dadelijk te volgen, en in geval van lijfstraf 'zo doenlijk' op een 'marktdag'.

beschuldiging. Voor die rechtsgang zal analoog aan het nieuwe artikel 1117 WRI,[256] inzake de hervatting van de beschuldiging na ontslag in de voorfase van het geding, hebben gegolden dat er ook in dit geval sprake moest zijn van 'genoegzame bezwaren'. Op basis van de oude bewijsmiddelen alleen zou dus geen heropening kunnen plaats vinden. Tegen de beslissingen in de extraordinaire procedure, dus die op confessie en die op convictie, stond geen hoger beroep open.[257]

Een en ander geeft een vrij stoffige indruk, zeker vergeleken met de turbulente ontwikkelingen in Frankrijk. Hier en daar was het stof echter wel wat weggeblazen. Zo was de procedure op convictie vollediger geworden door daaraan de uitkomst van het ontslag van instantie als 'vonnis' te verbinden en waren er maatregelen getroffen om de beschuldigde die onder voorwaarden met ontslag was gestuurd meer rechtszekerheid te verschaffen.

6.5 Het Crimineel wetboek voor het Koningrijk Holland

Na het debacle van het ontwerp Lijfstraffelijk wetboek bracht de Commissie tot herziening en bewerking van het Crimineel wetboek in maart 1808 een ontwerp uit dat meer tot tevredenheid van het landsbestuur strekte.[258] Zij had het ontwerp van 1804 ontdaan van zijn 'leerstellige' uiteenzettingen. De commissie bestond uit Reuvens (de President van het Hoog Nationaal Gerechtshof dat in 1806 de staf over het OLW 1804 had gebroken), Elout en P. van Musschenbroek. Nadien vond nog een laatste herzieningsronde van het Crimineel wetboek in de Staatsraad plaats, een ronde die door de Koning nauwgezet werd gevolgd.[259] Het wetboek gold voor alle departementen en had definitief gebroken met het toestaan van subsidiaire of aanvullende plaatselijke regelgeving. Ook het Romeinse recht als bron van recht werd 'afgeschaft'.[260] Het wetboek trad op 1 februari 1809 in

---

256 Art. 1117 WRI, titel 8, 'Van de procedures in de eerste en tweede regtsingangen', Hoofdstuk 5: 'Over het aannemen van bewijzen van onschuld, en het disponeren tot ontslag, gedurende de verhooren en vervolgens', vgl. art. 169 Ontwerp Farjon, par. 6.2.2 hiervoor.

257 Het recht van hoger beroep was weer beperkt tot de vonnissen in de ordinaire procedure gewezen, art. 1172 WRI. Dit was mede een gevolg van de gewijzigde indeling van de gerechten. In beginsel waren slechts de vierscharen belast met de berechting van de ernstiger strafbare feiten. Deze spraken dus in eerste en laatste instantie recht in gewone extraordinaire zaken. Boetstraffelijke zaken waarop maximaal een boete van f 600, - stond, behoorden tot de competentie van civiele rechtbanken. Zie het schematisch overzicht van de rechterlijke organisatie in Van Boven 1990, p. 218- 221.

258 De commissie was twee dagen eerder gereed dan de Commissie Farjon, namelijk op 29 maart 1808, Van Binsbergen 1949, p. 19.

259 Kemper 1809, p. 117.

260 Art. 3 Koninklijk Decreet 31 december 1808, in Kemper 1809, p. 147.

werking.[261] Het stond echter op zich zelf, want het Wetboek op de regterlijke instellingen en regtspleging in het Koningrijk Holland van 1809 dat was 'gearresteerd' door de Koning, lag nog op uitvoeringsregelingen te wachten.[262]

Hoewel het Crimineel wetboek was teruggebracht tot de kern van het strafrecht en het dus van bijna alle procesrecht was ontdaan, geeft de inhoud van dit wetboek aanleiding tot nog een enkele opmerking. Net zoals het ontwerp Lijfstraffelijk wetboek 1804 wijdde het Crimineel wetboek een hoofdstuk aan het 'verval van beschuldiging', nu aangeduid met 'het ophouden van strafvordering'. Daarmee had het begrip 'strafvordering' officieel zijn intrede gedaan. Het onderwerp was verplaatst naar het slot van het wetboek, de dertigste en laatste titel, geheten 'Van het ophouden der straffen'.[263] In deze titel stonden achtereenvolgens, verdeeld over drie hoofdstukken, drie gronden voor het tenietgaan van strafvordering: 'de dood of aanhoudende zinneloosheid des beschuldigden of veroordeelden, verjaring en gratie, abolitie en remissie van straffen'. Het rechterlijk gewijsde als vierde grond voor verval van strafvordering was uit dit rijtje verdwenen. De codificatiewerkzaamheden vanaf 1807 hebben er kortom toe geleid dat het verbod om na het tenietgaan van beschuldiging een nieuwe beschuldiging, c.q. strafvordering, wegens hetzelfde feit tegen dezelfde persoon in te brengen, uit de oorspronkelijke voorstellen werd geschrapt. Zo eindigde het getouwtrek rond de totstandkoming van een definitief eindgewijsde na volledig onderzoek in de oudvaderlandse codificatiegeschiedenis: zonder een geschreven verbod van herhaling en met absolutie van instantie. De winst was wel dat er een grens werd gesteld aan de duur van de voorwaarde om op ontbod weer voor de rechter te verschijnen, Voorda's 'mes in de buik'. Die termijn kwam in de voorstellen op maximaal twee jaar.

Het Crimineel wetboek was een kort leven beschoren. In 1810 werd Nederland bij Frankrijk ingelijfd en in 1811 werden de Franse *Code pénal*[264] en de *Code d'instruction criminelle*[265] voor alle delen van Nederland van kracht. Tevens voerden de Fransen hun bestuur en rechterlijke organisatie in.[266]

---

261 Art. 1 Koninklijk Decreet 31 december 1808, in Kemper 1809, p. 146, 147.

262 Van Boven 1990, p. 217.

263 Titel 30 Crimineel wetboek omvatte de artt. 376-393. Het wetboek bevatte voorts in titel 29 het bewijsrecht.

264 Krachtens Decreet van 25 november 1810, op verschillende tijdstippen, in verband met de installatie van de gerechtshoven, zie Van Hamel/Van Dijck 1927, p. 73 e.v.

265 Ingevolge art. 2 *Décret Impérial relatif à la mise en activité des Lois françaises dans les départements de la Hollande, 6 janvier 1811*, Fortuyn 1839, p. 69, zou de *Code d'instruction* in werking treden op het moment dat het Keizerlijk Hof in Den Haag zou zijn geïnstalleerd. Dat gebeurde op 1 maart 1811, Fortuyn 1839, p. 67.

266 Over de wetgeschiedenis na de inlijving bij Frankrijk zie Van Boven, 1990, p. 230 e.v.

7. Samenvatting en conclusies codificatie 1798-1809

7.1 Uitwendige wetsgeschiedenis

De wetgever toonde in de jaren na de afkondiging van de Staatsregeling grote haast en volharding in het streven naar een eenvormige regeling voor het straf- en strafprocesrecht. [267] Allereerst werd al direct na haar afkondiging een noodverband aangelegd dat diende ter compensatie van de bij die Staatsregeling bevolen afschaffing van de pijnbank. Het Reglement schreef de zogenaamde 'procedure op convictie' voor. Deze procedure diende voor de berechting van die beschuldigden die ondanks de aanwezigheid van ogenschijnlijk volkomen bewijs niet wilden bekennen. In plaats van deze beschuldigden door middel van pijniging tot een bekentenis te brengen, moest er op een meer contradictoire manier tegen hen worden geprocedeerd, met bijstand van een practizijn en met recht op inzage in, en afschrift van, de stukken.

Het Reglement gold alleen voor het voormalig gewest Holland maar het daarin opgenomen nieuwe strafprocesrecht werd overgenomen in de pogingen tot codificatie die volgden. Dat waren achtereenvolgens het Decreet van 1799, het ontwerp van de Commissie Farjon van 1808 en het Wetboek op de regterlijke instellingen van 1809 (WRI). Hierin werd het strafprocesrecht samen met de Manier van procederen in civiele zaken en de inrichting van de rechterlijke organisatie steeds als één geheel vastgelegd. Het strafrecht werd geregeld in de ontwerpen voor een Lijfstraffelijk wetboek van 1801 en 1804. Deze ontwerpen werden echter afgekeurd. Vanaf 1806 bogen nieuwe commissies zich over het toekomstige Lijfstraffelijk wetboek. Dit resulteerde in het 'Crimineel wetboek voor het Koningrijk Holland' van 1809. Van al de hier genoemde teksten is alleen het Crimineel wetboek van kracht geworden. Het procesrecht noch de inrichting van de rechterlijke organisatie is in werking getreden. Tot aan de invoering van de Franse wetgeving op 1 maart 1811 bleef derhalve het oudvaderlandse strafprocesrecht van toepassing, dat wil zeggen, het recht dat ter plaatse gold, in Holland aangevuld met de regels van het Provisioneel Reglement.

Onveranderd bleef dus vooralsnog de gewoonte, in sommige delen van de Republiek, om in het extraordinaire proces een beschuldigde niet vrij te spreken

---

[267] Over de overige wetgevingsactiviteiten zie bijv. O. Moorman van Kappen en E.C. Coppens (red.), *De Staatsregeling voor het Bataafsche Volk van 1798, Opstellen opgedragen aan de nagedachtenis van Dr. Mr. L. de Gou*, Nijmegen: Gerard Noodt Instituut 2001.

maar hem - zolang zijn onschuld niet bewezen was - alleen van instantie te ontslaan. Dit gebeurde door middel van de zogenaamde absolutie van instantie. Het gevolg van een dergelijk ontslag was dat de zaak op elk moment kon worden heropend, tenzij het feit zou zijn verjaard. Daarnaast bestonden vormen van voorwaardelijk ontslag. Die konden zeer belastend zijn omdat zij gepaard gingen met vrijheidsbeperkende voorwaarden, zoals het verplicht 'op ontbod' verschijnen, het stellen van zekerheid (caution) en het verlies van een aantal burgerlijke rechten. De voorwaarden waren voorts niet aan een maximale tijd gebonden, tenzij men op dit punt de Ordonnantiën van 1570 van toepassing achtte. Uit die wetgeving werd immers wel afgeleid dat het extraordinaire proces maximaal een jaar en in bijzondere gevallen twee jaar mocht duren. Zolang kon dus ook de termijn van onderwerping aan voorwaarden zijn.

7.2 Bataafse opvattingen over *non bis in idem*

Het werk van de Codificatiecommissie is in 1806 beëindigd zonder dat er één van haar voorstellen in werking was getreden. Haar werk mag aldus 'als een nachtkaars' zijn uitgegaan, zoals Moorman van Kappen het uitdrukte,[268] maar de ontwerpen hebben nog wel voldoende licht kunnen verspreiden om te zien welke ideeën er binnen de commissie, c.q. binnen de Bataafse Republiek, leefden. Ook hebben zij de commissies die volgden geïnspireerd. Uit de door de Codificatiecommissie gedane voorstellen blijkt onder meer dat zij zich heeft beijverd voor een verbetering van de rechtspositie van de beschuldigde die niet veroordeeld werd. Zij heeft daartoe op twee belangrijke punten naar verbetering gestreefd. Allereerst wilde de commissie een definitief en onherroepelijk eindgewijsde, ook in het geval dat dit geen veroordeling maar een vrijspraak betrof. Deze bevrijdende rechterlijke beslissingen dienden in de ogen van de commissie ook definitief te worden in die zin, dat een nieuwe beschuldiging was uitgesloten. Dit betekende dus dat na een gehouden proces geen absolutie van instantie meer mocht worden uitgesproken. De vrijspraak moest niet meer alleen een einde maken aan de verleende rechtsingang, maar ook aan alle beschuldiging en tevens aan de zaak. Het verbod om een vrijgesprokene nogmaals ter zake van dezelfde misdaad te beschuldigen werd in de voorstellen vastgelegd. Allereerst in artikel 135 van de Manier van procederen in criminele zaken van het Decreet van 1799, dat bepaalde dat deze definitieve vonnissen

> '*nimmer mogen bestaan in een enkele (zoogenaamde) absolutie van de instantie waardoor de Publieke Aanklaager zou worden vrijgelaten, om andermaal, of op*

[268] Moorman van Kappen 1982-II, p. XVII.

> *nieuw, over diezelfde misdaad tegen dezelfde Persoon een Crimineel Proces aan te vangen*'

Hiermee werd de absolutie van instantie - althans theoretisch - in de ban gedaan en dat gebeurde opnieuw in het ontwerp Lijfstraffelijk wetboek 1804.[269] Daarin werd bovendien de regel neergelegd die het verbood iemand ten tweede male te vervolgen. Artikel 10, hoofdstuk 6, boek 1 OLW 1804 luidde:

> '*Het gevolg van zodanige verklaring of eindelijke vrijspraak … is, dat hij te wiens aanzien dezelve genomen zijn nimmer uit hoofde van dezelfde misdaad, opnieuw mag beschuldigd worden.*'

Het verbod werd nog niet aangeduid met '*non bis in idem*', zoals in Frankrijk, maar er werd hetzelfde mee bedoeld. Het verbod gold voor een vrijspraak, eervol of niet. Het gold, zo blijkt uit het aangehaald artikel, ook de 'verklaring'. Daarmee werd gedoeld op het onbepaald ontslag '*na afgelopen verhoor*' in artikel 8 van hetzelfde hoofdstuk. Na een dergelijk ontslag diende geen tweede vervolging plaats te vinden voor hetzelfde feit. We stuiten hier op een mogelijke controverse maar misschien ook een evolutie in de ideeën van de ontwerpers. Het is immers een wat curieuze bepaling. Zij loopt niet in de pas met de Manier van procederen. Die maakte een principieel onderscheid tussen de definitieve vrijspraak en het onbepaald ontslag, de ene 'definitief' en de andere niet. Volgens artikel 127 van de Manier van procederen kon nog tot in het eindstadium van het proces van het definitieve vonnis worden afgezien en met een ontslag worden volstaan. De Manier van procederen voorzag dus ondanks het verbod in artikel 135 in een middeltje om de definitieve vrijspraak te ontgaan; het ontwerp Lijfstraffelijk wetboek scheen ook daaraan een eind te willen maken en gaf aan beide hetzelfde rechtsgevolg. Hoe dit ook zij, systeembreuk of ontwikkeling, de Codificatiecommissie heeft met beide bepalingen de inquisitoire gewoonte laten varen om uitsluitend vrij te spreken als het bewijs van onschuld was geleverd, en daarmee recht willen doen aan het verbod van herhaling zoals het was overgeleverd vanuit het Romeinse en het canonieke recht. Een beschuldiging die niet was geëindigd in een vrijspraak maar in een veroordeling mocht evenmin worden herhaald, dat sprak vanzelf. En aangezien datgene wat vanzelf sprak geen wettelijke regeling behoefde, ontbrak het verbod van dubbele bestraffing in de voorstellen.

In de tweede plaats wilde de Commissie dat de duur van een voorwaardelijk ontslag werd beperkt. De voorstellen dienaangaande zijn na 1806 nader uitgewerkt

---

[269] '*Nimmer mag daarom een beschuldigde na gehouden rechtsgeding onder handtasting ontslagen of van het tegen hem aangevangen rechtsgeding alleen vrijgesproken worden*', art. 33 Hoofdstuk 5, Boek 1, OLW 1804.

door de Commissie Farjon en overgenomen in het Wetboek op de regterlijke instellingen en regtspleging. Deze wet van 1809 bepaalde dat uiterlijk na twee jaar op een verzoek om opheffing van de voorwaarden gunstig moest worden beslist. De termijn sloot precies aan bij die uit de Ordonnantiën. De Commissie Farjon kwam daarnaast met een criterium voor heropening van het proces, indien dat met een voorwaardelijk of onvoorwaardelijk ontslag vóór verhoor was geëindigd. Dit criterium werd in de Wet op de regterlijke instellingen en regtspleging overgenomen. Voor hervatting moest sprake zijn van 'het opkomen van genoegzame bezwaren'. Op oude alleen kon derhalve geen nieuwe rechtsingang worden verzocht.

De Codificatiecommissie was iets te hard van stapel gelopen. In de Wet op de regterlijke instellingen en regtspleging keerde de absolutie van instantie als middenbeslissing weer terug. Dat moet toe te schrijven zijn geweest aan het feit dat de absolutie van instantie 'schoon niet alomme, nogtans hier en daar binnen dit koningrijk' nog in gebruik was, zoals het Hoog Nationaal Gerechtshof het in 1806 had uitgedrukt. Zolang het procesrecht daarop niet was afgestemd kon van de middenbeslissing nog geen afstand worden gedaan. Vanaf maart 1811 kwam echter de Franse wetgeving te gelden en daarmee was absolutie van instantie, de derde weg of middenweg, definitief gesloten. In Frankrijk kon sinds de Constitutie van 1791 een proces slechts worden beëindigd door een veroordeling of een vrijspraak. De burger werd tegen een tweede vervolging wegens het zelfde feit beschermd door het ongeschreven *maxime non bis in idem*, terwijl voor de juryvrijspraak nog extra gold dat tegen een dergelijke vrijspraak geen rechtsmiddelen konden worden ingesteld. Dit laatste werd uitgedrukt in de regel:

> *Toute personne acquittée légalement ne pourra plus être reprise ni accusée à raison du même fait* (artikel 360 CIC).

Hoofdstuk 9
Nederland 1813-1838
Van geheim naar openbaar

1. Restauratie

1.1 Inleiding

Onder Frans bewind waren de gewesten van de Republiek aaneengesmeed. Na het terugtrekken van de Franse troepen eind 1813 werd die eenheid niet meer ter discussie gesteld. Er ontstond in de Lage Landen een nieuwe eenheidsstaat, 'de Vereenigde Nederlanden'. De zoon van de naar Engeland gevluchte stadhouder Willem V, Willem Frederik, aanvaardde, als Willem I, het gezag van Soeverein Vorst onder het beding van een 'vrije constitutie' die 'de vrijheid van het volk tegen volgende mogelijke misbruiken' zou verzekeren.[1] Daartoe installeerde Willem I op 21 december 1813, drie weken na zijn terugkeer uit Engeland, een commissie aan wie hij 'de zamenstelling der constitutionele wetten voor den Staat der Vereenigde Nederlanden' toevertrouwde.[2] Als leidraad voor de beraadslagingen diende de Schets van Gijsbert Karel van Hogendorp,[3] een voorstel voor een constitutie waaraan Van Hogendorp vanaf 1812 had gewerkt.[4] De ons bekende Van Maanen[5] en Elout[6] zouden op de straf(proces)rechtelijke onderwerpen in deze

---

1 Proclamatie van 2 december 1813, opgenomen in Colenbrander 1908, p. 26; Koekkoek 2000, p. 1.

2 Art. 1 Benoemingsbesluit, in Colenbrander 1908, p. 37.

3 Art. 3 Benoemingsbesluit, in Colenbrander 1908, p. 38.

4 Aantekening van Van Hogendorp, in Colenbrander 1908, p.1.

5 Van Maanen was van 1815 tot 1842, met een korte onderbreking, Minister van Justitie. Hij was van 1794 tot 1807 Advocaat-fiscaal en Procureur-generaal bij het Hof van Holland, (hierover: Van Maanen, behandeling wijzigingen Sv 1836, in Noordziek 1883, p. 153). Van 1807-1809 was hij Minister van Justitie en Politie onder Lodewijk Napoleon. In 1814 werd hij lid van de grondwetscommissie. Hij werd president van het Keizerlijk Gerechtshof onder Napoleon Bonaparte en in 1813 president van het Hoog Gerechtshof. (bron: PDC). Over Van Maanen voorts: Van Boven 1990, p. 155.

6 Ook Elout had inmiddels bijna alle 'criminele' ambten doorlopen toen hij lid werd van de Grondwetscommissie: advocaat, schout-crimineel, raadsheer en Procureur-generaal bij het Nationaal Gerechtshof; vanaf 1799 was hij lid geweest van de Codificatiecommissie en vanaf 1806 van de Staatsraad. Na inlijving bij Frankrijk verkoos hij het vrije beroep. Hij was van 21 december 1813 tot 2 maart 1814 en van 22 april 1815 tot 13 juli 1815 lid van de Grondwetscommissie en daartussendoor lid van de Raad van State. Later zou hij Commissaris-generaal van Neder-

grondwet en de daaropvolgende codificatiewerkzaamheden hun stempel drukken.[7]

1.2 De Soevereine Besluiten van 1813

Zolang echter die wetgeving niet gereed was, zou de Franse wetgeving worden behouden, ook de *Code pénal* en de *Code d'instruction criminelle*.[8] Voor wat betreft deze 'Lijfstraffelijke Regts-oefening' vaardigde het Soeverein Besluit van 11 december 1813 een aantal overgangsbepalingen uit om de *Codes* van hun meest on-Nederlandse trekken te ontdoen.[9] Voor het strafrecht betekende dit de terugkeer naar de oudvaderlandse straffen,[10] voor het strafproces de afschaffing van de juryrechtspraak.[11] Ook de door de Fransen meegebrachte *cours speciales*[12] moesten het veld ruimen en geen enkele uitspraak in het hoogste ressort gewezen mocht nog worden 'geattakeerd bij wijze van *cassatie*.'[13] De reden hiervoor was dat de Franse cassatierechtspraak te zeer vervlochten was geweest met wetgeving; de hoogste Nederlandse rechter moest zich als hoogste rechtsprekend orgaan niet

lands-Indië worden en enkele ministerschappen bekleden (bron: PDC). Zie over Elout voorts Hoofdstuk 8, par. 5.3.

7 Volgens Van Boven 1990, p. 263 was Van Maanen met Elout 'de feitelijke samensteller' van het hoofdstuk over de Justitie.

8 De voorgenomen codificaties, m.u.v. het Wetboek van Strafrecht, werden op 1 oktober 1838 ingevoerd, Besluit van 10 April 1838, houdende bepaling van het tijdstip waarop de invoering der nieuwe Nederlandsche Wetgeving en de instelling van den Hoogen Raad zal plaats hebben (Besluit invoering nieuwe Nederlandsche Wetgeving).

9 Soeverein Besluit, 11 december 1813, *S.* 1813, 10, hierna ook: 'Gesel- en worgbesluit', een bijnaam die verwees naar de wederinvoering van die straffen. De territoriale werking van het Besluit werd op 15 december 1813 verruimd, *S.* 1813, 11, hierover Bossers 1987, p. 89. Ook de gerechtelijke indeling, m.u.v. de speciale hoven, werd vooralsnog behouden, Van Boven 1990, p. 263. Onder de Fransen waren er zeven departementen met zeven assisenhoven, 28 arrondissementen met 28 gerechten van eerste aanleg en 167 kantons met evenzovele vrederechters, en één Keizerlijk Hof (waarvan Van Maanen president was geweest). Zie Van Boven 1990, p. 235 e.v.

10 Artt. 2-15 Gesel- en worgbesluit. De 'geesseling, met den strop om den hals' ging vooraf aan de opsluiting in een rasp-, tucht- of werkhuis voor een door de rechter te bepalen termijn van ten hoogste 20 jaar. Deze combinatie van straffen verving de Franse 'altijd durende dwangarbeid' (art. 7). Het 'verworgen' was de wijze waarop de doodstraf werd voltrokken aan vrouwen. Voor mannen gold 'de strop' of 'het zwaard' (art. 6). Voorts werd de algehele verbeurdverklaring van goederen weer afgeschaft (art. 2).

11 Art. 16 Gesel- en worgbesluit. Over de redenen voor de afschaffing van de jury zie Bossers 1987, p. 92.

12 Zie Hoofdstuk 6, par. 3.2.6.

13 Art. 19 Gesel- en worgbesluit: 'Geene arresten, door het Hoog Gerechshof der Vereenigde Nederlanden, de retgbanken van Eerste Instantie, Geregten en Vrederegters, in het hoogste ressort gewezen, zullen van nu af aan kunnen worden geattakeerd bij wijze van *cassatie.*

met wetgeving inlaten, maar slechts rechtsgeschillen beslechten.[14] Het Keizerlijk Hof van Cassatie werd aldus vervangen door het Hoog Geregtshof der Vereenigde Nederlanden.[15] Men mocht er '*appelleren* van vonnissen in hoogste instantie gewezen'. Dit kon leiden tot vernietiging van de uitspraak wegens vormgebreken of wegens strijd met de wet. Het Hoog Gerechtshof kon vervolgens 'de gehele zaak opnieuw onderzoeken'.[16] Pols noemde het een 'buitengewoon beroep van appel'[17] en Veegens spreekt van '*appel loco cassatie*'.[18]

Met de beslissing om de juryrechtspraak niet te handhaven was tevens het vonnis geveld over de door de Fransen zo bevochten openbaarheid van de behandeling ter terechtzitting.[19] De deuren van de zittingszaal sloten zich weer. Het eerdergenoemd Soeverein Besluit van 1813 bepaalde echter wel uitdrukkelijk dat de 'pleidooijen' 'publiek' moesten zijn.[20] Dit laatste kan worden beschouwd als een kleine tegemoetkoming aan de roep om externe openbaarheid. Opmerkelijk genoeg bleef de bepaling die de vrijspraak van de jury tot onaantastbaar gewijsde verhief, artikel 360 CIC, gespaard. Deze regel zou zijn weg vinden naar het Wetboek van Strafvordering van 1838, maar zover was het nog niet. Eerst werd begonnen aan een geheel eigen codificatie, op oude - Bataafse - leest geschoeid, een

---

14 Zo was het *Tribunal de Cassation* direct bij zijn oprichting in 1790 onder het gezag van de wetgever geplaatst, zie Hoofdstuk 6, par. 3.2.1. Zie ook de opmerkingen omtrent de verschillen tussen de taken van het Franse Hooggerechtshof en het Nederlandse in De Smidt 1988, p. 23 en de samenvatting van Schaffmeister 1988, p. 67, van de visies van Pols (1898) en Polak (1987) omtrent het verschil tussen de Nederlandse en de oude Franse cassatierechter.

15 Besluit van 1 december 1813, *Stb.* 1813, 3.

16 Art. 20 Gesel- en worgbesluit: 'Van alle vonnissen van Regtbanken van eerste Instantie, Geregten, en Vrederegters, in hoogsten ressort gewezen, van welken geen appel, maar cassatie, werd geadmitteerd, zal men mogen appelleren aan het Hoog Geregtshof, te dien effecte dat het Hof, bevindende, dat de behandeling der zaak aan wezenlijke nulliteiten laboreert, of dat, in de toepassing der Wet, kwalijk is gehandeld, het vonnis, waarvan geappelleerd is, zal annuleren, de geheel zaak opnieuw onderzoeken, en daarin, hetzij bij een en hetzelfde, hetzij, wanneer de zaak te omslagtig zijn mogt, bij een tweede arrest, zoodanige uitspraak doen, als hetzelve in goede justitie zal bevinden te behooren.'

17 Pols 1897, p. 369: 'een nabootsing van het vroegere appel met de clausule van annulatio illico, met dit verschil dat, ingeval van verwerping van den aangevoerden grond van nulliteit, het geheele appel verviel, in geval van aanneming, doorging en gevolgd werd door eene beslissing ten principale'.

18 Veegens 1971overgenomen in Veegens/Korthals Altes/Groen 2005, par. 2.8.

19 In Nederland heerste de mening dat juryrechtspraak en openbaarheid onlosmakelijk met elkaar verbonden waren. Afschaffing van de jury betekende dus vanzelf herroeping van de openbare behandeling, zie Bossers 1987, p. 94 en Van Lent 2008, p. 31.

20 Art. 18 Gesel- en worgbesluit: 'Geene criminele of correctionele audientien zullen in het openbaar gehouden worden, vóór het aanvangen der pleidooijen, welke publiek moeten zijn; (…)'. De uitspraak en executie waren al openbaar.

'echt nationaal werk'.[21] Van deze werkzaamheden volgt nu eerst een kort verslag. Dit begint met de Grondwet van 1814.

1.3 De Grondwet van 1814

De eerste grondwet van de nieuwe eenheidsstaat kwam in maart 1814 gereed.[22] Dankzij de inbreng van Elout werden daarin - in het hoofdstuk 'Regterlijke Magt', later 'Justitie' geheten -[23] enkele strafvorderlijke 'grondstellingen' opgenomen.[24] Elout was door Van Maanen aan Willem I gepresenteerd als een man die 'zeer vatbaar is, nooit gehecht aan zijn eigen opinie, van een zeer helder verstand, en minder overgegeven aan politieke theorieën dan de meeste Patriotten'.[25] Maar … er zat bij Elout ook 'de Advocaat wel wat in'. Dit was kennelijk een minder goede eigenschap. Elouts advocatenbloed kwam echter goed van pas. Door zijn pleidooi zorgde hij ervoor dat enkele belangrijke rechtswaarborgen in de grondwet werden verankerd. Elouts 'grondslagen' handelden namelijk over: het recht van snelle voorgeleiding voor een rechter in geval van een politieke arrestatie, de berechting door de grondwettelijk voorgeschreven rechtbanken, het recht niet afgetrokken te worden van de rechter die de wet toekent, uitsluiting van de straf van algehele verbeurdverklaring van goederen, omschrijving van het bewezen verklaarde strafbare feit bij veroordeling en openbaarheid van de einduitspraak (art. 101 GW 1814). Het was geen schokkende nieuwlichterij, want deze rechten hadden vanaf de Staatsregeling van 1798 elke constitutie[26] gesierd, maar het pleidooi van Elout onderstreepte het fundamentele belang van de waarborging deze rechten. Aan de grondbeginselen ging een korte preambule vooraf waarin werd toegelicht dat deze regels werden opgenomen 'ten einde aan

---

21 Fockema Andreae 1962, p. 23.

22 Aanvaarding en afkondiging vonden plaats op 9 maart 1814, Colenbrander 1908, p. 497 e.v. en p. 502.

23 Artt. 99-116, Hoofdstuk 4, GW 1814.

24 Vergadering 19 januari 1814, Colenbrander 1908, p. 248. Van Hogendorp had deze beginselen niet in zijn Schets opgenomen omdat deze in zijn ogen wel in het wetboek konden worden vastgelegd. Dat was in de voorgaande wetgeving ook gebeurd. Zie bijvoorbeeld de artt. 1, 2, 51 en 55 Decreet 1799.

25 'Wij zullen heden met de constitutie van de Provinciale Staten besluiten en de Regterlijke Magt beginnen. Ik heb bij deze deliberatiën de kundigheden en de sentimenten van veelen nader leren kennen en ik kan UKH. van den heer Elout zeggen, dat er de Advocaat wel wat in zit bij het adviseeren, maar dat hij zeer vatbaar is, nooit gehecht aan zijn eigen opinie, van een zeer helder verstand, en minder overgegeven aan politieke theorieën dan de meeste Patriotten', uit de brief van Van Hogendorp aan Zijne Koninklijke Hoogheid van 19 januari 1814, in: Colenbrander 1908, p. 246.

26 De Constituties van 1801, 1805 en 1806.

de ingezetenen dezer Landen de onschatbare voorrechten van burgerlijke vrijheid en persoonlijke veiligheid te waarborgen'.[27]
Het 'beleid der criminele justitie' werd opgedragen aan 'de Hoven provinciaal, of aan daartoe op te richten rechtbanken' (art. 110 GW 1814).[28] Hoewel wellicht de neiging bestaat om aan de term 'crimineel' in 'criminele justitie' de Franse uitleg '*criminelle*' te geven, lijkt dat niet juist. De criminele justitie omvatte meer dan alleen de vervolging en berechting van '*crimes*'.[29] Met 'criminele' in 'criminele Justitie' werd net als in 'het Crimineel wetboek voor het Koningrijk Holland', 'de Manier van procederen in criminele zaken' en 'criminele rechtsingang',[30] eenvoudig datgene bedoeld wat wij nu aanduiden met 'strafrechtelijk'. Een beperktere uitleg zou betekenen dat het beleid in andere strafzaken ongeregeld bleef. Dat juist de *hoven* (en de 'daartoe op te richten' rechtbanken)[31] met 'de criminele justitie' werden belast, had te maken met de rol die de hoven in de recente geschiedenis van het strafprocesrecht hadden gespeeld. De hoven kregen vanwege de grotere deskundigheid van de aan het hof verbonden rechters zowel in het Decreet van 1799 als in het Wetboek op de Regterlijke instellingen en regtspleging van

---

27 De door mij bedoelde preambule staat merkwaardigerwijs midden in de Grondwet, als aanhef van genoemd art. 101. Zij wordt niet beschouwd als 'de' preambule, vgl. Koekkoek 2000, p. 1: 'Het ontbreken van de preambule in de Grondwet 1814 maakt in vergelijking met de aanhef van de Amerikaanse Grondwet zichtbaar dat de Nederlandse Grondwet de kwestie van de bron van de Grondwet in het midden laat. De Amerikaanse Grondwet gaat uit van het volk ('We, the people of the United States'). De ontstaansgeschiedenis van de Nederlandse Grondwet past bij de monarchale regeringsvorm (…).'

28 Deze bepaling, die in de volgende constituties zou worden overgenomen (art. 183 GW 1815 en art. 181 GW 1840), zou bijvoorbeeld zo worden uitgewerkt dat de rechter-commissaris door het hof uit de leden van de rechtbank werd gekozen, art. 55 Sv 1838, vgl. MvT OSv 1829, in Noordziek 1888, p. 200, en dat alleen de hoven konden bepalen of een vervolging werd afgebroken, vgl. De Bosch Kemper II, p. 221 bij art. 116 Sv 1838.

29 Vgl. de door De Hullu 1989, p. 16, noot 35, genoemde bronnen: De Pinto 1880 en De Bosch Kemper 1858. Redenen om 'crimineel' hier als '*criminelle*' te verstaan, zouden kunnen zijn dat Nederland op dat moment onder Franse invloed stond en de justitie werd opgedragen aan juist de hoven, hoven die in Frankrijk met de berechting van *les crimes* waren belast.

30 Titels V en VI Ontwerp Manier van Procederen 1815, resp. geheten: 'Van middelen tot voorkoming van eenen criminelen regstingang, en in het bijzonder van appointementen van purge' en 'Van criminele regtsingangen'. Ook de derde rechtsingang, de ordinaire procedure, was een *criminele*.

31 Met de 'daartoe op te richten rechtbanken' werd mogelijk gedacht aan rechtbanken die met het criminele beleid in de steden werden belast, zoals in 1808 voorgesteld door de Commissie Farjon, Van Boven 1990, par. 4.6, p. 206. Deze zouden dan kennelijk dezelfde macht krijgen als de hoven. Later, tijdens de behandeling van het Wetboek op de Regterlijke Organisatie, in 1834-1835, zijn door de minister opmerkingen van die strekking gemaakt, zie het Antwoord van de Minister op de Aanmerkingen van de Afdelingen, 1834-35, no. 12a, p. 7; de zinsnede 'daartoe op te richten rechtbanken' in art. 183 GW 1815 zou volgens de minister dienen 'voor de gevallen waarin het ongeraden zou zijn om het hof *met het beleid der criminele justitie over de gehele provincie* te belasten (…)'. De bijzonder daartoe op te richten rechtbanken dienden dus ter ontlasting van de hoven.

1809 een controlerende taak met betrekking tot vervolging en berechting van alle misdaden.[32] De gewone rechtbanken waren aan de hoven ondergeschikt.

In deze eerste constitutie is aan de gevolgen van eindgewijsden in strafzaken geen bepaling gewijd. In de verslaglegging van de vergaderingen die tot de Grondwet hebben geleid[33] is bovendien niets terug te vinden over de inhoud of vorm van de einduitspraken in strafzaken of van een discussie over de wettelijke vastlegging van de absolutie van instantie, als derde eindgewijsde. Dat is ook deze keer - net als in de Staatsregeling van 1798 - opvallend omdat de discussie over de absolutie van instantie tot enkele jaren tevoren was gevoerd en die discussie destijds in Frankrijk wel mede de aanleiding was geweest voor de grondwettelijke vastlegging van het verbod van herhaling.[34]

De Grondwet regelde wel in hoofdlijn het 'toezigt op den geregelden loop en de afdoening der regtsgedingen' door de hoogste rechter, nu 'Hooge Raad der Vereenigde Nederlanden' geheten (art. 102 GW 1814). Zijn taak werd in dat opzicht op ongeveer dezelfde wijze omschreven als in de voorgaande constituties (1801, 1805, 1806)[35] en lijkt dan ook niet geheel aan te sluiten bij het *appel loco cassatie* zoals beschreven in artikel 20 van het Gesel- en worgbesluit. De Hooge Raad kon beslissingen van lagere rechters vernietigen wegens rechts- of vormschendingen en mocht zich *niet* met 'de beoordeling der zaken' inlaten (art. 107 GW 1814).[36] Er stond met andere woorden tegen de beslissingen en arresten van de hoven toch (een vorm van) 'cassatie' open, al was dat woord in 1813 in de ban gedaan. Een feitelijke beoordeling der zaken was daarbij uitgesloten. Gewoon beroep op de Hooge Raad tegen de arresten van de hoven in strafzaken gewezen, werd in deze Grondwet niet genoemd,[37] en ook omtrent appel tegen strafrechtelijke vonnissen van lagere rechters bepaalde de Grondwet niets. De bestaande beroepsregeling bleef dus van kracht en werd slechts aangevuld met de mogelijkheid van 'toezigt' genoemd in artikel 107. De rechtsmiddelen zouden in de Wet op de rechterlijke organisatie[38] en het Wetboek van Strafvordering worden uitgewerkt.

---

32 Zie Hoofdstuk 8, par. 4.3 en 6.3.

33 Zoals opgenomen in Colenbrander 1908 en 1909.

34 Art. 9, Hoofdstuk V, titel III, Constitutie 1791, zie Hoofdstuk 6, par. 2.3. De andere aanleiding was de erkenning van het gezag van de jury.

35 De Smidt 1988, p. 22.

36 Art. 107 GW 1814: 'De Hooge Raad heeft het toezigt op den geregelden loop en de afdoening der regtsgedingen; op de nakoming van de wetten, betreffende de administratie der Justitie en den vorm van regtspleging bij alle Hoven, Regtbanken en Regters, en kan derzelver handelingen, dispositiën en vonnissen, daarmede openlijk strijdig, vernietigen en buiten effect stellen, zonder zich nogtans in de beoordeeling der zaken intelaten.'

37 Art. 108 GW 1814 stelde alleen beroep open tegen arresten van de hoven in civiele zaken.

38 Dit werd de Wet op de zamenstelling der Regterlijke magt en het beleid der Justitie (Wet RO), van 18 april 1827. Zie over de aanloop tot deze wet Van Boven 1990 en voor een korte samen-

De regeling bijeengenomen lijkt het erop dat ook onder deze nieuwe wetgeving, dus net als onder *Code d'instruction criminelle*, geen gewoon rechtsmiddel kon worden aangewend tegen de in eerste instantie gegeven vrijspraak door een Hof. Aangezien een vrijspraak in die tijd werd opgevat als de uitkomst van een louter feitelijke beoordeling lijkt het immers weinig aannemelijk dat het nieuwe 'toezigt' met succes kon worden ingeroepen. In het wetboek van 1838 zou de vrijspraak als beslissing van feitelijke aard expliciet tegen cassatie worden beschermd (artt. 381 en 382 Sv 1838).

1.4 De Grondwet van 1815

De val van Napoleon, de oprichting van het Verenigd Koninkrijk der Nederlanden onder de Oranjes en de uitbreiding van het grondgebied met de zuidelijke Nederlanden, het latere België, vormden de aanleiding voor het afkondigen van een herziene grondwet. In deze Grondwet van 1815[39] werd de catalogus van grondrechten in het strafproces iets uitgebreid.[40] Behalve de omschrijving van de gepleegde misdaad moesten vanaf nu ook de wetsartikelen in de uitspraak worden opgenomen (art. 172). Er kwamen voorts minimumgaranties voor de burger met betrekking tot inhechtenisneming en voorgeleiding (art. 168). Omtrent de rechtsmiddelen van 'toezigt' c.q. 'cassatie' en gewoon beroep op de Hooge Raad bepaalde de nieuwe Grondwet dat er bij wet in een regeling zou worden voorzien. Voor wat betreft 'toezigt' werd ten aanzien hiervan de regeling in de Grondwet van 1814 herhaald, met weglating van het verbod om zich met de beoordeling van zaken in te laten (art. 180).[41] Wat betreft het gewone beroep op de Hoge Raad van gewijsden van hoven in eerste aanleg (art. 181) werd nu ook in criminele zaken beroep op de Hooge Raad in het vooruitzicht gesteld.[42] Het bleef dus bij een aankondiging en feitelijk veranderde er nog niets; de regeling van de rechtsmiddelen bleef voorlopig nog zoals die onder de Grondwet van 1814 was; het wachten was op nadere wetgeving. Het 'beleid der criminele justitie' werd

vatting van de (uit oogpunt van strafprocesrecht gezien) belangrijkste trekken: De Hullu 1989, p. 16 e.v. en van de historische groei: De Bosch Kemper III, p. 69 e.v. Een gewijzigde Wet RO trad in werking op 1 oktober 1838, tegelijk met het Wetboek van Strafvordering. De Hullu beschrijft o.m. dat de regering het appel tegen de lagere vonnissen - in het ontwerp RO 1827 - wilde afschaffen maar dat dit bij de invoering van de wet in 1838 juist werd opengesteld.

39 24 augustus 1815, *S.* 45.

40 Artt. 162-189, Vijfde Hoofdstuk, Van de Justitie, GW 1815.

41 Art. 180 GW 1815: 'De Hooge Raad heeft het toezigt op den geregelden loop en de afdoening van regtsgedingen, mitsgaders op de nakoming der wetten bij alle hoven en regtbanken, en kan derzelver handelingen, dispositiën en vonnissen, daarmede strijdig, vernietigen en buiten effect stellen, volgens de bepaling door de wet daaromtrent te maken.'

42 In de Wet RO die in 1838 in werking trad, werd het beroep echter juist uitgesloten, De Hullu 1989, p. 18, 19.

weer 'bij uitsluiting aan de provinciale Hoven en Regtbanken, welker oprigting daartoe zal noodig worden bevonden, toebetrouwd' (art. 183).

1.5 Ontwerp Wet manier van procederen in criminele zaken 1815

Het Franse strafprocesrecht bleef dus na 1813 intact, op juryrechtspraak en openbaarheid na, en de constituties veranderden niet veel aan die situatie; die geboden de totstandkoming van nadere wetgeving. Aanvankelijk wilde men daartoe voortbouwen op de tradities van de wetsontwerpen uit de vóór-Franse tijd. Zo stelde Elout in januari 1814 in de vergadering van de Constitutiecommissie voor om ten aanzien van de inrichting van de rechterlijke organisatie aansluiting te zoeken bij het Ontwerp Farjon van 1808.[43] Dit voorstel kreeg de instemming van de andere commissieleden. Met deze beslissing werd ook de manier van procederen in criminele zaken opgepakt waar zij was blijven liggen in dat ontwerp. Het strafprocesrecht was immers deel van het Ontwerp Farjon. Op 18 april 1814 werd een commissie belast met het ontwerp van alle nationale wetboeken.[44]

Driekwart jaar later, op 17 januari 1815 werd - als deel van het grotere geheel - het ontwerp voor de 'Wet betrekkelijk de manier van procederen in criminele zaken' aan de Koning aangeboden.[45] Het was zo goed als een kopie van het Ontwerp Farjon 1808, en dus ook van het derde boek van het Wetboek op de regterlijke instellingen en regtspleging in het Koningrijk Holland van 1809 (WRI), die op hun beurt weer het Decreet 1799 op de voet hadden gevolgd. Het procesrecht bleef kortom in hoofdzaak precies zoals het was geregeld in 'de Manier van procederen in criminele zaken' zoals dat in 1799 was neergelegd in het Decreet. Maar juist op het punt van de eindbeslissingen kwamen de ontwerpers terug op het voorstel van de Commissie Farjon om de absolutie van instantie te codificeren: in het wetsontwerp 1815 werd de middenbeslissing aan het slot van het proces namelijk weer, net als in het Decreet, uitdrukkelijk verboden. De bepaling

---

43 Vergadering van 19 januari 1814, Colenbrander 1908, p. 249-253. Zie ook de bijdrage van Elout over de rechterlijke macht, in Colenbrander 1908, p. 512 e.v., i.h.b. p. 514.

44 Soeverein Besluit d.d. 18 april 1814, nr. 6. De commissie bestond uit J.M. Kemper, buitengewoon Staatsraad (Hoogleraar in de Rechten te Leiden) A.W. Philipse (Advocaat-generaal bij het hooggerechtshof) A. van Gennep, A.L. Farjon, C. Bijleveld (Presidenten bij het Hooggerechtshof) B.P. van Wesele Scholten, F.H. Moorrees, H. van der Burgh, D. Westenbergh (raden in het Hooggerechtshof) en J. Walraven (advocaat te Amsterdam). De subcommissie voor het ontwerp van de manier van procederen in civiele en criminele zaken en de inrichting van de rechterlijke macht was samengesteld uit Bijleveld, Van der Burgh en Farjon, die elk één van de resp. onderwerpen voor hun rekening namen. Van der Burgh was belast met het ontwerp Wetboek van Strafvordering. Zie voor nadere gegevens over de instelling en werkwijze van de commissie Voorduin I, p. 11-13 en p. 21-26.

45 Voorduin I, p. 11.

werd opgenomen in de titel 'Van Vonnissen en der zelver executie', in titel 12 van het Ontwerp[46] en luidde:

> '*Alle definitive vonnissen zullen behelzen vrijspraak of veroordeling van den beschuldigden. Het zal de regter nimmer vrijstaan den beschuldigden wegens gebrek aan behoorlijk bewijs alleen van de instantie te absolveren*' (art. 200 Ontwerp 1815).

De vonnissen zouden dus weer 'definitief' zijn. Die aanduiding verwijst niet naar de (on)mogelijkheid om een rechtsmiddel in te stellen. De regeling van de rechtsmiddelen volgde namelijk pas na deze bepaling, in titel 13.[47] Met 'definitief' werd dus niet bedoeld dat deze vonnissen 'onherroepelijk' waren, al waren de meeste vonnissen dat feitelijk wel.[48] 'Definitief' - als nadere aanduiding van de eindvonnissen van vrijspraak en veroordeling in het criminele proces gewezen - drukte de tegenstelling uit tot de vonnissen houdende een 'absolutie van instantie', die immers niet 'definitief' waren en die (daarom) in dit artikel verboden werden.

Artikel 200 Ontwerp 1815 stemde overeen met artikel 135 Manier van procederen van het Decreet van 1799.[49] De draad van het verhaal werd dus weer opgepakt. Tegelijk werd met deze bepaling gelijke tred gehouden met het hier geldende Franse recht, dat immers ook de middenbeslissing had afgeschaft en de herhaling van een beschuldiging na een gegeven vrijspraak door de jury uitdrukkelijk verbood (360 CIC). Maar net als in het Decreet was het nog steeds mogelijk om zelfs nog nadat de procedure op convictie in gang was gezet de beschuldigde te 'ontslaan'. Het Decreet bewerkstelligde dit door te bepalen dat na aanvang van het proces op convictie het proces als het ware terug kon worden gedraaid naar de vorige stand (gealtereerd). Daardoor kon alsnog de dispositie worden gegeven die in het stadium vóór de conclusie van eis gegeven had kunnen worden. In het wetsontwerp 1815 vloeide de beslissing tot ontslag net als in het Ontwerp Farjon en de WRI rechtstreeks voort uit het proces op convictie zelf (art. 177 Ontwerp

---

46 Titel 12 bevatte na deze bepaling nog enkele voorschriften over de uitspraak en de voltrekking van de straf die nieuw waren ten opzichte van de WRI, Hoofdstuk 7, titel 8, namelijk dat de uitspraak in aanwezigheid van de beschuldigde diende plaats te hebben (art. 201) en dat in geval van 'verscheidene beschuldigden' het vonnis tegen elk afzonderlijk moest worden uitgesproken (art. 203).

47 Titel 13 heette 'Van hoger beroep en revisie', waarin 'revisie' werd gebruikt in haar oude betekenis, dus van een herbeoordeling door dezelfde rechter, zie art. 226 Ontwerp 1815.

48 Art. 210 wo 1815: '*Geen appel of revisie zal aan den openbaren aanklager of aan den beschuldigden worden toegelaten: 1. Van de onderscheidene dispositiën bij den aanvang of in de loop van een extraordinair proces uitgebragt, of van vonnissen daarin gewezen* (…).'

49 Zie Hoofdstuk 8, par. 4.6.

1815).[50] Kon de rechter niet beslissen tot veroordeling of convictie dan kon hij de beschuldigde ontslaan. Dit artikel 177 noemde anders dan de WRI overigens alleen het provisioneel ontslag; het 'onbepaald' of 'volkomen' ontslag weglatend. In de procedure op convictie zoals geregeld in het Ontwerp 1815 kon dus wel een provisioneel ontslag worden gegeven maar niet een volkomen ontslag. Dit lijkt consistent, omdat het volgt uit de in artikel 200 verboden absolutie van instantie (die in de WRI niet verboden was). Zou in artikel 177 het volkomen ontslag, en dus de absolutie van instantie zijn toegelaten, dan zou dat in strijd zijn met het verbod in artikel 200.[51] De bepalingen in onderling verband beschouwd maken dus duidelijk dat men nu één procedure op het oog had waarin niet meer werd gealtereerd. Het definitieve vonnis was het sluitstuk van de procedure op convictie; dit mocht geen absolutie van instantie zijn, en dus geen onbepaald ontslag. Een voorwaardelijk ontslag gedurende het proces werd in artikel 177 echter wel toegelaten. Het verbod op de absolutie van instantie in artikel 200 klonk dus wederom kloeker dan het feitelijk was. Net als alle eerdere ontwerpen inzake de manier van procederen - maar anders dan het ontwerp Lijfstraffelijk wetboek - [52] kon ook op basis van dit ontwerp nog in de eindfase van het geding tot het provisioneel ontslag van de beschuldigde worden besloten.

De juridische gevolgen van dit provisioneel ontslag waren in het ontwerp 1815 net zo geregeld als in de WRI 1809. De in het Decreet in gang gezette en door de Commissie Farjon voortgezette rechtspositionele verbeteringen voor de provisioneel ontslagen beschuldigde werden behouden. Dat betekende dat de voorwaarde om te allen tijde op ontbod te verschijnen - op verzoek van de beschuldigde - na een jaar diende te worden opgeheven. Die beslissing mocht de rechter nog maximaal een jaar aanhouden in geval er sprake was van 'zeer gewigtige redenen'.[53] Het betalen van een borg kon in deze fase van het strafproces niet meer worden bevolen. Dat was in lijn met de gedachte die in 1798 was ingezet.[54] Na het

---

50 Art. 177 wo 1815: '*Indien nogtans de regter, na onderzoek der ingekomene stukken, zoo tot bezwaar als tot verdediging van den beschuldigden bevindt, dat hij noch tot vrijspraak, noch tot veroordeling van den beschuldigden kan overgaan, zal hij denzelven bij provisie kunnen ontslaan, onder belofte van op ontbod, weder voor den regter te verschijnen, zoo als in Art. 159 is bepaald.*' Dit artikel is de voortzetting van art. 1139 WRI, art. 191 Ontwerp Farjon, artt. 125 en127 Decreet 1799 en artt. 16 en 17 PR 1798.

51 In art. 127 MvP was het onbepaald ontslag niet uitgesloten omdat men toen nog uitging van een terugkeer naar de vorige stand van het geding en art. 135 MvP dus niet van toepassing was.

52 Art. 33 Hoofdstuk 5, Boek 1 OLW 1804: '*Nimmer mag daarom een beschuldigde na gehouden rechtsgeding onder handtasting ontslagen of van het tegen hem aangevangen rechtsgeding alleen vrijgesproken worden*', Hoofdstuk 8, par. 5.4.4.

53 Art. 160 wo 1815.

54 Art. 177 wo 1815, art. 1139 WRI, art.191 Ontwerp Farjon, artt. 125 en127 Decreet 1799 en artt. 16 en 17 PR 1798. Over een borg wordt slechts gerept in de fase van vooronderzoek, art.

ontslag onder de voorwaarde op ontbod weer te verschijnen, op straffe van veroordeling, volgde derhalve in beginsel een onvoorwaardelijk ontslag (of een herroeping van de beslissing).

Over de juridische gevolgen van het onvoorwaardelijk ontslag zweeg het wetboek weer. Ook het in 1809 van kracht geworden Crimineel wetboek van het Koningrijk Holland had daarover - in tegenstelling tot het ontwerp Lijfstraffelijk wetboek 1804 - al niets meer bepaald.[55] Wat de rechtspositie zou zijn van degene die met onvoorwaardelijk ontslag was gestuurd, werd dus eenvoudig niet geregeld. Het ligt echter voor de hand te veronderstellen dat diegene van 'alle *reatus*' werd ontslagen, zoals in eerdere ontwerpen was geopperd. Het is voorts waarschijnlijk dat na dat ontslag nog een tweede vervolging plaats kon hebben bij opkomen van nieuw bewijs en dat daarvoor hetzelfde criterium had te gelden als voor de heropening na een ontslag aan het slot van het vooronderzoek, namelijk de aanwezigheid van 'genoegzame bezwaren'. Dan moest tevens opnieuw rechtsingang worden verleend.

Het 'nationale' ontwerp kreeg echter te maken met de weerstand van de sinds het Verdrag van Wenen (1815) van het Koninkrijk deel uitmakende zuiderburen. Zij wensten geen terugkeer naar het geheime eindonderzoek, maar wilden een mondelinge, openbare behandeling ter terechtzitting zoals de Franse *Code* voorschreef.[56] Daarom mislukte deze en ook een tweede[57] poging om op de oude voet door te gaan. Volgens De Bosch Kemper was de 'gehechtheid' aan het geldende - dus Franse - recht inmiddels zo algemeen dat het idee om voort te gaan op het oudvaderlandse recht werd verlaten.[58] Zo begon een nieuw traject, een traject waarin meer rekening werd gehouden met de geest van het Franse, postrevolutionaire, wetboek. Vastgehouden kan worden dat het oudvaderlandse gedachtegoed zich voor wat betreft het gezag van gewijsde inmiddels had uitgekristalliseerd in een verplichte 'definitive' en dus niet heropenbare eindbeslissing, dat het nog wel steeds mogelijk was de beschuldigde provisioneel te ontslaan, maar dat

154 wo 1815, dat de voortzetting is van art. 1116 WRI, art. 168 Ontwerp Farjon en art. 87 MvP Decreet 1799.

55 Evenmin zou dit onderwerp nog aan de orde komen in het eerste ontwerp Wetboek van Strafregt van 1827, zie Noordziek 1883, p. 46-51. Hierin werden alleen de dood van de beschuldigde en de verjaring als gronden voor 'het ophouden en tenietgaan van straffen' opgenomen.

56 Het ontwerp werd in handen gesteld van een drietal Belgische juristen, Voorduin VI, p. III. Bossers, 1987, p. 98, wijst erop dat deze zgn. Belgische commissie met geen woord repte over jurysprekspraak. Zie over deze commissie J. Gilissen, 'De Belgische commissie van 1816 tot herziening van het ontwerp-Burgerlijk wetboek voor het Koninkrijk der Nederlanden', *TvR* 35, (1967) p. 388-392.

57 Het ontwerp van de commissie Van Gennep, Kemper, Philipse en Farjon, van 6 februari 1819. Dit ontwerp werd niet aan de Tweede Kamer aangeboden, Voorduin VI, p. IV.

58 De Bosch Kemper I, p. CXLII.

dat ontslag onherroepelijk na twee jaar zou eindigen in een onvoorwaardelijk ontslag. De gevolgen van dit ontslag waren echter nog niet in de wet geregeld.

2. Het Wetboek van Strafvordering 1838

2.1 Inleiding

Het traject naar de totstandkoming van een nationaal wetboek dat op Franse leest was geschoeid,[59] werd van begin tot eind geleid door eerdergenoemde Van Maanen. Hij was van 1815 tot 1842 - met een onderbreking van een maand -[60] Minister van Justitie en verdedigde als zodanig de onder zijn leiding ontworpen wet. De geschiedenis van dit wetboek, dat 'Wetboek van Strafvordering' zou gaan heten, kent enkele goed gedocumenteerde ijkpunten, zoals de indiening van de wetsvoorstellen in 1828[61] en in 1829 en de daarop gewisselde argumenten tussen regering en de zeven afdelingen van de Tweede Kamer,[62] de totstandkoming van het Wetboek op 5 juni 1830, de wijzigingen ervan bij wetten van 1836 na de afscheiding van België en de uiteindelijke invoering van het Wetboek op 1 oktober 1838.[63]

2.2 Het karakter van het Wetboek

In de memorie van toelichting benadrukte Van Maanen de grote aandacht die het wetsontwerp had besteed aan de waarborging van de individuele rechtszekerheid. Uit het wetsontwerp zou blijken

---

59 'Bij de vervaardiging van het eerste ontwerp van Wetboek op de Strafvordering, heeft de Commissie van Redactie der Nederlandsche wetgeving gemeend tot grondslag van haren arbeid te moeten leggen het nog in werking zijnde Fransche Wetboek over die stoffe, behoudens de noodzakelijke veranderingen en verbeteringen, waarvoor hetzelve, naar het oordeel der Commissie, vatbaar was; en dientengevolge is door genoemde Commissie over het algemeen de indeeling van dat Wetboek in het door haar vervaardigde ontwerp gevolgd, met overneming van menigvuldige artikelen en met wijziging, weglating of aanvulling van andere', MvT OSv 1829, in Noordziek 1888, p. 194. Een kort overzicht van de voorgenomen grondslagen geeft Drenth 1939, p. 210 e.v.

60 De onderbreking had plaats van 3 september 1830 tot 5 oktober 1830, ten tijde van de Belgische opstand, waarin Van Maanen (figuurlijk) en zijn huis (letterlijk) onder vuur waren komen te liggen.

61 Het ontwerp Wetboek van Strafvordering werd op 23 oktober 1828 ingediend in 23 aparte wetsvoorstellen: één voor de Algemene Bepalingen en één voor elk van de 22 Titels, Voorduin VI, p. XIII.

62 De Tweede Kamer was bij de Grondwet van 1815 in het leven geroepen.

63 Besluit van 10 April 1838, 'houdende bepaling van het tijdstip waarop de invoering der nieuwe Nederlandsche Wetgeving en de instelling van den Hoogen Raad zal plaats hebben'.

> 'hoe zeer men zich heeft beijverd, om, behoudens eene onvertogene, krachtige en zorgvuldige bedeeling des regts in strafzaken, de individuele vrijheid der ingezeetenen te beschermen, alle willekeurige handelingen te keer te gaan, alle overijling zoo in den aanleg als in de voortzetting der regtspleging, te voorkomen, en in één woord te zorgen dat ofschoon wel eene schuldige zijne welverdiende straf wel niet ligt zoude kunnen ontgaan, nogtans, naar alle menschelijke berekening, de onschuldige nimmer zoude behoeven beducht te zijn een slagtoffer te zullen worden van dwaling, waarin de regter ligtelijk kan vervallen, indien de wetgever hem niet aan stellige en weldoordachte regels bindt, zoowel in aanleg als in de vervolging en beoordeling der strafzaken.'[64]

Het is weliswaar niet één woord, maar de boodschap was duidelijk. Het wetboek zou borg staan voor de bescherming van de individuele vrijheid van de burger en garant staan voor een zorgvuldige berechting en bestraffing. De schuldige zou worden gestraft en de onschuldige zou - althans 'naar menselijke berekening' - niet bang hoeven te zijn slachtoffer te worden van dwaling. Het geloof in de correctheid van de procedure was zo groot dat het niet nodig werd gevonden de veroordeelde een tweede instantie te geven, of om schadevergoeding in het vooruitzicht te stellen aan degene die zou worden vrijgesproken.[65] Een tweede instantie was overbodig omdat de deugdelijkheid van de vonnissen werd gewaarborgd door 'eene groote meerderheid van onherroepelijke regters, die de veroordeling hebben uitgesproken en die in strafzaken alleen met een even getal van regters mogen vonnissen';[66] en een schadevergoedingsregeling was niet nodig omdat het wetsvoorstel er alles aan zou doen

> 'om van het gehele beleid der strafzaken alle mogelijke losheid en oppervlakkigheid te verwijderen door de uitdrukkelijke beschikking *niet van een enkel persoon* met regterlijke magt bekleed, maar van *een regterlijk collegie* stap voor stap

---

64 Tweede alinea van de MvT OSv 1829, in Noordziek 1888, p. 194.

65 Deze 'onbillijkheid' om geen enkel recht op schadevergoeding toe te kennen aan degene die was vrijgesproken zou in 1886 worden hersteld; hierover Kwakman 2001, i.h.b. par. 3.1.3.

66 De volledige zin luidde: 'Wat spreekt men toch van mogelijke en onherstelbare veroordelingen van onschuldigen. Zouden die weinige voorbeelden, welke, Gode zijn dank, in ons Nederland, zo hoogst zeldzaam zijn, zich dan alleen hebben bepaald tot procedures in strafzaken, in eerste aanleg gewezen? Het lust mij niet om lang vergeten zaken op te delven, of bij de beschouwing van dit ongelukkig onderwerp langer stil te staan, (…) de deugdelijkheid van het systéma der onberoeplijkheid van vonnissen in strafzaken, gewaarborgd door eene groote meerderheid van onherroepelijke regters, die de veroordeling hebben uitgesproken en die in strafzaken alleen met een even getal van regters mogen vonnissen … mag dan nu wel vast staan', 10 april 1827, HTK 1826-1827 p. 367, ook aangehaald door De Hullu 1989, p. 18.

te vorderen; (dáárin was) de ware mildheid van beginselen gelegen welke de behoorlijke uitoefening van het strafrecht moet kenschetsen'.[67]

De waarborg voor een strafrechtspraak zonder dwalingen werd aldus gevonden in rechterlijke colleges die zouden worden samengesteld uit meer 'onherroepelijke' rechters. In het ontwerp had men vier, zes of acht rechters op het oog, voor resp. de kantongerechten, de correctionele rechtbanken en de departementale hoven.[68] De wijze waarop de materiële waarheid zou worden ontdekt, was kortom met zodanige garanties omringd dat - naar menselijke berekening - alleen juiste beslissingen zouden worden genomen.

2.3 Wijzigingen ten opzichte van het oudvaderlandse recht

Uit de beslissing om het geldende Franse recht als uitgangspunt te kiezen, vloeiden enkele in het oog springende wijzigingen voort ten opzichte van het oudvaderlandse recht. Zo werd het onderscheid tussen extraordinaire en ordinaire procedures losgelaten en werd de onafhankelijkheid van de strafrechter beter in de wet verankerd. Dit laatste werd enerzijds bewerkstelligd door in beginsel uitsluitend aan het openbaar ministerie de bevoegdheid tot vervolging te geven[69] en anderzijds door een waterscheiding aan te brengen tussen de onderzoeksrechter en de zittingsrechter.[70] De Franse cassatie- en herzieningsprocedures werden overgenomen en de mogelijkheid van herziening uitgebreid.[71]

---

67 Memorie van Beantwoording OSr 1827, Noordziek 1884, p. 242. Tien jaar na invoering van het wetboek zou De Pinto dit soort loftuitingen als 'hoogdravende hallelujah's' afdoen. A. de Pinto 1882 II, p. 3. o.a. geciteerd (uit de druk van 1848) door Kamerlid Mackay op 13 oktober 1885, in Smidt 1886, p. 24.

68 Deze aantallen zouden al snel lager worden. In 1838 gold voor de correctionele rechtbanken 'ten minste drie' (art. 56 RO 1838, ook in De Bosch Kemper III, p. 6.) en voor de hoven 'zes' (art. 67 jo 71 RO 1838). Over de vermindering van het aantal raadsheren zie De Hullu 1889, p. 18, 19 en de daar genoemde parlementaire bronnen.

69 De Bosch Kemper I, p. 155, art. 22 Sv 1838. Zie voor de uitzonderingen Knigge 1994, par. 3.2, p. 80 e.v.. Knigge concludeert uit de regeling van 1838 dat daarin de gedachte behouden bleef 'dat het onderzoek naar mogelijk gepleegde strafbare feiten het werk van de *rechter* was'. Dit is juist, maar moet wel zo worden verstaan dat de rechter - anders dan in het oudvaderlandse recht - alleen door het requisitoir van de officier van justitie bij het onderzoek kon worden betrokken (vgl. artt. 58, 83 Sv 1838).

70 Vgl. de MvT OSv 1829 Noordziek 1888, p. 196, onder punt 5 en bij de bespreking van titel 1, p. 199. Zie ook De Bosch Kemper I, p. 299, over rol van de rechter-commissaris ten opzichte van de openbare aanklager en rechtbank en het onderscheid tussen de voorlopige informatiën en de instructie. De macht van de onderzoeksrechter zou echter aanzienlijk minder groot zijn dan van de Franse *juge d' instruction*, Voorduin VI, p. XI.

71 MvT bij titel 16, OSv 1829, Noordziek 1888, p. 197, 208; de uitbreiding had betrekking op het soort straf dat kon worden herzien. Onder de CIC kwamen daarvoor alleen de infamerende straffen in aanmerking; in het Nederlands ontwerp werd 'tot het herstel van een regterlijke dwaling de meest mogelijke ruimte gelaten'.

Juryrechtspraak en openbaarheid van de terechtzitting vormden de heetste hangijzers. Van deze onderwerpen was de regering nog steeds allerminst gecharmeerd. Oordeelsvelling over schuld en onschuld op basis van de innerlijke overtuiging van een aantal gezworenen - bewijs op *la conviction intime* - achtten de regering en de meeste afgevaardigden een onbetrouwbare methode van waarheidsvinding, terwijl openbaarheid dat proces van waarheidsvinding bovendien nog zou frustreren.[72] Het pleidooi voor de invoering van juryrechtspraak won het uiteindelijk niet,[73] maar dat voor de openbaarheid wel.[74] Als waarborg voor een evenwichtig oordeel over de schuldvraag bracht het ontwerp het - later zo genoemde - 'negatief wettelijk bewijsstelsel' naar voren. De rechter diende aan de hand van bij de wet voorgeschreven bewijsminima in combinatie met zijn eigen 'zedelijke' overtuiging tot het bewijs van het feit te komen.[75] De door de wet voorgeschreven bewijsminima dienden ertoe om de burger tegen vooringenomenheid van de rechter te beschermen.[76]

2.4 De procedure bij het gerechtshof wordt de basis

Omdat in de aanloop naar het Wetboek van Strafvordering de aandacht allereerst uitging naar de berechting van de ernstigste strafbare feiten, werden de belangrijkste veranderingen toegelicht aan de hand van de procedure bij het hof. Dat zou namelijk de procedure worden voor de berechting van die ernstiger feiten. De lichtere delicten, die waarop geen lijf- of onterende straffen waren gesteld,[77] zouden door de correctionele rechtbanken of de kantongerechten wor-

---

72 Zie voor een samenvatting van alle argumenten Van Lent 2008, p. 36, 37.

73 Zie de beschrijving van deze geschiedenis door Bossers 1987. Bossers geeft o.m. een gedetailleerd overzicht van de stemverhoudingen; de zuidelijke afgevaardigden waren in grote meerderheid voor, de noordelijken waren op één na tegen, p. 111.

74 De externe openbaarheid van de terechtzitting werd vastgelegd in de Wet RO 18 april 1827, art. 20 (aangehaald in De Bosch Kemper II, p. 388). Dit wetboek trad in 1838 in werking. Het beginsel zou in 1848 in de Grondwet worden verankerd, art. 156 GW 1848. Over de historie van de externe openbaarheid in de strafrechtspraak zie Van Lent 2008.

75 MvT OSv 1829, Noordziek 1888, p. 209, 210, art. 417 Sv 1838.

76 MvT OSv 1829, Noordziek 1888, p. 209.

77 'Correctionele zaken' waren die waarop geen lijf- of onterende straf was gesteld, maar wel een zwaardere straf dan gevangenisstraf van 7 dagen of een geldboete van 75 gulden, samen of afzonderlijk, met uitzondering van belastingovertredingen en zaken tegen jeugdigen, zie de artt. 44, 56 en 67 RO 1838, De Bosch Kemper III, p. 7. De lijf- en onterende straffen genoemd in art. 67 RO waren die welke in art. 7 *Code Pénal* als zodanig werden aangeduid, e.e.a zoals gewijzigd door het Gesel- en worgbesluit 1813. Dit komt neer op de volgende opsomming:
- *lijf- en onterende straffen* waren de doodstraf, tijdelijke opsluiting in rasp- of spinhuis voor maximaal 20 jaar en deportatie; deze straffen konden worden voorafgegaan door geseling of brandmerking;
- *onterende straffen* waren te pronkstelling, geseling en eerloosverklaring, verbanning en verlies van alle burgerlijke rechten, (en brandmerking bij valsheid);

den afgedaan.[78] Dat betekende niet dat in die procedures andere strafprocesrechtelijke principes golden. Voor de procedures bij de lagere gerechten werden in de wet slechts uitzonderingen van meer praktische aard opgenomen.[79] Deze uitzonderingen kunnen, althans voor wat betreft ons onderwerp, van ondergeschikt belang worden geacht. De algemene uitgangspunten zoals verwoord in toelichting op de wetsvoorstellen golden de strafrechtelijke procedures bij alle gerechten. Dat geldt ook de voorstellen met betrekking tot het bewijsstelsel en het gezag van gewijsde. De in de wet genoemde procedurele verschillen tastten deze principes niet aan. In de hierna volgende bespreking worden de veranderingen daarom toegelicht aan de hand van de procedure bij het hof, waar nodig aangevuld met opmerkingen ten aanzien van de procedure voor de correctionele rechtbanken.

2.5 Het onschuldbeginsel dringt door in de bewijsbeslissing

Een gevolg van het nieuwe bewijsstelsel was de explicitering van het onschuldbeginsel. Dit beginsel uitte zich in de bewijsbeslissing. Doordat nog slechts de vraag diende te worden gesteld of de rechter door de wettige bewijsmiddelen de 'zedelijke overtuiging van de schuld had bekomen', was duidelijk dat onschuld niet meer bewezen behoefde te worden: een ieder behoorde voor onschuldig te worden gehouden, 'zoolang het tegendeel niet middagklaar is aangetoond', aldus de memorie van toelichting.[80] De bepalingen waar het om ging, werden voorge-

- *correctionele straffen* waren tijdelijke opsluiting in een tuchthuis met werk naar keuze, maximaal 5 jaar, eerloosverklaring en geldboete.

78 Tot aan de invoering van de Franse wetgeving waren de procedurevoorschriften voor de berechting van alle strafbare feiten die werden berecht na verlening van eerste of tweede rechtsingang hetzelfde geweest; het door de Fransen gemaakte onderscheid tussen de berechting door de juryhoven en rechtbanken veranderde dat. Nu de jury weer was afgeschaft bestond er geen aanleiding om de procedurele verschillen te handhaven. Als het ware 'natuurlijk' viel men terug op de berechting door de hoven. Wel werden nu enkele vereenvoudigingen aangebracht in de berechting voor de lagere gerechten. Art. 22 Sv 1838, over de vervolging door de officier van justitie, spreekt dan ook over de berechting van één soort delicten, namelijk 'misdrijven waarvan de kennisneming behoort aan de geregtshoven en aan de arrondissementsregtbanken'. Vgl. De Bosch Kemper III, p. 2-6.

79 Art. 227, zesde titel, 'Van het regstgeding in correctionnele zaken', Sv 1838. De Bosch Kemper III, p. 4, schrijft bij deze titel: 'De omstandigheid, dat de behandeling van correctionele zaken slechts uitzonderingen bevat van de regstpleging bij misdaden, is rijk aan belangrijke gevolgtrekkingen; door dezelve toch moeten niet alleen de bepalingen van dezen Titel als uitzonderingen worden uitgelegd; maar daarenboven zijn alle beginselen, welke niet uitsluitend verbonden zijn aan regtshandelingen, die alleen bij het regtsgeding van misdaden zijn voorgeschreven, ook op de behandeling van correctionele zaken toepasselijk gemaakt, zoo als bijv. het beginsel omtrent zamenhangende misdrijven, enz.'. De Pinto 1848-II, p. 378, laat zich in vergelijkbare bewoordingen uit.

80 MvT OSv 1829, Noordziek 1888, p. 210.

steld in de vijfde titel 'Van het regtsgeding op de teregtzitting van het provinciaal hof'. Het wetsvoorstel bepaalde omtrent het bewijsoordeel:[81]

> *Het hof zal vervolgens, naar aanleiding van de acte van beschuldiging*[82] *en van hetgeen uit het onderzoek op de teregtzitting is gebleken, beraadslagen over het bewezene of niet bewezene der daadzaken, over derzelver qualificatie, over het bewezene der schuld van den beschuldigde aan de daadzaken, en laatstelijk over de toepassing der straf, bij de wet bepaald* (art. 25, vijfde titel, OSv 1828).

Het is de voorloper van het huidig artikel 350 Sv, houdende de vier materiële vragen (de bewezenverklaring, de kwalificatie, de strafbaarheid van feit en dader en de straftoemeting). De opbouw van de vragen in artikel 25 OSv 1828 volgt uit de middeleeuwse procesfasering. Eerst diende in de *inquisitio generalis* immers het bestaan van het feit te worden vastgesteld, hetgeen overeenstemt met de vraag naar '*het bewezene of niet bewezene der daadzaaken*'; vervolgens moest worden onderzocht of die daadzaken wel een strafbaar feit opleverden, en daarna volgde de *inquisitio specialis*, het onderzoek naar de schuld van de beklaagde aan het strafbare feit, in de woorden van het wetsartikel: '*het bewezene der schuld van den beschuldigde aan de daadzaken*'. In de eerste vraag kwam dus de vaststelling van de feiten aan de orde, in de tweede de kwalificatie van die feiten en in de derde vraag de vraag naar het *bewezen zijn* van de 'schuld', dus (ook) de vraag naar het bestaan van strafuitsluitingsgronden. Deze vraagstelling zou tot gevolg hebben dat de schuldvraag, inclusief het bestaan van strafuitsluitingsgronden, als een bewijskwestie werd behandeld. Bij het niet-bewezen zijn van de schuld volgde dus een vrijspraak.[83] Wanneer het hof de beschuldigde '*schuldig oordeelt*' (art. 26) volgde strafoplegging en veroordeling in de kosten. De vrijspraak werd aldus geformuleerd:[84]

> '*Wanneer de beschuldigde niet schuldig wordt geoordeeld, zal het hof denzelven van de beschuldiging vrijspreken, en wanneer hij gevangen is, deszelfs in vrijheidstelling bevelen, tenzij hij om andere redenen in hechtenis mogt zijn*' (art. 27 vijfde titel, OSv 1828).

Het nieuwe bewijsstelsel liep dus van het oordeel 'bewezen' of 'niet bewezen' der daadzaken (art. 25) naar de beslissing '*schuldig*' of '*niet schuldig*' aan die daadzaken

---

81 Artt. 25 vijfde titel, OSv 1828, art. 26 vijfde titel OSv 1829. Het vond vervolg in de art. 163 Sv 1830 en art. 206 Sv 1838.

82 In de procedure bij rechtbank en kantongerecht moet in plaats van 'akte van beschuldiging' gelezen worden 'akte van dagvaarding', De Bosch Kemper III, p. 29, 30.

83 Zie voorts par. 2.9.6 hierna, '*De eindbeslissingen*'.

84 Art. 27 vijfde titel, OSv 1828, art. 28 vijfde titel, OSv 1829. Deze bepaling zou vervolg vinden in de artt. 165 Sv 1830, Sv 1836 en art. 210 Sv 1838, zie Voorduin VII, p. 121.

(artt. 26 en 27). Dat de beperking tot de keuze 'wel of niet schuldig' de rechter dwong om te veroordelen dan wel vrij te spreken en dat dit tot ongewenst resultaat kon hebben dat wel eens ten onrechte zou worden vrijgesproken, was inbegrepen. Dit was naar de mening van de regering:

> 'een geringer kwaad in de maatschappij dan de veroordeling van één onschuldig mensch'.[85]

Omtrent de kracht van de vrijspraak werd conform artikel 360 *Code d'instruction criminelle* bepaald:[86]

> '*Een ieder die vrijgesproken is, kan ter zake van hetzelfde feit niet weder in regten worden betrokken*' (art. 32 vijfde titel, OSv 1828).

We vinden hier dezelfde asymmetrie als in de Franse *Code*. Over de kracht van de veroordeling werd namelijk geen bepaling opgenomen. Bovendien stond het verbod net als in Frankrijk alleen in de titel over de terechtzitting bij het hof. Hieruit mag echter niet worden geconcludeerd dat de strekking van de bepaling zo beperkt moest worden gelezen. Dat volgt reeds uit de hierboven uiteengezette opbouw van het wetboek, waarin de algemene principes werden uitgedrukt in de procedure voor het gerechtshof en alleen om praktische redenen uitzonderingen werden gemaakt in de regeling van de procedures voor de lagere gerechten. Ik zal daarop hierna nog ingaan, maar eerst volgt een bespreking van de tegen dit artikel aangevoerde bezwaren en het antwoord van de regering daarop.

2.6 Pleidooien voor het behoud van de middenbeslissing

Nog niet iedereen was de mening toegedaan dat elke vrijspraak definitief moest zijn. De vraag of niet ook de onschuld bewezen moest worden werd nog enkele malen opgeworpen. Daarbij werd geopperd om de derde weg, de middenbeslissing, te behouden. In het wetgevingstraject van 1828/1829 bepleitte een meerderheid van twee van de zeven afdelingen van de Tweede Kamer om de rechter behalve vrijspraak en veroordeling ook de mogelijkheid te geven tot het verlenen van ontslag van instantie. Bij deze afdelingen[87] overheerste het gevoel dat onder-

---

85 MvT OSv 1829, Noordziek 1888, p. 211 onder.

86 Art. 32 vijfde titel, OSv 1828, art. 33, vijfde titel, OSv 1829. Deze bepaling zou vervolg vinden in de art. 170 Sv 1830, Sv 1836 en art. 218 Sv 1838.

87 Art. 107 GW 1815 bepaalde dat indien door de Koning het gevoelen van de Kamer werd ingeroepen, de Tweede Kamer bij loting zou worden verdeeld in afdelingen; op basis van het nummer van de afdeling kan dus niet worden nagegaan of de hier bedoelde afdelingen een bepaalde regio van het land vertegenwoordigden. Art. 107 luidde: '*Over eenig ingekomen voorstel des Konings, wordt bij de volle Kamer niet geraadpleegd, dan na dat hetzelve is overwogen in de onderscheidene*

scheid gemaakt moest worden tussen een vrijspraak wegens bewezen onschuld en een vrijspraak wegens gebrek aan bewijs. Eén van de leden van de Eerste Afdeling vond dat dit 'niet alleen in het algemeen belang is maar ook in het belang van degenen die worden vrijgesproken omdat ze daadwerkelijk onschuldig zijn'.[88] De vrijspraak van degene wiens onschuld was aangetoond, was volgens dat lid 'eervol' en de vrijspraak voor degene wiens onschuld niet was bewezen, was dat niet; die vrijspraak was met andere woorden 'oneervol'. De achterliggende gedachte was dat de eervol vrijgesprokene geen eervolle vrijspraak kreeg en net zo zou worden behandeld als een oneervolle vrijgesprokene. De andere gedachte van dit lid was dat een oneervolle vrijspraak niet definitief zou mogen zijn. Hij refereerde aan de oude rechtspraak van '*presque toutes les provinces de notre Royaume*'. Die rechtspraak zou laten zien dat de middenbeslissing in bijna alle provincies van het Koninkrijk in gebruik was geweest. Door de meerderheid van deze Eerste Afdeling werd voorgesteld om in gevallen van oneervolle vrijspraak een termijn van maximaal 5 jaar aan te houden voor '*poursuites ultérieures ou nouvelles*' (latere of nieuwe vervolgingen).[89] Dit voorstel haalde de middenbeslissing dus weer terug. De Afdeling liet met de aanduiding 'latere of nieuwe vervolgingen', de kwestie open of in geval van een oneervolle vrijspraak de rechtsingang zou voortduren (in welk geval je kunt spreken van *poursuite ultérieure,* een latere vervolging) dan wel dat die beslissing het einde van de rechtsingang betekende (in welk geval je kunt spreken van *une poursuite nouvelle*, een nieuwe vervolging). Het is precies het probleem dat al zo vele jaren onopgelost was gebleven en door de vraagstellers ook nu weer in het midden werd gelaten.

De leden van de Vierde Afdeling wezen voor hun standpunt voor het wettelijk vastleggen van de middenbeslissing op een actuele Franse casus. Het betrof de moord op de Franse publicist Paul Louis Courier. De verdachte van de moord zou ten onrechte zijn vrijgesproken. Dat zou blijken uit verklaringen van getuigen die destijds - uit angst voor de dader en zijn medeplichtigen - hun mond hadden gehouden. Artikel 360 CIC stond nu aan heropening van de zaak in de weg. Het mocht duidelijk zijn, zo hielden deze afgevaardigden de Minister voor, dat

---

nieuwd worden'. Het doel van de bepaling was een zo zuiver mogelijke afspiegeling van het gevoelen van de vertegenwoordigers te krijgen, omdat de Koning overtuigd was van 'het nut van eene gestadige en onderlinge verhouding tusschen de leden der vergadering uit de verschillende oorden van het Rijk te zamen gevloeid, en tevens van het daarstellen eener gemakkelijke wijze om aan allen de ware gronden en de tederste bedenkingen te doen kennen welke ter aanneming of verwerping van eenig voorstel leiden kunnen.' (Uit de toelichting in het Staatsblad bij art. 107 GW 1815, zoals online gepubliceerd door het PDC.

88 Note B, opgenomen in Noordziek 1888, p. 233.

89 Procesen-verbaal Eerste Afdeling bij artt. 28 en 33, Vijfde titel, OSv 1829, Noordziek 1888, p. 232, 233 en 462.

dit een zeer onwenselijk scenario was.[90] De Eerste Afdeling sloot zich hierbij aan.[91]

2.7 Het beroep op *non bis in idem*

De Minister en de regering zagen echter niets in deze voorstellen. Zo weinig ontvankelijk als zij zich hadden getoond voor de wens van openbaarheid[92] zo ruimhartig betoonden zij zich als het erom ging een eventuele onterechte vrijspraak te incasseren. Individuele rechtszekerheid won het nu ruimschoots van de materiële waarheid. De Minister antwoordde dat 'men niet kon toegeven' aan het voorstel om het bedoelde onderscheid te maken en nog 'veel minder aan het voorstel om de deur open te laten, ten einde iemand, die *op de teregtzitting* is vrijgesproken, nog 5 jaren *sub reatu*[93] te kunnen houden.' En de Minister vervolgde:[94]

> 'Hoeveel er ook in het afgetrokkene (in abstracto, wvh) voor deze laatste meening te zeggen moge zijn, schijnt het veiliger en meer ordelijk het systema aan te nemen, dat, wanneer de zaak eenmaal ter teregtzitting is gebragt en behandeld, de regter den beschuldigde behoort te *veroordelen* of *vrij te spreken*, en nimmer het *bis in idem* behoort geoorloofd te zijn. Men erkent dat er gevallen kunnen bestaan, waarin de stellige bewijzen van schuld, *na de teregtstelling* kunnen worden ontdekt; doch in die zeldzame gevallen, is het beter den misdadiger ongestraft te laten, dan eene zoodanige wijde deur te openen, waardoor iemand die *definitievelijk* is teregt gesteld, vele jaren in ongerustheid zoude doorbrengen'.

'Veiliger en meer ordelijk' noemde de Minister dus de keuze om de middenbeslissing niet opnieuw te introduceren en hij beriep zich daarbij op de regel '*bis in idem*.' De verwijzing naar de spreuk duidt erop dat hij zich had laten inspireren door Franse literatuur over dit onderwerp. Daar had de uitdrukking immers ingang gevonden. In de Nederlandse wetsgeschiedenis en literatuur tot dan toe

---

90 Procesen-verbaal Vierde Afdeling bij artt. 28 en art. 33, Vijfde titel, OSv 1829, Noordziek 1888, p. 314.

91 Tweede Processen-verbaal Eerste Afdeling bij artt. 28 en 33, Vijfde titel, OSv 1829, Noordziek 1888, p. 462.

92 Van Lent 2008, p. 36.

93 De minister ging er dus van uit dat de staat van beschuldiging zou voortduren. Dit is een uitleg aan de absolutie van instantie die niet van zelf spreekt; de absolutie van instantie deed immers de beschuldiging juist teniet, althans naar de ideeën van bijv. Voorda en de ontwerpers van het OLW 1804. De uitspraak van de Minister kan twee dingen betekenen: ofwel hij gaf hier een andere uitleg aan de absolutie van instantie dan Voorda en de codificatiecommissie hadden gedaan, ofwel hij maakte gebruik van retorische overdrijving om zijn woorden kracht bij te zetten.

94 Memorie van beantwoording, 2 februari 1830, opgenomen in Noordziek 1888, p. 402.

kwam een verwijzing naar de spreuk niet voor.[95] Maar al was die spreuk hier dan nog niet ingeburgerd, het principe dat daaraan ten grondslag lag - toen met name: de veiligheid van de burger - was dat wel. Toen de Minister de uitdrukking '*bis in idem*' aanhaalde, deed hij dat immers net als Elout destijds[96] in samenhang met de rechtszekerheid van de individuele burger die 'definitievelijk teregt was gesteld' of wel degene die een volledige rechtsgang had ondergaan. De Minister benadrukte zo de persoonlijke vrijheid van de burger die was vrijgesproken nadat de zaak eenmaal op de zitting was gebracht en daar was behandeld. Zou de Minister de autoriteit van het vonnis en de eenmaal vastgestelde waarheid belangrijker hebben gevonden, dan had hij kunnen verwijzen naar de regel van Romeinse oorsprong: *res judicata, inter litigantes, pro veritate habetur*, zoals De Bosch Kemper bij zijn bespreking van de verbodsbepaling deed.[97] Nu de Minister aan die spreuk niet refereerde maar verwees naar de regel '*non bis in idem*', lijkt het erop dat hij die uitsluitend gebruikte om daarmee het beschermende aspect van de regel te benadrukken, hier door hem verbonden met de aanduiding 'veiliger'.

2.8 Het beroep op de procesorde

Behalve 'veiliger' noemde de Minister de gemaakte keuze ook 'ordelijker'. Wat hij daarmee bedoelde is niet helemaal duidelijk maar de bedoeling van dit woord 'ordelijker' zou kunnen worden afgeleid uit een later door hem gegeven toelichting. Die gaf hij tijdens de behandeling van de wijzigingsvoorstellen van het Wetboek van Strafvordering 1830, in 1836. Bij die gelegenheid waren er nog slechts twee leden van de Kamer die kritiek oefenden op de redactie van het verbod van herhaling. Zij vonden het verbod 'te bepaald'[98] en wezen daarbij opnieuw op de affaire Courier.[99] Maar de Minister hield voet bij stuk en benadrukte het belang van het verbod van herhaling als volgt:[100]

> 'Dit artikel is hoogst gewigtig, en bevat den regel *non bis in idem*. Volgens art. 135 en volgende (Sv 1830, wvh), kunnen *voor* de teregtstelling van den beklaagde, nieuwe bezwaren tegen hem rijzen. Doch is hij eens openlijk teregt gesteld

---

95 De Bosch Kemper II, p. 605, verwees in dit verband bijvoorbeeld naar Merlin.

96 Elout had verklaard: '*De reden* (voor het verbod van herhaling, wvh) *ligt daarin, dat er een eind aan een beschuldiging zijn moet en dat iemand die, eens berecht doch van misdaad niet overtuigd, van de reatus ontslagen is, niet ten tweede male gevaar loopt*', zie Hoofdstuk 8, par. 5.5.2.

97 De Bosch Kemper II, p. 604, bij art. 218 Sv 1838, de voortzetting van art. 32 resp. 33 uit titel 5 OSv 1828, resp. 1829, hierboven aangehaald.

98 Art. 170 Sv 1830, dat luidde zoals het hiervoor geciteerde art. 32, vijfde titel OSv 1828: '*Een ieder die vrijgesproken is, kan ter zake van hetzelfde feit niet weder in regten worden betrokken*'.

99 Leden van de Vijfde Afdeling, Beraadslagingen Herziening Sv 1835/1836, no. 17, p. 74, vermeld in Voorduin VII, p. 135.

100 MvA in Processen-verbaal 1835/1836, no. 17b, p. 6, ook aangehaald in Voorduin VII, p. 136.

> en vrijgesproken, dan moet hij niet zijn bloot gesteld, ter zelfder oorzake nader vervolgd te worden'.

Zo te zien had de Minister hier de *proces*orde op het oog. Hij noemde in het hiervoor aangehaalde citaat immers twee regels van processuele aard, de ene - omtrent de herneming van de vervolging bij nieuwe bezwaren - was oud, de andere - omtrent de openbaarheid ter zitting - was nieuw. Het hernemen van de vervolging na het opkomen van nieuw bewijs was een oude regel, één die voorheen kon worden toegepast na elk 'ontslag'.[101] De 'nieuwe bezwaren' werden wel voor het eerst in 1830 in de wet gedefinieerd (136 Sv 1830).[102] De regel waarnaar de Minister verwees luidde:

> '*De beklaagde te wiens aanzien het hof beslist heeft dat er geene termen zijn tot teregtstelling, zal wegens hetzelfde feit niet meer in regten mogen worden betrokken, ten zij er nieuwe bezwaren mogten zijn ingekomen*' (art. 135 Sv 1830).[103]

Het artikel had betrekking op de situatie dat de raadkamer van het hof besloten had om de zaak niet naar de zitting te verwijzen (art. 114 Sv 1830).[104] Die beslissing viel op het moment waarop van oudsher de verwijzingsbeslissing werd genomen. In de Manier van procederen in het Decreet 1799 was dat het moment waarop het hof moest kiezen uit het meerkeuzemodel neergelegd in de artikelen 107 en volgende Manier van procederen. Dat meerkeuzemodel was verlaten, maar deze raadkamerprocedure was gehandhaafd. Nu waren de keuzes beperkt tot het laten verrichten van nader onderzoek,[105] het aanvullen van de stukken,[106] of het al dan niet verwijzen naar de zitting.[107] Werd er niet naar de zitting verwezen dan werd het arrest 'geene termen tot teregstelling' gewezen (zie hierna, par. 2.9.3). Het door de minister aangehaalde artikel liet in dat geval slechts een nieuwe vervolging toe na het opkomen van 'nieuwe bezwaren'. De Minister verwees hier kortom naar de situatie waarin iemand in staat van beschuldiging was gesteld en tegen wie een geheim vooronderzoek had plaats gevonden en wiens zaak daarna aan het hof was voorgelegd voor de beslissing omtrent de verdere vervolging. De beklaagde werd door het hof niet naar de terechtzitting verwezen en zo van verdere vervolging ontslagen, maar het recht tot vervolging was niet vervallen. Nieuwe bezwaren maakten heropening mogelijk. Zo begrepen was de bepa-

---

101 Vgl. art. 169 Ontwerp Farjon en art. 1117 WRI (Hoofdstuk 8, par. 6.2.2 en 6.4) waarin gerept werd van 'genoegzame bezwaren'.

102 Art. 136 Sv 1830 is vernummerd naar art. 168 Sv 1838, huidig art. 255 lid 2 Sv.

103 Art. 135 Sv 1830 is vernummerd naar art. 167 Sv 1838, huidig art. 250 lid 4 Sv.

104 Hoofdstuk 8, par. 4.4.

105 Art. 131 Sv 1838.

106 Art. 132 Sv 1838.

107 Art. 133-135 Sv 1838.

ling inderdaad behalve 'veiliger' ook meer 'ordelijk'. Er bestond in deze wetgeving immers een ander, processueel duidelijk aanwijsbaar en geschikt moment om de 'middenbeslissing' te nemen. De tweede procesregel waarop de Minister zich beriep, de '*openlijke* teregtstelling'[108] ofwel de openbare terechtzitting, was nieuw. De openbaarheid die in het Wetboek van Strafvordering zou worden ingevoerd achtte de Minister dus voor de gemaakte keuze van belang. Aan een tweede openbare behandeling mocht de beschuldigde niet worden blootgesteld. Kennelijk doelde de minister op de voor de beschuldigde negatieve aspecten van die openbaarheid, het schandmerkende ervan. Maar mogelijk doelde hij ook op het (uitgebreide) onderzoek ter terechtzitting dat borg kon staan voor een afdoende behandeling van de zaak.

Beide regels samen, de mogelijkheid tot hervatting van een vervolging die was geëindigd vóór de 'openlijke teregtstelling' en de openbare zitting zelf, zouden naar de mening van de Minister voldoende waarborgen dat een zaak die eenmaal op de zitting was aangebracht ook tot het juiste eindresultaat zouden leiden. Anderzijds wilde hij de beschuldigde bescherming bieden tegen herhaalde openlijke terechtstelling nadat hij was vrijgesproken. Als dus na een openbare behandeling ter zitting de betrokkene werd vrijgesproken en later zou blijken dat dit ten onrechte kon zijn geweest, dan diende het belang van de gewezen beschuldigde voorrang te krijgen boven het opsporings- c.q. berechtingsbelang. Het laatste moment waarop nog kon worden afgezien van de definitieve eindbeslissing werd gelegd bij de raadkamerbeslissing van het hof, na het einde van de geheime instructie en vóór het begin van de openbare zitting. Dit moment viel samen met het opengaan van de deuren van de terechtzitting. De mogelijkheid om de beschuldigde nog van de vervolging te ontslaan tijdens het proces in engere zin, de procedure op convictie, waarin zowel het Decreet 1799 als de WRI 1809 en het ontwerp 1815 hadden voorzien, was geschrapt. Er was sprake van een modernere middenbeslissing, één die viel tussen het vooronderzoek en de openbare zitting.
Dit stelsel hield stand. De 'openlijke teregtstelling' was het moment waarop niet meer van de vervolging kon worden afgezien en waarna de definitieve eindbeslissing, veroordeling of vrijspraak, moest vallen.[109] De externe openbaarheid kan dan ook als belangrijke factor voor de aanvaarding van de definitieve vrijspraak worden beschouwd. De kracht van de definitieve veroordeling bleef in dit debat onbesproken.

---

108 Art. 170 Sv 1838 jo. art. 20 RO 1827.

109 Afgezien van formele einduitspraken en het nog niet gedefinieerde ontslag van alle rechtsvervolging (ovar).

2.9 Het strafproces volgens Sv 1838

Hiervoor is in het kort de procedure beschreven waarbinnen de 'moderne' middenbeslissing tot stand kwam. In deze paragraaf volgt een iets uitvoeriger schets van het 'nieuwe' strafproces. Ik beschrijf dat aan de hand van de procedure voor het hof. Deze gold, zoals gezegd, als basis; de procedures voor de lagere gerechten maakten hierop - voor ons onderwerp ondergeschikte - uitzonderingen. 'Nieuw' heb ik tussen aanhalingstekens geplaatst omdat een aantal procedureregels oud zullen blijken te zijn. Ik beperk me in deze beschrijving tot de hoofdlijn van het proces en spits die vervolgens toe op de momenten waarop in de vóór-Franse wetgevingen een vorm van ontslag kon worden gegeven. De beslissingen derhalve die aan het eind van de achttiende eeuw tot de vraag hebben geleid of die in de weg stonden aan een hervatting van de vervolging indien naderhand nieuwe bewijzen zouden opkomen.

2.9.1 Rechtsingang

In het nieuwe strafproces stond het onderzoek naar het bestaan van het misdrijf en het opsporen van de dader (de vroegere *inquisitio generalis*) onder leiding van het openbaar ministerie.[110] Dit kon daarin worden bijgestaan door een rechter-commissaris. De rechter had in de opsporing en vervolging dus niet de leiding meer.[111] Het algemene onderzoek, waarin bewijzen (men spreekt weer van 'voorlopige informatiën')[112] werden verzameld, werd gevolgd door het onderzoek naar een verdachte in het bijzonder, de 'beklaagde'. Hier stapte de regeling over op de fase die vroeger werd aangeduid met *inquisitio specialis*, de fase waarin tot nog toe bewijsverzameling en eindbehandeling nauwelijks van elkaar te onderscheiden waren geweest.[113] Deze *inquisitio specialis* werd in het wetboek van 1838 verdeeld over een geheime instructie en een openbare mondelinge behandeling ter terechtzitting. De instructie stond onder leiding van een rechter-commissaris, de zitting stond onder leiding van een college van rechters in het hof. Instructie en terechtzitting vonden plaats na door de rechtbank verleende rechtsingang en verleend verlof tot verdere vervolging (geregeld in de derde titel), en na de verwijzing naar de openbare zitting door het hof (geregeld in de vierde titel).

Rechtsingang werd verleend op basis van de in het algemene onderzoek vergaarde bewijsmiddelen. Dit aloude instituut dat al bestond vóór de Ordonnantiën van Philips II werd dus behouden, maar het was niet meer in álle gevallen voorge-

---

110 De Bosch Kemper I, p. 108, Sv 1838 artt. 11 e.v. en 22 e.v.

111 De Bosch Kemper I, p. 303, Sv 1838 artt. 55 e.v.

112 De Bosch Kemper I, p. 109, 110 en p. 304 e.v.

113 Althans gelet op de geschreven rechtsregels; een onderzoek naar de feitelijke toepassing van de bepalingen zou hierop mogelijk een ander licht kunnen werpen.

schreven, namelijk niet in eenvoudige zaken voor de lagere gerechten.[114] Het verlenen van rechtsingang was aan een college van drie rechters toevertrouwd en diende - net zoals dat het geval was geweest onder de Ordonnantiën - als waarborg tegen ongebreidelde inbreuken op de persoonlijke vrijheid. De uitbreiding van het aantal tot drie rechters paste in het hiervoor omschreven motto van het wetboek om met elke beslissing die ingrijpende gevolgen kon hebben voor de rechten van het individu niet één rechter maar een 'collegie' van rechters te belasten. Het vereiste van verlof was nu bovendien niet alleen nodig voor rechtsingang maar ook voor de geheime instructie. Ten opzichte van het oude recht betekende dit dat niet alleen aan gevangenneming en persoonlijke dagvaarding (voorheen: eerste en tweede rechtsingang) maar ook aan de instructie (het onderzoek naar de betrokkenheid van de beklaagde bij het strafbare feit) een rechterlijk verlof vooraf diende te gaan.[115]

De rechtbank kon het verlof tot rechtsingang weigeren indien het feit in haar ogen geen strafbaar feit opleverde of indien er uit het onderzoek onvoldoende bezwaren tegen de beklaagde waren gerezen (art. 86).[116] Indien het feit onvoldoende zwaar was voor berechting door het hof - dat wil zeggen, niet kon worden gekwalificeerd als een misdrijf dat met een lijf- of onterende straf werd bedreigd -[117] kon de rechtbank de zaak naar de correctionele terechtzitting of het kantongerecht verwijzen (art. 87). Behoorde de zaak wel tot de absolute competentie van het hof, dan werd dagvaarding in persoon, gevangenhouding of gevangenneming bevolen en volgde de instructie (art. 88). De beslissingen die het

---

114 In lichtere zaken, en indien tevens geen instructie nodig was om de gronden voor de beschuldiging te verhelderen, kon worden volstaan met een rauwelijkse dagvaarding voor de correctionele rechtbank (art. 222 jo. 87 Sv 1838), vgl. De Bosch Kemper I, p. 109 en III, p. 12, 13, onder 4e. De auteur rekent dit ontbreken van een rechtelijke toets overigens als 'een gebrek in de Nederlandsche Wetgeving'.

115 De Bosch Kemper II, p. 5, 6; De Pinto 1848-II, p. 145: 'Ofschoon het nergens uitdrukkelijk gezegd wordt, blijkt het uit de artt. 83 en 88, dat in criminele zaken altijd ene instructie moet voorafgaan'; p. 147: 'Het regterlijk verlof tot het aanvangen der instructie noemt men 'regtsingang' en bij hetzelfde vonnis, waarbij die verleend wordt, wordt tevens verleend het zij een bevel van dagvaarding in persoon, het zij van gevangenneming, of indien de beklaagde zich reeds op ene wettige wijze in hechtenis bevindt, van gevangenhouding (…); p. 148: 'Deze bevelen zijn de decreten of mandamenten van apprehensie of dagvaarding in persoon van de oude praktijk'. De volgorde is dus omgedraaid: 'rechtsingang' werd in de eerste plaats gekoppeld aan de instructie en niet meer aan de bevelen tot apprehensie of dagvaarding.

116 Als de rechtbank bevond dat er 'geene voldoende aanwijzing van schuld' tegen de beklaagde bestond, moest zij eerst een nader onderzoek bevelen en kon zij tevens de beklaagde in vrijheid stellen (art. 86). De Bosch Kemper II, p. 36, spreekt hier over 'nadere voorlopige informatiën', in tegenstelling tot 'gerechtelijke informatiën', die de eigenlijke bewijzen zullen gaan vormen.

117 Artt. 88 en 120 Sv 1838, conform artt. 56 en 67 RO 1838. Voor de uitleg van 'lijf- en onterende straf' bleef vooralsnog gelden hetgeen de *Code pénal*, zoals aangevuld door het Gesel- worgbesluit 1813 daarover bepaalde. Zie voor deze straffen par. 2.4, noot 77.

verzoek van de officier van justitie niet volgden, konden vol worden getoetst door het hof. Het hof bepaalde derhalve de vraag naar de haalbaarheid van de zaak (art. 89). Een en ander was een uitwerking van het hiervoor gesignaleerde grondwettelijke voorschrift dat het hof met 'het beleid van de criminele justitie' was belast.[118] Een onherroepelijke weigering om rechtsingang te verlenen, vormde het voorlopig einde van de zaak. Heropening was mogelijk na nieuw verzoek.

2.9.2 *Beslissingen na gehouden instructie*

Volgde uit de instructie dat er onvoldoende bezwaren tegen de beklaagde bestonden, of dat het feit niet strafbaar was, dan stelde de rechtbank de beklaagde buiten verdere vervolging (art. 116).[119] De Bosch Kemper gebruikt daarom voor deze beslissing de aanduiding 'buiten vervolging stelling'.[120] Wederom kon deze beslissing op ingesteld appel worden overruled door het hof (artt. 121-123). Had de instructie daarentegen opgeleverd dat de zaak van voldoende ernst was en dat er genoegzame bezwaren tot verdere vervolging bestonden, dan werd de zaak naar de procureur-generaal bij het gerechtshof verwezen (art. 120). Deze diende de stukken in bij het hof (art. 124) en gaf daarbij zijn visie. Dit heette 'requisitoir' (art. 125). Het hof beraadslaagde hierop in 'raadkamer' (art. 125).[121] De raadkamer was belast met de verwijzing naar de zitting van de bevoegde rechter (artt. 127, 134, 135). Om tot zijn beslissing te komen kon de raadkamer nog weer een onderzoek instellen. Hiertoe was een arrest vereist met opgave van hetgeen te onderzoeken ware en binnen welke termijn.[122] De bewijzen dienden binnen 'de kortst mogelijke termijn te worden ingewonnen' (art. 131). Volgens De Bosch Kemper is dit voorschrift een uitvloeisel van de Franse *plus ample informé*, die in Frankrijk in deze fase zou zijn gegeven. Door het ontbreken van de termijn werden de zaken daar volgens hem 'buitensporig' gerekt.[123] Behoorde het feit tot de bevoegdheid van het hof dan volgde al dan niet een verwijzing naar de openbare zitting van het hof.

---

118 Par. 1.3 en 1.4 hiervoor. MvT, Noordziek II p. 200. De Bosch Kemper II, p. 221, wijst erop dat het hier niet gaat om het wegen van het bewijs van de schuld maar om de vraag of er voldoende bezwaren zijn voor verder onderzoek.

119 Art. 116 staat in de Derde Titel, 'Van het verleenen van regtsingang'. Het betreft de beslissingen van de rechtbank genomen vóór de verzending naar het hof. De bepaling is een voortzetting van art. 53 OCJ, art. 87 MvP Decreet, 169 Ontwerp Farjon, art. 1117 WRI, art. 155 ontwerp 1815, de laatste drie steeds in Titel 8, 'Van de procedures in de eerste en tweede regtsingangen', Hoofdstuk 5: 'Over het aannemen van bewijzen van onschuld, en het disponeren tot ontslag, gedurende de verhooren'. In deze drie artikelen werd de voortzetting van de vervolging na verleend ontslag afhankelijk gesteld van 'genoegzame bezwaren'.

120 De Bosch Kemper II, p. 219.

121 De raadsheren die aan het overleg in raadkamer hadden deelgenomen, mochten nadien bij voorkeur geen deel hebben aan de berechting (art. 171).

122 Vgl. het Ontwerp Van Houten 1808, Hoofdstuk 8, par. 4.8.

123 De Bosch Kemper II, p. 287; over de hier bedoelde *plus ample informé* zie Hoofdstuk 5, par. 2.2.3.

2.9.3 Het arrest 'geene termen tot teregtstelling'

De raadkamer verwees niet als er 'geene termen tot teregtstelling' aanwezig waren. Ook deze beslissing was vervat in een arrest, het arrest 'geene termen tot teregtstelling'. De beslissing van de rechtbank 'tot verdere vervolging' werd door de raadkamer van het hof dus nog eens dunnetjes overgedaan. Het criterium om niet naar de zitting te verwijzen was dat het hof 'geene voldoende blijken vindt van eenig misdrijf of van schuld' (art. 133). In dit criterium zat dus een wegingsfactor met betrekking tot de haalbaarheid van het proces. Het criterium was ruimer gemaakt dan dat in de wet van 1830, dat sprak van 'geen spoor van eenig misdrijf' (art. 114 Sv 1830). Het criterium 'geen spoor' ('*aucune trace*') was ontleend geweest aan het Franse recht en was toegesneden op een berechting door de jury. In het systeem van het Nederlandse wetboek moest het echter als te eng van de hand worden gewezen; het zou te gemakkelijk definitieve vrijspraken kunnen opleveren. Indien immers het criterium om niet te verwijzen zou zijn dat er 'geen spoor' van enig misdrijf was, dan dienden alle twijfelgevallen te worden verwezen. Dan kon niet van verwijzing naar de zitting worden afgezien op de enkele grond dat werd getwijfeld aan de bewijsbaarheid. Dit criterium leverde dus een te grote kans vrijspraak op. Met het criterium dat er 'geene voldoende blijken van eenig misdrijf of van schuld' tegen de beschuldigde bestonden, drukte de wetgever volgens De Bosch Kemper zijn bedoeling beter uit.[124] Een openbare zitting zou alleen plaats vinden indien het voldoende zeker was dat er ook een veroordeling zou volgen. Ondanks de oorspronkelijk Franse bewoordingen kan artikel 133 gezien worden als een oudvaderlandse bepaling; zij correspondeert met de beslissing omtrent het ontslag die kon worden genomen na het binnenkomen van de stukken bij het hof, zoals beschreven in alle vóór-Franse ontwerpen.[125]

De redactie van 1838 liet de raadkamer van het hof dus de vrijheid om de vervolging vanaf dit moment (voorlopig) niet voort te zetten ook als er wel 'sporen' van aanwijzing van schuld tegen de beklaagde lagen. Zo werd de raadkamer van het hof de poortwachter tot een succesvolle vervolging, een vervolging die met een veroordeling zou kunnen (en moeten) eindigen. Volgens De Bosch Kemper

---

124 De Bosch Kemper II, p. 292, 293. 'De bedoeling toch bestaat daarin, dat de teregtzitting worde voorgekomen, wanneer er niet voldoende bezwaren bestaan, om te verwachten, dat op de openbare teregtstelling de bezwaren tot zoodanige volledigheid zullen komen, dat daarop eene veroordeling zal kunnen volgen.' De Franse bepaling stond in art. 229 CIC. De Bosch Kemper wijst erop dat ook Merlin ongelukkig was met die bepaling.

125 Artt. 107 en 108 MvP, artt.1120 en 1121 WRI en artt. 158 en 159 Ontwerp 1815. Anders dan Postma, p. 43, ben ik dan ook van mening dat de raadkamerprocedure niet 'in sterke mate beïnvloed' is door het Franse recht, maar juist meer overeenkomt met de verwijzingsprocedure zoals beschreven in het Decreet 1799. Ook de raadkamerprocedure bij rechtsingang en na afloop van de instructie werd beschreven in het Decreet 1799 (art. 43 resp. 106 MvP).

diende het artikel dan ook het belang van de beklaagde én dat van de gemeenschap, 'daar vrijspraken van beschuldigden dikwijls eenen nadeeligen invloed uitoefenen, en de Staat groote kosten veroorzaken'.[126] De beschuldigde, resp. de officier van justitie, konden tegen het arrest van het hof op een beperkt aantal gronden in cassatie (artt. 150, 151). In het Wetboek van Strafvordering van 1838 werd dus zowel na de instructie als na de verzending naar het hof door de *rechter* onderzocht of er voldoende bewijs was voor een veroordeling en werd door die rechter de beslissing tot verdere vervolging genomen. Daarbij had het hof het laatste woord.[127]

2.9.4 Nieuwe bezwaren

Het arrest van de raadkamer van het hof om niet naar de terechtzitting te verwijzen had tot gevolg dat de beklaagde wegens hetzelfde feit niet meer 'in regten mogt worden betrokken', tenzij er nieuwe bezwaren tegen hem waren ingekomen, het hiervoor, par. 2.8, besproken artikel 135 OSv 1830, vernummerd naar artikel 167 Sv 1838. Voor het eerst was wettelijk gedefinieerd wat onder 'nieuwe bezwaren' moest worden verstaan. Bedoeld werden bewijsmiddelen 'welke door het hof niet hebben kunnen worden onderzocht, doch echter van dien aard zijn, dat zij, of de bewijzen versterken, welke het hof te zwak heeft geoordeeld, of de feiten meer ontwikkelen, tot betere ontdekking van de waarheid' (art. 168). Het arrest 'geen termen' zou dus de gevolgen hebben van een definitieve vrijspraak, 'zoolang de zaak op hetzelfde standpunt blijft ten aanzien van de bezwaren op het feitelijke punt';[128] '*rebus sic stantibus*' zou Clarus hebben gezegd.

De Bosch Kemper was van mening dat voor een hervatting van de procedure na een buitenvervolgingstelling na afloop van de instructie (art. 116) net zoals na arrest 'geene termen tot teregtstelling' (art. 133, 167) het opkomen van nieuwe bezwaren een noodzakelijke voorwaarde diende te zijn,[129] dus dat de rechtsgevolgen in beide gevallen gelijk waren, ook al bepaalde de wet dat niet uitdrukke-

---

126 De Bosch Kemper II, p. 293. Over de raadkamerprocedure meer in Postma 1999, Hoofdstuk 3.5.

127 Pas in 1926 zou de 'buitenvervolgingstelling' worden overgelaten aan het OM in de vorm van een 'kennisgeving niet verdere vervolging' (art. 243 Sv) terwijl het arrest 'geene termen tot teregtstelling' opging in de huidige 'buitenvervolgingstelling' die kan worden uitgesproken in de bezwaarschriftprocedure tegen de dagvaarding of de kennisgeving van verdere vervolging (artt. 250-4 Sv). Vervolging na elk van beide beslissingen is - behoudens de uitzondering genoemd in art. 255 lid 1 Sv - slechts toegelaten tenzij sprake is van 'nieuwe bezwaren' (255 lid 1 en 2 Sv). Zie ook par. 2.12.2 hierna ('Scheiding vervolging en berechting nog niet voltooid'), en Hoofdstuk 10, par. 1.6, over de invoering van de 'buitenvervolgingstelling' in 1886.

128 De Bosch Kemper II, p. 384.

129 De Bosch Kemper II, p. 219, 'ofschoon toch de Wetgever het stilzwijgen omtrent het rechtsgevolg van een vonnis van buitenvervolgingstelling bewaart'.

lijk. De Pinto ging ervan uit dat er wel een klein verschil bestond.[130] Hij beschouwde het arrest 'geen termen' in artikel 133 als een 'middenweg' tussen de buitenvervolgingstelling na verleende instructie (art. 116) enerzijds en vrijspraak ter openbare zitting anderzijds. Hoewel ook hij vond dat er voor een hervatting na een buitenvervolgingstelling door de raadkamer van de rechtbank voldaan moest zijn aan de eis van 'nieuwe bezwaren' achtte hij het arrest 'geene termen' een sterkere waarborg tegen een tweede vervolging, en wel bijna zo sterk als een vrijspraak. Immers mocht de beschuldigde niet meer 'in regten worden betrokken', uitgezonderd na opkomst van nieuwe bezwaren. Dit arrest had volgens De Pinto daarom[131] bijna het gevolg *non bis in idem.* De term 'middenweg' verraadt mogelijk een heimelijk hunkeren naar de *absolutie van instantie*, waarvan in deze wet definitief afscheid was genomen.

2.9.5 Verwijzing naar de openbare terechtzitting

Indien er wel voldoende termen tegen de beschuldigde bestonden, dat wil zeggen bezwaren die de verwachting wettigden dat een veroordeling zou volgen, dan diende het hof 'de teregtstelling' te bevelen ter zake van het 'misdrijf' (art. 135), met 'teregtstelling' doelende op het openbare onderzoek ter terechtzitting en met 'misdrijf' op het feit 'waarover instructie heeft plaats gehad en ter zake waarvan verwijzing door de arrondissementsregtbank is geschied', kortom het historische feit.[132] Het onderzoek ter terechtzitting strekte zich uit over de feiten en niet over de kwalificatie. Die feiten moesten blijken uit de beschrijving in de akte van beschuldiging waarmee de beslissing tot verwijzing naar de openbare zitting aan de beklaagde werd betekend (art. 145).

---

130 'De invrijheidstelling door de raadkamer van het hof kan beschouwd worden als een middenweg tusschen die door de raadkamer der regtbank en die door het hof in de openbare teregtzitting (…) het is iets meer dan het eerste en iets minder dan het laatste; de regel non bis in idem, welke hare volle kracht uitoefent na de vrijspraak van art. 218, is daarop reeds voor een gedeelte van toepassing; want het gevolg daarvan is, dat de beklaagde ter zake van het zelfde feit niet meer in regten betrokken mag worden, uitgezonderd … (nieuwe bezwaren, wvh)', De Pinto 1848, par. 101, p. 219, jo. par. 90, p. 187; 1882, p. 237, 238.

131 De redenering is wel invoelbaar maar niet helemaal begrijpelijk, want de De Pinto is van mening dat ook in het geval van hervatting van de vervolging na buitenvervolgingstelling op grond van art. 116 Sv 1838 sprake moet zijn van nieuwe bezwaren. Het criterium is dus hetzelfde. Het verschil zit hem dan in de autoriteit van de beslissende instantie, maar over een hiërarchie in dit opzicht bepaalt de wet niets.

132 De Bosch Kemper II, p. 297: '*Het misdrijf* betekent in de taal van dit Wetboek, het strafbare feit, waarover het onderzoek loopt, zoodat het dikwijls met het woord feit verwisseld wordt (…)'. Hij noemt vervolgens de artt. 116, 117, 118, 120, en 'in het bijzonder in relatie tot art. 135' nog art. 150 lid 1: 'De beschuldigde kan zich tegen het arrest van teregtstelling in cassatie voorzien, in de volgende gevallen: 1. Indien tegen het feit, in het arrest vermeld, geene lijf- of onteerende straf is bedreigd', en art. 144 lid 2: 'de akte van beschuldiging zal inhouden: 2e. Een duidelijk voorstel van het feit of de feiten aan denzelven (de beschuldigde, wvh) ten laste gelegd, met alle de omstandigheden'.

De akte van beschuldiging in hofzaken (art. 143) gaf - net als onder het Decreet van 1799 - een overzicht van de resultaten van de instructie[133] met in het slot daarvan de eindconclusie, waarin het feit moest worden omschreven waarvan de betrokkene werd beschuldigd (art.144).[134] Volgens De Bosch Kemper was hiermee wederom niet de juridische maar de feitelijke omschrijving van het verweten feit bedoeld. Door de omschrijving in de akte van beschuldiging lag de omvang van het onderzoek ter terechtzitting vast; buiten deze feitsomschrijving mocht het onderzoek niet treden. Dit volgde uit artikel 203, dat de grenzen van de uitbreiding van de akte van beschuldiging bepaalde. Uitbreiding van het feitencomplex mocht op verzoek van de procureur-generaal plaatshebben als het ging om omstandigheden die ter zitting ter sprake waren gekomen en die volgens de wet tot verzwaring van de straf aanleiding konden geven. Het zijn de wettelijke gronden voor strafverzwaring, zoals bedoeld in het huidige artikel 312 Sv. De feitomschrijving in het slot van de akte van beschuldiging bepaalde kortom de grenzen van 'hetzelfde feit'. Volgens De Bosch Kemper bracht dit slot *litis contestatio* teweeg.[135] Hetzelfde gold voor de dagvaarding die werd uitgebracht in correctionele zaken (art. 223). Deze diende volgens De Bosch Kemper niet alleen als basis voor de verdediging, maar bijvoorbeeld ook om 'te voorkomen, dat iemand meer dan ééns voor hetzelfde feit vervolgd worde'.[136]

2.9.6 De eindbeslissingen

Na de betekening van de akte van beschuldiging vond het openbare onderzoek ter terechtzitting plaats (art. 171). Het onderzoek ter terechtzitting werd gesloten na afronding van verhoren en pleidooien en nadat eventuele uitbreiding van de akte van beschuldiging had plaats gevonden (art. 204). Het hof moest vervolgens in raadkamer tot een definitief eindoordeel komen. Het diende zich daartoe 'naar aanleiding van de akte van beschuldiging en van hetgeen uit het onderzoek op de teregtzitting is gebleken' te beraden over de vier materiële vragen, hiervoor vermeld, dus over: 1. '*het bewezene of niet bewezene der daadzaken*',2. '*derzelver qualificatie*', 3. '*het bewezene der schuld van den beschuldigde aan de daadzaken*', en 4. '*de toepassing der straf, bij de wet bepaald*' (art. 206 Sv 1838).[137] Het onderzoek naar de bewezenverklaring beperkte zich tot de daadzaken in de akte van beschuldiging, c.q. dagvaarding, eventueel aangevuld met de verzwarende omstandigheden be-

---

133 De Bosch Kemper II, p. 315.

134 In de procedure voor de correctionele rechtbank, die werd begonnen met een dagvaarding, lag dit feit besloten in de 'akte van dagvaarding', te vergelijken met het slot van de akte van beschuldiging, art. 223 Sv 1838, De Bosch Kemper III, p. 18 e.v.

135 De Bosch Kemper II, p. 316. Hetzelfde gevolg schrijft hij toe aan de akte van dagvaarding, in de procedure voor de correctionele rechtbank, De Bosch Kemper III, p. 8.

136 De Bosch Kemper III, p. 21.

137 Dit artikel is gelijk aan het hiervoor aangehaalde art. 28, vijfde titel, OSv 1828. Het was van overeenkomstige toepassing op het proces bij de correctionele rechtbank, zie par. 2.4 hiervoor.

doeld in artikel 203, mits de beschuldigde daarop tijdens de zitting opmerkzaam was gemaakt en hij in de gelegenheid was gesteld zich daarover uit te laten.[138]
Een veroordeling volgde '*(w)anneer het Hof den beschuldigde schuldig oordeelt*' (art. 207). Dan werd straf opgelegd en tevens de veroordeling in de proceskosten uitgesproken.[139] De veroordeling moest zijn gebaseerd op wettige bewijsmiddelen en op de daaruit voortvloeiende overtuiging van de rechter (art. 427); bovendien kon van veroordeling alleen sprake zijn als het hof daartoe bij meerderheid besliste, dat wil zeggen met minimaal vier van de zes stemmen.[140] Bij het staken der stemmen diende het vonnis in het voordeel van de 'beklaagde' uit te vallen.[141] We zien hier de oude Trajanus- of twijfelregel, *in dubio pro reo*.[142] Deze had tot nu toe wel dienst gedaan om 'erger te voorkomen', bijvoorbeeld om in plaats van te veroordelen de pijnbank toe te passen, of om van instantie te ontslaan of een *poena extraordinaria* op te leggen, maar niet om de doorslag te geven bij de keuze tussen veroordeling en vrijspraak. In het wetsvoorstel diende de *in dubio pro reo*-regel te leiden tot vrijspraak, en wel een definitieve. Tegen de beslissing van het hof stond geen beroep open, tegen de beslissing van de rechtbank wel (art. 241 e.v.).

De vrijspraak werd geregeld in artikel 210. De tekst was ten opzichte van de ontwerptekst een beetje aangepast. In de loop van het codificatieproces was namelijk geprobeerd nog beter tot uiting te laten komen dat in dit proces niet de onschuld van de beschuldigde bewezen hoefde te worden maar alleen diens schuld. De terminologie 'niet schuldig' in de bepaling '*Wanneer de beschuldigde niet schuldig wordt geoordeeld*' (art. 27 OSv 1828) - en die eenvoudig het tegengestelde was van 'schuldig' in de bepaling '*Wanneer het Hof den beschuldigde schuldig oordeelt*' (art. 26 OSv 1828 en art. 207 Sv 1838 hiervoor geciteerd) - liet naar de mening van de

---

138 De Bosch Kemper benadrukte de gebondenheid van de rechter aan deze feiten; déze waren doorslaggevend voor de bewezenverklaring, niet de door de openbare aanklager daaraan gegeven kwalificatie. Dit volgde volgens hem enerzijds uit het systeem van rechtsmiddelen, dat niet voorzag in cassatie tegen een onjuiste kwalificatie en anderzijds uit de bepaling die een tweede vervolging ter zake van hetzelfde feit verbood (art. 218), waarbij De Bosch Kemper het woord 'feit' cursiveerde. Deze opvatting getuigt van een feitelijke opvatting over het begrip 'hetzelfde feit'. Indien zou worden uitgegaan van een kwalificatief feitsbegrip zou immers het tweede argument niet valide zijn; dan is immers geen sprake meer van 'hetzelfde feit' en staat het verbod van vervolging niet aan een tweede vervolging in de weg. De Bosch Kemper II, p. 548, 549.

139 In het tweede lid staat een samenloopbepaling voor strafoplegging bij schuldigverklaring aan meer dan één feit. In dat geval volgt alleen de straf die tegen het zwaarste misdrijf is bedreigd, geldboete en verbeurdverklaring uitgezonderd. In art. 208 staat de bepaling van huidig art. 63 Sr. Ook de regeling van eendaadse samenloop heeft een plek in dit wetboek, onder de naam 'zamenhangende misdrijven' art. 129, De Bosch Kemper II, p. 298. Deze bepalingen verhuisden in 1886 definitief naar het Wetboek van Strafrecht, zie Hoofdstuk 10, par. 2.2.

140 Art. 71 RO 1838.

141 Art. 71 tweede lid RO 1838.

142 Zie Hoofdstuk 4, par. 1.8.3.

wetgever nog te veel ruimte om daarin 'onschuldig' te lezen.[143] De woorden 'niet schuldig' werden daarom vervangen door 'niet bewezen'. Artikel 210 eerste lid kwam daarom te luiden:

> *Indien het hof bevindt dat de schuld van de beschuldigde niet bewezen is, wordt derzelve vrijgesproken* (art. 210 Sv 1838).

Dat uit deze formulering niet zou kunnen blijken op welke grond de vrijspraak berustte, was volgens de minister van geen praktisch belang, behalve misschien voor (het gevoel van) degene die werd vrijgesproken wegens bewezen onschuld. Maar dat hoefde geen nadeel te zijn. Artikel 211 bepaalde 'immers' dat het arrest 'met redenen moest zijn bekleed'. De 'heilzame werking' van dit artikel zou, aldus de minister, 'volkomen' tegemoet komen aan deze praktische bezwaren tegen een niet-gedifferentieerde vrijspraak. Door dit artikel zou de rechter in de gelegenheid zijn 'om in zijne considerans de volledige onschuld des beklaagde uit te spreken'.[144] Het motiveringsvoorschrift in artikel 211 heeft echter, zoals later is gebleken, het hier beoogde effect niet gehad. Er viel dan ook veel op deze wijze van 'eervol vrijspreken' af te dingen. Een dergelijke motivering zou immers de tweedeling aanbrengen die men nu juist wilde vermijden. De Pinto vond toevoegingen over de persoon van de verdachte dan ook 'nodeloos grievend' en 'schandmerkend' en in strijd met het verbod hem te straffen. De rechter was naar zijn oordeel 'geen zeden-meester'.[145]

Behalve veroordeling en vrijspraak onderscheidde de wetgever nog een derde inhoudelijke einduitspraak, het 'ontslag van alle rechtsvervolging'. Dit ontslag werd als volgt geformuleerd:

> '*Indien het hof oordeelt dat het feit noch misdaad, noch wanbedrijf, noch overtreding oplevert, ontslaat het hof de beschuldigde van alle rechtsvervolging*' (art. 210 tweede lid Sv 1838).[146]

---

143 Deze redactie van het dictum zou de regering later te pas komen in haar afwijzing van herziening ten nadele: 'herziening dient om dwalingen te herstellen; vrijspraak is geen onschuldigverklaring; het vonnis dat luidt dat de schuld niet bewezen is, bevat gene dwaling', aangehaald in Borgman 1899, p. 56; zie hierover Hoofdstuk 10, par. 3.3.

144 Memorie van beantwoording, bij art. 29 vijfde titel OSv 1829 (het latere art. 211 Sv 1838), Noordziek, p. 402. Op basis van art. 211 zou voorts moeten worden gemotiveerd waarom de bewijsmiddelen niet wettig zouden zijn opdat deze kwestie, als zijnde van juridische aard, aan de Hoge Raad kon worden voorgelegd, De Bosch Kemper II, p. 569.

145 De Pinto 1848, p. 354, in vergelijkbare zin in 1882, p. 376.

146 Art. 210 lid 2: 'Indien het hof oordeelt dat het feit noch misdaad, noch wanbedrijf, noch overtreding oplevert, ontslaat hetzelve den beschuldigde van alle rechtsvervolging te dier zake.(…).' Lid 3: 'In het een en het andere geval, beveelt het hof, dat de beschuldigde indien hij in hechtenis is, zal worden in vrijheid gesteld, ten ware hij om andere redenen behoort gevangen te blijven.' Lid

Terminologisch gezien werd met deze bepaling uitsluitend gerefereerd aan de tweede materiële vraag van artikel 206, de kwalificatiebeslissing. Ook de systematiek van de wet duidt daarop. Het 'ontslag van alle rechtsvervolging' was namelijk in tegenstelling tot de vrijspraak, waartegen geen cassatieberoep kon worden ingesteld,[147] wel aan cassatie onderworpen (art. 382). De reden hiervoor was dat het hier een puur juridische kwestie zou betreffen.[148] Aangezien de schuldvraag, de derde vraag, in tegenstelling tot de kwalificatievraag als een feitelijke werd beschouwd,[149] vond de kwestie van de schuld dus niet hier haar beantwoording maar in de beslissing 'schuldig' (art. 207) dan wel 'niet bewezen' (art. 210 lid 1). Eventuele strafuitsluitingsgronden, zoals 'noodweer' en 'zinneloosheid' behoorden - als kwesties van feitelijke aard - ook bij de bewijsvraag. In deze wetgeving werd dus wel een duidelijk onderscheid aangebracht tussen de kwalificatiebeslissing en de andere inhoudelijke beslissingen, maar het ontbrak nog aan een begripsmatig onderscheid tussen het niet bewezen zijn van de feiten en het ontbreken van wederrechtelijkheid of schuld. De strafuitsluitingsgronden hadden met andere woorden nog geen zelfstandige plek in het beslismodel.[150] Het vroegere 'ontslag' wegens niet bewezen schuld ging intussen geheel op in de 'vrijspraak'.

De termen 'vrijspraak' en 'ontslag' zorgden intussen wel voor verwarring. Beide termen waren de vertaling van de tot nog enkele decennia daarvoor gebruikte aanduiding 'absolutie', welke weer werd gebruikt voor de situatie van onvoldoende bewijs van schuld. De Bosch Kemper gebruikte de termen 'vrijspraak' en 'ontslag' door elkaar[151] en A. De Pinto (1848) sprak over 'twee soorten van vrijspraak': die 'in eigenlijke zin' en 'het ontslag van alle rechtsvervolging (absolutie)'.[152] Het begrippenarsenaal was kortom nog niet eenduidig. Ook de rechter had moeite met het onderscheid tussen de hier bedoelde vrijspraak en het ont-

---

4: 'De uitvoering der in vrijheid stelling wordt, in het geval bij het tweede lid van dit artikel voorzien, opgeschort tot na verloop van den termijn, binnen welken de procureur-generaal zich kan in cassatie voorzien, en, indien het beroep heeft plaats gehad, tot na de uitspraak van den hoogen raad, ten ware de procureur-generaal dadelijk mogt hebben verklaard van het beroep in cassatie af te zien.'

147 Tegen vrijspraak stond alleen cassatie in het belang der wet open, art. 381 Sv 1838, maar tegen een 'oneigenlijke' vrijspraak was gewoon beroep in cassatie wel toegestaan. Zie de voorbeelden genoemd door De Bosch Kemper III, p. 380.

148 Omdat tegen een ovar cassatie open stond, hoefde de ontslagene ook niet direct in vrijheid te worden gesteld Art. 382 Sv 1838 jo. art. 210 lid 4 Sv 1838.

149 De Bosch Kemper II, p. 551.

150 Vgl. De Bosch Kemper II, p. 571, De Jong en Van der Neut 1982, p. 229 en Pelser 1995, p. 26, 27.

151 De Bosch Kemper II, p. 549, p. 572.

152 De Pinto 1848, p. 353 en in 1882, p. 375.

slag.[153] Daarbij kwam dat de wetgever met 'vrijspreken' in artikel 218 Sv 1838, het verbod van herhaling, niet alleen de vrijspraak maar ook het ontslag van alle rechtsvervolging op het oog moet hebben gehad[154] en dus zelf terminologisch ook niet steeds een duidelijk onderscheid tussen beide soorten van bevrijdende beslissingen maakte. Hetzelfde geldt voor het hierna te bespreken artikel 10 Sv 1838 over de kracht van het buitenlands gewijsde; ook in dat artikel zou de wetgever met de term 'vrijspreken' tevens het ontslag van alle rechtsvervolging op het oog hebben gehad. De beide artikelen komen in de volgende paragrafen aan de orde.

2.9.7 Het verbod van herhaling, non bis in idem

Het verbod van herhaling stond nog steeds in de vijfde titel, 'over het rechtsgeding bij het hof' en luidde zoals in de wetsontwerpen 1828 en 1829 en de wet van 1830:

> *Een ieder die vrijgesproken is, kan ter zake van hetzelfde feit niet weder in regten worden betrokken* (art. 218 Sv 1838).

Zoals hiervoor opgemerkt ziet de bepaling op zowel de vrijspraak als het ontslag van alle rechtsvervolging. Dit volgt uit zowel het systeem van de wet als uit de bedoeling van de wetgever.[155] Vrijspraak en ontslag, indien daartegen geen rechtsmiddel meer openstond, waren 'definitief' in die zin dat het proces ter zake van hetzelfde feit niet kon worden heropend. De kracht van het gewijsde stond daaraan in de weg, ook al zou er sprake zijn van 'nieuwe bezwaren'. Of er in de praktijk veel vrijspraken door het hof werden gewezen, is echter de vraag, want daaraan zouden dan ten minste drie beslissingen van rechterlijke colleges vooraf moeten zijn gegaan die ervan uitgingen dat de zaak tot een veroordeling zou kunnen leiden: de beslissing van het college van drie rechters tot verlening van rechtsingang en instructie, de raadkamerbeslissing van de rechtbank tot verdere

---

153 De Hoge Raad bepaalde echter in 1839 dat de rechter de beschuldigde niet moest 'vrijspreken' maar hem 'van alle rechtsvervolging ontslaan', indien het feit wel bewezen wordt verklaard, 'doch niet strafbaar geoordeeld wordt', HR 27 mei 1839, vermeld in Van Hasselt 1843, bij art. 207(b).

154 De Pinto 1882, p. 400.

155 De Bosch Kemper zwijgt over de kwestie, maar refereert bij dit artikel aan de ruimere term '*res judicata*', waaruit ik afleid dat ook hij uitging van deze bedoeling van de wetgever. De Pinto 1882, p. 400; 'Eindelijk moet nog worden opgemerkt, dat, hoezeer dit artikel alleen spreekt van vrijspraak, dit woord hier moet worden opgevat in eene ruime beteekenis en althans dat hetzelfde beginsel ook van toepassing is, indien de beschuldigde van alle regtsvervolging is ontslagen op grond, dat het feit wel bewezen, doch niet strafbaar is, wanneer namelijk dit arrest is gegaan in kracht van gewijsde'. Hij merkt voorts op dat art. 218 'een zeer onvolledige regeling' bevat van het verval van het recht tot strafvordering wegens rechterlijk gewijsde, 'die aanleiding gaf tot vele vragen' (noot, p. 401).

vervolging na afloop van de instructie en de raadkamerbeslissing van het hof tot verwijzing naar de zitting. Op deze drie momenten had van de definitieve berechting ter openbare zitting kunnen worden afgezien en was dat niet gebeurd. Dat maakte de kans dat het hof alsnog zou vrijspreken wel bijzonder klein.[156] Artikel 218 was ten slotte net als artikel 360 CIC en asymmetrische geredigeerde bepaling; nog steeds ontbrak de expliciete erkenning van het gezag van een definitieve veroordeling. Dit betekende echter niet dat het beginsel *non bis in idem* alleen maar voor vrijspraken gold.

2.10 Het bereik van '*non bis in idem*'

Net als artikel 360 *Code d'instruction criminelle* beperkte de tekst van artikel 218 Sv 1838 zich tot vrijspraken en wel alleen die welke afkomstig waren van een hof. We zagen hiervoor echter al (par. 2.9.6) dat het de bedoeling van de wetgever was dat in artikel 218 ook het ontslag van alle rechtsvervolging werd beschermd. De beoogde bescherming van het verbod van herhaling was echter nog ruimer. Het omvatte in de eerste plaats tevens de inhoudelijke gewijsden van de lagere rechters[157] en het was ook van toepassing op definitieve veroordelingen. Dit kan alleen al worden geconcludeerd uit het feit dat de regering de bepaling verbond met 'de regel' *non bis in idem*, een adagium dat geen categorische beperking kende, noch tot soort strafrechter (hof of lagere rechter) noch tot soort uitspraak (vrijspraak of veroordeling) maar voor deze stelling zijn nog duidelijker aanwijzingen.

De toepasselijkheid van de regel op de vonnissen van lagere rechters volgde direct uit het door de regering gekozen systeem dat de algemene uitgangspunten van het strafproces gelijk waren, ongeacht de rechter voor wie de zaak werd gebracht.[158] Voor de procedure bij de rechtbank golden wel enkele bijzondere regels (art. 227 Sv) maar die tastten de werking van de hier besproken artikelen niet aan. Hieruit kan worden afgeleid dat artikel 218 van overeenkomstige toepassing was op de rechtspraak door de kantongerechten en de rechtbanken.[159] Dit moet worden aangenomen ondanks het feit dat het 'systeem- argument' van de Minis-

---

156 In de procedure bij de correctionele rechtbanken die begon door middel van een dagvaarding ontbraken deze momenten (artt. 222 jo. 87 Sv 1838). In de door de Minister gevolgde redenering was de kans op een onterechte vrijspraak was daardoor groter. Een en ander was echter niet van invloed op de regeling van de kracht dit gewijsde, zie hierna par. 2.10.

157 De zgn. correctionele rechtbanken (Titel 6) en de kantonrechters (Titel 7). Hierna zal ik alleen nog enkele opmerkingen maken over de procedure voor de correctionele rechtbanken omdat die voor het kantongerecht geen ander licht op de onderhavige kwestie werpt.

158 Zie hiervoor, par. 2.4.

159 Vgl. De Bosch Kemper III, p. 29. Art. 234 Sv 1838 verklaart bovendien expliciet art. 210 van overeenkomstige toepassing.

ter in deze procedures niet onverkort opging. In deze procedures was immers niet steeds sprake van een vooronderzoek waarna voorlopig van vervolging kon worden afgezien met het oog op het mogelijk opkomen van nieuwe bezwaren. Indien rauwelijks werd gedagvaard - en dat was in eenvoudige zaken voor de correctionele rechtbank mogelijk - resteerde dus het argument dat de zaak op de openbare zitting door een college van rechters was onderzocht. Dit - in samenhang met een zorgvuldige besluitvorming door het openbaar ministerie - werd kennelijk als voldoende garantie voor een juiste eindbeslissing beschouwd. Daarbij kan worden bedacht dat het in deze gevallen ging om lichtere feiten en juridisch eenvoudiger materie.[160]

Dat ook de veroordeling door het verbod van herhaling, c.q. de regel *non bis in idem*, werd beschermd was zo vanzelfsprekend dat er om die reden geen woorden aan waren gewijd. Het beginsel dat niet tweemaal straf kan worden opgelegd wegens hetzelfde feit hoefde niet in de wet te worden uitgedrukt.[161] Ook volgens de memorie van toelichting bij het Ontwerp Godefroi (1861), die in het volgende hoofdstuk aan de orde komt, sprak die bescherming 'van zelf'. Minder vanzelf sprak het dat deze bescherming werd geboden in het geval het gewijsde afkomstig was van een buitenlandse rechter. Buitenlandse vonnissen werden niet zonder meer erkend. Voor enkele van die vonnissen werd in het Wetboek van Strafvordering echter een uitzondering gemaakt en de erkenning van het gezag van die gewijsden moest dus wel expliciet in de wet worden vast gelegd.

2.11 Het gezag van buitenlandse gewijsden, artikel 10 Sv 1838

Het Crimineel Wetboek van 1809 bevatte in de artikelen 2 en 3 bepalingen die de Nederlandse strafmacht uitbreidden tot bepaalde feiten gepleegd buiten het grondgebied van het 'koningrijk'. Artikel 5 *Code d'instruction criminelle* kende een vergelijkbare bepaling. Deze strafmachtsregeling werd in 1838 overgebracht naar het nieuwe Wetboek van Strafvordering. Het ging om delicten tegen de staatsveiligheid (art. 8 Sv1838) en om strafbare feiten gepleegd door Nederlanders tegen Nederlandse onderdanen en enkele bijzondere delicten gepleegd door Nederlanders tegen vreemdelingen dan wel door vreemdelingen tegen Nederlanders (art. 9 Sv 1838). Ook indien die feiten in het buitenland werden gepleegd, zouden zij onder de Nederlandse strafmacht vallen. Door deze uitbreiding van de strafmacht bestond de kans dat genoemde feiten, juist omdat ze in het buitenland waren begaan, op het moment dat zij hier werden berecht al in het buitenland waren

---

160 Voor de ingewikkelder zaken die bij de rechtbank werden aangebracht golden nog steeds wel procedurevoorschriften die in een voorbeslissing van rechtbank en hof voorzagen, vgl. art. 134 Sv 1838.

161 In dezelfde zin De Bosch Kemper III, p. 600.

afgedaan. Om dubbele berechting te voorkomen werd in artikel 10 een vervolgingsuitsluitingsgrond opgenomen. Deze betrof alleen de delicten genoemd in artikel 9 en niet die in artikel 8.[162] Artikel 10 Sv 1838 kwam te luiden:

> *In de gevallen, bij het voorgaande artikel vermeld, zal er geene vervolging of veroordeling tegen de beklaagden kunnen plaats grijpen, indien zij, ter zake die misdrijven, bij een vonnis door den buitenlandschen rechter zijn vrijgesproken, of veroordeeld en gestraft geworden.*

Buitenlandse vrijspraken en veroordelingen wegens de feiten genoemd in artikel 9 Sv 1838 moesten derhalve ten volle worden gerespecteerd. Gelet op de strekking van de bepaling, *non bis in idem*, mag ervan worden uitgegaan dat zij bescherming wilde bieden aan dezelfde soort einduitspraken als bedoeld in artikel 218 Sv 1838. Daarom moet ook hier het werkwoord 'vrijspreken' worden gelezen als mede omvattend het verlenen van een ontslag van alle rechtsvervolging.[163] Andere bevrijdende buitenlandse beslissingen, zoals de absolutie van instantie, zullen niet zijn bedoeld, omdat die in Nederland noch in het buitenland (bijvoorbeeld in Duitsland) als 'definitief' werden beschouwd. Hierover laat de wetgever zich echter niet uit en ook de commentaren van De Bosch Kemper en De Pinto laten deze kwestie onbesproken.[164] In geval van veroordeling gold wel een extra vereiste, namelijk dat de straf moest zijn ondergaan.[165] Door de expliciete erkenning van het gezag van vreemde gewijsden die een veroordeling inhielden, werd nu voor het eerst het verbod van herhaling wegens het bestaan van een veroordelend gewijsde in de wet uitgedrukt. Daar waar artikel 218 Sv 1838 voor een tweede vervolging na een veroordeling dus een impliciet verbod bevatte, was dat verbod in artikel 10 geëxpliciteerd.

De artikelen 8, 9 en 10 kwamen te staan in de Zesde afdeling van de Algemene Bepalingen, 'strafvordering terzake van misdrijven, buiten 'slands gepleegd'. Ar-

---

162 Over dit onderscheid De Bosch Kemper I, p. 91, De Pinto 1882, II, p. 17 e.v.

163 Vgl. de De Bosch Kemper I, die schrijft dat '(H)et woord *vrijgesproken* (…) zoowel op het niet bewezen zijn van de feiten, als op het ontoereikende der strafwet (schijnt) te slaan' (p. 92). De wetgever zou het woord 'vrijgesproken 'in eene algemeene beteekenis' hebben gebezigd (p. 93); Vgl. De Pinto 1882 II, p. 24 en 375, 376.

164 In deze handboeken gaat alle aandacht uit naar het soort delicten waarop de bepaling ziet en de vraag wat recht is als bijvoorbeeld door gratie de straf niet is ondergaan. Wel merkt De Bosch Kemper I, p. 93, nog op dat het vonnis een 'eindvonnis' moet betreffen dat in kracht van gewijsde is gegaan. Hij stelt zich vervolgens de vraag wat de Nederlandse rechter te doen staat als de zaak in het buitenland is 'geschorst'. Omdat in dit soort zaken volgens het wetboek niet bij verstek werd geprocedeerd zou de rechter, eenmaal 'gesaisisseerd', bevoegd zijn om voort te procederen zolang er geen verdragen waren die dat verboden.

165 Dat straf moest zijn gevolgd, uitgedrukt met de woorden 'en gestraft', is in 1836 toegevoegd, processen-verbaal 1835/1836, nr. 3, Ontwerp wijziging Algemene Bepalingen, art. 4.

tikel 10 sloot vervolging na een definitieve berechting uit en was dus een grond voor 'het verval van het regt tot strafvordering'. Het sloot aan bij de twee andere gronden die ook in die Algemene Bepalingen werden genoemd, 'de dood van de beklaagde of beschuldigde' en de 'verjaring' (artikel 7, Vijfde afdeling) .[166] Deze beide gronden waren net als de bepalingen omtrent de strafmacht - in het voetspoor van de Franse *Code* - van het materiële recht, het Crimineel wetboek voor het Koningrijk Holland,[167] naar het formele, het Wetboek van Strafvordering, overgeheveld. De beslissing om artikel 360 CIC uit het Franse wetboek over te nemen in artikel 218 Sv 1838, bracht ook deze grond voor het verval van het recht tot strafvordering over naar het formele recht. Vanwege de wetssystematiek zouden deze bepalingen in 1886 worden geclusterd en zouden de beide bepalingen die het *non bis in idem* uitdrukten, artikel 10 en artikel 218 Sv 1838, worden samengevoegd. Eén en ander komt in Hoofdstuk 10 aan de orde.

2.12 Conclusies Wetboek van Strafvordering 1838

2.12.1 De in tweeëndeling van het strafproces

Het eerste Nederlandse wetboek voor de manier van procederen in strafzaken dat ook daadwerkelijk in werking trad,[168] het Wetboek van Strafvordering van 1838, kreeg net als het Franse een gemengd karakter: inquisitoir in de fase van het vooronderzoek, met contradictoire trekken vanaf het moment van verwijzing naar de terechtzitting.[169] De procedure bestond in beginsel uit een opsporingsonderzoek onder leiding van de officier van justitie, een vooronderzoek door een rechter van instructie, gevolgd door een beslissing van de rechtbank om te verwijzen naar het hof, een onderzoek door het hof naar de vraag welke rechter competent was om de zaak af te doen (de verwijzingsbeslissing door de raadkamer) en de openbare eindzitting. De verdeling van beslissingen over drie afzonderlijke colleges - de rechtbank, de raadkamer van het hof en de zittingsrechter - was in hoofdlijn dezelfde als in de vroegere ontwerpen.[170] Geheel nieuw was de openbaarheid van de eindzitting. Door deze openbaarheid ontstond een natuurlijke grens tussen de fase van het geheime vooronderzoek en die van de monde-

---

166 Art. 7 Sv 1838 werd uitgewerkt in Titel 23 Sv 1838. De Bosch Kemper III, vanaf p. 600, behandelt alle vormen van verval van strafvordering bij de behandeling van deze 23ste titel, ook de transactie en 'de exceptie van gewijsde zaak'.

167 Zie Hoofdstuk 8, par. 6.5.

168 Als eerste Nederlandse Wetboek van Strafvordering kan de Manier van Procederen in het Decreet van 1799 worden beschouwd, maar dit wetboek trad slechts voor één hofressort (Kampen) in werking.

169 Vgl. Simons 1913, p. 8, en Blok Besier 1925, deel 1; zij spreken van 'accusatoire' trekken.

170 Ik doel hier dus niet op de driedeling van het totale strafproces in vooronderzoek, instructie en eindonderzoek, een indeling die juist nieuw was ten opzichte van het oudvaderlandse recht, vgl. De Bosch Kemper II, p. 8.

linge behandeling ter terechtzitting.[171] Deze grens viel samen met de verwijzingsbeslissing door de raadkamer van het hof. Met dit onderscheid tussen het geheime vooronderzoek en de openbaarheid van de zitting werd tevens een duidelijke scheiding aangebracht tussen de gevolgen van de beslissing om de zaak niet op de openbare zitting te brengen - de beslissing houdende 'geene termen tot teregtstelling' - en de gevolgen van het vonnis na afloop van de openbare terechtzitting. Het arrest 'geene termen' deed het onderzoek niet definitief eindigen, maar had tot gevolg dat de betrokkene 'wegens hetzelfde feit niet meer in rechte mocht worden betrokken, tenzij er nieuwe bezwaren mogten zijn opgekomen'.[172] Deze beslissing vertoont dus enige overeenkomst met het onbepaald ontslag uit de periode 1799-1811. Voorts werden in navolging van het Ontwerp Farjon 1808 en de WRI 1809 voorwaarden gesteld aan de mogelijkheid van hervatting van de vervolging. 'Genoegzame bezwaren'[173] werden nu 'nieuwe bezwaren' en deze werden in de wet gedefinieerd.[174] De eisen aan de heropening van het onderzoek gesteld, waren daarmee aangescherpt.

2.12.2 *Scheiding vervolging en berechting nog niet voltooid*

De openbare aanklager was in de wetgeving van 1838 verzelfstandigd en nog uitsluitend met opsporing en vervolging belast, maar de scheiding tussen vervolgingsbeslissing en berechting was nog niet voltooid. Het was nog steeds het hof dat uiteindelijk over de voortgang van de vervolging tijdens het voorbereidend onderzoek besliste. Deze macht was een uitvloeisel van de grondwettelijke regel dat het hof met 'het beleid van de criminele justitie' was belast. Het arrest 'geene termen tot teregtstelling' had dan ook een hybride karaker. Enerzijds was het een 'buitenvervolgingstelling' door de rechter, maar tevens leek zij op een kennisgeving van niet verdere vervolging, een beslissing die wij nu aan het Openbaar Ministerie toevertrouwen. Pas nadat het Openbaar Ministerie het vervolgingsmonopolie had gekregen, zou de beslissing om (voorlopig) niet verder te vervolgen uitsluitend bij de openbare aanklager komen te berusten[175] en was de rechter hiermee in beginsel niet meer belast. De 'buitenvervolgingstelling' bleef een beslissing van de rechter.[176]

2.12.3 *Eervolle en oneervolle vrijspraak en ontslag van alle rechtsvervolging*

De 'vrijspraak' die de uitkomst was van de openbare berechting werd uitdrukkelijk beschermd. Deze uitspraak was definitief in die zin dat de zaak niet wegens

---

171 Vgl. De Bosch Kemper II, p. 6.

172 Art. 31, titel 4 OSv 1828, art. 32, titel 4 OSv 1829, art. 135, titel 4 Sv 1830, art. 167, titel 4 Sv 1838.

173 Vgl. art. 169 Ontwerp Farjon en art. 1117 WRI.

174 Artt. 167 jo. 168 Sv 1838.

175 Vgl. Pieterman 1990, p. 179 e.v. Dit gebeurde pas in 1926.

176 Deze werd in 1886 voor de rechtbanken ingevoerd, zie Hoofdstuk 10, par. 1.6.

het opkomen van nieuwe bezwaren heropend kon worden. Er werd dus geen verschil gemaakt tussen een eervolle en een oneervolle vrijspraak. Beide vrijsprekende vonnissen zouden even 'definitief' zijn. Van belang voor deze keuze achtte de minister twee processuele regels: de mogelijkheid om tijdig van verdere vervolging af te zien - ook wanneer er wel aanwijzingen van schuld tegen de betrokkene bestonden - met behoud van de mogelijkheid om het onderzoek na het opkomen van nieuwe bezwaren te hervatten, en het onderzoek op de openbare terechtzitting.

Omdat in het beslissingsmodel van 1838 begripsmatig noch juridisch onderscheid werd gemaakt tussen de bewijsvraag en de vraag naar wederrechtelijkheid en schuld werd binnen de bewijsvraag ook het bestaan van eventuele strafuitsluitingsgronden beantwoord. Een gehonoreerd beroep op een strafuitsluitingsgrond leidde daardoor eveneens tot een definitieve 'vrijspraak'. Dit toont nog eens de grote mate van verbondenheid aan tussen de begrippen 'vrijspraak' en 'ontslag', beide de vertaling van het Latijnse '*absolutio*'. Indien daarentegen het bewezen feit niet te kwalificeren was als een strafbaar feit volgde geen vrijspraak maar 'ontslag van alle rechtsvervolging' (art. 210 lid 2). Dit ontslag was, omdat het een rechtsvraag betrof, aan cassatie onderworpen. Eenmaal onherroepelijk genoot dit ontslag dezelfde bescherming als de vrijspraak. Voor de strafuitsluitingsgronden zou het ontslag van alle rechtsvervolging zich nog ontwikkelen.

2.12.4 Het karakter van het verbod van herhaling

Zowel voor de uitleg van artikel 210 (de 'vrijspraak') als voor die van artikel 218 (het verbod van herhaling na 'vrijspraak') had de Minister verwezen naar 'de regel *non bis in idem*'. Het verbod diende er volgens de Minister toe om de beschuldigde te beschermen tegen de onzekerheid dat na een berechting de vervolging weer zou kunnen worden hervat. De spreuk *non bis in idem*, zoals door hem in het debat met de Kamer gebruikt, stond in rechtstreeks verband met de beslissing om de middenweg af te sluiten. Daarmee beschermde het verbod van herhaling dus niet in de eerste plaats het gewijsde als wel het individu. Het verbod beschermde de vrijgesproken beschuldigde. Indien deze eenmaal op de openbare zitting was berecht, en vrijgesproken, kon hij niet nog eens worden vervolgd, ook niet indien er sprake zou zijn van nieuwe bezwaren.[177]

Artikel 218 Sv 1838 was van toepassing op de bevrijdende vonnissen van alle rechters. Het verbod gold bovendien voor de veroordeling. Dit laatste betekent dat ook indien achteraf zou blijken dat er te licht zou zijn gestraft, geen tweede, aanvullende, straf mocht worden opgelegd. Om het verbod van herhaling na een

[177] Vgl. Van de Rivière 1894, p. 32.

onherroepelijke veroordeling aan te nemen was het gewoonterecht toereikend. Toch kwam ook de bescherming van de veroordeling voor het eerst met zoveel woorden in de wet te staan. Dat was om de gewijsden van buitenlandse rechters te respecteren - zowel de bevrijdende als de veroordelende - die waren gewezen in de gevallen bedoeld in artikel 9. Deze grond voor het verval van het recht tot strafvordering werd vastgelegd in art. 10 Sv 1838.

2.13 Het verschil met Frankrijk

Kijken we terug naar de geschiedenis van het verbod van herhaling in Frankrijk, dan valt een verschil op met de wordingsgeschiedenis van de Nederlandse verbodsbepaling. De wens om het ontslag van instantie af te schaffen, om de vrijspraak gezag van gewijsde te geven en de aanklager te verbieden dezelfde persoon wegens hetzelfde feit opnieuw te beschuldigen, heeft in de Bataafse Republiek en in het Koninkrijk ingang kunnen vinden zonder te zijn gevoed door de roep om een betrouwbaarder rechter. Om het gezag van de vrijspraak te legitimeren was het instellen van juryrechtspraak niet nodig. Het vonnis verdiende - anders dan in Frankrijk - gezag van gewijsde ook zonder dat 'de stem van het volk' zich in die beslissing had gemengd. Het vertrouwen in de beroepsrechter was hier eenvoudig groter. Zoals ik in de inleiding van het hoofdstuk Nederland schreef, is dit waarschijnlijk mede te danken aan de matigende werking van de Ordonnantiën van Philips II die weer steunden op de toen reeds als 'verlicht' aan te duiden opvattingen van Wielant en - waarschijnlijk - Viglius van Aytta, de vriend van Erasmus.

Hoofdstuk 10
Nederland 1838-1886
Naar een omvattende regeling van '*non bis in idem*'

1. Nageschiedenis Wetboek van Strafvordering 1838

1.1 Kritiek op het wetboek

Het Wetboek van Strafvordering van 1838 ontmoette nogal wat kritiek.[1] Men vond het wetboek onoverzichtelijk, er stonden bepalingen in die niet tot de strafvordering behoorden[2] en men vond het bewijsrecht gammel.[3] Intussen rommelde de inrichting van de rechterlijke organisatie; de positie van het provinciaal hof stond ter discussie en een algemeen recht van hoger beroep was in aantocht. Dit alles maakte herziening van het Wetboek van Strafvordering noodzakelijk.[4]

In 1861 kwam de nieuwe Wet op de Regterlijke inrichting tot stand[5] en in datzelfde jaar werden de herzieningsvoorstellen voor het Wetboek van Strafvordering naar de Raad van State gezonden. Dit wetsvoorstel, van een uitvoerige toelichting voorzien door Minister van Justitie Godefroi, is niet aan de Tweede Kamer aangeboden.[6] Het vormde echter wel de basis voor een reeks wetsvoorstellen die op elkaar voortbouwden en die de eerstvolgende jaren elk jaar opnieuw werden

---

1 De Pinto toetste de wet aan de door hem geformuleerde randvoorwaarden 'dat een wet in duidelijke en ondubbelzinnige bewoordingen uitsluitend de strikt noodzakelijk vormen dient vast te leggen'. Hoewel er in het Wetboek naar de mening van De Pinto 'veel goeds en voortreffelijks' was en het 'vele onvolmaaktheden' van het Franse wetboek had verbeterd, vertoonde het Wetboek in dit opzicht echter 'groote en treurige gebreken', De Pinto 1882, p. 2, 3 en De Bosch Kemper sprak in 1847 van 'stelselloosheid', 'slordigheid' en 'nalatigheid'; zie daarover de opmerkingen van Mackay (1885) tijdens de behandeling van OSv 1882 in de Kamer, Smidt 1886, p. 23, 24. Drenth 1939, p. 214-219.

2 Zoals bepalingen omtrent de strafmacht, de samenloopbepalingen (artt. 207 en 208), de klacht, de gronden voor verval van vervolging, zie par. 2.1 en 2.2.

3 Zie Dreissen 2007, p. 21.

4 Vgl. MvT p. 1, OSv 1861, ingediend door minister Godefroi, afgedrukt in Belinfante 1862.

5 Wet houdende eene nieuwe Regterlijke Inrichting, 31 mei 1861, S 49; in 1870 zag de Tweede Kamer af van invoering van deze wet. Zie over deze wetgeschiedenis De Hullu 1989, p. 28 e.v.

6 Het wetsvoorstel bestond uit 15 afzonderlijke wetten, evenzovele als het wetboek titels zou bevatten. Het werd aangeboden aan de redactie van het Weekblad van het Regt (W. 2349) en werd na ampele afweging samen met de MvT gepubliceerd in Belinfante 1862.

ingediend, te beginnen in 1863.[7] Zo leunde het ontwerp van 1867, ingediend door Minister van Justitie Borret, zwaar op het voorstel Godefroi. Dit Ontwerp-Borret zou weer later, vanaf 1882, de leidraad worden voor het voorstel dat uiteindelijk in 1886 wet zou worden.[8] Veel is er over de voorstellen te zeggen, over het voorstel om het negatiefwettelijk bewijsstelsel te verruilen voor een stelsel dat was gebaseerd op de *conviction raisonnée*,[9] over het vervallen van de procedure tot rechtsingang, over de invoering van het hoger beroep in - in beginsel - alle strafzaken en over de afschaffing van de centrale rol van de provinciale hoven en dus ook de voorprocedure bij dat hof waarin de beslissing omtrent de verwijzing naar de openbare zitting werd genomen. Een deel van de voorstellen zou het nooit halen, zoals het bewijsstelsel op basis van de *conviction raisonnée*, een ander deel wel, zoals de wijziging van de rol van de hoven en de invoering van het hoger beroep; de rechtsingangprocedure zou pas in 1926 geheel vervallen. Ik laat het echter bij deze signalering en zal mij concentreren op de regels over het verbod van vervolging na een definitief gewijsde, verwoord in twee artikelen die tot dan toe verspreid in het wetboek stonden en in het voorstel Godefroi bij elkaar werden gebracht, de artikelen 218 en 10 Sv 1838, in het vorige hoofdstuk besproken.

1.2 Het Ontwerp-Godefroi

De artikelen 10 en 218 Sv 1838, die beide een verbod van herhaling regelden, werden in 1861 samengevoegd in artikel 15 van het ontwerp Wetboek van Strafvordering dat werd ingediend door Minister van Justitie Godefroi (hierna: Ontwerp-Godefroi of OSv 1861).[10] Uit de toelichting bij het artikel blijkt dat de regering door de bepalingen in één artikel onder te brengen slechts een systematische aanpassing beoogde en dat zij geen wijziging wilde brengen in het geldende recht. Die aanpassing gold zowel de omschrijving van het verbod als de plaats van de bepalingen in het wetboek. De toelichting op het voorgestelde artikel 15 OSv 1861 begon met een uitleg van artikel 218 Sv 1838, die luidde als volgt:

---

7 OSv 1863, MvJ Olivier, met MvT, 8 november 1863, BHTK 1863/64, LVIII, 1-17, p. 665 e.v. Een kort overzicht van de wetsgeschiedenis staat in de MvT OSv 1867, MvJ Borret, BHTK 1866/67 p. 780 en in de MvT bij de zesde indiening, door Van Lilaar, BHTK 1869/70, p. 192.

8 Regeringsantwoord, Smidt Sv I 1886, p. 21: het ontwerp van 1867 'is steeds op den voet gevolgd'.

9 Het ontwerp wilde het principe van wettig bewijs afschaffen en een bewijsstelsel invoeren op basis van de *conviction raisonnée*, een stelsel waarin de nadruk ligt op een beredenering van de bewezenverklaring die toetsbaar is, zie Dreissen 2007, p 21 e.v.

10 MvT OSv 1861, Belinfante 1862, p. 15. De tekst van deze MvT zal letterlijk worden herhaald in de MvT OSv 1863, ingediend door MvJ Olivier, BHTK 1863/64, LVIII, nr. 17, p. 704. De bepaling, art. 15, was toen inmiddels vernummerd naar art. 19, titel 1 OSv 1863.

> 'Art. 218 van het Wetboek van Strafvordering huldigt den regel: *non bis in idem* door de bepaling, dat de vrijgesprokene niet andermaal ter zake van hetzelfde feit in regten kan worden betrokken.'

Hierop vervolgde de toelichting met een uitwerking van de betekenis van artikel 218 Sv 1838:

> 'Het spreekt echter van zelf dat die regel niet alleen geldt bij eigenlijke vrijspraak, gegrond op het niet-bestaan van schuld, maar ook in alle gevallen, waarin de regter, op grond van het niet aanwezig zijn van regt tot strafvordering, hetzij het openbaar ministerie niet-ontvankelijk heeft verklaard,[11] hetzij den beklaagden heeft ontslagen van alle rechtsvervolging, en niet minder eindelijk in het geval van veroordeeling.'

Deze toelichting beoogde dus inderdaad niet een uitbreiding van de bescherming, maar slechts een explicitering van de bescherming die het bestaande recht, in het rechtsbeginsel *non bis in idem*, al bood. Daarnaast wilde minister het algemeen geldende karakter van de regel benadrukken:

> 'Uit dien hoofde wordt te deezer plaatse, waar het regt tot strafvordering in het algemeen wordt behandeld, de bedoelde hoofdregel in meer algemeene bewoordingen teruggegeven.'[12]

De Minister wilde slechts de regel *non bis in idem* 'in meer algemeene bewoordingen teruggeven'. Vandaar ook dat het artikel werd verplaatst naar de eerste titel van de algemene bepalingen van het Wetboek: 'Van strafvordering in het algemeen'. Daar kwam het in de tweede afdeling 'Van de schorsing der strafvordering en het vervallen van het regt tot strafvordering', direct na de bepalingen omtrent het verval van strafvervolging door de dood van de beklaagde en door verjaring (artt. 11-14).[13] De drie gronden voor verval van vervolging: dood van de beklaagde of beschuldigde, verjaring en gewijsde, stonden nu bijeen. Ze hadden gemeen dat zij in alle gevallen van strafvordering zouden gelden. Gronden voor het tenietgaan van vervolgingsrecht die slechts van toepassing zouden zijn in bijzondere gevallen, zoals het ontbreken van de klacht, transactie en verval door het

---

11 Uit de later gegeven toelichting, MvT OSv 1864, BHTK 1864/65, LXIII, 17, p. 504, blijkt dat de Minister met de regel een definitieve einduitspraak op het oog had, een 'uitspraak ten principale'. Wellicht werd hier gedoeld op een niet-ontvankelijkheid die niet herstelbaar is, zoals niet-ontvankelijkheid wegens verjaring.

12 MvT bij art. 15, OSv 1861, p. 15.

13 Deze twee gronden voor verval van strafvervolging stonden in art. 7 en werden uitgewerkt in titel 23 van het wetboek van 1838. Die bepalingen werden samengevoegd in de artt. 11-14 OSv 1861.

betalen van de hoogste boete (submissie), werden daarom in deze titel niet opgenomen.[14] Submissie kon slechts plaats hebben in zaken die alleen met geldboete werden bedreigd en de regeling was in die zin niet van algemene strekking. Op deze submissie zal worden teruggekomen in par. 2.6.

Het verbod van vervolging wegens het bestaan van een buitenlands gewijsde, artikel 10 Sv 1838, kwam in het tweede lid van het voorgestelde artikel 15 te staan. Tevens voegde de Minister een verwijzing toe naar de herzieningsregeling. Artikel 15 zou volgens het Ontwerp-Godefroi komen te luiden:

> '*Geene vervolging wegens hetzelfde feit heeft, buiten het geval van art. 1, Titel XIV, plaats, nadat daarover bij eind-uitspraak is gevonnisd, tegen dengene, die ter zake van dat feit is vervolgd geworden.*
>
> *Is het vonnis geweezen door eenen buitenlandschen regter, de vervolging heeft niet plaats of vervalt, wanneer de beklaagde bij dat vonnis is vrijgesproken, of krachtens dat vonnis straf ondergaat of heeft ondergaan*' (art. 15 OSv 1861).

In de zes ontwerpen die in de jaren 1863-1870 werden ingediend, bleef de tekst van dit artikel in dezelfde titel en afdeling gehandhaafd, direct na beide andere algemene gronden voor verval van het recht tot strafvordering, de verjaring en de dood van de vervolgde. Het artikel schoof alleen vier plaatsen op, naar artikel 19.[15] Ook de toelichting op deze bepaling bleef ongewijzigd. Als 'artikel 19' van het OSv 1867[16] kwam het artikel uiteindelijk terecht bij de commissie De Wal. Deze zou de tekst onderbrengen in het Wetboek van Strafrecht. Maar eerst was er nog de behandeling van artikel 15, later 19 van het Ontwerp tot herziening van het Wetboek van Strafvordering.

1.3 De ontvangst van de voorgestelde algemene regeling van non bis in idem

De toepassing van het hoofdbeginsel dat Minister Godefroi bij het ontwerpen van het ontwerp Sv 1861 had voorgezeten, namelijk 'het bijeenbrengen van bepalingen over hetzelfde onderwerp', kreeg de warme instemming van de Raad van State. Het was de Raad

---

14 MvT OSv 1861, Belinfante 1862, p. 9.

15 Art. 19 OSv 1863, ingediend door MvJ Olivier, MvT, BHTK 1863/64, LVIII, nr. 17, p. 704. De toelichting bleef letterlijk gelijk; er werd daarenboven buiten twijfel gesteld dat de bepaling ook betrekking had op gewijsden van 'rechters in 's Rijks overzeesche bezittingen en koloniën'.

16 OSv 1867, ingediend door MvJ Borret, BHTK 1866/67, nr. 52, nr. 1, p. 741; MvT nr. 17 p. 780.

> 'voorgekomen, dat vele onmiskenbare verbeteringen in het bestaande zijn aangebragt. De toepassing van het hoofdbeginsel, door de Regering daarbij gevolgd, om namelijk, meer dan zulks in het tegenwoordig wetboek is in acht genomen, bijeen te brengen al de voorschriften hetzelfde onderwerp betreffende, is vooral op de zamenstelling van het geheel van gunstigen invloed geweest.'[17]

Deze lof kon zeker gelden voor het nieuwe artikel 15. Daarin waren ten eerste twee bepalingen uit het Wetboek samengebracht die beide het negatief gezag van gewijsde regelden en in de tweede plaats was door deze samenvoeging een bepaling van algemene strekking, art. 218 Sv 1838, overgebracht naar het algemene deel. Dit verhelderde de structuur van het wetboek. Bovendien was er in artikel 15 een verwijzing naar een samenhangend onderwerp opgenomen, namelijk naar de herzieningsregeling, zodat nu drie met elkaar samenhangende regelingen bij elkaar in één artikel stonden. Het 'hoofdbeginsel' om al de voorschriften over hetzelfde onderwerp bijeen te brengen kon hiermee als geslaagd worden beschouwd.[18] De Raad had dan ook geen inhoudelijke opmerkingen bij het eerste deel van het artikel.[19]

In de Kamer riep de term 'einduitspraak' in het eerste lid vragen op.[20] Het was volgens de Minister echter overduidelijk 'dat vereist wordt dat *over het feit* bij einduitspraak is gevonnist.' Hij voegde daaraan toe: 'Er kan dus alleen bedoeld zijn een uitspraak ten principale.'[21] Hij bedoelde dus een inhoudelijke eindbeslissing. De opmerkingen dat niet duidelijk zou zijn dat alleen dezelfde persoon aanspraak op de regel kon maken, werden tezelfdertijd gepareerd. De bepaling kon niet door anderen worden ingeroepen, nu de tekst van het artikel vermeldde dat zij enkel degene beschermde '*die ter zake van dat feit is vervolgd geworden*'.[22] Later zou die bijzin vervallen; die toevoeging was immers overbodig. Uit het feit dat iemand 'gevonnist' was, volgde al dat hij '*vervolgd is geworden*'. Voor het overige werden alleen opmerkingen gemaakt over de werking van het tweede lid, de negatieve kracht van vreemde gewijsden. Niet blijkt dat er bij één van de zes keren dat het wetsvoorstel aan de Kamer werd voorgelegd van gedachten is gewisseld

---

17 Advies RvS 3 augustus 1863, BHTK 1863/64, LVIII, 18, p. 774.

18 Als minpuntje kan worden genoemd dat art. 254 Sv 1838, het verval van rechtsvordering door betaling van het maximum van de op het delict gestelde boete (submissie), niet mede aan de bepaling werd toegevoegd, althans niet in de beschouwingen dienaangaande werd betrokken.

19 Ten aanzien van het tweede lid adviseerde de RvS om in de tekst buiten twijfel te stellen dat de vonnissen gewezen door rechters in de Nederlandse overzeese bezittingen en koloniën niet als 'buitenlandsche vonnissen' zouden worden aangemerkt. Voorts vond de Raad de bescherming van het tweede lid nogal ruim.

20 VV OSv 1863, BHTK 1863/64, LVIII, 22, p. 1794.

21 MvT OSv 1864, BHTK 1864/65, LXIII, 17, p. 504.

22 MvT OSv 1864, BHTK 1864/65, LXIII, 17, p. 504.

over de strekking van *non bis in idem*, aan welk beginsel het eerste lid was opgehangen, of over de in het artikel gemaakte uitzondering voor het buitengewoon rechtsmiddel van herziening van vonnissen die tot een veroordeling hadden geleid.

1.4 De uitzondering

De uitzondering in het voorgestelde artikel 15 Ontwerp Godefroi - '*buiten het geval van art. 1, Titel XIV*' - verwees naar de bestaande herzieningsregeling in Titel 19 Sv 1838. Deze regeling was ontleend aan de *Code d'instruction criminelle*.[23] Het bedoelde artikel 1, Titel XIV, omschreef de gevallen waarin een veroordeling kon worden herzien nadat het arrest of vonnis waarbij die veroordeling was uitgesproken in kracht van gewijsde was gegaan.[24] De regeling had dus het oog op herziening ten voordele van de veroordeelde in enkele bijzondere gevallen.

Omdat de toevoeging van de uitzondering op het verbod van herhaling niet was toegelicht en over dit onderdeel van het nieuwe artikel 15 ook geen vragen zijn gesteld, mag ervan uit worden gegaan dat de uitzondering voor zich zelf sprak. De bedoeling was dan ook duidelijk. De Minister wilde de diverse regels aangaande hetzelfde onderwerp zo veel mogelijk bijeenplaatsen en tegelijk wilde hij dat de regel *non bis in idem* 'in meer algemene bewoordingen werd teruggegeven'. Daarom werd de regel losgemaakt van de vrijspraak; hij gold immers ook voor de veroordeling en het ontslag van alle rechtsvervolging (en de gevallen waarin het openbaar ministerie niet-ontvankelijk was verklaard wegens het niet aanwezig zijn van recht tot strafvordering). Nu ook uitdrukkelijk de veroordeling onder het eerste lid werd begrepen, wilde de Minister buiten twijfel stellen dat veroordeelden in bijzondere gevallen, namelijk in de gevallen beschreven in de wet, wèl een tweede vervolging konden krijgen. Een dergelijke uitzondering, die uitsluitend in het voordeel van de veroordeelde zou zijn, moest vanzelfsprekend[25] worden toegestaan. Geconcludeerd kan worden dat de toevoeging er dus slechts toe diende

---

23 Art. 409, titel 19, Sv1838 noemde dezelfde drie gronden als de *Code d'instruction criminelle*. Het artikel was anders dan in het Franse recht echter niet uitsluitend van toepassing op vonnissen door het hof van assisen gewezen maar op alle strafrechtelijke vonnissen. De Nederlandse herzieningsregeling in de negentiende eeuw wordt hierna besproken in par. 3.

24 Volgens de MvT diende titel XIV OSv 1861 ter vervanging van titel XIX Sv 1838, Belinfante 1862, p. 250. Voorgesteld werd om aan de drie gevallen uit het Franse recht een vierde toe te voegen, namelijk het geval van gebleken valsheid van de gebruikte bewijsstukken, art. 1 aanhef, 4e, Titel XIV OSv 1861. Deze grond werd bij de wijziging in 1886 echter niet opgenomen, zie art. 375 Sv 1885, De Pinto Sv II 1888, p. 516.

25 Vgl. de opmerking van Cras bij de kritiek van het HNG, Hoofdstuk 8, par. 5.9. De uitzonderingen op het gezag van gewijsde ten gunste van de veroordeelde werden altijd al erkend, vóór de Franse tijd en nadien. Vgl. De Bosch Kemper II, bij art. 218, p. 604 en III, p. 441 e.v.

om de gevallen waarin inbreuken op een definitieve veroordeling geoorloofd waren niet uit het oog te verliezen. Hieruit volgt dat de in het eerste lid toegevoegde 'uitzondering' geen inperking was van de beoogde bescherming maar juist een uitbreiding. De toevoeging van de uitzondering voor de gevallen van herziening als bedoeld in titel XIV Ontwerp-Godefroi was kortom een eenvoudige redactionele wijziging die slechts tegemoet kwam aan het hogere doel van de nieuwe wet om de regels die hetzelfde onderwerp betroffen zo veel mogelijk samen te plaatsen. Achteraf moeten we concluderen dat het een stap is geweest die tot misverstand en zelfs tot een averechtse uitleg van het artikel aanleiding kan geven.[26] Ik kom hierop in Hoofdstuk 14, bij de bespreking van het wetsvoorstel 'Herziening ten nadele' terug.

1.5 De voorwaarden

Uit de toelichting op en de redactie van het door Minister Godefroi voorgestelde artikel 15, dat later zou worden vernummerd naar artikel 19 van de daaropvolgende wetsvoorstellen, kan worden geconcludeerd dat de daarin geformuleerde tekst is te beschouwen als een krachtige rechtswaarborg tegen een hervatting van de vervolging ten nadele van het individu na een definitieve inhoudelijke en openbare behandeling in zijn zaak. Artikel 15 veranderde in dat op zicht niets aan het bestaande artikel 218 Sv 1838. Het was de waarborg die was geboren uit het afzweren van de *absolutie van instantie*. De regering wilde geen vorm van onbepaald uitstel meer als een zaak eenmaal behandeld was. Het onbepaald ontslag na volledig onderzoek paste noch bij het gewijzigde bewijsstelsel noch bij de waarborging van de individuele vrijheidsrechten van de burger. Voor het accepteren van de kracht van het definitieve eindoordeel was het wel noodzakelijk dat de kans op vergissingen zo klein mogelijk was, maar daar stond naar de mening van de regering het nieuwe strafproces voldoende voor garant. Er waren rechterlijke colleges in het leven geroepen bestaande uit ten minste drie of zes rechters. Bovendien was de mogelijkheid geopend om een zaak niet op de zitting te brengen ondanks het bestaan van bezwaren tegen de beklaagde, zodat een zaak waarin nog twijfel bestond verder kon worden uitgezocht. Was de zaak eenmaal op de zitting gebracht dan had daar een volwaardig en actief onderzoek plaats naar de materiële waarheid.

---

[26] Vgl. de bezwaren van Modderman tijdens de beraadslagingen in de Commissie De Wal, hierna, par. 2.4, te bespreken.

1.6 Garanties voor volledig onderzoek

De verzekering van een onbelemmerd onderzoek naar de materiële waarheid was dus randvoorwaarde voor de erkenning van het gezag van gewijsde. Omdat het bestaande Wetboek op dit punt in de praktijk te kort bleek te schieten, vulde het Ontwerp-Godefroi het aan.[27] De rechter diende volgens de Minister de 'meest mogelijke vrijheid' te worden gelaten, opdat hij 'nooit verplicht worde recht te spreken na onvolledig onderzoek.'[28] Dit was '(e)en beginsel dat het gehele onderwerp naar het oordeel van de regering moet beheersen'. De strafrechter moest, anders dan in de burgerlijke rechtspleging, actief kunnen meewerken aan 'de ontdekking der materieele waarheid'. Het onderzoek moest dus kunnen worden voortgezet zolang het vonnis niet was uitgesproken.[29] In het ontwerp werden de bevoegdheden van de zittingsrechter in dit opzicht uitgebreid.[30] Hij zou expliciet de bevoegdheid krijgen om, onbeperkt, zowel tijdens het onderzoek ter terechtzitting als daarna, zijn onderzoek uit te breiden of te verdiepen[31] en tevens zo nodig alsnog een onderzoeksopdracht te geven aan de rechter-commissaris.[32] Het was een voorstel dat in 1798 al door Van Houten aan de hand was gedaan.[33] De uiterste termijn voor het heropenen van het onderzoek was die van de verplichte einduitspraak.[34] De schorsing zelf kon van onbepaalde duur zijn.

Uit de memorie van toelichting kan worden opgemaakt dat met name het voorstel om de mogelijkheid te openen om na de sluiting van het onderzoek ter zitting

---

27 Vgl. Rapport aan de Koning bij art. 221w OSv 1882, Smidt 1886 Sv I, p. 601.

28 MvT OSv 1861, Belinfante 1861, p. 114, Smidt Sv I, p. 444.

29 MvT OSv 1861, Belinfante 1861, p. 113 onder. De MvT bij OSv 1886, Smidt Sv I, p. 444 onder het tussenkopje 'uitgebreidheid van 's rechters onderzoek' luidt gelijk aan die van Godefroi, met dien verstande dat de verwijzing naar 'Léon Regtspraak, Strafvordering, ad art. 204' is vervangen door 'Texeira de Mattos, Regtspraak, Strafvordering, ad art. 204'. De genoemde uitgaven moeten die van 1860 resp. 1880 zijn geweest.

30 Deze bevoegdheden kwamen naast de bestaande mogelijkheid tot nader onderzoek naar de door de officier van justitie ten laste gelegde strafverhogende omstandigheden, art. 203 Sv 1838, later artt. 191, 192 Sv 1886.

31 Artt. 52, 56 titel VII, Van het regtsgeding in eersten aanleg, OSv 1861, Belinfante 1862, p. 140, 141; resp. artt. 189, 193 Sv 1886, in Smidt Sv I. Art. 52 OSv 1861 komt volgens de MvT in hoofdzaak overeen met 202 Sv 1838, 'dat echter enige uitbreiding heeft verkregen ten gevolge van de meerdere ruimte, die aan den regter voor het onderzoek wordt gegeven', Belinfante p. 140, zie ook bij art. 189 Sv 1886, in Smidt Sv I, 1886, p. 556.

32 Artt. 76, 77 titel VII, Van het regtsgeding in eersten aanleg, OSv 1861, Belinfante 1862, p. 152 en 153; resp. artt. 212, 213 Sv 1886, Smidt Sv I, p. 600.

33 Zie Hoofdstuk 8, par. 4.8.

34 Aanvankelijk binnen acht, later binnen veertien dagen, art. 209 Sv 1886. De wijziging in veertien dagen vond plaats door het amendement Mackay, Smidt Sv I, p. 597. Art. 209 lid 4 liet echter nog een uitstel toe als die veertiende dag was verstreken; dan moet de zaak op de bestaande dagvaarding opnieuw worden onderzocht (vgl. art. 345-4 Sv).

alsnog een onderzoek in handen van de rechter-commissaris te stellen (het latere artikel 213 Sv 1886) in de Kamer op bezwaren is gestuit. Men zag er een schending in van de regel *non bis in idem*, 'als zoude op die wijze een beklaagde tweemaal voor hetzelfde feit terecht kunnen staan'.[35] De Minister vatte dit bezwaar zo op dat men ervan uitging dat de zaak na de door de rechter-commissaris gehouden instructie weer eerst aan de raadkamer zou moeten worden voorgelegd teneinde opnieuw naar de zitting te worden verwezen. Daarvan was volgens de Minister echter geen sprake; de instructie zou slechts tot gevolg hebben 'dat de geschorste, nu beter toegelichte zaak op de terechtzitting eenvoudig wordt voortgezet, evenals dit bij elke andere schorsing plaats vindt'.[36]

Het uitstellen van de einduitspraak in combinatie met het heropenen van de zaak vertoont op het eerste gezicht inderdaad een zekere gelijkenis met de oude praktijk van de middenbeslissing. Zelfs de woorden die de Minister in 1861 voor zijn toelichting gebruikte (en die in 1883 werden herhaald), roepen daaraan herinneringen op. De Minster verklaarde namelijk dat het voorgestelde artikel[37] een gewoonte bestendigde 'die sedert jaren *wanneer dit noodig bleek* bij de verschillende colleges in practijk is gebracht zonder dat de wet dit hetzij verbood, hetzij daartoe machtigde'. De noodzakelijkheid van de bepaling was volgens de Minister 'dus bepaald gebleken'.[38] De kritische opmerkingen vanuit de Kamer moeten waarschijnlijk worden begrepen in het licht van de bezorgdheid om weer een onbepaald uitstel binnen te halen. Het 'bestendige gebruik' was immers ook steeds de grondslag geweest voor de *absolutio ab instantia*, de beslissing waarbij eveneens aan het einde van het geding een definitieve beslissing werd vooruitgeschoven. Toch was er een groot verschil. De 'instantie' werd immers in de onderhavige voorstellen juist wel voortgezet.

Desalniettemin had de ruime bevoegdheid die de rechter hier zou krijgen om alsnog, in het allerlaatste stadium van de berechting, een onderzoek in handen van de rechter-commissaris te stellen de aandacht van de Minister getrokken en tot een iets andere afweging geleid. In het ontwerp dat in 1882 werd ingezonden was aan het artikel de zinsnede toegevoegd dat heropening wegens onvolledigheid van het onderzoek alleen kon plaatshebben '*indien door verklaringen van getuigen die niet gehoord, of door stukken of bescheiden die niet onderzocht hebben kunnen worden, nieuwe bezwaren zijn bekend geworden*'.[39] Men wilde de mogelijkheden

---

35 MvT OSv 1861, Belinfante 1862, p. 153 jo. 115; Osv 1882, Smidt Sv I 1886, p. 445.

36 MvT OSv 1861, Belinfante 1862, p. 115, Smidt Sv I, p. 445.

37 Art. 77 titel VII OSv 1861, 213 OSv 1882.

38 Rapport aan den Koning, 24 oktober 1883, Smidt Sv 1886, I, p. 601.

39 Art. 221x eerste lid OSv 1882: 'In het geval, bij het voorgaand artikel voorzien, kan ook de regtbank, *indien door verklaringen van getuigen die niet gehoord, of door stukken of bescheiden die niet on-*

van heropening van het onderzoek dus toch enigszins begrenzen. Voor een nieuwe instructie moesten redenen bestaan die slechts gevonden konden worden in verklaringen van getuigen die niet eerder waren gehoord of in stukken die niet eerder hadden kunnen worden onderzocht. Een herhaling van zetten werd hiermee uitgesloten. In het gewijzigde Wetboek van Strafvordering 1886 werd het artikel zoals in 1882 voorgesteld echter weer afgeslankt en resteerde slechts het vereiste van 'nieuwe bezwaren' (art. 213 Sv 1886). Men vond namelijk de gestelde voorwaarden 'te eng'. Ook ander nieuw bewijs dan 'getuigen die niet waren gehoord' of 'bescheiden die niet onderzocht', moesten grond voor een nieuwe instructie kunnen opleveren. Gedacht werd aan een bekentenis, of stukken van overtuiging die 'nieuwe bezwaren' opleverden.[40] Het afgeslankte criterium - 'nieuwe bezwaren' - sloot welbewust aan bij het criterium voor hervatting van de vervolging na een door de raadkamer van de rechtbank gelaste 'buitenvervolgingstelling' (art. 136 Sv 1886).[41]

Slechts één lid van de Eerste Kamer, het lid Van Roijen uit Groningen, maakte in 1886 nog bezwaar tegen de hervatting van het onderzoek ter zitting nadat het eenmaal gesloten was. Hij wees erop dat de mogelijkheid van hoger beroep de regeling overbodig maakte. De Minister vond de regeling echter ook bij het behoud van het appel 'volstrekt noodzakelijk'. Hij voegde daaraan toe dat het hem genoegen had gedaan te vernemen dat de opmerking van slechts één lid afkomstig was geweest. Die toevoeging was een beetje misleidend, want de Minister liet na te vermelden dat ook bij de Raad van State wel 'eenig bezwaar' tegen de nieuwe bepaling bestond. De Raad had gewaarschuwd voor 'misbruik en schromelijke vertraging'.[42] Tijdens de beraadslagingen uitgenodigd door 'de geachte afgevaardigde uit Groningen' om de gestelde noodzaak aan te tonen, beriep de Minister zich op het 'publiek belang'. Hij bleef echter in gebreke aan te geven in

---

derzocht hebben kunnen worden, nieuwe bezwaren zijn bekend geworden (curs. wvh), met aanduiding van het onderwerp, eene nadere instructie bevelen en de stukken daartoe stellen in handen van den regter-commissaris' Het ontwerp berustte nog steeds op delen uit de memorie van toelichting van het Ontwerp-Godefroi.

40 Verslag Tweede Kamer en Regeringsantwoord in Smidt Sv I 1886, p. 601 onder, jo. p. 429 bij art. 123b OSv 1882 (art. 136 1886, het verbod iemand in rechte te betrekken na diens buitenvervolgingstelling behoudens nieuwe bezwaren).

41 Smidt 1886 Sv I, p. 601. De buitenvervolgingstelling door de rechtbank (127 Sv 1886) was het resultaat van de vereenvoudiging en verkorting van de strafprocedure die plaatsvond in 1886. Vanaf 1886 werden de rechtbanken met de berechting in eerste aanleg van in beginsel alle 'misdrijven' belast, hetgeen weer een gevolg was van de wijziging van de Wet RO waarin het onderscheid tussen 'misdaden' en 'wanbedrijven' was vervallen (tevens werd vanaf toen hoger beroep mogelijk tegen alle rechtbankvonnissen in misdrijfzaken, De Hullu1989, p. 31), Smidt 1886 Sv I, p. 18 e.v. en 443 e.v. Hiermee verviel het arrest 'geene termen tot teregtstelling' (art. 133 Sv 1838).

42 Advies RvS bij art. 221w OSv 1882 (212 Sv 1886) in Smidt Sv I 1886, p. 601.

welke gevallen een dergelijke verlenging van het onderzoek zo volstrekt noodzakelijk was.[43]

Beide aanvullingen zijn uiteindelijk doorgevoerd, dus de mogelijkheid om het onderzoek na afloop van het onderzoek ter terechtzitting nog te heropenen om nader onderzoek te verrichten en die om het onderzoek in handen te stellen van de rechter-commissaris. Van een met de *absolutie van instantie* vergelijkbare beslissing, waardoor zaken op de lange baan zouden kunnen worden geschoven, was geen sprake. Het grote verschil met de oude praktijk was immers dat de opdracht tot het nadere onderzoek kort na sluiting van het onderzoek ter terechtzitting, en in elk geval vóór de einduitspraak moest worden gegeven en dat daarvoor in het geval dat het onderzoek aan de rechter-commissaris werd opgedragen, direct al 'nieuwe bezwaren' nodig waren. Het betrof dus niet een onbepaald uitstel in afwachting van nieuw bewijs, zoals in geval van een absolutie van instantie, maar een concrete opdracht tot nader onderzoek.

De artikelen omtrent heropening van het onderzoek ter terechtzitting werden in het wetboek van 1886 opgenomen en zijn er sindsdien in blijven staan. De mogelijkheden tot nader onderzoek behoren dus nog steeds tot het arsenaal van de zittingsrechter.[44] Hij kan deze bevelen geven tot uiterlijk de dag van de einduitspraak, dus tot maximaal veertien dagen na sluiting van het openbare onderzoek. De schorsing duurt zolang de oorzaak voor schorsing niet is vervallen (320 Sv). De bewaking van de procesduur ligt in de waarborg van 'berechting binnen redelijke termijn' zoals bedoeld in artikel 6 ERVM. De voorwaarde van het bestaan van 'nieuwe bezwaren' in artikel 213 Sv 1886 is in 1926 komen te vervallen.[45] Zo kan de nadere instructie ook dienen voor nader onderzoek naar ontlastend materiaal. De sombere voorspellingen van de Raad van State zijn toen en ook nadien niet bewaarheid.

2. De Commissie de Wal

2.1 De overbrenging van de materiële onderwerpen naar het strafrecht

Toen op 28 september 1870 een staatscommissie werd ingesteld 'voor de zamen-

---

43 De discussie is opgenomen in Smidt Sv I 1886, p. 601, 602.

44 Artt. 316 Sv en artt. 346 en 347 jo 316 Sv.

45 De reden voor de schrapping van de voorwaarde was gelegen in de wens om beide vormen van heropening van het onderzoek gelijk te schakelen (artt. 212 en 213 Sv 1886), MvT bij art. 340 OSv 1921, *Kamerstukken* 1913/14, 286, p. 137.

stelling van een Wetboek van Strafrecht',[46] naar haar voorzitter de 'Commissie De Wal' genoemd, werd het strafprocesrecht nog geregeerd door het Wetboek van Strafvordering van 1838[47] en was het ontwerp tot herziening van dat Wetboek reeds voor de zesde maal[48] aan de Tweede Kamer aangeboden. Het was toen al wel duidelijk dat de onderwerpen die van materiële aard waren naar het toekomstige Wetboek van Strafrecht zouden worden overgebracht, maar welke onderwerpen daartoe behoorden, was nog geen uitgemaakte zaak; daarover zou de Commissie De Wal zich buigen. Op de voorlopige agenda voor het algemeen deel van het Wetboek van Strafrecht stond dan ook de vraag geschreven welke onderwerpen uit 'het wetboek- en het laatste ontwerp Strafvordering'[49] zouden worden opgenomen. De onderwerpen waarover van gedachten gewisseld moest worden, waren: (a.) over welke personen de Nederlandse strafwet zich uitstrekt[50] (hierna: 'rechtsmacht'), (b.) algemene bepalingen over misdrijven alleen op klachte vervolgbaar, (c.) samenloop van misdrijven, en teniet gaan van vervolging door (d.) de dood van de betrokkene en (e.) verjaring van vervolging en van de straf.[51] In dit lijstje ontbrak het verval van vervolging door het rechterlijk gewijsde. Later werd wel het gezag van 'vreemde' gewijsden expliciet aan de opsomming toegevoegd; [52] het gezag van het Nederlands gewijsde zou als het ware terloops bij de besprekingen worden 'meegenomen'.

---

46 Zie voor de instelling en de samenstelling van deze commissie Smidt 1891 I, p. 1.

47 Dat wetboek had slechts weinig veranderingen ondergaan; voor het overzicht van die wijzigingen zie De Pinto 1882 I, p. 6 e.v.

48 Een kort overzicht van de wetsgeschiedenis staat in de MvT Ontwerp-Borret, BHTK 1866/67 p. 780 en in de MvT bij de zesde indiening, door Van Lilaar, BHTK 1869/70, p. 192.

49 Dat 'laatste' ontwerp Sv moet het ontwerp zijn geweest dat MvJ Van Lilaar op 20 september 1869 aan de Kamer had aangeboden. De memorie van toelichting bij dit ontwerp (BHTK 1869/70, 20 september 1869, nr. 17, 7, p. 192) verwijst naar die bij het ontwerp 1867/68 (Ontwerp-Borret) en voor een deel ook naar die bij OSv 1863/64 (Ontwerp-Olivier). Beide ontwerpen waren als gezegd voor een belangrijk deel geënt op dat van Godefroi (OSv 1861, Belinfante 1862). Het verbod van herhaling stond in art. 15 OSv 1861 en in 19 van de volgende ontwerpen. De toelichting bij het artikel was steeds ongewijzigd gebleven.

50 In het handschrift staat: 'over wie gebied van Nederlandse strafwet, zich uitstrekt (misdrijven buiten 's lands of aan boord van schepen gepleegd, nationaliteitsbeginsel, exterritorialiteit; hierbij schijnt ook gevoegd te kunnen worden de vraag aangaande de strafbaarheid van rechtspersonen en wat daarmede in verband staat, of de wet dienaangaande iets behoort te bepalen en zo ja, wat? (…)'.

51 Commissie De Wal, Bijlage 1, Algemene agenda onder III, 1a, b, c, d, e. Als besloten zou worden dat de onderwerpen 'rechtsmacht', klacht en verval van strafvordering door de dood en door verjaring gerekend zouden moeten worden tot het materiële recht, werd voorgesteld 'deze nog in bijzonderheden te bespreken naar aanleiding van de bepalingen dienaangaande voorkomende in het Wetboek van Strafvordering en in de ontwerpen van een nieuw Wetboek van Strafvordering', Commissie de Wal, Bijlage 1, Algemene agenda onder XII.

52 Commissie De Wal, Bijlage 7, Aanvulling op algemene agenda met XIIa.7.

2.2 Criteria voor de indeling in materieel en formeel recht

In haar tweede vergadering, op 10 oktober 1870, besprak de Commissie welke onderwerpen al dan niet tot het materiële recht konden worden gerekend. Over de plaats waar de regels voor samenloop moesten komen te staan, bestond geen verschil van inzicht; 'zonder beraadslaging' werd besloten dat 'de zamenloop van misdrijven' behoorde tot het gebied van het materiële recht.[53] De gronden voor het bestaan en voor het verval van strafvervolging, de dood van de beklaagde en de verjaring, lieten zich echter minder eenvoudig in 'materieel' of 'formeel' indelen.[54] Er werd gezocht naar een criterium. Tijdens de besprekingen kwamen die dag drie theoretische modellen ter sprake. Commissielid Pols achtte doorslaggevend voor plaatsing in het materiële recht of het onderwerp ging over de vragen '*wat* en *hoe* gestraft moet worden'.[55] In die definitie pasten regels met betrekking tot verjaring en het gevolg van de dood van de beschuldigde naar de mening van Pols niet, want die handelden volgens hem over vraag 'of de publieke actie die is ontstaan rechtens nog voor uitoefening vatbaar' was. Omdat uitoefening van een actie, zowel voor als na het vonnis, in de ogen van Pols een vorm van 'rechtspleging' was, behoorden deze onderwerpen naar zijn mening tot het formele recht. De Wal was van mening dat de regels aangaande deze onderwerpen moesten worden verdeeld over beide wetboeken. Die betreffende *het uitoefenen van straf* zouden een plaats moeten krijgen in het materiële en die betreffende *het uitoefenen van vervolging* in het formele recht. 'Het wetboek dat bepaalt wanneer gestraft zal worden, moet ook bepalen wanneer de straf ophoudt.' Het ophouden van straf, met andere woorden 'het verval van strafvordering' was dus volgens De Wal een onderwerp van materieel strafrecht. De overige commissieleden, François, De Pinto en Modderman, die gedrieën de meerderheid vormden, vonden echter dat de onderwerpen 'uit oogpunt van orde' niet in formeel en materieel gesplitst moesten worden. Naar hun mening diende '(h)et materieel Strafrecht niet alleen te leeren of de publieke actie is ontstaan, maar ook of zij nog voortbestaat, of zij nog voor uitoefening vastbaar is.' Zij maakten anders dan Pols onderscheid tussen de wijze van uitoefening van strafvordering en het bestaan van het recht daartoe. Alleen de wijze van uitoefening behoorde naar de mening van de drie tot het formele recht; het bestaan en het verval van het recht tot strafvordering ('voor of na erkenning bij rechterlijke uitspraak') behoorde

---

53 Commissie De Wal, Tweede vergadering, 10 oktober 1870, Notulen I, p. 6, vgl. Bosch 1965, p. 95. De bepalingen stonden in de artt. 207 en 208 Sv 1838.

54 Vgl. de besluitvorming hierover binnen de Commissie De Wal, hierna te bespreken, en de opmerkingen van de Raad van State bij OSr 1878, Smidt Sr I, 1891, p. 44.

55 Commissie De Wal, Tweede vergadering, 10 oktober 1870, Notulen I, p. 6.

huns inziens tot het materiële recht.[56] Zij verwezen daarvoor naar het privaatrecht waar ook het bestaan van de actie in het burgerlijk wetboek werd geregeld. Besloten werd om de meerderheid te volgen[57] en zo keerde men terug op de schreden die de criminele commissie in 1801 en 1804 had gezet en die hadden geleid tot opneming van de vervolgingsuitsluitingsgronden in het Crimineel wetboek voor het Koningrijk Holland van 1809. Het gekozen criterium, samengevat in de vraag 'is er eene publieke actie en tegen wien?', [58] was echter discutabel, zoals ook al uit de stemverhouding binnen de commissie blijkt. Het zou de Raad van State tot de opmerking brengen dat te veel onderwerpen in het wetboek werden geregeld die 'meer eigenaardig in een Wetboek van Strafvordering' behoorden. De Minister (Smidt) antwoordde daarop dat hij het 'meer eigenaardige' van deze kenmerken niet zonder meer inzag en liet de bepalingen staan waar zij door de Commissie De Wal waren geplaatst.[59]

2.3 Verplaatsing van '*non bis in idem*'

Uit het gekozen criterium, *'of er een actie bestaat*', zou volgen dat ons onderwerp, het verval van het recht tot strafvordering wegens rechterlijk gewijsde, tot het materiële recht zou worden gerekend. Dit bleek al op de elfde vergadering, op 14 december 1870, waar de vraag aan de orde was of de regels over de toepassing van de strafwet 'in de ruimte', dus de vraag naar de uitoefening van rechtsmacht, in het Wetboek van Strafrecht moesten worden geplaatst. Pols en De Wal[60] bleven vinden van niet, maar ook de andere drie bleven bij hun eerder ingenomen standpunt. Wederom met drie tegen twee stemmen werd daarom besloten om de werking van de strafwet in de ruimte in lijn met de onderwerpen 'verjaring' en 'de dood van de beklaagde of beschuldigde' bij het materiële recht in te delen. Hier-

---

56 Vgl. Simons 1913, p. 6, die strafvordering definieerde als 'de wijze waarop, bij het bestaan van het recht van strafvervolging, dat recht kan worden geldig gemaakt', zie ook Simons 1937, p. 3, noot 1.

57 Commissie De Wal, Tweede vergadering, 10 oktober 1870, Notulen I, p. 7.

58 Zoals samengevat door De Pinto en Modderman, Commissie De Wal, elfde vergadering, 14 december 1870, Notulen I, p. 100 en 101.

59 Advies Raad van State, 26 november 1878, en het antwoord van de MvJ, Smidt Sr I 1891, p. 44.

60 De Wal wees hierbij op de nauwe samenhang tussen de regeling van de rechtsmacht en 'den regel '*non bis in idem*" zoals geregeld in het Wetboek van Strafvordering. Vanwege die samenhang, en omdat dat Wetboek reeds sedert lang gereed was, gaf De Wal er de voorkeur aan ook het strafrecht naar tijd en plaats in het Wetboek van Strafvordering te regelen. Daarnaast vond De Wal het praktisch om de regeling te laten waar hij was, omdat 'bovendien het ontwerp Wetboek van Strafvordering reeds sedert lang gereed is', Notulen I, p. 101. Modderman vond echter dat 'het '*non bis in idem*" niet in het Wetboek van Strafvordering thuishoorde nu het 'verval van strafvordering' betrof, Commissie De Wal, elfde vergadering, 14 december 1870, Notulen I, p. 101.

mee was tevens de keuze voor de plaats van het verbod van herhaling bezegeld.[61] *Non bis in idem* betrof immers de vraag of er 'een actie' was. Het onderwerp, hoewel niet op de agenda geplaatst, zou in de loop van de dag nog wel aan de orde komen. Aan het onderwerp 'territoriale werking' was immers ten nauwste 'de kracht van vreemde vonnissen' verbonden, welk onderwerp weer deel uitmaakte van de bestaande regeling van het *non bis in idem*. Met algemene stemmen werd besloten om de bepalingen over de kracht van vreemde vonnissen in artikel 10 Sv 1838, zoals verplaatst naar het tweede lid van artikel 19 OSv 1863/1867, in het Wetboek van Strafrecht over te nemen. De tekst van het ontworpen artikellid werd volledig gehandhaafd, hetgeen dus een zeer ruime erkenning van vreemde gewijsden impliceerde.[62] Na een uitvoerige behandeling van alle aspecten van de werking van het Nederlandse strafrecht naar plaats, kwam die dag uiteindelijk ook nog het eerste lid van artikel 19 Sv 1863/1867 aan de orde, het verbod van herhaling zoals geformuleerd in artikel 218 Sv 1838, aangevuld met de verwijzing naar de herzieningsregeling in titel 19 Sv 1838. In de Notulen werd daaromtrent slechts genoteerd:

> 'Nog wordt besloten ook het eerste lid van dit artikel (verval van strafvordering door res judicata van den Nederlandschen regter) mutatis mutandis in het wetboek te reproduceren.'[63]

Het verbod van herhaling werd kortom in zijn geheel vanuit het Wetboek van Strafvordering overgenomen en ondergebracht onder de gronden voor het verval van strafvervolging in het Wetboek van Strafrecht.

De beslissing om het onderwerp *non bis in idem* in het Wetboek van Strafrecht te plaatsen volgde logisch uit het gekozen criterium, namelijk 'of er een actie bestond', maar de beslissing om de bepaling zoals in 1861 voorgesteld door Godefroi ongewijzigd over te nemen had wel meer kunnen worden toegelicht. Toen, noch later, is een inhoudelijke discussie over 'het *non bis in idem*' of 'de regel' *non bis in idem* gevoerd, niet over de onveranderlijkheid van een vrijspraak na nieuwe bezwaren en ook niet over de uitleg van 'hetzelfde feit'. Daaruit kan slechts wor-

---

61 Anders dan Mevis en Kooijmans, 2003, p. 111, schrijven, er ligt dus wel een theoretisch onderscheid aan de toedeling van de regeling *non bis in idem* aan het Wetboek van Strafrecht ten grondslag.

62 Modderman maakte tegen die ruime werking bezwaar omdat hij vreesde dat de regeling 'te zacht' was. Hij waarschuwde dat volgens art. 19 lid 2 OSv 1863/67 ook 'zeer geringe straffen en vrijspraken' aan vervolging in Nederland in de weg zouden staan, Commissie De Wal, elfde vergadering, 14 december 1870, Notulen I, p. 104. Hij stelde bij amendement het zgn. *Anrechnungsprinzip* voor, geen uitsluiting van vervolging maar wel verplicht in rekening brengen van de eerder opgelegde straf (Commissie De Wal, Bijlage 71).

63 Commissie De Wal, elfde vergadering, 14 december 1870, Notulen I, p. 105.

den geconcludeerd dat de commissie zich over de uitleg van de regel geen zorgen maakte. Daaruit volgt dan weer dat de regel in de praktijk niet als problematisch werd ervaren.

2.4 Eerste redactie Commissie De Wal

In het bij de Notulen behorende eerste concept kwam het verbod van herhaling te luiden:

> '*Behoudens de gevallen, waarin regterlijke uitspraken voor herziening vatbaar zijn, kan niemand andermaal worden vervolgd ter zake van een feit waarover te zijnen aanzien bij gewijsde van den regter in Nederland of in de Kolonien en bezittingen van het rijk in andere werelddeelen uitspraak is gedaan (…)*'.[64]

Modderman maakte bij deze tekst, in het bijzonder bij het gemaakte voorbehoud, een kanttekening. Hij zag het voorbehoud voor gevallen van herziening liever vervallen, want '(M)en leert haar voldoende uit 't Wetboek van Strafvordering kennen'.[65] Dit voorstel werd echter afgewezen omdat de overige commissieleden vonden dat het weglaten van de uitzondering 'aanleiding (kon) geven tot misverstand'.[66] Zou men hebben gevreesd dat door het weglaten van de zinsnede in deze bepaling de herzieningsregeling buiten werking zou zijn gesteld? Dat lijkt niet erg waarschijnlijk. De regeling voor de herziening bleef immers ongewijzigd in het Wetboek van Strafvordering staan. Mogelijk speelde in de beslissing iets anders mee, namelijk het onderscheid tussen enerzijds heropening van het onderzoek door herziening en anderzijds voortzetting van het onderzoek na schorsing, zoals deze op dat moment uitvoerig bij de behandeling van het Wetboek van Strafvordering aan de orde was (par. 1.6 hiervoor). Men heeft wellicht willen duidelijk maken dat een herziening, anders dan een voortzetting na schorsing, beschouwd moest worden als een tweede vervolging in de zin van dit artikel. Tevens was dan duidelijk dat een voortzetting van het onderzoek na een schorsing geen tweede vervolging was.

Ter gelegenheid van deze, inmiddels drieënzestigste, vergadering legde De Pinto nog de vinger op de omschrijving van 'de rechter',[67] en gaf hij aan dat in de tekst

---

64 Het tweede lid luidde: '*Is het vonnis gewezen door een vreemden regter, zoo heeft tegen denzelfden persoon wegens hetzelfde feit geene vervolging plaats, in geval van: a. vrijspraak of ontslag van regtsvervolging; b. veroordeling, gevolgd door geheele of gedeeltelijke uivoering, gratie of verjaring van de straf*'. Commissie De Wal, bijlage 54, art. 1, boek 1, titel VII.

65 Commissie De Wal, Bijlage 71.

66 Commissie De Wal, 63ste vergadering, 17 juni 1872, Notulen II p. 112.

67 Omdat zowel de rechter in Nederland als die in de koloniën, als de consulaire rechter in het buitenland in de omschrijving moesten passen, werd de redactie gewijzigd. Commissie De Wal,

duidelijker tot uitdrukking moest komen dat het negatief gezag slechts werd toegekend aan inhoudelijke eindgewijsden. De Commissie meende echter dat de gevallen waarop De Pinto doelde, onbevoegdverklaring en niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie, niet in het artikel konden worden gelezen, 'vermits dan geen uitspraak gedaan wordt over het *feit'*. Besloten werd om niet in de wet maar wel in de toelichting aandacht aan deze kwestie te besteden. Deze discussie herhaalde zich toen Loke de plaats van François had ingenomen.[68] Net als De Pinto destijds was hij bang dat het eerste lid niet voldoende de mogelijkheid uitsloot dat ook formele einduitspraken een tweede vervolging zouden blokkeren. Hij stelde daarom voor om in plaats van 'gewijsde' de term 'eindgewijsde' te gebruiken.[69] Nu was het de Pinto die uitlegde dat voor deze vrees geen grond bestond. Om toch alle misverstand uit te sluiten - omdat namelijk in de praktijk het woord 'gewijsde' vaak 'min nauwkeurig' als synoniem met 'vonnis' werd gebruikt - werden de woorden '*bij gewijsde van den regter … uitspraak is gedaan* gewijzigd in '*bij gewijsde van den regter … onherroepelijk is beslist*'.

2.5 De plaats van 'het '*non bis in idem*'' binnen het Wetboek van Strafrecht

De Commissie besloot om, in navolging van de criminele subcommissie die zich had belast met het ontwerp van het Lijfstraffelijke wetboek[70] en in navolging van de ontwerpen strafvordering van 1861 en nadien,[71] de gronden voor verval en schorsing van vervolging en van straf in één afdeling onder te brengen. De afdeling kreeg de naam: 'Van het verval van strafvordering en van de straf', en kwam in Boek 1 van het Wetboek.[72] De gronden waren 'het '*Non bis in idem*'', 'de dood van de verdachte', 'verjaring', 'schorsing wegens prejudicieel geschil' en 'betaling van het maximum van de boete' (submissie). Hierop volgde 'het verval van de executie van de straf'. Het verbod van vervolging na gewijsde stond nu dus voorop en twee nieuwe gronden, schorsing wegens prejudicieel geschil en 'submissie' (het huidige artikel 74a Sr) waren toegevoegd. Doordat de regels voor indiening en intrekking van een klacht in een afzonderlijke titel (titel 7) vóór de titel over het verval van strafvordering werden ondergebracht, vernummerde de titel over

---

63ste vergadering, 17 juni 1872, Notulen II p. 112. Later werd de redactie nog gewijzigd en weer terugveranderd, zie Bosch 1965, p. 196.

68 Bosch 1965, p. 53.

69 Commissie De Wal, 100ste vergadering, 19 mei 1873, Notulen III, 68.

70 Boek 1, Hoofdstuk 6, OLW 1804 luidde 'Van het ophouden en vernietigen der beschuldigingen en straffen'.

71 In het Ontwerp-Godefroi en de opvolgende ontwerpen heette de titel: 'Van de schorsing der strafvordering en het vervallen van het regt tot strafvordering'.

72 Commissie De Wal, Bijlage 54.

het verval van strafvordering naar 'titel 8'. In deze vorm bood de Commissie de regeling in het door haar ontworpen wetboek in 1875 aan de Koning aan.
Na inwinnen van het advies van de Raad van State werd het wetsontwerp, voorzien van een memorie van toelichting op 22 februari 1879 naar de Kamer gestuurd. De memorie van toelichting bij het artikel over het verbod van herhaling na een onherroepelijk gewijsde verwees net als de memorie van toelichting van Minister Godefroi naar 'de regel' *non bis in idem*.[73] En net als in die toelichting, werd onderstreept dat de regel nu algemeen was geformuleerd. Sprak het Ontwerp- Godefroi over 'het in algemene bewoordingen teruggeven van de regel *non bis in idem*', de memorie van toelichting bij het ontwerp Wetboek van Strafrecht 1878 zei daarover:

> '*Non bis in idem.* Deze regel, die thans slechts ten dele zijne uitdrukking vindt in de artt. 10 en 218 van het Wetboek van Strafvordering, 'eischt eene algemene erkenning in het Wetboek van Strafrecht.'[74]

Zoals door de Commissie de Wal beloofd, werd in de tweede regel onderstreept dat het (voor wat betreft het eerste lid van het artikel) moest gaan om 'gewijsden van de Nederlandse rechter waarbij onherroepelijk, dat is zonder de mogelijkheid van nadere voorziening, ter zake van het feit is beslist'. Hiermee was duidelijk dat het verbod slechts inhoudelijke einduitspraken zou beschermen die gewezen waren door een rechter, dus na een openbare zitting.

2.6 De buitengerechtelijke afdoening en 'het '*non bis in idem*''

Dat de regel alleen werd betrokken op inhoudelijke beslissingen kan worden begrepen vanuit de gedachte dat er ook werkelijk iets voor de beschuldigde op het spel moet hebben gestaan. Dat is niet het geval als een dagvaarding is uitgebracht en deze weer is ingetrokken. De regel staat in dat geval niet aan een tweede vervolging in de weg. Maar dat de regel werd gereserveerd voor rechterlijke beslissingen genomen na een openbare zitting ligt minder voor de hand, zeker als men bedenkt dat er een buitengerechtelijke manier van afdoen van strafbare feiten bestond die men ook wilde behouden, namelijk de submissie. Waarom zou 'het '*non bis in idem*'' in dat geval niet gelden?

Van oudsher bestonden er twee vormen van buitengerechtelijke afdoening, behalve de 'submissie' ook de 'compositie'. Composeren was het maken van een afspraak met de openbare aanklager om door voldoening aan bepaalde voorwaarden strafvervolging te voorkomen (het latere transigeren). Deze vorm van

---

73 De Memorie verwijst naar het OSv 1863.
74 MvT bij art. 68 Sr opgenomen in Smidt 1891 Sr I, p. 503.

handjeklap wilde de wetgever van 1886, evenals destijds Philips II, vanwege de grote kans op misbruik zo veel mogelijk tegengaan.[75] Daarom zou het composeren, c.q. transigeren, niet in het nieuwe Wetboek van Strafrecht worden geregeld. 'De gewone strafactie moest geen onderwerp uitmaken van overeenkomsten tussen staatsgezag en de verdachte'.[76] Submissie daarentegen werd door de rechter gecontroleerd en was daarom minder misbruikgevoelig. Het was de vrijwillige voldoening van het maximum van de op de overtreding gestelde geldboete. Daarmee werd vervolging afgekocht. Submissie kwam voort uit de oudvaderlandse arbitrage door het hof.[77] En al was het verschil met die oude regeling inmiddels groot,[78] de procedure diende er nog steeds toe om delicten buiten proces af te doen om zo proceskosten, die wel driemaal de boete konden belopen, en de openbaarheid, die als schandmerkend werd beschouwd,[79] te vermijden. De regeling van submissie stond in de titel over het rechtsgeding 'wegens overtredingen van policie', in artikel 254 Sv 1838,[80] en zou worden overgebracht naar het Wetboek van Strafrecht.

Submissie kon volgens de regeling in het Wetboek van Strafvordering alleen plaats vinden als het feit slechts met geldboete werd bedreigd en nadat zij was 'gezien' door de kantonrechter.[81] Deze vorm van afkoop was nog mogelijk nadat er tot dagvaarding was overgegaan. Nu de afkoop zo wettelijk was geformaliseerd mag ervan uit worden gegaan dat zij net als het rechterlijk gewijsde definitief behoorde te zijn, maar dat was niet met zoveel woorden in de wet vastgelegd.

---

75 Citaat van de Commissie De Wal, opgenomen in Smidt Sr I, p. 502. Vgl. de motivering van het verbod op het composeren in art. 13 Ordonnantie op de Criminele Justitie 1570 en in het verslag van de Tweede Kamer met regeringsantwoord bij art. 74 Sr in Smidt Sr I, p. 519.

76 De Commissie besloot aanvankelijk om geen verbod van transactie in de wet op te nemen omdat de transactie in sommige bijzondere wetten voorkwam en er mogelijk uitbreiding in andere wetgeving zou volgen. Ook vond de Commissie het niet nodig in een afzonderlijke lijst alle gevallen te vermelden waarin de strafvervolging vervalt, twaalfde vergadering, 19 december 1870, Notulen I, p. 106. Later, 5 augustus 1874, besloot de Commissie om bij invoeringswet de transactie geheel te verbieden, Notulen IV, p. 233, 234. Smidt 1891, Sr I, p. 502 en 519. De transactie werd later alsnog wettelijke geregeld. Over deze geschiedenis zie s'Jacob 1936.

77 In 1531 heette het 'submitteren inde arbitrage van het hof'. Het betrof een soort smeekschriftprocedure om vanwege de bijzonder omstandigheden van het geval gespaard te blijven van een inquisitoire proces, s'Jacob 1936, p. 5, 6.

78 Zie de regeling van 'submissiën' in artt. 78-81 MvP Decreet 1799; titel 7, artt. 1057-1061, WRI 1809; titel 7, artt. 106-111, OSv 1815. Volgens s'Jacob 1936, p. 31, 32, had de regeling in het wetboek van Sv 1838 niet veel meer weg van die oude regelingen en was de naam 'misleidend'.

79 Voorduin VI, p. 265 e.v.

80 Art. 254 1838 stond in titel 7, 'Van het regstgeding wegens overtredingen van policie, zoo in eersten aanleg als in hooger beroep', par. 3, 'Van het voorkomen van regstvordering, ter zake van policieovertredingen, door voldoening der boete'. De Bosch Kemper III, p. 117 e.v.

81 Art. 254 lid 2 v 1838, het zgn. 'visum' van de kantonrechter. Deze controle zou echter bij de wijziging van het artikel in 1886 vervallen, Smidt Sv II, p. 68, 69.

Dat is op zichzelf niet bijzonder omdat ook het verbod van herhaling na een veroordeling door de Nederlandse rechter niet in de wet was vastgelegd; de veroordeling werd immers pas in het Wetboek van Strafrecht aan de bepaling toegevoegd. Minister van Justitie Godefroi had de submissie, als zijnde een 'bijzonder geval', niet als grond voor het verval van strafvordering in de titel 'algemene bepalingen' van zijn ontwerp willen opnemen.[82] Zijn beslissing kwam voort uit een strikte interpretatie van het begrip 'algemene bepalingen'. Submissie viel daar volgens de Minister buiten omdat zij alleen plaats kon vinden in zaken voor de kantonrechter.

De Commissie De Wal zag dit anders. Zij bracht het verval van strafvordering als gevolg van submissie wel over naar de algemene gronden voor het verval van strafvervolging. Daar plaatste de Commissie de submissie niet onder 'het '*non bis in idem*" maar liet haar in een afzonderlijke bepaling staan (art. 74 Sr 1886). Uit de stukken van de Commissie De Wal noch uit de Kamerstukken blijkt dat over deze beslissing van gedachten is gewisseld.[83] Dit hoeft niet te betekenen dat er aan die keuze geen principiële reden ten grondslag lag, maar die reden springt niet in het oog. Waarom zou immers degene die de maximale boete heeft betaald niet door de regel '*non bis in idem*' moeten worden beschermd? Aan de keuze lijkt vooral een praktische reden ten grondslag te hebben gelegen.

Recapitulerend kan immers worden vastgesteld dat er geen principiële afweging ten grondstag heeft gelegen aan de afzonderlijke behandeling van de gevolgen van een submissie. '*Non bis in idem*' verscheen voor het eerst in het vocabulaire van de wetgever toen werd gesproken over de waarborg tegen uitstel van vonniswijzing na volledige berechting. De vrijspraak moest definitief worden en de vrijgesprokene moest tegen heropening worden beschermd (art. 218 Sv 1838). Pas later is eraan gedacht om aan het verbod ook de herhaalde vervolging na veroordeling toe te voegen. Dit was een gevolg van de samenvoeging van artikel 218 met artikel 10 Sv 1838, het artikel dat het gezag van vreemde vrijspraken én veroordelingen regelde. Het opnemen van het verbod van herhaalde berechting na veroordeling vloeide dus voort uit de wettelijke regeling van de erkenning van vreemde gewijsden. Voor Nederlandse veroordelende gewijsden had tot dan toe aan een vergelijkbare bepaling geen behoefte bestaan, zoals het verbod van een tweede vervolging na bestraffing in de geschiedenis van het verbod van herhaling steeds slechts een marginale rol had gespeeld. Het verbod werd nu toegevoegd, niet omdat de beschermende werking van die regel werd gemist, zoals dat bij

---

82 Dit gold ook de compositie. MvT OSv 1861, Belinfante 1862, p. 9.

83 De minister schreef in de MvT dat de betreffende bepalingen van art. 74 Sr geen toelichting vereisten, Smidt Sr I, p. 518.

einduitspraken die juist *niet* tot een veroordeling hadden kunnen leiden wèl het geval was geweest, maar 'voor de volledigheid'.

De beperkte betekenis die de Commissie aan 'het '*non bis in idem*'' toekende, namelijk om alleen het rechterlijk gewijsde te beschermen en niet de buitengerechtelijke afdoening, kan dan ook worden toegeschreven aan de geschiedenis van de *absolutio ab instantia*. Het is een geschiedenis waarin alle aandacht uitging naar het beëindigen van de rechtsstrijd in de gevallen waarin het bewijs haperde. Het einde van de rechtsstrijd was bij submissie geen issue; dat einde werd in gevallen van submissie direct, namelijk door het aanvaarden van het aanbod, bereikt. Er was dan ook geen noodzaak om daarvoor een aparte bepaling in het leven te roepen. Op het moment dat de Commissie de gronden voor het verval van strafvordering bij elkaar veegde, stond historisch gezien de submissie weliswaar nog steeds geheel los van het gewijsde maar was dat alleen omdat de regeling in het Ontwerp-Godefroi als een bijzondere regeling was gezien, één die slechts betrekking had op zaken voor de kantonrechter. Aan die tweedeling lag dus niet per se de opvatting ten grondslag dat 'het '*non bis in idem*'' slechts gold na een openbare zitting. De Commissie De Wal liet beide bepalingen los van elkaar staan, zij het dat zij nu wel waren samengevoegd in één titel. Mogelijk vond de Commissie dit het 'eenvoudigst', of 'het meest in lijn met de wetsgeschiedenis'. De conclusie dat voor de buitengerechtelijke afdoening het *beginsel non bis idem* niet gold, kan in elk geval niet worden getrokken. Wel volgt uit deze geschiedenis het bestaan van een nauwe samenhang tussen artikel 68 Sr en de *absolutio ab instantia*. De regeling van de submissie legt met andere woorden de wortels van artikel 68 Sr bloot.[84]

2.7 De redactie van artikel 68 eerste lid Sr anno 1886 en 2010

Bij de invoering van artikel 68 Sr op 1 september 1886 vervielen de artikelen 10 en 218 Wetboek van Strafvordering.[85] Het eerste lid van artikel 68 Sr 1886 kwam te

---

[84] Dat het onderscheid tussen gewijsden en vormen van buitengerechtelijke afdoening voor wat betreft het beginsel *non bis in idem* geen principiële betekenis heeft, blijkt ook uit het latere art. 68 lid 3 Sr, over de erkenning van de buitenlandse buitengerechtelijke afdoening, Wet van 6 maart 1985, *S.* 131, *K.* 15972, in werking getreden 19 juli 1985, *S.* 1985, 285.

[85] Wet van 15 januari 1886 houdende wijzigingen in het Wetboek van Strafvordering, 1886, *S.* 5, art. 1; 'De artikelen 8, 9 en 10 vervallen'; art. 11: 'De vierde titel vervalt'; art. 12: 'De vijfde titel wordt vervangen'. Over het uitdrukkelijk 'vervallen verklaren' zie de opmerkingen van de Raad van State en die van de regering in Smidt Sv 1886 deel I, p. 9, 10, 18 en 39 en Commissie De Wal Notulen IV, 1, 21, en Bijlage 138, 'Wijzigingen bij de invoering van het Strafwetboek in het Wetboek van Strafvordering noodzakelijk. Ontworpen door Mr. Loke', (zie bij de artt. 10 en 218).

luiden:[86]

> '*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 den Nederlandschen rechter, of van den rechter in de koloniën en bezittingen van het rijk in andere werelddeelen, onherroepelijk is beslist*'(art. 68 lid 1 Sr 1886).

Sindsdien heeft dit eerste lid geen wezenlijke verandering ondergaan. Het luidt sedert 10 oktober 2010, door de nieuwe staatkundige verhouding tot de voormalige Nederlandse Antillen:[87]

> '*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, Aruba, Curaçao, Sint Maarten of de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba onherroepelijk is beslist*'(art. 68 lid 1 Sr 2010).

3. Het buitengewoon rechtsmiddel herziening

3.1 Een asymmetrisch stelsel

In het eerste lid van artikel 68 van het Wetboek van Strafrecht van 1886 was de verwijzing opgenomen naar de herzieningsregeling in het Wetboek van Strafvordering zoals voorgesteld door Minister Godefroi (1861). De verwijzing naar de herzieningsregeling was sedert 1861 in alle nadien ingediende ontwerpen blijven staan. De herzieningsregeling zelf bleef eveneens ongewijzigd. Over deze regeling was in de Kamer niet beraadslaagd en het wetsvoorstel was zonder hoofdelijke stemming goedgekeurd.[88] Omdat het Ontwerp-Godefroi de bepalingen rond het gewijsde slechts had hergegroepeerd en de enige inhoudelijke verandering die was voorgesteld[89] in 1886 niet werd overgenomen, veranderde er inhoudelijk niets ten opzichte van de tot dan toe bestaande regelgeving. En aangezien het Wetboek van 1838, waarop het Ontwerp-Godefroi was gebaseerd,

---

86 Wetboek van Strafrecht, 1881 *S.* 35, gewijzigd bij wetten van 15 januari 1886, *S.* 6, zoals opgenomen in Smidt I, p. 502.

87 Laatst gewijzigd bij wet van 17 mei 2010, *S.* 350, *K.* 31959, in werking getreden 10 oktober 2010, *S.* 389.

88 Artt. 375-379 Sv 1886, De Pinto 1888, p. 515.

89 Er was een vierde grond voorgesteld, namelijk voor het geval dat recht was gedaan op valse stukken, zie par. 1.4 hiervoor.

weer geen wijziging had gebracht in de regeling die in 1813 vanuit het Franse recht was overgenomen, bleef de herzieningsregeling dus bij de stand van 1813. De nieuwe wettekst bracht slechts terminologische veranderingen aan om in de pas te blijven met de woordkeus in het nieuwe procesrecht. Zo werd daarin niet meer gesproken over 'de beschuldigde' omdat de akte van beschuldiging tegelijk met de procedure van eerste aanleg bij het hof was komen te vervallen. Eén en ander betekende dus dat het onherroepelijk gewijsde van de strafrechter onaantastbaar was en dat door middel van het buitengewoon rechtsmiddel van herziening slechts dán inbreuk op het gezag van het gewijsde kon worden gemaakt wanneer dit een veroordeling betrof, die veroordeling op een dwaling berustte, en de herziening in het voordeel van de betrokkenen uit zou kunnen vallen. De aard van de dwaling die tot herziening kon leiden was zoals in de Franse *Code d'instruction criminelle* exact vastgelegd. Veroordelende vonnissen konden dus alleen worden herzien als sprake was van een geval zoals in de wet nauwkeurig omschreven.[90] Herziening *ten nadele* van degene die definitief was berecht, is in de periode 1813-1886 in de wetgeving noch in de wetgevingsgeschiedenis aan de orde geweest.

3.2 De vergadering van de NJV in 1873

Anders dan in Nederland werd er in de loop van de negentiende eeuw in diverse Duitse staten wèl een regeling getroffen voor de herziening ten nadele van de vrijgesproken verdachte, daar '*Wiederaufnahme zuungunsten*' genoemd. Een dergelijke regeling zou worden opgenomen in de *Reichsgesetz* 1877.[91] De plannen van onze oosterburen brachten de kwestie naar voren of de Nederlandse wetgeving niet ook in een regeling voor herziening ten nadele diende te voorzien en zo ja, in welke vorm. Hierover vergaderde in 1873 de Nederlandsche Juristen-Vereeniging. De vraag die aan de vergadering was voorgelegd, luidde: 'of herziening ten nadele op dezelfde gronden moest worden toegelaten als herziening ten voordele'. Voor het geval daarop negatief zou worden geantwoord waren er subvragen. Deze betroffen gevallen van valsheid, meineed, omkoping en een later afgelegde bekentenis.[92]

---

90 Art. 375 Sv 1886 samengevat: 1. onverenigbare gewijsden, 2. met de feiten onverenigbaar gewijsde (verondersteld gedode slachtoffer leeft nog) 3. gewijsde op basis van meinedige verklaring.

91 Zie Hoofdstuk 11, par. 2.8.

92 De vragen luidden, *NJV* 1873-I, p. 249, 250:
7. Behoort revisie ten nadeele van den beklaagde te worden toegelaten in alle gevallen, soortgelijk aan die waarin revisie ten voordeele geoorloofd is?
8. Zo neen, behoort ten nadeele van den beklaagde revisie te kunnen plaats hebben:

Preadviseurs waren de heren B.J. Gratama, hoogleraar te Groningen[93] en de kort daarvoor op het onderwerp gepromoveerde A.C. Waller.[94] Zij toonden zich beiden gereserveerd ten aanzien van een ruime mogelijkheid van herziening ten nadele, maar stonden niet afkerig tegenover toelating daarvan op een beperkt aantal gronden. Gratama verdedigde de mogelijkheid om een zaak te heropenen als zich omstandigheden voordeden die het gepleegde misdrijf in de herinnering zouden 'verlevendigen', zoals een bekentenis achteraf. Ook achtte hij herziening ten nadele aanvaardbaar indien een misdrijf zou blijken te zijn gepleegd dat tot de vrijspraak had geleid (kort gezegd: *falsa*).[95] Andere gronden voor heropening, zoals het veel ruimere 'nieuwe bezwaren', wees hij af. Hij herinnerde daarbij aan de geschiedenis van de middenbeslissing. Een dergelijke opening zou 'iedere vrijspraak maken tot een *absolutio ab instantia*, waarop men steeds kan terugkomen'.[96] Volgens Gratama was het oude inquisitoire proces dan in zeker opzicht zelfs verkieslijker, omdat dat aan degene die van schuld was vrijgesproken 'een beteren waarborg' gaf.[97] Diegene kon immers rekenen op een onaantastbare vrijspraak. Al filosoferend wierp hij de vraag op of het wel nodig was dat 'altijd van het uiterste recht gebruik gemaakt (wordt)? Zou summum jus hier niet dikwijls worden summa injuria?'[98] Waller had in zijn dissertatie de herzieningsregelingen onderzocht van alle Duitse staten afzonderlijk evenals die van Frankrijk en Oostenrijk. Conform de stellingen bij zijn proefschrift waarschuwde hij dat een stelsel van herziening ten nadele met uitzonderingen en beperkingen dezelfde willekeur zou doen ontstaan als in geval van herziening ten voordele, waar de casuïstische aanpak in zijn ogen tot grote onrechtvaardigheid leidde.[99] Hij bepleitte wel, in navolging van de Duitse auteur Mittermaier, de uitzondering voor

---

a. Indien de beslissing gegrond is op bescheiden door of ten behoeve van den beklaagde nagemaakt of vervalscht, of op verklaringen van getuigen die door of ten behoeve van den beklaagde omgekocht?
b. Indien de beslissing het gevolg was van verkeerde verklaringen van deskundigen of tolken, daartoe door of ten behoeve van den beklaagde omgekocht?
c. Indien tot het gewijsde is meegewerkt door een rechter door of ten behoeve van den beklaagde omgekocht?
d. Indien de beklaagde na zijn vrijspraak in of buiten rechten zijn schuld bekent?

93 Bernard Jan Gratama (1822-1886) was in Groningen van 1858 tot 1877 hoogleraar natuurrecht, strafrecht en rechterlijke organisatie, en van 1877 tot 1884 hoogleraar wijsbegeerte van het recht, strafrecht en strafvordering.

94 Albert Carel Waller (1844-1912), *Revisie in strafzaken*, diss. 1868 Utrecht.

95 Gratama 1873, p. 138.

96 Ook in Duitsland werd overigens niet voor een dergelijke ruime invulling van de mogelijkheden voor herziening ten nadele gekozen, zie Hoofdstuk 11.

97 Gratama 1873, p. 150.

98 Gratama 1873, p. 151.

99 Waller, Preadvies, 1873, p. 167.

het geval de vrijspraak tot stand was gekomen door het plegen van een delict (*falsa*). Men mocht immers geen voordeel trekken uit eigen misdrijf.[100]
Op de vergadering was ook Modderman aanwezig. Hij maakte op dat moment deel uit van de Commissie de Wal. Hij sprak zich uit tegen elke vorm van herziening ten nadele en waarschuwde voor '*ce qu'on ne voit pas*', 'dat wat men niet ziet'. Hij waarschuwde voor 'de onmetelijke nadelen die voor de maatschappij zullen ontstaan, wanneer men in het andere uiterste vervalt en voor de revisie de deur wijder open zet, dan strikt nodig is om de met volkomen zekerheid erkende gerechtelijke dwalingen te kunnen onderscheiden'.[101] De opgeworpen vraag, of herziening ten nadele op dezelfde gronden moest worden toegelaten als herziening ten voordele, werd ten slotte door alle 31 aanwezigen van de hand gewezen. Veertien van hen waren wel voorstander van een met Duitsland vergelijkbare regeling van herziening ten nadele bij gebleken *falsa*. Zes leden stemden voor de erkenning van de bekentenis als grond voor herziening.[102]

3.3 De wetswijziging in 1899

De bestaande herzieningsregeling, die in 1886 ongemoeid was gelaten, werd in 1899 ingrijpend gewijzigd. Het door Waller bekritiseerde casuïstische karakter werd herzien en vervangen door de mogelijkheid van herziening op basis van een algemeen criterium, het *novum*.[103] Herziening ten nadele werd niet voorgesteld. De regering had daarvoor in hoofdzaak drie redenen. De eerste was dat bij een dergelijk proces het doel - wijziging van een onjuiste uitspraak - zou worden gemist, omdat immers de herziening van een vrijspraak niet het rechtzetten van een onjuist dictum zou zijn.[104] De rechter had in zijn vrijsprekend vonnis immers niet vastgesteld dat de verdachte 'onschuldig' was, maar alleen dat hij niet overtuigd was van diens schuld of dat de bewijsmiddelen ontbraken en hij daarom het feit niet bewezen achtte. 'Dát was op zich zelf geen onjuiste beslissing, ook achteraf niet', zo was kennelijk de redenering. De tweede reden was dat het openbaar ministerie reeds alle middelen had kunnen gebruiken en er daarom geen rechtvaardiging voor een tweede kans bestond. Dit argument sloot nauw aan bij de uitleg die Minister Van Maanen had gegeven voor het vastleggen van het verbod van herhaling in de wet: de procedure zelf moest borg staan voor een juiste beslissing. In de derde plaats ontbrak naar het oordeel van de regering het belang 'om-

---

100 Waller 1868, p. 133.

101 A.E.J. Modderman, *NJV* 1873-II, p. 195, met verwijzing naar de parabel van 'de gebroken ruit' van de econoom Bastiat (1850).

102 *NJV* 1873-I p. 259, 260; zie ook de samenvatting door Borgman 1899, p. 57.

103 Deze wetswijziging hield verband met de Hoogerhuiszaak. Zie Borgman 1899.

104 Strijards 1989, p. 116, acht deze grond 'minder valide' omdat 'de dwaling nooit *in* het dictum' zou blijken, maar in de beslissingen die daaraan voorafgaan.

dat in geval van een ongegronde vrijspraak het rechtsbewustzijn niet dermate geschokt werd als bij een onjuiste veroordeling'.[105] Dit derde punt, de vergelijking met een onjuiste veroordeling, bouwde eveneens voort op de bewoordingen van Minister Van Maanen bij zijn verdediging van de definitieve vrijspraak. Het standpunt van de regering was kortom ten opzichte van 1828 (eerste ontwerp Sv) niet gewijzigd.

4. De ratio van artikel 68 Sr

In dit hoofdstuk is de nageschiedenis behandeld van het Wetboek van Strafvordering van 1838. Het heeft aan het licht gebracht dat het huidige artikel 68 eerste lid Sr, zoals dat vorm heeft gekregen in 1886, is ontstaan uit een samensmelting van twee artikelen uit het Wetboek van Strafvordering. Het ene was artikel 218 Sv 1838, inzake de vrijspraak (en het ontslag van alle rechtsvervolging) gewezen door de Nederlandse rechter; het andere was artikel 10 Sv 1838, inzake de vrijspraak, de veroordeling en het ontslag van alle rechtsvervolging van een buitenlandse rechter. Beide artikelen beoogden uit te sluiten dat opnieuw een vervolging tegen dezelfde persoon in gang werd gezet nadat er onherroepelijk over het feit was beslist. Uit overwegingen van wetsystematiek werden de beide artikelen bijeengebracht zodat de regels voor erkenning van gewijsden van Nederlandse en buitenlandse rechters in hetzelfde artikel kwamen te staan. Tegelijk werden hierdoor de regels voor de erkenning van de vrijspraak en die voor de veroordeling gelijk getrokken. Dit was een uit wetsystematisch oogpunt logische gang van zaken. Deze wetstechnische ingreep schoof echter de bestaansredenen van de beide artikelen naar de achtergrond.

Die bestaansredenen waren immers niet hetzelfde. De erkenning van vreemde gewijsden, in artikel 10 Sv 1838, kwam voort uit de wens om rechtsmacht uit te kunnen oefenen over bepaalde feiten in het buitenland gepleegd. Juist omdat die feiten in het buitenland waren gepleegd, bestond de kans dat zij ook in het buitenland waren berecht. Door het buitenlands gewijsde te erkennen, wilde de wetgever voorkomen dat de uitoefening van eigen rechtsmacht tot dubbele vervolging en bestraffing zou leiden. Artikel 10 Sv 1838 ontstond dus uit de wettelijke uitbreiding van de Nederlandse strafmacht. Artikel 218 Sv 1838 had een geheel andere oorzaak. Dit expliciete verbod van herhaling na vrijspraak was het product van het hiervoor beschreven getouwtrek om de absolutie van instantie of 'middenbeslissing'. Die middenbeslissing had gedurende drie eeuwen de rechtszekerheid van de beschuldigde-maar-niet-veroordeelde burger ondermijnd. Het

[105] Zie Borgman 1899, p. 56.

verbod nam stelling tegen die rechtsonzekerheid. De eindbeslissing mocht niet meer worden uitgesteld om de enkele reden dat het bewijs van de onschuld niet volledig was. Artikel 218 Sv 1838 was kortom een product van verzet tegen een gewoonte die men verwerpelijk was gaan vinden. Door de bepaling in artikel 218 Sv 1838 werd dan ook niet (alleen) het gezag van de vrijspraak erkend maar in de eerste plaats de middenbeslissing definitief uitgebannen. Eén en ander werd mede mogelijk gemaakt door de processuele garanties tegen rechterlijke dwaling van het moderne strafproces.

De beslissing om het verbod van herhaling in de wet vast te leggen werd ondersteund door de in Nederland in 1811 ingevoerde Franse bepaling in artikel 360 *Code d'instruction criminelle*. Het artikel was zelfs een kopie van die bepaling, maar het beoogde niet hetzelfde. De achtergrond van de Franse regel was gelegen in de wens om de soevereiniteit van de jury te erkennen. Daarom sloot de *Code* in geval van een juryvrijspraak ook het gebruik van rechtsmiddelen uit. Artikel 218 Sv 1838 was, hoewel het net als in de *Code* werd opgenomen in de titel over de rechtspleging door het hof, niet bedoeld om het gezag van de juryvrijspraak te onderstrepen. Rechtspraak door middel van een jury was in Nederland immers direct in 1813 afgeschaft. Artikel 218 Sv 1838 was bovendien niet alleen van toepassing op de gewijsden van de hoven, zoals het Franse artikel, maar ook op die van de lagere gerechten. Dat het verbod van herhaling na een definitieve vrijspraak desalniettemin in de wet werd vastgelegd, bewijst het zelfstandige karakter van de bepaling. Toen dan ook het verbod van herhaling werd overgenomen in artikel 68 Sr 1886 kreeg ook dat artikel de tweeledige functie van enerzijds de plicht tot het nemen van een eindbeslissing en anderzijds de erkenning van het gezag van die eindbeslissing. Het was een bepaling ter bescherming tegen willekeurige heropening van een ter zitting behandelde zaak.

Een veroordelend vonnis van een Nederlandse rechter werd tot 1886 'vanzelfsprekend' door 'het '*non bis in idem*'' beschermd. Een veroordeling diende in dat opzicht niet anders dan een vrijspraak te worden behandeld. Een veroordelend vonnis kon echter even 'vanzelfsprekend' worden herzien als het overduidelijk op dwaling berustte. De wet omschreef daartoe een beperkt aantal gronden. Toen aan het verbod van herhaling na vrijspraak - *voor de volledigheid* - het verbod van herhaling na veroordeling werd toegevoegd, zag de wetgever zich geroepen om - *voor alle duidelijkheid* - een verwijzing naar die herzieningsregeling toe te voegen. Een inbreuk op een onherroepelijke veroordeling die op dwaling berustte, moest immers ondanks het verbod van herhaling zijn toegestaan. Dit werd in artikel 68 Sr buiten twijfel gesteld door middel van een voorbehoud. Dit voorbehoud kreeg de status van 'uitzondering' in het eerste lid. De uitzondering in het eerste lid van artikel 68 Sr moet dus worden gezien als een verduidelijking,

die inhoudt dat het verbod van herhaling ten gunste van de veroordeelde kan worden doorbroken als de veroordeling op dwaling berust. Deze uitzondering is een uitvloeisel van de beschermingsgedachte. Het tegengestelde, herziening *ten nadele* van degene die eerder wegens hetzelfde feit was veroordeeld of vrijgesproken, is in dit wetgevingstraject nimmer aan de orde geweest.[106]

[106] Mevis en Kooijmans 2003, p. 38, onderkennen de beschermende functie van het verbod van herhaling; zij miskennen echter de geschiedenis die tot opneming van het artikel in het wetboek heeft geleid. Daarom schrijven zij, p. 52, dat de herziening ten nadele 'al op de agenda staat vanaf de codificatiebeweging in de negentiende eeuw'. Dit wekt de indruk dat er in de negentiende eeuw serieus pogingen zijn ondernomen om de herziening ten nadele te regelen. Dat is niet juist. Het gestelde is slechts juist als daarmee bedoeld zou worden dat de discussie niet ging over de vraag of een heropening na vrijspraak mogelijk moest worden gemaakt, maar over de vraag hoe die opening te sluiten. De *absolutio ab instantia* of 'middenbeslissing', die tot 1811 heeft gefunctioneerd, vormde immers tot 1811 de basis om bij opkomen van nieuwe bezwaren het proces te kunnen hervatten. De herziening ten nadele werd eind achttiende eeuw en uiterlijk begin negentiende eeuw dus niet op de agenda gezet maar daarvan geschrapt. Toen de kogel eenmaal door de kerk was (art. 218 Sv 1838), vonden verzoeken tot opneming van herziening ten nadele in de wetgevingsgeschiedenis geen weerklank meer (vgl. Borgman 1899, p. 56).

Deel V

Op zoek naar de balans

Deel V
Op zoek naar de balans

Inleidende opmerkingen en overzicht van dit deel

In de Hoofdstukken 3 en 4 over het Europese strafrecht, heb ik laten zien dat het strafprocesrecht in de vijftiende en zestiende eeuw overal op het vasteland van Europa zoveel gemeenschappelijke trekken vertoonde dat er van een 'Europees strafrecht' kan worden gesproken. Het kende vergelijkbare voorschriften voor de vervolging van strafbare feiten, de bewijsconstructie en het vinden van 'de materiële waarheid'. In dat Europese strafproces functioneerde een uit het Romeinse en canonieke recht overgeleverd verbod van herhaling van een strafrechtelijke aanklacht. Uit dit verbod van herhaling in combinatie met de eis van strikte bewijslevering ontstond in de rechtspraktijk de zogeheten *absolutio ab instantia* of 'middenbeslissing'. Net als het verbod van herhaling kreeg ook deze praktijkoplossing, die dus niet was gebaseerd op het geschreven recht, overal op het vasteland van Europa vaste voet aan de grond. Door middel van de middenbeslissing kon in alle gevallen waarin geen veroordeling volgde en ook het bewijs van onschuld niet was geleverd, het proces op een later moment worden voortgezet. Het verbod van herhaling was hiermee feitelijk uitgeschakeld.

Vanaf de codificatiebeweging, toen het aloude inquisitoire proces werd gemoderniseerd, viel de bestaande eenheid uiteen en traden nationale verschillen aan het licht. Wel of geen jury, mate van openbaarheid en mate van erkenning van de rechten van de verdediging waren de onderwerpen waarin de achttiende-eeuwse wetgevers stelling gingen nemen. In dit rijtje past ook de kwestie van de erkenning van het vrijsprekend gewijsde. De vraag was of de definitieve vrijspraak moest worden aanvaard en, zo ja, of er dan nog ruimte was voor een vorm van heropening. In Frankrijk vond de meerderheid in het parlement dat radicaal gebroken moest worden met de mogelijkheid van heropening en dat een juryvrijspraak absolute bescherming diende te krijgen. In 1791 werd *le plus ample informé* - zoals de middenbeslissing daar werd genoemd - rigoureus afgeschaft. In Nederland gebeurde hetzelfde met de absolutie van instantie, zij het dat daarover veel langer dan in Frankrijk overleg had plaatsgevonden en dat de knoop pas definitief werd doorgehakt na de Franse overheersing, dus na 1813.

In de Duitse staten verliep het discours iets anders. Deze staten hielden over het algemeen nog vast aan het oude. Wel werden er per land vorderingen geboekt op het punt van de erkenning van het vrijsprekend gezag van gewijsde. Pas in de

Duitse rijkswetgeving van 1877 werd het gezag van het vrijsprekend vonnis volledig erkend, dus inclusief het verbod van herhaling. Als tegenwicht tegen niet uit te sluiten onaanvaardbare vormen van dwaling, waardoor een schuldige vrijuit zou gaan, werden echter tevens gronden voor heropening vastgelegd. Daartoe werd het buitengewoon rechtsmiddel '*Wiederaufnahme zuungunsten*' in de wet opgenomen. Dit gebeurde in Frankrijk en Nederland niet.

Dit verschil tussen de nationale stelsels kan wellicht mede verklaren waarom in Duitsland de toepassing van het verbod van herhaling een andere, en wel een ruimere, betekenis kreeg dan in Nederland en Frankrijk. In deze beide landen zou echter de uitleg van het verbod van herhaling ook niet gelijk worden. Het Franse verbod geeft minder bescherming dan het Nederlandse. Daaraan is onder meer de Franse juryrechtspraak debet. Om de verschillende stelsels enigszins met elkaar te kunnen vergelijken, en te bezien welke voor- en nadelen aan de stelsels kleven, bespreek ik de ontwikkeling van het verbod van herhaling in de drie landen hierna afzonderlijk. Ik begin met de Duitse geschiedenis van de erkenning van de kracht van het vrijsprekende gewijsde (Hoofdstuk 11). In de twee hoofdstukken daarna zal de ontwikkeling van het verbod van herhaling in Frankrijk (Hoofdstuk 12) en Nederland (Hoofdstuk 13) onder de loep worden genomen, in het bijzonder voor wat betreft de rol van 'nieuwe bezwaren' in de beoordeling of sprake is van 'hetzelfde feit'. Aansluitend aan het hoofdstuk over Nederland volgt een bespreking van het wetsvoorstel 'Herziening ten nadele' dat in 2009 aan de Tweede Kamer is aangeboden (Hoofdstuk 14). Daarna volgt de slotbeschouwing (Hoofdstuk 15).

Hoofdstuk 11
Duitsland

1. Plan van behandeling

Zoals ik dat ook bij Frankrijk en Nederland heb gedaan, laat ik de historie van het verbod van herhaling in Duitsland beginnen bij de wettelijke vastlegging van de inquisitoire procedure in de zestiende eeuw. Omdat de parallellen met de geschiedenis van Frankrijk en Nederland groot zijn, kan de weergave van deze geschiedenis kort zijn. Daarna volgt een beschrijving van de wijze waarop in de afzonderlijke Duitse staten vanaf de codificatiebeweging, dus rond 1800, naar een balans is gezocht tussen de erkenning van de rechtskracht van het vrijsprekend gewijsde enerzijds en de aanvaarding van gronden voor heropening anderzijds. Deze paragraaf eindigt met de totstandkoming van de Rijkswetgeving van 1877 (par. 2). In de daaropvolgende paragraaf komt de verhouding aan de orde tussen de uit 1877 daterende regeling van de herziening ten nadele en het grondwetsartikel waarin het verbod van herhaling in 1949 is neergelegd (par. 3). Hierop volgt een beschrijving van de wijze waarop invulling wordt gegeven aan deze artikelen (par. 4). Aan het slot van dit hoofdstuk komt de meest recente ontwikkeling aan de orde, het voorstel van één van de deelstaten om de gronden voor herziening ten nadele uit te breiden (par. 5). Het hoofdstuk wordt afgerond met een recapitulatie van de samenhang tussen de Duitse *absolutio ab instantia* en herziening ten nadele (par. 6).

2. De Duitse geschiedenis in vogelvlucht

2.1 Parallelle ontwikkelingen

De ontwikkeling van het strafproces in de Duitse staten,[1] vanaf de zestiende eeuw tot heden, vertoont grote gelijkenis met de ontwikkeling van het strafproces in Frankrijk en Nederland. Net als in deze landen volgden in Duitsland het plaatselijk gewoonterecht, de Receptie en de invoering van het inquisitoire strafproces elkaar op.[2] De inquisitoire procesvorm kreeg er in de late Middeleeuwen

---

1 Ik versta hieronder de gebieden die onder Karel V (1500-1558) één rijk vormden, uitgezonderd Nederland, Zwitserland en Oostenrijk, en waaruit in 1871 het 'Tweede Keizerrijk' ontstond.

2 Rüping 1991.

de overhand[3] en de *absolutio ab instantia* deed er haar intrede zoals overal op het vasteland van Europa.[4] Ook in de Duitse landen vond een fundamenteel debat plaats over de rechtspositie van de niet-veroordeelde-en-niet-vrijgesproken verdachte. Dit debat zou van de zeventiende eeuw tot het midden van de negentiende eeuw duren.[5] Er vond in het bijzonder een uitwisseling plaats van theorieën en standpunten over de bewijsleer, de inrichting van het strafproces en de rechtskracht van eindgewijsden.[6] Zoals in de inleiding op dit slotdeel al is opgemerkt, heeft dit debat geleid tot de invoering van het bijzonder rechtsmiddel van herziening ten nadele. Behalve de indringende manier waarop onder juristen het debat over deze materie is gevoerd, zijn er meer bijzonderheden in de geschiedenis van de totstandkoming van de Duitse herziening ten nadele aan te wijzen. Deze verschillen zijn onder meer toe te schrijven aan de werken van twee personen die hun invloed op het strafproces hebben doen gelden; het zijn de zeventiende-eeuwse rechtsgeleerde Carpzovius (1595-1666), eerder genoemd, en Frederik de Grote (1712-1786), koning van Pruisen. Carpzovius wordt wel aangeduid als de grondlegger van de Duitse strafrechtelijke praktijk[7] en strafrechtwetenschap.[8] Frederik de Grote wordt beschouwd als de verlichte vorst die als eerste in Europa de pijnbank (grotendeels) afschafte en zo de ontwikkeling van de strafrechtelijke bewijsleer een forse duw gaf.[9] Hij was tevens de grondlegger van het Algemeen Pruisisch Landrecht,[10] dat later model zou staan voor het ontwerp van de rijkswetgeving van 1877.

---

3 Daarnaast hield ook het ordinaire proces er voet aan de grond. Volgens Schmidt 1965, par. 185, bleef dit *Anklage*proces naast het inquisitoire proces van de Europese landen het langste in gebruik, zelfs tot in 18e eeuw. Volgens Drenth en Schmidt (par. 108) zou het *Anklage*proces echter in de praktijk een farce zijn, zie ook Hoofdstuk 3.

4 Zopfs 1999, p. 230, haalt Mittermaier (*Beweis*, p. 475, 1834) aan die schrijft dat sprake is van een tot dan toe '300-jarige praktijk', één die dus volgens Mittermaier terugging tot 1534.

5 In 1635 stelde Carpzovius het bestaansrecht van de *absolutio ab instantia* aan de orde en in 1877 werd zij afgeschaft.

6 Nog steeds wordt in de literatuur over het onderwerp op die theoretische verhandelingen teruggegrepen, zie b.v. Grünewald 2008 en Marxen en Tiemann 2008.

7 Elben 1846, p. 10.

8 Rüping 1991, p. 43. Zie ook Koschaker 2000 (1947), p. 100.

9 Frederik II of Frederik de Grote onderhield nauwe contacten met Voltaire en Katharina de Grote. Katharina correspondeerde met Voltaire, Montesquieu en Beccaria. Zij onderging voorts de invloed van Sonnenfels, de 'Oostenrijkse Voltaire'. Katharina verbood de tortuur in 1776, (Rüping 1991, p. 64) het jaar waarin Frederik haar tot erelid maakte van de *Königlich-Preußischen Akademie der Wissenschaften*. Zie Zopfs 1999, p. 178 e.v. over de wetgevingsactiviteiten van Frederik II.

10 *Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten* (ALR), 1794, Rüping 1991, p. 70 e.v.

2.2 'Duitse' bijzonderheden

De belangrijkste bron van het Duitse straf- en strafprocesrecht vanaf de zestiende eeuw was de *Constitutio Criminalis Carolina* (1532),[11] een geschenk van Karel V aan het Heilige Duitse Roomse Rijk.[12] Het was een wetboek van straf- en strafprocesrecht dat was gefundeerd op een mengeling van het vaderlandse, canonieke en Romeinse recht.[13] De *Carolina* wilde geen verandering brengen in de bestaande 'rechtmatige en billijke gebruiken' aldus de voorafgaande boodschap, de zogenaamde salvatorische clausule,[14] maar hij bracht wel vernieuwing. Het wetboek kenmerkte zich door de humanistische opvattingen van het gerecipieerde recht. Het richtte zich vooral tegen willekeur. Strafbare feiten en straffen werden nauwkeuriger omschreven, de bewijsvoering en regels voor toepassing van de pijnbank werden aangescherpt.[15] De *Carolina* zette een stap voorwaarts naar rationelere berechting en bestraffing, een stap die in 1570 navolging vond in de hiervoor besproken Ordonnantiën van de zoon van Karel, Philips II.[16] Net als die wetgeving zou deze nog lange tijd haar sporen nalaten in het strafproces.[17] De *Carolina* kende echter net zomin als de Ordonnantiën bijzondere regels voor rechtskracht van het vonnis of voor het verbod van herhaling. Wel kende zij bepalingen waaruit de onherroepelijkheid van een vrijspraak was af te leiden.[18] Volgens de negentiende-eeuwse auteur Elben was een tussenbeslissing als de *absolutio ab instantia* aan de *Carolina* '*völlig fremd*'.[19] Voor het vraagstuk welke einduitspraak moest volgen in het geval dat het bewijs onvolledig was, moest de praktijk dus zelf een oplossing bedenken.

---

11 In het Duits wordt naar deze wetgeving verwezen met '*die Peinliche Halsgerichtsordnung*' of P.G.O.

12 Rüping 1991, p. 37 e.v.

13 Elben 1846, p. 1, 12. Dit wordt beschouwd als de grote verdienste van de ontwerper van het wetboek, Johann Freiherr von Schwarzenberg (1465-1528), Rüping 1991, p. 38. Nieuw recht schiep de *Carolina* volgens Elben 1846, p. 12, niet.

14 *Clausula salvatoria*: '*Doch wollen wir durch die gnedige erinnerung Churfürsten, Fürsten und Stenden an jren alten wolhergebrachten rechtmessigen unnd billichen gebreuchen nichts benommen haben*'; Schmidt 1965, p. 132, Van de Vrugt 1982, p. 18.

15 Rüping 1991, p. 38.

16 De CCC was immers één van de bronnen die ten grondslag lagen aan de Ordonnantiën van 1570, Van de Vrugt 1978, p. 18.

17 Rüping 1991, p. 41.

18 Uitleg van Elben 1846, p. 12, 13 van de artt. 99 en 199-203 CCC: '*Vonn form der urtheyl zu erledigung eyner beclagten person*'.

19 Elben 1846, p. 11, zo ook Schwarplies 1976, p. 32. Elben reageerde op de commentatoren uit de achttiende eeuw die in de tekst (in art. 99 CCC) de *absolutio ab instantia* meenden te lezen.

Carpzovius bedacht hiervoor onder meer de *Wiederaufnahme zuungunsten*.[20] Een strafproces moest volgens Carpzovius steeds definitief worden gesloten, ook als er geen bekentenis tot stand was gekomen en geen ander vol bewijs voorhanden was. Dat betekende dat de beschuldigde ofwel op andere wijze dan op basis van vol bewijs moest worden gestraft (de leer van de *poenae extraordinariae*)[21] dan wel moest worden vrijgesproken en uit staat van beschuldiging moest worden ontslagen. Een met vrijspraak definitief gesloten zaak kon echter wel worden heropend. Volgens Carpzovius was dit - onder voorwaarden - een geoorloofde inbreuk op het verbod van herhaling.[22] Nieuwe bewijzen moesten de definitieve vrijspraak kunnen herzien, mits die het oude bewijs 'vol' maakten. Als reden voor deze uitzondering op het verbod van herhaling beriep Carpzovius zich op het publieke belang. Hij had met de regeling dan ook in het bijzonder het oog op de ernstiger feiten. De andere wijze van definitief afsluiten van het proces, door het opleggen van een bijzondere straf, een *poena extraordinaria*, was gereserveerd voor zaken waarin er wel zeer krachtige aanwijzingen tegen de beklaagde bestonden én het strafbare feit niet zeer ernstig was. De *poenae extraordinariae* moesten billijk zijn en mochten geen straf 'aan den lijve' behelzen.[23] Naast vrijspraak met mogelijkheid van *Wiederaufnahme* en oplegging van *poenae extraordinariae* verdedigde Carpzovius de oplegging van de zuiverings- of reinigingseed. Deze diende om bij gering bewijs van de schuld, bijvoorbeeld enkel geruchten, een einde aan de zaak te kunnen maken.[24] Hierna volgde vrijspraak.[25] Deze drie modellen deden het proces eindigen in een definitief eindgewijsde, veroordeling of vrijspraak, zoals de Carolina voorschreef, en wel zonder dat was voldaan aan de strenge bewijsvoorschriften.

---

20 Zie Hoofdstuk 4, par. 2.4.

21 Elben 1846, p. 30. 'Bijzondere straffen', zo genoemd omdat zij werden toegesneden op de omstandigheden van het geval, dus milder dan de door de wet voorgeschreven straffen, ook wel aangeduid met '*Verdachtstrafe*', Zopfs, 1999, p. 156. Zie Hoofdstuk 3, par. 2.5.6.

22 Carpzovius, qu. 125.8, Carpzovius/Van Hogendorp 1752, H. 117.III-VII; samenvatting van het standpunt van Carpzovius in Elben 1846, p. 33 en Schwarplies 1976, p. 43 e.v. Het verschil met de theorie van Voorda, 1792, is juridisch wel, maar feitelijk niet, groot (zie ook Hoofdstuk 7, par. 2.4).

23 Wel toegestane straffen waren: verbanning, opsluiting en geldboete, Carpzovius/Van Hogendorp 1752, H. 108.IV.

24 Carpzovius/Van Hogendorp 1752, H. 108. XIII. Zie voor het volledig fijnmazig netwerk van beslissingsmodellen en van straffen in geval van niet volledig bewijs de overzichten van Zopfs, p. 384 e.v. Zopfs geeft tevens een overzicht van de strafsystemen bij niet-vol bewijs die na afschaffing van de tortuur werden ontwikkeld.

25 Of na aflegging van de eed een zaak kon worden hervat blijkt niet. Carpzovius schrijft dat de beklaagde volstrekt moet worden vrijgesproken 'niet zo zeer ten opzichte van de zaak zelve en van de voornaamste belastering als wel met betrekking tot de kosten', Carpzovius/Van Hogendorp 1752, H. 108. XV.

De toepassing van de *absolutio ab instantia* bleek echter in Duitsland net als elders een taaie gewoonte, die door de opvattingen van Carpzovius niet minder gewoon werd. In de achttiende en de eerste helft van de negentiende eeuw werd zij in de landswetten gecodificeerd.[26] Bovendien vonden de *poenae extraordinariae* en de reinigingseed in deze wetgeving erkenning.[27] Ze kunnen worden beschouwd als voorlopers van respectievelijk de veroordeling op basis van innerlijke overtuiging en de 'oneervolle' vrijspraak.[28]

2.3 Instanzentbindung, eervolle en oneervolle vrijspraak na 1800

Toen in Frankrijk de revolutie uitbrak, kwam ook in Duitsland de discussie over de nadelen van het geheime strafproces en de strikte bewijsleer goed op gang. Elk Duits land codificeerde een eigen strafwetgeving. In het voor die tijd vooruitstrevende Pruisen werd in het wetboek een 'slotverhoor' ingevoerd dat vooraf ging aan de finale eindafweging door de rechter. Het kan worden gezien als voorloper van de openbare mondelinge behandeling ter zitting.[29] De Duitse gebieden op de linker Rijnoever die tot 1815 onder Frans bestuur hadden gestaan, waren inmiddels vertrouwd geraakt met het moderne strafproces, inclusief juryrechtspraak. De Rijnprovincies[30] wilden daar geen afstand meer van doen.[31] Het zou echter nog vijftig jaar duren voordat de openbare mondelinge behandeling ter zitting, voor alle landen op dezelfde wijze, bij wet werd voorgeschreven.

Door de intrede van de nieuwe bewijsleer, het bewijs op basis van overtuiging, verdwenen begin negentiende eeuw de zuiveringseed[32] en de *poenae extraordinariae*[33] van het toneel maar anders dan in Frankrijk en Nederland werd de *absolutio ab instantia* in Duitsland als onmisbaar beschouwd. Zij kreeg de Duitse naam

---

26 Elben 1846, par. 11 en 12, geeft hiervan een opsomming.

27 Bv Landrecht Pruisen 1721, Beieren 1751 (*Codex Bavarici*). Zopfs 1999, p. 164 e.v., geeft van de alternatieven voor vrijspraak in deze regelingen een beschrijving.

28 Vgl. Zopfs, 1999, p. 173. De auteur geeft een uitgebreid overzicht van de ontwikkeling van de Duitse bewijsleer en de daarbij behorende rechterlijke beslissingen vanaf de *Carolina* tot de invoering van de RStPO, p. 127-236.

29 Rüping 1991, p. 85. Het stond echter nog ver af van een 'openbare zitting' zoals inmiddels in Frankrijk werd gepraktiseerd.

30 Rijnland (sinds 1815 behorende tot Pruisen) en Baden (Grondwet van 1819). Over de hervorming van de strafwetgeving van Baden in 1845 zie Elben 1846, p. 44 en Ziemba 1974, p. 35 e.v.

31 De bewoners van Duitse provincies op de linker Rijnoever verzetten zich namelijk tegen het plan van de Pruisische regering om in 1815 de wetgeving van Pruisen in te voeren en zo de juryrechtspraak weer af te schaffen. Dit verzet had succes, Bossers 1987, p. 99. Vgl. Rüping 1991, p. 78 en 85.

32 Bijvoorbeeld in 1805 in Pruisen, Elben 1846, p. 43.

33 Pruisen kende in 1846 nog wel de *poenae extraordinariae* en zou die toepassen in plaats van *Instanzentbindung,* Elben 1846, p. 51.

'*Entbindung* of *Entlassung von der Instanz*', ook wel '*Instanzentbindung*'.[34] De keuze voor de rechter was nu dus tussen veroordeling, vrijspraak of *Instanzentbindung*. Maar in sommige landen, bijvoorbeeld in Beieren in het wetboek van 1813,[35] werden bovendien - dus naast *Instanzentbindung* - twee soorten vrijspraak onderscheiden, de 'eervolle' en de 'oneervolle'. De 'eervolle vrijspraak' was de verklaring 'dat de aangeklaagde onschuldig is'; deze uitspraak heette *Unschulderkenntnis*. De tweede vorm van vrijspraak, de 'oneervolle vrijspraak', heette *Lossprechung* en hield slechts in 'dat de aangeklaagde niet schuldig was bevonden'. Deze twee vormen van vrijspraak werden beschouwd als *Endurteil*. Daarnaast was er dus ook nog de *Instanzentbindung*. Dit was geen *Endurteil*; door *Instanzentbindung* werd het proces slechts gestaakt (*eingestellt*).[36] Het proces kon vervolgens worden heropend als nieuwe bewijzen de bestaande aanvulden en tot veroordeling zouden kunnen leiden.[37] De rechter in Beieren kreeg in 1813 aldus de keuze tussen veroordeling, *Unschulderkenntnis* (eervolle vrijspraak), *Lossprechung* (oneervolle vrijspraak) en *Instanzentbindung* (uitstel van vonniswijzing). De strafwetgeving van andere Duitse landen, zoals Baden (1803) en Württemberg (1820), en de strafwetgeving van Oostenrijk 1803 kenden vergelijkbare regelingen.[38]

Anders dan bij een *Instanzentbindung* werd na een eervolle of oneervolle vrijspraak het oude bewijsmateriaal beschouwd als te zijn 'verbruikt'.[39] De vonnissen waren in die zin definitief. Toch was de onaantastbaarheid van die vonnissen slechts betrekkelijk. Na een *Unschulderkenntnis* (eervolle vrijspraak) kon heropening van het proces plaatsvinden op grond van - kort gezegd - een valse getuigenis, valse stukken of omkoping van de rechter (*falsa*). Bij *Lossprechung* (oneervolle vrijspraak) kon de zaak worden heropend wegens zowel *falsa* als nieuwe aanwijzingen van schuld (*nova*). Die nieuwe aanwijzingen van schuld moesten de veroordeling wel zelfstandig kunnen dragen, of een nog niet weggenomen verdenking aanvullen; het oude bewijsmateriaal was immers verwerkt.[40]

Behalve dat er verschil bestond ten aanzien van het benodigde bewijs voor heropening na vrijspraak en na *Instanzentbindung* verschilde ook de procedure. De heropening van het proces na *Unschulderkenntnis* of *Lossprechung* was namelijk afhankelijk van de toestemming van een hogere rechter, de heropening na *Instan-*

---

34 Elben 1846 kortte de term af tot '*IE*'.
35 Elben 1846, p. 43.
36 Elben 1846, p. 43 en 54.
37 Elben 1846, p. 54.
38 Elben 1846, p. 43, 44.
39 Over de destijds geldende theorie van het 'verbruik van bewijs' zie Ziemba 1974, p. 16 e.v.
40 Elben 1846, p. 43 en 54, verwijst naar het Strafwetboek van Beieren 1813, II, artt. 387, 388 en 389.

zentbindung niet.[41] Voorts werd degene die niet was vrijgesproken maar alleen van instantie ontslagen, onderworpen aan maatregelen van toezicht. Ook bestond er verschil voor wat betreft de werking in de tijd. *Wiederaufnahme* kon slechts plaatshebben zolang het delict niet was verjaard.[42] De termijn van de maatregelen als gevolg van *Instanzentbindung* was volgens Elben niet steeds bepaald, zodat die maatregelen volgens hem in sommige gevallen zelfs levenslang konden duren.[43]

In plaats van gronden voor *Wiederaufnahme* ter aantasting van de gegeven vrijspraak werden ook wel gronden voor *Nichtigkeit* erkend. De Pruisische wetgeving van 1805 bijvoorbeeld voorzag niet in een *Wiederaufnahme*-procedure na een *Unschulderkenntnis*.[44] In plaats daarvan kon de *Unschulderkenntnis* worden aangetast door zogenaamde '*Nichtigkeitsgründe*'. Deze kwamen praktisch overeen met de genoemde *falsa* (valse getuigenis, valse stukken of omkoping van de rechter) maar konden ook door *nova* tot stand komen.[45] In materiële zin verschilden de wetgevingen van Beieren en Pruisen dus niet veel.

De inrichting van deze *Endurteilen*, *Instanzentbindung*, *Nichtigkeits-* en *Wiederaufnahmegründe,* was terug te voeren op de op dat moment levende opvattingen over de rechtskracht van het strafrechtelijk eindvonnis. In die opvattingen overheerste (nog steeds) de mening dat het strafproces *in alle gevallen* diende te leiden tot de berechting van de schuldige. Daaraan mocht dus een eindvonnis dat op dwaling berustte in beginsel nooit in de weg staan. Verdedigd werd dat de rechtskracht van het strafvonnis niet dezelfde was als die van een civiel vonnis omdat, zo redeneerde bijvoorbeeld de maker van het Beierse wetboek, Kleinschrodt,[46] een strafrechtelijk vonnis niet berustte op een bindende partijafspraak, de *litis contestatio*.[47]

---

41 Elben 1846, p. 54, met verwijzing naar Strafwetboek van Beieren 1813, II, art. 395.

42 Ziemba 1974, p. 41 jo. 59 en 113.

43 Volgens Elben duurden de beperkende maatregelen als gevolg van *Instanzentbindung* volgens het wetboek van Beieren 2 of 5 jaar, maar golden die termijnen bijvoorbeeld niet in Pruisen en andere staten, waar zij zelfs levenslang konden duren. Elben 1846, p. 61.

44 Pruisen, Elben 1846, p. 54, Ziemba 1974, p. 28.

45 Ziemba 1976, p. 14 e.v. Ziemba noemt ook 'de onbestaanbaarheid van de uitspraak met achteraf gebleken feiten' als een in de doctrine geopperde grond voor *Nichtigkeit*, bijvoorbeeld 'de vrouw die, van echtbreuk vrijgesproken, korte tijd later een kind ter wereld brengt', p. 15.

46 Rüping 1991, p. 73 en Ziemba 1974, p. 16.

47 Over deze rechtskracht-discussie zie Ziemba 1974, 17 e.v.

2.4 De Instanzentbindung bereikt haar hoogtepunt

De rechtsgeleerden waren over deze benadering van de rechtskracht van vrijspraken verdeeld. Sommige auteurs vonden dat vrijspraken niet herzienbaar dienden te zijn. Zij wezen daarbij op de in Frankrijk en Engeland geldende *non bis in idem*-regel[48] en op de oude Duitse regelgeving;[49] die laatste stoelde immers op het Romeinscanonieke recht dat herziening in beginsel verbood. Niet alle Duitse landen namen dan ook in die eerste jaren van de negentiende eeuw een *Wiederaufnahme zuungunsten* in hun wetboek op.[50] De *Instanzentbindung* daarentegen vierde hoogtij; zij werd in alle Duitse landen gecodificeerd.[51] In 1846, toen Elben zijn gedetailleerd overzicht van de historie, de grondslag en de praktijk van de *Instanzentbindung* liet verschijnen, werd zij volgens hem meer toegepast dan ooit tevoren[52] en niet eerder met zulke straffe gevolgen.[53] De middelen waarmee de vrijheid van de burger op basis van een *Instanzentbindung* kon worden beperkt, waren dan ook talrijk. Genoemd worden: borgstelling, toedeling van de proceskosten, confiscatie, toezicht op dagelijkse handel en wandel, verlies van ambt, verlies van het recht om te getuigen en verlies van passief en actief kiesrecht. Deze maatregelen konden levenslang duren[54] een daardoor de gevolgen van een straf overtreffen. De middenbeslissing werd bovendien niet voorbehouden voor de zwaarste of dringendste gevallen maar ingezet voor elke lastige bewijsbeslissing, ook indien die slechts een onderdeel van de aanklacht betrof. Zo beschrijft Elben dat wanneer bijvoorbeeld 'diefstal door middel van braak' was ten laste gelegd en het onderdeel 'braak' niet direct kon worden bewezen, voor diefstal veroordeling en voor braak *Instanzentbindung* volgde.[55]

Het mag duidelijk zijn dat deze *Instanzentbindung* iets anders behelsde dan wat bijvoorbeeld Voorda voor ogen stond toen hij zijn 'absolutie van instantie' beschreef.[56] In de voorstelling van Voorda had het ontslag van instantie tevens 'ontslag van beschuldiging' tot gevolg en daarmee tevens 'ontslag uit de staat van beschuldiging'. Dit ontslag hief dwangmiddelen en beperkingen van de persoon-

---

48 Ziemba 1976, p. 24 verwijst naar Feuerbach en Mittermaier.

49 Volgens Ziemba 1976, p. 24, waren dat Bopp, Stübel en Mitttermaier.

50 Elben 1846, p. 42 e.v. Ziemba 1974, p. 27 e.v. Het Oostenrijkse wetboek van 1803 deed dat wel.

51 Een overzicht van deze codificaties (tot 1845) geeft Elben 1846, p. 41 e.v. Daaronder dus ook de Frans georiënteerde landen Baden, Württemberg en Rheinland. In Rheinland kwam zelfs de tussenbeslissing in 1867 opnieuw in de wet. Rüping 1991, p. 85, 86, citeert deze *StPO* van 1867: de rechter diende na volledig onderzoek te beslissen '*ob der Angeklagte schuldig oder nicht schuldig oder ob derselbe von der Anklage zu entbinden sei*'.

52 Elben 1846, p. 39.

53 Elben 1846, p. 3 en 40.

54 Müller 1844; Elben 1846, p. 40 en p. 56-61; Schwarplies 1976, p. 61-63.

55 Elben 1846, p. 51.

56 Hoofdstuk 7, par. 2.2.

lijke vrijheid op ook al betrof het een niet-definitieve uitspraak. De absolutie van instantie volgens Voorda lijkt dan ook meer op de Duitse oneervolle vrijspraak, terwijl de *Instanzentbindung* meer gelijkenis vertoont met het 'provisioneel ontslag' of 'ontslag onder handtasting'. Tevens kan worden geconcludeerd dat er in Duitsland sprake was van wildgroei van heropenbare einduitspraken en dat hierin gesnoeid moest worden. Dit zou echter pas gebeuren op het moment dat er ruimte was gekomen voor de totstandkoming van een *rechtskräftig Endurteil* op basis van een evenwichtig procesmodel.

2.5 De Wiederaufnahme zuungunsten wint terrein

Zoals we zagen bestond er tussen de wetgevingen van de Duitse landen in die eerste jaren van de negentiende eeuw ten aanzien van de *Wiederaufnahme zuungunsten* geen uniformiteit. In de doctrine nam aanvankelijk het aantal rechtsgeleerden dat zich uitsprak vóór de *Rechtskräftigkeit* en tégen de *Wiederaufnahme* toe. Overigens lag hun standpunt genuanceerder als het ging om *falsa*,[57] tot dan toe vrij algemeen erkende *Nichtigkeitsgründe*. Het gebruik van *falsa* door de verdachte zou aan een heropening niet in de weg moeten staan. De heropening wegens *nova* lag veel gevoeliger. Tot de tegenstanders van de erkenning van deze grond voor herziening behoorden vele juristen van naam, zoals Feuerbach, Mittermaier, Zachariae en Planck.[58] Het meest gebruikte argument tegen de heropening wegens *nova* was de rechtszekerheid van het individu, de exponent van het op dat moment heersende Duitse liberalisme.[59] Maar ook ten aanzien van de *Wiederaufnahme* gold dat - voordat een algemeen aanvaarde opvatting tot stand kon komen - het strafproces als geheel zich verder moest ontwikkelen. Het moest zich allereerst ontdoen van die relikwie uit het inquisitoire tijdperk, de *Instanzentbindung*.

In de discussie over de afschaffing van de middenbeslissing werd de *Wiederaufnahme* als tegenwicht ingezet. Zo besloot Müller in 1844 zijn dringende oproep om de *Instanzentbindung* vaarwel te zeggen met onder meer de woorden:

> '*Dieser verwerfliche Lückenbüßer*[60] *kann aber und muss ganz überflüssig werden, sobald man genauere Vorschriften über die Rechtskraft der Strafurtheile aufstellt, und etwa bestimmt, dass demjenigen, welcher nur wegen mangelnden hinlänglichen*

---

57 Ziemba 1974, p. 24, 25; Grünewald 2008, p. 550.

58 Elben 1846, p. 52, 53 en Ziemba 1974, p. 16 e.v. geven een overzicht van de standpunten. Zie ook Grünewald 2008, p. 551 en 558 e.v.

59 Ziemba 1974, p. 25, Grünewald 2008. Over het Duitse liberalisme: Caljé 2011, p. 20 e.v., i.h.b. p. 41-45.

60 *Lückenbüsser*: letterlijk: 'gatenvuller', hier: 'stoplap', of 'lapmiddel'.

Beweises der Schuld, losgesprochen worden, die fragliche Einrede gegen die Wiederaufnahme der Untersuchung nicht zu Statten komme.'[61]

De *Instanzentbindung* kon in de ogen van Müller dus verdwijnen als er preciezere voorschriften omtrent de rechtskracht van vonnissen werden opgesteld die erop zouden toezien dat degene die wegens gebrek aan bewijs was vrijgesproken niet in alle gevallen verschoond zou kunnen blijven van een herzieningsprocedure.

2.6 Wiederaufnahme in plaats van Instanzentbindung

De modernisering van het strafproces, met als noodzakelijke voorwaarden de aanvaarding van het 'rechtsstaatprincipe', de rechterlijke onafhankelijkheid en het wettelijke recht op een rechter, werd geregeld in de eerste Duitse Grondwet (1849).[62] Daar werd tevens de basis gelegd voor een berechting op basis van een terechtzitting die openbaar en mondeling zou zijn.[63] Het strafproces zou een contradictoir karakter krijgen. '*Schweren Strafsachen*' zouden door een jury worden berecht.[64] Het openbaar ministerie werd verzelfstandigd en de aangeklaagde erkend als procespartij met verdedigingsrechten.[65] Deze uitgangspunten zouden vanaf de inwerkingtreding van de *Reichsverfassung* van 1871 en de *Reichsstrafprozessordnung* van 1877 in alle Duitse landen eender worden toegepast.

In de aanloop naar deze rijkswetgeving was de *absolutio ab instantia* voorwerp van een debat waaraan de eerder aangehaalde Müller en vele anderen, al dan niet in emotionele bewoordingen, hun bijdrage leverden. De nadelige gevolgen van de *Instanzentbindung* werden in strijd geacht met de verworven beginselen van rechtszekerheid, gelijkberechtiging en het beginsel om iemand voor onschuldig te houden zolang zijn schuld niet bewezen was. Maar op basis van precies dezelfde beginselen bestond er evenzeer verzet tegen de invoering van de moge-

---

61 Müller 1844, p. 58. Müller zette zich in een uitvoerige verhandeling af tegen het pleidooi van Bauer (1842) om de *Instanzentbindung* te behouden. Volgens Müller kon deze worden gemist als aan drie voorwaarden was voldaan: 1. een duidelijker onderscheid tussen voor- en hoofdonderzoek, 2. een vrijere bewijstheorie en 3. preciezere voorschriften voor verlening van rechtskracht aan vonnissen, zoals beschreven in het hier aangehaalde citaat. Hij wierp wel tevens de vraag op of het nodig was om de deur naar heropening nog op een kier te houden; in de praktijk had men immers geen behoefte aan heropening, ook niet binnen de termijn (van een jaar) die door Bauer was voorgesteld. Dr. W. Müller was appel- en cassatierechter (*Oberappellations- und Cassationsgerichtsrathe*) in Darmstadt.

62 *Frankfurter Reichsverfassung*, 28 maart 1849, voorafgegaan door de zgn. *Paulskirchen-Verfassung*, niet in werking getreden, Schmidt 1965, p. 342.

63 Art. 178. Tevens schaft deze grondwet de doodstraf af in het commune recht evenals (andere) onterende straffen, art. 139 *Frankfurter Reichsverfassung* 1849.

64 Art. 179 *Frankfurter Reichsverfassung* 1849.

65 Rüping 1991, p. 84 e.v.

lijkheid van herziening na een definitieve vrijspraak. '*Wo blieben also die Ruhe, der Friede, die Sicherheit, das Recht der freigesprochenen Unschuldigen, wenn die Freisprechung das Verfahren nicht unwiderruflich abschlösse?*', vroeg Berner zich in 1855 af.[66]

Kon het bestaansrecht van de *Instanzentbindung* al in twijfel worden getrokken vanwege de grote inbreuk op de persoonlijke vrijheid van de aangeklaagde op basis van enkele verdenking van schuld,[67] de nieuwe inrichting van het strafproces met een openbare mondelinge behandeling, waaraan een voorbereidend onderzoek voorafging, maakte, zo vond men, een middenbeslissing na gehouden onderzoek overbodig.[68] In Baden was dit in 1845 reden tot de afschaffing van de *Instanzentbindung*. Tevens werd in de Badense wetgeving het verschil tussen de eervolle en de oneervolle vrijspraak geschrapt. In de ogen van de regering pasten die onderscheidingen niet bij een rechtsgeding met volledige mondelinge behandeling ter zitting.[69] Tegelijk voerde Baden de mogelijkheid tot herziening ten nadele in, zij het op beperkte gronden. Dat waren allereerst de *falsa*. Daarnaast golden als herzieningsgronden ook de later door de vrijgesproken verdachte afgelegde bekentenis en het bewijs uit de zaak tegen de medeverdachte dat alsnog tot veroordeling van de vrijgesprokene kon leiden;[70] niet werd als grond aanvaard de ruimere omschrijving 'nieuwe bezwaren'.[71] Baden regelde dus de mogelijkheid om een vrijsprekend vonnis te herzien binnen strakke grenzen. De vormgeving van de herziening ten nadele in de wetgeving van Württemberg was echter weer zo ruim dat deze de *Instanzentbindung* benaderde. Het enige verschil tussen beide manieren van heropening van het proces was dat er voor herziening een vrijsprekend vonnis was vereist en voor heropening na *Instanzentbindung* niet.[72] Er bestond kortom nog steeds een groot verschil in benadering van de herzieningsregeling tussen de Duitse staten.

De middenbeslissing daarentegen was definitief op haar retour. Nadat Baden in 1845 als eerste schaap over de dam was gegaan, volgde Pruisen vier jaar later (1849).[73] Pruisen had bovendien in 1846 een verbod van herhaling in zijn wetgeving opgenomen, '*Der für nichtschuldig Erklärte darf wegen derselben Handlung*

---

66 A.F. Berner 1855, p. 475. Berner (1818-1907) was hoogleraar in Berlijn, schreef een leerboek over het strafrecht.

67 Vgl. Zopfs. Deze concludeert in zijn dissertatie over de regel *in dubio pro reo* dat niet deze 'twijfelregel' maar het onschuldbeginsel primair tot afschaffing van de *Instanzentbindung* heeft geleid.

68 Vgl. Müller 1844, p. 58, in de paragraaf hiervoor aangehaald.

69 Elben 1846, p. 44, Ziemba 1974, p. 27 e.v.

70 Art. 302 *badische Prozessordnung* 1845, Elben 1846, p. 54, 55.

71 Elben 1846, p. 54, 55.

72 Zo konden *falsa* en alle *nova*, of zij het bestaande bewijs zelfstandig konden dragen of slechts aanvulden, als grond voor herziening worden aangevoerd, Elben 1846, p. 55, 56.

73 Schwarplies 1976, p. 105.

nicht wieder unter Anklage gestellt werden'.[74] In Rijnland werd in 1867 nog wel weer in een vorm van uitstel voorzien,[75] maar bij de rijkswet van 1877 werd de *Instanzentbindung* definitief voor het gehele rijk afgeschaft. De discussie over het bestaansrecht van de *Instanzentbindung* viel toen uit in het voordeel van het definitief eindgewijsde, de veroordeling of de vrijspraak. Tevens zou het debat resulteren in de acceptatie van de herziening ten nadele van de vrijgesproken verdachte.

2.7 Rechtsonzekerheid voor en na de definitieve eindbeslissing

In de discussie over *Instanzentbindung* en/of *Wiederaufnahme zuungunsten* speelde de afweging tussen individuele rechtszekerheid en noodzakelijke bestraffing van de schuldige een overwegende rol. De verschillen tussen de wetgevingen van de landen waren in dit opzicht echter nog groot. Ook de verwachting van hoe de toekomstige regeling en de praktijk eruit zouden gaan zien, verschilde nogal. Voor Müller (1844) bijvoorbeeld, die zich in zijn pleidooi tegen de Instanzentbindung ('*Dieser verwerflicher Lückenbüßer*') zo voor de rechtszekerheid van het individu had beijverd, was dezelfde rechtszekerheid geen reden om zich volledig tegen de herziening ten nadele te keren. Hij veronderstelde dan ook dat wanneer het strafproces zou zijn gescheiden in een voor- en een hoofdonderzoek er voldoende ruimte was om met alle bewijzen ter zitting te komen. Gevallen waarin later nog meer bewijs zou kunnen worden bijgebracht, zouden zich niet dan in '*äußerst seltenen Fälle*' voordoen. Het aantal van dergelijke gevallen was zo verwaarloosbaar klein dat hij zich zelfs afvroeg of het wel nodig was om de deur nog op een kier te zetten.[76]

In de ogen van Berner (1855) daarentegen was ook de door openstelling van een *Wiederaufnahme* geschapen rechtsonzekerheid onaanvaardbaar. Niet alleen uit oogpunt van maatschappelijke rust en het aanzien van de rechterlijke macht maar vooral ook met het oog op de rust van de terecht vrijgesproken verdachte.

> '*Darf man nun annehmen, dass die grosse Mehrzahl der freigesprochenen in der That unschuldig ist: so würde man durch die Aufhebung des non bis in idem gegen jene grosse Anzahl Unschuldiger eine schreiende Ungerechtigkeit begehen*.'[77]

Uit de bijdragen van beide auteurs aan de discussie blijkt dat hun opvattingen werden ingekleurd door enerzijds de verwachte mate van inbreuk op de individuele vrijheid en anderzijds door de gekozen invalshoek: van degene die ten on-

---

74 Par. 22 *preussische Kriminalordnung* 1849, Schwarplies 1976, p. 104, 105.
75 De tekst van de regeling is opgenomen in Rüping 1991, p. 86.
76 Müller 1844, p. 58.
77 Berner 1855, p. 475.

rechte was vrijgesproken of van degene die ook echt onschuldig was. Müller dacht dat een grond voor herziening zich zo zelden zou voordoen dat hij zich afvroeg of het wel nodig was om in het rechtsmiddel te voorzien; Berner dacht echter vooral aan de onschuldigen die in onzekerheid zouden blijven verkeren. Dat zou, zo nam hij op basis van de praktijk aan, de grote meerderheid zijn. Daarom wees hij elke opening van de hand.

Zo zouden de gronden voor heropening een belangrijk onderdeel gaan uitmaken van de uiteindelijke vormgeving van het bijzondere rechtsmiddel. Deze gronden zouden immers bepalen in hoeverre een vrijgesproken verdachte onder de onzekerheid van heropening te lijden zou hebben. De *Wiederaufnahme zuungunsten* zou kortom voor degenen die vooral de vrijheidsrechten van het individu in gedachten hadden meer aanvaardbaar zijn naarmate de voorwaarden voor heropening strenger waren.

2.8 De rijkswetgeving van 1877

Het Duitse wetboek van strafvordering (StPO) van 1877,[78] gekenschetst als het resultaat van een taaie strijd van het Duitse liberalisme,[79] regelde het procesmodel dat vandaag de dag in Duitsland nog wordt gehanteerd. Het wetboek van strafvordering van Pruisen stond model, maar de rijkswetgeving werd uiteindelijk een product van de vermenging van wetgevingen van alle Duitse landen.[80] De *Reichsverfassung* van 1849 had al de basis gelegd voor het *Anklagemodel*, met openbare mondelinge behandeling ter terechtzitting. Het belangrijkste vraagstuk in de onderhandelingen dat resteerde, was de juryrechtspraak. Het onderwerp '*Instanzentbindung*' komt niet voor in het overzicht dat Schubert en Regge van de geschiedenis van de totstandkoming van deze wet maakten.[81] Ik leid hieruit af dat het uitstel van vonniswijzing wegens gebrek aan bewijs geen belangrijk discussiepunt meer is geweest en dat de middenbeslissing inmiddels geheel had afgedaan. De definitieve eindbeslissing deed in volle omvang haar intrede. Voortaan was het 'veroordeling' of 'vrijspraak'.[82] Een 'middenbeslissing' was nog slechts

---

78 *Strafprozessordnung und Einführungesetz*, 1 februari 1877, in werking 27 januari 1879 voor het gehele Duitse (Keizer)rijk, in Schubert en Regge 1989.

79 Roxin 1998, p. 529 en p. 12.

80 Ook voor wat betreft het onderhavige punt, Ziemba 1974, p. 59, die vervolgens vooral de gelijkenis met de Badense wetgeving benadrukt, p. 74.

81 Schubert/Regge 1989.

82 Art. 259 RStPO 1877, geldig tot 1933. Dit artikel vermeldt ook de '*Einstellung*' van het proces. Dit is een beslissing die volgt na een niet inhoudelijk onderzoek als op formele gronden het proces niet kan worden voortgezet, zie Berner 1891, p. 24 e.v. In de huidige wetgeving komt de term 'vrijspraak' niet meer voor maar luidt de tekst 'dat de aangeklaagde wordt vrijgesproken'.

mogelijk zolang het eindonderzoek niet was begonnen.[83] Het is de beslissing om de zaak niet op de openbare zitting te brengen, met behoud van de mogelijkheid om dat later, bij meer bewijs, wel te doen, dus net zoals dat in de Franse en Nederlandse wetgeving was geregeld. De *Wiederaufnahme zuungunsten* maakte wel deel uit van de nieuwe Rijkswetgeving (art. 402 StPO 1877).

Anders dan in het geval van *Instanzentbindung* zouden aan de vrijgesproken verdachte vanaf nu geen verplichtingen meer kunnen worden opgelegd. Aan de voortdurende inbreuk op de onschuldpresumptie zou dus een einde komen. Na een onherroepelijke vrijspraak zou het proces niet op elk moment en bij de enkele aanwezigheid van nieuw bewijs kunnen worden hervat. De gronden voor heropening zouden worden beperkt en hervatting van het proces werd afhankelijk gesteld van de instemming van een hogere rechter. De termijn voor gebruikmaking van het rechtsmiddel werd gebonden aan de verjaringstermijn. Ziemba concludeert uit de totstandkoming van deze regeling, en in het bijzonder uit de invloed van het Badense gemengd accusatoire en inquisitoire procesrecht, dat de Duitse herzieningsregeling een combinatie is geworden van grondbeginselen van het Franse en het Duitse strafproces.[84]

2.9 De gronden voor Wiederaufnahme zuungunsten

De door de wetgever voorgestelde gronden voor herziening ten nadele waren aanvankelijk alleen een aantal *falsa*. Daarmee werd gekozen voor de gronden die gemeenschappelijk hadden dat de betwiste vrijspraak door de aangeklaagde, of door een derde in het belang van die aangeklaagde, door een misdrijf was bewerkstelligd. De vrijspraak mocht geen premie op dat (tweede) misdrijf zijn.[85] Het zijn dezelfde gronden voor heropening die ook tijdens de vergadering van de Nederlandse Juristenvereniging van 1873 door de preadviseurs werden aangereikt, maar in die vergadering weinig weerklank vonden.[86] Later werd op voorstel van Württemberg[87] de 'geloofwaardige bekentenis' van de vrijgesproken verdachte aan het Duitse wetsvoorstel toegevoegd. Uit de toelichting bij het wetsvoorstel blijkt dat de reden daarvoor was

---

83 De zgn. *Einstellung* na het *Ermittlungsverfahren* (vooronderonderzoek), thans artt. 170 StPO.

84 Ziemba 1974, p. 59.

85 Ziemba 1974, p. 54, 55; Grünewald 2008, p. 562; vgl. Marxen en Tiemann 2008, p. 189 r.k.

86 Zie Hoofdstuk 10, par. 3.2.

87 Württemberg kende zeer ruime Wiederaufnahme-gronden, waaronder 'nieuwe bezwaren' zowel in geval van veroordeling als in geval van vrijspraak, Elben 1846, p. 55, Ziemba 1974, p. 52.

> '*daß dieser Wiederaufnahmegrund in einer beträchtlichen Zahl von deutschen Strafprozeßgesetzen anerkannt sei. Außerdem habe man geglaubt, ihn ohne Nichtachtung einer Forderung der materiellen Gerechtigkeit nicht übergehen zu dürfen. Es stehe in dem freien Willen des Angeklagten, ob er nach erfolgter Freisprechung ein Geständnis der Tat ablegen wolle. Eine Gefährdung der Interessen des Angeklagten sei also mit jener Vorschrift nicht verbunden. Wohl aber könne das Rechtsbewußtsein im Volke leicht irre geführt werden, wenn ein Verbrecher, nachdem er wegen mangelnden Beweises freigesprochen worden sei, sich ungestraft des Verbrechens selbst bezichtigen oder gar rühmen dürfe.*' [88]

De bekentenis als herzieningsgrond stond dus al in de strafwetgeving van een aanzienlijk aantal Duitse landen. Deze grond niet opnemen zou 'het rechtsbewustzijn van de mensen misleiden'. Het ging hier niet alleen om het terzijde stellen van een vonnis dat op dwaling berustte, zoals Ziemba hierbij opmerkt, maar vooral om het bewaken van het aanzien van de strafrechtspraak. Tegelijk werd ook van belang geacht dat de toepassing van herziening ten nadele op deze grond geheel en al in handen lag van de dader en dat diens 'belangen' geen gevaar liepen. Volgens Marxen en Tiemann ligt aan het opnemen van deze grond dan ook de wens ten grondslag dat niemand ongestraft kan opscheppen over een door hem gepleegd strafbaar feit; degene die onterecht is vrijgesproken moet die wetenschap maar voor zich zelf houden.[89]

De mogelijkheid tot heropening van het strafproces met als doel de schuldige alsnog te straffen werden kortom beperkt tot in de wet nauwkeurig omschreven gevallen en gronden. Grünewald[90] ziet als hun gemeenschappelijk kenmerk dat zij zijn te herleiden tot gedragingen van de vrijgesproken verdachte zelf. Het criterium past echter niet precies omdat de *falsa* volgens deze wetgeving strikt genomen ook door anderen en zelfs onafhankelijk van de medewerking van de verdachte kunnen worden gerealiseerd. Marxen en Tiemann zien het gemeenschappelijk kenmerk, althans voor wat betreft de *falsa*, in de rechtstreekse aantasting van rechtskracht van het vonnis.[91] In dit criterium past de bekentenis weer minder goed. Er is dus sprake van een vermenging van deze beide grondslagen.

De invulling van die grondslagen wordt beheerst door de wens dat de herziening voor de gewezen verdachte voorzienbaar en dus voorspelbaar is. Die wens ligt

---

88 C. Hahn, *Materialien zur Strafprozeßordnung*, I, p. 265, geciteerd door Ziemba 1974, p. 56; Marxen en Tiemann 2008, p. 189 l.k., 190 l.k., verwijzen naar dezelfde bron. Het opnemen van deze grond kwam dus niet voort uit bijvoorbeeld 'de historische betekenis van de bekentenis als het meest betrouwbare bewijsmiddel', schrijven deze auteurs. Anders Grünewald 2008, p. 563.

89 Marxen en Tiemann 2008, p. 189, r.k.

90 Grünewald 2008, p. 578, 579.

91 Marxen en Tiemann 2008, p. 190, l.k.

ook ten grondslag aan de beslissing om de grond 'nieuwe aanwijzingen van schuld', uitdrukkelijk[92] niet in de Rijkswetgeving op te nemen alhoewel de grond 'nieuwe bezwaren' tot dan toe nog steeds in de wetgeving van enkele Duitse landen als reden voor herziening was opgenomen.[93] Deze grond opent immers *on*voorspelbaar veel deuren. Voorts werd de heropening ter verhoging van een te laag opgelegde straf uitgesloten van de herzieningsregeling. Ook dat past in het perspectief van het bieden van rechtszekerheid. Alles samengevat kan van de ontworpen herzieningsregeling worden gezegd dat zij de rechtszekerheid van de gewezen verdachte maximaal respecteerde.

De gronden staan thans, vrijwel ongewijzigd,[94] in artikel 362 StPO.[95] Deze continuïteit is slechts onderbroken door de nationaalsocialistische wetgeving. In 1936 en 1939 werden wetsvoorstellen ingediend die ertoe strekten de gronden voor herziening ten nadele gelijk te maken aan die voor herziening ten voordele. De opsomming van de gronden werd verlaten voor een algemeen criterium, namelijk 'nieuwe feiten of bewijzen'. Tevens werd daaraan nog de grond 'ambtsverzuim door de rechter' toegevoegd.[96] Een en ander werd gemotiveerd met een

---

92 Ziemba 1974, p. 56, Marxen en Tiemann 2008, p. 189.

93 Württemberg en Saksen, Ziemba 1974, p. 52.

94 Zie over enkele kleine aanpassingen van de wetgeving Ziemba 1974, p. 80 e.v.

95 Art. 362 StPO: '*Die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens zuungunsten des Angeklagten ist zulässig,*
(1) wenn eine in der Hauptverhandlung zu seinen Gunsten als echt vorgebrachte Urkunde unecht oder verfälscht war;
(2) wenn der Zeuge oder Sachverständige sich bei einem zugunsten des Angeklagten abgelegten Zeugnis oder abgegebenen Gutachten einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung der Eidespflicht oder einer vorsätzlichen falschen uneidlichen Aussage schuldig gemacht hat;
(3) wenn bei dem Urteil ein Richter oder Schöffe mitgewirkt hat, der sich in Beziehung auf die Sache einer strafbaren Verletzung seiner Amtspflichten schuldig gemacht hat;
(4) wenn von dem Freigesprochenen vor Gericht oder außergerichtlich ein glaubwürdiges Geständnis der Straftat abgelegt wird.'

96 Ziemba 1974, p. 66 e.v. In vergelijkbare zin werd in Nederland door de bezetter art. 68 Sr buiten werking gesteld voor die zaken die onder de rechtsmacht van de 'vrederechter' vielen (kortweg 'politieke delicten'), maar niet door die rechter waren berecht, zie art. 17 'Verordening Vrederechtspraak', Verordening van 12 augustus 1941, besluit van den Secretaris-Generaal van het Departement van Justitie, houdende de instelling van vrederechters en van een vredegerechtshof, Verordening no. 156/1941 gewijzigd bij verordening 205/1941, in: Mulder 1995, p. 128. Art. 17 luidt:
(1) Is een strafzaak, welke ingevolge art. 2, lid 1, tot de kennisneming van den vrederechter zou behooren, vóór de inwerkingtreding van dit besluit beëindigd door een uitspraak, in kracht van gewijsde gegaan, dan kan het vredegerechtshof op vordering van den procureur-generaal de zaak opnieuw behandelen.
(2) Hetzelfde geldt, wanneer in een strafzaak, als bedoeld in het eerste lid, bij de inwerkingtreding van dit besluit de behandeling ter terechtzitting reeds een aanvang had genomen voor het gerecht, dat tot dusver van het beroep van zoodanige zaken kennis placht te nemen, en de uitspraak inmiddels in kracht van gewijsde is gegaan.

verwijzing naar het '*Verlangen der Volksgemeinschaft nach Verwirklichung der materiellen Gerechtigkeit*'.[97] De regeling zou uit oogpunt van de gewenste rechtskracht van vonnissen niet bezwaarlijk zijn omdat aan de toepassing van de regeling steeds een opportuniteitstoets van het openbaar ministerie zou voorafgaan. Daarin zou worden beoordeeld '*wenn eine neue Verfolgung zum Schutze des Volkes oder zur Sühne der Tat geboten sei*'.[98] De wetgeving werd in 1943 van kracht en is kort na de Tweede Wereldoorlog teruggedraaid.

3. De verhouding tussen herziening ten nadele en het verbod van herhaling

Het verbod van herhaling zoals het in het Pruisisch wetboek van strafrecht (1849) had gestaan en dat vergelijkbaar was met de Nederlandse en Franse bepalingen uit die tijd - want het verbod was absoluut en richtte zich alleen tegen een tweede vervolging na vrijspraak -[99] werd niet in de rijkswet van 1877 gecodificeerd. Er werd in het geheel geen verbod van herhaling gecodificeerd. De wetgever moet ervan zijn uitgegaan dat het verbod iemand tweemaal te vervolgen en te berechten wegens hetzelfde feit als vanzelfsprekend voortvloeide uit de strikte opsomming van gevallen en gronden die een inbreuk op het verbod toelieten, en die beschreven stonden in de procedure voor *Wiederaufnahme*. Pas vele jaren later, toen gebleken was dat het verbod van herhaling door de nationaalsocialisten door een eenvoudige wijziging van de herzieningsregeling aan de kant geschoven had kunnen worden, werd het beginsel in de Grondwet verankerd. Artikel 103 lid 3 Grondwet 1949 kwam te luiden:

> '*Niemand darf wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden*'.

---

(3) De nieuwe behandeling geldt met betrekking tot de uitspraak, in kracht van gewijsde gegaan, als hooger beroep.

(4) De bepalingen betreffende hooger beroep in het Wetboek van Strafvordering en de artt. 12 tot en met 14 van dit besluit vinden overeenkomstige toepassing.

97 Ziemba 1974, p. 66, 67 vat de overwegingen van de wetgever als volgt samen: '*Dieses Verlangen (…) sei wichtiger einzuschätzen als die formale Rechtskraft, die vorwiegend nur Individualinteressen diene. Da es keine 'verschiedene' Gerechtigkeit gäbe, je nach dem, ob sich diese zugunsten oder zuungunsten des Angeklagten auswirken würde, sondern nur eine 'einheitliche und unteilbare' Gerechtigkeit geben könne, so dürfe der Weg zur Findung der Gerechtigkeit auch dann nicht erschwert werden , wenn sich die Gerechtigkeit zuungunsten des Täters auswirken würde.*' Zie hierover ook Marxen en Tiemann 2008, p. 190 r.k.

98 Ziemba 1974, p. 68.

99 '*Der für nichtschuldig Erklärte darf wegen derselben Handlung nicht wieder unter Anklage gestellt werden*'.

De tekst van het artikel beperkt zich tot het verbod van dubbele bestraffing en omvat naar de letter het verbod van herhaling na vrijspraak niet. Dit moet echter volgens rechtspraak[100] en doctrine niet worden beschouwd als een gewilde beperking van het verbod van herhaling; de gekozen formulering ziet men eerder als het gevolg van een ongelukkige hand van de wetgever.[101] Het doel was namelijk om een klassiek vrijheidsrecht vast te leggen.[102] Doctrine en rechtspraak interpreteren de tekst dan ook conform deze bedoeling. Zij geven er de ruime betekenis aan van een regel die elke tweede vervolging '*wegen derselben Tat*' verbiedt indien daarover onherroepelijk is beslist.[103] In samenhang met de uitleg van het begrip '*Tat*' in artikel 264 StPO – '*Gegenstand der Urteilsfindung ist die in der Anklage bezeichnete Tat, wie sie sich nach dem Ergebnis der Verhandlung darstellt*' - moet de bedoeling van de wetgever als geslaagd worden beschouwd. *Tat*, in de zin van de wet, dus de artikelen 264 StPO en 103 GG, is volgens de rechtspraak van het *Bundesgerichtshof* namelijk een ruim begrip en omvat:

> '*nicht nur den vor der zugelassenen Anklage umschriebenen Vorgang, sondern auch das gesamte Verhalten eines Angeklagten, soweit es mit dem durch die Anklage bezeichneten geschichtlichen Vorgang nach Auffassung des Lebens eine Einheit darstellt, deren Aburteilung in getrennten Verfahren zu einer unnatürlichen Aufspaltung eines zusammengehörenden Geschehens führen würde*'.[104]

Het is een uitleg met vergaande consequenties voor de wijze van vervolging van een feitencomplex. Die uitleg heeft bijvoorbeeld tot resultaat gehad dat de pleger van een bankoverval die na die overval zonder in het bezit te zijn van een geldig rijbewijs met een auto was weggevlucht en was vervolgd wegens dat rijden zonder rijbewijs, niet meer apart voor de bankoverval mocht worden vervolgd. De feiten hadden naar het oordeel van het *Bundesgerichtshof* niet mogen worden gesplitst omdat bij '*räuberischen Erpressung*' de wijze waarop een overvaller vlucht een wezenlijk onderdeel van de overval uitmaakt.[105]

De invoering van het verbod van herhaalde vervolging in de Grondwet leidde tot de vraag of de *Wiederaufnahme zuungunsten* in artikel 362 StPO met het verbod van herhaling in artikel 103 GG te rijmen was. Deze vraag is door het *Bundesver-*

---

100 Vgl. BVerfGe 23, 191 (herhaalde bestraffing bij dienstweigering), Rdn 27-30.

101 Ziemba 1974, p. 75, beschouwt de tekst als '*misslungen*'.

102 Vgl. Grünewald 2008, p. 567.

103 Ziemba 1974, p. 75; Grünewald 2008, p. 566. Dit wordt ook in het hieronder te bespreken wetsvoorstel niet betwist, *Drucksache* 222/10, p. 2.

104 BGH 2 StR 520/96, 1 oktober 1997 (LG Köln), Rdn 13, *NJW* (198), p. 168. Vgl. Bohlander 2011, p. 24.

105 BGH 11 april 1995, *NStZ* 96, 41, *NStZ-RR* 1996, 39. Vgl. Meyer-Goßner 2010, art. 264, nr. 2a, en, KK-Kuckein, art. 337, Rn. 25.

fassungsgericht positief beantwoord. Volgens deze rechtspraak heeft de grondwetgever geen verandering willen brengen in de toestand van vóór de tijd van het nationaalsocialisme.

> '*Der Verfasser habe, als er die Vorschrift in das Grundgesetz aufnahm, den im Strafverfahrensrecht anerkannten Grundsatz 'ne bis in idem' nur verfassungsrechtlich etablieren wollen. Dagegen sei eine Änderung der bestehenden Rechtslage nicht gewollt gewesen.*'[106]

Aangezien de nauwkeurige regeling voor heropening deel uitmaakte van het toen bestaande recht, is van strijdigheid van artikel 362 StPO met (de bedoeling van) de Duitse Grondwet geen sprake. Deze '*Gesamtregelung*', die door doctrine en rechtspraak wordt gedragen, omvat dus een verbod van een tweede vervolging waarop uitzonderingen mogelijk zijn voor nauwkeurig omschreven gevallen en gronden. Het verbod van herhaling, *non bis in idem,* wordt daarmee gerelativeerd. Tegelijk is het de opvatting van de meeste auteurs - en deze opvatting wordt ook in de rechtspraak gehuldigd - dat die gevallen en gronden 'voorzienbaar, berekenbaar en meetbaar' moeten zijn. De Duitse regeling in 362 StPO voldoet naar hun mening aan die vereisten.[107]

Nu door het *Bundesverfassungsgericht* is vastgesteld dat artikel 362 StPO en artikel 103 lid 3 *Grundgesetz* met elkaar in evenwicht zijn, zal elke wijziging van artikel 362 StPO de vraag oproepen of dat evenwicht niet wordt verstoord. Aangezien het hier een grondrecht betreft ter bescherming van de individuele vrijheid zal met name een verruiming van de mogelijkheden van herziening ten nadele problematisch zijn. Wanneer een verruiming van die gronden wordt beoogd, zal moeten worden onderzocht of de beoogde wijziging behoort tot het '*vorverfassungsrechtliche Gesamtbild des Strafprozesses*'.[108] Naar het oordeel van het *Bundesverfassungsgericht* is de bestaande regeling echter niet statisch en sluit zij '*Grenzkorrekturen*' niet uit.[109] Bedoelde *Grenzkorrekturen* hebben volgens Pabst echter

---

[106] Grünewald 2008, p. 568, met literatuurverwijzing. Zie voorts de rechtspraak van het *Bundesverfassungsgericht* ter zake, vermeld in de toelichting op het hierna te bespreken wetsvoorstel, *Drucksache*, 222/10 p. 5, 6.

[107] Ziemba 1974, p. 78, 79; Grünewald 2008, p. 569, 570. Vgl. de toelichting op het hierna te bespreken wetsvoorstel, *Bundesrat*, *Drucksache 655/07*, p. 3 onder.

[108] Grünewald 2008, p. 569, 570; Ziemba 1974, p. 76.

[109] *Zwar nimmt Art. 103 Abs. 3 GG auf die bei Inkrafttreten des Grundgesetzes geltende prozessrechtliche Lage Bezug. Dies bedeutet indessen nicht, dass das überlieferte Verständnis des Rechtssatzes "ne bis in idem" für jede auftauchende Zweifelsfrage bereits eine verbindliche Auslegung durch die Rechtsprechung bereit hielte, und es bedeutet insbesondere nicht, dass für neu auftauchende Gesichtspunkte, die sich der Prozessrechtswissenschaft und der Rechtsprechung so noch nicht gestellt hatten, eine verfassungsrechtliche Festlegung getroffen worden wäre… Zweifellos sollten Gesetzgebung und (herrschende) Auslegung nicht bis in alle Einzelheiten auf den Stand der Rechtsprechung und Prozessrechtslehre bei Inkrafttreten*

slechts betrekking op de uitleg van 'hetzelfde feit',[110] en niet op een eventuele verruiming van de herzieningsronden.

4. Duits feitsbegrip en inquisitoir principe

De Duitse uitleg van *Tat* in artikel 103 lid 3 *Grundgesetz*, zoals toegelicht in de vorige paragraaf, is een voorbeeld van een ruime uitleg van het feitsbegrip. Deze uitleg eist grote zorgvuldigheid van de verantwoordelijke instanties bij vervolging en berechting. De berechting kan immers, afgezien van de *Wiederaufnahme*-procedure, niet worden herhaald. Alle strafwaardige aspecten van het feit c.q. het feitencomplex dienen zo mogelijk ineens te worden afgedaan. Indien dat niet gebeurt, bestaat de kans dat een volgende berechting stuk loopt op de 'natuurlijke eenheid' met het eerder berechte feit.

Deze Duitse benadering is een voorbeeld van het 'positief inquisitoire principe', in Nederland ook wel 'concentratieprincipe'[111] genoemd. Hiermee bedoel ik dat het uitgangspunt van het inquisitoire proces zoals beschreven in Hoofdstuk 3 - namelijk de ambtshalve vervolging ter ontdekking van de materiële waarheid - wordt aangescherpt tot de verplichting voor de overheid om in geval van vervolging zo mogelijk alle strafbare feiten waarvan de betrokkene wordt verdacht in één keer te vervolgen en te berechten. Deze wijze van vervolging en berechting is in Duitsland een aanvaard principe en berust op de Duitse opvatting over het inquisitoire principe (*Ermittlungsgrundsatz*).[112] Niet alle Europese landen kennen een dergelijk strenge benadering van de vervolgingstaak, met als uitvloeisel daarvan een ruime benadering van het feitsbegrip. Het Duitse recht wijkt op dit punt bijvoorbeeld sterk af van het Franse, zoals we hierna zullen zien. Ook Italië lijkt een ander vervolgingsprincipe te huldigen. Dit verschil tussen nationale vervolgingsprincipes kan leiden tot vragen in het kader van de strafrechtelijke samenwerking tussen staten, in het bijzonder tot de vraag of het feit waarvoor bijvoorbeeld de overlevering van een persoon wordt verzocht als 'onherroepelijk berecht' moet worden beschouwd. Die vraag is immers weer van belang voor een

---

des Grundgesetzes festgelegt und jede weitere Veränderung im Verständnis des prozessualen Verfahrensgegenstandes und der Rechtskraftwirkung ausgeschlossen werden. Artikel 103 Abs. 3 GG steht Grenzkorrekturen nicht entgegen; er garantiert nur den Kern dessen, was als Inhalt des Satzes "ne bis in idem" in der Rechtsprechung herausgearbeitet wurde', BVerfGE 56, 22 (8 januari 1982), p. 34/35, geciteerd en becommentarieerd in de toelichting op het hieronder te bespreken wetsvoorstel, *Bundesrat Drucksache* 655/07, p. 4 en 222/10, p. 3; zie over deze uitspraak Grünewald 2008, p. 570, de door haar genoemde literatuur en Marxen en Tiemann 2008, p. 191 r.k.

110 Pabst 2010, p. 128.

111 AG Machielse, conclusie voor HR 29 maart 2005, *LJN* AR8401, *NJ* 2007, 509 onder 3.10.

112 Vgl. Bohlander 2011, slot par. '*Inquisitorial principle* (*Ermittlungsgrundsatz*)', p. 28.

andere, namelijk of er reden is om de samenwerking te weigeren op basis van het beginsel *non bis in idem*. Een en ander was aan de orde in de zaak Mantello.[113]

Mantello (2010)

Het betrof een verzoek van Italië aan Duitsland om Mantello ter strafvervolging over te leveren aan Italië.[114] Mantello werd verdacht van met drugshandel gerelateerde delicten. Hij beriep zich er echter op dat hij voor deze feiten al definitief was berecht in Italië. De overlevering zou daarom moeten worden geweigerd. Weliswaar was hij niet berecht voor de specifieke delicten waarvoor overlevering werd verzocht, in het bijzonder niet voor de deelname aan een criminele organisatie, maar aan de beslissing om hem destijds niet voor dit feit te vervolgen hadden slechts 'opsporingtactische' redenen ten grondslag gelegen. Toen hij namelijk in Italië werd vervolgd en berecht wegens 'het in bezit hebben van cocaïne ten behoeve van de verkoop' werd hij al verdacht van 'deelname aan een criminele organisatie'. Er was echter besloten om 'in het belang van het onderzoek' de desbetreffende informatie niet aan de rechter te geven. Volgens Mantello hadden de zaken 'dus' ook in één keer kunnen worden berecht en afgedaan. Zo dit waar was, kon dit gegeven onder omstandigheden - in een vergelijkbaar geval - in Duitsland tot gevolg hebben dat de vervolging niet-ontvankelijk moest worden geacht, zo oordeelde de Duitse rechter.[115] Daarom legde hij aan het Europese Hof in Luxemburg de vraag voor of de *non bis in idem*-bepaling in het genoemde Kaderbesluit aan de overlevering in de weg stond. De (Franse) Advocaat-generaal Bot concludeerde dat die weigeringsgrond hier toepassing miste. Het unierechtelijk beginsel *non bis in idem* kon volgens hem 'niet aldus worden begrepen dat het de opsporingsdiensten vanaf de eerste tenlastelegging zou verplichten alle feiten te vervolgen die de betrokken persoon kunnen worden verweten en die ter beoordeling aan het gerecht voor te leggen.' Dit leidde de AG af uit de rechtspraak van het Luxemburgse Hof inzake artikel 54 SUO, die hij onverkort van toepassing achtte op de uitleg van onderhavig Kaderbesluit.[116] Uit die rechtspraak zou volgen dat de rechter geen 'subjectieve elementen' in aanmerking hoeft te nemen bij zijn beoordeling of sprake is van hetzelfde feit en dus 'geen rekening hoeft te

---

113 HvJ 16 november 2010, C-261/09; conclusie van AG Bot, 7 september 2010.

114 Overlevering van personen tussen lidstaten van de Europese Unie, ter vervolging of ter executie van de opgelegde straf, vindt plaats op basis van het Kaderbesluit 2002/584/JBZ van de Raad van 13 juni 2002.

115 'Volgens de verwijzende rechter zou een zogenaamd organisatiedelict naar Duits recht, zoals uitgelegd door het Bundesgerichtshof in beginsel nog a posteriori kunnen worden vervolgd indien de eerdere tenlastelegging en het eerdere gerechtelijk vooronderzoek enkel betrekking hadden op individuele zaken van het lid van een dergelijke organisatie en de verdachte er niet op kon vertrouwen dat de eerdere procedure alle in het kader van de organisatie gestelde daden omvatte (…)', HvJ inzake Mantello, r.o. 28, vgl. de conclusie van AG Bot, nr. 117.

116 Conclusie AG, nr. 126.

houden met het misdadig opzet van de gezochte persoon, *en ook niet met de strategie van de opsporingsdiensten*' (mijn curs. wvh).[117] Ook behoorde volgens Bot de vraag naar de mogelijkheden van de lidstaten om het opsporingsonderzoek in 'moeilijke en grootschalige zaken' doeltreffend te verrichten tot de strafvorderingsvoorschriften van nationaal recht en was die vraag in kwesties als deze dus irrelevant.[118] De door de politie aan de rechter niet vermelde strafbare feiten waren niet berecht en er kon dus ook geen sprake zijn van een 'onherroepelijke berechting'.[119]

Het Hof van Justitie sloeg een andere richting in.[120] De prejudiciële vraag van de Duitse rechter ging naar zijn oordeel niet over de uitleg van 'hetzelfde feit'[121] maar over de uitleg van 'onherroepelijk vonnis'. Het Hof oordeelde vervolgens dat de vraag of een vonnis 'onherroepelijk' is, wordt bepaald door het recht van de lidstaat waar het vonnis is gewezen.[122] Nu de Italiaanse regering had laten weten dat het eerdere vonnis geen betrekking had op de feiten in het overleveringsverzoek[123] had de Duitse rechter dat antwoord als uitgangspunt moeten nemen voor zijn beslissing en was er 'geen enkele reden' ('no reason' / 'aucune raison')

---

117 Conclusie AG, nrs. 122 en 123.

118 Conclusie AG, nr. 124.

119 Conclusie AG Bot, nr. 129.

120 Het Hof interpreteert de gestelde vraag dan ook iets anders dan zijn AG, namelijk zo, dat de Duitse rechter van oordeel is dat er naar Duits zowel als naar Italiaans recht geen beletsel voor de tweede vervolging zou bestaan, maar wellicht wel naar Unierecht (r.o. 33). De AG begrijpt echter uit de vraag dat de verwijzingsrechter van oordeel is dat er naar Duits recht wel een vervolgingsbeletsel bestaat (nr. 117).

121 Ten aanzien van de uitleg van het 'hetzelfde feit' als bedoeld in art. 3 lid 2 Kaderbesluit volgde het Hof zijn AG in de opvatting dat dit een 'autonoom Unierechtelijk begrip' is.

122 HvJ inzake Mantello, r.o. 43-46. Het Hof lijkt de Duitse rechter op de vingers te willen tikken. Dit komt mogelijk door diens 'eigenwijze' houding, door het Hof als volgt samengevat in r.o. 28: '(..). De verwijzende rechter lijkt echter niet volledig in te stemmen met dit standpunt van het Bundesgerichtshof. Hij suggereert om een derde voorwaarde toe te voegen, namelijk dat de opsporingsinstanties ten tijde van de berechting van het individueel gepleegde feit niet wisten dat er sprake was van nog meer individueel gestelde daden die samen een organisatiedelict vormden. Dit was nu net niet het geval voor de opsporingsinstanties in Italië.'

123 De Italiaanse regering had laten weten (r.o. 14): 'dat uit de rechtspraak van de Corte suprema di cassazione blijkt dat „de in artikel 649 van de in het Wetboek van Strafvordering bedoelde exceptie niet kan worden ingeroepen wanneer het bij het feit dat tot een onherroepelijk vonnis heeft geleid om een geval van eendaadse samenloop gaat, aangezien het gedrag dat reeds onherroepelijk is berecht kan worden geherkwalificeerd als feitelijk element, en volgens een andere, zelfs alternatieve beoordeling kan worden ingedeeld in een ruimere categorie strafbare feiten"'. Het Hof leidde hieruit af dat de Italiaanse regering het feitsbegrip 'Unieconform' had uitgelegd. Opmerking verdient dat in de officiële Nederlandse versie van het arrest de Italiaanse term *concorso formale di reati*, letterlijk: 'formele samenloop van feiten', is vertaald met 'eendaadse samenloop'. Gelet op de nationale invulling van de begrippen 'eendaadse' en 'meerdaadse samenloop' is het echter de vraag of wel precies hetzelfde wordt bedoeld.

om in verband met het vonnis waarop Mantello zich beriep de *non bis in idem*-bepaling toe te passen.[124]

Door deze aanpak blijft in kwesties als deze dus niet alleen het oordeel of sprake is van een onherroepelijk berechting maar ook de vraag of sprake is van 'hetzelfde feit' ter beoordeling van de nationale staat. Voorts blijkt dat de Duitse benadering van het vervolgingsprincipe en de daarmee samenhangende ruime uitleg van het feitsbegrip binnen de Duitse rechtssfeer tot een (veel) grotere bescherming leiden dan binnen de rechtssfeer van de Europese Unie.

De benadering van het feitsbegrip zoals dat wordt ingekleurd door het vervolgingsbeginsel lijkt in Duitsland geen punt van discussie te zijn. Wel bestaat er kennelijk - gelet op de vraagstelling van de Duitse rechter aan het Hof van Justitie - onder juristen enig verschil van inzicht over de vraag hoever het positief inquisitoire principe zich zou moeten uitstrekken. Die discussie gaat dan over de toepassing van de geldende wetgeving. Anders is het met de erkenning van de onwrikbaarheid van vrijspraken. De huidige (beperkte) mogelijkheden om een onherroepelijke vrijspraak door middel van het bijzonder rechtsmiddel van *Wiederaufnahme zuungunsten* herzien, zijn er momenteel voorwerp van publiek en politiek debat en er zijn stemmen opgegaan om de wet op dit punt aan te passen.

5. Het wetsvoorstel van Nordrhein-Westfalen

Sinds de inwerkingtreding van de Duitse Grondwet is de herzieningsregeling in artikel 362 StPO enkele malen ter discussie gesteld. In de jaren zeventig van de vorige eeuw gingen stemmen op om de herziening ten nadele af te schaffen maar in de jaren negentig stelde de SPD voor om voor de delicten moord en volkerenmoord juist een extra grond te introduceren, namelijk '*Neue Tatsachen oder Beweismittel*'.[125] Omdat studies naar het functioneren van de regeling uitwezen dat zij zowel praktisch als theoretisch voldeed, zijn door de wetgever geen stappen gezet om het artikel te wijzigen. Hierin lijkt verandering te komen. Net als in andere landen van Europa[126] bestaat er in Duitsland een tendens om de gevallen en gronden voor herziening ten nadele te verruimen. Die behoefte wordt te meer gevoeld nu ontwikkelingen in de technologie de mogelijkheid vergroten om oud

---

124 HvJ inzake Mantello, r.o. 50 en 51.

125 Gössel 1997, § 359, Rdn 187 e.v.: '*Neuere Reformvorschläge*' en bij § 362, '*Geplänte Änderungen*'. Volgens Ziemba zou een absolute gelding van het *non bis in idem* in strijd zijn met de eis van materiële gerechtigheid. Ook hij concludeert dat de huidige regeling voldoet. Zie voorts de literatuur genoemd door Grünewald 2008, p. 545, noot 3.

126 Zie Hoofdstuk 15, par. 3.

bewijsmateriaal met meer, of preciezer, resultaat te onderzoeken. Directe aanleiding om de kwestie op de politieke agenda te zetten was een zaak waarin dergelijk onderzoek krachtige aanwijzingen had opgeleverd dat een van moord vrijgesproken verdachte toch de dader was.[127] Dit resultaat riep de vraag op of de wettelijke gevallen en gronden voor herziening van een vrijspraak - de *falsa* en de betrouwbare bekentenis in geval van vrijspraak - niet te eng waren. In 2007 legden Nordrhein-Westfalen en Hamburg een wetsvoorstel tot wijziging van de herzieningsregeling aan de Bondsraad voor.[128] Na een hoorzitting van deskundigen in 2009 besloot echter de Bondsdag om het voorstel te laten rusten.[129] Het voorstel is vervolgens in 2010, maar nu alleen door Nordrhein-Westfalen, herhaald.[130] Het doel van het voorstel is om een vrijspraak te kunnen herzien:

> 'wanneer op basis van nieuwe wetenschappelijk erkende technische onderzoeksmethoden, die ten tijde van het vellen van de einduitspraak niet ter beschikking stonden, nieuwe feiten of bewijsmiddelen naar voren komen die op zich zelf of in verbinding met de vroegere bewijzen geschikt zijn om de vrijgesprokene te veroordelen' (art. 1-1 ontwerp).

Deze grond geldt alleen in geval van:

> 'moord, volkerenmoord, een misdrijf tegen de menselijkheid of een oorlogsmisdrijf, dan wel een met levenslange straf bedreigde uitlokking van of aanzet tot één van deze delicten'.

In de toelichting op het voorstel wordt gewezen op vergelijkbare ontwikkelingen in Engeland, Wales, Schotland, Ierland en Nederland.[131]

Zoals hierboven aangestipt, roept een dergelijk voorstel de vraag op of het grondwettelijk verbod van dubbele vervolging wordt geschonden en dus of voor doorvoering van het voorstel tevens een grondwetswijziging noodzakelijk is. De vraag is met andere woorden of de voorgestelde wijziging valt binnen het begrip '*Grenzkorrekturen*'. De indieners van het wetsvoorstel zijn die mening toege-

---

127 Grünewald 2008, p. 546.

128 *Gesetzantrag der Länder Nordrhein-Westfalen, Hamburg; Bundesrat*, *Drucksache* 655/07, 25 september 2007.

129 Het Duitse wetsvoorstel is op overwegend negatieve kritiek gestuit van de zijde van de hierover gehoorde rechtsgeleerden, waaronder Marxen en König, zie Bernard Bode, '*Verfassungsrechtliche Bedenken*', <www.bundestag.de/dasparlament/2009/13/Innenpolitik/23948844.html>. Zie ook Marxen en Tiemann 2008 en Pabst 2010, p. 26, 127.

130 *Gesetzantrag des Landes Nordrhein-Westfalen; Bundesrat*, *Drucksache* 222/10, 21 april 2010. Het is op 7 mei 2010 naar de parlementaire commissies van Justitie en van Binnenlandse zaken gestuurd (*Rechts- und Innenausschuss*).

131 Entwurf, *Drucksache* 222/10, p. 11.

daan,[132] maar in de vakliteratuur wordt aan die opvatting sterk getwijfeld.[133] Getuige het resultaat van de in 2009 gehouden hoorzitting, namelijk het in de ijskast zetten van het wetsvoorstel, zijn ook daar kritische commentaren geleverd.

Indien de wetswijziging zou worden toegelaten binnen het huidige *non bis in idem*-concept in artikel 103 van de Grondwet betekent dit dat het daarin neergelegde rechtszekerheidbeginsel als individueel burgerrecht wordt ingeperkt. Het heeft dan niet meer de betekenis die het in de loop van de negentiende eeuw heeft gekregen. Het oordeel over de wijziging van artikel 362 StPO kan daarom worden beschouwd als een lakmoesproef voor de houdbaarheid van een in de negentiende eeuw verworven vrijheidsrecht. Veel hangt daarbij af van de door het *Bundesverfassungsgericht* mogelijk geachte rek.

6. Van Instanzentbindung naar Wiederaufnahme: samenhang en ontwikkeling

Bewijsregels die tot gebruik van de pijnbank voerden, verlichtingsdenken waarin voor folter geen plaats meer was, praktische oplossingen voor gevallen waarin het bewijs niet vol was, de ontwikkeling van een nieuw bewijsstelsel, de splitsing tussen voorbereidend en hoofdonderzoek, een openbare mondelinge behandeling ter terechtzitting, de aanvaarding van rechtskracht uit oogpunt van rechtszekerheid en afwijzing van het onbestraft blijven van degene die door leugen en bedrog zijn vrijlating heeft bewerkstelligd, dát zijn in hoofdlijn de oorzaken en gevolgen van de afschaffing van de *absolutio ab instantia* en de invoering van de herziening ten nadele in de Duitse staten. In deze reeks van processen verschilt de Duitse geschiedenis op een belangrijk punt van de Franse. In Duitsland brak aan het einde van de achttiende eeuw geen revolutie uit die mede als inzet had om het strafproces en de rechterlijke macht omver te werpen en vervolgens opnieuw op te bouwen.[134] De veranderingen in het strafproces konden zich daardoor in

---

132 Entwurf, *Drucksache* 222/10, p. 2 ev.

133 Grünewald 2008, p. 578, 579, merkt op dat het voorstel in zoverre breekt met het bestaande systeem dat de nieuwe grond niet, zoals de andere vier, bestaat uit een aan de vrijgesproken verdachte toe te rekenen verwijt dat de verstoring van de rechtsvrede heeft veroorzaakt. '*Da es dem Einfluss des Angeklagte entzogen bleibt, ob und wann es durch wissenschaftlichen Fortschritt neue Erkenntnismethoden gibt, kann ihm nicht auferlegt werden, diese Risiko zu übernehmen.*' Marxen en Tiemann 2008, zijn van oordeel dat de wijziging de grondstructuur van de huidige regeling aantast.

134 Zo schrijft Rassat, Rapport 1997, p. 216, over de Franse ontwikkeling: '*Une des critiques souvent présentées contre le droit pénal d'Ancien régime tenait à la fréquence des arrêts de plus ample informé qui, à défaut de preuves déterminantes, renvoyaient le suspect de la poursuite mais sans que cette mise hors de cause ait l'autorité de la chose jugée ce qui permettait de le reprendre quasi indéfiniment. C'est*

een verhoudingsgewijs rustiger tempo voltrekken. *Poenae extraordinariae* en reinigingseed hadden voordien al gedurende eeuwen voor de nodige rekbaarheid in het bewijsstelsel gezorgd.

Wel was sprake van Franse invloed, met name in Duitse gebieden langs de Rijn, zoals Rijnland en Baden. Daar heeft het moderne Franse strafproces zich kunnen vermengen met dat van de Duitse staten. In die zin is een parallel te trekken met Nederland, dat ook de Franse invloed onderging maar niet in de draaikolk van de revolutie werd meegezogen. In Nederland was de invloed van het Franse strafproces echter veel groter dan in Duitsland, zodat gesteld zou kunnen worden dat Duitsland van de drie landen meer tijd had, zowel om tot een evenwichtige afstemming te komen van het recht in de verschillende Duitse landen als om tot een uitgebalanceerd strafproces te geraken. *Instanzentbindung*, eervolle en oneervolle vrijspraak kregen zo de kans zich per land verder te ontwikkelen terwijl tegelijkertijd het strafproces werd gemoderniseerd. Toen de negatieve effecten van de *Instanzentbindung* pijnlijk waren blootgelegd, was er inmiddels ruimte voor een alternatief. De *Instanzentbindung* had het toen ruim 70 jaar langer volgehouden dan in Nederland en Frankrijk.

De ervaring met de negatieve effecten van de *Instanzentbindung* en de zeer geleidelijke afschaffing van dat instituut lijken dus twee gevolgen te hebben gehad: in de eerste plaats terughoudendheid met het laten voortduren van een voor de gewezen verdachte onzekere toestand en in de tweede plaats uitkristallisering van een gemene deler voor uitzonderingsgevallen die moesten kunnen leiden tot de heropening van het strafproces. Een en ander resulteerde in een herzieningsprocedure ten nadele van de vrijgesproken verdachte binnen nauw getrokken grenzen, opdat die gronden 'voorzienbaar, berekenbaar en meetbaar' zouden zijn. Het resulteerde bovendien in een uitleg van het begrip '*Tat*' in artikel 103 lid 3 GG die aansluit bij het principe dat alle aspecten van het historische gebeuren in één en hetzelfde proces worden afgehandeld. Alleen wanneer binnen die procedure is gefraudeerd of wanneer door de gewezen verdachte naderhand alsnog een betrouwbare bekentenis wordt afgelegd, kan de procedure worden heropend. Het bekend worden van nieuwe feiten zal niet gauw tot een tweede vervolging kunnen leiden, ook niet langs de weg van een minder ruime uitleg van '*idem*'. De bescherming die de vrijgesproken en de veroordeelde verdachte aan de beide bepalingen ontlenen, is dan ook groot.

---

sans doute ce qui explique la consécration rapide et continue du principe de l'autorité négative de la chose jugée par le droit Révolutionnaire (…).

Terugkijkend op deze geschiedenis kan de Duitse herziening ten nadele mijns inziens niet worden toegeschreven aan een 'conservatief-autoritaire trek in de publiekrechtelijke rechtstraditie' tot uiting komend in 'het primaat van de manifestatie van de staat en zijn belang'.[135] Bedoelde conservatieve en autoritaire trekken om het gezag van de staat omwille van het staatsbelang in te prenten, dateren van na de totstandkoming van de rijkswetgeving.[136] De wettelijke herzieningsregeling van 1877 is veeleer te beschouwen als een gevolg van de erkenning van het liberale vrijheidsprincipe enerzijds en van *Nichtigkeitsgründe* anderzijds. Dat het plegen van een vorm van valsheid niet met een vrijspraak mocht worden beloond, was niet een specifiek Duitse gedachte; ook in Nederland gingen daar stemmen voor op. De 'geloofwaardige bekentenis' als grond voor heropening werd gezien als een tegemoetkoming aan het 'rechtsgevoel'. Deze grond niet opnemen zou 'het rechtsbewustzijn van de mensen misleiden'. Daarbij was het belangrijk dat de inwerkingtreding van deze herzieningsgrond in handen lag van de vrijgesproken verdachte zelf en dat diens 'belangen' geen gevaar liepen. Hieruit spreekt meer dan louter de 'manifestatie van staatsbelang'; in de wetgevingsgeschiedenis is te lezen dat men oog had voor het individueel belang.

---

135 Vgl. Mevis en Kooijmans 2003, p. 56 die een vermoeden in die richting uitspreken.

136 Vgl. Caljé 2011, p. 101 e.v.; Strijards 1989, p. 71, 72 wijst in dit verband op Binding, *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, München 1915, p. 337, die het verbod van herhaling dat wordt gebaseerd op de bescherming van het individu typeert als '*die schwächliche überlieferte Sentimentalität gegenüber dem Delinquenten*' en vervolgt met: *es handelt sich allein um das richtige Verhältnis zweier Staatsaufgaben zu einander*', waarmee hij doelt op enerzijds de 'rechtskracht' en anderzijds de 'materiële gerechtigheid'. Binding is de strafrechtelijke vertegenwoordiger van het belang van de staatsalmacht; hij verdedigde langs dezelfde weg *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens* (1920). Afshin Ellian, 'Lebensunwertes Leben', NRC 28 april 2007, signaleert het nazidenken in het werk van Binding dat voorafging aan en gebruikt werd door het nationaalsocialisme.

Hoofdstuk 12
Frankrijk

1. Inleiding

Niet alleen de mate waarin een inbreuk op het eindgewijsde wordt toegelaten, zoals door een vorm van herziening, heeft invloed op de mate van bescherming van de gewezen verdachte en de kracht van het gewijsde. Ook de uitleg van het feitsbegrip is daarop van invloed. Immers, naarmate het feitsbegrip in het verbod van herhaling ruimer wordt uitgelegd, zal een tweede vervolging eerder op het verbod van herhaling stranden. De kans dat het ten laste gelegde feit in de tweede vervolging als 'hetzelfde' wordt beschouwd als het eerst vervolgde feit, is immers groter naarmate 'hetzelfde feit' meer omvat. Geeft men daarentegen een engere, bijvoorbeeld een louter kwalificatieve, betekenis aan het feitsbegrip, zodat 'hetzelfde feit' geheel samenvalt met 'hetzelfde strafbaar gestelde feit' dan stuit een tweede vervolging pas op het verbod van herhaling af wanneer in die tweede vervolging het ten laste gelegde feit in dezelfde of vergelijkbare bewoordingen wordt omschreven. Wordt het ten laste gelegde feit in de tweede procedure anders gekwalificeerd dan in de eerste, dan staat in die opvatting het verbod van herhaling een tweede vervolging niet in de weg. Het betreft immers 'niet hetzelfde' delict, en dus niet hetzelfde feit. In een dergelijke enge uitleg kan bijvoorbeeld na vervolging wegens moord, welke is geëindigd in een vrijspraak, een tweede vervolging aanvangen wegens dood door schuld, en andersom. Zelfs kan, om bij deze delicten te blijven, bij een zuiver kwalificatieve benadering van het feitsbegrip nog een vervolging worden ingesteld wegens moord nadat dezelfde verdachte eerst veroordeeld is wegens dood door schuld.[1] Dood door schuld en moord zijn immers juridisch verschillende delicten en in deze enge opvatting niet 'hetzelfde feit'. Langs deze weg nu, dus door middel van een enge uitleg van het feitsbegrip, ontwikkelde zich in Frankrijk een methode om justitiële 'missers' ten nadele van de verdachte te herstellen. Daarover handelt dit hoofdstuk. Achtereenvolgens komen aan de orde het inquisitoire principe van de Revolutionairen (par. 2), de uitleg door het *Cour de Cassation* van '*même fait*' feit in de regel voor de juryrechtspraak en in de regel over *la chose jugée* (par. 3) alsmede de Franse grond voor opheffing van de kracht van het *chose jugée*, de Franse 'nietigheidsgrond' (par. 4). Besloten wordt met een uitleiding waarin ik het Duitse en het Franse systeem met elkaar vergelijk (par. 5).

---

1 In deze voorbeelden betreft het vanzelfsprekend hetzelfde en niet een ander slachtoffer.

2. Het Franse inquisitoire principe

Zoals ik in Hoofdstuk 6 over Frankrijk heb beschreven hanteerde de rechter in de intermediaire periode, van 1791 tot 1808, een ruim feitsbegrip. Dit was gebaseerd op het toen geldende inquisitoire principe. Het is enigszins vergelijkbaar met het Duitse stelsel dat zich in 1877 ontwikkelde. Het Franse inquisitoire principe werd aangeduid met '*tout poursuivre et tout juger*'.[2] Ortolan (1802-1873), hoogleraar in de rechten aan de universiteit van Parijs, een man met belangstelling voor de geschiedenis van het recht, rechtsvergelijking, filosofie en criminologie, verdedigde dit principe met verve. Volgens hem volgde het niet alleen rechtstreeks uit de oude Franse wetgeving maar ook (nog steeds) uit de geldende *Code d'instruction criminelle* (1808). Ortolan vatte het als volgt samen:

> '*Mais une fois le procès vidé et le caractère irrévocable acquis à la sentence, donnez à la dignité de la juridiction, donnez à la sécurité des personnes, de ne plus y revenir. Certains aspects, certains éléments du fait poursuivi ont-ils été laissés de côté, il en doit être comme à l'égard des éléments de preuve qui ne surgiraient qu'après coup. Le ministère public avait le devoir de tout poursuivre, la juridiction avait le devoir de tout juger; la sentence, devenue inattaquable, a clos cette mission: donc le droit d'action publique est épuisée*'.[3]

Bovendien volgde dit principe volgens Ortolan op natuurlijke wijze uit *le droit rationnel.* Hij vergeleek het Franse met het Engelse en Amerikaanse stelsel, waarin van oudsher meerdere partijen tegen dezelfde verdachte konden optreden. 'Waar echter de vervolgingstaak aan de overheid is opgedragen (zoals in Frankrijk, wvh) dient die taak eenmalig te worden volbracht'.[4] De auteur bepleitte op

---

2 Zie Hoofdstuk 6, par. 3.2.2.

3 Ortolan 1864 (II), p. 292: '(Maar) als het proces eenmaal is afgelopen en een onherroepelijk karakter heeft gekregen, geef dan waardigheid aan het vonnis en veiligheid aan de mensen, en kom er niet meer op terug. Als bepaalde aspecten, bepaalde elementen van het feit waarvoor is vervolgd ter zijde zijn gelaten, dan moeten die net zo worden behandeld als delen van het bewijs die te laat zijn opgekomen; het openbaar ministerie had de taak alles te vervolgen, de rechter had de plicht alles te beoordelen; het vonnis, wanneer het eenmaal onherroepelijk is geworden, heeft deze opdracht volbracht; dan is het recht om te vervolgen uitgeput' (mijn vertaling, wvh).

4 Ortolan 1864 (II), p. 293, '*Mais dans tout pays où les poursuites pénales sont exercées au nom de la société, par un représentant de cette société, et où la juridiction pénale est dans la plénitude de sa mission, ces bornes imparfaites, imaginées pour des demandes et pour des sentences divisibles entre plusieurs, n'ont plus des raisons d'être; il faut en venir la règle générale que démontre la science rationnelle. Rien dans ces textes de notre droit pénal français, ni dans la manière dont est exercée chez nous l'action publique, ni dans l'organisation de nos juridictions répressives, rien n'autorise à s'écarter de cette règle générale du droit rationnel.*' (Maar in elk land waar de strafvervolging wordt uitgeoefend in naam van de maatschappij, door een vertegenwoordiger van de maatschappij, en waar de strafrechtspraak tot

basis van dit principe een ruim feitsbegrip voor de toepassing van *non bis in idem*. Dit noemde hij '*le fait tel qu'il s'est passé, c'est à dire avec tous ses éléments physiques ou moraux, principaux ou accessoires*'.[5] Volgens Ortolan volgde hieruit dat een onherroepelijk vonnis al het strafwaardige van het historisch gebeuren 'zuiverde'.

> '*Mais la sentence, une fois devenue inattaquable, purge toutes les incriminations variées, dont ce fait aurait pu être susceptible, sans distinguer s'il agit de cumul idéal, de modifications d'intention, de modes d'exécution ou de tout autre changement d'aspect qu'on voudrait faire subir au même fait, et sans distinguer non plus s'il s'agit de condamnation ou d'acquittement*'.[6]

Het inquisitoire principe bracht met zich mee dat de openbare aanklager zijn zaak zodanig moest voorbereiden dat het daaropvolgende proces de zaak in al zijn strafwaardige aspecten kon afsluiten. Zo nodig diende de openbare aanklager het vooronderzoek voor te zetten: '*continuez l'instruction*', in de woorden van Ortolan.[7] Ortolan stond in zijn opvattingen niet alleen. Hij had onder meer een

---

haar taak en bevoegdheid behoort, hebben deze gebrekkige grenzen die zijn bedacht voor verzoeken en voor vonnissen waarin verscheidene eisers optreden, geen recht van bestaan meer. Niets in de teksten van ons Franse strafrecht, of in de manier waarop bij ons de publieke actie wordt uitgeoefend, of in de organisatie van onze gerechten, geeft volmacht om deze algemene regel van het *droit rationnel* opzij te zetten). Vgl. Garraud 1929 (VI), nr. 2278. Deze auteur verdedigt het inquisitoire principe alleen indien de vervolging en berechting plaats vindt bij een lager gerecht, 'De beslissing van de lagere rechter laat geen enkele mogelijkheid open voor een nieuwe vervolging'. Als voorbeeld geeft Garraud een zaak die door de lagere rechter is afgedaan als 'dood door schuld'. In een dergelijke geval is tweede vervolging wegens 'moord' niet meer toegelaten. In geval van een eerste berechting door de jury verlaat hij dit principe om redenen die hieronder nog aan de orde komen (par. 3.1, Franse idem).

5 Ortolan1864 (II), p. 294, '*Nous ne disons pas, comme on a coutume de le dire, le fait matériel, car il n'y a jamais rien d'uniquement matériel ni dans un crime, ni dans un délit ni même dans une contravention; toujours indispensablement, l'élément physique et l'élément moral s'y doivent trouver réunis, puisque toujours il y faut l'existence d'une faute, ce qui appartient essentiellement à l'élément moral. Mais nous disons le fait tel qu'il s'est passé, c'est à dire avec tous ses éléments physiques ou moraux, principaux ou accessoires*'.

6 Ortolan 1864 (II), p. 292, 'Het vonnis, eenmaal onaantastbaar geworden, zuivert van alle verschillende kwalificaties die het feit had kunnen krijgen, zonder te onderscheiden of er sprake is van eendaadse samenloop, van verandering van bedoeling (de *modifications d'intention*), van wijzen van uitvoering, of van elke andere wijziging van de aanblik van het feit (*aspect*) zoals men het feit zou hebben willen geven en zonder te onderscheiden of het nu om een veroordeling of een vrijspraak gaat.' Dit inquisitoire principe wordt in Frankrijk nog steeds verdedigd, vgl. Rassat 1997.

7 Ortolan 1864 (II), p. 292. Het was een aanmoediging die mogelijk tevens de zwakke plek van dit inquisitoire principe blootlegt. In elk geval ondervond deze uitspraak van Ortolan kritiek vanuit Nederland, waar Van de Rivière 1894, p. 44, schreef: "*Continuez l'instruction*', zie daar het droevige gevolg van het hooghouden van een eenmaal geveld eindvonnis'. Van de Rivière promoveerde in 1894 aan de Universiteit van Amsterdam op het onderwerp 'Over de kracht van gewijsde zaak in het strafproces'. Hij was van mening dat de uit het Franse recht overgenomen be-

medestander in Hélie (1799-1884), de auteur van het befaamde handboek *Traité de l'instruction criminelle*, waarvan vooral de tweede druk, uit 1866, nog regelmatig wordt geciteerd.[8] Hélie zocht, net als Ortolan, de oplossing voor het voorkomen van onterechte vrijspraken in de vervolgingsbeslissing van het openbaar ministerie. Deze positieve verplichting van het inquisitoire principe, waarop de Franse wetgeving vanaf 1791 steunde (zie Hoofdstuk 6, par. 3.2), was echter - toen Ortolan dit schreef - losgelaten en keerde ook later niet terug.[9] Hoe de wijziging in de oorspronkelijke revolutionaire opvatting plaats kon vinden, wordt in de volgende paragraaf uiteengezet.

3. Frans *idem*

3.1 Juryrechtspraak en idem

De wijziging van de uitleg van het feitsbegrip, en dus van het strafvorderlijk beleid, had plaats in de uitspraak van het *Cour de Cassation* in de zaak Diffis.[10] Dat was vier jaar na de totstandkoming van de *Code d'instruction criminelle*, dus in 1812. Jean Diffis, de bediende van de burgemeester van Villefranche, zou een gendarme, genaamd Memet, hebben doodgeschoten. Hem werd *meurtre* ten laste gelegd, dat in de nieuwe *Code pénal* werd omschreven als *l'homicide commis volontairement*,[11] opzettelijke levensberoving. Diffis beriep zich echter op een verontschuldigingsgrond. Hij zou onraad hebben bespeurd en het slachtoffer voor een inbreker hebben aangezien. De voorzitter van het hof stelde de jury slechts twee vragen: 'of Diffis onder de geschetste omstandigheden schuldig was aan '*meurtre*'' en 'of deze '*meurtre*' was uitgelokt door geweld'. De jury antwoordde op beide vragen met een '*non coupable*' en Diffis werd dus vrijgesproken. De vraag die aan het Hof van Cassatie werd voorgelegd, was of iemand die door de juryrechtbank - sinds 1808 het hof van assisen - was vrijgesproken van *meurtre* nogmaals mocht worden vervolgd wegens *homicide commis par imprudence*,[12] dood door

---

paling te weinig spoorde met het geldende strafprocesrecht, omdat daarin regels ontbraken om fouten in de tenlastelegging te herstellen en om een vonnis ten nadele van de gewezen verdachte te herzien. Pas indien het wetboek in dat opzicht aangevuld zou zijn, kon *idem* worden uitgelegd als 'een *feit* dat door den rechter bij de eerste behandeling *is behandeld of had behandeld moeten worden*', p. 109, 110.

8 Hélie 1866 (II), nrs. 1012 -1017, p. 608-620.

9 Vgl. Rassat 1997.

10 CdC 29 oktober 1812 (Diffis), Merlin 1827, p. 268 r.k. (n.b.: als gevolg van een kennelijke drukfout heeft die pagina het nummer '168').

11 Art. 295 jo. 304 *Code Pénal* 1810, *L'homicide commis volontairement est qualifié meurtre*; vgl. art. 8, titel II *Code Pénal* 1791: *l'homicide sans préméditation sera qualifié meurtre.*

12 Art. 319 *Code Pénal* 1810.

schuld. *Meurtre* zag immers slechts op de opzettelijke variant van doding en niet op de onopzettelijke. Het Hof van Cassatie nam in deze kwestie, op voorspraak van zijn procureur-generaal Merlin, het standpunt in dat die tweede vervolging was toegestaan.'Het zou indruisen tegen de geest van de wet en het zou een onjuiste toepassing van artikel 360 CIC zijn als het principe ervan zonder onderscheid (*indistinctement*) werd uitgestrekt tot alle kwalificaties waaronder het feit van de beschuldiging zich volgens de wet kan voordoen, terwijl daarover geen aanklacht heeft plaatsgevonden en de jury van inbeschuldigingstelling daarover niet heeft geoordeeld'.[13] Het feitsbegrip kreeg in deze affaire dus een bijna kwalificatieve betekenis.

De aanleiding voor de ommekeer in de jurisprudentie was de wijziging die de *Code d'instruction criminelle* had gebracht in de regeling van de vragen aan de leden van de jury.[14] De gewijzigde tekst zou de voorzitter van het hof van assisen minder vrijheid geven tot het stellen van vragen en de jury zou zich nog alleen mogen uitlaten over de kwalificatie van het feit die in het slot van de acte van beschuldiging stond. Het gevolg van één en ander was dat de jury niet meer het feit in al zijn aspecten kon onderzoeken en dat datgene waarover de jury zich niet had uitgelaten 'dus' opnieuw mocht worden onderzocht en berecht. Zo kon na vrijspraak wegens moord een nieuwe vervolging wegens dood door schuld aanvangen.[15] Het gevolg van deze ontwikkeling in de juryrechtspraak was dat van het '*tout juger*' niet veel meer terecht kwam. Niet alleen kon hetzelfde historische gebeuren onder diverse juridische kwalificaties worden vervolgd maar ook konden onderdelen van hetzelfde feitencomplex op die manier na elkaar aan de rechter worden voorgelegd.[16]

---

13 CdC 29 octobre 1812 (Diffis):'*ce serait évidemment contrarier l'esprit de la loi et faussement appliquer l'art. 360, que d'en étendre le principe indistinctement à tous les caractères de criminalité sous lesquels le fait de l'accusation est caractérisé par la loi, et sur lesquels il n'y a eu ni accusation ni déclaration de jury*', in Merlin 1827, p. 168 (268) r.k. Ortolan 1864 (II), p. 294, noemde het een interpretatieve goocheltruc, '*un tour de passe interprétative*'. Hij beschouwde deze jurisprudentie als strijdig met eerdergenoemde *science rationnelle*, strijdig met de tekst van de geldende wet en alle voorgaande wetteksten.

14 Het betreft de artt. 337, 338 en 339 CIC.

15 Zoals aan de orde was in de zaak Diffis en in CdC 25 november 1841 (*affaire Certier*). Na vrijspraak van kinderdoodslag werd vervolging wegens dood door schuld toegestaan, Pradel 2009, p. 409, 410. Hélie (II), p. 609, noemt daarnaast: CdC 16 juli 1842 en 24 oktober 1811, 30 januari 1840, 18 maart 1840 en 5 februari 1841. Vgl. de jurisprudentie genoemd door Garraud 1929 (VI), p. 215 e.v. aangehaald door van Bemmelen 1934, *W.* 12737, r.k. Het arrest van 10 januari 1876 waarnaar Van Bemmelen verwijst, wordt door Garraud besproken op p. 234.

16 Bv. zoals in CdC 20 februari 1931: vervolging wegens oplichting door middel van valsheid gevolgd door vervolging wegens valsheid, ('omdat het vervalsen van een document niet hetzelfde is als het gebruik maken ervan'), Pradel 2009, p. 407.

Hoewel de nieuwe koers van het *Cour de Cassation*, zoals we in de paragraaf hiervoor zagen, door gerenommeerde rechtsgeleerden hevig werd betwist,[17] heeft hun visie de rechtspraak niet beïnvloed. Wel werd het punt door de politiek opgepakt. Kennelijk was er sprake van een zo veelvuldig gebruik van de mogelijkheid van 'herkansing' door de openbare aanklager dat in 1875 de afgevaardigde Parent een wetsvoorstel indiende om hieraan een einde te maken. Hij vond dat de maatschappij in staat moest zijn om een dader in één keer voor alle feiten te vervolgen:

> '*La société qui demande compte d'un fait à un agent ne doit-elle pas savoir au moins au moment où elle réclame une condamnation, en vertu de quel texte elle entend l'obtenir? Si le fait comporte plusieurs incriminations, la société ne doit-elle pas être en mesure de les soumettre toutes en même temps au juge compétent pour les apprécier ?*[18]

'Zo neemt het succes van de verdediging en de mislukking van de aanklacht altijd maar een provisorisch einde, tot de verjaringstermijn een einde maakt aan de mogelijkheid om de strijd te heropenen,' was zijn verzuchting. Hij voegde eraan toe dat hij zich niet kon voorstellen 'dat de vervolgingstaak van de overheid in opspraak zou komen als werd bereikt dat een bundeling van al zijn middelen, bronnen en inspanningen plaatsvond in één enkel debat'.[19] Het duurde echter nog tot 1941 voordat de tekst van het verbod van herhaling in de door Parent bedoelde zin werd aangepast.[20] De wijzigingen hadden tot doel het feitsbegrip te verruimen. Bij wet van 1941 is van '*même fait*' in artikel 360 CIC 1808 een meervoud gemaakt: '*mêmes faits*' (359 CIC 1941), zodat het artikel kwam te luiden: '*Toute personne acquittée légalement ne pourra plus être reprise ni accusée à raison des mêmes faits*'. De voorzitter van de hof van assisen werd voorts verplicht subsidiaire vragen te stellen (339 CIC 1941), vragen die tot dan toe bewust achterwege

---

17 Vader en zoon Garraud schaarden zich overigens achter de rechtspraak van het CdC, Garraud 1929 (VI), nr. 2286, p. 244 e.v.

18 *Proposition Parent*, geciteerd door Gonse 1875, p. 31: 'Moet de maatschappij die rekening en verantwoording vraagt aan een dader niet ten minste op het moment waarop zij een veroordeling vraagt weten uit hoofde van welke tekst zij die denkt te krijgen? Indien een feit in diverse delictsomschrijvingen past moet de maatschappij dan niet in staat zijn om deze allemaal tegelijk aan de bevoegde rechter voor te leggen om ze te berechten?' (mijn vertaling, wvh). Het voorstel diende tot wijziging van de regeling van de vragen aan de jury in art. 337 CIC en van het verbod van herhaling in art. 360 CIC.

19 *Proposition Parent*, geciteerd door Gonse 1875, p. 32: '*Le succès de la défense, l'échec de l'accusation n'auraient jamais, à ce compte, qu'un caractère provisoire, tant que le prescription n'apporterait pas de terme au renouvellement de la lutte. L'action répressive serait-elle compromise parce qu'elle serait astreinte à réunir tous ses moyens, toutes ses ressources, tous ses efforts dans un seul et définitif débat?*'.

20 Wet van 25 november 1941, Najarian 1973, p. 44, '*Validée par l'ordonnance du 20 april 1945*'.

werden gelaten om een nieuwe vervolging te kunnen starten.[21] In 1959, bij invoering van de *Code de la procédure pénale* (CPP), is het verbod van een tweede vervolging wegens 'hetzelfde feit' nader geëxpliciteerd door toevoeging van de woorden '*même sous une qualification différente*' (368 CPP 1959), zodat het verbod kwam te luiden:

> *'Toute personne acquittée légalement ne pourra plus être reprise ni accusée à raison des mêmes faits même sous une qualification différente'.*

Na vrijspraak door een jury is geen tweede vervolging of berechting van dezelfde feiten toegestaan, *ook niet onder een andere kwalificatie.* Door deze wijziging kon degene die was vrijgesproken van moord niet nog eens worden vervolgd wegens dood door schuld.[22] Maar, na een definitief gewijsde door een ander gerecht dan het hof van assisen was door deze regel een tweede vervolging onder andere kwalificatie nog steeds niet uitgesloten.[23] Artikel 368 CPP bepaalt zich immers tot de vrijspraak door het juryhof en laat de vonnissen van lagere rechters buiten beschouwing.

3.2 La chose jugée

Het verruimde verbod van herhaling in artikel 368 CPP bleef met de juryvrijspraak verbonden. De bepaling bleef dus beperkt tot een kleine categorie van uitspraken, tenzij *la règle* in 368 CPP analoog, als '*maxime*', voor alle strafzaken op dezelfde wijze zou worden toegepast. Dat was mogelijk niet de bedoeling van de wetgever, want in plaats van artikel 368 CPP te verplaatsen naar de algemene bepalingen, zoals de Nederlandse wetgever dat met artikel 218 Sv 1838 had gedaan, werd in 1959 los van artikel 368 CIC nog een andere regeling getroffen. Die bestond erin dat als algemene grond voor verval van strafvervolging '*la chose jugée*', 'het gezag van gewijsde', in de wet werd opgenomen. Het kwam te staan in artikel 6 CPP, onder de andere gronden voor het verval van strafvordering.[24]

---

21 Garraud 1929 (VI), nr. 2289, i.h.b. p. 254. De doctrine noemt dit '*la correctionnalisation a posteriori*' of '*le repêchage après acquittement*', vgl. Rassat 1997, p. 214.

22 Chevalot, CdC 20 maart 1956, was de eerste die van de wetswijziging van 1941 profiteerde. Chevalot was vrijgesproken van moord en werd daarna bij het *tribunal correctionnel* vervolgd wegens dood door schuld. Het betrof dezelfde gedraging en hetzelfde slachtoffer. De vrijspraak van het hof van assisen stond dit keer aan de tweede vervolging in de weg. De zaak wordt aangehaald door Pradel 2009, p. 407 en 409; Stefani 2008, p. 977.

23 Vgl. Stefani 2008 (PP), par. 976 en Rassat 1997, p. 215.

24 De gronden voor het verval van strafvordering in art. 6 CPP waren op dat moment: dood van de verdachte, verjaring, amnestie en intrekking of herroeping van de strafwet.

Deze grond kon vanaf dat moment als exceptie dienen in alle zaken die anders dan met een vrijspraak van de jury waren geëindigd, de gevallen buiten artikel 368 CPP. Denkt men nu dat de vervolging wegens moord bij het hof van assisen ná een geslaagde vervolging wegens dood door schuld bij de rechtbank onmogelijk werd, dan blijkt dat niet het geval. De grond voor het verval van strafvordering in artikel 6 CPP werd, en wordt nog steeds, zo uitgelegd dat de exceptie alleen kan worden ingeroepen wanneer sprake is van een van *identité totale de cause*, totale gelijkheid van het feit,[25] zowel voor wat betreft de juridische als de feitelijke bestanddelen, *les éléments*, van het delict.[26] Zodra sprake is van verschillende bestanddelen kan nauwelijks[27] meer sprake zijn van een *chose jugée*. De invoering van het verbod van vervolging wegens *chose jugée* heeft kortom niet geleid tot een ruimere benadering van het feitsbegrip.[28] Integendeel, in artikel 6 CPP kan een enger feitsbegrip worden gehanteerd dan in artikel 368 CPP.

Een voorbeeld van de enge uitleg is een geval van verduistering van bedrijfskapitaal. Het betrof verduistering van het kapitaal van een klant, gepleegd ten opzichte van de werkgever (*abus de confiance* of 'misbruik van vertrouwen', huidig art. 314 CP). Deze vervolging was geëindigd met een *non lieu* (buitenvervolgingstelling). Dit betekende dat geen nieuwe vervolging voor dat feit mocht plaatsvinden tenzij er sprake was van 'nieuwe bezwaren' (*nouvelles charges*).[29] Ondanks het ontbreken van nieuwe bezwaren werd een tweede vervolging gestart, maar nu wegens 'oplichting ter ontfutseling van dat kapitaal', gepleegd ten opzichte van de klant (*escroquerie*, huidig 313 CP). Deze tweede vervolging was ontvankelijk en eindigde in een veroordeling. In beide procedures ging het om hetzelfde kapitaal. In cassatie werd geklaagd over schending van artikel 6 CPP. Volgens het *Cour de Cassation* was er echter geen sprake van volledige '*identité de cause, d'objet et des parties*'.[30] Voor dit oordeel was van belang dat de verduistering, c.q. de oplichting, verschillende slachtoffers had gemaakt, te weten de werkgever en de klant. Bovendien hadden beide vervolgingen elk een verschillende rechtsgrondslag, '*un fondement légal différent*'. In een andere zaak werd vervolging toegestaan wegens

---

25 Tevens wordt vereist *identité d'objet* (het doel van de vervolging, te weten bestraffing) en *identité des parties* (vervolgende en vervolgde patijen). Stefani 2008, par. 974 en 975. Het vereiste van *identité des parties* komt hierna, bij de bespreking van de *partie civile*, par. 3.4, aan de orde.

26 Merle et Vitu 2001, par. 894. CdC 2 april 1990, nr. 88-81264.

27 Zie voor een voorbeeld waarin wel sprake was van schending van art. 6 CPP, ondanks verschil in kwalificatie van de feiten, CdC 19 januari 2005, 'ongewenste intimiteiten', hierna in par. 3.4, te bespreken.

28 Stefani 2008, par. 976.

29 Artt. 188 e.v. CPP.

30 CdC 17 december 1984, nr. 83-94891 (verduisterd kapitaal): '(…) *lorsque l'identité de cause, d'objet et des parties n'est pas totale entre une procédure close par un non-lieu au bénéfice de l'inculpé et une action exercée ensuite contre la même personne, les faits poursuivis seraient-ils connexes*', ook aangehaald door Pradel 2009, p. 410.

'verduisteren van bedrijfsboedel' na een definitief ontslag van vervolging (*relaxe*) wegens 'misbruik van de (dezelfde) bedrijfsboedel'.[31]

De reden voor de enge uitleg van het feitsbegrip laat zich niet eenvoudig duiden. Die kan gelegen zijn in de hiervoor geschetste traditioneel strenge benadering van het feitsbegrip door het *Cour de Cassation* (sinds 1812). Deze is, zoals wij zagen, toe te schrijven aan de uitleg van de regels voor vragen aan de jury. Zij kan daarnaast ook, of mede, samenhangen met andere regels of beginselen van het Franse strafproces. Gedacht kan worden aan het ontbreken van een herstelmogelijkheid in de vorm van herziening te nadele. De hier gegeven voorbeelden laten echter niet zien dat de aanleiding voor de tweede procedure gelegen is in later bekend geworden omstandigheden. Veeleer is er sprake van het naar voren komen van andere belangen. Daarom zou de reden ook kunnen liggen in de rol die *la partie civile* in het proces vervult. Daarnaast speelt de samenhang met de uitleg van het feitsbegrip in de eendaadse samenloop een rol. Beide onderwerpen zal ik hierna bespreken. Ik wil echter benadrukken dat de enge uitleg van het feitsbegrip een resultante is van álle eigenaardigheden van het strafproces en dus niet alleen haar oorzaak vindt in deze beide onderwerpen. Deze dragen slechts aan die enge utleg bij.

3.3 Concours idéal

In beginsel wordt een gedraging die in meer strafbepalingen valt door één gerecht berecht en wel door het gerecht dat bevoegd is tot kennisneming van het feit dat met de zwaarste straf wordt bedreigd.[32] Er mag slechts één straf worden opgelegd, die welke past bij het zwaarste delict. De rechtspraak over dit onderwerp, '*concours des qualifications*', in het bijzonder de rechtspraak over de uitleg van het feitsbegrip, heeft een enigszins grillig karakter.[33] Behalve dat dit kan worden toegeschreven aan de vele verschillende verschijningsvormen van samenloop is hiervan mogelijk ook de oorzaak dat samenloop slechts ten dele in de wet

---

31 CdC 2 april 1990, nr. 88-81264 (verduisterde bedrijfsboedel): *'alors que l'exception de chose jugée ne peut être invoquée que lorsque le fait sur lequel est fondée la seconde poursuite est identique, tant dans ses éléments légaux, que matériels, à celui qui a motivé la poursuite;* (…)', aangehaald door Pradel 2009, p. 410. Een ouder voorbeeld is nog: vervolging wegens heling na vervolging wegens diefstal van hetzelfde goed, CdC 13 juli 1950, Pradel 2009, p. 410.

32 Aan dit principe wordt niet de hand gehouden, omdat dit onpraktisch is en tot disproportionele vervolging kan leiden. Feiten die eigenlijk naar het hof van assisen zouden moeten worden gestuurd omdat ze ook als *crime* kunnen worden gekwalificeerd, worden dan bij de rechtbank behandeld zonder dat deze zich onbevoegd verklaart. Dit 'illegale' fenomeen heet '*la correctionnalisation*', Merle et Vitu 1997, nr. 2 en nr. 395, p. 518.

33 Dit leid ik af uit de rechtspraak genoemd door Merle et Vitu 1997, vanaf nr. 390, p. 513, en hun opmerkingen inzake de inconsistentie tussen rechtspraak en doctrine en de geconstateerde praktijk van *correctionnalisation*.

is geregeld. Slechts het verbod van onbeperkte cumulatie in het geval van meerdaadse samenloop kent een wettelijke grondslag.[34]

Het leerstuk *concours idéal de qualifications* of 'eendaadse samenloop' kent anders dan in Nederland geen bijzondere wettelijke regeling.[35] Dit leerstuk wordt beredeneerd vanuit het beginsel dat iemand niet tweemaal voor hetzelfde zou moeten worden bestraft, '*non bis in idem*'.[36] Eendaadse samenloop en '*non bis in idem*' zijn dus volgens de Franse doctrine te herleiden tot hetzelfde fundament, het verbod van dubbele bestraffing.[37] De gevolgde redenering is dat 'omdat niet tweemaal voor hetzelfde mag worden gestraft', een meervoudig te kwalificeren enkel feit, *acte*, slechts eenmaal mag worden bestraft. Er mag dan ook slechts sprake zijn van één schuldigverklaring, *déclaration de culpabilité*. Bij verschil van strafmaxima komt de kwalificatie van het feit met het hoogste strafmaximum in aanmerking.[38]

Niet alleen de grondslag maar ook het feitsbegrip wordt in beide leerstukken op dezelfde wijze benaderd. Zo verwijst Stefani voor de uitleg van *identité de cause* als onderdeel van '*non bis in idem*' naar een uitspraak van het *Cour de Cassation* inzake eendaadse samenloop.[39] Het betrof het ontslag van een werknemer die tevens lid was van de arbeidsgerecht. Dit (ene) ontslag was tweemaal strafbaar, en wel omdat het zonder toestemming van de inspectie was gegeven en omdat het strijd opleverde met de regels voor ontslag van leden van het arbeidsgerecht in eerste aanleg (*conseil de prud'hommes*). Voor beide feiten werd de verdachte schuldig verklaard. De verzoeker tot cassatie klaagde erover dat hij tweemaal schuldig was verklaard en dat dit in strijd was met onder meer artikel 6 CPP en '*la règle non bis in idem*'. Volgens het *Cour de Cassation* was er echter geen sprake van

---

34 Art.132 CP. Samenloop wordt hier gedefinieerd als volgt: '*il y a concours d'infractions lorsqu'une infraction est commise par une personne avant que celle-ce ait été définitivement condamné pour une autre infraction*' (art. 132-2 CP).

35 Bonfils, Répertoire Dalloz 2011, '*Concours d'infractions*', nr. 29, wijst op een beslissing van de Franse *Conseil Constitutionnel* van 12 januari 2002, waarin voor het leerstuk van de samenloop wordt aangeknoopt bij art. 8 van de *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* 1789, 'dat de straf niet hoger dan noodzakelijk mag zijn', zie r.o. 85 en 86.

36 Merle et Vitu 1997, nr. 396, p. 516, 517; Bonfils, Répertoire 2011, '*Concours d'infractions*' nr. 28. Daarnaast wordt gewezen op '*la théorie du conflit des lois*', Merle et Vitu 1997, p. 516.

37 Die benadering ligt oorspronkelijk ook aan de Nederlandse wetgeving ten grondslag, vgl. Smidt 1886, p. 478 bovenaan.

38 CdC 3 maart 1966: '*Un même fait, autrement qualifié, ne peut entraîner une double déclaration de culpabilité. Dès lors, lorsqu'un même fait se trouve poursuivi sous deux qualifications différentes, les juges ne doivent pas relaxer le prévenu du chef de l'une des qualifications, mais seulement retenir le fait délictueux sous la plus haute expression pénale dont il est susceptible.*' gevonden bij Doucet, 2011, en de door Merle et Vitu 1997, nr. 396, genoemde rechtspraak.

39 Stefani 2008 (PP), par. 976, p. 979, noot 1, verwijst naar CdC 22 april 1986, nr. 85-93671. In deze zaak was geklaagd over schending van art. 6 CPP en de regel *non bis in idem*.

schending van de wet. De beide feiten '*ne comportaient pas les mêmes éléments constitutifs*'. Er was dus geen sprake van *concours idéal* en ook geen schending van '*la règle non bis in idem*'.

De feitsbegrippen in beide leerstukken vallen met andere woorden samen.[40]Dit leidt in casu tot een eng feitsbegrip. Indien immers *la règle non bis in idem* alleen ziet op het voorkomen van een te hoge straf, levert een tweede vervolging in geval van eendaadse samenloop geen schending van *non bis in idem* op zolang niet zwaarder wordt gestraft dan het zwaarste maximum. Samengevat is dus de gedachte dat de grondslag van artikel 6 CPP wellicht niet zozeer moet worden gevonden in het verbod van een tweede vervolging als wel in het verbod van dubbele bestraffing en dit een enge interpretatie van het feitsbegrip in de hand werkt.

Deze gedachte, indien juist, zou niet uitsluitend een 'Franse' hoeven te zijn, want in deze lijn is ook de zaak Oliveira tegen Zwitserland te begrijpen; het betreft de uitleg van het feitsbegrip in artikel 4 van het Zevende Protocol EVRM, '*non bis in idem*'. Het ging om een verkeersongeluk dat door mevrouw Oliveira was veroorzaakt en waarbij een slachtoffer was gevallen. Geconstateerd was dat zij op dat moment haar snelheid niet aan de weersomstandigheden (sneeuw) had aangepast. Beide feiten, met niet-aangepaste snelheid rijden en het veroorzaken van letsel door schuld, werden na elkaar vervolgd. Het Hof overwoog:

> 'That is a typical example of a single act constituting various offences (*concours idéal d'infractions*). The characteristic feature of this notion is that a single criminal act is split up into two separate offences, in this case the failure to control the vehicle and the negligent causing of physical injury. In such cases, the greater penalty will usually absorb the lesser one. It would admittedly have been more consistent with the principles governing the proper administration of justice for sentence in respect of both offences, which resulted from the same criminal act, to have been passed by the same court in a single set of proceedings. Indeed, it appears that that is what ought to have occurred in the instant case as the police magistrate should, in view of the fact that the serious injuries sustained by the injured party were outside his jurisdiction, have sent the case file to the district attorney for him to rule on both offences together (…). The fact that that procedure was not followed in Mrs Oliveira's case is, however, irrelevant as regards compliance with Article 4 of Protocol No. 7 since that provision does not preclude separate offences, even if they are all part of a single criminal act, being tried by different courts, especially where, as in the present case, the penalties were not cumulative, the lesser being ab-

[40] Een uniforme uitleg van de feitsbegrippen in de samenloopregeling en in art. 68 Sr is destijds wel verdedigd door bijvoorbeeld Van Bemmelen 1953, p. 4.

> sorbed by the greater. (…) There is nothing in that situation which infringes Article 4 of Protocol No. 7 since that provision prohibits people being tried twice for the same offence whereas in cases concerning a single act constituting various offences (*concours idéal d'infractions*) one criminal act constitutes two separate offences.[41]

Consecutieve vervolging van de verkeersovertreding en het misdrijf 'letsel door schuld' was toegestaan nu het om twee verschillende delicten ging, al waren die in één gedraging tot stand gebracht. Dit gold te meer, nu de straf die in de eerste vervolging was opgelegd met de tweede werd verdisconteerd. Deze benadering van *non bis in idem*, die in wezen samenvalt met doel en uitleg van 'eendaadse samenloop', is inmiddels door het Europese Hof verlaten.[42] Mogelijk heeft het *Cour de Cassation* het EHRM daarin al enigszins gevolgd.[43]

3.4 Partie civile

Ook de rol van de *partie civile* is mogelijk een factor van belang als het gaat om de waardering van het feitsbegrip in het verbod van herhaling. De *partie civile*, de oorspronkelijke private klager, heeft naast het openbaar ministerie het recht van initiatief om te vervolgen, *la citation directe*. De civiele partij kan de kwalificatie kiezen waaronder het feitencomplex wordt vervolgd, ook in geval van eendaadse samenloop. Dit maakt de kans op een tweede vervolging wegens dezelfde gedraging groter. Dat blijkt uit een zaak uit 2005 waarin de werkneemster en de openbare aanklager elk apart een vervolging tegen dezelfde werkgever begonnen wegens 'ongewenste intimiteiten'. In deze zaak liep de tweede vervolging stuk op *la chose jugée* in artikel 6 CPP én op artikel 4 Protocol 7 EVRM.[44] De invloed van de civiele partij bleek ook uit de zaak die betrekking had op de verspreiding van met HIV besmet bloed door de nationale bloedtransfusiedienst CNTS (*Centre*

---

41 Oliveira/Zwitserland, EHRM 30 juli 1998, r.o. 26 en 27. Hierover Keulen en Lenos 1999, p. 238. De vertaling van '*a single act constituting various offences*' met '*concours idéal*' werd nagevolgd in HvJ 16 november 2010, C-261/09 (Mantello), zie Hoofdstuk 11, par 4.

42 Zie o.m. Franz Fischer/Oostenrijk, EHRM 29 mei 2001 en Zolotukhin/Rusland, EHRM 10 februari 2009.

43 Stefani 2008, p. 979 verwijst in dit verband naar CdC 19 januari 2005; zie ook de volgende noot.

44 CdC 19 januari 2005, no. 04-81686, genoemd door Stefani 2008, nr. 976, p. 979 en Pradel 2009, p. 407. Het betrof een vervolging wegens 'ongewenste intimiteiten' die was geëindigd in een ontslag van vervolging (*renvoyé des fins de la poursuite*), gevolgd door een *citation directe* wegens 'aanranding' door de *partie civile*. Deze zaak was geëindigd in een definitief ontslag van vervolging ('*non coupable*' gevolgd door *une relaxe*). Hierna werd de verdachte opnieuw door het openbaar ministerie vervolgd wegens 'aanranding' en veroordeeld. Beide beschuldigingen betroffen gedragingen jegens dezelfde werkneemster, gepleegd op hetzelfde tijdstip en dezelfde plaats. Dat de laatste vervolging ten slotte stukliep op art. 6 CPP is volgens Stefani mede te danken aan de invloed van art. 4 Protocol 7 EVRM, naar welk artikel de cassatierechter verwijst.

national de transfusion sanguine). De kwestie speelde in de jaren tachtig van de vorige eeuw. In deze procedure entameerden de slachtoffers met succes een tweede vervolging; de tweede vervolging was namelijk ontvankelijk. De zaak is ook interessant omdat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in zijn beoordeling van de zaak (Garretta tegen Frankrijk) de rol van de civiele partijen meewoog in de beoordeling of sprake was van 'hetzelfde feit'.[45]

Sang contaminé (1994)

In deze zaak werd de algemeen directeur van de CNTS vervolgd wegens 'bedrog met gevaar voor de volksgezondheid', een vorm van *tromperie*. Het feitencomplex bestond uit de aflevering van het met HIV besmette bloed aan diverse contractanten, firma's die het bloed weer afleverden aan ziekenhuizen en zo aan de patiënten. Dit feit behoorde tot de competentie van de correctionele rechtbank. De slachtoffers maakten bij de behandeling door de rechtbank echter bezwaar tegen het feit dat zij de zaak niet naar het *cour d'assises* verwees. Naar het oordeel van deze patiënten had de verdachte ook het delict 'vergiftiging' gepleegd, een *crime*, dat tot de competentie van het hof behoorde. Net als de lagere rechter zag echter ook het *Cour de Cassation* juridisch-technisch geen mogelijkheid om de vergiftiging bij de competentiebeoordeling 'mee' te nemen. Aansluitend overwoog het hoogste hof dat de verdenking van vergiftiging zich leende voor een aparte vervolging.[46] De levering van het besmette bloed mocht dus zowel worden vervolgd wegens 'bedrog met gevaar voor de volksgezondheid', gepleegd ten aanzien van de samenwerkende organisaties, als wegens 'vergiftiging' van de personen die door het bloed waren besmet geraakt.[47] Met name het subjectieve bestanddeel, *l'intention coupable*, maakte de feiten naar het oordeel van het *Cour*

---

45 EHRM 4 maart 2008, Garretta/France; de belangrijkste overwegingen worden hierna aangehaald.

46 CdC 22 juni 1994 (*Sang contaminé*) slot: *Attendu qu'il ne peut être fait grief aux juges correctionnels des motifs surabondants par lesquels ils se sont reconnus compétents; qu'étant saisis de la prévention de tromperie dont ils ont à bon droit déclaré Jean-Pierre Allain coupable, ils ne pouvaient, sans ajouter à cette prévention, retenir une qualification criminelle d'empoisonnement comportant des éléments constitutifs distincts, au regard notamment de l'intention coupable essentiellement différente, et qui serait susceptible de poursuites séparées*; (Overwegende dat de rechters van de correctionele rechtbank er geen verwijt van kan worden gemaakt dat zij onjuiste motieven hebben gebezigd voor hun beslissing om zich onbevoegd te verklaren; dat zij, verzocht om te oordelen of er sprake was van bedrog en waaraan zij de verdachte met reden schuldig hebben verklaard, niet een kwalificatie van vergiftiging aan die beschuldiging konden geven, zonder aan die tenlastelegging iets toe te voegen, omdat vergiftiging uit andere bestanddelen bestaat, in het bijzonder voor wat betreft de schuldige opzet die essentieel verschilt, en zich leent voor een aparte vervolging, (mijn vertaling wvh). We zien hier de werking van het Franse grondslagbeginsel, zoals beschreven in Merle et Vitu 1997, par. 388. Zie ook Stefani 2008 (PP), par. 539, noot. Het arrest is bekritiseerd door D. Roets, Répertoire Dalloz 2011, *Chose Jugée*, nr. 92.

47 CdC 22 juni 1994 (*Sang contaminé*). Voor een overzicht van de procedure zie de website van de advocaten J-F. Carlot en J. Forest-Chalvin te Parijs: <jurisques.com/jfcsida.htm#PROCES>.

de Cassation 'distincts'. Het Europese Hof tot bescherming van de Rechten van de Mens sloot zich bij deze rechtspraak aan.

Het Europese Hof besteedde daarbij bijzondere aandacht aan de vraag of er sprake was van een tweede vervolging door *dezelfde partijen*. Het overwoog:

> *'La Cour observe ensuite, s'agissant des parties civiles, que le juge d'instruction a, dans la seconde procédure, instruit sur des plaintes pour empoisonnement et homicide involontaire d'hémophiles ou de leurs ayants droit qui n'étaient pas parties à la première procédure.* 85. *Le problème ne se pose donc, au regard du principe non bis in idem, que pour le cas de celles des huit parties civiles qui ont été parties successivement aux deux procédures.'*[48]

De vraag of de vervolging in strijd kwam met 'het principe *non bis in idem*' was in de ogen van het Europese Hof dus slechts relevant voor de gevallen waarin de civiele partijen in beide procedures als partij waren opgetreden en deed zich volgens het Hof (dus) niet voor in de gevallen waarin de civiele partij voor het eerst als partij opkwam. De vraag of sprake was van een tweede vervolging werd daarmee - mede - afgemeten aan de vraag wie procespartij was geweest. Daarmee werd een aloud criterium voor de *non bis in idem*-toets van stal gehaald, namelijk de vraag of er sprake is van 'dezelfde partijen'. Deze vraag is in Nederland nooit aan de orde omdat er slechts één vervolgende partij kan zijn, namelijk het openbaar ministerie.[49] In het geval dat de wet gelegenheid geeft tot een *action directe* is het kennelijk wel weer van belang om vast te stellen of er sprake is van dezelfde partijen. Dit mag opmerkelijk en ook problematisch heten. De uitzondering op het verbod van herhaling omdat er sprake zou zijn van een andere vervolgende partij raakt immers het verbod van herhaling in het hart. Door de eis van 'dezelfde vervolgende partij' te stellen, wordt niet meer voorkomen dat iemand tweemaal wordt lastig gevallen wegens hetzelfde feit. Het betreft de kern van de oude Romeinsrechtelijke vraag die door Ulpianus werd opgeschreven, namelijk de vraag wie zich nog als klager kan melden als een zaak eenmaal is beslist (D.

---

48 EHRM 4 maart 2008, Garretta/France, r.o. 84, 85: 'Het hof stelt vervolgens vast, voor wat betreft de *parties civiles*, dat de onderzoeksrechter in de tweede procedure de instructie heeft uitgevoerd ten aanzien van de klachten over vergiftiging en doodslag afkomstig van hemofiliepatienten of hun rechthebbenden die geen partij waren in de eerste procedure. 85. Het probleem voor wat betreft het principe *non bis in idem*, dient zich dus uitsluitend aan ten aanzien van diegenen van de acht civiele partijen die achtereenvolgens partij waren bij de beide procedures;' (mijn vertaling, wvh).

49 In Frankrijk maakt de doctrine dit onderscheid nog steeds wel, maar daaraan wordt direct toegevoegd dat ook in geval van *citation directe* er tevens sprake is van vervolging door het openbaar ministerie, waardoor aan het vereiste van 'dezelfde vervolgende partij' steeds vanzelf wordt voldaan en dit dus geen element van aparte beoordeling meer is, zie bijv. Stefani 2008, par. 975, Pradel 2008, par. 1031, Merle et Vitu 2001, par. 892.

48.2.7.2). Deze kwestie zou geen vraag meer behoeven te zijn waar de strafvervolging wordt uitgeoefend door de Staat en er dus slechts één vervolgende partij kan zijn (vgl. Ortolan, hiervoor). Toch achtte het Europese Hof het kennelijk van belang om vast te stellen dat het probleem (of sprake was van schending van *non bis in idem*) zich alleen voordeed in de zaken waarin dezelfde klagers ten tweede male partij waren. Na deze vaststelling onderzocht het Hof pas of er sprake was van '*même cause*'.

Het Hof onderzocht dus voor de zaken waarin de (acht) civiele partijen tweemaal hadden opgetreden of sprake was van hetzelfde feit. Het paste daarbij de toen nog[50] door het Hof gehanteerde Fischer-criteria toe, namelijk '*si les infractions en cause présentaient les mêmes éléments essentiels*'. Het lette daarbij op vier punten: het strafwaardig karakter van de delicten, het door de delicten beschermde belang, het door de delicten veroorzaakte gevolg en *l'élément moral*, het subjectieve bestanddeel van het strafbare feit.[51] Het laatste punt, *l'élément moral*, vormde volgens het Europese Hof het belangrijkste verschil tussen beide delicten, bedrog en vergiftiging. Er was dan ook geen sprake van 'hetzelfde feit'. De klacht daaromtrent werd niet-ontvankelijk verklaard. In Frankrijk werd wegens het bedrog een straf van vier jaar opgelegd en een (flinke) boete; de tweede vervolging, wegens vergiftiging, strandde op een '*non lieu*' omdat van het vereiste opzet op de dood van de slachtoffers niet bleek en dus niet bewezen zou kunnen worden.[52]

Uit *Sang contaminé* en de andere hiervoor aangehaalde zaak (inzake 'ongewenste intimiteiten') kan worden geconcludeerd dat de mogelijkheid voor de civiele partij om een strafzaak aanhangig te maken aanleiding kan geven tot strafrechtelijke vervolging van dezelfde verdachte ter zake van verschillende delicten welke voortspruiten uit hetzelfde feitencomplex en dat het verbod van herhaling in deze slechts een zeer beperkte functie toekomt. Het inquisitoire principe, de plicht om alles ineens te vervolgen, wordt door de rol van de civiele partij doorkruist. Vanwege het verschil in partijen, samenhangend met een verschil in belangen, wordt een tweede vervolging al snel ontvankelijk geacht. Deze gang van zaken lijkt te worden gesanctioneerd door het Europese Hof. Indien dus voor de uitleg van '*idem*' de eis wordt gesteld dat de aanklager dezelfde is en de *partie civile*

---

50 In Zolotukhin/Rusland heeft het Hof dit criterium aangepast, zie de noot hierna.

51 EHRM 4 maart 2008, Garretta/France, r.o. 91, 92. Het Europese Hof hanteerde in de zaak Garretta een vooral juridische benadering van *mêmes faits*. Sinds het arrest Zolotukhin/Rusland, 10 februari 2009, geldt een ander criterium, namelijk of de tweede vervolging gebaseerd is op '*identical facts or facts which are substantially the same*.' Mogelijk is dit criterium iets ruimer dan de Fischer-criteria (vgl. Van Bockel 2009b, p. 385) maar gelet op het feitencomplex waarop het Hof dit criterium in de zaak Zolotukhin toepaste, namelijk feitelijk én juridisch gezien nagenoeg dezelfde feiten, moet nog afgewacht worden hoe groot de portee van deze beslissing is.

52 CdC 18 juni 2003, *pourvoi no.* 02-85199, zie EHRM 4 maart 2008 Garretta/France, r.o. 52.

als een zelfstandige aanklager wordt beschouwd, ontstaat een enge uitleg van het feitsbegrip.

3.5 Le grand criminel

Aparte aandacht behoeft een categorie van gevallen die ik heb samengevat onder de noemer '*Le grand criminel*'. Het betreft strafzaken tegen plegers van een levensdelict die door het verbod van herhaling hun straf dreigen te ontgaan. In deze paragraaf voer ik de twee zaken ten tonele die in de doctrine goed bekend zijn. Het betreft daders die aanvankelijk werden berecht en veroordeeld wegens dood door schuld maar van wie later bleek dat zij opzet hadden gehad op de dood van de ander, in beide gevallen was dat hun vrouw. De daders konden niet op de bescherming van de regel *non bis in idem* rekenen. Dat kwam allereerst door de enge uitleg die wordt gegeven aan het *chose jugée*. Daarnaast is niet uit te sluiten dat de ernst van het feit een zelfstandige factor vormde die tot een enge uitleg van het feitsbegrip leidde.[53] Vanwege de volgorde van vervolging van de feiten, eerst de vervolging wegens dood door schuld (bij het *tribunal correctionnel*) en daarna wegens moord (bij het *cour d'assises*), is het verbod van herhaling in artikel 368 CPP niet van toepassing. Toch is in de eerste zaak, Thibaud, wel naar die bepaling (toen nog art. 359 CIC) verwezen. Deze bepaling was destijds nog niet aangevuld met de toevoeging '*même sous une qualification différente*' en de vervolgingsuitsluitingsgronden in de wet waren nog niet aangevuld met *la chose jugée* (art. 6 CPP).

Thibaud (1954)
Thibaud was in 1944 tot vier maanden gevangenisstraf veroordeeld wegens onvoorzichtig manoeuvreren met een olielamp waardoor brand was ontstaan in zijn huis. Bij die brand was zijn vrouw om het leven gekomen. Toen Thibaud later aan een medegevangene vertelde dat hij de brand met opzet had gesticht met het doel van haar af te komen, vond de rechter dat hier sprake was van 'een ander' feit. Het *Cour de Cassation*[54] toetste de tweede vervolging, analoog, aan de *non bis in idem*-regel die behoorde bij de juryvrijspraak in artikel 359 CIC (het latere artikel 368 CPP), maar was van mening dat de feiten niet met elkaar 'versmolten', '*ne se confondent pas*'. Beide delicten - dood door schuld en moord - sloten elkaar naar de mening van het *Cour de Cassation* uit, 'zowel in hun feitelijke

[53] Vgl. Garraud 1929 (VI), par 2279, p. 233, die de enge uitleg door het CdC ingeval van de berechting van 'le grand criminel' (de juryrechtspraak) verdedigde, maar die uitleg voor berechting door lagere gerechten verwierp.

[54] CdC 25 maart 1954 (Thibaud), besproken door Pradel 2009, p. 405 nr. 45.

als in hun juridische bestanddelen'.[55] Bovendien, zo overwoog het Hof, had de eerste rechter geen rekening kunnen houden met de naderhand afgelegde bekentenis.[56] Deze benadering van de uitleg van 'hetzelfde feit', waarin nieuwe feiten - waarmee de zittingsrechter geen rekening had kunnen houden - een rol mochten spelen, was niet nieuw. In de rechtspraak van het *Cour de Cassation* had zich in de negentiende eeuw een vergelijkbaar geval voorgedaan.[57] Thibaud kreeg alsnog een gevangenisstraf van twaalf jaar.

Laurent (1983)

Onder de vigeur van de *Code de la procédure pénale* van 1959 deed zich een vergelijkbare kwestie voor. Nog steeds was het verbod van herhaling na een vrijspraak door een jury (artikel 368 CPP) voor een dergelijke casus niet geschreven, maar nu kon wel worden getoetst aan het nieuwe artikel 6 CPP. Laurent[58] was naar aanleiding van het overlijden van zijn vrouw veroordeeld wegens dood door schuld. Nadat hij zijn straf had ondergaan doodde hij zijn zoon omdat deze hem ervan zou hebben beschuldigd destijds met opzet te hebben gehandeld. Laurent

---

55 In de Franse dogmatiek worden in het strafbare feit twee constitutieve elementen onderscheiden, het '*élément matériel*' en het '*élément moral*', vgl. Stefani (PP) 2000, p. 197 e.v. Voor de consequenties van het verschil in benadering met Nederland zie de preadviezen van Knigge en Dupont 1993, waarbij ik ervan uitga de Belgische benadering niet heel anders is dan de Franse.

56 Ar. 359 CIC 'kon niet worden ingeroepen' omdat '*les faits sur lesquels est fondée une seconde poursuite contre un même individu ne se confondent pas avec ceux qui ont servi de base à une première action*; (…) *que le crime d'homicide qui se commet par la détermination de la volonté et le délit d'imprudence qui l'exclut sont deux infractions distinctes en leur éléments de fait aussi bien qu'en leurs éléments de droit, que toute identité d'incrimination disparaît devant cette différence essentielle* (…) (omdat de feiten waarop een tweede vervolging tegen dezelfde persoon is gebaseerd niet versmelten met die welke hebben gediend als basis voor de eerste vervolging; '(…) dat het misdrijf doodslag dat met opzet wordt gepleegd en het schulddelict, dat opzet uitsluit, twee verschillende delicten zijn zowel in hun feitelijke als in hun juridische bestanddelen, dat elke gelijkheid van beschuldiging verdwenen is bij dit essentiële verschil' (mijn vertaling, wvh), in Pradel 2009, p. 405, 406.

57 CdC 10 januari 1876, '*l'article 360 du Code d'instruction criminelle ne fait point obstacle à ce que l'individu relaxé d'une poursuite en simple police ou en police correctionnelle soit de nouveau poursuivi pour le même fait matériel, s'il est autrement qualifié, et que la qualification nouvelle s'appuie sur des éléments non relevés et non appréciés lors de la première poursuite; dans ce cas, la première relaxe qui se limite nécessairement à l'unique poursuite dont le juge ait été alors saisi, ne l'aurait empêcher d'examiner si le même fait matériel ne présente pas d'autres circonstances délictueuses sur lesquelles il n'y a pas encore été appelé statuer*' ('art. 360 CIC staat er niet aan in de weg dat iemand die is vrijgesproken door de kantonrechter of de rechtbank opnieuw wordt vervolgd voor hetzelfde materiële feit, als het anders wordt gekwalificeerd, en als de nieuwe kwalificatie steunt op sinds de eerste vervolging niet eerder onthulde en niet eerder beoordeelde elementen; in dat geval, kan de eerste vrijspraak, die noodzakelijkerwijze is beperkt tot de vervolging waartoe de rechter toen werd geroepen, niet verhinderen te beoordelen of hetzelfde feit geen andere strafbare omstandigheden naar voren brengt welke hij nog niet heeft kunnen berechten', mijn vertaling, wvh). Het arrest is kritisch besproken door Garraud 1929 (VI), par. 2279, p. 234, en aangehaald door Van Bemmelen 1934, *W.* 12737, r.k.

58 CdC 19 mei 1983 (JP Laurent), no. 82-90251, aangehaald door Stefani 2008 (PP), par. 976.

werd opnieuw vervolgd, nu wegens de moord op zijn vrouw én de moord op zijn zoon. Noch artikel 368 CPP, noch het nieuwe artikel 6 CPP, noch het ongeschreven *maxime* stond naar het oordeel van het Franse Hof aan de vervolging wegens de moord op de echtgenote in de weg. Artikel 368 CPP 'kon niet worden ingeroepen', en voor toepassing van artikel 6 CPP waren de feiten naar het oordeel van het Hof te verschillend. De rechtsoverwegingen van de uitspraak bouwden voort op de zaak Thibaud, dus van vóór de invoering van de *Code de la procédure pénale*. De feiten waren volgens het *Cour de Cassation* wederom niet hetzelfde 'omdat er sprake was van verschil in *éléments*',[59] in het bijzonder voor wat betreft het *élément moral*. Bovendien werd ook in deze zaak gewezen op de omstandigheid 'dat er na de beslissing van de eerste rechter nieuw bewijsmateriaal was opgekomen', waar hij dus geen rekening mee had kunnen houden. Laurent werd voor beide moorden veroordeeld en kreeg levenslang.

Résumé 'le grand criminel'

De zaak Thibaud is voor ieder die bij de strafrechtspleging is betrokken hét voorbeeld van een nachtmerrie. Dat de dader van een ernstig delict vrijuit gaat, er nog over opschept ook, terwijl hij niet meer vervolgd kan worden omdat een tweede vervolging afstuit op het beginsel *non bis in idem*, is een bijna onverdraaglijke gedachte. De bezorgdheid over een dergelijk scenario is dan ook groot. Zij bestond al in 1791 tijdens het debat in het Franse parlement bij de afschaffing van de *plus ample informé;* zij was ook aanwezig tijdens de discussie in Duitsland - rond 1870 - over de invoering van de bekentenis als grond voor herziening. Ook als er geen sprake is van een bekentenis is een dergelijke ontknoping voor menigeen een schrikbeeld. Dat schrikbeeld (de zaak Courier) verklaarde de aanvankelijke weerstand tegen de invoering van artikel 218 Sv 1838.

Het schrikbeeld noch de bezorgdheid hebben de Franse en de Nederlandse wetgever ertoe gebracht om een ontsnappingsmogelijkheid in te bouwen in de vorm van een heropenbaar gewijsde, zoals de Duitsers dat wel hebben gedaan. De Fransen verjaagden de nachtmerrie in de hiervoor beschreven gevallen eenvoudig door een enge uitleg van 'hetzelfde feit', dat onderdeel is van '*la chose jugée*'.

---

59 CdC 19 mei 1983 (JP Laurent): '*le crime d'homicide qui se commet par la détermination de la volonté et le délit d'imprudence qui l'exclut sont deux infractions distinctes en leurs éléments de fait, aussi bien qu'en leur élément de droit; des lors, que c'est à bon droit que la Cour d'assises a (…) rejeté l'exception de chose jugée, cette décision faisant état de circonstances révélées postérieurement au jugement du tribunal correctionnel, et autres que celles qui avaient motivé ledit jugement*', ('doodslag, een delict dat opzettelijk wordt gepleegd en het schulddelict, dat opzet uitsluit, zijn twee verschillende delicten zowel voor wat betreft de feitelijke als de juridische bestanddelen; daarom heeft het hof van assisen terecht het beroep op *non bis in idem* verworpen, terwijl deze beslissing gewag maakt van omstandigheden die pas na het vonnis van het *tribunal correctionnel* zijn opgehelderd en die anders zijn dan in het eerste vonnis vermeld', mijn vertaling, wvh).

Deze uitleg bood ruimte voor een 'gerechte' bestraffing van '*le grand criminel*'.[60] In beide gevallen werd de vervolging gebaseerd op de latere bekentenis van de gewezen verdachte. Deze latere bekentenis vormt in Duitsland een grond voor *Wiederaufnahme zuungunsten*. Die grond werd ingevoerd omdat men justitie wilde behoeden voor hoon en spot en de wetgever van mening was dat de gewezen verdachte niet beschermd hoeft te worden als hij zelf de waarheid prijsgeeft. Het is de vraag welke oplossing in gevallen als deze de voorkeur verdient.[61] Deze vraag zal ik in de slotbeschouwing bespreken. De hier door het Franse *Cour de Cassation* gekozen oplossing wordt in de huidige Franse doctrine in elk geval lang niet door iedereen gesteund. Enkele auteurs[62] zijn van mening dat hier sprake is van een verkapte toepassing van herziening ten nadele van de gewezen verdachte.

3.6 Beschouwing Frans idem

Ondanks de erkenning van het *maxime non bis in idem* en het ontbreken van een wettelijke regeling van de herziening ten nadele is het op basis van de huidige Franse rechtspraak niet uitgesloten dat iemand die al definitief wegens een vorm van levensberoving is veroordeeld en zijn straf heeft ondergaan, nog eens wordt berecht wegens dezelfde levensberoving. Dat is het gevolg van een enge uitleg van het feitsbegrip in het verbod van herhaling. Deze uitleg kan erop bogen dat zij leidt tot een 'maatschappelijk gewenst' resultaat, want *le grand criminel* ontloopt zijn gerechte straf niet.[63] Er zitten echter ook nadelen aan deze uitleg. Hij zet namelijk de deur open naar consecutieve vervolging van diverse aspecten van hetzelfde historische feit - zoals de zaak tegen de directeur van de Franse bloedtransfusiedienst demonstreert - zonder dat daar juridische noodzaak toe bestaat. De zaak kan immers ook in één keer bij de juiste rechter worden aangebracht. Ortolan noemde het 'Donquichotterie', naar het verhaal van de edelman die opnieuw in woede ontsteekt als hij na het gevecht ziet dat zijn hoofddeksel in stukken is gereten: niet alleen behoorde hij genoegdoening te krijgen voor het gevecht, maar ook nog voor het vernielen van zijn helm![64] De door het *Cour de*

---

60 Vgl. Garraud 1929 (VI), nr. 2279, p. 233.

61 Indien men vindt dat de bekentenis in gevallen als deze is als herzieningsgrond zou moeten gelden is van belang te bepalen dat deze ook van toepassing is in geval van een eerdere veroordeling. Dat is in Duitsland niet het geval (art. 362-4 StPO).

62 Stefani 2008 (PP), par. 976 en R. Vouin, *Manuel de droit criminel*, 1949, no. 437, aangehaald door Pradel 2009, p. 408.

63 Het morele argument, genoemd door Pradel 2009, p. 409. Pradel verdedigt de opvatting van het CdC ook nog met het argument dat de nieuwe ontwikkelingen na afloop van de eerste veroordeling een andere aanpak van de *non bis in idem*-leer rechtvaardigden.

64 Ortolan 1864 (II), p. 282 en 288. Voor het verhaal zie: *De vernuftige edelman Don Quichot van La Mancha*, door M. de Cervantes Saavedra, uit het Spaans vertaald door Barber van de Pol, Amsterdam: van Gennip 2002, hoofdstuk 10, p. 95, 96.

Cassation gebruikte overwegingen zetten bovendien de deur open naar een nieuwe vervolging wegens het opkomen van nieuwe bezwaren. Dit kan leiden tot onvoldoende zorgvuldige opsporing. Een derde bezwaar is dat het moeilijk is gebleken om de beperkte uitleg van het feitsbegrip te reserveren voor *le grand criminel*. Volgens Rassat is het *non bis in idem*-beginsel met betrekking tot door lagere rechters gedane uitspraken zo zwak, dat het nauwelijks bescherming biedt.[65] Merle en Vitu betitelen de rechtspraak over het feitsbegrip als *pas très nette*[66] en *encore hésitante*.[67]

Als men naar de geschiedenis van het Franse feitsbegrip kijkt, springt in het oog dat de doctrine en de rechtspraak zich gedurende tweehonderd jaar niet hebben verzoend.[68] De regel dat iemand niet tweemaal mag worden lastig gevallen wegens hetzelfde feit die in de doctrine met verve is verdedigd heeft in de rechtspraak nauwelijks voet aan de grond gekregen. Ook valt op dat de zaken Thibaud en Laurent niet tot een wettelijke regeling van herziening ten nadele hebben geleid.[69]

4. Een Franse '*Nichtigkeitsgrund*'

Hoewel Frankrijk geen regeling kent om een onherroepelijke uitspraak ten nadele van de gewezen verdachte te herzien, kunnen deze vonnissen wel langs andere weg worden aangetast. In 1959, bij de invoering van het *chose jugée* als algemene grond voor het verval van het recht tot strafvordering, werd namelijk nog een tweede lid aan artikel 6 CPP toegevoegd. Dit lid bevat een grond voor nietigheid van de kracht van het gewijsde.[70] Volgens dit artikellid kan de vervolging worden hervat indien uit een veroordeling blijkt dat het onherroepelijk geworden vonnis op valsheid berust, dus indien een veroordeling de valsheid van dat vonnis aan-

---

65 '*Le droit positif est donc aujourd'hui plutôt en faveur d'une absence de chose jugée au pénal sur le pénal* (binnen het strafrecht, wvh) *dans le cas d'une condamnation correctionnelle ou de police*.', Rapport Rassat 1997, p. 216.

66 Merle et Vitu 1997, par. 391.

67 Merle et Vitu 2001, par. 895 slot.

68 Vgl. Merle et Vitu, 1997, p. 514.

69 Mij zijn geen initiatieven bekend die beogen de bestaande regeling van het gezag van gewijsde en herziening te wijzigen, met uitzondering van het rapport Rassat van 1997, waarin een ruimere toepassing van de regel in 368 CPP wordt voorgesteld, als volgt: 'Article 395. *Aucune personne condamnée, acquittée ou relaxée ne peut plus être pénalement poursuivie à raison des mêmes faits, même devant une autre juridiction et sous une qualification différente*.'

70 Art. 6-2 CPP: *Toutefois, si des poursuites ayant entraîné condamnation ont révélé la fausseté du jugement ou de l'arrêt qui a déclaré l'action publique éteinte, l'action publique pourra être reprise; la prescription doit alors être considérée comme suspendue depuis le jour où le jugement ou arrêt était devenu définitif jusqu'à celui de la condamnation du coupable de faux ou usage de faux.*

toont. In dat geval herleeft het recht op strafvordering en kan de vervolging dus worden hervat: '*l'action publique pourra être reprise*'. De verjaringstermijn wordt in dat geval geschorst vanaf het moment van de onherroepelijkheid van het (aantastbare) vonnis tot aan het onherroepelijk worden van de veroordeling wegens valsheid in geschrifte of het gebruik van een vals geschrift.[71] De redactie lijkt enigszins op die van een '*Nichtigkeitsgrund*', zoals de wetgeving van sommige Duitse landen die kende vóór de inwerkingtreding van de Rijkswet. Zo bestaat er dus toch een regeling voor een tweede berechting van degenen die door het plegen van een misdrijf een onjuiste uitspraak bewerkstelligden. In de literatuur bleek van toepassing van deze grond geen voorbeeld te vinden.[72]

5. Frankrijk en Duitsland

Aan de hand van het in de inleidende paragraaf op dit hoofdstuk gegeven voorbeeld (dood door schuld, blijkende te zijn moord) kan het verschil tussen de Duitse en de Franse uitleg van het feitsbegrip worden gedemonstreerd. In Duitsland zou een vervolging voor dood door schuld, gevolgd door een vervolging wegens moord, afstuiten op '*derselbe Tat*'. Die vervolging zou immers een 'onnatuurlijke splitsing zijn van het historische gebeuren' (*unnatürliche Aufspaltung eines zusammengehörenden Geschehens*). In Frankrijk is in een dergelijke situatie, zoals ik hiervoor heb laten zien, de tweede - gewone - vervolging ontvankelijk indien nieuwe feiten aan het licht brengen dat het feit anders kan worden gekwalificeerd. Aan die tweede vervolging staat het verbod van herhaling niet in de weg omdat het feit niet 'hetzelfde' is; het bestaat niet uit dezelfde '*éléments moraux*'. Opzet en schuld sluiten elkaar zelfs uit, aldus het *Cour de Cassation*. De beide landen kennen dus elk een autonome toepassing van het verbod van herhaling.

Tevens kan aan de hand van het voorbeeld de werking van de Duitse herziening ten nadele worden onderzocht. In Duitsland kan in het gegeven voorbeeld, als de eerste vervolging wegens dood door schuld geëindigd zou zijn met een vrijspraak, een verzoek om *Wiederaufnahme zuungunsten* ontvankelijk zijn wanneer blijkt van een geloofwaardige bekentenis of een vorm van valsheid zoals in de wet omschreven. Een bekentenis kan in Duitsland dus tot herziening leiden. Er zijn echter twee 'maren'. Het moet gaan om een geloofwaardige bekentenis, en het is maar de vraag of in de hier beschreven gevallen aan die eis werd voldaan. Een tweede 'maar' is dat de Duitse wetgeving bij deze grond voor herziening de eis

---

71 De diverse vormen van valsheid, *faux*, zijn strafbaar gesteld in art. 441 CP.

72 Gezocht is in de handboeken van Stefani, Merle et Vitu, Pradel en in het Répertoire Dalloz 2011. Grebing 1974, p. 319, vermeldt dat het een niet in de praktijk gebracht voorschrift betreft.

stelt dat het om een vrijspraak moet gaan.[73] In de hier besproken gevallen zou een tweede vervolging dus afstuiten op de eerste veroordeling. Dit betekent dat Thibaud na het uitzitten van zijn eerste straf in Duitsland vrijuit zou zijn gegaan, tenzij er *falsa* konden worden aangetoond.

Frankrijk kent het rechtsmiddel van herziening niet zodat langs die weg een heropening van de zaak niet bereikt kan worden. Wel kent de wet sinds 1959 een grond voor de opheffing van de werking van *la chose jugée,* de 'nietigheidsgrond' in artikel 6 lid 2 CPP. Dit is de door middel van een veroordeling aangetoonde valsheid die is gebruikt om een onjuiste uitspraak tot stand te brengen. In het geval van Laurent kon die grond kennelijk zijn werk niet doen.

Zonder de beide nationale regelingen ten gronde te vergelijken kan worden geconstateerd dat zij verschillende wegen kennen om in bepaalde gevallen het verbod van herhaling op te heffen. In Frankrijk gebeurt dit langs de weg van de uitleg van het in het verbod van herhaling vervatte feitsbegrip en door middel van aangetoonde strafbare valsheid die geleid heeft tot het onjuiste vonnis. Duitsland kent alleen de mogelijkheid van herziening ten nadele in de bij de wet omschreven gevallen van *falsa* (welke ruimer zijn dan de Franse grond voor opheffing van het gezag van gewijsde) en in het geval van een later afgelegde betrouwbare bekentenis. De gevallen en gronden voor het heropenen van het proces, c.q. het starten van een nieuwe vervolging, zijn in beide landen niet identiek, maar vertonen wel overlap. De valsheid die het karakter van *la chose jugée* kan opheffen, zal in Duitsland een grond voor herziening zijn. De bekentenis die in Duitsland grond voor *Wiederaufnahme* is, kan in Frankrijk leiden tot het oordeel dat van hetzelfde feit geen sprake is en dus dat het verbod van herhaling niet aan de vervolging in de weg staat.

---

[73] LR-Gössel 1997, aantekening 2 bij art. 363 StPO. In geval van *falsa* is *Wiederaufnahme* met als doel de straf te *verzwaren* alleen mogelijk als het een andere strafbepaling (*Strafgesetz*) betreft; daarvan is sprake wanneer een ander delict de inzet is van de *Wiederaufnahme*-procedure, vgl. KK-Schmidt, par. 363 StPO, opmerking 4.

Hoofdstuk 13
Nederland

1. Inleiding

Dit hoofdstuk over Nederland vormt het derde deel over het verbod van herhaling zoals dat zich sinds de codificatiebeweging ontwikkelde. In de vorige twee hoofdstukken kwamen Duitsland en Frankrijk aan bod. In het hoofdstuk over Duitsland lag de nadruk op de invoering van het bijzondere rechtsmiddel '*Wiederaufnahme zuungunsten*', het '*bis*', en in het hoofdstuk over Frankrijk op de uitleg van hetzelfde feit, het '*idem*' uit de regel *non bis in idem*. Dit hoofdstuk doet verslag van de ontwikkelingen ten aanzien van beide aspecten van het verbod van herhaling binnen de Nederlandse rechtssfeer. Het sluit aan bij de hoofdstukken over Nederland hiervoor. Deze hoofdstukken eindigden in 1886, toen het huidige artikel 68 Sr in werking trad. Eerst beschrijf ik de in Nederland heersende opvattingen met betrekking tot het leerstuk herziening ten nadele (par. 2). Daarna volgt een samenvattend overzicht van de invulling van het feitsbegrip zoals die in de rechtspraak van de Hoge Raad sinds 1838 tot uiting kwam (par. 3). Ik rond dit hoofdstuk af met een overzicht van de opvattingen in de Nederlandse doctrine ten aanzien van het toelaten van nieuwe bezwaren voor de beoordeling of sprake is van 'hetzelfde feit', dus de relatie tussen nieuwe bezwaren en '*idem*' (par. 4).

2. Herziening ten nadele

2.1 Inleiding

In Hoofdstuk 10 hebben we gezien dat aan het eind van de negentiende eeuw in Nederland de invoering van een regeling voor de 'herziening ten nadele' ter discussie is gesteld.[1] Dat was tijdens de vergadering van de Nederlandse Juristenvereniging in 1873. Het onderwerp was geïnspireerd door het debat in Duitsland. Daar werd de *Wiederaufnahme zuungunsten* in de Rijkswet van 1877 vastgelegd. In Duitsland werd het rechtsmiddel toegelaten voor gevallen van *falsa* en de betrouwbare bekentenis van de vrijgesproken verdachte. In de vergadering van de Nederlandse Juristenvereniging werd een vergelijkbare regeling door een min-

[1] Zie ook het overzicht van de literatuur door Mevis en Kooijmans 2003, p. 48 e.v. en Strijards 1989, p. 7, 8 en p. 73.

derheid voorgestaan; voor herziening op grond van *nova* bestond in het geheel geen bijval.[2] Dit debat kreeg dan ook geen politiek vervolg. De minister zag in 1899 - ter gelegenheid van de wetswijziging tot aanvulling van de gronden voor herziening ten voordele - uitdrukkelijk van het indienen van een voorstel ter regeling van een vorm van herziening ten nadele af.

2.2 Het nieuwe Wetboek van Strafvordering

Voorafgaande aan de herziening van het Wetboek van Strafvordering die leidde tot de invoering van het huidige Wetboek van Strafvordering in 1926,[3] is de kwestie opnieuw bezien. Ort, de latere voorzitter van de Staatscommissie die met het ontwerpen van het Wetboek werd belast, had omstreeks 1900 een voorontwerp gemaakt met daarin een regeling voor herziening ten nadele. Deze regeling sloot aan bij de Duitse. Ort stelde voor om herziening ten nadele mogelijk te maken van vrijspraak, ontslag van alle rechtsvervolging en niet-ontvankelijkheid van het OM indien recht was gedaan op een vals stuk of een meinedige verklaring dan wel wanneer later een geloofwaardige bekentenis was afgelegd, en in alle gevallen waarin de strafrechter zijn ambtsplicht had geschonden.[4] In een gewijzigd voorstel dat in 1912 door de Staatscommissie werd besproken, had hij de herziening ten nadele echter weer geschrapt. De notulen vermelden dat de voorzitter het vervallen van herziening ten nadele toelichtte met de woorden dat 'van behoefte daaraan en drang daartoe hier te lande niet is gebleken'.[5] De commissie voegde daaraan toe dat er tegen de *falsa* als grond voor herziening ten nadele praktisch ook nog het bezwaar bestond dat niet zou kunnen worden nagegaan in welke mate een vals stuk aan de overtuiging van de rechter zou hebben bijgedragen.

De regering nam dit standpunt over. Principieel stond er naar haar mening echter niets aan een herziening ten nadele in de weg; beschouwd vanuit '(H)et beginsel waarop de herziening steunt, n.l. de waarheid zoveel mogelijk te doen zegevieren' achtte zij het bestaande onderscheid tussen veroordeling en vrijspraak niet goed te verdedigen. Ook de bewering 'dat de rechtsregel *non bis in idem* in het gedrang zou komen' achtte de regering 'weinig afdoende'. Het zou immers niet

---

2 De vraag of herziening ten nadele op dezelfde gronden moest worden toegelaten als herziening ten voordele werd door alle 31 aanwezigen van de hand gewezen. Veertien leden waren voorstander van een met Duitsland vergelijkbare regeling van herziening ten nadele bij gebleken *falsa*; zes stemden voor de erkenning van de bekentenis als grond voor herziening, *NJV* 1873 II. Zie ook de samenvatting door Borgman 1899, p. 57. Zie voorts Hoofdstuk 10, par. 3.3.2.

3 Wetboek van Strafvordering 1921, 15 januari 1921, *Stb.* 14, in werking getreden op 1 januari 1926.

4 Artt. 582, 583 Ontwerp Ort, in Lindenberg 2002, p. 55, de toelichting staat op p. 132.

5 Lindenberg 2002, p. 357.

gaan om een geheel nieuwe behandeling van de zaak maar om een heropening op basis van de oude.

> 'Toch is in dit Ontwerp *herziening ten nadeele* van een verdachte niet opgenomen, en zulks om redenen van practischen aard.' [6]

Zo signaleerde de regering dat zich in de doctrine geen voorkeur voor een bepaald systeem had afgetekend. Er bestond geen eensgezindheid over de vraag of het buitengewone rechtsmiddel beperkt moest blijven tot gevallen van vrijspraak of dat het tevens gevallen van te lichte bestraffing moest omvatten; of het middel alleen moest gelden indien was gebleken dat de vrijgesprokene door middel van een strafbaar feit de rechter op een dwaalspoor had gebracht, of slechts na een door hem afgelegde betrouwbare bekentenis. De grote vraag was dan ook 'hoever … men hierin (zou) gaan?'[7] De keuze tussen de verschillende modellen kon in de ogen van de regering niet anders dan een 'willekeurige' zijn. De regering achtte de kwestie niet dringend genoeg om de mogelijkheden voor invoering nader te onderzoeken. Ook voor omkoping van de rechter hoefde geen regeling te worden gemaakt 'nu een dergelijk geval zich hier te lande nog niet heeft voorgedaan'.[8] Behalve deze bezwaren bracht de memorie van toelichting in herinnering dat er een verschil bestond tussen een onterechte vrijspraak en een onjuiste veroordeling: 'het rechtsbewustzijn der natie (wordt) ingeval van ongegronde vrijspraak niet dermate geschokt als bij veroordeling van een niet-schuldige'. Met dit argument onderstreepte zij het verschil in noodzaak om een regeling te treffen ten opzichte van herziening ten voordele. Maar ook waarschuwde de memorie van toelichting voor het gevaar de individuele vrijheid te veel te schenden:

> 'Tegenover de mogelijkheid toch, dat wellicht in een enkel geval een schuldige niet zal worden gestraft, staat het grootere belang van de vrijheid van het individu'.[9]

De redenen om geen herziening ten nadele van de verdachte in te voeren waren al met al dus toch iets meer dan alleen 'van practischen aard'; de bezwaren hadden ook betrekking op de kans dat een dergelijke regeling te willekeurig zou zijn en de persoonlijke vrijheid van de burgers te zeer op het spel zette; zij waren in die zin dus ook principieel.[10]

---

6 *Kamerstukken II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 156. Hierover uitvoeriger Mevis en Kooijmans 2003, p. 40 e.v.

7 *Kamerstukken II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 156.

8 *Kamerstukken II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 157.

9 *Kamerstukken II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 157.

10 Vgl. Veegens 1938, p. 46.

2.3 De vergadering van de NJV in 1938

In 1938 kwam in de vergadering van de Nederlandse Juristenvereniging de uitbreiding van de herzieningsregeling met herziening ten nadele nogmaals aan de orde, maar dit keer, anders dan in 1873, slechts in de marge van het veel bredere onderwerp: 'het stelsel van rechtsmiddelen'. De aandacht was in de eerste plaats gericht op de (afschaffing van) cassatie.[11] Daarnaast was één van de subvragen: 'Behoort de mogelijkheid van herziening ten nadele van den verdachte te worden geopend?' Beide preadviseurs, Van Bemmelen (1898-1982) en Veegens (1899-1984), hebben hierover hun gedachten laten gaan. Beiden betoonden zich voorstander van de invoering van dit bijzonder rechtsmiddel. Van Bemmelen leidde het onderwerp in met een aansprekende casus, één die naar zijn mening naar ieders oordeel een herziening ten nadele zou rechtvaardigen. Het betrof de verdachte van een 'zeer ernstig levensdelict' van wie de rechter had gemeend dat hij leed aan schizofrenie.[12] Aan deze verdachte was daarom geen straf opgelegd maar de maatregel van terbeschikkingstelling van de regering (de huidige tbs, artikel 37a Sr). Toen de man in het kader van deze maatregel behandeld zou gaan worden, bleek al gauw dat hij niet aan een stoornis leed, maar deze slechts had geveinsd. Omdat hij niet ziek was, kwam de grond aan de verdere tenuitvoerlegging van de maatregel te ontvallen en werd de simulant in vrijheid gesteld. Zo ontliep de dader zijn straf. Een dergelijke gang van zaken vond Van Bemmelen onaanvaardbaar; er moest een mogelijkheid zijn om deze dader alsnog te straffen. Tegelijk was Van Bemmelen echter van mening dat aan het oprakelen van oude feiten ook bezwaren kleefden, in het bijzonder, dat 'de maatschappelijke rusttoestand werd verstoord'.[13] Hij bepleitte daarom de mogelijkheid van herziening ten nadele 'binnen betrekkelijk korte termijn', te weten 'de helft of een derde van de verjaringstermijn'. Als gronden zouden naar zijn mening kunnen gelden de 'onverenigbaarheid van uitspraken' en 'het *novum*' waaronder hij tevens verstond 'naderhand gebleken *falsa*'.[14] De andere preadviseur, Veegens, bepleitte een stelsel waarin herziening ten nadele kon worden verzocht op dezelfde gronden als

---

11 De vraag die de preadviseurs behandelden luidde: 'Is wijziging van de regeling betreffende hoogere voorzieningen in strafzaken gewenscht, en zoo ja, in welken zin?' Een belangrijke subvraag was of het cassatieberoep moest plaats maken voor appel op de Hoge Raad (Handelingen NJV 1938-II, p. 83).

12 Van Bemmelen 1938, p. 43.

13 Van Bemmelen 1938, p. 44, door mij geparafraseerd.

14 Van Bemmelen 1938, p. 45. Hij noemde 'omkoping van getuigen en andere bedriegerijen' van de kant van de verdachte'. De tegenstelling tussen falsa en nova is inderdaad niet geheel zuiver. *Falsa* zijn in wezen ook nieuw bekend geworden omstandigheden, en dus *nova*, maar dan betrekking hebbend op de totstandkoming van de uitspraak en niet op de schuld.

herziening ten voordele. Hij baseerde zich op 'de verschuiving van inzicht in de verhouding van gemeenschap en individu' en lichtte dit als volgt toe:

> 'Het is voor het rechtsbewustzijn allerminst als vanzelfsprekend te aanvaarden, dat een vrijspraak in hoogste instantie onder alle omstandigheden onaantastbaar zou moeten zijn. Rechtsonzekerheid is somtijds een geringer kwaad dan zekerheid van onrecht, ook indien bij het laatste de gemeenschap de lijdende partij is'.[15]

Voorts zag Veegens uitsluitend kansen voor herziening van vrijspraken (om te komen tot een veroordeling) en niet tot verhoging van een opgelegde straf. Dit laatste achtte hij daarom bezwaarlijk omdat hetzelfde te gelden zou hebben voor herziening ten voordele en 'de rechter hiervan al heel weinig plezier zou beleven'.[16] Dit is weer een praktisch argument.

Vermeldenswaard is voorts de bijdrage van Langemeijer. Hij bepleitte, eerst in het Nederlands Juristenblad in zijn beschouwing over de beide preadviezen en vervolgens ter vergadering, een ruime regeling van de herziening ten nadele om daarmee tegemoet te komen aan de 'veranderde geestesgesteldheid van een deel van het publiek'.

> 'Wij hebben in allerlei landen, die niet ver weg liggen, verandering van denkwijze gezien, welke ongetwijfeld met het gevoel samenhangt, en ook in ons land hebben wij gezien het opkomen van allerlei stromingen, die er vroeger niet waren en waarvan het bestaan niet geheel aan het toeval of het optreden van een enkelen leider valt toe te schrijven, omdat in de geestesgesteldheid, althans van een deel van het publiek, iets veranderd is.'[17]

Dit veranderde gevoelen kon volgens Langemeijer niet worden veronachtzaamd, want 'waar andere dan gevoelsoverwegingen hier eigenlijk niet in het geding zijn, geeft dit de doorslag.'[18] Deze benadering kwam Langemeijer op fikse kritiek te staan van de zijde van Kan. Van enige wijziging in het rechtsgevoel zei Kan bij zich zelf noch in zijn omgeving iets te hebben bespeurd. Hij betoogde:

> 'De Staat heeft recht van initiatief, niet de verdachte. De Staat begint te procedeeren. Wanneer dat ontzaglijke apparaat over iemand wordt uitgestort, wanneer eenmaal de overheid tegen iemand een vervolging instelt en hem aan een van de meest pijnlijke handelingen onderwerpt, misschien zeer verdiend, maar

---

15 Veegens 1938, p. 46, 47.
16 Veegens 1938, p. 49. Op dit punt nam hij afstand van Stokvis 1931, p. 41.
17 Langemeijer 1938 (b), p. 39. Zie ook zijn bespreking van de preadviezen in 1938 (a).
18 Langemeijer 1938 (a), p. 560.

> welke in elk geval diep in een menschenleven ingrijpt, wanneer de overheid zich verantwoord acht een strafprocedure aanhangig te maken, dan heeft van af dat oogenblik de vervolger de zware verantwoordelijkheid, dat de vervolging niet lichtvaardig geschiedt. Is het materiaal, waarop de vervolging is gebaseerd van dien aard, dat in twee of drie instanties de zaak van de vervolging zoo zwak is gebleken, dat zij niet tot een veroordeling heeft geleid, dan geloof ik, dat het leed, dat zelfs bij een vrijspraak de vervolging aan de meeste individuën toebrengt, voldoende is om het rechtsgevoel satisfactie te geven als eens ten onrechte een streep zou zijn gezet en later aantoonbaar zou zijn geworden, dat iemand toch schuldig was'.[19]

Roosegaarde Bisschop sloot zich bij deze woorden aan.[20] Met Langemeijer waren dit de enige sprekers - buiten de preadviseurs - die over het onderwerp het woord voerden.

De meerderheid van de 91 aanwezigen stemde - bij zitten en opstaan - vervolgens tegen de invoering van het bijzonder rechtsmiddel.[21] Ik denk dat deze terughoudende opstelling toegeschreven kan worden aan een samenstel van factoren: de te ruim geformuleerde vraag, de weinig uitgewerkte adviezen en het gebrek aan ruimte voor een discussie ten gronde. Voorts werd er waarschijnlijk geen dringende noodzaak gevoeld om de wet te wijzigen. Het kan echter ook zijn dat de meerderheid met Kan van mening was dat het recht op de uitoefening van de staatsautoriteit jegens een verdachte onder alle omstandigheden afgelopen moet zijn als de gewone rechtsmiddelen zijn uitgeput, en dat de inrichting van de herzieningsregeling op meer stoelt dan alleen 'het gevoelen bij veel mensen'.

2.4 Overige standpunten

Afgezien van de oproepen van Langemeijer en van Stokvis[22] is buiten deze debatten van de NJV onder juristen niet meer uitputtend over de wenselijkheid van een vorm van herziening ten nadele van gedachten gewisseld. De spaarzame opmerkingen die wel werden gemaakt, graven niet diep. Zo merkte Röling aan het slot van een noot onder een arrest over herziening[23] en passant op dat er 'geen enkele reden' was om herziening ten nadele wettelijk uit te sluiten. 'De controle van de H. R. is immers voldoende waarborg zowel voor de handhaving van de individuele rechtszekerheid, als voor de handhaving van het gezag van de rechterlijke

---

19 E.A. Kan ('s-Gravenhage), Handelingen NJV 1938- II, p. 16, 17.
20 W. Roosegaarde Bisschop (Londen), NJV 1938- II, p. 28.
21 Handelingen NJV 1938-II, p. 84.
22 Stokvis 1931, p. 28 e.v.
23 HR 27 maart 1962, *NJ* 1962/271.

uitspraken'. Deze opmerking getuigt van een overzichtelijkheid van de maatschappelijke verhoudingen waarvan het de vraag is of daarvan toen sprake was maar waarvan nu in elk geval allang geen sprake meer is. Ik doel op de grotere betrokkenheid van het publiek bij de opsporing en berechting van ernstige strafbare feiten. De vasthoudendheid waarmee zaken steeds opnieuw via de media onder de aandacht worden gebracht heeft als bijeffect dat de individuele rechtszekerheid wordt aangetast. Daartegen biedt de controle door de Hoge Raad geen bescherming.[24]

Daarnaast waren er oproepen van Van Bemmelen die hij deed in het kader van de behandeling van het feitsbegrip in de samenloopregeling en in artikel 68 Sr. Ik zal die hierna bespreken. In 1989 verscheen de monografie 'Revisie' van Strijards waarin de auteur de herziening ten nadele verdedigt voor de gevallen waarin de verdachte 'door omkoping, opzettelijke verzwijging, of misleiding de rechter een foutief gewijsde heeft doen vellen'.[25] Het zijn min of meer dezelfde gronden als genoemd door de preadviseurs voor de NJV in 1873, Gratama en Waller.[26] Alleen de 'opzettelijke verzwijging' gaat daar mogelijk boven uit. Als hier immers bedoeld wordt dat het enkele zwijgen van de verdachte, en dus het enkele feit dat hij gebruik heeft gemaakt van zijn zwijgrecht, dan is dat niet als een misdrijf te kwalificeren. Ook het fundament waarop de auteur zijn opvatting stoelt verschilt niet wezenlijk van dat van de preadviseurs. Waar Gratama en Waller de uitzonderingen op de onaantastbaarheid van de vrijspraak fundeerden op de gedachte dat een misdrijf niet mag worden toegedekt door een tweede, voert Strijards aan dat de verdachte die 'misleidt' zijn recht verspeelt om het aan het *non bis in idem*-beginsel ten grondslag liggende vertrouwensbeginsel in te roepen. 'Wie de staat misleidt komt het beroep op *non bis in idem* niet toe'.[27] Knigge reageerde terughoudend: 'De mogelijkheid - hoe strikt geclausuleerd ook - om de vervolging te heropenen brengt mee, dat aan geen enkele vrijgesprokene definitieve zekerheid kan worden geboden'. Hij keerde de redenering om:

---

24 Men denke aan de activiteiten van M. de Hond in de zaak 'De weduwe Wittenberg' en die van P.R. de Vries in de zaak 'Joran van der Sloot', hierover Van Hattum 2008.

25 Strijards 1989, p. 7.

26 Zie Hoofdstuk 10, par. 3.2.

27 Strijards 1989, p. 73. Dezelfde redenering kan worden gevolgd indien het verbod van herhaling is gestoeld op de rechtszekerheid. Het rechtszekerheidbeginsel en het vertrouwensbeginsel zijn immers beide terug te voeren op de gebondenheid van de overheid aan opgewekte verwachtingen, vgl. Strijards 1989, p. 75.

> 'Daarbij moet in het oog worden gehouden dat de vraag niet is, of herziening jegens de betrokkene redelijk is te achten, maar of onverkort vasthouden aan het gezag van gewijsde onredelijk genoemd moet worden. Dat is mijns inziens niet het geval'.[28]

2.5 Conclusie

Herziening ten nadele is niet ingevoerd. Wel kan worden geconcludeerd dat vanaf in elk geval 1873 in de doctrine een tendens is waar te nemen om het rechtsmiddel op beperkte gronden toe te staan, in het bijzonder op basis van (strafbare) misleiding door de verdachte en op basis van zijn bekentenis. Daarbij is door van Bemmelen geopperd om de inzet van het rechtsmiddel aan een vrij korte termijn te binden. Tevens blijkt echter dat de behoefte aan een wettelijke regeling bij de grote meerderheid van juristen niet als dringend werd gevoeld, waarschijnlijk wegens gebrek aan praktisch belang. Langemeijer vormde hierop een uitzondering; juist het gevoelen onder veel mensen zou een regeling noodzakelijk maken.

In de politiek trok het onderwerp tot 2001 niet bijzonder de aandacht. Zo komt het dat de mogelijkheid van herziening van onherroepelijke gewijsden bij het afsluiten van dit manuscript - oktober 2011 - nog steeds zo is ingericht als in 1813, dat wil zeggen dat het bijzonder rechtsmiddel slechts ten voordele van de veroordeelde kan worden ingeroepen en niet te zijnen nadele (artt. 457-481 Sv). Hierin komt echter zeer waarschijnlijk op korte termijn verandering. Daarover gaat hoofdstuk 14.

3. Nederlands *idem*

3.1 Inleiding

Hoewel vanaf het begin van de codificatiebeweging in zowel de Franse als in de Nederlandse wetgeving de mogelijkheid van herziening van een onherroepelijk gewijsde ten nadele van de gewezen verdachte heeft ontbroken en het verbod van herhaling in beide landen op dezelfde wijze in de wet werd vastgelegd, aanvankelijk zelfs op dezelfde plaats, loopt de uitleg van *idem* in beide landen flink uiteen. Een uitleg zoals in zaken als Thibaud en Laurent (veroordeling wegens dood door schuld gevolgd door berechting wegens moord) of in een kwestie als *Sang contaminé* (consecutieve vervolging wegens 'bedrog met gevaar voor de volksgezondheid' en 'vergiftiging') is in Nederland niet goed voorstelbaar. In de

---

[28] Knigge 1991 (Boekbeschouwing, G.A.M. Strijards, Revisie), p. 191.

beoordelingsmaatstaf van de Hoge Raad speelt het historische gebeuren een grotere rol dan in de uitleg van het *Cour de Cassation*. Dit verschil kan in belangrijke mate worden toegeschreven aan de hiervoor geschetste invloed van de jurysprekende rechtspraak. Hieronder volgt een overzicht van de Nederlandse rechtspraak sinds de inwerkingtreding van het Wetboek van Strafvordering in 1838. Terzijde merk ik op dat uit die rechtspraak blijkt dat artikel 218 Sv 1838 in alle strafprocedures rechtstreeks mocht worden toegepast, dus zowel door de kantonrechter, de rechtbank als het hof.

3.2 Idem in de Nederlandse rechtspraak tot 1886

Artikel 218 Sv 1838 luidde: *Een ieder die vrijgesproken is, kan ter zake van hetzelfde feit niet weder in regten worden betrokken.* Het was een kopie van het Franse artikel 360 *Code d'instruction criminelle*. De woorden *même fait* waren vertaald met 'hetzelfde feit'. De Bosch Kemper waarschuwde er direct voor om met dit artikel ook de Franse rechtspraak ten aanzien van de uitleg van het feitsbegrip te kopiëren. Hij wees onder meer op het oordeel van het *Cour de Cassation* in de zaak Diffis, waar het Hof zich geheel had laten leiden door de procedurele beperkingen van een berechting door een jury.[29] Het feitsbegrip in artikel 218 Sv 1838 was volgens De Bosch Kemper een 'materieel' begrip, onder meer gerelateerd aan de opvatting van de wetgever over de wijze van afdoening van 'zamenhangende misdrijven' in de artikelen 129 en 130 Sv 1838.[30] Verzwarende omstandigheden mochten op grond van genoemd artikel 130 alsnog aan de akte van beschuldiging worden toegevoegd, maar gebeurde dat niet dan mocht de rechter daarmee geen rekening houden en, wat meer was, de feiten mochten ook niet als zelfstandig feit nog eens worden vervolgd en berecht. De Bosch Kemper concludeerde voorts uit de bepalingen van het Wetboek dat het de wil van de wetgever was geweest dat alle met elkaar samenhangende feiten die met hetzelfde doel waren gepleegd, in één

---

29 'Ofschoon de Fransche jurisprudentie onderscheidene zeer belangrijke uitspraken omtrent de toepassing van dezen regtsregel bevat, behoort men echter zeer voorzigtig te zijn, die jurisprudentie op ons Wetboek toe te passen. De woorden toch: *Hetzelfde Feit*, werden door de Fransche regtsgeleerden genomen voor datgene, wat in de vraag aan de gezworenen vervat was; en daar nu, in het stellen der vragen, dikwijls het feitelijke punt en het regtspunt verward werden, is men in Frankrijk meermalen tot gevolgtrekkingen gekomen, die zeker, volgens onze Wetgeving, niet toegelaten kunnen worden', De Bosch Kemper II, bij art. 218, p. 605.

30 Art. 129 Sv 1838: 'In geval de aan het hof gelijktijdig overgelegde stukken, betrekkelijk zijn tot zamenhangende misdrijven, zal het hof over deze allen bij één en hetzelfde arrest uitspraak doen'.
Art. 130 onder 3: 'Misdrijven worden geacht zamenhangende te zijn wanneer zij gepleegd zijn: 3. Met het oogmerk om zich de middelen te verschaffen tot het plegen van een ander misdrijf, of de uitvoering daarvan te bevorderen of tot stand te brengen, of wel om zich tegen de straf van een ander misdrijf te beveiligen', (onder 1 en 2 betreft het misdrijven gepleegd door verschillende personen).

keer werden berecht.[31] Juist met het oog op het onderzoek naar de materiële waarheid was het naar zijn mening ook beter het onderzoek niet te splitsen:

> 'Overal waar de beklaagde, bij verschillende misdrijven, één doel en één voorwerp heeft, bestaat daardoor een onafscheidbaar verband tusschen de verschillende misdrijven; zoodat zij als zamenhangende beschouwd en aan dezelfde regtsmagt onderworpen behooren te worden.'[32]

De Hoge Raad lijkt deze opvatting te hebben onderschreven. Hij oordeelde in 1846 ten aanzien van artikel 218 Sv 1838:

> 'dat de kennelijke bedoeling van dit voorschrift geene andere was, dan dat in strafzaken een feit, daad of handeling, welke het onderwerp heeft uitgemaakt van een regterlijk onderzoek, hetgeen in het hoogst ressort met een vrijspraak is geëindigd, niet andermaal den grondslag eener regtsvordering van het Openbaar ministerie zoude kunnen daarstellen. O. dat het hierbij niets afdoet, of bij eene opgevolgde regtsvordering aan hetzelfde feit en dezelfde handeling eene geheel andere en verschillende qualificatie wordt gegeven, dan bij de vroegere actie was geschied, dewijl dit niet kan wegnemen, dat hetzelfde materiële feit en dezelfde handeling den grondslag der beide regtsvorderingen uitmaakt: iets hetgeen de wetgever door voormeld art. 218 bepaaldelijk heeft willen voorkomen, na eene voorafgegane vrijspraak in het hoogste ressort. (…) O. dat alzoo eene vrijspraak, door den strafregter in het hoogste ressort, naar art. 218 Strafvord., in den regel, alle verdere vervolging tot straf uitsluit, ter zake van hetzelfde feit of dezelfde handeling, die den grondslag heeft uitgemaakt der regtsvervolging, welke door de vrijspraak definitief is getermineerd'.[33]

De vraag of het feit deel had uitgemaakt van het onderzoek ter terechtzitting was derhalve een belangrijk criterium voor de vaststelling of er sprake was van 'hetzelfde feit'.[34] Het lijkt er voorts op de Hoge Raad steeds heeft onderzocht of het criterium is toegepast zoals geformuleerd door De Bosch Kemper, namelijk of 'de beklaagde, bij verschillende misdrijven, één doel en één voorwerp heeft'.[35]

---

31 De Bosch Kemper II, p. 285.
32 De Bosch Kemper II, p. 283, 284.
33 HR 28 september, 6 en 27 october 1846, *W.* 1847, 786, 3.
34 Dit onderzoek was, gezien de grondslagkwestie, beperkt tot de tenlastelegging c.q. de akte van beschuldiging. Daarbuiten kon de rechter niet treden.
35 Vgl. Krabbe 2001 en 2005.

Waar ging het nu om, in de gepubliceerde gevallen van *non bis in idem*?[36] Het hiervoor aangehaalde citaat van de Hoge Raad had betrekking op een vervolging voor de kantonrechter wegens 'jagen zonder akte' en het 'jagen op verboden terrein', in feite een verbetering van de juridische kwalificatie. Die verbetering, door middel van een tweede vervolging - nadat de eerste in vrijspraak was geëindigd - stond de Hoge Raad niet toe.[37] Andere gevallen van verbetering betroffen het herstel van de aanduiding van de plaats[38] of van de tijd. In deze gevallen constateerde de Hoge Raad dat het ging om 'hetzelfde feit' en verbood hij de tweede vervolging. Omdat door deze rechtspraak het verschil tussen 'des avonds' en 'in de nacht' een niet-ontvankelijkheid had opgeleverd (de zaak 'Van der Jagt'),[39] kwam deze rechtspraak op kritiek te staan van Van de Rivière.[40] Deze vond dat het verbod van herhaling te ruim was gesteld. Het was immers niet mogelijk om de tenlastelegging nog ter zitting te wijzigen en ook was er geen herzieningsmo-

---

36 Onderzocht zijn alle uitspraken inzake *non bis in idem* zoals verschenen in Het Weekblad van het Recht 1839-1886 en die welke worden genoemd in Van Hasselt 1874 onder 'artikel 218', p. 304 e.v.

37 Vergelijkbare gevallen zijn HR 28 maart 1843, *W.* 1843, 392, 1 ('vissen als overtreding van de wet' en 'vissen als overtreding van de Publicatie'); HR 28 september, 6 en 27 october 1846, *W.* 1847, 786, 3 ('jagen zonder akte' en 'jagen op verboden grond') en Prov. Geregtshof Drenthe 12 april 1855 en Rb Assen 13 maart 1855, *W.* 1855, 1668, 3, r.k. ('diefstal van zand' en 'poging tot diefstal van zand'), steeds: 'hetzelfde feit'.

38 HR 18 december 1855, besproken door Van de Rivière 194, p. 104, en door Van Deinse 1860, p. 402; in dezelfde zin Rb Almelo 21 september 1858, *W.* 1859, 2059, 4.

39 HR 14 september 1840 (Van der Jagt), *W.* 90, 99, 122 en 127. De rechtbank Hoorn had zowel het OM niet-ontvankelijk verklaard als de verdachte vrijgesproken omdat de ten laste gelegde mishandeling niet 'op den 31 Dec. des jaars 1839, des avonds' maar 'in den nacht van den 31 December op den 1 Januarij' zou zijn geschied. Het OM had vervolgens niet geappelleerd, maar, nadat het vonnis definitief was geworden, de verdachte ten tweede male gedagvaard, ditmaal met vermelding van het juiste tijdstip van de mishandeling. De rechtbank achtte deze vervolging in strijd met art. 218 Sv 1838. Tegen die beslissing appelleerde het OM wel. Deze gang van zaken ontlokte aan A. de Pinto de woorden: 'De Arr.–Regtb. te Hoorn heeft in deze zaak twee vonnissen gewezen, het ééne vreemd, onbegrijpelijk, strijdig met de eerste beginselen van regt en regtspleging; het andere goed, en in alle opzigten, in den toenmaligen stand der zaak, overeenkomstig de wet. En - wonderlijk verschijnsel! - in het eerste berust men; het tweede valt men aan in appel, bestrijdt men tot in cassatie (…). De officier ziet art. 220 W. van Strafv. over het hoofd, en verzuimt zelfs eenige reserves te doen.', *W.* 122, p. 2, l.k. Het was volgens De Pinto met andere woorden mogelijk geweest om in de tenlastelegging 'reserves in te bouwen' of om in de fase van de eerste berechting de fout te herstellen op de voet van art. 220 (betichting van ander misdrijf) en bovendien had het OM tegen het vonnis kunnen appelleren, omdat een niet-ontvankelijkheid en een vrijspraak niet samen konden gaan. De HR liet zich hierover niet uit maar constateerde slechts een schending van art. 218 Sv in de tweede procedure omdat het tijdsverschil 'noch *in facto*, noch *in jure* eenig onderscheid daarstelt' en dus het feit in de tweede dagvaarding 'volmaakt hetzelfde was als dat ter zake waarvan reqt. reeds was vrijgesproken'.

40 Van de Rivière 1894, i.h.b. p. 101 e.v.

gelijkheid. Zolang de wet op die beide punten niet was aangepast,[41] diende het feitsbegrip een engere betekenis te hebben. De kritiek op de rechtspraak lijkt echter niet terecht. In de zaak Van der Jagt had de officier van justitie procedureel geblunderd door én in de telastelegging geen subsidiairen ('reserves') op te nemen en door niet tegen het - in de ogen van A. de Pinto apert onjuiste - eerste vrijsprekende vonnis te appelleren. Tot grotere 'ongelukken' dan deze en dergelijke leidde de aanpak van de Hoge Raad bovendien niet. Dat is mogelijk mede toe te schrijven aan het feit dat de Hoge Raad had bepaald dat de feitenrechter niet aan de kwalificatie van het openbaar ministerie was gebonden. Het probleem dat de feitsomschrijving niet precies klopte met de wel bewijsbare feiten kon op die manier in een aantal gevallen worden opgevangen.

> Een voorbeeld van deze rechtspraak is 'De zandweg van Tiel op Amerongen'.Verdachte reed met zijn paard en wagen een man met hondenkar van de weg, terwijl deze weg toch '8 ellen' breed was en er (dus) - naar de mening van de feitenrechter - ruimte genoeg was om elkaar zonder ongelukken te passeren. Opzettelijke mishandeling kon desondanks niet uit de bewijzen worden afgeleid, maar wel 'het door gebrek aan voorzorg onwillig toebrengen van een stoot'. Dit was geen 'ander feit' dan was ten laste gelegd, vond de Hoge Raad, 'vermits, naar het voorschrift van de artt. 206 en 211 Strafvord., de regter ook over de qualificatie, niet alleen naar aanleiding der acte van beschuldiging of dagvaarding, maar tevens naar aanleiding van hetgeen uit het onderzoek op de teregtzitting is gebleken, moet beraadslagen en uitspraak doen, en derhalve niet gebonden is aan de qualificatie, bij de dagvaarding beoogd.'[42]

Vooral in criminele zaken, waarin een akte van beschuldiging werd gehanteerd - en die dus bestond uit een uitgebreide beschrijving van alle feitelijke omstandigheden - konden waarschijnlijk op deze wijze bedrijfsongevallen worden voorkomen. De rechtspraak vertoont kortom de trekken van de wijze van procederen in Frankrijk van vóór de inwerkingtreding van de *Code d'instruction criminelle*.

De meest 'criminele' zaak tot 1886 betreft wellicht de stroper die zich in de nacht van 24 februari 1855 'onder Heilo' geconfronteerd zag met een jachtopziener en deze toen had gedreigd te zullen doodschieten. Beide feiten, het 'jagen bij nacht' en de 'poging tot doodslag met voorbedachten rade' werden naar het gerechtshof gestuurd. Dit verwees de jachtzaak naar de kantonrechter en het overige, de poging tot moord, naar de terechtzitting (met een 'arrest verwijzing naar de teregt-

---

41 De mogelijkheid van wijziging van de tenlastelegging, tot aan het requisitoir in eerste aanleg, werd in 1926 in de wet opgenomen; herziening ten nadele werd toen, bij de wetswijziging van 1899, niet geregeld.

42 Vgl. HR 22 november 1859 (De zandweg van Tiel op Amerongen), *W.* 2122, p. 1, genoemd door Van Bemmelen 1934 III, *W.* 12738, p. 2, t.k.

zitting'). Na gehouden openbare zitting sprak het hof de jager vrij. Intussen liep de kwestie van het verboden jagen nog bij de kantonrechter. Die gaf de verdachte een boete van f 10,-, en veroordeelde hem voorts in de kosten en verklaarde 'het schietgeweer' verbeurd. De vraag die hierna aan de Hoge Raad werd voorgelegd, was of die vervolging, die bij de kantonrechter aanhangig was gemaakt nadat de berechting van de poging tot moord had plaats gevonden, in strijd was met artikel 218 Sv 1838. Dat was naar het oordeel van de Hoge Raad niet het geval:

> 'O. daaromtrent, dat de daadzaken, welke het onderwerp van deze regtsvervolging uitmaken, wezenlijk verschillen van die voor welke req. voor het Prov. Geregsthof in Noordholland teregt heeft gestaan; dat immers laatstgemelde bestonden in de feiten, terzake waarvan de openbare teregtstelling van den req. was bevolen, daarstellende eene poging tot doodslag met voorbedachten rade, welke, tot een begin van uitvoering overgeslagen, niet dan door toevallige en van des daders wil onafhankelijke omstandigheden hare uitwerking had gemist, terwijl deze tot het wezen van het feit behorende omstandigheden geheel vreemd zijn aan het andere feit, hetwelk daarin is gelegen, dat de req. bij nacht met een schietgeweer het veld inkomen; dat alhier alzoo wel bestaat een zamenloop van feiten, doch welke ieder op zichzelf als misdrijf strafbaar zijn, en die niets gemeen hebben, dan dat ze gedurende denzelfden nacht en terzelfder gelegenheid zijn bedreven.'

De Hoge Raad vergeleek met andere woorden de strekking van de beide strafbaar gestelde gedragingen en concludeerde dat deze *wezenlijk van elkaar verschilden*. Een criterium dat, zoals we hierna zullen zien, ook vandaag de dag nog doorslaggevend wordt geacht voor de vraag of sprake is van 'hetzelfde feit'.[43] Vervolgens stelde de Hoge Raad vast dat het gerechtshof het jagen niet in zijn onderzoek had betrokken en 'dit feit geen punt van regterlijk onderzoek en beslissing heeft uitgemaakt' zodat 'dus' van een tweede berechting van hetzelfde feit geen sprake was.[44] Zoals de Hoge Raad in 1846 had overwogen werd kortom tevens

---

43 Ik doel in het bijzonder op het criterium gebruikt in HR 2 november 1999, *NJ* 2000, 174, m.nt. J. de Hullu (Tjoelker).

44 HR 8 januari 1856 (Kraakman of De stroper en de jachtopziener), *W.* 1857, 1835, 1, r.k. 'O., dat req. alleenlijk wegens het eerste dezer feiten (de poging tot moord) voor het Prov. Geregtshof te regt heeft gestaan; dat hij toch bij het arrest van den 15 Mei jl. bloot ten aanzien van dit feit naar de openbare teregtzitting van dit Hof is verzonden en aldaar is teregt gesteld geworden, terwijl bij dat arrest is gelast, dat de vervolging van het andere feit (het jagtdelict) op de gewone wijze zoude geschieden; dat dan ook dit feit bij de behandeling der zaak voor het Prov. Geregtshof, niet in aanmerking is gekomen, en de kennisneming van het Hof, het welk alleen van het eerste feit was gesaisisseerd, zich ook noodzakelijk daartoe moest bepalen, en geenszins tot het tweede feit vermogt te worden uitgestrekt. O., dat mitsdien het tweede feit in het vroeger geding ook geen punt van regterlijk onderzoek en beslissing heeft uitgemaakt, of heeft kunnen uitmaken, en

van belang geacht of het nog te berechten delict deel had uitgemaakt van een eerder rechterlijk onderzoek ter zitting en van de daar genomen beslissing.

3.3 Idem in de Nederlandse rechtspraak van 1886 tot 1962

De hier beschreven opvatting over het feitsbegrip is na de invoering van artikel 68 Sr in 1886 niet spectaculair gewijzigd, zo blijkt uit het jurisprudentieonderzoek van Krabbe.[45] Deze jurisprudentie laat overigens geen gevallen zien van een tweede vervolging van hetzelfde feit wegens nieuw opgekomen bezwaren. Krabbe signaleert toepassing van de regel op in hoofdzaak slechts drie terreinen: daar waar het gaat om herstel van fouten in de tenlastelegging, daar waar het gaat om delicten die op verschillende momenten worden gepleegd, zoals in het geval van het voortduren van een verboden toestand, en daar waar verschillende aspecten van dezelfde historische gebeurtenis bij rechters met verschillende competentie worden aangebracht. Volgens dit onderzoek liet de uitleg van het feitsbegrip tussen 1886 en 1932 nog steeds in beginsel geen 'herstel' van de tenlastelegging door middel van een tweede vervolging toe. De bestudeerde jurisprudentie betreft echter vooral lichtere delicten. Nadat op zeker moment de uitleg van het feitsbegrip in de weg kwam te staan aan een vervolging wegens een misdrijf dat tegen het leven was gericht, en wel dat van twee ambtenaren die hun werk deden, is een ruimere koers gekozen, één waarin het feitsbegrip beperkter werd uitgelegd.

Het betreft het bekende (of beruchte) voorval te Nederhemert.[46] De verdachte reed daar, komende vanuit Noord-Brabant, op 7 oktober 1930 'des voormiddags omstreeks 6½ uur' op de Draaibrug over het Heusdensch kanaal met een vrachtauto die geladen was met koeien. Het vervoer van runderen was op dat moment verboden. Twee veldwachters stonden aan het eind van de brug, aan de Gelderse kant, om op naleving van de wet te controleren. Zij gaven de verdachte een stopteken, maar deze reed 'in volle vaart tegen hen in zodat zij slechts door op het

---

dat derhalve de latere regtsvervolging, alleen ter zake van dit feit ingesteld, niet ten onderwerp heeft hetzelfde feit, waarvan de req. vroeger is vrijgesproken (…).'

45 Krabbe 2001 en 2005. Krabbe komt in zijn onderzoek tot een relativering van de vaak gehanteerde aanduiding voor de invulling van het feitsbegrip door de HR sinds 1886, namelijk als 'materieel feit', zoals dat zou hebben gegolden vóór 1886. Krabbe concludeert uit de jurisprudentie tussen 1886 en 1932 dat de HR beoordeelt of de ten laste gelegde gedragingen, met inbegrip van het lijdend voorwerp, overeenkomen. Dit lijkt inderdaad een minder materiële uitleg dan bijvoorbeeld in HR 13 maart 1855, *W.* 1855, 1668, 3 waarin 'diefstal van zand' en 'poging tot diefstal van zand' als hetzelfde feit werden bestempeld; anderzijds wees de HR ook in die tijd al een louter materiële uitleg van de hand, zoals blijkt uit Kraakman of De stroper en de jachtopziener, hiervoor besproken.

46 Hof Arnhem, 1 oktober 1931, *NJ* 1932, 908 (Brug te Nederhemert).

allerlaatste op zijde te springen niet overreden werden'. De snelheid was volgens de verbalisanten 25 à 30 km per uur. De verdachte werd vervolgd wegens 'bedreiging met doodslag althans met zware mishandeling'. Deze vervolging stuitte af op artikel 68 Sr omdat de verdachte inmiddels definitief door de kantonrechter was veroordeeld voor de door hem gepleegde overtreding van de Veewet (het vervoer van de koeien). De kantonrechter had bij de strafoplegging 'rekening gehouden met het feit dat verdachte niet op vordering der verbalisanten is stilgehouden'. Het gerechtshof verklaarde het openbaar ministerie niet-ontvankelijk omdat sprake was van 'hetzelfde materieele feit'.[47]

Dit oordeel ging naar de mening van sommigen, waaronder leden van de Hoge Raad, te ver.[48] De Hoge Raad kwam daarom met een 'nieuw' criterium, een criterium dat was ontwikkeld binnen de rechtspraak over de uitleg van artikel 55 Sr, de eendaadse samenloop.[49] Dat de feiten op dezelfde plaats en op dezelfde tijd en

---

47 Het is kenmerkend voor de uitleg van het toenmalig feitsbegrip dat de behandelend PG en de raadsheren van het hof wel hebben onderzocht of de strafbare gedraging wellicht in feitelijke componenten kon worden gesplitst, zoals het uitvoeren uit Brabant en het invoeren in Gelderland (het kanaal markeerde de grens tussen beide provincies) en dat niet is gezocht naar een juridische splitsing van de gedraging. Voorts valt op dat niet nog apart is benadrukt dat kantonrechter rekening had gehouden met het feit dat verdachte niet op vordering der verbalisanten had stilgehouden. Gelet op de oude rechtspraak van de HR was dit gegeven mogelijk op zich zelf reeds van doorslaggevende betekenis: de 'poging tot doodslag dan wel zware mishandeling' had zo immers 'punt van regterlijk onderzoek en beslissing uitgemaakt' (vgl. HR 8 januari 1856, Kraakman of De stroper en de jachtopziener).

48 Het arrest is becommentarieerd door Taverne, toen raadsheer in de Hoge Raad, noot onder HR 27 juni 1932, *NJ* 1932, 1659 (Brakelse Kermis, gewezen door Feith, Taverne, Schepel, De Menthon Bake, en Fick). Volgens Taverne diende er steeds rekening mee gehouden te worden dat eerst de lichtere overtreding en dan pas het misdrijf zou worden vervolgd. 'Het belang van een goede justitie eischt m.i. dat dit onmogelijk is, wanneer nu eenmaal het nodige overleg tusschen de vervolgende organen heeft ontbroken. Dat eischt een teleologische uitlegging der strafwet - natuurlijk voorzoover zij niet met den wettekst in strijd komt - ook al zou oorspronkelijk een andere opvatting aan het bewuste artikel ten grondslag hebben gelegen.' In een geval als de Bug te Nederhemert moest een tweede vervolging mogelijk zijn. Omgekeerd, zoals in het geval van de Brakelse kermis, was die noodzaak volgens Taverne minder aanwezig, maar volgde een tweede vervolging onvermijdelijk uit het nieuwe criterium. Op 1 februari 2011 verwees de Hoge Raad naar het arrest Brakelse kermis om aan te geven 'dat destijds op goede gronden afstand is genomen van een louter feitelijk criterium omdat het aanleggen van zo'n maatstaf kan leiden tot onaanvaardbare uitkomsten', HR 1 februari 2011, *LJN* BM 9102, r.o. 2.8. Van een 'louter feitelijk criterium' in de rechtspraak van de HR vanaf 1886 is echter volgens Krabbe nooit sprake geweest. In de jaren vóór 1886 was daarvan, zoals we hiervoor zagen, ook geen sprake.

49 HR 8 februari 1932, *W.* 1932, 12500 en HR 15 februari 1932, *W.* 12491, beide met een noot van M.P.V. (Vrij), getiteld: 'Tot dusver eendaadsche, voortaan meerdaadsche samenloop'. In het arrest van 8 februari 1932 ging het om iemand die op de treeplank van een auto was gesprongen en de bestuurder had geslagen waardoor deze een voetganger aanreed; de feiten, mishandeling van de één en letsel door schuld van de ander, werden beschouwd als te zijn gepleegd in meerdaadse samenloop; het arrest van 15 februari 1932 betrof de bestuurder die dronken en in een

in één gedraging waren voorgevallen, nam, aldus deze nieuwe rechtspraak, niet weg dat van twee verschillende feiten kon worden gesproken die afzonderlijk konden worden vervolgd. Daarvan was in het bijzonder sprake wanneer 'het kenmerkende van het feit', ofwel de juridische grondslag voor de strafbaarstelling, uiteenliep.[50] Op dit juridische aspect in de beoordeling van het feitsbegrip lag sindsdien de nadruk. Geheel nieuw was deze opvatting echter niet. Dezelfde kwestie was behandeld door Matthaeus (1644), aan de hand van het voorbeeld van de man die na tienen 's avonds zonder licht de straat opging (eerste overtreding) en zijn zwaard meenam (tweede overtreding) en daarmee iemand verwondde (derde overtreding).[51] Matthaeus sloot niet uit dat er sprake kon zijn van drie apart te bestraffen delicten. Voorts was dit criterium in het arrest van de stroper en de jachtopziener uit 1856 (hiervoor besproken) reeds toegepast.

Hierboven suggereerde ik dat de aanscherping van de rechtspraak mogelijk toe te schrijven is geweest aan de aard van het delict (het inrijden op twee veldwachters). Het is echter niet uit te sluiten dat deze koerswijziging tevens te maken had met de crisissfeer van de jaren dertig. Er bestond op dat moment grotere aandacht voor veiligheids- en gemeenschapsdenken. De aandacht verschoof van de waarborging van rechten voor het individu, naar aandacht voor 'het gevoelen in de samenleving'. We zagen hiervoor hoe Langemeijer dit gewijzigde politieke klimaat in 1938 onder de aandacht van de vergadering van de Nederlandse Juristenvereniging bracht.[52] Ook Van Bemmelen[53] en Veegens[54] maakten er, resp. in

---

voertuig zonder brandende 'lantaarns' reed in de Oude Kijk in 't Jatstraat (ook gepubliceerd in *NJ* 1932, 289, m.nt. BVAR). Vrij bekritiseerde de door de Hoge Raad gekozen manier om gevallen waarin de vervolgende autoriteiten onvoldoende hadden samengewerkt aan te pakken, nl. door middel van de uitleg van de samenloopregeling. Hij zag liever dat de samenwerking in de vervolging werd verbeterd, *W.* 1932, 12491, p. 2, l.k.

50 In het Oude Kijk in 't Jat straat-arrest, *NJ* 1932, 289, m.nt. BVAR overwoog de HR vervolgens, dus na de constatering dat het kenmerkende van 'dronken rijden' en 'rijden zonder licht' geheel verschillend is: 'dat deze twee feiten geheel los van elkander kunnen worden gedacht en elk op zich zelf een zelfstandige overtreding van verschillend karakter oplevert, zoodat, al kunnen zij zich, gedurende een zeker tijdsverloop, zeer gemakkelijk ten aanzien eenzelfden dader gelijktijdig voordoen, die gelijktijdigheid niet iets wezenlijks is, het eene feit niet als 't ware in het andere opgaat en het eene feit dan ook niet kan worden beschouwd als een omstandigheid, waaronder het andere feit zich voordoet; dat bij een dergelijk complex van feiten het ook zeer goed mogelijk is, dat op een bepaald oogenblik het eerste feit, onafhankelijk van het tweede en op een ander oogenblik het tweede feit onafhankelijk van het eerste wordt geconstateerd'.

51 Zie Hoofdstuk 4, par.1.2.3.1.

52 Langemeijer 1938 (a), p. 553: 'Wanneer een volk blijk geeft behoefte aan een sterk gezag te gevoelen, dan kan het noodlottig zijn, als die behoefte niet bevredigd wordt.' en p. 560: 'waar andere dan gevoelsoverwegingen hier eigenlijk niet in het geding zijn, geeft dit de doorslag'. Zie diens nadere toelichting ter vergadering van de NJV, 1938b, p. 38 e.v.

53 Van Bemmelen 1934 (1), *W.* 12736, 1, t.k.: 'Als wij dit verband tusschen beide regels eenmaal zien (het verband tussen de regels *nullum crimen* en *non bis in idem*, wvh), wordt het ook volko-

1934 en in 1938, melding van. Bij deze wijziging in het politieke klimaat paste dat bescherming door het verbod van herhaling eerder dan voorheen als disproportioneel werd beschouwd. Enige tijd was er sprake van een tamelijk enge uitleg van het feitsbegrip.[55]

3.4 Idem in de Nederlandse rechtspraak vanaf 1962

Sinds 1962 is de Hoge Raad de zogenaamde 'middenkoers' gaan varen. Met een beroep op de 'ratio' of 'de strekking van artikel 68 Sr' geldt thans weer een uitleg waarin zowel acht wordt geslagen op de juridische als op de feitelijke aspecten van de beide feiten die achtereenvolgens worden vervolgd. Het criterium werd uiteengezet in 'De Emmense bromfietser'. In die zaak toetste de Hoge Raad of:

> 'tussen de destijds bewezenverklaarde en de thans tenlastegelegde en bewezenverklaarde gedragingen een zodanig verband bestaat met betrekking tot de gelijktijdigheid en de wezenlijke samenhang in het handelen en de schuld van de verdachte dat sprake is van hetzelfde feit in de zin van artikel 68 Sr'.[56]

Aan deze toets is sindsdien vastgehouden, al lijkt de uitbreiding van de mogelijkheid tot wijziging van de tenlastelegging in artikel 313 Sv[57] te hebben bijgedragen

---

men begrijpelijk, dat in denzelfden tijd, die zich het scherpst tegen rechterlijke en overheidswillekeur kant: den tijd van den Amerikaanschen vrijheidsoorlog en de Fransche revolutie, de beide regels zelfs als grondwettelijke worden aanvaard en dat in een periode, waarin men het belang van de gemeenschap vooropstelt, zooals zulks thans geschiedt, men zich weder van deze regels geheel of gedeeltelijk los wil maken.'

54 Veegens 1938, p. 47. 'De tegenwoordige verschuiving van inzicht in de verhouding van gemeenschap en individu moet er m.i. toe leiden het *tegen* van de herziening ten nadeele van den verdachte lichter en het *voor* zwaarder te tellen.'

55 Naar aanleiding van de aanscherping van de uitleg van het feitsbegrip begin jaren dertig heeft met name Van Bemmelen de vraag opgeworpen waar de grens tussen eendaadse en meerdaadse samenloop, en wel een niet toegestane tweede vervolging in geval van hetzelfde materiële gebeuren lag, Van Bemmelen 1934 (I, II en III). Later presenteerde Van Bemmelen in zijn preadvies 1953 een systeem waarin het feitsbegrip in de samenloopregeling en in art. 68 op dezelfde wijze werd uitgelegd.

56 HR 13 april 1954, *NJ* 1954/369; HR 27 maart 1956, *NJ* 1956/314; HR 13 november 1956, *NJ* 1957/ 173; HR 20 november 1956, *NJ* 1956/174, HR 21 november 1961, *NJ* 1962/89 (Emmense bromfietser), alle m.nt. B.V.A. Röling. Deze arresten zijn besproken door Remmelink 1964.

57 In de Wet van 14 september 1995 (Wet vormverzuimen), *Stb*. 441, in werking getreden op 2 november 1996, *Stb*. 522, *Kamerstukken* nr. 23705, zijn de woorden in art. 313 Sv 'voordat hij voor de eerste maal overeenkomstig art. 311 het woord voert' geschrapt . Hierdoor werd het mogelijk om de tenlastelegging nog in hoger beroep te wijzigen, mits daardoor geen ander feit in de zin van art. 68 Sr wordt ten laste gelegd. Een toonzettende uitspraak over het bereik van art. 313 Sv vormde HR 2 november 1999, *NJ* 2000, 174, m.nt. J. de Hullu, (Tjoelker). Daarin werd overwogen dat voor de toepassing van art. 313 Sv niet nodig is 'dat de strekking van de verschil-

aan een iets ruimer feitsbegrip.[58]

Op 1 februari 2011 heeft de Hoge Raad zijn standpunt omtrent de uitleg van het feitsbegrip - de toetsingsmaatstaf - verduidelijkt en daarbij benadrukt dat dit arrest geen inhoudelijke wijziging in de bestaande jurisprudentie beoogt. Ook de jurisprudentie van het EHRM gaf daar geen aanleiding toe,

> 'van de Nederlandse maatstaf kan immers niet worden gezegd dat deze teveel nadruk legt op de toetsing van juridische elementen' (vgl. r.o. 81 Zolotukhin/Rusland, wvh), 'terwijl deze maatstaf voldoende ruimte laat aan wat wel wordt aangeduid als de feitelijke component'.[59]

De Hoge Raad preciseerde de hierboven geciteerde maatstaf[60] en overwoog aansluitend:

> 'Opmerking verdient 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 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.'[61]

---

lende delictsomschrijvingen dezelfde is. Een wijziging zou echter ontoelaatbaar zijn indien de strekking van de verschillende delictsomschrijvingen wezenlijk zou uiteenlopen'. Deze overweging vertoont gelijkenis met HR 8 januari 1856 (Kraakman of De stroper en de jachtopziener), hiervoor besproken. Zie voorts HR 16 oktober 2007, *NJ* 2008/127, m.nt. N. Keijzer (Bewusteloze bestuurder).

58 Over de relatie tussen deze wetswijziging en de daarop gevolgde mogelijk toch iets ruimere uitleg van het feitsbegrip in HR 29 maart 2005, *NJ* 2007/509, *LJN* AR8401 (art. 68 Sr) zie Van Hattum 2007.

59 HR 1 februari 2011, *NJ* 2011/394, *LJN* BM9102, r.o. 2.8.

60 HR 1 februari 2011, *NJ* 2011/394, *LJN* BM9102, r.o. 2.9.1. 'Bij de beoordeling van de vraag of sprake is van 'hetzelfde feit', dient de rechter in de situatie waarop art. 68 Sr ziet de in beide tenlasteleggingen omschreven verwijten (…) te vergelijken. Bij die toetsing dienen de volgende gegevens als relevante vergelijkingsfactoren 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. Indien de tenlasteleggingen (…) niet dezelfde gedraging beschrijven, kan de mate van verschil tussen de gedragingen van belang 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.'

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

Een aanzienlijk verschil in de juridische aard van de feiten en/of in de gedragingen kán tot de slotsom dat geen sprake is van 'hetzelfde feit'. Het is geen dwingend gevolg. De uitkomst hangt af van de overige omstandigheden.

3.5 Conclusie

De conclusie uit dit globale overzicht van de Nederlandse rechtspraak over de uitleg van het feitsbegrip mag zijn dat de feitelijke component, het historische gebeuren, een belangrijk onderdeel van de toets uitmaakt, al is ook de juridische zeker niet te verwaarlozen. Toch is die nadruk op het historisch gebeuren zo groot dat het feitsbegrip daardoor (veel) ruimer wordt uitgelegd dan in Frankrijk. Vervolging wegens verduistering van een goed door misbruik van vertrouwen van de werkgever gevolgd door een vervolging wegens oplichting ter ontfutseling van datzelfde kapitaal gepleegd ten opzichte van de klant, zal in Nederland waarschijnlijk niet kunnen plaatsvinden.[62] Ook lijkt het niet waarschijnlijk dat op basis van het bestaande criterium in een zaak zoals van Thibaud of Laurent een tweede vervolging zou worden toegelaten.[63] Daarvoor zou, om met Ortolan te spreken, een interpretatieve *tour de passe*,[64] moeten worden gemaakt. De doctrine staat echter niet heel afkerig tegenover een dergelijke kunstgreep. Er zijn wel stemmen opgegaan om het feitsbegrip zo uit te leggen dat in ernstige gevallen van misleiding van de rechter hetzelfde historische feit nogmaals kan worden vervolgd. De voorbeelden betreffen over het algemeen zaken waarin het vervolgingsbelang groot is, dus waarin sprake is van een zeer ernstig feit. Over deze stemmen uit de doctrine handelt de volgende paragraaf.

---

62 Vgl. CdC 17 december 1987 (verduisterd kapitaal), genoemd in dit Hoofdstuk 12, par. 3.2.

63 Van Bemmelen wierp de kwestie zoals zich voordeed in de zaak Thibaud al op in zijn noot onder HR 13 november 1933, W. 1934, 12695, p. 4 r.k. en benoemde tevens de omgekeerde situatie - dus een vrijspraak voor de opzetvariant gevolgd door een vervolging wegens de schuldvariant. Hij liet echter na de vraag te beantwoorden al schreef hij er de voorkeur aan te geven opzet en schuld niet als elkaar uitsluitende psychische toestanden te willen beschouwen, dus anders dan het *Cour de Cassation*.

64 In geval van dood door schuld en moord is het beschermde rechtsgoed, het leven van een ander, gelijk, en beide feiten worden beschouwd als een misdrijf en worden met gevangenisstraf bedreigd. Wel lopen de strafmaxima sterk uiteen. De feitelijke gedraging is hetzelfde, zij het dat er sprake is van een andere geestesgesteldheid, welke in de delictsomschrijvingen wordt uitgedrukt met een verschillend subjectief bestanddeel (*l'élément morale*).

4. Nederlandse doctrine inzake toelating van nieuwe bezwaren

Onder meer Remmelink (1922-2003)[65] en Corstens[66] hebben kanttekeningen geplaatst bij de toepassing van het huidige feitsbegrip in artikel 68 Sr. Remmelink bepleitte het aanleggen van een billijkheidsmaatstaf, resulterend in een 'relatief' feitsbegrip[67] immers:

> '(…) het kan gebeuren, dat het OM volkomen buiten zijn schuld, maar eenvoudig doordien de verdachte door valse bekentenissen en papieren de zaak heeft 'opgelicht', op het verkeerde paard heeft gewed. Of, onwetend gehouden door verdachte wat de ernstiger misdrijf-feiten betreft, uitsluitend wegens een overtreding een strafvervolging heeft ingesteld.'[68]

Dit soort situaties moet volgens Remmelink leiden tot een 'genuanceerde toepassing' van artikel 68 Sr,[69] een toepassing waarin de tweede vervolging dus niet hoeft af te stuiten op 'hetzelfde feit'. Remmelink bouwde daarmee voort op vergelijkbare opmerkingen van Van Bemmelen (1898-1982) en Langemeijer (1903-1990).[70] Van Bemmelen achtte het in het algemeen niet aanvaardbaar dat de ver-

---

65 J. Remmelink geldt als gezaghebbend auteur op het gebied van het strafrecht. Zijn rede bij de aanvaarding van het ambt van gewoon hoogleraar straf- en strafprocesrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen was getiteld 'Samenloop in nieuwe banen. Enige opmerkingen over de jongste ontwikkeling van de Hoge Raad omtrent de samenloop van strafbare feiten en van strafbepalingen.' Tot zijn bekendste werk behoort de bewerking van het handboek van Mevrouw Hazewinkel-Suringa, 'Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht', (laatste druk 1996).

66 G.J.M. Corstens is vanaf 1995 raadsheer in de Hoge Raad en sinds 2008 president van dit college.

67 Remmelink 1964, p. 14: 'Correcties … zijn mogelijk , bijv. wanneer door toedoen van de verdachte een verwant strafbaar feit destijds onbekend is gebleven.'

68 Remmelink 1996, p. 604.

69 Remmelink 1969, p. 236: 'Zou men niet - wat Langemeijer ook wel eens heeft betoogd - met een genuanceerde toepassing van art. 68 zodat bijv. het non-bis-in-idem argument niet geldt, indien blijkt, dat door leugen en bedrog van de veroordeelde het zwaardere aspect niet aan het licht is gekomen, hetzelfde kunnen bereiken?' Het was een puntje van kritiek bij Van Bemmelens derde druk Ons Strafrecht delen I en II. Daarin had Van Bemmelen voor dit soort gevallen een vorm van herziening voorgesteld. NB Van Bemmelen had het door Remmelink verdedigde standpunt al eerder geopperd (van Bemmelen 1953, p. 4) en bracht in zijn derde druk in 1968 kennelijk een ander model ter sprake.

70 Langemeijer 1941, p. 41, met verwijzing naar Van Bemmelen 1934. Langemeijer noemde ook de berechting van diverse varianten van 'hetzelfde' zedendelict, zelfs bij de 'allerinnigste samenloop', zoals die van 'gemeenschap met een minderjarige' (245 Sr) en 'ontucht met misbruik van gezag' (248ter Sr oud, thans 248a Sr). Deze feiten kunnen zijns inziens apart worden vervolgd als bijvoorbeeld tijdens de berechting wegens art. 245 Sr het aspect van de gezagsverhouding in het geheel niet tot zijn recht zou zijn gekomen.

volging zou stuk lopen op artikel 68 Sr als na de berechting van een lichter delict zou blijken dat eigenlijk sprake was geweest van een veel ernstiger feit.[71] Van Bemmelen was van mening dat hetzelfde moest gelden indien de rechterlijke 'dwaling' een gevolg was van leugen en bedrog van de kant van de verdachte. Artikel 68 Sr zou in deze gevallen buiten toepassing gelaten kunnen worden. Hij wees echter tegelijk ook nog twee andere wegen aan om nieuwe feiten in een volgende berechting mee te laten wegen, namelijk herziening ten nadele en toepassing van 'de veronderstelde wil van de wetgever'.[72] Als men echter de wil van de wetgever nader beschouwt, zie de Hoofdstukken 7-10 van dit onderzoek, lijkt mij deze laatste benadering wat gekunsteld.

Corstens ziet voor zijn uitleg van artikel 68 Sr ruimte binnen de bestaande rechtspraak. Hij is van mening dat een aanpak van de Fransen zoals in de zaak Thibaud en Laurent kan worden ingepast in het hiervoor aangehaalde Emmense bromfietser-criterium. Ook al zou sprake zijn van gelijksoortigheid van de norm (bescherming van het leven) dan zou nog wel onderscheid kunnen worden gemaakt naar 'de aard van het schuldverwijt'.

> 'Het zou *onder omstandigheden* redelijk en rechtvaardig zijn, indien bij opheldering van de toedracht van het aanvankelijk als culpoos begaan aangemerkt delict vervolgens ter zake van de opzetvariant mag worden vervolgd' (mijn curs. wvh).[73]

Het type schuldverwijt acht Corstens in een dergelijk geval zodanig verschillend dat niet meer van 'hetzelfde feit' kan worden gesproken. Onder de 'omstandigheden' die de toelating van nieuw materiaal binnen de uitleg van het feitscriterium zouden billijken, rekent Corstens enerzijds de inspanningen die de overheid zich heeft getroost en anderzijds de procesopstelling van de verdachte. Corstens wil dus - onder omstandigheden - het feitsbegrip mede laten afhangen van factoren die betrekking hebben op de attitudes van respectievelijk de vervolgende organen en de verdachte. Ook hij bepleit dus een relatief feitsbegrip. Dat betekent dat de ene keer van 'hetzelfde feit' moet worden gesproken en de andere keer van 'een ander feit'. Vergelijken we deze benadering met de Duitse regeling van de herziening ten nadele dan valt op zij minder zekerheid biedt. De maatstaf

---

71 Van Bemmelen 1953, p. 4.

72 Van Bemmelen 1979, p. 324, 325. 'Misschien zou de H.R. ook ten aanzien van art. 68 Sr. kunnen werken met een 'veronderstelde wil' van de wetgever en daaruit kunnen afleiden dat, indien uit een feitencomplex alleen een lichter feit was berecht en ten slotte bleek dat een veel ernstiger feit, ofschoon het een wezenlijke samenhang vertoonde met het lichtere feit, niet was berecht, het niet de bedoeling van de wetgever kan zijn geweest dat dit zwaardere feit niet meer berecht zou kunnen worden. Ook daarvoor zou iets te zeggen zijn'.

73 Corstens 2008, p. 209.

is niet wettelijk vastgelegd en daardoor onhelder en dus onvoorspelbaar. De Hullu gaat met de zienswijze van Corstens dan ook niet mee.[74]

> 'Obstructie door de verdachte zou op zichzelf kunnen worden verwerkt in de deels normatieve en casuïstische toetsing die de Hoge Raad voor 'hetzelfde feit' hanteert (…). Maar zo'n correctie zou mijns inziens minder goed passen bij de objectieve grondslagen voor artikel 68 Sr.'[75]

Ik lees deze zinsnede zo dat De Hullu bedoelt dat 'men' er langs interpretatieve weg wel een mouw aan zou kunnen passen, maar dat die interpretatie dan wel strijdig is met artikel 68 Sr. Dat oordeel lijkt mij juist. Het was immers niet de bedoeling van de wetgever om vormen van obstructie aan te pakken door middel van het binnenhalen van een onderzoek naar nieuwe feiten. Juist door een zorgvuldige rechtspleging diende dwaling te worden voorkomen, onder meer door colleges van rechters en door een proces dat omwille van de bewijsgaring nog kon worden afgebroken voordat de zaak op de zitting werd aangebracht. Het was nu juist de bedoeling - door invoering van het verbod van herhaling - dat heropening van de zaak vanwege het opkomen van nieuwe bezwaren werd uitgebannen als eenmaal volledige berechting had plaatsgevonden. De regel werd geschreven om de vrijgesproken verdachte tegen een tweede vervolging te beschermen. Ging er eens iemand ten onrechte vrijuit - iets waarvan de wetgever verwachtte dat het niet vaak zou gebeuren - dan was dit 'een geringer kwaad in de maatschappij dan de veroordeling van één onschuldig mensch'. De regeling maakte kortom deel uit van een voor het strafproces als geheel gevonden evenwicht.

Voor de aanpak van obstructie lijken daarom andere wegen meer geëigend,[76] zoals het in de wet opnemen van gronden die het gewijsde opheffen (vgl. het Franse artikel 6 lid 2 CPP) of gronden voor herziening ten nadele (vgl. het Duitse artikel 362 StPO). Hiermee ben ik terug bij de ratio van het verbod van herhaling. Het wordt tijd de balans op te maken in een afsluitende beschouwing. In 2009 is echter een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer aanhangig gemaakt dat het bijzonder rechtsmiddel van herziening ten nadele wil regelen. Dit wetsvoorstel kan niet onbesproken blijven. Het stelt immers precies datgene aan de orde wat een groot deel van dit onderzoek heeft uitgemaakt, namelijk de rol van later opgekomen bewijs in het strafproces. In het volgende hoofdstuk geef ik een beschrijving van het wetsvoorstel en zal ik het beoordelen aan de hand van mijn bevindingen. Daarna volgt de slotbeschouwing.

---

74 J. de Hullu is sinds 2003 raadsheer in de Hoge Raad.
75 De Hullu 2009, p. 520.
76 In dezelfde zin Lensing 2000, p. 200.

Hoofdstuk 14
Wetsvoorstel Herziening ten nadele 2009

1. Inleiding

In 2009 is bij de Tweede Kamer een wetsvoorstel ingediend dat ziet op de invoering van de mogelijkheid om onherroepelijke einduitspraken in het nadeel van de gewezen verdachte te herzien, het wetsvoorstel 'Herziening ten nadele'. De aanleiding hiervoor was ongeveer dezelfde als in Duitsland, namelijk de ontwikkelingen in de mogelijkheden van forensisch onderzoek, waardoor oude sporen met beter resultaat kunnen worden onderzocht. De inhoud van het onderhavige wetsvoorstel is dan ook vergelijkbaar met dat van Nordrhein-Westfalen, zoals besproken in Hoofdstuk 11: de herziening ten nadele wordt mogelijk wanneer het resultaat van nieuw technisch onderzoek de vrijgesproken verdachte met grote zekerheid als dader aanwijst. Het moet daarbij gaan om ernstige delicten.

Behalve de invoering van deze grond voor herziening, een zogenaamd *novum*, is bij wijze van inhaalslag een regeling voorgesteld die vergelijkbaar is met die welke in 1877 in Duitsland het licht zag, dus een regeling voor herziening ten nadele wegens zogenaamde *falsa* en wegens 'de betrouwbare bekentenis'. Het treffen van een regeling voor *falsa* kan bogen op vergelijkbare regelingen in de andere ons omringende landen. Behalve Duitsland kent immers ook Frankrijk sinds 1959 een procedure om wegens gebleken valsheid de kracht aan het gewijsde te ontnemen terwijl Engeland, Wales, Schotland en Noord-Ierland in1997 een procedure hebben ingevoerd voor de herziening van *tainted acquittals*.[1] Buitenissig is het voorstel op zich zelf genomen dan ook helemaal niet. Uit mijn onderzoek is bovendien naar voren gekomen dat de aantasting van een vonnis wegens het aan het licht komen van *falsa* in de geschiedenis van het Nederlandse Wetboek van Strafvordering niet op heel principiële bezwaren is gestuit. De Minister noemde de bezwaren in 1913 'van practischen aard', al merkte hij tegelijk op dat een regeling mogelijk te willekeurig zou zijn en de persoonlijke vrijheid van de burgers te zeer op het spel zou zetten en er dus ook principiële kanten zaten aan zijn beslissing om geen regeling te treffen.[2] De meeste leden van de Nederlandse Juristenvereniging spraken zich in het verleden echter uit tegen een wettelijke regeling. De beweegredenen voor elke individuele tegenstem kennen wij niet, maar ik

1 Zie voorts Hoofdstuk 15, par. 3.3.
2 Zie Hoofdstuk 13, par. 2.

neem aan dat deze leden - kort gezegd - het belang van een regeling niet inzagen - zoals ook de regering in 1899 en 1913 dat belang niet zag - terwijl zij misschien tevens, net als Modderman, vreesden voor de nadelen. Ook herziening wegens een door de vrijgesproken verdachte afgelegde betrouwbare bekentenis haalde in het verleden onvoldoende steun maar werd en wordt in de doctrine lang niet door iedereen principieel afgewezen.

Voor wat betreft het toelaten van andere *nova* - zoals herziening op basis van de resultaten van nieuw technisch bewijs - lag en ligt dat heel anders. Daartegen rezen in het verleden wel principiële bezwaren, zoals blijkt uit de antwoorden van Minister van Maanen, de preadviezen van Waller en Gratama en de gehouden stemmingen in de Nederlandse Juristenvereniging. Dat deel van het wetsvoorstel vormt dan ook het heikele punt. Toelating van nieuwe bezwaren in de vorm van nieuw bewijsmateriaal om een definitief gesloten procedure te heropenen, haalt het historische hart uit de in de negentiende eeuw tot stand gekomen *non bis in idem*-regeling, net zoals het wetsvoorstel van Rheinland-Westfalen dat in Duitsland zou doen. Beide regelingen wortelen immers in dezelfde geschiedenis, namelijk die van de afschaffing van de middenbeslissing (absolutie van instantie/ Instanzentbindung). De parallellen met Duitsland liggen overigens niet alleen op inhoudelijk vlak. Ook wetstechnisch bestaat er een overeenkomst. Een en ander komt hierna nog aan de orde (par. 3.4).

Het wetsvoorstel wordt hieronder besproken. Ik wil daarbij opmerken dat ik het vooral heb bekeken door de bril van de geschiedenis van artikel 68 Sr. Ik heb het dus beoordeeld vanuit de aanleiding om in de wet een verbod van herhaling, *non bis in idem*, op te nemen.[3]

Plan van behandeling

Het hoofdstuk begint met een korte uiteenzetting van de aanloop naar het wetsvoorstel (par. 2). Dan volgt een beoordeling van de onderbouwing van het voorstel in het licht van de vereffenbaarheid met artikel 68 Sr (par. 3). In par. 4 wordt een globaal overzicht gegeven van de inhoud van het wetsvoorstel. In par. 5 wordt de balans opgemaakt. Aan de vraag of Nederland een vorm van herziening ten nadele zou moeten invoeren en zo ja, in welke vorm, zal ik aandacht besteden in de op dit hoofdstuk volgende slotbeschouwing (Hoofdstuk 15).

---

[3] Mijn invalshoek is dus een andere dan die van Keulen 2007, die de regeling in de eerste plaats benadert vanuit de vraag waarom herziening ten nadele wegens *falsa* ongeregeld zou moeten worden gelaten en komt meer overeen met die van Mevis en Kooijmans 2003, die de kwestie vooral benaderen vanuit de vraag of herziening wegens *nova* wenselijk is.

2. De aanleiding tot het wetsvoorstel: DNA-onderzoek

Sinds de regering in de aanloop naar het Wetboek van Strafvordering van 1921 nogmaals had laten weten dat aan een regeling van herziening ten nadele geen behoefte bestond, hebben politici geen speciale aandacht meer voor het onderwerp aan de dag gelegd. Dat veranderde in 2001. Toen werd het onderwerp door Tweede Kamerlid Dittrich (D66) op de agenda gezet.[4] Hij was van mening dat door de verbeteringen op het gebied van het DNA-onderzoek de kans groter was dan ooit dat achteraf nog het daderschap van een vrijgesproken verdachte zou kunnen worden vastgesteld. Bij deze stand van zaken paste in zijn ogen een procedure tot herziening van de vrijspraak. Hij drong aan op het terzijde stellen van 'het *non bis in idem beginsel*' en vond daarin medestanders.[5]

De Minister van Justitie[6] liet dit keer het onderzoek uitvoeren dat in 1913 achterwege was gebleven. Hij wenste voorlichting over de vraag of er aanleiding was voor een heropening van het strafproces als kwam vast te staan dat een vrijspraak of ontslag van alle rechtsvervolging 'onregelmatig tot stand is gekomen, dan wel zich in verband daarmee een nieuwe omstandigheid heeft voorgedaan'.[7] Daarnaast noemde hij als mogelijke grond voor heropening 'de bekentenis' van de vrijgesproken verdachte. Hij verwees daarbij naar de bestaande Duitse regeling. De Minister wilde voorts weten of de nadelen van de invoering van herziening ten nadele van een vrijgesproken verdachte niet groter waren dan de voordelen; hij signaleerde 'complexe vraagstukken' zoals 'het *ne bis in idem*-beginsel,[8] de leer van hetzelfde feit, het gezag van gewijsde alsmede de betekenis van de strafrech-

---

4 Zie het Verslag van een notaoverleg op 11 juni 2001, *Kamerstukken II* 2000/01, 27419, Heroriëntatie op de toepassing van vrijheidsstraffen en vrijheidsbeperkende straffen bij volwassenen, nr. 4, p. 14, 22, 23 en 30.

5 Dittrich, *Kamerstukken II* 2000/01, 27419, nr. 4, p. 22; Dittrich, 23 juli 2002, *Aanhangsel Kamerstukken II* 2001/02, nr. 1524; Dittrich en Schonewille (LPF), 17 september 2002, *Aanhangsel Kamerstukken II* 2002/03, nr. 109, (naar aanleiding van een artikel van Knoops over de Puttense moordzaak).

6 Minister van Justitie was A.H. Korthals (VVD).

7 Brief van 5 november 2001, *Kamerstukken II* 2001/02, 27419, nr. 5, p. 9, opgenomen in Mevis en Kooijmans 2003, p. 2, 3. De opdracht die de Minister gaf, sloot dus niet helemaal aan bij de wensen vanuit de Kamer, want in die opdracht werd niet gerefereerd aan herziening wegens *nova*. Dit volgt uit hier de geciteerde zinsnede, waarin de bedoelde 'nieuwe omstandigheid' zich 'in verband met het onregelmatig tot stand komen' van de uitspraak moet hebben voorgedaan (dus een vorm van valsheid zou moeten betreffen) en uit de nadere toelichting: 'Daarbij valt te denken aan de gevallen genoemd in het Duitse recht, te weten vervalsing van documenten, een valse verklaring van getuigen of deskundigen, het handelen in strijd met de ambtsplicht door een rechter, dan wel het afleggen van een bekentenis nadat de procedure is afgesloten'.

8 Tijdens de behandeling van dit onderwerp wordt gesproken over '*ne bis in idem*'. Ik pas mij in dit hoofdstuk aan deze schrijfwijze aan.

telijke procedure als zodanig'. Het onderzoek werd opgedragen aan de juristen Mevis en Kooijmans.[9] Deze vatten hun taak ruim op en betrokken in hun onderzoek ook 'de resultaten van nieuw technisch bewijs', zoals door Dittrich bedoeld, dus de *nova* in ruimere zin. Gaande het onderzoek werd een initiatiefwetsvoorstel ingediend, eveneens geïnitieerd door Dittrich, om de verjaringstermijnen van ernstige delicten te verlengen. Aanleiding voor die wetswijziging vormden wederom de nieuwe mogelijkheden tot opsporing aan de hand van DNA. Dit voorstel kreeg in 2005 kracht van wet. De verjaringstermijn van delicten die met een levenslange gevangenisstraf worden bedreigd, werd per 1 januari 2006 afgeschaft (art. 70 lid 2 Sr).[10]

Het advies dat Mevis en Kooijmans in 2002 uitbrachten luidde negatief; zij oordeelden dat alles bij elkaar genomen 'de voordelen niet zouden opwegen tegen de nadelen'.[11] Het 'meest klemmende bezwaar' school volgens hen in 'de inbreuk op het respect voor het onherroepelijk niet-veroordelende vonnis', en wel in het bijzonder in de 'neveneffecten' hiervan. Die zouden een forse impact kunnen hebben op de rechtszekerheid van de burger, niet alleen die van de vrijgesproken verdachte maar ook die van nabestaanden en slachtoffers.[12]

> 'Het bezwaar weegt het zwaarst in zijn uitwerking dat het enkele bestaan van de mogelijkheid kan aanzetten tot het voortzetten van rechtmatige en onrechtmatige, heimelijke en niet heimelijke opsporing, en de gewezen, niet-veroordeelde verdachte geen rust, in de zin van afweer tegen deze activiteiten, aan het eerdere onherroepelijke niet-veroordelend gewijsde kan ontlenen'.

Mevis en Kooijmans vreesden kortom dat er steeds mensen zouden zijn - zij dachten daarbij aan zowel overheidsdienaren als particulieren - die een eerdere vrijspraak niet zouden accepteren en door zouden gaan met rechercheren of het vragen daarom, juist omdat de mogelijkheid van herziening ten nadele bestond.[13] Van een dergelijke weigering zich bij een einduitspraak neer te leggen gaven zij ook een voorbeeld.[14] De gesignaleerde neveneffecten zouden wel eens haaks

---

9 Destijds resp. hoogleraar straf- en strafprocesrecht en universitair docent aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

10 Het initiatiefwetsvoorstel van Dittrich en Rietkerk, 30 juli 2002, *Kamerstukken II* 2001/02, 28495, leidde tot de Wet van 16 november 2005, *Stb.* 595 en 596.

11 Mevis en Kooijmans 2003, Hoofdstuk 10.5, p. 158 e.v. Het rapport werd in oktober 2002 aan de minister uitgebracht. In 2003 is een uitgebreidere versie van het onderzoek in boekvorm verschenen.

12 Mevis en Kooijmans 2003, p. 125.

13 Mevis en Kooijmans 2003, p. 159.

14 Het voorbeeld wordt aangehaald op p. 114. Na het verschijnen van het rapport hebben zich situaties voorgedaan die de inschatting van de onderzoekers bevestigen, hierover Van Hattum 2008. Na 2008 speelde bijvoorbeeld ook de illegale 'opsporing' door tv-presentator De Vries in

kunnen staan op het bedoelde vredestichtend effect, zo stelden de onderzoekers.[15] Het betreft een argument in de discussie over herziening ten nadele dat niet eerder zo scherp naar voren is gebracht.

Ook in de vakpers en de gewone pers waren kritische geluiden te horen over het loslaten van de absolute grenzen aan de strafrechtelijke procedure, zoals van Jesserun d'Oliveira[16] en Kuitenbrouwer.[17] Nijboer schreef een rechtsvergelijkend artikel met als conclusie dat Engeland op het gebied van een evenwichtige procedure nog een slag had in te halen.[18] De ontwikkelingen in Engeland waren met andere woorden geen reden om ons procesrecht te veranderen. Alleen voor een herziening wegens vormgebreken, zoals in Engeland de regeling voor *tainted acquittals*, was volgens Nijboer wel iets te zeggen.[19] Keulen daarentegen brak een lans voor een regeling - in het bijzonder voor de regeling van de herziening wegens *falsa* - door hem aangeduid als 'formele onrechtmatigheden'.[20] Ook herziening wegens nova wees hij niet van de hand. Het argument dat door een herzieningsregeling de vrijgesproken verdachte blijvend zou worden lastig gevallen - door Mevis en Kooijmans als belangrijkste bezwaar aangevoerd - overtuigde hem niet, immers: 'Een algemene vrijwaring tegen nieuw onderzoek levert een vrijspraak niet op.' In de optiek van Keulen was het beter de kwestie te regelen dan haar op zijn beloop te laten. Daarbij opperde hij 'dat men het belang van de vrijgesprokene verdachte om van nieuwe 'vexatoire maatregelen' verschoond te blijven ook (zou) kunnen veilig stellen door de toepassing van vrijheidsbenemende dwangmiddelen of zelfs alle strafvorderlijke bevoegdheden uit te sluiten.'[21] Het uitsluiten van *alle* strafvorderlijke bevoegdheden zou inderdaad een belangrijke tegemoetkoming zijn aan het bezwaar dat beide onderzoekers naar voren hadden gebracht. Maar ook een dergelijke bepaling zou, zo begrijp ik hun conclusie, niet kunnen voorkomen dat het enkele feit dat heropening mogelijk is, uit kan lokken tot opsporing en particulier speurwerk naar juist de vrijgesproken verdachte. Op dit nadeel kom ik hierna, bij de bespreking van andere bezwaren tegen het wetsvoorstel (par. 5), nog terug.

Uit de aanloop naar het wetsvoorstel kan de conclusie worden getrokken dat de wens van de leden van de Tweede Kamer om tot een regeling te komen niet zo-

---

de zaak Koos H., Rechtbank Amsterdam 16 april 2010, *LJN* BM1482.

15 Mevis en Kooijmans 2003, p. 160.

16 Jesserun d'Oliveira, 2002, p. 2081.

17 F. Kuitenbrouwer, 'Een proces moet eens voorbij zijn', *NRC* 27 en 28 juli 2002.

18 Nijboer 2001, p. 430, noemt het ontbreken van de beroepsmogelijkheid tegen een juryvrijspraak.

19 Nijboer 2001, p. 432.

20 Keulen 2007, p. 5.

21 Keulen 2007, p. 12. De woorden 'vexatoire maatregelen' zijn ontleend aan de MvT 1913 (*K.* 286, 3), die weer terugwijst naar de MvA uit 1899.

zeer was gebaseerd op feilen van de praktijk maar voortkwam uit de bezorgdheid dat justitie met lege handen zou staan indien als gevolg van nieuwe technische onderzoeksmogelijkheden zou blijken dat iemand ten onrechte zou zijn vrijgesproken. In die gevallen moest er een middel zijn om de zaak te heropenen. Deze oplossing paste volgens de Kamerleden voorts in een door hen gesignaleerde 'Europese' tendens. In Engeland was 'immers' ook beweging op dit gebied.

De regering ging echter in die wens niet mee. Zij was van mening dat de praktijk geen behoefte had aan het rechtsmiddel en dat de voordelen niet opwogen tegen de nadelen.[22] Voor de Minister woog zwaar dat strafzaken binnen een redelijke termijn tot een einde moeten worden gebracht en dat het rechtsmiddel de rust in de samenleving meer zou verstoren dan bevorderen.[23] Ook wees hij, net als zijn voorganger in 1913, op de 'buitengewone' complexiteit van een dergelijke regeling. Wel gaf hij toe dat de herziening van een definitief gesloten zaak 'meer in het algemeen in uitzonderlijke situaties in theorie wenselijk zou zijn'. De Minister dacht daarbij aan een bekentenis ter zake van een ernstig delict. Het was echter voor hem geen reden om in een regeling te voorzien: 'Vooralsnog bestaan evenwel geen aanwijzingen dat de onmogelijkheid om in dergelijke situaties op te treden in de praktijk tot problemen heeft geleid. Het belangrijkste resultaat van een dergelijke aanpassing zou daarbij zijn dat in een dergelijke zaak geen bekentenis wordt afgelegd'.[24]

Toch diende de regering[25] in 2009 alsnog een wetsvoorstel in om de bestaande herzieningsregeling aan te vullen met herziening ten nadele, zowel op grond van *falsa* als op grond van *nova*.[26] Net als in Duitsland vormde één concrete zaak de aanleiding.[27] De door de regering ingewonnen adviezen van de diverse bij de

---

22 Brief van Minister van Justitie J.P.H. Donner (CDA), van 15 augustus 2003 en de 'Lijst van vragen en antwoorden', 23 maart 2004, resp. *Kamerstukken II* 2003/04, 27419, nr. 6 en nr. 7.

23 *Kamerstukken II* 2003/04, 27419, nr. 6, p. 3 en *Kamerstukken II* 2003/04, 27419, nr. 7, antwoorden op vraagpunten 5 en 9.

24 *Kamerstukken II* 2003/04, 27419, nr. 6, p. 3.

25 Kabinet Balkenende IV, bestaande uit CDA/PvdA/CU (22 februari 2007-14 oktober 2010); Minister van Justitie was E.M.H. Hirsch Ballin (CDA).

26 Wijziging van het Wetboek van Strafvordering in verband met de invoering van een regeling betreffende herziening ten nadele van de gewezen verdachte (Wet herziening ten nadele), *Handelingen II* 2008/09, 32044, 1, ingediend op 1 september 2009; het conceptwetsvoorstel is van juli 2008. Het wetsontwerp 'Wijziging Herziening ten voordele' kreeg nummer 32045.

27 *Kamerstukken II* 2008/09, 32044, 3 (MvT), p. 1. Het betreft de in de MvT, p. 13, zo genoemde Vivaldizaak. Het betreft een gewapende roofoverval op een Aldi-supermarkt in 2001 waarbij de bedrijfsleider was omgekomen. Ondanks de aanwijzingen tegen de verdachte, die onder meer bestonden uit DNA-materiaal, werd hij vrijgesproken (over de zaak meer op Crimelink.nl). In 2007 is het celmateriaal van de vrijgesproken verdachte - na zijn arrestatie op grond van verdenking van een nieuw delict - opnieuw onderzocht. Uit dat onderzoek zou zijn gebleken dat de

strafrechtspleging betrokken organisaties waren over het algemeen terughoudend, maar niet afwijzend.[28] Alleen de Nederlandse Orde van advocaten maakte principieel bezwaar tegen het voorstel en vond de prijs die voor het opsporen van de dader zou moeten worden betaald te hoog; aan de andere uiterste zijde stond het College van procureurs-generaal, dat graag een ruimere regeling zag. Hoewel het wetsvoorstel aanvankelijk werd 'meegenomen'[29] met de op stapel staande wijziging van de regeling van de herziening ten voordele moest de voorgestelde regeling, zo benadrukte de Minister, niet worden beschouwd als 'het spiegelbeeld' van de bestaande herzieningsregeling.[30] Met die opmerking onderstreepte hij dat de opsporing van onschuld, zoals het geval is bij herziening ten voordele, iets anders is dan het bewijzen van schuld. De herziening ten nadele werd daarom volgens de Minister 'restrictiever ingericht' dan de herziening ten voordele.[31] In de memorie van toelichting stelt de Minister 'dat tegen introductie van een beperkte mogelijkheid van herziening ten nadele van de gewezen verdachte geen constitutionele bezwaren bestaan en dat artikel 68 Sr en het daaraan ten grondslag liggende beginsel evenmin beletselen opwerpen'.[32] Aan de houdbaarheid van deze opvatting is de volgende paragraaf gewijd. Daarna volgt een korte schets van de inhoud van het wetsvoorstel.

---

kans dat het oude materiaal van een willekeurig ander dan de vrijgesproken verdachte afkomstig was niet één op honderdduizend was (zoals aanvankelijk was aangenomen), maar één op een miljard. Naar aanleiding van deze zaak gaf de Rotterdamse Hoofdofficier van Justitie Korvinus een interview aan de krant (F. Jensma, 'OM heeft recht op tweede kans', *NRC-Handelsblad*, 27 juni 2007) en schreef de voorzitter van het College van procureurs-generaal, H. Brouwer, een ingezonden stuk in *NRC-Handelsblad*, 18 juli 2007, onder de kop 'Onherroepelijke vrijspraak lijkt goed, maar is het niet'.

28 Advies werd ingewonnen van de Hoge Raad, de Raad voor de Rechtspraak, het College van procureurs-generaal, de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, de Nederlandse Orde van Advocaten en het College Bescherming Persoonsgegevens. Bovendien werden de belangrijkste critici van de huidige herzieningsregeling, de rechtspsychologen Crombach, Van Koppen en Wagenaar uitgenodigd hun advies te geven. De laatsten beperkten hun advies tot de wijziging in de huidige herzieningsregeling (herziening ten voordele). De adviezen zijn als bijlagen bij de memorie van toelichting gevoegd.

29 Voortgangsbericht herziening Wetboek van Strafvordering, 27 februari 2008, *Kamerstukken II* 2007/08, 29271, 7.

30 *Kamerstukken II* 2008/09, 32044, 3 (MvT), p. 5.

31 MvT, p. 5.

32 MvT, p. 9.

3. Het wetsvoorstel en de uitleg van artikel 68 Sr

3.1 De portee van artikel 68 Sr

Uit mijn onderzoek is naar voren gekomen dat de Nederlandse regering in de jaren vanaf de Staatsregeling 1798 een einde wilde maken aan het uitbrengen van niet-definitieve eindbeslissingen die het gevolg waren van het middeleeuwse inquisitoire strafproces. Dit soort 'middenbeslissingen', die 'slaking', 'ontslag', 'ontslag onder handtasting' dan wel 'absolutie van instantie' werden genoemd, hielden de verdachte aan het lijntje. Om hem onder handbereik te houden, werden hem vrijheidsbeperkende maatregelen opgelegd. Deze inbreuk op de persoonlijke vrijheid werd sinds de Verlichting niet meer als acceptabel beschouwd. In de jaren die volgden werd naar een regeling gestreefd om tot definitieve vrijspraken te kunnen komen. De invoering van de Franse wetgeving doorkruiste dit proces. Bij Keizerlijk Decreet werd immers plots 'een regeling bereikt', namelijk de Franse. De *Code d'instruction criminelle* verbood expliciet een tweede vervolging na vrijspraak; hij verbood zelfs het instellen van gewone rechtsmiddelen tegen een vrijspraak. Zo raakte men langzaam aan de onherroepelijkheid van een definitieve vrijspraak gewend. Het nadien tot stand gekomen nationale wetboek, het Wetboek van Strafvordering van 1838, nam voorts een belangrijk beginsel over uit het Franse recht waardoor de door de Fransen geïntroduceerde regel kon worden behouden: de openbaarheid van het onderzoek ter zitting. Tot aan die openbare zitting kon een ingezette vervolging nog worden gestaakt. Hierdoor kon de 'middenbeslissing' verschuiven naar het midden van de procedure. Immers kon na het opkomen van nieuwe bezwaren de vervolging worden hervat. Zo kon in het Wetboek van Strafvordering de absolutie van instantie, ofwel 'het aanhouden van de zaak in afwachting van nieuwe bezwaren aan het slot van het proces', worden gemist. Als tegenwicht dienden de waarborgen van het nieuwe strafproces. Deze maakten naar de mening van de Minister het onderzoek van de rechter optimaal en de kans op dwalingen minimaal. Behalve in de splitsing van het strafproces (in een geheim en een openbaar deel) werden die waarborgen gevonden in het nieuwe bewijsrecht en de berechting door rechterlijke colleges. Op deze basis kon het Wetboek van Strafvordering de definitieve vrijspraak introduceren met daaraan gekoppeld het verbod om de vrijgesproken verdachte nogmaals wegens hetzelfde feit te vervolgen. Het kwam te staan in artikel 218 Sv 1838. 'Dit artikel is hoogst gewigtig, en bevat de regel *non bis in idem*', hield de Minister aan de Kamerleden voor. Een enkeling maakte in 1836 namelijk nog bezwaar. Deze zou liever op de oude voet doorgaan en dus het heropenen van gesloten zaken handhaven. De Minister wees die weg echter ten stelligste van de hand. De stap die in 1838 werd gezet was kortom principieel; het betrof de veran-

kering van een mensenrecht. Dit recht is nadien - ongeschonden - in artikel 68 Sr overgenomen en daar sindsdien bewaard. Het terugdraaien van deze regel rechtvaardigt daarom een onderbouwing met deugdelijke en zwaarwegende argumenten.

3.2 De onderbouwing van de voorgenomen wetswijziging

De toelichting op het voorstel stelt in dit opzicht enigszins teleur. Weliswaar betitelt de Minister de voorgestelde wijziging als een 'principiële stap in het Nederlandse strafprocesrecht',[33] maar de noodzaak om die stap te zetten, wordt niet echt duidelijk. De memorie van toelichting laat niet zien dat de in 1838 gevonden balans slecht heeft gefunctioneerd of de maatschappij schade heeft berokkend. Verwezen wordt naar het ene in de media genoemde geval van *mogelijke* onterechte vrijspraak ('Vivaldizaak'). Voor het overige berust de voorgenomen regeling op de veronderstelling dat in de toekomst mogelijk gevallen van onterechte vrijspraak zullen kunnen worden ontdekt.[34] Die veronderstelling is gebaseerd op de ontwikkelingen op het gebied van DNA-onderzoek. Er is verder geen feitenmateriaal aan ten grondslag gelegd.[35] Wel wordt verwezen naar enkele gerucht-makende zaken die in het buitenland tot de invoering van herziening ten nadele hebben geleid.[36] Als hiermee zou worden bedoeld dat in Nederland dezelfde fouten kunnen worden begaan is dat enigszins misleidend, aangezien voor een zuivere vergelijking ook de verschillen tussen het Nederlandse strafproces en het

---

33 Nota naar aanleiding van het verslag, 17 februari 2010, *Kamerstukken II* 2009/10, 32044, nr. 6, p. 2.

34 MvT, p. 2. Cijfermateriaal met betrekking tot gevallen van herziening ten nadele in het buitenland, of andere praktijkgevallen dan de Vivaldizaak, is in de aanloop naar de indiening van het wetsvoorstel noch daarna aangeleverd. Een inventarisatie van het aantal twijfelachtige Nederlandse vrijspraken werd in die periode niet uitgevoerd; om die gegevens is ook niet verzocht. Het voorbeeld dat Dittrich bij de deskundigen aanbracht, was geen geval van een apert onjuiste vrijspraak, Mevis en Kooijmans 2003, p. 114.

35 In de Nota naar aanleiding van het nader verslag, 29 juni 2011, 32044, nr. 11, p. 10, schrijft de Minister alsnog dat 'Navraag bij het openbaar ministerie leert dat er na inwerkingtreding van de wet, enkele (nog geen tiental) met een vrijspraak afgesloten zaken zijn die *mogelijk* voor herziening ten nadele in aanmerking *zouden kunnen* komen' (mijn curs. wvh). De Nota is geschreven nadat is besloten aan het wetsvoorstel alsnog terugwerkende kracht te geven. De wetgeving heeft daardoor mede betrekking op de niet meer verjaarbare moordzaken, waarvan de verjaringstermijn van 18 jaar op het moment dat de verjaringsregeling werd opgeheven (1 januari 2006, Wet van 16 november 2005, *Stb*. 595, 596) nog niet was verlopen, dus beslaat zij de periode van maximaal 18 jaar minus een dag vóór 1 januari 2006 vermeerderd met het aantal jaren dat nadien is verstreken, dus anno 2011 ca. 23 jaar.

36 De Australische '*Baby Deirdre Kennedy-zaak*', MvT, p. 7, noot 3, en de Engelse '*Billy Dunlop-case*', MvT, p. 13 en 23. In beide zaken lag een juryuitspraak ten grondslag aan de beslissing. Tak 2008, p. 19 e.v, geeft een korte beschrijving van deze zaken.

procesrecht in die andere landen zouden moeten worden betrokken.[37] De voorbeelden lijken echter eerder te zijn bedoeld om aan te tonen dat het ook elders niet ongebruikelijk wordt gevonden om een onherroepelijk vrijspraak open te breken. De minister acht dan ook niet het aantal precedenten beslissend, maar 'of er behoefte zal bestaan aan de mogelijkheid van herziening ten nadele *indien* zich daarvoor een grond voordoet'.[38] Later is het wetsvoorstel nog van de toelichting voorzien dat de voorgestelde verruiming noodzakelijk is '*om de samenleving tegen daders van ernstige misdrijven beter te kunnen beschermen*'.[39] Dit laatste is echter retoriek. Immers, indien het waar zou zijn, en de maatregel dus noodzakelijk is om de samenleving tegen daders van ernstige misdrijven te beschermen, betekent dit dat de maatschappij op dit moment grote risico's loopt om aangevallen te worden door mensen die ten onrechte zijn vrijgesproken en wier vrijspraak niet kon worden herzien, hoewel daartoe alle aanleiding was. Die stelling ontbeert elke grond.

3.3 De uitleg van artikel 68 Sr in het wetsvoorstel

Uit de opmerkingen die in de memorie van toelichting worden gemaakt ten aanzien van artikel 68 Sr blijkt dat de indiener van het wetsvoorstel zich de historische portee van de wijziging onvoldoende bewust is. De memorie van toelichting onderstreept weliswaar dat artikel 68 Sr de belichaming is van 'het *ne bis in idem*-beginsel',[40] maar daaraan wordt onmiddellijk toegevoegd dat het niet verankerd is in de Grondwet of het Statuut. Bovendien, zo vervolgt de memorie, staat het *non bis in idem-beginsel* niet principieel in de weg aan procedures tot herziening omdat die procedures veeleer een voortzetting zijn van de oude en geen nieuwe vervolging behelzen. Indien dit anders zou moeten worden gezien, aldus de memorie van toelichting, wordt toch aan de strekking van het in artikel 68 Sr gecodificeerde beginsel niet afgedaan, want, '(A)rtikel 68 stelt - blijkens de zinsnede

---

37 Minister Donner had in 2003 wel op enkele processuele verschillen gewezen, i.c. tussen het Nederlandse en het Engelse recht, om aan te geven dat de vergelijking van beide rechtssystemen mank ging, *Kamerstukken II* 2003/04, 27419, nr. 7, antwoord op vraagpunt 1. Zie over die verschillen ook Mevis en Kooijmans 2003, p. 66 e.v. en Nijboer 2001.

38 MvT, p. 4.

39 'De voorgestelde verruiming is noodzakelijk om de samenleving beter tegen daders van ernstige misdrijven te kunnen beschermen. Zware gewelds- en zedendelicten kunnen slachtoffers en nabestaanden onherstelbaar traumatiseren. Zulke misdaden raken ook het vertrouwen in de rechtsorde en de veiligheidsbeleving van de burger. Het is moeilijk te aanvaarden dat er na vrijspraak voor een dergelijk misdrijf geen straf zou kunnen volgen, wanneer naderhand door technisch onderzoek nieuw zeer sterk bewijs is gevonden, bijvoorbeeld DNA-onderzoek in een zogenoemde 'cold case', bron: 'Meer mogelijkheden om vrijspraak te herzien', persberichten van 17 februari 2011en 5 november 2010 op de website van de Rijksoverheid, <www.rijksoverheid.nl/>.

40 MvT, p. 9.

"behoudens voor zover rechterlijke uitspraken voor herziening vatbaar zijn" - buiten twijfel dat het in dat artikel gecodificeerde beginsel geen beletsel vormt voor herziening. Dat geldt *dus* ook voor een tot bijzondere gevallen beperkte regeling van herziening ten nadele, zodra deze regeling in de wet wordt opgenomen' (mijn curs., wvh).

Taalkundig gezien is deze redenering juist, maar historisch, wetshistorisch en teleologisch niet. De geschiedenis van artikel 68 Sr laat geen andere uitleg toe dan dat het artikel het tegendeel wilde zijn van een bepaling die de mogelijkheid tot hervatting van de vervolging op basis van nieuw belastend materiaal openlaat. Artikel 218 Sv 1838, waarvan de tekst is overgenomen in artikel 68 Sr, diende er nu juist toe, zo blijkt uit dit onderzoek, om die derde weg af te sluiten. Na een volledig proces kon alleen nog veroordeling of vrijspraak volgen, niet één of andere vorm van 'onbeslist laten' in afwachting van nieuwe bezwaren. Het voorbehoud in het eerste lid is - zoals we in Hoofdstuk 10, par. 1.4, zagen - slechts bedoeld een uitzondering te zijn ter méérdere bescherming van het vrijheidsrecht van de gewezen verdachte, niet tot vermindering daarvan. De in de memorie getrokken conclusie dat een inperking van het vrijheidsrecht 'dus' geoorloofd is, is dan ook in strijd met de betekenis van artikel 68 Sr.[41]

3.4 De afschaffing van een fundamentele rechtswaarborg

Zoals in de memorie van toelichting is uiteengezet bestaan er geen *constitutionele* bezwaren tegen de opneming van de voorgestelde regeling. Dat neemt echter niet weg dat er wel zwaarwegende belangen op het spel staan. Er is meer aan de hand dan dat een discussie 'uit de taboesfeer wordt gehaald', zoals de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak het betitelde.[42] Historisch beschouwd gaat het om het afschaffen van een fundamentele rechtswaarborg, een waarborg die ook heden ten dage wel wordt beschouwd als een grondwettelijk recht. In Frankrijk kreeg deze waarborg tijdens de Revolutie een plek in de eerste Constitutie[43] (en werd nadien behoorlijk uitgehold); in Duitsland is hij in de Grondwet opgenomen nadat er onder het nationaalsocialisme forse inbreuk op het beginsel was gemaakt. Beide grondwetsartikelen sproten voort uit misbruik van het strafpro-

---

41 Ter verduidelijking diene een vergelijkbare redenering: 'De hoofdregel luidt dat iedereen recht heeft op een basisverzekering, met uitzondering van sommigen, die hebben recht op een basisverzekering met extra dekking. Omdat er een uitzondering op de hoofdregel is toegestaan, mag het recht op de basisverzekering *dus* worden afgeschaft.'

42 Brief de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak van 14 oktober 2008, p. 6, Bijlage bij *Kamerstukken II* 2008/09, 32044, 3 (MvT).

43 Vgl. art. 9, hoofdstuk V, Titel III van de Franse Constitutie van 1791.

ces. Ik wil niet zeggen dat dit misbruik onmiddellijk op de loer ligt, maar wel dat waakzaamheid geboden blijft.

Dat de Duitse regeling in de grondwet is vastgelegd heeft ook een belangrijk voordeel. Hierdoor is de Duitse wetgever gedwongen stil te staan bij de vraag of de thans door Nordrhein-Westfalen voorgestelde wijziging van artikel 362 StPO met het grondwetsartikel te rijmen is.[44] Wijziging van de bestaande regeling ligt in Duitsland kortom staatsrechtelijk gecompliceerder en biedt daardoor meer waarborgen voor een degelijke afweging van alle betrokken belangen. De vergelijking met Duitsland is ook daarom interessant omdat een eventuele verruiming van de herzieningsregeling in het Duitse wetboek van strafvordering - net als in Nederland - niet tegen de '*Wortlaut*' van het in de Grondwet neergelegde verbod van herhaling ingaat. Letterlijk verbiedt artikel 103 lid 3 GG immers slechts de dubbele *bestraffing* (zie Hoofdstuk 11 par. 3). In wezen zou dus in Duitsland dezelfde redenering kunnen worden gevolgd als in de memorie van toelichting, hiervoor aangehaald, namelijk dat aan de inhoud van de grondwettelijke bepaling niets wordt gewijzigd. Het constitutionele hof, het *Bundesverfassungsgericht,* kan zich echter uitlaten over de strekking van het grondwetsartikel en uit de wijze waarop het Hof dat tot nu toe heeft gedaan, blijkt dat de historie van dit artikel gewicht in de schaal legt. Zo heeft het Hof vastgesteld dat het grondwetsartikel inhoudelijk geen verandering heeft willen brengen in de 'Rechtssatz "ne bis in idem"' en dat deze verbodsregel de betekenis heeft behouden die hij in de rechtspraak (sedert 1877) heeft gekregen.[45]

Van belang is voorts dat het verbod van herhaling behalve in artikel 68 Sr ook is vastgelegd in artikel 4 van het Zevende Protocol bij het EVRM en in artikel 14 lid 7 van het Verdrag inzake Politieke en Burgerrechten 1969. Ik kom over deze verdragen in par. 5.4 te spreken. Vanuit het perspectief van (het bewaken van) fundamentele rechten is het in elk geval toe te juichen dat het onderhavige wetsvoorstel, zoals geadviseerd door de Raad van State, vanwege het 'ingrijpende karakter van het buitengewone rechtsmiddel', als een op zichzelf staande regeling is gepresenteerd en niet meer als onderdeel van het voorstel tot wijziging van de herziening ten voordele.[46]

---

44 Vgl. Pabst 2010. Het belang van het vastleggen van rechtswaarborgen in de grondwet, zoals destijds door Elout benadrukt (Hoofdstuk 9, par. 1.3), wordt hiermee onderstreept.

45 BVerfGe 3, 248, van 18 december 1953, '*Die Entstehungsgeschichte des Art. 103 Abs. 3 GG bietet keine Anhaltspunkte dafür, daß der Rechtssatz "ne bis in idem" durch die Aufnahme in das Grundgesetz inhaltlich geändert und die durch die Rechtsprechung gezogenen Grenzen anders als bisher bestimmt werden sollten*'. Zie ook BVerfGe 56, 22 (*Grenzkorrekturen*), besproken in Hoofdstuk 11, par. 3.

46 RvS, *Kamerstukken II* 2008/09, 32044, nr. 4, p. 3.

4. De inhoud van het wetsvoorstel

4.1 Inleiding

Bij het schetsen van de hoofdlijnen van de procedure tot herziening ten nadele zoals die in het wetsvoorstel vorm heeft gekregen, zal ik in het bijzonder aandacht besteden aan de onderwerpen die eerder in deze studie aan de orde kwamen, zoals de gronden voor en de gevallen van heropening. Ook schenk ik aandacht aan de opportuniteitstoets die is opgedragen aan de Hoge Raad en het voornemen om de persoonsgegevens van de vrijgesproken verdachte te bewaren. Deze laatste maatregel zal in lagere regelgeving worden uitgewerkt. Ten slotte zullen enkele opmerkingen worden gemaakt over de mogelijke effecten van de regeling op de uitleg van artikel 68 Sr. Niet zal apart worden ingegaan op het voorschrift dat in het ontwerp is opgenomen om de opsporing door particulieren in te dammen, omdat dit de kern van de regeling niet raakt.[47]

4.2 De procedure

Het initiatief tot de procedure is in handen gelegd van het College van procureurs-generaal.[48] Dit College kan een officier van justitie belasten met de indiening van een verzoek tot het verrichten van nader onderzoek bij de rechter-commissaris.[49] Nadat dit vooronderzoek is afgerond, maar ook zonder dat een dergelijk onderzoek is voorafgegaan, kan de zaak door het College worden voorgedragen bij de Hoge Raad. Tijdens het onderzoek kan onder strikte voorwaarden de bewaring en de gevangenhouding of gevangenneming van de gewezen verdachte worden bevolen.[50]

De Hoge Raad onderzoekt de ontvankelijkheid van de herzieningsaanvraag.[51]

---

47 Art. 482a lid 4 Ontwerp. Hoewel de bepalingen dienaangaande niet onbelangrijk zijn, veranderen zij niets aan de principiële stap die met het wetsvoorstel wordt gezet. Zij voorkomen bovendien niet dat met het wetsvoorstel niet beoogde initiatieven - ik doel op het rechercheer-werk door onbevoegden - toch zullen worden ontplooid. Ook de Minister sluit die mogelijkheid niet uit, MvT, p. 3. Zie over dit onderwerp Kwakman 2008.

48 Art. 482a aanhef Ontwerp.

49 Art. 482c lid 2 Ontwerp.

50 Art. 482e lid 2 en 482f Ontwerp.

51 Art. 482b Ontwerp. De gronden voor niet-ontvankelijkheid zijn: niet-inachtneming van de wettelijke voorschriften, verjaring van het feit, overlijden van de verdachte, eerder ingediende vordering tot herziening wegens nova en een niet-onherroepelijk vonnis van een rechter in Nederland. De verjaring kon in het oorspronkelijk ingediend voorstel slechts aan de orde zijn in de gevallen waarin herziening ten nadele wordt gevraagd op grond van *falsa*, want voor *nova* zouden slechts delicten in aanmerking komen die geen verjaringstermijn kenden omdat daarvoor

Indien hij dit in het belang acht van een goede rechtsbedeling (zie par. 4.4, hierna) kan hij het onherroepelijke vonnis of arrest ten nadele van de gewezen verdachte herzien mits aan de gevallen en gronden genoemd in de wet is voldaan (zie par. 4.3, hierna).
Omdat herziening moet worden beschouwd als een voortzetting van het proces vormt de bestaande tenlastelegging het uitgangspunt van de herzieningsprocedure. Deze tenlastelegging kan echter tijdens de herzieningsprocedure nog worden gewijzigd, mits dat gebeurt binnen de criteria die gelden voor 'hetzelfde feit'.[52] Het uiteindelijk bewezen verklaarde feit kan dus ook een lichter gekwalificeerd delict betreffen, bijvoorbeeld als de ten laste gelegde moord niet, maar doodslag of zware mishandeling de dood tengevolge hebbend wel bewezen kan worden. Het is voorts niet noodzakelijk dat de uiteindelijke uitspraak betrekking heeft op een feit dat aanleiding kan geven tot herziening.[53] Dit zijn alleen ernstige delicten; ik zal ze hierna bespreken. Een en ander zou kunnen betekenen dat het feit dat oorspronkelijk is ten laste gelegd als een moord of doodslag dan wel als een opzettelijke zware mishandeling, na herziening, eindigt met een kwalificatie als 'dood door schuld'. Dood door schuld valt namelijk niet onder die ernstige delicten.

Artikel 482a lid 1a Ontwerp bepaalt - als het gaat om herziening wegens een *novum* - dat de Hoge Raad de onherroepelijke uitspraak kan herzien als

> 'er sprake is van een gegeven dat aan de rechter bij het onderzoek op de terechtzitting niet bekend was en waardoor het ernstige vermoeden ontstaat dat indien dit gegeven bekend zou zijn geweest, de zaak *zou zijn geëindigd* in een veroordeling van de gewezen verdachte voor een opzettelijk begaan misdrijf dat de dood van een ander ten gevolge heeft' (mijn curs. wvh).

We zagen hiervoor dat voor de vraag of de herzieningsprocedure kan worden gestart de feiten in de oorspronkelijke tenlastelegging doorslaggevend zijn; dit

---

gold dat zij met een levenslange straf werden bedreigd. Sinds de uitbreiding van het ontwerp met andere delicten dan waarop een levenslange straf is gesteld (Tweede en Derde nota van wijziging, hierna te bespreken) kan de verjaring als grond voor niet-ontvankelijkheid ook aan de orde komen in geval van *nova*. De wet stelt 'uitputting van gewone rechtsmiddelen' niet als eis voor ontvankelijkheid. In antwoord op vragen van enkele Tweede Kamerleden verklaarde de minister dat niet vereist is dat er in de eerste procedure cassatie is ingesteld; over het instellen van hoger beroep liet hij zich niet uit. Nota n.a.v. het Verslag, 32044, nr. 6, p. 5. Het al dan niet gebruik maken van gewone rechtsmiddelen kan een rol spelen als het gaat om de vraag of sprake is geweest van een 'eerlijke berechting' in de zin van art. 6 EVRM, zie Radchikov/Rusland, EHRM 24 mei 2007, r.o. 48.

52 MvT, p. 39. Art. 482g Ontwerp verklaart art. 313 Sv overeenkomstig van toepassing. De verwijzing naar art. 311 Sv berust op een kennelijke misslag.

53 MvT, p. 39.

geldt echter niet voor de daarin aan die feiten gegeven kwalificatie.[54] Indien is vrijgesproken van 'moord' en later blijkt dat er sprake is geweest van 'opzettelijke mishandeling de dood ten gevolge hebbend', staat de mogelijkheid van herziening in beginsel open. Het criterium is immers dat de zaak *zou zijn geëindigd* in een veroordeling.

Hier rijst onmiddellijk de vraag of de mogelijkheid om de tenlastelegging zodanig te wijzigen dat het onderdeel dat oorspronkelijk niet was toegespitst op een voor herziening vatbaar delict wordt gewijzigd in een wel voor herziening vatbaar delict, ook onderdeel uitmaakt van dit gedachte-experiment. Het gaat dan om de omgekeerde situatie, de opklimming naar een zwaarder delict in plaats van de afdaling naar een lichter. In de eerste procedure is bijvoorbeeld slechts mishandeling ten laste gelegd en later pas blijkt dat dit feit de dood van een ander ten gevolge heeft gehad. Alleen als het feit de dood van een ander tot gevolg heeft gehad is dit feit een voor herziening vatbaar delict (art. 482a lid 1a Ontwerp). Het komt dus alleen voor herziening in aanmerking als in de herzieningsprocedure de dood van die ander kan worden toegevoegd aan de telastelegging. Een ander voorbeeld betreft 'dood door schuld'. Indien in de eerste procedure alleen dit delict is ten laste gelegd en later, na het onherroepelijk worden van het vonnis, blijkt dat het een opzettelijk gepleegd misdrijf is geweest, kan ook dit feit slechts voor herziening worden voorgedragen als de tenlastelegging nog voor wijziging vatbaar is ná het onherroepelijk worden van de zaak. In beide voorbeelden wordt pas voldaan aan het vereiste dat 'de zaak *zou zijn geëindigd* in een veroordeling van de gewezen verdachte voor een opzettelijk begaan misdrijf dat de dood van een ander ten gevolge heeft', indien artikel 313 Sv deel uitmaakt van deze fictie.

4.3 Gevallen en gronden

De gevallen waarin herziening ten nadele kan plaatsvinden, zijn afhankelijk van de grond die aanleiding voor de procedure is. Het wetsvoorstel onderscheidt als gezegd twee soorten gronden: *falsa* en *nova*. Onder de *falsa* worden geschaard: een vals bewijsstuk,[55] een meinedige getuige,[56] een misdrijf gepleegd door de verdachte om de vrijspraak of een ontslag van alle rechtsvervolging te bewerkstelligen[57] en een uitspraak van een rechter die zich in verband met de zaak

[54] MvT, p. 30, in antwoord op opmerkingen door het College van PG's, in zijn advies, p. 9, 10. De Minister gaf het voorbeeld van vrijspraak van moord terwijl later zou blijken dat een veroordeling wegens een gekwalificeerde vorm van doodslag had kunnen volgen. Dit voorbeeld paste bij het oorspronkelijk ontwerp waarin de gevallen voor herziening ten nadele waren beperkt tot die waarop een levenslange gevangenisstraf was gesteld. Zie verder par. 4.3.

[55] Art. 482a lid 1b Ontwerp.

[56] Art. 482a lid 1c Ontwerp.

[57] Art. 482a lid 1d Ontwerp.

schuldig heeft gemaakt aan 'omkoping' (art. 364 Sr).[58] De valsheid hoeft niet bij onherroepelijk vonnis te zijn vastgesteld.[59] *Falsa* kunnen grond opleveren om elke vrijspraak of elk ontslag van alle rechtsvervolging te herzien, ongeacht het feit. Betreft het een vonnis van een omgekochte rechter, dan geldt de regeling behalve voor een vrijspraak en een ontslag van alle rechtsvervolging ook voor een *veroordeling*. Elke inhoudelijke einduitspraak ten aanzien van elk delict kan dus worden herzien indien die uitspraak gegeven is door een omgekochte rechter. Omdat er volgens de Minister geen voorbeelden bekend zijn van vonnissen die tot stand zijn gekomen door omkoping[60] en uit mijn onderzoek ook geen aanwijzingen naar voren zijn gekomen dat er in het verleden sprake van is geweest dat verdachten vrijuit gingen wegens een ambtsmisdrijf gepleegd door de rechter, beschouw ik deze situatie als zo theoretisch dat ik die verder onbesproken zal laten en het nog alleen zal hebben over vrijspraken, waarmee ik - voor het leesgemak - tevens 'ontslagen van alle rechtsvervolging' bedoel. Zolang het feit niet is verjaard kunnen álle vrijspraken op basis van genoemde *falsa* worden herzien. Aangezien de ernstigste delicten niet verjaren, zal herziening ten nadele kortom in die gevallen, op basis van *falsa*, steeds mogelijk zijn.

De tweede categorie van gronden vormen de *nova*. Een *novum* bestaat als sprake is van 'een gegeven dat aan de rechter bij het onderzoek op de terechtzitting niet bekend was en waardoor het ernstig vermoeden ontstaat dat indien dit gegeven bekend zou zijn geweest, de zaak zou zijn geëindigd in een veroordeling van de gewezen verdachte (…)', (hiervoor, in par. 4.2, ook al aangehaald).[61] Wegens een *novum* kan een onherroepelijke vrijspraak slechts in een beperkt aantal gevallen worden herzien, namelijk alleen indien sprake is van

> 'een opzettelijk begaan misdrijf dat de dood van een ander ten gevolge heeft'. [62]

---

58 Art. 482a lid 2 Ontwerp jo. 364 Sr.

59 'Niet vereist is dat de falsa door een - bij een onherroepelijke uitspraak gegeven - bewezenverklaring van de rechter zijn komen vast te staan. Een dergelijke eis te stellen zou naar mijn mening als nadeel hebben dat eerst de uitkomst van de procedure betreffende het misdrijf dat heeft geleid tot de verkeerde voorstelling van zaken moet worden afgewacht voordat een oordeel kan worden gegeven over de herzieningsaanvraag. Voor de gewezen verdachte zou dit kunnen betekenen dat hij pas na jaren weet waar hij aan toe is. Wel is vereist, zo kan in antwoord op de vraag van de Raad voor de Rechtspraak waar op dit punt de grens ligt worden opgemerkt, dat het zich voordoen van het falsum buiten redelijke twijfel is, (…) ' MvT p. 30, 31. Een en ander verschilt van de huidige Franse 'nietigheidsgrond' (art. 6 lid 2 CPP), maar is conform het Duitse recht, Hoffmann-Beck'scher Online Kommentar, StPO Par. 362 jo. 359 I, Rn 9, editie 15 januari 2011.

60 MvT, p. 15.

61 Art. 482a lid 1a, aanhef Ontwerp.

62 Art. 482a lid 1a Ontwerp, zoals gewijzigd bij Derde nota van wijziging, 29 juni 2011, *Kamerstukken II* 2010/11, 32044, nr. 12 en de toelichting, *Kamerstukken II* 2010/11, 32044, nr. 11.

Deze omschrijving is het resultaat van twee wijzigingen in de loop van de behandeling van het wetsvoorstel. De oorspronkelijke gedachte, dat het moet gaan om een zaak waarin 'een dode te betreuren' is,[63] bleef daarbij ongewijzigd. Verlaten is echter de eis dat het moet gaan om een delict waarop een levenslange gevangenisstraf is gesteld (zoals voorgesteld bij indiening) of dat het moet gaan om een delict uit een opsomming van ernstige gewelds- en zedendelicten (zoals voorgesteld bij Tweede nota van wijziging).[64] Binnen het huidige criterium vallen nu bijvoorbeeld 'mishandeling de dood ten gevolge hebbend', waarop een gevangenisstraf van maximaal 6 jaar is gesteld (art. 300 lid 3 Sr) en 'levensberoving op verzoek', strafbaar gesteld in artikel 293 Sr en bedreigd met een straf van maximaal 12 jaar.

Het wetsontwerp onderscheidt twee soorten *nova*, de 'geloofwaardige bekentenis', en de 'resultaten van technisch onderzoek'. De 'geloofwaardige bekentenis' moet blijken uit 'verklaringen, schriftelijke bescheiden of processen-verbaal'. Niet alleen de bekentenis van de gewezen verdachte maar ook die van een ander, namelijk van een persoon die wegens hetzelfde feit is vrijgesproken of is ontslagen van alle rechtsvervolging, komt in aanmerking.[65] Het moet gaan om een vrijspraak of een ontslag ter zake van 'hetzelfde feit' als waarvoor de vrijgesproken verdachte terecht stond. Omdat 'hetzelfde feit' een ruime betekenis kan hebben, is de afgrenzing van de kring van personen niet heel scherp. Wel is een belangrijk objectief vereiste dat er een berechting van die persoon moet hebben plaatsgehad en dat die is geëindigd in vrijspraak of ontslag (niet in een *veroordeling*, bijvoorbeeld wegens een lichtere vorm van hetzelfde feit). Nu ook de bekentenis van een ander dan de vrijgesproken verdachte reden voor herziening kan zijn, moet daaruit worden afgeleid dat het criterium 'dat betrokkene de herzie-

---

63 Art. 482a lid1a Ontwerp; MvT, p. 17: 'Valt er geen dode te betreuren dan wegen de voordelen van een herziening ten nadele in mijn ogen niet op tegen de nadelen daarvan, tenzij er sprake is van een uitspraak die 'geïnfecteerd' is door falsa, zoals een bedreigde getuige (…) '.

64 Tweede nota van wijziging, *Kamerstukken II* 2010/11, 32044, nr. 8, 18 februari 2011. Hierna is het huidig criterium voorgesteld. Aanleiding voor deze aanvulling vormden onder meer de opmerkingen van de fractie van de SGP dat het niet goed te verdedigen is waarom andere opzettelijk gepleegde delicten met dodelijke afloop dan in die Tweede nota opgesomd niet werden opgesomd, zoals de artt. 161 onder 3, 161 bis, onder 4, 172-1, 173a, 282-3, 293, 294 en 296 Sr, *Kamerstukken II* 2009/10, 32044, nr. 10, p. 9. Ook de artt. 290 en 291 Sr ontbraken. Zo zou 'mishandeling de dood ten gevolge hebbend' (art. 300-3 Sr, bedreigd met maximaal 6 jaar) wel en 'levensberoving op verzoek' (art. 293, bedreigd met maximaal 12 jaar) niet voor herziening in aanmerking komen.

65 Art. 482a lid 3 Ontwerp. Hetzelfde geldt voor de mededader die is ontslagen van alle rechtsvervolging, volgens de redactie zoals die luidt na wijziging, *Kamerstukken II* 2009/10, 32044, nr. 7. De bekentenis van de gewezen 'medeverdachte' is in het voorstel opgenomen naar aanleiding van een suggestie van de kant van de Raad voor de Rechtspraak, zie de brief van de Raad van 7 oktober 2008, p. 4, bijlage bij de MvT; zie ook de MvT, p. 31.

ningsprocedure over zichzelf moet hebben afgeroepen', zoals in Duitsland geldt, niet tot uitgangspunt is genomen.

Verklaringen van andere getuigen kunnen op zich zelf niet als *novum* gelden. Als reden voert de memorie van toelichting aan dat getuigenverklaringen minder betrouwbaar moeten worden geacht dan technisch bewijs of een bekentenis. De herinneringen van getuigen zijn immers onderhevig aan vervaging en aan beïnvloeding. De kans op onterechte beschuldigingen is dan 'reëel', zo verklaart de memorie van toelichting.[66] Toch zijn getuigenverklaringen in dit voorstel niet helemaal onbelangrijk. Zij kunnen namelijk een rol spelen bij de totstandkoming van het wel toegelaten *novum*, de bekentenis. Zo acht de Minister de bekentenis afgelegd aan een getuige niet voldoende als grond voor heropening, doch de bekentenis die wordt neergelegd in een schriftelijke verklaring die wordt gesteund door een getuigenverklaring wel.[67] De getuige blijft daarom relevant. Daarnaast kan de getuigenverklaring, ook indien deze niet de grond voor heropening kan bieden, natuurlijk wel een aanleiding zijn om die grond op te sporen, mits die opsporing blijft binnen de specifieke grenzen van deze wet.[68]

De tweede categorie *nova* wordt omschreven als 'de resultaten van technisch onderzoek'. Het is deze grond die de aanleiding voor het wetsontwerp was. Juist daarom valt op dat de oorspronkelijke gedachte, dat het moet gaan om de resultaten van 'nieuwe technieken' of 'nieuw technisch onderzoek', niet in de voorgestelde tekst tot uitdrukking komt.[69] De eis van 'nieuwheid' is slechts verwerkt in de eis dat het gegeven 'niet tijdens het onderzoek op de terechtzitting aan de rechter bekend' was. De vraag is dan ook, wat te gelden heeft als blijkt dat niet de nieuwste technieken zijn gebruikt, bijvoorbeeld omdat die tijdens de opsporing en vervolging nog niet bij politie en justitie bekend waren of om andere redenen. Deze vraag zal aan de orde kunnen komen in het kader van de hierna te bespreken opportuniteitstoets, de toets aan 'het belang van een goede rechtsbedeling'.

---

66 MvT, p. 12, 13.

67 Gewezen wordt op de Billy Dunlop-zaak. De minister schrijft hierover: 'voor zover deze bekentenis … uitsluitend via een verklaring van een getuige die hem (de vrijgesproken verdachte, wvh) het feit heeft horen bekennen naar buiten zou komen, levert deze geen grond voor herziening op. Daar moet meer bij komen. Dat was in de desbetreffende zaak het geval, aangezien deze verdachte het feit ook in een civiele procedure heeft bekend.' *Kamerstukken II* 2009/10, 32044, nr. 6 (Nota n.a.v. het Verslag), p. 9.

68 Art. 482a lid 4 Ontwerp.

69 Anders dan de MvT, p. 5, 9, 12, 13, 14, 22, 32, 35 en 37. In het Duitse wetsvoorstel wordt gesproken over de resultaten van *'neuer, wissenschaftlich anerkannter technischer Untersuchungsmethoden'* die bij de uitspraak *'nicht zu Verfügung standen'*, zie Hoofdstuk 11.

4.4 Het belang van een goede rechtsbedeling

Ook indien wordt voldaan aan alle wettelijke voorwaarden kan het zijn dat van herziening moet worden afgezien. De Hoge Raad moet namelijk toetsen of herziening in het belang is van 'een goede rechtsbedeling'. Het betreft een toets aan de opportuniteit van de hervatting van het proces.[70] Van een limitatieve opsomming van factoren die de goede rechtsbedeling uitmaken, is vanwege de veelheid van mogelijke wegingsfactoren afgezien, maar in de memorie van toelichting worden wel voorbeelden gegeven.[71] De Minister denkt in de eerste plaats aan de kans dat het voeren van een proces niet opportuun is omdat de gewezen verdachte er niet aan zal kunnen deelnemen.[72] Ook indien de kans op tenuitvoerlegging gering is, kan dit reden zijn om van heropening af te zien.[73] Andere factoren die de memorie van toelichting noemt, zijn onder meer de mate van zorgvuldigheid bij de opsporing tijdens het eerdere proces, het tijdsverloop sinds het begane misdrijf, en de wijze waarop de justitiële autoriteiten zich van hun taak hebben gekweten ná dat proces. Bij die laatste factor doelt de memorie van toelichting op de inachtneming van de redelijke termijn. Ook de eerlijkheid van het proces wordt genoemd. Deze omstandigheden, met uitzondering van het enkele tijdsverloop sinds het delict,[74] vallen, omdat zij deel zijn van de toetsing aan een *fair trial*, onder het bereik van artikel 6 EVRM.[75] Omdat daaraan toch getoetst zal moeten worden, zit de toegevoegde waarde van toetsing aan de goede rechtsbedeling mogelijk vooral in de factoren die betrekking hebben op de omstandigheden van de gewezen verdachte en het enkele tijdsverloop. De vraag of sprake is van een fair trial wordt echter, door haar onder de opportuniteitstoets te scharen, wel onderdeel van de toetsing vooraf. Door ze zo expliciet bij de toets aan het belang van een goede rechtsbedeling te vermelden, leggen zij mogelijk extra ge-

---

70 Art. 482a aanhef Ontwerp. De term komt uit de internationale rechtshulp in strafzaken, zie bijvoorbeeld het Europees Verdrag inzake de overdracht van strafvervolging, Straatsburg 1970, artt. 8 en 9, en art. 552 t lid 1 Sv. De goede rechtsbedeling omvat in de systematiek van dat Verdrag zowel de belangen van de justitiabele als die van de staat. Tak 2008, p. 37, noemt de opportuniteitstoets door de Hoge Raad een 'vreemde eend in de bijt', 'omdat over de opportuniteit van de (voortzetting van de) vervolging het openbaar ministerie pleegt te oordelen en niet de rechter.' De opportuniteitstoets wordt echter door deze bepaling het OM niet uit handen genomen; die toets wordt slechts óvergedaan, zoals ook gebeurt in een art. 12 Sv-procedure.

71 MvT, p. 17, 18.

72 Gedacht wordt aan verdachte in coma, waaruit hij niet meer zal ontwaken, MvT, p. 5, of dat hij 'zo ernstig ziek is dat te verwachten valt dat hij al voor het begin van het proces zal overlijden', MvT, p. 17, 18.

73 Bijvoorbeeld indien gelet op de persoonlijke omstandigheden van de betrokkene verwacht mag worden dat een door hem ingediend gratieverzoek zal worden toegewezen, MvT, p. 18.

74 Het kan immers zijn dat het tijdsverloop louter is toe te schrijven aan het vernuft van de gewezen verdachte en dat de justitiële autoriteiten op dit punt niets te verwijten valt.

75 Vgl. EHRM 24 mei 2007, Radchikov/Rusland, r.o. 43, 44 en 48.

wicht in de schaal. Zo zou bij 'zorgvuldigheid van de opsporing' gedacht kunnen worden aan een meer dwingende eis van het gebruik van de nieuwste technieken. Voorts zou onder de noemer 'nalatigheid' gedacht kunnen worden aan een beoordeling van de omstandigheid dat het openbaar ministerie geen rechtsmiddel heeft ingesteld waar daartoe wel aanleiding zou hebben bestaan.

Sinds besloten is dat de wet terugwerkende kracht zal krijgen,[76] is de kwestie van de 'goede rechtsbedeling' door de Minister met meer nadruk naar voren gebracht. Met verwijzing naar dit voorschrift wil de regering beklemtonen dat rekening kan worden gehouden met het tijdsverloop en de eisen van een eerlijk proces.[77] Tegelijk moet er in de ogen van de Minister echter een afweging kunnen plaatsvinden tussen de belangen van de samenleving - waaronder begrepen dat van slachtoffers en nabestaanden - en het belang van de gewezen verdachte. De toets aan artikel 6 EVRM zal mijns inziens echter - omwille van de genoemde slachtofferbelangen - niet beperkter mogen uitvallen dan in het gewone strafproces; ook de herzieningsprocedure is immers deel van dat strafproces.

De toets vindt echter pas plaats wanneer zich een zaak aandient waarin naar de mening van het openbaar ministerie de schuld van een vrijgesproken verdachte aan een opzettelijk gepleegd misdrijf - met als gevolg de dood van een ander - zo goed als vaststaat. Mocht de opportuniteitstoets leiden tot een afwijzing van de vordering dan zal dit, naar ik veronderstel, tot teleurstelling leiden aan de kant van de nabestaanden.[78] Dit maakt de manoeuvreerruimte van de Hoge Raad weer kleiner. Het is echter aan de Hoge Raad om het criterium aan de hand van de in de memorie van toelichting en de Tweede nota van wijziging leven in te blazen.

4.5 Het bewaren van gegevens

Een bijzonder gevolg van het beoogde technisch-onderzoek-achteraf is de keuze om DNA-gegevens[79] en vingerafdrukken van de vrijgesproken verdachte voor onderzoek beschikbaar te houden. Dit bewaren en onderzoeken van het lichaamsmateriaal van de vrijgesproken verdachte wordt door de Minister als minder ingrijpend beschouwd dan het hem (telkens) opnieuw onderwerpen aan

---

76 Tweede nota van wijziging, en het Advies van de Raad van State en nader rapport, *Kamerstukken II* 2009/10, 32044, nrs. 8 en 9.

77 Tweede nota van wijziging, p. 2 en 3, Nader rapport, nr. 9, p. 4 en 5, en nader verslag, nr. 10, p. 8 en 9 (vragen D66 en SGP).

78 Dit geldt mutatis mutandis ook voor de beslissing om onrechtmatig vergaard bewijsmateriaal van onwaarde te beschouwen, art. 482a lid 4 Sv.

79 Daaronder verstaat de minister: DNA-profielen, de daarbij behorende gegevens en het daarbij behorende celmateriaal, MvT p. 25.

het afgeven van celmateriaal.[80] Een en ander betekent dat het van de verdachte verzamelde materiaal in de procedure die tot een vrijspraak heeft geleid, moet worden bewaard in plaats van vernietigd.[81] De voorgenomen wijziging van het Besluit DNA-onderzoek in strafzaken bestaat er dan ook in dat de verplichting om de persoonsgegevens te vernietigen, wordt opgeheven.[82] Het onderzoek van de bewaarde gegevens[83] kan worden herhaald zolang de bewaartermijn loopt. De duur van deze termijn zal gelijk zijn aan die in de regeling voor het bewaren van lichaamsmateriaal van veroordeelden. Deze termijn is in beginsel minimaal 20 of 30 jaar.[84] Anders dan de memorie van toelichting stelt, lijkt het mij niet zonder meer duidelijk dat deze termijnen 'ruimschoots'[85] blijven binnen de grenzen van art. 8 EVRM zoals die door het Europese hof zijn getrokken.[86]

Nu niet in alle gevallen van vrijspraak een herzieningsprocedure mogelijk zal zijn, is het van belang vast te stellen van wie het lichaamsmateriaal zal worden bewaard en van wie het zal moeten worden vernietigd. Hieromtrent verschaffen de parlementaire stukken onvoldoende duidelijkheid. Het bewaren van gegevens geldt volgens de memorie van toelichting in alle gevallen waarin '*de vrijspraak betrekking heeft op een misdrijf dat de dood van een ander ten gevolge heeft gehad*'. De reden is, aldus de memorie van toelichting, dat '*dergelijke vrijspraken op grond van een novum kunnen worden herzien*'.[87] De regeling zal dus in ieder geval gelden voor een ieder die is vrijgesproken van een opzettelijk gepleegd misdrijf dat tot de dood van een ander heeft geleid. De in de memorie van toelichting gegeven omschrijving van de kring van personen is echter ruimer. Onder de omschrijving 'misdrijf dat de dood van een ander ten gevolge heeft gehad' vallen immers be-

---

80 MvT p. 27.

81 Artt. 16 en 17 Besluit DNA-onderzoek in strafzaken.

82 Art. 16 Besluit van 27 augustus 2001, houdende nadere regels over het DNA-onderzoek in strafzaken (Besluit DNA-onderzoek in strafzaken), voor het laatst gewijzigd op 1 oktober 2010, *Stb.* 268, en art. 9 van het Besluit identiteitsvaststelling verdachten en veroordeelden, MvT p. 25 e.v. Het DNA-onderzoek vindt zijn grondslag in de bepalingen inzake het afnemen en opslaan van deze persoonsgegevens bij verdachten (artt. 151a-1, 4, 5, 6 en 9; art.151b-5, 195a-1, 4 en 5, 195b-1 en 2 en 195d-5 Sv) en in art. 2-3 Wet DNA-onderzoek bij veroordeelden. Bij het afsluiten van dit onderzoek was deze nadere regelgeving nog niet bekend.

83 Art. 482e jo 482c-2 Ontwerp, besproken in de MvT p. 27.

84 Art. 18, lid 1 en 2, Besluit DNA-onderzoek in strafzaken, MvT, p. 26.

85 MvT, p. 26.

86 EHRM 4 december 2008 (S. en Marper/VK).

87 MvT, p. 25: 'Omdat de hoofdregel van vernietiging van deze gegevens na een vrijspraak onverminderd wenselijk is, zullen drie wezenlijke beperkingen worden aangebracht: In de eerste plaats worden deze gegevens alleen bewaard in geval de vrijspraak betrekking heeft op een misdrijf dat de dood van een ander ten gevolge heeft gehad. Dergelijke vrijspraken kunnen volgens dit wetsvoorstel op grond van een *novum* worden herzien. (…)'. Dit criterium ter aanduiding van de omvang van de groep vrijgesproken personen van wie materiaal zal worden bewaard, wordt herhaald op p. 26.

halve de opzettelijk gepleegde delicten ook de culpoze. Nu de oorspronkelijke tenlastelegging slechts het uitgangspunt is voor een herzieningsprocedure en die tenlastelegging nog kan worden gewijzigd binnen de criteria van het feitsbegrip (zie par. 4.2), is niet uitgesloten dat ook een vrijspraak van dood door schuld een vrijspraak oplevert als hier bedoeld. Het delict is immers *in potentie* een doodslag of een moord. Indien daarvoor een nieuw 'gegeven' zou opkomen, wordt deze vrijspraak - afhankelijk van hoever het hierboven uitgevoerde gedachte-experiment zich uitstrekt - 'een vrijspraak die op grond van een *novum* kan worden herzien'. Het gaat er immers om 'dat indien dit gegeven bekend zou zijn geweest, de zaak *zou zijn geëindigd* in een veroordeling van de gewezen verdachte voor een opzettelijk begaan misdrijf dat de dood van een ander ten gevolge heeft' (art. 482a lid 1a Ontwerp). Niet alleen zullen in deze lezing van het wetsvoorstel de gegevens worden bewaard van degene die van moord of doodslag werd vrijgesproken of van alle rechtsvervolging werd ontslagen (bijvoorbeeld de arts, omdat hij volgens de rechter conform de regels euthanasie heeft gepleegd) maar ook van degene die is vrijgesproken van dood door schuld, bijvoorbeeld naar aanleiding van een verkeersdelict.

Zelfs is een nog ruimere interpretatie mogelijk. Die is aan de orde indien de aanduiding '*misdrijf dat de dood van een ander ten gevolge heeft gehad*' letterlijk wordt opgevat. Die uitleg kan tot een zeer wijde kring van delicten en dus van personen leiden. Dan zou ook een verstoring van de openbare orde die tot een hartstilstand bij een omstander heeft geleid onder het criterium kunnen vallen. Indien namelijk achteraf blijkt dat het de bedoeling was om iemand zich letterlijk dood te laten schrikken, kan gesproken worden van een *potentiële* doodslag, zelfs van moord. Op basis van dit criterium zou dus het lichaamsmateriaal moeten worden bewaard in elke zaak, waarin in wijder verband de dood van een ander is te betreuren.

Een zo feitelijke afweging per zaak is mogelijk niet bedoeld. In het verdere wetgevingstraject zijn aanknopingspunten te vinden voor de veronderstelling dat de Minister de bewaarplicht bij delicten 'die de dood van een ander ten gevolge hebben gehad' heeft willen beperken tot de vrijspraken van opzettelijk gepleegde delicten met dodelijke afloop.[88] In de memorie van toelichting staat het zo echter

[88] Tweede nota van wijziging, p. 5, (hier wordt nog gerefereerd aan de delicten zoals uitgedrukt in deze nota en dus niet aan de delictscategorie in de Derde nota van wijziging): 'Nu herziening ten nadele op grond van een *novum* ook bij doodslag en bij gewelds- en zedendelicten met een dodelijke afloop mogelijk wordt, zullen de bedoelde gegevens in de toekomst ook bij *vrijspraken die op deze delicten betrekking hebben*, worden bewaard' (mijn curs. wvh). Hieruit kan *a contrario* worden afgeleid dat het niet de bedoeling is om de bewaarplicht uit te breiden naar delicten die niet in de wet worden genoemd. In de Nota naar aanleiding van het nader verslag, 29 juni 2011, 32044 nr.

niet. Het wachten is op een nadere precisering in de aangekondigde lagere regelgeving.[89] Daarbij zij opgemerkt dat het, gelet op de belangen die op het spel staan, wellicht te verkiezen zou zijn om de afbakening van de groep personen van wie het lichaamsmateriaal na een definitieve vrijspraak zal worden bewaard niet in lagere regelgeving vast te leggen, maar in een wet in formele zin.[90]

4.6 Effecten op de uitleg van het verbod van herhaling

Nu herziening ten nadele en het verbod van herhaling beide 'hetzelfde feit' moeten betreffen, is te verwachten dat niet alleen de uitleg van het feitsbegrip in artikel 68 Sr de uitleg van het feitsbegrip in de herzieningsprocedure zal beïnvloeden maar ook dat - andersom - de uitleg van het feitsbegrip in de herzieningsprocedure effect zal sorteren op de uitleg van artikel 68 Sr. Wat als 'hetzelfde' wordt beschouwd in het kader van de herzieningsprocedure, moet als 'hetzelfde' worden beschouwd in het kader van *non bis in idem* en omgekeerd. Het zijn in die zin communicerende vaten, net als artikel 313 Sv en artikel 68 Sr. Hier geldt bovendien dat de nieuwe wetgeving zelf reeds haar schaduw op de uitleg van het feitsbegrip vooruitwerpt. De opvattingen ten aanzien van de uitleg van het feitsbegrip die aan de herzieningsregeling ten grondslag liggen, zullen immers de uitleg van artikel 68 Sr kunnen beïnvloeden.

Zo zal de mogelijkheid om wegens *falsa* een definitief afgesloten procedure te hervatten de noodzaak wegnemen om in bijvoorbeeld de geconstateerde bedreiging van een getuige aanleiding te vinden om het feitsbegrip enger uit te leggen.[91] Door de openstelling van het bijzonder rechtsmiddel vervalt de noodzaak om die aanpak te kiezen. Ware het anders dan zouden er twee manieren zijn om de zaak te repareren en zou de uitleg van het feitsbegrip in beide bepalingen uiteen gaan lopen. Zo komt dus de door Remmelink geopperde relatieve uitleg van het feitsbegrip, om in bijzondere gevallen rekening te kunnen houden met misleiding door de verdachte, te vervallen.[92] Ook in ander opzicht kan de inrichting van het wetsvoorstel invloed hebben op de uitleg van het feitsbegrip. De hiervoor aange-

---

11, p. 15 wordt een aantal van ca. 70 vrijspraken becijferd die jaarlijks in aanmerking zouden komen voor de regeling.

89 In de Derde nota van wijziging wordt opgemerkt dat met de omschrijving 'opzettelijk begaan misdrijf' bedoeld is om culpoze delicten 'buiten de reikwijdte van de regeling te houden'; ook hier geldt dat niet duidelijk is of hiermee tevens wordt gedoeld op de regeling voor het bewaren van gegevens met het oog op de eventuele herziening. De zaak Thibaud indachtig zou dit geen vreemde regeling zijn.

90 Zo geeft de wet wel een definitie van 'de verdachte' (art. 27 Sv) maar niet van degene die is vrijgesproken '*van een misdrijf dat de dood van een ander ten gevolge heeft gehad*'.

91 Vgl. De Hullu 2009, p. 520.

92 Zie Hoofdstuk 13, par. 4.

haalde memorie van toelichting lijkt er immers van uit te gaan dat zwaardere kwalificaties van hetzelfde historische gebeuren kunnen worden vervolgd in het kader van de herzieningsprocedure. Indien een zaak kan worden heropend tegen degene die is vrijgesproken van 'dood door schuld' en diegene later heeft bekend de dood van die ander te hebben gewild, gaat het wetsvoorstel ervan uit dat 'dood door schuld' en 'moord' te beschouwen zijn als 'hetzelfde feit'. Indien dus het lichaamsmateriaal zou moeten worden bewaard in een geval van dood door schuld met het oog op heropening van de zaak wegens moord, is dit evenzoveel reden om de beide kwalificaties van dezelfde gebeurtenis ook in het kader van artikel 68 Sr als 'hetzelfde feit' te beschouwen, overigens een uitleg van het feitsbegrip die goed in de heersende rechtspraak lijkt te passen.[93] Kortom, indien het inderdaad de bedoeling is om in alle gevallen waarin sprake is van een misdrijf met dodelijke afloop de gegevens van de vrijgesprokene te bewaren, zoals de memorie van toelichting schrijft, maakt de wet een einde aan de doctrinaire discussie[94] over de vraag of dood door schuld en opzettelijke levensberoving onder alle omstandigheden beschouwd kunnen worden als 'hetzelfde feit'. Dat wordt dan een bij of krachtens deze wet uitgemaakte zaak.

5. Nadere beschouwing van het wetsvoorstel

5.1 Doel van het wetsvoorstel

Het wetsvoorstel wil tegemoet komen aan de wens van het College van procureurs-generaal om het mogelijk te maken die zaken te herzien waarin het waarschijnlijk wordt geacht dat de vrijgesproken verdachte op basis van nieuw technisch bewijs zal worden veroordeeld, zo blijkt uit de eerste paragrafen van de memorie van toelichting.[95] Het voldoet daarmee tevens aan de wens van de Kamerleden die het onderwerp in 2001 op de politieke agenda hebben geplaatst. Nu de stap toch wordt gezet, is meteen besloten om een omvattende regeling te maken, één waarin ook *falsa* en de betrouwbare bekentenis (van de vrijgesproken verdachte of van zijn eveneens vrijgesproken maat) een plek krijgen.

De keuzes die het wetsvoorstel vervolgens maakt, hebben tot doel de reikwijdte van de herziening wegens *nova* beperkt te houden en alleen voor gevallen waarin een dodelijk slachtoffer is gevallen een uitzondering te maken. Het wordt dus lang niet in alle gevallen waarin sprake is van nieuw technisch bewijs of een be-

93 Zie Hoofdstuk 13, par. 3.2.
94 De 'discussie' tussen De Hullu en Corstens, zie Hoofdstuk 13, par. 4.
95 MvT p. 2, 3.

kentenis mogelijk om heropening te vragen. De Minister wil echter tevens 'maatschappelijk ongewenste uitkomsten' vermijden.[96] Dit leidt ertoe dat hij op een enkel punt de kool en de geit spaart. Zo zal een veroordeling kunnen worden uitgesproken als een zaak in herziening niet uitmondt in een bewezenverklaring van een feit dat *vatbaar* is voor herziening, maar van een geringer delict.[97] Ook indien in de herzieningsprocedure te hoog is ingezet, kan dus nog een veroordeling volgen. Het te hoog inzetten wordt op deze wijze niet 'afgestraft' maar beloond. Zo rijst de vraag of aan de opstuwende werking van dit wetsvoorstel wel voldoende weerstand zal worden geboden.[98] In de herzieningsaanvraag zou bijvoorbeeld een zwaardere kwalificatie aan het feit kunnen worden toegekend dan strikt genomen te verdedigen is. Een dergelijke handelwijze lijkt door het College van procureurs-generaal niet van de hand te worden gewezen. Het merkt juist die aanklager aan als 'een goede officier', die - in het kader van het openhouden van vervolgingskansen - iets doet wat 'niet geheel terecht' is.[99] Hetzelfde geldt voor de tenlastelegging in de eerste procedure. Ook in dit vroege stadium zou al te hoog kunnen worden ingezet met het uitsluitende doel om de weg naar herziening open te houden.

---

96 MvT, p. 39.

97 De zaak alsnog in de vorige toestand terugbrengen, door de vrijspraak in stand te laten, zou leiden tot 'maatschappelijke onrust en eigenrichting', MvT, p. 39. Het voorbeeld in de memorie van toelichting (in herziening kan uiteindelijk geen moord maar alleen doodslag bewezen worden) is nog toegesneden op de tekst van het ontwerp zoals die luidde voor de Tweede nota van wijziging, dus toen alleen delicten met een levenslange straf bedreigd, inzet konden zijn van de procedure en eenvoudige doodslag dus niet. Nu bij Derde nota van wijziging alle opzettelijke delicten die de dood van een ander tot gevolg hebben aanleiding kunnen geven tot herziening, is het nog moeilijk voor te stellen dat niet-bestraffing van het delict omdat het geen aanleiding kon geven tot herziening aanstootgevend zou zijn. Er resteren dan immers slechts schulddelicten. Deze derde wijziging geeft kortom aanleiding om het hier ingenomen standpunt te heroverwegen.

98 Het opstuwende effect gaat overigens uit van elke drempel die er wordt gelegd, bijvoorbeeld ook van de bodem voor voorlopige hechtenis in art. 67 lid 1 Sv of de drempel voor strafbare 'voorbereiding' (art. 46 Sr).

99 Advies College van procureurs-generaal aan de minister van 27 oktober 2008, p. 10, bijlage bij *Kamerstukken II* 2008/09, 32044, 3 (MvT), '(…) indien voor het toewijzen van een herziening wordt aangesloten bij de letterlijke formulering van de oorspronkelijke tenlastelegging, dan zal *een goede officier van justitie* dit gegeven mede betrekken bij het opstellen van de tenlastelegging. Het is voorstelbaar dat, ook in gevallen waarin dat niet geheel terecht is, de officier van justitie moord of gekwalificeerde doodslag ten laste zal leggen. Immers, door dit niet te doen sluit de officier van justitie de mogelijkheid van herziening uit', (mijn curs., wvh). Anders dan hier wordt aangenomen dwingt de voorgestelde regeling echter niet tot deze handelwijze. De Minister antwoordde namelijk dat het gaat om 'hetzelfde feit' en niet om de tenlastelegging, MvT, p. 30, bij art. 482a, eerste lid onder a. De gevolgde redenering roept echter wel de vraag op of 'goede officieren van justitie' dan wellicht in de aanloop naar de herzieningsprocedure niet te rekkelijk zullen zijn.

5.2 Het gekozen criterium

Het wetsvoorstel is zo ingericht dat alleen ernstige gevallen van dwaling kunnen worden hersteld. Het moet gaan om procedures waarin sprake is geweest van een vorm van valsheid die tot een onterechte bevrijdende einduitspraak heeft geleid (herziening wegens *falsa*) of om zaken waarin nieuwe gegevens laten zien dat er ten onterechte een bevrijdende uitspraak is gegeven ter zake van een opzettelijk gepleegd delict dat de dood van een ander heeft veroorzaakt (herziening wegens *nova*). Het gaat in beide gevallen alleen om de herziening van *vrijspraken* (inclusief ontslagen van alle rechtsvervolging). Alleen indien blijkt dat een rechter is omgekocht, zijn zowel diens veroordelende als diens vrijsprekende vonnissen voor herziening vatbaar. De *strafmaat* en de *kwalificatie* van het misdrijf kunnen volgens het huidige voorstel niet voor herziening in aanmerking komen.[100]

Voor de afbakening van de gevallen is als criterium gekozen dat het in stand laten van de onherroepelijke beslissing 'tot maatschappelijke onrust'[101] aanleiding geeft, tot 'maatschappelijke verontwaardiging'[102] of een 'maatschappelijk ongewenste uitkomst'[103] leidt, dan wel dat aan de mogelijkheid van herziening ten nadele 'maatschappelijke behoefte'[104] bestaat. Dit maatschappelijke behoeftecriterium[105] maakt de begrenzing van de regeling kwetsbaar. De 'maatschappelijke behoefte'[106] aan vergelding en repressie is immers op dit moment nauwelijks te stillen en heeft veel weg van een 'rupsje-nooit-genoeg'.[107] De honger naar meer en langduriger mogelijkheid van vergelding heeft er al toe geleid dat de verjaringstermijnen in 2006 werden verlengd c.q. afgeschaft en dat opnieuw staat te gebeuren voor een nog grotere groep delicten.[108] Voorts resulteerde deze behoefte in de verhoging van de maximale duur van de tijdelijke gevangenisstraf naar 30

---

100 Art. 482a-1 aanhef ontwerp.

101 MvT, p. 13.

102 MvT, p. 17.

103 MvT, p. 39.

104 MvT, p. 13 en16.

105 Vgl. Grünewald 2009, p. 3.

106 Of het hier werkelijk een behoefte is van degenen die met elkaar de maatschappij uitmaken is de vraag. Het is nooit aangetoond dat slachtoffers onder alle omstandigheden baat hebben bij langdurige vergelding. Het beroep op de maatschappelijke behoefte is dan ook in mijn ogen vooral een politiek strategisch instrument.

107 Naar het verhaal van Eric Carle, *The Very Hungry Caterpillar,* 1969. Dit verhaal heeft anders dan in mijn vergelijking een goede afloop, het rupsje ontpopt zich als een prachtige vlinder.

108 Het wetsvoorstel is op 9 september 2011 aangeboden, *K.* 32890. Het wil de verjaringstermijn van misdrijven waar een gevangenisstraf van 12 jaar of meer op staat, evenals van de misdrijven in artt. 240b-2, 243, 245 en 246 Sr, voor zover gepleegd ten aanzien van een persoon onder de 18 jaar, afschaffen en de verjaringstermijn van misdrijven waar een gevangenisstraf van 8 jaar of meer op staat verlengen naar 20 jaar.

jaar en het verlaten van het standpunt dat een opgelegde levenslange gevangenisstraf na verloop van tijd opnieuw moet worden beoordeeld. Sinds ongeveer 2004 wordt de boodschap uitgedragen dat de levenslange gevangenisstraf in beginsel tot de dood aan toe ten uitvoer zal worden gelegd.[109] Tegelijkertijd oefenen politici kritiek op de hoogte van de opgelegde straffen.[110] Uit dit alles blijkt dat veel politici nog nauwelijks de functie van de factor tijd en het nut van vergeven en vergeten willen onderkennen.

Het 'maatschappelijke behoefte'-criterium is mijns inziens een zwak instrument om de herzieningsregeling binnen aanvaardbare grenzen te houden. Het criterium biedt geen werkelijk richtsnoer en is daardoor niet bestand tegen onbeperkte uitdijing. Dit blijkt al uit het feit dat tijdens het wetgevingstraject tot tweemaal toe de begrenzing van de gevallen die voor herziening in aanmerking kunnen komen, werd verruimd. Het ligt dan ook in de lijn der verwachting dat indien zich een bijzonder geval voordoet de grens opnieuw wordt verlegd. Men denke aan een in de gevangenis aan een medegevangene toevertrouwde bekentenis;[111] deze kan in het huidig voorstel niet meetellen voor herziening omdat een enkele getuigenverklaring niet telt. Of men stelt zich een ernstig geweldsdelict voor waardoor één of meer slachtoffers invalide zijn geworden. De eventuele heropening van een dergelijke zaak voldoet ook niet aan de eisen van de voorgenomen wet, ditmaal omdat er geen dodelijk slachtoffer is gevallen. In dit geval is dat (in vergelijking met de zaak waarin wel een dodelijk slachtoffer is gevallen) des te pijnlijker omdat juist het slachtoffer dat zich door de herzieningsprocedure erkend zou kunnen voelen, ofwel het slachtoffer dat nog leeft, geen genoegdoening krijgt. Omdat het wetsontwerp juist het oog heeft op de belangen van slachtoffers,[112] staat deze grens onder druk. Gedacht kan voorts worden aan iemand die werd vrijgesproken van moord en *veroordeeld* wegens 'dood door schuld' en die in werkelijkheid toch een moord heeft gepleegd. Hij kan niet opnieuw worden ver-

---

109 Zie bijv. de zaak C. Y. in HR 14 oktober 2011, *LJN* BR3058. Over het gratiebeleid voor levenslanggestraften zie Van Hattum 2009. In de brief van de bewindslieden van Justitie van 16 oktober 2009, onder 2.2, *Kamerstukken II* 2009/10, 32123 VI, nr. 10, schrijven zij dat 'van terugkeer in de samenleving in principe geen sprake is', daarom 'komen levenslang-gestraften niet in aanmerking voor interventies die zijn gericht op het voorbereiden van een succesvolle terugkeer in de samenleving'.

110 Vgl. Gommer, Woerdman en Lammers 2008.

111 Zoals in de Australische 'Baby-Deirdre-zaak' of 'Caroll's case', zie Tak 2008, p. 22. Zie voorts over het nieuwe technische onderzoek in deze kwestie, dat niet tot het bewijs kon worden toegelaten, het rapport van The University of New South Wales Council for Civil Liberties (UNSW-CCL), http://www.nswccl.org.au/unswccl/index.php.

112 Zie bijv. de MvT, p. 3, en de Tweede nota van wijziging, p. 2.

volgd omdat hij werd *veroordeeld*.[113] Dit is allemaal slecht aan het grote publiek uit te leggen. De gekozen maatstaf van de 'maatschappelijke behoefte' is kortom weinig geschikt om het verder opschuiven van de grenzen te beteugelen. De kans is reëel dat van het verbod van herhaling op den duur weinig overblijft.

In plaats van in te spelen op een behoefte die niet is gemeten en zeker niet bij alle slachtoffers en nabestaanden behoeft te bestaan, zou de gedachte kunnen worden uitgedragen dat het - in het belang van ieders vrijheid en rust - nodig is dat een strafproces eindig is en dat er daarom na een volledige berechting, en dus na uitputting van alle rechtsmiddelen, een punt achter het verleden wordt gezet en de blik op de toekomst wordt gericht.[114]

5.3 De aansluiting met de historie en de doctrine

Behalve dat de in het wetsvoorstel gemaakte keuzes niet steeds tegemoet zullen kunnen komen aan de veronderstelde 'maatschappelijke behoefte', sluiten zij ook niet steeds aan bij de van oudsher bestaande gronden voor aantasting van het gewijsde. Kijken we allereerst naar de klassieke uitzonderingen op het verbod van herhaling, de omkoping van de rechter en het onder één hoedje spelen met de aanklager (*praevaricatio* of *collusio*, zie Hoofdstuk 1, par. 3.3), dan wordt in de eerste wel, maar in de tweede niet voorzien. Dat is scheef. Er is geen goede reden voor dit onderscheid.[115] Het gaat er immers bij herziening wegens omkoping van de rechter om dat ook magistraten een misdrijf kunnen plegen dat tot een onterechte uitspraak leidt. Het akkoordje met de aanklager is daar één van. Het is zelfs van actuelere betekenis dan de omkoping van een rechter. Afspraken tussen een verdachte en het openbaar ministerie worden gemaakt. In 2005 is daartoe zelfs een wettelijke regeling in het leven geroepen.[116] Er hoeft niet voetstoots te worden aangenomen dat die afspraken in alle gevallen conform bedoelde wetgeving tot stand komen. Over dit onderwerp kan nog worden opgemerkt dat '*shielding*', ofwel de protectie van de verdachte door de vervolgende autoriteiten tegen vervolging van ernstige feiten, als uitzondering op het verbod van herhaling is

---

113 Dit laatste voorbeeld steekt enigszins schril af bij de situatie die er dicht naast ligt, namelijk van degene die (terecht) is vrijgesproken van doodslag en die wel onder handbereik van justitie blijft en wel opnieuw kan worden vervolgd en berecht.

114 Vgl. Harbers en Huijer 2006.

115 Misschien is verschil in de hand gewerkt doordat het omkopen van een rechter apart strafbaar is gesteld.

116 Wet van 12 mei 2005 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering met betrekking tot verklaringen van getuigen die in ruil voor een toezegging van het openbaar ministerie zijn afgelegd (toezeggingen aan getuigen in strafzaken), artt. 226 g-226j Sv, *Stb.* 2005, 254.

opgenomen in het Statuut voor het International Criminal Court.[117] Ook in dat licht zou het opnemen van een dergelijke grond niet hebben misstaan.

De overige in het wetsvoorstel opgenomen *falsa* zijn gronden die traditioneel een inbreuk op de kracht van het gewijsde rechtvaardigen, zoals onder meer blijkt uit de wetgeving van Duitsland en Frankrijk. Deze gronden vinden ook steun in de Nederlandse doctrine. Daarom is het niet goed te begrijpen waarom hun werking is beperkt tot vrijspraken. Ten slotte is opmerkelijk dat een aantal van de in de doctrine naar voren gebrachte casus waarvan men vond dat de uitspraak ten nadele van de gewezen verdachte zou moeten kunnen worden herzien, op basis van dit wetsvoorstel juist niet voor herziening in aanmerking zullen komen. Heropening van zaken zoals van Thibaud, geopperd door Corstens, of in geval van de simulant, gememoreerd door Van Bemmelen, dan wel van de overtredingen die later misdrijven blijken te zijn, genoemd door Van Bemmelen, Langemeijer en Remmelink, blijven onaantastbaar. Thibaud was immers niet *vrijgesproken*,[118] de simulant *simuleerde* slechts (en werd bovendien niet vrijgesproken), en overtredingen die misdrijven blijken te zijn geweest, zijn, indien daarbij geen dode is gevallen en indien niet opzettelijk gepleegd, niet 'ernstig' genoeg om voor herziening in aanmerking te komen. Het ontbreken van aansluiting bij de hier bedoelde situaties lijkt te betekenen dat de dringende noodzaak om er een voorziening voor te treffen niet meer bestaat. Hieruit blijkt hoe gevoelig een regeling als deze voor actuele ontwikkelingen (DNA) of incidenten (zoals het voorbeeld van de simulant) is. Dit bevestigt dan weer het in de memorie van toelichting in 1913 door de Minister voorspelde willekeurige karakter van een beperkte herzieningsregeling (zie Hoofdstuk 13, par. 2).

---

117 Art. 20 lid 3 Statuut ICC: '3. *No person who has been tried by another court for conduct also proscribed under article 6, 7 or 8 shall be tried by the Court with respect to the same conduct unless the proceedings in the other court: (a) Were for the purpose of shielding the person concerned from criminal responsibility for crimes within the jurisdiction of the Court; or (b) Otherwise were not conducted independently or impartially in accordance with the norms of due process recognized by international law and were conducted in a manner which, in the circumstances, was inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice.*'

118 In Duitsland is een dergelijke kwestie, waarin geen herziening kon plaats vinden omdat dit afstuitte op het wettelijk vereiste dat de eerste procedure geëindigd moest zijn met vrijspraak, in 1908 aanleiding geweest voor een voorstel, in het ruimere kader van de herziening van het strafproces, tot verruiming van de regeling met 'de bekentenis van de veroordeelde', Ziemba 1974, p. 61. Dit voorstel heeft toen niet tot wetswijziging geleid. In 2006 stelde Nawijn (groep Nawijn) Kamervragen over de mogelijkheid om degene die was veroordeeld wegens de 'doodslag' op Angelique Leijenhorst opnieuw te berechten en te straffen, ditmaal wegens 'moord', *Aanhangsel Handelingen II*, 2006/07, 10. De Minister antwoordde dat dit gelet op art. 68 Sr niet mogelijk was.

5.4 Het bewaren van gegevens in het licht van de mensenrechten, het menselijk en het publiek belang

De regeling omtrent het bewaren en het gebruik van het lichaamsmateriaal van de vrijgesproken verdachte geeft bovendien een wending aan de toepassing van het rechtsmiddel die de vraag oproept naar de verenigbaarheid van de voorgestelde regeling met de waarborgen neergelegd in de mensenrechtenverdragen, in het bijzonder het EVRM en het VN-Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (BUPO). Het onderzoek aan het lichaamsmateriaal van de vrijgesproken verdachte wordt immers niet in gang gezet door een *novum*, maar door een nieuwe, fijnere, of beter uitgevoerde, techniek. Daarbij is volgens de wettekst niet vereist dat de onderzoeksmethode ten tijde van de vrijspraak nog niet bestond of aan de rechter onbekend was. De eis van nieuwheid betreft slechts het 'gegeven' als resultaat van dat onderzoek.[119] Het is dus niet zo dat een nieuwe aanwijzing tegen de vrijgesproken verdachte leidend is voor een herzieningsprocedure, maar dat ontwikkelingen in de wetenschap dat zijn. Deze constructie roept twee soorten vragen op: die naar de geldigheid van de uitzondering op het *non bis in idem*-beginsel en die naar de geldigheid van de regels omtrent het bewaren (of steeds opnieuw afnemen) van het lichaamsmateriaal. De eerste vraag wordt bestreken door artikel 4 lid 2 Zevende Protocol EVRM en artikel 14 lid 7 BUPO-verdrag en de tweede door artikel 6 en 8 EVRM.

Artikel 4 lid 2 Protocol 7 EVRM en artikel 14 lid 7 BUPO
Voor wat betreft de verenigbaarheid met artikel 4 van het Zevende Protocol EVRM[120] speelt de vraag hoe deze herzieningsregeling zich verhoudt tot de uitzondering in het tweede lid:

> 'De bepalingen van het voorgaande lid beletten niet de heropening van de zaak overeenkomstig de wet en het strafprocesrecht van de betrokken Staat, indien er aanwijzingen zijn van nieuwe of pas aan het licht gekomen feiten, of indien er sprake was van een fundamenteel gebrek in het vorige proces, die de uitkomst van de zaak zouden of zou kunnen beïnvloeden'.

Het is in het bijzonder de vraag of het resultaat van het onderzoek naar het bewaarde lichaamsmateriaal wel uitgelegd kan worden als 'nieuwe of pas aan het licht gekomen feiten', in de Engelse tekst: *new or newly discovered facts.* De Engel-

---

119 Art. 482a-1 aanhef en onder a Ontwerp.

120 Nederland heeft dit protocol nog niet bekrachtigd, maar is van plan dit te doen. Volgens de regering zijn op dit moment '(D)e bezwaren die eerdere ratificatie beletten … niet meer actueel', *Kamerstukken II* 2008/09, 31700 V, 127, onder punt 8. Het uitstel had vooral te maken te maken met het in het tweede artikel neergelegde recht van hoger beroep in strafzaken, brief van de Minister van Justitie, 12 oktober 2004, *Kamerstukken II* 2004/05, 29800 VI, nr. 9.

se *Law Commission* vertaalde deze eis met de woorden dat '*new evidence has been found*'.[121] Daarvan is in het Nederlandse voorstel nu juist geen sprake, althans niet op het moment dat het nieuwe onderzoek aan het bewaarde materiaal of aan het lichaam wordt gestart. Van Dijk en Van Hoof, Viering en Bleichrodt voorzagen al een dergelijke toepassing en associeerden dat met de term 'misbruik'. Zij schrijven bij het tweede lid van artikel 4 Protocol 7 EVRM, over de eis van '*new or newly discovered facts*':

> '*What is exactly meant by these words is not clear, but it seems to be apt to lead to misuse. Is the meaning of this phrase that new technologies or previously forbidden forms of collecting evidence may lead to a re-opening of a case, if that technology or form has become available after the closing of a case? Especially when these 'facts' may also lead to a situation detrimental to the person concerned, this might create legal uncertainty for that person. In fact, a person may, even after an acquittal, be found guilty after the re-opening of a case as a result of new technologies or a change in the case law concerning proof. This would practically mean that the accused may only feel safe after the prosecution for a criminal offence has become barred by limitation*'.[122]

Een regeling als de onderhavige creëert in de ogen van de auteurs te veel rechtsonzekerheid voor de vrijgesproken verdachte. Zij kan tot gevolg hebben dat zij zich nooit 'safe' zullen voelen. Dit geldt voor degenen die terecht werden vrijgesproken evenzeer als voor degenen die wel schuldig waren. Indien Nederland het Protocol bekrachtigt zal de vraag of de onderhavige regeling met het Protocol te verenigen is naar mijn mening nog eens onder ogen moeten worden gezien.

Het andere verdrag, het VN-Verdrag inzake de politieke en burgerrechten van 1966, waar Nederland sinds 1969 partij bij is, kent - anders dan het Zevende Protocol EVRM - geen expliciete uitzondering op de hoofdregel in artikel 14 lid 7 BUPO:

> 'No one shall be liable to be tried or punished again for an offence for which he has already been finally convicted or acquitted in accordance with the law and penal procedure of each country.'

In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel is uiteengezet dat het ontbreken van een vergelijkbare bepaling als in artikel 4 Protocol 7 niet hoeft te beteke-

---

121 Law Com. No 267, 2001, p. 34.

122 Bleichrodt in Van Dijk en Van Hoof 2006, p. 983. De tekst wijkt niet af van die in de voorgaande drukken (Van Dijk en Van Hoof 1990, p. 569, 570; Viering in Van Dijk en Van Hoof 1998, p. 691, 692).

nen dat een voortzetting van het proces in de vorm van de hier voorgestelde herzieningsregeling *dus* uitgesloten moet worden geacht. Gewezen wordt op het *General Comment* van 23 augustus 2007.[123] Hierin staat dat de bepaling niet in de weg staat aan

> '*the resumption of a criminal trial justified by exceptional circumstances, such as the discovery of evidence which was not available or known at the time of the acquittal*'.

Ook hier gaat het dus om de vraag of de voorgenomen bewaarregeling (dan wel het opnieuw afnemen van lichaamsmateriaal) in overeenstemming is met het criterium 'de ontdekking van bewijs dat niet beschikbaar of bekend was ten tijde van de berechting'.

Los daarvan geldt nog het volgende. Nederland heeft bij de ondertekening van dit VN-verdrag een voorbehoud gemaakt dat verwijst naar het toenmalige artikel 68 Sr.
Het voorbehoud bepaalt dat Nederland zich verbindt de verplichtingen uit artikel 68 na te komen voor zover daaruit niet méér verplichtingen voortvloeien dan waartoe het krachtens artikel 68 Sr is gehouden. Daarbij is niet alleen verwezen naar de tekst van het artikel zoals die toen luidde maar is ook met zoveel woorden verklaard dat het gaat om de wijze waarop het artikel toén werd toegepast, namelijk met de woorden: '*as they now apply*';[124] in de Franse tekst: '*tels qi'ils sont actuellement appliqués*'. Het voorbehoud is derhalve gemaakt met het oog op de strekking van het toenmalige artikel 68 Sr. Indien dus de verplichtingen die uit artikel 68 voortvloeien minder worden, zoals het geval is bij de invoering van 'herziening ten nadele' dan mist het voorbehoud, althans naar de letter gezien, toepassing. Gelet op de tekst van het voorbehoud kan dus worden verdedigd dat daaraan niet kan worden gerefereerd voor zover de verplichtingen die uit 68 Sr voortvloeien nadien werden verminderd. Dat betekent dat de Verdragstekst in die gevallen prevaleert en dus dat wanneer de verdragstekst geen herziening ten nadele toestaat - op de wijze in dit wetsvoorstel beoogd - Nederland de voorgenomen regeling niet mag toepassen. Behalve vanuit de tekst van het voorbehoud kan voor deze visie ook een beroep worden gedaan op de volkenrechtelijke regel dat voorbehouden alleen bij het aangaan van verdragsverplichtingen kunnen

---

123 *General Comment Nr. 32. Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial.* United Nations Human Rights Committee, CPR/C/GC/32, 23 augustus 2007, nrs. 54-57.

124 Voorbehoud bij art. 14-7 BUPO: '*The Kingdom of the Netherlands accepts this provision only insofar as no obligations arise from it further to those set out in article 68 of the Criminal Code of the Netherlands … as they now apply …*'.

worden geformuleerd (art. 19 Weens Verdragenverdrag) en niet daarna eenzijdig kunnen worden gewijzigd.[125]

Artikel 6 en 8 EVRM

Ook het recht op privacy (art. 8 EVRM) en het recht om voor onschuldig te worden te gehouden (art. 6 EVRM) zijn in het geding. De vraag is of de aangevoerde grond voldoende is om de inbreuk op deze grondrechten te rechtvaardigen. In de opzet van het wetsontwerp is het doel daarvan dat steeds wanneer daar vanwege de voortschrijding van de techniek aanleiding voor is, opsporing kan plaatsvinden aan het lichaamsmateriaal van de vrijgesproken verdachte. Men moet zich afvragen of een verdachte na zijn definitieve vrijspraak op die wijze niet nog steeds als verdachte wordt beschouwd, zodat de onschuldpresumptie (art. 6 EVRM) ten aanzien van de gewezen verdachte onafgebroken[126] wordt geschonden.[127] Het recht om voor onschuldig te worden gehouden, impliceert immers dat tegen het individu geen maatregelen worden genomen waaruit blijkt dat hij wel voor schuldig wordt gehouden. Het bewaren van het lichaamsmateriaal met het oog op onderzoek met als enig doel het mogelijke vervolg van de strafzaak is daarmee in strijd.

Het bewaren van gegevens en het afnemen van lichaamsmateriaal is voorts zonder meer een inbreuk op het recht op privacy (art. 8 EVRM). Alleen indien die inbreuk *noodzakelijk* is met het oog op de belangen genoemd in het tweede lid kan een inbreuk geoorloofd worden geacht. De noodzaak tot het bewaren van de gegevens is echter niet aangetoond. Integendeel, het gaat hier juist om een vrijgesproken verdachte.

De reden waarom fundamentele rechten hoog worden gehouden, is het bijzondere individuele belang dat op het spel staat. In de kwestie waar het hier over gaat wil ik daarom ook wijzen op de mogelijke psychische effecten van een niet volledige vrijspraak voor een terecht vrijgesproken verdachte. Het enkele feit dat het eigen DNA wordt onderzocht in verband met een levensdelict, kan namelijk de betrokkene zwaar belasten. Dit komt naar voren wanneer onschuldige mensen

---

125 Vgl. International Law Commission , *Guide to Practice on Reservations to Treaties 2011*, art. 2.3.1 t/m 4 en 3.1.5.5.

126 Tenzij er sprake is van verjaring en tenzij een vordering tot herziening ten nadele heeft plaats gevonden; in dat laatste geval is een tweede vordering op basis van nova niet mogelijk, art. 482b lid 3 onder c Ontwerp.

127 Vgl. EHRM 4 december 2008, S. en Marper/VK, Van der Staak 2009, p. 403 e.v., en Vennix 2001, p. 717 e.v.

daarnaar wordt gevraagd.[128] Zo verklaarde iemand die vrijwillig meedeed aan een zogenaamd bevolkingsonderzoek om aan de hand van wangslijm de dader van een moord op te sporen, dat hij zich 'verdacht' voelde gedurende de gehele periode waarin na de afname van zijn lichaamsmateriaal de moord nog niet was opgelost. Ook voelde hij zich door zijn omgeving bekeken en 'beoordeeld' en was hij zelfs bang te worden *ver*oordeeld. Het was immers naar zijn mening nooit geheel uit te sluiten dat er een fout werd gemaakt. De man was kortom bang aangewezen te worden als de verdachte, in de wetenschap dat hij onschuldig was. Deze effecten van het bewaren van gegevens kunnen kortom schadelijk zijn voor de psychische gezondheid.

De vrijgesproken verdachte loopt bovendien de kans onterecht te worden veroordeeld als gevolg van de door het bewaren van de gegevens in de hand gewerkte tunnelvisie.[129] Het zich voortdurend concentreren op, of weer terugkeren naar, één en dezelfde persoon vergroot de kans op fouten. Nu er in de afgelopen tien jaar ten minste vijf personen na een herzieningsprocedure zijn vrijgesproken omdat er sprake is geweest van een dergelijke blikvernauwing, zou dit reden moeten zijn om juist ten aanzien van het ontstaan van tunnelvisie grotere waakzaamheid aan de dag te leggen. Ook vanuit dit perspectief zou het materiaal van de vrijgesproken verdachte niet steeds opnieuw moeten worden onderzocht.

Ik vermeld ten slotte nog dat de voorgestelde regeling ondermijnend is voor het gezag van de einduitspraak. De autoriteit van het vonnis wordt immers door het bewaren van de gegevens met het oog op een mogelijke aantasting van dat vonnis voortdurend in twijfel getrokken. Dit geldt ook als het lichaamsmateriaal niet wordt bewaard maar wel steeds opnieuw mag worden afgenomen.

5.5 Gevoelsargumenten en grondrechten

De stap die het wetsvoorstel zet, is behalve principieel - omdat het de in de wet

---

128 Tv-reportage '*The Match*', film van K. Hin en S. van Beek. In dit onderzoek werden de gevoelens gesondeerd van diverse personen van wie lichaamsmateriaal was afgenomen in verband met het onderzoek naar een moord op een buurtbewoonster. <weblogs.hollanddoc.nl/ondertusseninnederland/de-match/>.

129 Tunnelvisie bij opsporing: vernauwen van het blikveld door concentratie op slechts één mogelijke oplossing/dader, waardoor alle andere mogelijke oplossingen worden genegeerd en het bewijs nog slechts in de richting van die ene verdachte wijst, zoals gebeurd in de zaken: Schiedammer parkmoord (Gerechtshof Amsterdam, 4 mei 2006, *LJN* AW8270), Puttense moordzaak (Gerechtshof Leeuwarden, 24 april 2002, *LJN* AE1877) en Lucia de Berk (moord, meermalen gepleegd, Gerechtshof Arnhem, 14 april 2010, *LJN* BM0876) en Ina Post (moord, Gerechtshof Den Bosch, 6 oktober 2010, *LJN* BN9444). Deze onherroepelijke veroordelingen zijn uiteindelijk herzien en geëindigd in een vrijspraak. Een en ander was de aanleiding voor het wetsvoorstel 'Herziening ten voordele', *Kamerstukken II* 2008/09, nr. 32045.

neergelegde *non bis in idem*-regeling aantast - ook controversieel. Dat laatste blijkt uit het feit dat het advies van de twee deskundigen die op verzoek van de regering rapport hebben uitgebracht uiteindelijk niet wordt opgevolgd.[130] Het blijkt tevens uit het feit dat het onderwerp door de Tweede Kamer op 20 april 2010 - als gevolg van de val van het kabinet - op de lijst van controversiële onderwerpen is geplaatst. De strekking van het voorstel is dan ook, zoals uiteengezet, niet gering. Inmiddels heeft zich echter een meerderheid in de Tweede Kamer afgetekend die het voorstel steunt. Dan moet worden geconcludeerd dat het voorstel appelleert aan een gevoel dat de regeling noodzakelijk is en dat dit gevoel door velen wordt gedeeld.

Er kunnen redenen zijn om het verbod van herhaling in artikel 68 Sr in te perken. Het is inderdaad niet goed in te zien waarom een vrijgesproken dader, die de vrijspraak te danken heeft aan de omkoping van de rechter of aan bedreiging van de getuigen, zou moeten profiteren van de bescherming die het artikel biedt. Het verbod van herhaling is ook niet voor dit soort gevallen geschreven. Het was niet de bedoeling om een bonus te zetten op een misdrijf dat tot de vrijspraak leidt of om diegene tegen straf te beschermen die hoog opgeeft van het door hem bedreven delict. Daar ging het niet om. Het ging erom diegenen te beschermen die wegens gebrek aan bewijs van de vervolging waren ontslagen. Zij moesten worden beschermd tegen het onbeslist laten van hun zaak en tegen het onderworpen blijven aan dwangmaatregelen. Aan deze praktijk heeft het Wetboek van Strafvordering van 1838 een halt toegeroepen. Minister Van Manen zette die beslissing kracht bij met het argument dat het beter was om in een zeldzaam geval een onterechte vrijspraak op de koop toe te nemen dan de deur wagenwijd open te zetten 'waardoor iemand die *definitievelijk* is teregt gesteld, vele jaren in ongerustheid zoude doorbrengen'.[131] Nu wordt de regel als een sta-in-de-weg beschouwd. De gedachte dat de dader van een ernstig delict wel gepakt had kunnen worden, wordt gevoeld als onverdraaglijk. En 'Waar andere dan gevoelsoverwegingen hier eigenlijk niet in het geding zijn, geeft dit de doorslag', schreef Langemeijer.[132] Het voordeel van de algemene regeling zou dus voor dit gevoelen moeten wijken.

Hoe zeer dit gevoel ook te begrijpen is,[133] er zijn - anders dan Langemeijer het voorstelde - in het onderhavige geval niet alleen gevoelsoverwegingen in het geding, maar ook mensenrechten. Ik doel niet in de eerste plaats op het verbod van

---

130 *Kamerstukken II* 2009/10, 32333, nr. 42.

131 Zie voor het vollediger citaat Hoofdstuk 9, par. 2.7.

132 Langemeijer 1938 (a), p. 560.

133 Er kunnen vraagtekens worden geplaatst bij de vraag of het publieke gevoel wel steeds op een spontane wijze tot stand komt. Het voorbeeld van de Vivaldizaak is bijvoorbeeld door het College van procureurs-generaal in de media gebracht en de regering voedt de discussie met bombast.

herhaling als zodanig, maar wel op het gebod om iemand die is vervolgd en vrijgesproken met rust te laten. Het voornemen om diens lichaamsmateriaal te bewaren, dan wel hem telkens te verplichten dat materiaal af te staan, zet zijn recht om te worden behandeld als elke andere burger (die niet werd veroordeeld)[134] opzij. Om het cru te zeggen: hij had de pech ten onrechte voor de dader te worden aangezien en daarom mag hij steeds opnieuw worden lastig gevallen.

Indien men het gevoelsargument de doorslag wil laten geven, kan dit dus pas wanneer dit onderdeel van het wetsvoorstel zou worden geëcarteerd. In dat geval wordt echter precies datgene weggesneden wat aanleiding heeft gegeven om regeling in het leven te roepen, namelijk het onderzoek naar het DNA-materiaal van de gewezen verdachte. Het ging er Dittrich en zijn medestanders immers om dat dit materiaal onderzocht moest kunnen worden telkens als er nieuwe technieken voorhanden zouden komen die met een naar verwachting beter resultaat onderzoek zouden kunnen doen naar het lichaamsmateriaal van de gewezen verdachte. Het maakt niet uit of dit materiaal nu wordt opgeslagen of dat het steeds opnieuw kan worden opgevraagd, het resultaat is hetzelfde.

Iets anders is het wanneer het materiaal bij toeval opnieuw kan worden onderzocht, bijvoorbeeld omdat de vrijgesproken verdachte opnieuw verdacht wordt van een strafbaar feit - zoals in het geval van de Vivaldizaak - en hem in dat kader lichaamsmateriaal mag worden afgenomen. Het verdient dus overweging om te onderzoeken of de voorgestelde regeling ook aanvaardbaar zou kunnen zijn wanneer de bewaarregeling dan wel 'het zich beschikbaar houden' vervalt. Dan wordt de spanning met de grondrechten uit het voorstel gehaald. Zo wordt een heropening niet afhankelijk gemaakt van nieuwe technieken en worden de meest ingrijpende gevolgen van de regeling beperkt. Dan resteert de vraag of er voldoende aanleiding is om de deur naar herziening open te zetten.

5.6 Rust en onrust

Het door de regering voorgestelde plan dient ertoe om een regeling achter de hand te hebben '*indien* zich een grond voordoet'. Het wil het hoofd bieden aan onrust en eigenrichting die teweeg zouden kunnen worden gebracht door nieuw bekend geworden resultaten van technisch onderzoek, zoals de uitslag van nieuw DNA-onderzoek, die in de richting van de vrijgesproken verdachte wijst (*nova*). Het probleem is echter dat het wetsvoorstel op dit punt al snel te kort zal kunnen schieten. Allereerst bestaat de mogelijkheid dat de uitslag van het nieuwe onder-

[134] Ingevolge de Wet DNA-onderzoek bij veroordeelden is de opslag van DNA van de meeste veroordeelden wettelijk voorgeschreven.

zoek door de rechter in de herzieningsprocedure niet van doorslaggevend belang wordt geacht.[135] Hierbij moet worden bedacht dat een eenmaal in gang gezette procedure tot herziening ten nadele door het grote publiek met meer dan gewone belangstelling zal worden gevolgd en bij schipbreuk tot verontwaardiging aanleiding zal kunnen geven. Dit kan op zich weer tot onrust leiden. Daarom is de toets aan het 'belang van een goede rechtsbedeling' een uiterst precaire kwestie. Dan zijn er talloze situaties te bedenken die buiten de door het wetsvoorstel getrokken grenzen vallen maar door de ernst van het feit of van de gevolgen wel voor dezelfde maatschappelijke onrust kunnen zorgen. Het feit dat die zaken niet kunnen worden herzien en andere wel, kan gemakkelijk op onbegrip stuiten. Voorts moet niet worden vergeten dat we niet weten wat het enkele open stellen van de procedure losmaakt.[136] Wel weten we dat de gedachte aan een mogelijke heropening veel onzekerheid bij een terecht vrijgesproken verdachte te weeg zal brengen. Van het openstellen van de procedure zou kortom wel eens meer maatschappelijke onrust uit kunnen gaan dan het aan veiligheidsgevoelens oplevert.

5.7 Veiligheidsdenken en gemeenschapsdenken

Het wetsvoorstel past in het huidige politieke klimaat, ook wel aangeduid met 'veiligheidsdenken'. Daarin verschuift de aandacht van de overheid van de waarborging van individuele rechtszekerheid naar het met repressie inspelen op niet nader geconcretiseerde gevoelens van onveiligheid.[137] Deze geleidelijke verandering doet denken aan de verschuiving die in de jaren dertig van de vorige eeuw werd gesignaleerd door o.a. Van Bemmelen, Veegens en Langemeijer. Van Bemmelen beschreef die verandering als het verschil tussen de tijd waarin men zich 'het scherpst tegen rechterlijke en overheidswillekeur kant' - daarmee doelde hij op de tijd van de Amerikaanse vrijheidsoorlog en de Franse revolutie - en de tijd waarin men het gemeenschapsbelang voorop stelt. In die eerste wilde men rechtswaarborgen als *non bis in idem* zelfs constitutioneel vastleggen en in die tweede wil men zich van dezelfde fundamentele regels weer 'geheel of gedeeltelijk losmaken'.[138]

---

135 Zo is het niet zeker of een kans van één op een miljard veel meer gewicht in de schaal zal leggen dan de kans van één op honderdduizend (Vivaldizaak). Aan die vraag gaat bovendien nog vooraf dat het bewaarde DNA-materiaal zelf betrouwbaar moet worden geacht en dat de aanwezigheid van het DNA-materiaal iets kan zeggen over de gedraging van de verdachte. Het enkele feit dat lichaamsmateriaal tot een bepaalde persoon kan worden herleid zegt immers nog niets over diens relatie tot een bepaald delict.

136 Mevis en Kooijmans 2003, p. 112 e.v. en p. 158 e.v.

137 Vgl. B. de Graaf en W. Schinkel, 'Het recht op veiligheid schept een permanente noodtoestand', *NRC*, opinie en debat, 31 december-1 januari 2011, p. 5 en Riemen 2010.

138 Van Bemmelen 1934 (1), *W.* 12736, 1, t.k., zie voor het gehele citaat Hoofdstuk 13, par. 3.3, noot 53, p. 498.

Er is daarbij sprake van enige stemmingmakerij. Niet alleen wordt gebruik gemaakt van retoriek (immers wordt gesteld dat de maatregel noodzakelijk is om de samenleving tegen daders van ernstige misdrijven beter te kunnen beschermen), het wetsvoorstel wordt bovendien gepresenteerd tegen de achtergrond van een concept dat bestaat uit zwart-wit-tegenstellingen. Deze doen de werkelijkheid geweld aan. Volgens dit concept worden slachtoffers er altijd beter van als daders zwaarder worden gestraft en bestaat de maatschappij uit ofwel 'helden' ofwel 'hufters'.[139] Het kabinet Rutte noemt dit concept 'een hervormende filosofie'.[140] Door de zaken zo voor te stellen bestaat echter het gevaar dat het zicht wordt benomen op de negatieve gevolgen die het wetsvoorstel kan hebben voor slachtoffers, zoals teleurstelling door valse hoop. Ook anderszins is niet uit te sluiten dat het wetsvoorstel juist niet tot een verbetering van de positie van slachtoffers leidt. Het op het verleden gerichte opsporingsonderzoek kan immers gemakkelijk ten koste gaan van persoonlijke en toekomstgerichte aandacht voor het slachtoffer. Daarbij moet dan nog worden opgeteld dat de regeling voor degenen die terecht zijn vrijgesproken een grote bron van onzekerheid oplevert. Herziening ten nadele wordt kortom gepresenteerd als een grotere waarborg voor de veiligheid van alle burgers maar tast intussen ook de rechtszekerheid van burgers aan.

Een andere manier om de onrust te lijf te gaan, is door te zorgen dat de kans op dwalingen zo gering mogelijk is, door pal te staan voor de rechterlijke macht, door een magistratelijke wijze van vervolgen, door een zorgvuldige manier van opsporen en door de hiermee belaste organisaties van de benodigde middelen en mankracht te voorzien. Zo zou het aantal rechters in hoger beroep in plaats van te worden verminderd juist kunnen worden uitgebreid. Ook valt te denken aan een motivering van vrijspraken die door de Hoge Raad strikter op begrijpelijk-

---

139 De lijn tussen 'held' en 'hufter' is niet eenvoudig te trekken. Enkele voorbeelden zijn de affaire Marco Kroon in Nederland, <nl.wikipedia.org/wiki/Marco_Kroon>, en de affaires Strauss-Kahn in Frankrijk en Amerika, <nl.wikipedia.org/wiki/Dominique_Strauss-Kahn>.

140 Premier Rutte op zijn eerste persconferentie, 5 november 2010: 'Ja er zit onder de vijf of zes pagina's in het regeer- en gedoogakkoord op veiligheid een filosofie en dat is echt een hervormende filosofie. Namelijk dat wij een land willen waarin niet de aandacht uit gaat naar de hufter, maar naar de held. Niet naar de dader, maar naar het slachtoffer. Waarin je de dader ook kunt plukken, heel snel, van het geld van zijn kapitaal dat je nodig hebt om het slachtoffer te ondersteunen. Dus de hele aanpak die daarachter zit. De hele filosofie achter de minimumstraffen. De hele filosofie wat we nu vandaag gaan doen van de herziening ten nadele. Dat zijn echt grote veranderingen waar een filosofie onder zit waarbij je het strafrecht veel meer richt naar hoe zorg ik er nou voor dat mensen die echt het slachtoffer zijn dat die ook het gevoel hebben dat de samenleving voor hen kiest en niet voor de dader.' Website rijksoverheid, <www.rijksoverheid.nl/regering/het-kabinet/ministerraad/2010/5-november-2010.html>.

heid kan worden getoetst, zoals gebeurt in Duitsland. Dit alles verkleint de kans op onjuiste vrijspraken.[141]

Het gevaar voor eigenrichting kan kleiner worden als de overheid iedere keer dat in de media wordt opgeroepen om het recht in eigen hand te nemen daarvan onmiddellijk publiekelijk afstand neemt en tegen die oproep de nodige maatregelen treft. Op dit punt is echter een tegengestelde ontwikkeling aan de hand. Burgers worden van verschillende kanten aangemoedigd om zo nodig zelf geweld te gebruiken. Zo worden de gronden voor noodweer in artikel 41 Wetboek van Strafrecht verruimd[142] en komt het steeds vaker voor dat gezagsdragers en volksvertegenwoordigers[143] laten merken het niet af te keuren als de burger het recht in eigen hand neemt. Dit alles duidt niet op een houding die eigenrichting ten stelligste afkeurt.

Het wetsvoorstel is echter mediageniek en publiciteitsgevoelig en kan daarom gemakkelijk op de steun van het grote publiek rekenen.[144] Het is dan ook te verwachten dat het voorstel tot wet zal worden verheven. Wellicht zullen wij dan

---

141 Het Duitse vonnis moet de motivering bevatten van de reden van de vrijspraak, tenzij geen rechtsmiddelen worden aangewend, art. 267 StPO: '*Wird der Angeklagte freigesprochen, so müssen die Urteilsgründe ergeben, ob der Angeklagte für nicht überführt oder ob und aus welchen Gründen die für erwiesen angenommene Tat für nicht strafbar erachtet worden ist. Verzichten alle zur Anfechtung Berechtigten auf Rechtsmittel oder wird innerhalb der Frist kein Rechtsmittel eingelegt, so braucht nur angegeben zu werden, ob die dem Angeklagten zur Last gelegte Straftat aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht festgestellt worden ist. Absatz 4 Satz 3 ist anzuwenden.*' De greep van de cassatierechter op de vrijspraak is hierdoor groot en volgens Dietmeier 2008 wordt die greep de laatste jaren groter. Zie bijv. BGH 21 augustus 2008 - 3 StR 262/08. Het betreft de vernietiging van een vrijspraak van moord omdat de feitenrechter - kort gezegd - onvoldoende heeft gemotiveerd waarom de beide verdachten niet zouden liegen.

142 Voorstel van wet van de leden Teeven en Weekers tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering ter versterking van de positie van een burger die zich beroept op noodweer, *Kamerstukken II* 2007/08, 31407, en de daarop vooruitlopende 'Aanwijzing handelwijze bij beroep op noodweer', *Stcrt* 21 december 2010.

143 Zo liet de voorzitter van het College van PG's weten waardering te hebben voor de (illegale) opsporingspraktijken van Peter R. de Vries in de zaak tegen Joran van der Sloot, *Elsevier*, 8 februari 2008, 'OM: kritiek op Peter R. de Vries is hypocriet'. Van Veelen, NRC-Handelsblad 17 augustus 2011, 'Een knokploeg tegen Marokkanen, is dat goede burgerzin?', schreef: 'nieuw is de gretigheid waarmee politici geweld aanmoedigen.' Als voorbeeld noemt hij de burgerknokploeg in Venlo die op de steun van PVV-voorman Wilders kon rekenen. Een ander voorbeeld is de uitspraak 'sla ze maar verrot' uit de mond van de VVD-burgemeester van Zaltbommel, toen het ging om inbrekers. Naar aanleiding van de aanstaande vrijlating van de moordenaar van Pim Fortuyn en de verontwaardiging die deze vrijlating bij sommigen opwekt, liet PVV-Kamerlid Brinkman in het gratis verspreide dagblad Spits van 7 juli 2011 weten: 'ik zal er ook geen traan om laten als hem iets overkomt'.

144 Het kan in dit verband bijna geen toeval zijn dat de uitbreiding van het reeds ingediende wetsvoorstel op 5 november 2010 als één van de eerste besluiten van het op 14 oktober 2010 beëdigde kabinet aan de pers werd gepresenteerd.

later moeten concluderen dat de ingeslagen weg die naar Abilene was, één die ons brengt tot de vraag waarom we er ooit aan zijn begonnen.[145] Want de grote vraag is - zoals Modderman het uitdrukte - wat de impact zal zijn van datgene 'wat men niet ziet'.[146]

[145] Vgl. Jerry B. Harvey, *The Abilene paradox*, aangehaald door M. Februari, 'Niet naar Abilene', NRC Handelsblad, 24 januari 2011. Het betreft een situatie waarin door een groep mensen een plan wordt ondernomen en elk van de deelnemers van de groep op het moment van zijn instemming met het plan heeft verondersteld de ander een plezier te doen. Na de uitvoering van het plan komen alle deelnemers echter afzonderlijk tot de slotsom dat het een slecht plan was en vertellen zij elkaar dat zij slechts meededen omdat zij dachten dat de anderen het op prijs zouden stellen, en niet omdat zij het zelf wilden. Het resultaat is dat iedereen spijt heeft van het plan.

[146] A.E.J. Modderman, *NJV* 1873-II, p. 195, met verwijzing naar de parabel van 'de gebroken ruit' van de econoom Bastiat (1850), besproken in, Hoofdstuk 10, par. 3.2.

Hoofdstuk 15
Slotbeschouwing

1. Terugblik

1.1 De bronnen en betekenissen van '*non bis in idem*'

In dit onderzoek is beschreven hoe het strafrechtelijk verbod van herhaling lang voor de jaartelling op het vasteland van Europa wortel moet hebben geschoten, hoe het zich ontvouwde als een rechtsregel en onderwerp van studie werd van menig geleerde, van kerkvaders, Griekse en Romeinse juristen, decretisten en criminalisten. We zagen dat het verbod van een tweede vervolging of berechting tot uiteenlopende gronden is te herleiden, zowel economische als menslievende, dat het verbod in de loop der eeuwen verschillend werd geïnterpreteerd en diverse toepassingen kende en dat dit varieerde naar gelang de historische, politieke en levensbeschouwelijke context waarin het onderwerp ter sprake kwam. Terugkijkend op deze geschiedenis zien we voorts hoe gezocht is naar een regel die recht doet aan proportionaliteit, rechtszekerheid en rechtvaardigheid, voor zowel het individu als de gemeenschap waarin hij leeft, en die tevens evenwicht moest brengen tussen de starheid van een definitieve einduitspraak en de niet uit te sluiten mogelijkheid dat later nieuwe bewijzen een ander licht op de zaak zouden werpen. Gezien de motieven, gronden en doelen die met het verbod zijn verstrengeld, mag het een illusie heten 'het' verbod van herhaling in één voor alle stelsels uniforme regel samen te vatten. Ook in het verleden bestonden er meer rechtsregels die een verbod van herhaling uitdrukten.

Als we iets meer inzoomen op die geschiedenis zien we dat de oudste teksten over het verbod van herhaling zijn verzameld in de Mozaïsche wetgeving. Deze voorschriften spreken zich uit over de eis van proportionaliteit. Het was volgens deze wetgeving verboden om meer dan de voorgeschreven hoeveelheid straf toe te dienen. De regels uit de Griekse oudheid die onder meer dankzij de redevoeringen van Demosthenes tot ons kwamen, geven meer in het bijzonder uitdrukking aan het economisch gebruik van procedures. Het verbod een procedure te herhalen was een norm die in Athene zo gewoon werd gevonden dat degene die dacht dat die regel niet voor hem gold, voorwerp werd van publieke spot. De Romeinse juristen in de derde eeuw na Christus plaatsten het verbod van het indienen van een aanklacht wegens hetzelfde feit vooral in het licht van de uitzonderingen. Degene die zelf slachtoffer was geweest van een misdaad en het proces niet (mee) had kunnen voeren, omdat hij er niet van op de hoogte was

geweest, zou - ondanks dat het een tweede klacht betrof over hetzelfde feit en tegen dezelfde persoon - in zijn klacht moeten kunnen worden ontvangen. Van een delict dat bestond uit diverse strafbare gedragingen konden de afzonderlijke onderdelen na elkaar worden vervolgd. *Praevaricatio* en *collusio*, corruptie en vals spel, stelden het verbod vanzelfsprekend buiten werking.

Negende-eeuwse bronnen laten zien dat de Kerk zich bezig hield met de vraag of een geestelijke voor een door hem gepleegd vergrijp gestraft mocht worden door hem uit zijn ambt te zetten én hem te excommuniceren. Was dit niet in strijd met het verbod van dubbele bestraffing, zoals beschreven in de Schrift? Dezelfde vraag speelde wanneer sprake was van toepassing van een wereldlijke en een kerkelijke straf ter zake van één en hetzelfde vergrijp. Op basis van de hierbij gevonden versregel uit Nahum: *non vindicabit bis in idipsum,* 'God straft niet tweemaal wegens hetzelfde', luidde het antwoord negatief. Er mocht niet tweemaal worden gestraft voor hetzelfde. Deze regel werd in Engeland vooral bekend door het conflict tussen de aartsbisschop van Canterbury, Thomas à Becket, en de Engelse koning. Op het vasteland verwierven twee andere rechtsregels meer bekendheid. De ene was ontleend aan de rechtsvraag die Ulpianus had opgeworpen met betrekking tot het recht van aanklacht van 'het onwetende slachtoffer'. Deze regel werd uitgedrukt met de eerste regel van die rechtsvraag: '*Isdem criminibus, quibus quis liberatus est, non debet praeses pati eundem accusari*' (D. 48.2.7.2). De andere was de rechtsregel dat na een gegeven vrijspraak geen aanklacht meer tegen dezelfde persoon mag worden ingesteld, een regel die vrijwel gelijk luidde: '*De his criminibus, de quibus absolutus est, refricari accusatio non potest*' ofwel: 'wegens de misdrijven, waarvan iemand is vrijgesproken, kan de aanklacht niet worden herhaald'. Deze regel ging verder als de '*de his*-regel'. De '*de his*-regel' kreeg een vaste plaats in het canonieke recht en kreeg de betekenis van een verbod dat was gericht tot een ieder en dus niet alleen tegen de eerste aanklager. Bovendien werd hij ook van toepassing geacht indien niet een vrijspraak maar een veroordeling was voorafgegaan. De canonieke regel en de regel van de Romeinse jurist Ulpianus vormden een gemeenschappelijke basis voor verdere studie naar het verbod van herhaling. Zo was het verbod van herhaling verankerd in zowel het Romeinse als in het canonieke recht. Het werd door de criminalisten beschouwd als een algemeen rechtsbeginsel. Ook de vroeger door de Romeinen gemaakte uitzonderingen, zoals omkoping, dubbelspel en het geval dat het directe slachtoffer niet van de eerste vervolging op de hoogte was geweest, werden in de doctrine bestudeerd. Dat was de stand van zaken toen het inquisitoire proces rond het begin van de twaalfde eeuw zijn intrede deed.

1.2 De gevolgen van de invoering van het inquisitoire proces

In dit inquisitoire proces werd er naar gestreefd de materiële waarheid te ontdekken aan de hand van rationele bewijsmiddelen, zoals de bekentenis en het relaas van getuigen over wat zij hadden gehoord of gezien. Zolang de waarheid niet was achterhaald, moest - zo nam men in de praktijk aan - het onderzoek worden voortgezet. De einduitspraak van de rechter kreeg daardoor de bijna sacrale betekenis van goddelijke waarheid, net als in het gewoonterecht het godsoordeel. Zolang het bewijs niet 'vol' was en tevens de aanwijzingen tegen de beschuldigde door het wettelijk voorgeschreven bewijs niet waren opgeheven, kon de rechter de zaak niet met een eindgewijsde afsluiten. Hij kon immers de materiële waarheid niet vaststellen. Daarnaast gold de regel dat iemand niet tweemaal mocht worden berecht wegens hetzelfde feit. Deze beide uitgangspunten tezamen hielden de rechter in een houdgreep: indien hij vrij zou spreken was de zaak definitief en kon hij later, na het opkomen van nieuwe bezwaren, geen onderzoek meer instellen naar de materiële waarheid. De beschuldigde die in deze situatie terecht kwam, werd niet veroordeeld en niet vrijgesproken maar onderworpen aan maatregelen om beschikbaar te blijven voor justitie. Hij bleef kortom '*in reatu*', een vorm van 'staat van beschuldiging'. Zo brachten de rechtswaarborgen van het inquisitoire proces voor de onschuldigen die hun onschuld niet konden bewijzen grote rechtsonzekerheid met zich mee. Bovendien konden zij onderworpen blijven aan maatregelen van dwang. En hoewel de beslissing om de zaak in het midden te houden geen grondslag vond in het Romeinse recht en daarom door strafrechtsgeleerden werd bekritiseerd, vormde dit in de praktijk geen beletsel om dit soort uitspraken met regelmaat te geven.

Op het Europese continent ontstond aldus een door juristen bekritiseerde maar door de praktijk algemeen erkende methode om de beslissing uit te stellen in afwachting van het opkomen van nieuwe bezwaren. Wielant maakte er in 1510 als eerste melding van.[1] Deze 'middenbeslissing' kreeg onder rechtsgeleerden de naam *absolutio ab instantia*, in Frankrijk *plus ample informé*, in Duitsland *Instanzentbindung*, in Nederland 'slaking', 'ontslag onder handtasting' of 'ontslag van instantie'. De onvoorwaardelijke vrijspraak werd een bijzonder verschijnsel.

1.3 Frankrijk en Nederland codificeerden twee rechtswaarborgen

In de loop van de achttiende eeuw begon de kritiek op dit systeem toe te nemen. Ongelimiteerde inbreuken op de individuele vrijheidsrechten pasten niet bij de geest van de nieuwe tijd, de Verlichting. De onvrede over het gebruik van niet-

[1] Zie Hoofdstuk 4, par. 2.3.

definitieve eindbeslissingen culmineerde in Frankrijk in de codificatie van twee rechtswaarborgen: de sluiting van een strafproces met een definitief vonnis en daaraan gekoppeld het recht niet nog eens wegens dezelfde zaak te worden vervolgd of berecht, *non bis in idem*. De omverwerping van de *plus ample informé* was zelfs één van de speerpunten van de Franse Revolutie. Vanaf 1791 was de verdachte '*coupable*' of '*non-coupable*' en niets daartussen. Voor deze beslissingen gold *la maxime non bis in idem* als ongeschreven rechtsbeginsel. Het vloeide rechtstreeks voort uit de hiervoor genoemde Romeinse en canonieke bronnen. Daarnaast zorgde de omarming van de juryrechtspraak, als erkenning van de soevereine wil van het volk, voor een bijzonder effect. De beslissing van de jury was soeverein en dus onaantastbaar, ook indien dit een vrijspraak was. Een juryvrijspraak werd daarom tevens uitgesloten van alle rechtsmiddelen. Het recht op een onaantastbaar gewijsde van een jury werd in de Franse grondwet van 1791 als mensenrecht erkend: *Tout homme acquitté par un juré légal, ne peut plus être repris ni accusé à raison du même fait*.

Nederland, dat eveneens al langere tijd worstelde met de status van de einduitspraak, volgde Frankrijk, eerst gedwongen, door de Franse overheersing van 1810-1813, daarna vrijwillig en van harte. De onaantastbaarheid van de vrijspraak werd opgenomen in artikel 218 Wetboek van Strafvordering 1838. De betekenis van die regel was echter vanaf de aanvang ruimer. Anders dan in Frankrijk had de regel in artikel 218 Sv 1838 geen betrekking op de erkenning van de soevereiniteit van de jury. Daardoor was hij niet beperkt tot uitspraken van het hof. Het verbod van herhaling gold voor alle inhoudelijke onherroepelijke eindbeslissingen en werd beschouwd als de weergave van het beginsel '*non bis in idem*'. De vastlegging van het verbod van herhaling stond in direct verband met de nieuwe inrichting van het strafproces. In dit moderne proces vormden de beroepsrechters - die in colleges gezamenlijk tot een beslissing moesten komen - een waarborg tegen dwalingen en kon door de splitsing van het proces in een geheim en een openbaar deel ook nog halverwege het proces een beslissing tot het voorlopig staken van de vervolging worden genomen.

1.4 Duitsland codificeerde daarbij de herziening ten nadele

In negentiende-eeuws Duitsland viel de afweging omtrent de kracht van het gewijsde anders uit dan in Nederland en Frankrijk. Ik schrijf dit toe aan het feit dat de ontwikkeling van het moderne strafproces, inclusief de erkenning van de vrijspraak, er geleidelijker verliep. In alle Duitse staten werd vanaf 1800 aanvankelijk de *absolutio ab instantia* gehandhaafd. Daarnaast kregen in sommige staten de eervolle en de oneervolle vrijspraak een plaats. Bovendien werden gronden voor heropening van het proces na vrijspraak gecodificeerd en in enkele staten han-

teerde men *Nichtigkeitsgründe*. In deze veelheid van mogelijkheden om een eindoordeel aan te tasten, naast de mogelijkheid om het eindoordeel uit te stellen, is bij de totstandkoming van de rijkswetgeving van 1877 de schaar gezet. De *falsa*, kort gezegd de strafwaardige handelingen die tot een onterechte vrijspraak hadden geleid, werden in de wet opgenomen als grond voor herziening. Aan *Nichtigkeitsgründe* bestond hierdoor geen behoefte meer. Aan deze *falsa* werd 'de geloofwaardige bekentenis' toegevoegd. In het naderhand opkomen van nieuwe bezwaren, buiten de verdachte om, zag de Duitse rijkswetgever geen reden om een eindbeslissing te herzien. Daarvoor lag de *Instanzentbindung* nog te vers in het geheugen. De herzieningsgronden werden dus in hoofdzaak[2] beperkt tot die welke aan de actieve gedraging van de betrokkene konden worden toegeschreven. Zo ontstond een regeling waarin binnen nauwkeurig omschreven grenzen een *Wiederaufnahme zuungunsten* van de vrijgesproken verdachte geoorloofd was.

1.5 Geen herziening ten nadele in Frankrijk en Nederland

Frankrijk noch Nederland voerden zoals Duitsland een vorm van herziening ten nadele in. Frankrijk legde in 1959 wel een regel vast die het *chose jugée* opheft als gebleken is van 'valsheid'. Indien uit een veroordeling wegens valsheid (*la condamnation du coupable de faux ou usage de faux*, art. 6 lid 2 CPP) komt vast te staan dat het onherroepelijke vonnis op dat misdrijf berust, kan het recht op strafvordering in de zaak waarin het onjuiste vonnis is gewezen, herleven: '*l'action publique pourra être reprise*'. Een dergelijke bepaling kent de Nederlandse wetgeving niet.

1.6 De uitleg van 'hetzelfde feit' in Frankrijk, Nederland en Duitsland

In Frankrijk werd aanvankelijk een 'modern' inquisitoir vervolgingsbeginsel gehuldigd, dat erin bestond dat alle aspecten van dezelfde feitelijke gebeurtenis zo mogelijk in één keer dienden te worden berecht. Dit principe is door mij aangeduid als het 'positief inquisitoir principe'. Ortolan vatte het later samen in de woorden '*tout poursuivre et tout juger*'. In dit vervolgingsprincipe kwam de klad toen in 1808 een wijziging werd doorgevoerd in de regeling voor het stellen van vragen aan de jury. De voorzitter bepaalde de vragen en tot die vragen moest de jury zijn antwoorden beperken. Indien bijvoorbeeld slechts vragen waren gesteld over het opzet van de verdachte kon het schulddelict niet worden berecht en werd het noodzakelijk dit schulddelict opnieuw bij een lagere rechtbank te vervolgen. Deze processuele verandering had invloed op de uitleg van het verbod

---

2 Art. 362 StPO sluit niet uit dat het misdrijf dat tot de vrijspraak leidt door een ander dan de verdachte wordt gepleegd. Zie voor de tekst van het artikel Hoofdstuk 11, par. 2.9, noot 95, p. 448.

van herhaling. Het feitsbegrip werd enger uitgelegd. Deze rechtspraak bleef nadien ongewijzigd. Relatief recente voorbeelden zijn de zaken Thibaud (1954) en Laurent (1983), besproken in Hoofdstuk 12. Er bleek in de desbetreffende casus geen sprake te zijn geweest van 'schuld' maar van 'opzet'. Dit verschil in *élément moral* wierp naar de mening van het *Cour de Cassation* een zodanig ander licht op de gebeurtenis dat niet van 'hetzelfde feit' kon worden gesproken. Ook ten aanzien van de in 1959 aan de wet toegevoegde vervolgingsuitsluitingsgrond '*chose jugée*', artikel 6 CPP, hanteert de Franse rechter een enge uitleg van 'hetzelfde feit'. Er moet sprake zijn van '*identité totale de cause, d'objet et des parties*'. Daarbij wordt '*cause*' (feit) bijna strikt juridisch uitgelegd en lijkt onder '*partie*' niet alleen de openbare aanklager te worden verstaan maar ook de civiele partij, zodat een *action directe* door de *partie civile* na een eerdere vervolging door de openbare aanklager al snel ontvankelijk is. Overigens heeft het Europese Hof in de zaak Garretta deze benadering niet afgewezen.[3]

Bezien we de ontwikkeling van de uitleg van het feitsbegrip in Nederland vanaf 1838 tot heden, dan kan worden vastgesteld dat die uitleg een overwegend feitelijke is gebleven, al is ook de juridische component niet te verwaarlozen. 'Vuistregel' is 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.'[4] In de jaren dertig van de vorige eeuw vond tijdelijk een strenger, meer juridisch, criterium ingang. Dit criterium werd in de jaren zestig weer verruimd. In vergelijking met Frankrijk hanteert de Nederlandse rechter dus een ruimere uitleg van het 'hetzelfde feit', waardoor de bescherming van de regel in Nederland groter is dan in Frankrijk. Om een tweede vervolging in zaken als Thibaud en Laurent te bewerkstelligen zou een interpretatieve *tour de passe* moeten worden gemaakt die slecht bij de ratio van de Nederlandse verbodsbepaling past. In Duitsland mag de tweede vervolging niet leiden *zu einer unnatürlichen Aufspaltung eines zusammengehörenden Geschehens*, een criterium dat borg staat voor een in verhouding tot Frankrijk en Nederland zeer ruim feitsbegrip en dus een grote mate van bescherming biedt tegen een tweede vervolging. Anderzijds kent Duitsland de mogelijkheid van herziening ten nadele die in 1877 in de Rijkswetgeving is opgenomen.

1.7 Het positief inquisitoir principe

Zowel de Duitse als de Nederlandse invulling van het feitsbegrip zijn ruimer dan de Franse. Dit hangt samen met de opvattingen in deze landen over het vervolgingsprincipe. Ik heb in dit verband gesproken van het 'positief inquisitoir prin-

---

3 EHRM 4 maart 2008, Garretta/France, besproken in Hoofdstuk 12, par. 3.4.

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

cipe'. Het impliceert een zodanige uitvoering van de opdracht tot vervolging en berechting dat de strafrechtelijke aspecten van hetzelfde gebeuren zo veel mogelijk tegelijk worden afgedaan. Hierdoor wordt de verdachte beschermd tegen meerdere vervolgingen. Dit principe geeft derhalve een ruime interpretatie van *non bis in idem*. In Frankrijk is dit principe in 1808 weer losgelaten. In Duitsland en Nederland lijken er zwaardere eisen aan dit uitgangspunt te worden gesteld.

2. De modellen en de gronden voor heropening

2.1 De behoefte aan balans

Uit de geschiedenis van de vrijspraak op het vasteland van Europa blijkt dat na het verlaten van het zuiver inquisitoire proces de rechtszekerheid van de burger voorrang kreeg boven het belang van het vinden van de materiële waarheid. De 'definitiefheid' van de vrijspraak en het daaraan gekoppelde verbod van herhaling waren in de Franse Revolutie op het middeleeuwse procesmodel bevochten. Het moderne gematigd inquisitoire proces[5] dat vervolgens ingang vond, vormde voor de onherroepelijke vrijspraak een stevige basis. In dit proces kon een vervolging halverwege worden afgebroken met behoud van de mogelijkheid om de vervolging bij het opkomen van nieuwe bezwaren te hervatten. De absolutio *ab instantia* werd als het ware verschoven naar het midden van de procedure. Deze inrichting van het proces kennen alle drie hier besproken landen.

Toch bleef er daarnaast behoefte bestaan om onder omstandigheden het gezag van het gewijsde ten nadele van de gewezen verdachte niet te erkennen. Die omstandigheden konden bestaan uit nieuw opgekomen bewijsmateriaal, *nova*, of uit later bekend geworden ernstige gebreken aan de totstandkoming van het vonnis, *falsa*. Deze gronden konden reden opleveren om de onwrikbaarheid van het gewijsde ter zijde te stellen. De afweging om dat te doen maakt deel uit van de balans tussen enerzijds rechtszekerheid[6] en anderzijds het belang om de dader te straffen (gerechtigheid in engere zin).[7] Duitsland en Frankrijk vonden die balans

---

5 De aanduiding 'gematigd inquisitoir' prefereer ik boven 'gematigd accusatoir' omdat zij beter aansluit bij de historie en bij de wortels van het Wetboek van Strafvordering, vgl. Keulen en Knigge 2010, p. 35 e.v, i.h.b. p. 39, 40. Vgl. Bohlander, 2011, Hoofdstuk 2, over de verschillen en de overeenkomsten tussen het inquisitoire continentale strafproces en dat volgens Common Law.

6 Met rechtszekerheid bedoel ik hier dat de autoriteit van het vonnis niet in twijfel zal worden getrokken; het omvat zowel de rechtszekerheid van het individu, als dat van de maatschappij.

7 Vgl. Remmelink 1996, p. 594. Voor een uitvoeriger beschouwing zie Van Kempen 2003, p. 306 e.v. Hij beschrijft 'gerechtigheid' en 'rechtszekerheid' als onderdeel van 'de rechtvaardigheid' als

elk op eigen wijze. Nederland bleef vertrouwen op de waarborgen binnen het bestaande procesmodel.

2.2 De manieren om de balans te vinden

Uit de verkenning van de wetgeving en rechtspraak van Duitsland en Frankrijk is gebleken dat er ten minste drie methoden worden gebezigd om ondanks een finale, en in beginsel onherroepelijke, berechting alsnog feiten die een ander licht werpen op de berechte zaak, of op de totstandkoming van het uiteindelijke oordeel, mee te wegen in een tweede berechting van dezelfde historische gebeurtenis: door een regeling van gronden voor nietigheid, door het bijzonder rechtsmiddel van herziening en door de hantering van een eng feitsbegrip. In Nederland is in de doctrine de herziening ten nadele wel bepleit evenals een enge uitleg van het feitsbegrip, maar deze methoden hebben tot nu toe geen ingang gevonden.

2.3 Een allegaartje van gronden en modellen

Gebleken is dat de gehanteerde gronden en modellen niet met elkaar samenvallen. *Falsa* worden in Duitsland en Frankrijk niet eender omschreven. Ook het rechtsgevolg is anders. In Duitsland kan gebleken valsheid reden zijn voor *Wiederaufnahme zuungunsten* - dus een voortzetting van dezelfde procedure - terwijl diezelfde valsheid in Frankrijk het gezag van gewijsde aantast en daardoor een tweede vervolging mogelijk maakt. Voorts kan een bekentenis in Duitsland reden opleveren voor herziening waar zij in Frankrijk aanleiding kan geven voor een tweede vervolging van dezelfde gedraging, maar dan als 'een ander feit'. Dit laatste geldt dan weer in mindere mate indien de uitspraak afkomstig is van een jury-rechtbank omdat in dat geval de regel geldt dat hetzelfde feit niet nog eens mag worden berecht, ook niet indien het anders wordt gekwalificeerd ('*même sous une qualification différente*', art. 368 CCP). De gronden waarop en de gevallen waarin een historisch feit opnieuw kan worden berecht, hebben zo beschouwd een wat willekeurig karakter. De wijze waarop ze procedureel naar voren kunnen worden gebracht, heeft voorts iets van een allegaartje.

Alleen de terugkeer naar de *absolutio ab instantia* zou de mogelijkheden tot herziening van de berechting van het feit in alle gevallen gelijk maken. Van een dergelijke ruime openstelling van een gesloten procedure hebben deze landen echter sinds de opkomst van het moderne strafproces welbewust afgezien. De rechtszekerheid van de gewezen verdachte heeft toen immers een plaats verworven in

---

'hoogste inhoudelijk doel van het recht in de moderne democratische rechtsstaat'. Voor de civielrechtelijke pendant van dit onderwerp zie Brinkhof 1987, p. 18.

de doelen van het strafproces. De Nederlandse regering wilde binnen dit strafproces 'de individuele vrijheid der ingezeetenen beschermen'. De consequentie dat iemand ten onrechte zou worden vrijgesproken - een mogelijkheid die gering werd geacht maar niet voor honderd procent kon worden uitgesloten - was naar de mening van de regering 'een geringer kwaad in de maatschappij dan de veroordeling van één onschuldig mensch'.[8] Tachtig jaar later stond de regering nog steeds achter deze opvatting: 'het rechtsbewustzijn der natie (wordt) ingeval van ongegronde vrijspraak niet dermate geschokt als bij veroordeling van een niet-schuldige'.[9] De belangen van de gewezen verdachte werden aldus onderdeel van het strafproces en daarmee beschouwd als onderdeel van de met dit proces beoogde 'gerechtigheid'. Om dezelfde redenen zijn in de andere landen de mogelijkheden tot heropening beperkt gehouden.

3. Verschuivingen of: het rommelt in Europa

3.1 Roep om nieuw evenwicht

Het in de codificaties gevonden evenwicht wordt de laatste jaren niet meer als vanzelfsprekend ervaren. In Nederland, Frankrijk en België is verandering gebracht in de regeling van de gewone rechtsmiddelen, waardoor uitspraken in hoogste feitelijke instantie in ruimere mate aantastbaar zijn geworden; hierover gaat par. 3.2. Op dit moment is bovendien, zoals ik hiervoor heb beschreven, de achterdeur van het proces aan een nieuwe inspectie onderhevig. In Duitsland wordt onderzocht of de herziening ten nadele moet worden uitgebreid en in Nederland of het rechtsmiddel moet worden ingevoerd. Hoewel de veranderingen ten aanzien van de gewone en die ten aanzien van de bijzondere rechtsmiddelen niet tot dezelfde aanleiding zijn te herleiden, lijkt er een verschuiving plaats te vinden in de richting van het belang van materiële waarheidsvinding ten koste van het belang van de individuele rechtszekerheid, een verschuiving die gelijkenis vertoont met die welke in de jaren dertig van de vorige eeuw werd geconstateerd (zie Hoofdstuk 13, par. 3.3 slot en Hoofdstuk 14, par. 5.7). Over de ontwikkelingen ten aanzien van de opening van het strafproces 'aan de achterdeur' gaat par. 3.3.

---

8 MvT OSv 1829, Noordziek 1888, p. 211 onder, aangehaald in Hoofdstuk 9, par. 2.5.

9 *Kamerstukken II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 156, 157. vgl. *Kamerstukken II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 156 (in Hoofdstuk 13, par. 2).

3.2 Gewone rechtsmiddelen na vrijspraak

In Frankrijk was het verbod van herhaling zoals neergelegd in de eerste Constitutie (1791) niet alleen gericht tegen een nieuwe vervolging maar ook tegen een voortzetting van de vervolging door middel van de indiening van een gewoon rechtsmiddel. Juryuitspraken werden van gewone rechtsmiddelen uitgesloten. Ook in Nederland was gewoon appel tegen arresten van de hoven uitgesloten. Tegen een vrijspraak stond bovendien geen cassatie open (art. 381 Sv 1838). Bij de wijziging van het Wetboek van Strafvordering begin vorige eeuw[10] werd het belang van de onaantastbaarheid van de vrijspraak in hoogste ressort, nog eens onderstreept. De vrijspraak werd bestempeld als 'een door de verdachte verkregen recht'. Dit recht werd vastgelegd in artikel 430 Sv.[11]

In 2003 is artikel 430 Sv vervallen.[12] Daarmee is cassatieberoep tegen vrijspraken, ook indien zij 'zuiver' zijn, mogelijk geworden. Volgens de regering moest de afschaffing van de uitzonderingspositie van de vrijspraak worden gezien in het licht van 'een bredere rechtsontwikkeling die ook de rechtspositie van de verdachte juist heeft verbeterd'.[13] Gedoeld werd op de ontwikkeling van het leerstuk van het onrechtmatig verkregen bewijs. De regering beschouwde de wijziging 'als een betrekkelijk bescheiden correctie ten nadele van de verdachte'; het was niet 'een onacceptabele verslechtering'. De rotsvaste positie van de vrijgesproken verdachte brokkelde voor het eerst af. Het was een verlies dat bedoeld was om het strafproces in balans te houden, een beslissing die gedragen werd door een tegengewicht.

Ook de onaantastbaarheid van een juryuitspraak werd in de loop van de tijd minder vanzelfsprekend. In Frankrijk en België kwam de juryrechtspraak ter discussie te staan als gevolg van de aan die procedure klevende gebrekkige rechtswaarborgen voor de veroordeelde. Tegen een juryuitspraak bestond vanouds geen recht van beroep, dus was er geen tweede feitelijke beoordeling mogelijk, ook niet voor de veroordeelde. Voorts ontbeerde de beslissing omtrent de schuld in beginsel motivering. Beide eigenaardigheden van de juryrechtspraak botsen met het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, in het bijzonder met het recht op een beoordeling door een tweede feitelijke instantie

---

10 Wet van 15 januari 1921, *Stb.* 14, in werking getreden 1 januari 1926.

11 *Kamerstukken II* 1913/14, 286, 3, p. 153: 'Een dergelijke uitspraak in het hoogste ressort gegeven, wordt als een door den verdachte verkregen recht gevoeld en behoort onaantastbaar te zijn'. De Hullu 1989, p. 404. Over dit onderwerp uitvoerig: De Jong en Van der Neut 1982.

12 Wet van 31 oktober 2002, *Stb.* 539, in werking getreden 1 januari 2003, S 2002, 601. Over het conceptwetsvoorstel zie Franken en Waling 2001.

13 Wetsvoorstel wijziging Wetboek van Strafvordering strekkende tot het openstellen van beroep in cassatie tegen vrijspraken, *Kamerstukken II* 2001/02, 28204, 3 (MvT), p. 2.

zoals neergelegd in art. 2 Protocol 7 EVRM en met de motiveringsplicht die volgt uit artikel 6 EVRM.[14] In Frankrijk is inmiddels hoger beroep tegen een juryuitspraak die een veroordeling inhoudt mogelijk geworden;[15] de historische betekenis van deze wijziging is treffend aangeduid met '*mort d'un dogme*'.[16] De juryvrijspraak wordt er echter nog steeds van hoger beroep en van cassatie uitgesloten. In België heeft de hervorming van de procedure bij het hof van assisen de juryvrijspraak met zich meegetrokken.[17] Hierdoor is in 2010 een volwaardig cassatieberoep tegen een door de jury gegeven vrijspraak mogelijk geworden.[18] De autoriteit van de jury is kortom aan het wankelen. In Nederland en België is de onherroepelijkheid van de vrijspraak in hoogste feitelijke instantie passé. In Duitsland geldt een verplichte motivering van de vrijspraak (art. 267 StPO). Hierdoor houdt de cassatierechter zelfs stevig greep op 'te lichtvaardige beslissingen'.[19]

3.3 Opmars herziening ten nadele na vrijspraak

Het proces van aantasting van de onaantastbaarheid van de vrijspraak gaat echter verder. Zoals in het hoofdstuk over Duitsland is beschreven, ligt er sedert 2007 een voorstel van Nordrhein-Westfalen bij de Bondsraad om de mogelijkheden tot herziening na een definitieve vrijspraak uit te breiden tot andere *nova* dan de bekentenis. Aanleiding vormt een casus waarin achteraf door middel van onderzoek van het DNA van de gewezen verdachte een match kon worden vastgesteld met het sporenmateriaal dat was aangetroffen op de plaats delict. Onder meer met verwijzing naar deze ontwikkeling in de forensische opsporing is in Nederland in 2009 het wetsvoorstel 'Herziening ten nadele' ingediend.

---

14 Vgl. Taxquet/België, EHRM 13 januari 2008, schending art. 6 EVRM wegens motiveringsgebrek.

15 Art. 380-1 CPP; het appel wordt ingesteld bij een hof van gelijke rang, daarom heet dit beroep wel '*appel circulaire*'. Wet van 15 juni 2000, <*Loi française du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence*>, in werking 17 oktober 2002. De wet geeft voorts gehoor aan de eis de procedure over te doen indien sprake geweest is van een door het EHRM geconstateerde schending van een grondrecht (artt. 626-1 - 626-7 CPP).

16 Naar Henri Angevin, Ereraadsheer *Cour de Cassation*, naar aanleiding van de invoering van het hoger beroep tegen uitspraken van het hof van assisen, aangehaald in de toelichting op het Wetsvoorstel tot invoering van de mogelijkheid om hoger beroep in te stellen tegen de arresten van het Belgische hof van assisen, ingediend door Philippe Monfils, Belgische Senaat 10 augustus 2007, nr 4-147/1, p. 4 l.k.

17 Wet van 21december 2009 tot Hervorming van het hof van assisen, bekend gemaakt op 11 januari 2010, Senaat 4-924, K. 52-2127.

18 Art. 410 lid 2 Sv, zoals gewijzigd door art. 202 Wet tot Hervorming van het hof van assisen (Parlementaire Stukken. Senaat 4-924/1, 2007-2008). Aanleiding voor deze wetswijziging was de zaak Taxquet, zie H.D. Bosly, D. Vandermeersch & M-A. Beernaert, *Droit de la procédure pénale,* Brugge 2010, p. 1184.

19 Vgl. Dietmeier 2008.

Overzee speelt een vergelijkbare ontwikkeling. In Engeland, Wales, Noord-Ierland en Schotland is eind jaren negentig van de vorige eeuw een wettelijke regeling tot stand gekomen om '*tainted acquittals*' te herzien. Het betreft de vernietiging van vrijspraken die tot stand zijn gekomen door bedreiging of geweld uitgeoefend ten opzichte van getuigen of leden van de jury.[20] Daarnaast is in 2005 in Engeland met terugwerkende kracht een wijziging doorgevoerd om - als het gaat om ernstige misdrijven, zogenaamde *qualifying crimes* - een vrijspraak te kunnen herzien als sprake is van '*new and compelling evidence*'.[21] Deze wetgeving is inmiddels ook van kracht in Wales, Noord-Ierland en Schotland. Aanleiding voor de verandering in het bestaande *double jeopardy*-concept was de '*Stephen Lawrence-case*'. In die zaak was sprake van een gebrekkige opsporing door de politie, gevolgd door een '*private prosecution*' van de kant van de ouders van het slachtoffer. De vervolging was op een (onterechte) vrijspraak door de jury uitgelopen.[22] In 2011 is op basis van de nieuwe wetgeving een tweede juryberechting van de eerder vrijgesproken verdachte bevolen.[23] Hiermee is het feilen in de eerste rechtsgang rechtgezet. In andere landen met een *Common Law*-traditie, Australië en Nieuw-Zeeland, zijn eveneens de mogelijkheden voor heropening van een definitieve, met een vrijspraak afgesloten, zaak verruimd. De casus die aanleiding hebben gegeven om de wetgeving te herzien, zijn echter terug te voeren op gebreken aan de juryrechtspraak.[24] De aanleiding voor de wetswijzigingen moet dan ook in de eerste plaats worden gezocht in de bijzonderheden van het in deze landen geldende strafproces, zoals bijvoorbeeld het ontbreken van een gewoon rechtsmiddel. Minister van Justitie Donner wees in 2003 de vergelijking met Engeland dan ook van de hand. Hij schreef op vragen van de tweede Kamer: 'Het Verenigd Koninkrijk schept met de invoering van herziening te nadele facili-

---

20 Artt. 54-57 *Part VII*, *Criminal Procedure and Investigations Act* 1996, in werking per 15 april 1997 in Engeland, Wales en Schotland en per 30 juni 1997 in Noord-Ierland.

21 Art. 78, Part 10, *Criminal Justice Act* 2003, in werking getreden 4 april 2005. Part 10 is van kracht in Engeland, Wales en Noord-Ierland. De *Double Jeopardy (Scotland) Act* 2011 kreeg op 27 april 2011 Koninklijke goedkeuring. De eerste zaak die is heropend onder deze wet is de Billy Dunlop-case, 2006; de aanleiding was de bekentenis van de vrijgesproken verdachte. In deze zaak was tot tweemaal toe een jury er niet in geslaagd om tot een oordeel te komen. In 2010 vond een tweede berechting plaats van iemand die door de jury was vrijgesproken (Mark Weston). Een bijzonderheid was dat de jury hem tevens '*not guilty*' had geacht, dus een 'verklaring van onschuld' had afgegeven.

22 De wijziging is voorbereid door *the Law Commission*, '*Consultation paper*, no. 156', 1999 en '*Double Jeopardy and Prosecution Appeals*, no. 267', 2001, en het document '*Justice for all*', een *white paper* van de *Criminal Justice System* (CJS) van de regering, van juli 2002. Een samenvatting van deze documenten geven Mevis en Kooijmans 2003, p. 66 e.v.

23 *Court of Appeal*, [2011] EWCA Crim 1256, 18 mei 2011.

24 Zie Tak 2008, p. 19 e.v. over de Australische '*Baby Deirdre Kennedy-zaak*' en de Engelse '*Billy Dunlop-case*'. Ook de Stephen Lawrence-case is een voorbeeld van een gebrekkige rechtsgang, gevolgd op een slechts uitgevoerd, zelfs 'discriminatoir' genoemd, opsporingsonderzoek.

teiten die het Nederlandse recht al kent'.[25] De overzeese ontwikkelingen geven dus weliswaar een indicatie voor het feit dat een opening aan de achterdeur wegens opkomen van nieuw bewijsmateriaal onder bijzondere omstandigheden ook in andere landen aanvaardbaar wordt geacht, maar zij kunnen wegens de aanzienlijke processuele verschillen tussen de strafvorderlijke stelsels niet als gids dienen voor de uitbalancering van het continentale, in het bijzonder het Duitse en Nederlandse, strafproces.

4. *Bis in idem* of herziening te nadele?

De balans tussen individuele rechtszekerheid en de bestraffing van een vrijgesproken of te licht bestrafte dader, kan, zoals hiervoor beschreven, worden gevonden in ten minste drie modellen, herziening ten nadele, ontneming van het gezag aan het gewijsde of de verenging van het feitsbegrip. In de besproken wetgevingen kent elk model beperkingen tot nader in de wet omlijnde gevallen en gronden. Uit de recente wetswijzigingen en voorstellen blijkt dat de Europese regeringen weliswaar over meer mogelijkheden willen beschikken om gewijsden ten nadele van de verdachte te herzien maar tevens blijkt daaruit dat zij de deur op een kier willen houden. Dit maakt een keuze tussen die gevallen en gronden, en dus een zekere willekeur, onvermijdelijk. Voorts is gebleken dat de modellen en gronden niet tot elkaar veroordeeld zijn; dat met andere woorden de beoogde doelen op diverse manieren kunnen worden bereikt. De keuze voor de methode ligt door de gekozen grond dus niet bij voorbaat vast.

Ik zal hierna nog alleen een enge uitleg van het feitsbegrip vergelijken met herziening ten nadele en de Franse grond voor opheffing van het *chose jugée* verder onbesproken laten. De reden is dat in de Nederlandse doctrine een pleidooi is gehouden voor een relatieve uitleg van het feitsbegrip (Hoofdstuk 13) en anderzijds momenteel een wetsontwerp aanhangig is dat de herziening ten nadele regelt (Hoofdstuk 14). Een onderzoek naar de mogelijkheden van 'de Franse nietigheidsgrond' lijkt in dat licht niet opportuun.

In de vergelijking tussen beide manieren om het afgesloten proces open te breken moet worden vooropgesteld dat de keuze voor de aantasting van het gezag van gewijsde door een bijzondere procedure (en niet door een enge uitleg van *non bis in idem*) gevolgen kan hebben voor de invulling van het feitsbegrip, zoals

[25] Brief MvJ, *Kamerstukken II* 2003/04, 27419, nr. 7. Daarnaast noemde de Minister het ontbreken van de mogelijkheid om na een kennisgeving van niet-verdere bij nieuwe bezwaren de vervolging alsnog voort te zetten en, in de derde plaats, het verschil in uitleg van het feitsbegrip. Zie voorts Nijboer 2001, p. 430 en Mevis en Kooijmans 2003, p. 66 e.v.

dit ook geldt voor de samenhang tussen het feitsbegrip in artikel 68 en in art. 313 Sv. Hoe groter immers de ruimte wordt gemaakt om door middel van herziening een inbreuk te maken op een gewijsde, des te smaller worden de marges om op basis van dezelfde omstandigheden aan te voeren dat er geen sprake is van hetzelfde feit. Een verenging van het feitsbegrip wegens een afgelegde bekentenis, zoals in de Franse zaken Thibaud en Laurent, verhoudt zich immers slecht met herziening ten nadele wegens een naderhand afgelegde bekentenis. Het is het één of het ander; je hebt geen twee wegen nodig die naar Rome leiden.

Vergelijken we 'een relatief feitsbegrip' met 'herziening ten nadele' dan kunnen we vaststellen dat die tweede meer rechtszekerheid biedt. Een herzieningsregeling biedt immers een wettelijke regeling van gevallen en gronden. In de leer van 'het relatieve feitsbegrip' zou door de rechter per geval de vraag moeten worden beantwoord of er voldoende reden is om het feitsbegrip te relativeren. Dat zou, zoals Corstens voorstelde, kunnen leiden tot een feitsbegrip dat mede wordt ingevuld aan de hand van de vraag welke de rol van de vrijgesproken verdachte in het strafproces is geweest en welke die van de overheid.[26] Deze benadering voldoet niet aan de eisen van voorzienbaarheid, berekenbaarheid en meetbaarheid, zoals bijvoorbeeld de Duitse doctrine eist (Hoofdstuk 11, par. 3) en past slecht bij de ratio van het verbod van herhaling, dat juist rechtsbescherming beoogt te bieden. Een tweede argument voor de herziening ten nadele is dat een dergelijk model gepaard kan gaan met verruiming van het feitsbegrip zodat *non bis in idem* een axioma wordt dat niet alleen een verbod inhoudt maar tevens een positieve verplichting: het hiervoor genoemde, positief inquisitoire principe of concentratiebeginsel. Uit oogpunt van rechtszekerheid is daarom een wettelijke regeling van herziening ten nadele te verkiezen boven een rekkelijk feitsbegrip.

5. Besluit

5.1 Het ontstaan van de definitieve vrijspraak

Wanneer we ons uitsluitend oriënteren op de berechting van zaken waarin het bewijs van de schuld een beletsel opleverde om tot een veroordeling te komen, zien we het volgende. Op het Europese continent ontstond als gevolg van het middeleeuwse inquisitoire proces een door strafrechtsgeleerden bekritiseerde maar door de praktijk algemeen erkende methode om in de gevallen waarin de schuld niet kon worden bewezen de beslissing uit te stellen in afwachting van het opkomen van nieuwe bezwaren, de *absolutio ab instantia.* Sinds de invoering van

[26] Vgl. Corstens 2008, p. 210.

het gematigd inquisitoire proces heeft door middel van een systeem van *checks and balances* de erkenning van het gezag van het vrijsprekend gewijsde een plaats binnen dit proces kunnen vinden.

5.2 Waarborgen voor een evenwichtig strafproces

Bezien we alleen het Nederlandse strafproces dan bestonden deze *checks and balances* allereerst uit een wijziging van het bewijsstelsel. Het absolute positiefwettelijke systeem - met zowel een strikt bewijsminimum voor veroordeling als voor vrijspraak - werd verlaten voor een negatiefwettelijk stelsel, een systeem waarin de rechter gebonden werd aan een minimum aan bewijsmiddelen, maar hij tevens moest rechtspreken op basis van zijn overtuiging. De veroordeling op confessie maakte plaats voor veroordeling op convictie. Dit gaf ruimte voor zowel de veroordeling als voor de vrijspraak: de bekentenis was geen voorwaarde meer om iemand te veroordelen en het bewijs van onschuld was geen noodzakelijk vereiste meer om iemand vrij te kunnen spreken. De tweede waarborg bestond in de verdeling van het proces in een (geheime) fase van vooronderzoek en een (openbare) fase van de behandeling ter terechtzitting. Zo ontstond de mogelijkheid om na het geheime vooronderzoek - in afwachting van meer belastend materiaal - de vervolging te staken. Dit werd de latere 'kennisgeving van niet verdere vervolging'. Na het opkomen van nieuwe bezwaren kon de vervolging worden voortgezet. In de derde plaats werd voorzien in rechtspraak door rechterlijke colleges in plaats van door alleensprekende rechters; hierdoor werd de kwaliteit van de rechtspraak versterkt. In de vierde plaats kreeg de rechter tijdens het onderzoek ter openbare terechtzitting en zelfs nog na sluiting van dat onderzoek, doch vóór de einduitspraak, de mogelijkheid om actief onderzoek te doen naar de materiële waarheid. Hij kon daartoe een onderzoeksopdracht in handen stellen van de rechter-commissaris. Zo kon er onderzoek worden gedaan naar alles wat naar aanleiding van de openbare terechtzitting nog tot vragen aanleiding gaf. Binnen dit systeem van waarborgen vond het absolute gezag van de onherroepelijke vrijspraak erkenning. In 1886 is vervolgens de berechting in twee feitelijke instanties doorgevoerd,[27] en werd het dus mogelijk beroep in te stellen tegen de beslissingen in zaken die tot dan toe in zowel eerste en als laatste feitelijke instantie door het hof werden berecht. Later is aan de waarborgen voor een evenwichtig strafproces nog de mogelijkheid van wijziging van de tenlastelegging toegevoegd. Deze wijzigingsmogelijkheid werd in 1995 verruimd. Wijziging van de tenlastelegging - binnen de grenzen van artikel 68 Sr - kan plaatsvinden in alle fasen van het strafproces.[28]

---

[27] Wet van 15 januari 1886, S 1886, 5, De Hullu 1989, p. 28-33.

[28] Wijziging kan ook nog plaatsvinden gedurende de herzieningsprocedure, art. 473 Sv (herziening ten voordele), mits dit geen verzwaring oplevert als bedoeld in 312 Sv, vgl. *Kamerstukken II*

Omdat in buurland Duitsland een herzieningsregeling zou worden getroffen is in de vergadering van de Nederlandse Juristenvereniging van 1873 gediscussieerd over de vraag of Nederland niet een vergelijkbare regeling diende in te voeren. De beide preadviseurs waren voorstander van een vorm van herziening ten nadele. In hun ogen diende de regeling echter wel beperkt te blijven tot de Duitse gronden, dus de *falsa* en de bekentenis. Het onbeperkt toelaten van *nova* riep bij Gratama de herinnering op aan de oude *absolutio ab instantia*. Het oude inquisitoire proces was in dat opzicht zelfs verkieslijker, vond hij, want volgens dat model was degene die van alle schuld was vrijgesproken echt helemaal van de zaak af.[29] Er zou dus in de ogen van de preadviseurs geen herziening mogen plaats grijpen op basis van andere *nova* dan de betrouwbare bekentenis van de vrijgesproken verdachte. Ook de voltallige vergadering wees een ruimere regeling dan de Duitse van de hand. Minder dan de helft was voorstander van een regeling vergelijkbaar met de Duitse. Het idee werd dus afgewezen.

5.3 Het nadeel van het ontbreken van herziening ten nadele

De landen die de herziening ten nadele niet invoerden, Nederland en Frankrijk, moesten leren omgaan met gevallen waarin achteraf beschouwd ten onrechte een vrijspraak was uitgesproken of een te lage straf was opgelegd. Dit soort gevallen deed zich in Nederland, voor zover bekend, in ernstige zaken slechts uiterst zelden voor. Ik ben in de Nederlandse strafrechtelijke literatuur slechts één voorbeeld tegengekomen, namelijk van de man die voorgaf dat hij geestelijk ziek was en daardoor geen straf maar een maatregel kreeg opgelegd, de door Van Bemmelen geschetste casus van de zogenaamde schizofreen. De reden voor dit geringe aantal (één) kan zijn dat het in 1838 ontworpen systeem van *checks and balances* goed heeft gefunctioneerd en door de wijzigingen die volgden goed is blijven functioneren. Daarnaast was er in ernstige zaken steeds voldoende ruimte om de kwalificatie van het feit te herzien, vroeger door de ruimte die de akte van beschuldiging daarvoor bood, nu door de wijziging van de tenlastelegging. In lichtere zaken, als rauwelijks werd gedagvaard, gebeurden er wel eens ongelukken, bijvoorbeeld door een onjuiste vermelding van tijd of plaats. Dit defect in het processuele systeem was aanleiding om de wijziging van de tenlastelegging ter zitting te introduceren.[30] Van ernstige zaken waarin na langere tijd nieuw bewijsmateriaal opkwam tegen een vrijgesproken verdachte zijn geen andere

---

2008/09, 32045, nr. 3, p. 40; anders: Hof Den Bosch 10 november 2010, *LJN* BO 3626. In het wetsvoorstel herziening ten nadele is art. 313 Sv van overeenkomstige toepassing verklaard.

29 Gratama 1873, p. 150, zie ook Hoofdstuk 10, par. 3.2.

30 Vaststelling Wetboek van Strafvordering, *Kamerstukken II* 1912/13, 286, nr. 3, p. 126, 127. Het gemis van een dergelijke bepaling is in 1894 door Van de Rivière met klem onder de aandacht gebracht.

gevallen bekend dan de ene in de memorie van toelichting bij het wetsontwerp herziening ten nadele genoemde zaak. Gelet op de toegenomen mogelijkheden op het gebied van het DNA-onderzoek is echter niet uitgesloten dat met de mogelijkheden van nu ook meer sporenmateriaal kan worden gevonden in andere zaken van toen. Het betreft echter een overgangsverschijnsel.

In Frankrijk werd een regeling in het leven geroepen om wegens een gebleken vorm van valsheid de onherroepelijkheid aan het *chose jugée* te ontnemen. Van deze regeling is voor zover bekend nooit gebruik gemaakt. Wel zijn er voorbeelden geweest van nieuwe bezwaren. In die gevallen werd de verdachte gewoon opnieuw vervolgd en werd aan het feitsbegrip in het *non bis in idem* een enge uitleg te geven. Zo laten de zaken Thibaud en Laurent zien dat de rechtszekerheid van de gewezen verdachte, c.q. de onaantastbaarheid van het eindvonnis, niet alleen afhangt van de afschaffing van de middenbeslissing of de onmogelijkheid van herziening ten nadele, maar tevens van de uitleg van dit feitsbegrip. Een enge uitleg verkleint de beschermende werking van het beginsel. Als nadeel van het ontbreken van herziening ten nadele kan daarom worden genoemd dat het feitsbegrip in het verbod van herhaling wordt verengd en dit ten koste gaat van de bescherming van alle verdachten. Een voorbeeld van de gevolgen van de enge uitleg is de tweede vervolging in *Sang contaminé*.

5.4 Afweging

De vraag ligt voor of het in 1838 ingevoerde strafprocessuele systeem, zoals nadien aangevuld, met daarin de absolute bescherming van de vrijspraak en zonder de mogelijkheid van herziening ten nadele, gewijzigd zou moeten worden. Meer in het bijzonder staat ter discussie of dit systeem door de ontwikkelingen op het gebied van het DNA-onderzoek als 'verouderd' moet worden aangemerkt en er daarom thans reden bestaat om de herziening ten nadele alsnog in te voeren. Deze vraag wordt positief beantwoord in het wetsvoorstel 'Herziening ten nadele'. Naar mijn mening zou de vraag echter zo moeten worden beantwoord als in 1873 door de inleiders van de vergadering van de Nederlandse Juristenvereniging: dus geen absolute bescherming als de verdachte door een misdrijf de hand heeft gehad in het ontstaan van het voor hem gunstige oordeel en ook niet als hij naderhand vrijwillig en op niet mis te verstane wijze het feit heeft bekend. In deze gevallen roept de vrijgesproken verdachte zelf de tweede vervolging over zich af. Andere fundamentele gebreken aan de totstandkoming van het vonnis, zoals de omkoping van de rechter of het samenspel met de officier van justitie zouden aan deze gronden kunnen worden toegevoegd. Dit zijn omstandigheden die de kracht van het vonnis in de kern aantasten. Verder zou de regeling naar mijn mening niet moeten gaan. Zij zou dus geen herziening ten nadele op basis van

andere *nova* dan de betrouwbare bekentenis moeten behelzen, dus ook niet de uitkomsten van nieuw technisch bewijs. Tot deze afweging leiden de volgende overwegingen.

Herziening wegens falsa en de bekentenis van de vrijgesproken verdachte

De herziening van onherroepelijke vonnissen wegens *falsa* berust op een lange traditie. Omkoping en samenspel als gronden om het gezag van het gewijsde aan te tasten, zijn al 'zo oud als Rome'. Zij gelden bovendien universeel. Daarom konden zij worden opgenomen in artikel 20 van het Statuut van het International Criminal Court (ICC). In Frankrijk tast een bewezen 'valsheid' het *chose jugée* aan, in Duitsland gelden diverse vormen van valsheid als grond voor herziening ten nadele. Andere Europese landen kennen vergelijkbare regelingen.[31] De omstandigheden waaronder het vonnis tot stand komt, zijn zo onrechtmatig dat zij het fundament en daardoor tevens het gezag van het vonnis en van de rechtspraak aantasten.[32] Bovendien wordt het algemeen als onrechtvaardig beschouwd om het door de verdachte gepleegde misdrijf te belonen met een onaantastbare vrijspraak.[33] In de Nederlandse doctrine wordt herziening ten nadele op grond van *falsa* breed gedragen.[34] Voor wat betreft de bekentenis als grond voor herziening geldt het volgende. Daarvoor zijn de redenen die in 1791 in Frankrijk door de eerwaarde Maury en in Duitsland rond 1877 door de staat Württemberg werden aangevoerd nog steeds actueel: het is maatschappelijk onaanvaardbaar, want ondermijnend voor het rechtsgevoel, indien iemand zou kunnen opscheppen over een door hem gepleegd ernstig misdrijf zonder voor dat feit te kunnen worden gestraft. Wanneer in een dergelijk geval niet over de middelen wordt beschikt om de betrokkene opnieuw te berechten, is dat schadelijk voor het aanzien van justitie. Voor beide gronden geldt dat de voorwaarden voor herziening vrij nauwkeurig kunnen worden afgebakend. De rechtszekerheid van de individuele burger heeft door de voorspelbaarheid van de herziening dan ook niet of weinig onder een dergelijke regeling te lijden. De verdachte die geen bedrog heeft gepleegd gaat na zijn vrijspraak niet gebukt onder een onzichtbare psychische

---

31 Bijv. Oostenrijk, zie Mevis en Kooijmans 2003, p. 61, 62. De Oostenrijkse en Duitse regelingen zijn bij het rapport gevoegd, p. 163 e.v. Tak 2008 noemt daarnaast nog de vier Scandinavische landen. Ook Common-Law landen kennen de mogelijkheid van herziening van *tainted-acquittals* (zie par. 3.2 hiervoor).

32 Vgl. Marxen en Tiemann 2008, p. 189 r.k..

33 Vgl. Waller en Gratama 1873.

34 Zie de auteurs genoemd in Hoofdstuk 13, par. 2.3 en 2.4. Van recenter datum: Keulen 2007, p. 5, l.k. en p. 11, r.k. en de door hem genoemde auteurs: Strijards, Lensing, Vennix. Ook Mevis en Kooijmans zien ruimte voor de regeling van herziening wegens *falsa*. Zij stellen deze echter afhankelijk van de invoering van herziening ten nadele wegens *nova*, omdat eventuele invoering van die grond naar hun oordeel de aanleiding was voor het onderzoek, H. 6.1 slot, p. 76 en H. 6.2.8, p. 85 en H. 10.5, p. 158, 159.

druk. Voor een bekentenis geldt dat zij betrouwbaar moet zijn en moet zijn afgelegd op basis van vrijwilligheid.[35] Herziening op één van deze gronden is om al deze redenen goed verdedigbaar.

Een andere vraag is of het dringend gewenst is om deze voorziening te treffen. De noodzaak daartoe lijkt nauwelijks aanwezig. Hoe groot is immers de kans dat rechters steekpenningen aannemen om iemand vrij te spreken, deskundigen met dat doel valse rapporten opstellen of dat getuigen door de verdachte worden bedreigd en daarom meinedige verklaringen afleggen *waardoor de verdachte wordt vrijgesproken*? Die kans is bijzonder klein. In de Engelse regeling wordt ook gedacht aan bedreiging van getuigen waardoor zij zich niet melden (denk aan de Franse zaak Courier, Hoofdstuk 9, par. 2.6).[36] In een goed uitgevoerd onderzoek moeten dit soort situaties echter vermeden kunnen worden. Ik heb er in de door mij bestudeerde literatuur dan ook geen (Nederlandse) voorbeelden van gevonden. Ook is de kans bijzonder klein dat officieren van justitie een zodanige ongeoorloofde deal sluiten met de verdachte dat die laatste daardoor wordt vrijgesproken. Mochten dit soort gevallen zich al hebben voorgedaan dan hebben die - voor zover bekend - niet, althans niet vaak, en zeker niet vaak in ernstige gevallen, tot een definitieve vrijspraak geleid, noch tot publieke onrust, laat staan tot een gevaar waartegen de samenleving nu dringend moet worden beschermd. Mocht een vrijgesproken verdachte zijn misdrijf alsnog opbiechten in de wetenschap dat hij opnieuw zal worden berecht, dan hebben we te maken met iemand die tot inkeer is gekomen en is het gevaar geweken, maar meer waarschijnlijk is het dat deze bekentenissen niet meer zullen worden afgelegd. Dat laatste kan als een nadeel van de regeling worden beschouwd. Resteert dat het redelijk is om ook een *veroordeling* in het nadeel van de veroordeelde te herzien als de straf te laag is uitgevallen als gevolg van omkoping van of samenspel met de rechter dan wel de officier van justitie. Van dergelijke malversaties zijn echter in de geschiedenis van het Wetboek van Strafvordering geen voorbeelden te vinden. Er bestaat bovendien geen aanleiding om te veronderstellen dat dit soort gevallen zich vanaf nu zullen gaan voordoen. Bovendien zou in een dergelijk geval de schade beperkt zijn omdat er een veroordeling is gevolgd en is het mogelijk om de gepleegde strafbare feiten, het omkopen en het zich laten omkopen, te vervolgen en te bestraffen.

---

35 Vgl. de zaak tegen Rick Andrew Miell, besproken door Tak 2008, p. 21. Deze verdachte legde bekentenissen af die hij later herriep; dit bewijs werd beoordeeld als onvoldoende '*compelling, reliable and highly probative*'. Het verdient dan ook de voorkeur dat als eis wordt gesteld dat de bekentenis ten overstaan van een rechter is herhaald. Zo kan de betrouwbaarheid het beste worden beoordeeld.

36 Hierop wijst Keulen 2007, p.11, r.k.

Hoewel dus herziening ten nadele - op de gronden hier genoemd - goed kan worden verdedigd, lijkt de praktische noodzaak om tot invoering van het rechtsmiddel op die gronden over te gaan (nog steeds) te ontbreken. Voorts resteert als bezwaar tegen de invoering van '*falsa*' en 'de bekentenis' als gronden voor herziening ten nadele 'datgene wat men niet ziet'.[37]

Herziening wegens nova

Anders ligt het ten aanzien van andere *nova*, die welke kunnen ontstaan zonder dat de gewezen verdachte daar invloed op heeft. Deze grond maakt de kring van personen die te vrezen heeft voor een mogelijke onterechte hervatting van het proces veel groter; deze grond maakt namelijk een ieder op wie de regeling van de herziening ten nadele van toepassing is blijvend 'verdacht'. Een dergelijke regeling heeft bovendien niet alleen nadelige consequenties voor degenen die echt onschuldig zijn, maar ook voor de maatschappelijke orde en rust en de behartiging van een goede justitie. Ik herhaal de argumenten die ik in hoofdstuk 14 naar voren heb gebracht nog eens kort. Allereerst denk ik aan de schade voor de terecht vrijgesproken verdachte. Deze heeft eerder ervaren hoe het is om voorwerp te zijn van een verdenking die niet op waarheid berustte; de gedachte aan de kans op een herhaling van verkeerde beslissingen zal des te zwaarder op hem drukken. [38] Voorts bestaat het gevaar waarop Mevis en Kooijmans hebben gewezen, namelijk dat particulieren, maar ook opsporingsambtenaren of officieren van justitie toch doorgaan met rechercheren tegen de vrijgesproken verdachte. Zij zouden bijvoorbeeld het DNA van verwanten van de vrijgesproken verdachte kunnen onderzoeken. In de derde plaats bestaat het gevaar van maatschappelijke ontevredenheid over het wel of niet in gang zetten van de procedure en van de onrust die weer kan ontstaan als de uitkomst van de procedure anders uitvalt dan werd gehoopt of verwacht. In de vierde plaats kan het enkele bestaan van 'een tweede kans' invloed hebben op de zorgvuldigheid in het eerste onderzoek. Er bestaat 'immers' nog de mogelijkheid van herkansing. In de vijfde plaats, neemt de kans op dwaling met de tijd toe. Het opnemen van een tijdslimiet, zoals voorgesteld door Van Bemmelen, zou vanuit dit oogpunt aan te bevelen zijn. Tenslotte, in de zesde plaats, gaat de invoering van *nova* als grond voor heropening van een definitief gesloten strafproces in tegen de historische ontwikkeling van ons strafproces. Die geschiedenis toont aan dat de mogelijkheid van heropening tot uitwassen kan leiden. In dit verband geldt nog het volgende. Indien ertoe zou worden overgegaan een regeling in het leven te roepen die voorziet in het bewaren van de gegevens van de vrijgesproken verdachte - zoals het ingediende wetsvoorstel wil - zijn de grondrechten van de gewezen verdachte in het geding, na-

---

37 Zie Hoofdstuk 10, par. 3.2.

38 Vgl. Duker 2011, p. 2580, 2581.

melijk zijn recht op privacy en zijn recht om voor onschuldig te worden gehouden. Hij wordt immers behandeld als iemand die veroordeeld is.[39] Historisch gezien dringt zich hier inderdaad - zoals Gratama al signaleerde - de gelijkenis met de *absolutio van instantia* op. Zoals destijds kan straks het proces worden voortgezet en blijft de vrijgesproken verdachte *in reatu*. In veel gevallen is aan die toestand geen termijn gebonden omdat het feit niet verjaren kan. Het bewaren van zijn lichaamsmateriaal, in het huidige voorstel gedurende 20 of 30 jaar, is zo gezien eenvoudig een moderne vorm van het 'voortdurend toezicht' zoals dat gold toen de beschuldigde werd 'geslaakt'. Uit het feit dat vroeger de middenbeslissing heeft kunnen uitgroeien tot een zo hardnekkig en zo vernederend instituut zou lering getrokken moeten worden.

Het beroep op 'DNA' vormt onvoldoende reden om van het bestaande evenwicht in het strafproces af te wijken. Tegenover die ene vrijspraak die zou kunnen worden herzien op basis van bewijs geleverd door 'nieuwe technieken', staan vele terechte vrijspraken. Een ontwikkeling in het forensisch bewijs is bovendien van tijdelijke aard. De directe aanleiding voor de wetswijziging waait met andere woorden weer over; men denke aan de 'ontdekking' van de vingerafdruk voor het bewijs. Het wetsvoorstel speelt kortom in op een actualiteit. Dat lijkt mij onvoldoende om van de hiervoor beschreven procesbalans af te wijken. Het vergelijkbare Duitse wetsvoorstel waarnaar de memorie van toelichting verwijst, werd in de ijskast gezet nadat daarover deskundigen waren gehoord. De Duitse discussie is interessant, omdat de huidige Duitse herzieningsprocedure, waarin de nova geen plaats kregen, tegen dezelfde achtergrond moet worden bezien als de Nederlandse, namelijk tegen de achtergrond van het ook in Duitsland eeuwenlange gebruik van de Instanzentbindung.

5.5 Slot

Hoewel de mogelijkheden van exact sporenonderzoek groter zijn dan ooit, en de kans op een adequate berechting dus navenant is toegenomen, staat het op de oude inquisitoire procedure veroverde procesmodel onder druk; in ons geval is dat de erkenning van de definitieve vrijspraak. Dit wordt paradoxaal genoeg veroorzaakt door diezelfde bijna ongelimiteerde onderzoeksmogelijkheden. Vergeten wordt daarbij wel eens dat de resultaten van die onderzoeken niet altijd even betrouwbaar zijn en dat de betrouwbaarheid ook niet toeneemt naarmate de tijd verstrijkt. Toch zijn het deze mogelijkheden die de aanleiding vormen voor de roep om heropening van een strafproces. Met name de ontwikkeling op

[39] Het bewaren van lichaamsmateriaal is op dit moment slechts toegestaan bij verdachten en veroordeelden; na vrijspraak moet het materiaal vernietigd worden, zie Hoofdstuk 14, par. 4.5.

het gebied van het forensisch onderzoek, in het bijzonder DNA-onderzoek, speelt hierin een nauwelijks te beteugelen rol. Het is de mantra van de voorgestelde regeling om tegen de vrijgesproken verdachte op te kunnen treden. 'De resultaten van dit technisch onderzoek kunnen immers de schuld van de gewezen verdachte alsnog aantonen', zo is de gedachte. Het is dezelfde redenering als die welke ten grondslag lag aan de brede erkenning van de *absolutio ab instantia*: 'het bewijs kan straks misschien nog worden geleverd'. Net als deze middenbeslissing destijds, spreidt de heropening van het proces wegens nieuwe bezwaren zich nu als een inktvlek over Europa uit.

Zusammenfassung

NON BIS IN IDEM
Die Entwicklung eines Grundsatzes

Der Grundsatz *non bis in idem* umfasst sowohl das Verbot, jemanden wegen derselben Tat zweimal zu bestrafen als auch das Verbot, jemanden zweimal zu verfolgen und abzuurteilen. Das bedeutet, dass ein Angeklagter nach einer endgültigen Aburteilung, ob diese nun in einer Verurteilung oder in einem Freispruch mündet, nicht noch einmal wegen derselben Tat verfolgt werden darf. Diese Regel gilt weltweit als ein allgemein akzeptierter Rechtsgrundsatz. Die vorliegende Arbeit zur Ratio dieses Grundsatzes diskutiert die folgenden Fragen: was ist der Ursprung dieses Verbotes, mit welchen Begriffen wurde dieses Verbot bezeichnet, wie hat sich das Verbot durch die Jahrhunderte hindurch entwickelt, wie wurde es gehandhabt und welche Ausnahmen waren erlaubt und sind noch immer erlaubt. Anschließend folgt eine Betrachtung der Zulässigkeit einer Wiederaufnahme des Verfahrens über einen rechtskräftigen Freispruch auf Grund 'neuer Tatsachen' wie z.B. aufgrund einer nach dem Freispruch angestellten DNS-Untersuchung. Das Bundesland Nordrhein-Westfalen und die Niederlande haben diesbezüglich in 2007 respektive in 2009 Vorschläge gemacht.

Das Verbot, jemanden zweimal wegen derselben Tat zu *bestrafen*, zeigt sich bereits in den ältesten Formen der Gesetzgebung, wie in den mosaischen Gesetzen. Der Spruch *non bis in idem* lässt sich zurückführen auf die griechische Übersetzung des Alten Testamentes (Nahum 1:9). Dieses Verbot hat sich die ganze Geschichte des kanonischen Rechtes hindurch behauptet als eine Regel der angemessenen Bestrafung. Daneben war das Verbot der Wiederholung in den Texten griechischer Redner und in den Regeln des römischen Prozessrechts zu finden. In diesen klassischen Quellen wurde besonders die prozessrechtliche Bedeutung des Verbotes betont. Die Quellen behandelten unter anderem die Frage, unter welchen Umständen eine zweite Anklage nach früherem Freispruch erlaubt war. So wurde das Verbot aufgehoben, wenn der Richter bestochen wurde (*Praevaricatio*) oder wenn der Angeklagte mit dem Kläger kolludiert hatte (*Collusio*). Die Verfolgung durch einen zweiten Kläger galt als mögliche Ausnahme. Diese Regeln wurden in die Gesetzgebung von Kaiser Justinian aufgenommen (533 AD).

Im kanonischen Recht wurde die prozessuale Regel gefälscht. Das Verbot richtete sich auf jeden, der den Anklagten nochmals wegen derselben Tat anklagen wollte. Es mag sein, dass das eine Strategie war, um die kirchliche Kontrolle über die Rechtsprechung in Bezug auf Geistliche zu erhalten. Denn auf diese Weise konnte eine zweite Verfolgung durch die weltliche Obrigkeit verhindert werden. Das

prozessuale Verbot, eine Anklage zu wiederholen, ausgedrückt mit dem Satz '*De his criminibus, de quibus absolutus est, refricari accusatio non potest*' wurde abgekürzt mit der Bezeichnung '*de his*' und ebenso wie der Spruch aus Nahum in das kanonische Recht aufgenommen. Außerdem wurde die etwas nuanciertere prozessuale römische Regel, gleichfalls '*de his*' genannt, durch die Rezeption direkt den mittelalterlichen Juristen überliefert. Das Verbot der Doppelbestrafung '*non bis in idem*' und die prozessuale Regel, dass nach Freispruch dieselbe Person wegen derselben Tat nicht abermals angeklagt werden darf, '*de his*', gehörten mithin ursprünglich nicht zusammen.

Im zwölften Jahrhundert fand auf dem europäischen Festland der sogenannte inquisitorische Strafprozess Eingang. Beide Regeln blieben Teil des Strafprozesses als 'wissenschaftlich bearbeitetes und gestaltetes Recht'. Die Verfolgung strafbarer Handlungen durch die Behörden von Amts wegen (*Offizialprinzip*), mit der Absicht, die materielle Wahrheit zu finden (*Instruktionsprinzip*), kennzeichnete das neue Prozessrecht. Zu diesem Zwecke wurden genaue Erfordernisse an die Beweisführung gestellt. In Prozessen, in denen die Schuld des Angeklagten nicht bewiesen werden konnte, aber die belastenden Hinweise nicht völlig entfielen, geriet der Richter in Schwierigkeiten. Er konnte den Angeklagten nicht verurteilen, jedoch im Falle eines Freispruchs hätte er - auf Grund der '*de his*-Regel' - den Angeklagten auch nicht im Zusammenhang mit neuen Beweisen erneut verfolgen können. Letzteres würde dem Zweck des Strafprozesses zuwider laufen. Der Weg, den man in der Praxis aus dieser Notlage fand, bestand in einer Entscheidung des Richters, den Prozess nicht endgültig zu beenden. Diese Entscheidung wurde *absolutio ab instantia* genannt, in dem vorliegenden Buch mit 'Mittelentscheidung' (middenbeslissing) angedeutet. Wielant (Flandern, 1510) ist der Erste, der dieses Verfahren erwähnt. Nach ihm beschrieben auch Clarus im Herzogtum Mailand, Ayrault in Frankreich, Carpzov in Sachsen und Matthaeus in Utrecht das Phänomen. In Frankreich wurde es '*plus ample informé*' genannt, in Deutschland 'Instanzentbindung' und in Holland '*slaking*' oder *ontslag van instantie*'. Die Strafrechtslehrer waren sich darüber einig, dass dieses Verfahren nicht auf das rezipierte Recht gegründet werden konnte: sie waren aber nicht einstimmig in ihrem Urteil, dass 'die Mittelentscheiding' notwendig sei.

Der französische mittelalterliche inquisitorische Strafprozess war zentral geregelt. Aus der Beschreibung von Ayrault (1610) geht hervor, dass es für die '*Gens du Roi*' von großem Belang war, jemanden zu verurteilen - auf jeden Fall ihn nicht endgültig frei zu sprechen. Außer der Tatsache, dass für einen Freispruch schwierige Beweiserfordernisse galten, konnte dieses Urteil auch schon allein deshalb nicht verkündet werden, weil der '*procureur du Roy*' dann eine Entschädigung hätte zahlen müssen. '*Le plus ample informé*' wurde zunehmend angewandt, um im Zweifelsfall nicht die vorgeschriebene Strafe aufzuerlegen, aber eine andere schwere Sanktion,

wie zum Beispiel eine längere Freiheitsentziehung. Die Mittelentscheidung bekam auf diese Weise den Status einer Ehrenstrafe,'*une peine infamante*'.

Die Französischen Revolution setzte dieser Praxis ein Ende. Ein Angeklagter war '*coupable*' oder '*non-coupable*'. Der Richter durfte also nur noch verurteilen oder freisprechen; einen dritten Weg gab es nicht mehr. Für die Behandlung schwerer Fälle, '*les crimes*', führten die Revolutionäre die Rechtsprechung durch das Schwurgericht ein. Das Schwurgericht war souverän auch im Falle eines Freispruches. Um das nachdrücklich hervorzuheben, wurde festgelegt, dass gegen den Freispruch durch die Geschworenen kein Rechtsmittel eingelegt werden konnte. Nach der Revolution wurde diese Bestimmung im '*Code d'instruction criminelle*'(1808) folgendermassen aufgenommen: '*Toute personne acquittée légalement ne pourra plus être reprise ni accusée à raison du même fait*' (art. 360 CIC). Das allgemeine Verbot der Doppelverfolgung wurde 'la Maxime Non bis in idem' genannt.

In diesem Strafprozess war das mündliche Hauptverfahren in öffentlicher Sitzung von dem geheimen Vorverfahren getrennt und musste, wenn es sich um schwere Fälle handelte, in öffentlicher Verhandlung von einer Anklagejury entschieden werden. So wurde der Strafprozess in zwei Abschnitte geteilt und es ergab sich ein natürlicher Moment, in dem ein Verfahren abgebrochen und wieder aufgenommen werden konnte mit dem Vorliegen neuer Tatsachen und Beweismitteln ('*nouvelles charges*'). Auf diese Weise verschob sich gleichsam die Mittelentscheidung vom Ende zur Mitte des Strafprozesses. Ein anderes 'revolutionäres' Konzept war, dass prinzipiell alle strafrechtlichen Aspekte eines geschichtlichen Vorgangs in *einem* Verfahren abgeurteilt wurden. Dieses Verfolgungsprinzip wird bezeichnet als '*tout poursuivre et tout juger*' und in der hier vorliegenden Arbeit 'positives inquisitorisches Prinzip' (*positief inquisitoir principe*) genannt. Zusammen mit der Maxime *Non bis in idem* schützte dieses Prinzip den Abgeurteilten großzügig gegen neue Anklagen wegen eines zusammengehörenden Geschehens. Dieses Prinzip wurde in Frankreich aber schon bald wieder aufgegeben und deswegen verengte man auch den Tatbegriff auf einen rein juridischen, der Qualifikation des Deliktes.

Dieser moderne Strafprozess wurde 1811 in den Niederlanden eingeführt. Bis dahin kannte jede Provinz ihre eigenen Regeln des Strafverfahrens. Die Mittelentscheidung war - unter anderem in der mächtigen Provinz Holland - noch immer gang und gäbe. Tatsächlich wurde niemand freigesprochen, sondern nur von der Instanz entbunden ('*ontslagen*' oder '*geslaakt*'), wenn ein Beweis der Schuld fehlte. Diese Instanzentbindung wurde im achtzehnten Jahrhundert von einigen Juristen kritisiert, wenngleich der Widerstand gegen dieses Verfahren nicht groß war. Es mag sein, dass dies der Tatsache zugeschrieben werden kann, dass Straf- und Strafprozessrecht auf der ganzen Linie gemäßigter und ausgeglichener waren als in Frankreich. Das wiederum mag die Folge des 'humanistischen' Einschlags der '*Criminele Ordonnantiën*' von Philipp II. (1570) gewesen sein.

Trotz dieses gemäßigten Verfahrens hatte die Kodifikationskommission der Batavischen Republik in den Jahren zwischen 1798 und 1806 vorsichtig einige Reformen des Strafprozesses vorgeschlagen, unter ihnen das Aufgeben der Mittelentscheidung und die Maximierung der Dauer von einer bedingter Entlassung ('voorwaardelijk ontslag'). Von 1811 bis 1813 okkupierte Napoleon Bonaparte die Niederlande und führte die französischen Codes ein. Mit dem Ende der Besetzung wurden die alten Batavischen Vorschläge wieder aufs Tapet gebracht. Der französische Strafprozess wurde aber fürs erste beibehalten, wenn auch mit einigen Anpassungen, darunter die Abschaffung der Rechtsprechung durch das Schwurgericht. Im Jahre 1838 wurde die Strafprozessordnung, mit Artikel 360 CIC, dem Verbot der Wiederaufnahme nach Freispruch, eingeführt. Dieser Text hatte eine umfassendere Reichweite als in Frankreich, und entsprach mehr der ursprünglichen, 'revolutionären' Absicht. Gemäß dem Promemoria drückte diese Regel 'das Prinzip *non bis in idem*' aus. Es galt als ein Grundsatz des Rechtsschutzes, ein fundamentales Recht des freigesprochenen Angeklagten. Es umfasste das Verbot der doppelten Bestrafung und das Verbot der doppelten Verfolgung und Aburteilung und war nicht nur in schweren Strafsachen anwendbar. Die Regierung verteidigte den scharfen Schnitt unter Hinweis auf das neue Prozessmuster; dieses garantierte hinreichend die Vorbeugung gegen Irrtümer. Erstens musste jede gerichtliche Entscheidung von einem Richterkollegium getroffen werden. Zweitens war es möglich, ein Verfahren einstweilen zu unterbrechen, wenn erwartet wurde, dass der Beweis während der Sitzung nicht beigebracht werden konnte. Drittens garantierte die öffentliche Verhandlung vor Gericht, dass die Untersuchung vollständig sein würde. Die Untersuchung konnte notfalls während der öffentlichen Verhandlung wieder aufgenommen werden. Die Endentscheidung musste unter diesen Bedingungen dann auch endgültig sein.

Das Bedürfnis, mehr Systematik in die Strafprozessordnung zu bringen, verursachte, dass die verschiedenen verfahrensrechtlichen Bestimmungen, die sich auf die Anerkennung des rechtskräftigen Urteils bezogen, in einer Bestimmung zusammengeführt wurden. So wurde in diesem Paragraphen auf die Regelung betreffs der Wiederaufnahme des Strafverfahrens zugunsten des Verurteilten verwiesen. Hieraus geht hervor, dass die Möglichkeit, das Strafverfahren nur zugunsten des Verurteilten wieder aufzunehmen, als ein erlaubter Verstoß gegen das Verbot der Wiederholung galt. Die für die Strafprozessordnung entworfene Sammelbestimmung wurde in 1886 im Strafrecht untergebracht (art. 68 Wetboek van Strafrecht). Dadurch wurde im Strafrecht ein Grundrecht verankert.

Der deutsche Strafprozess erlebte eine ähnliche Entwicklung. Auch die deutsche Instanzentbindung war das Produkt der strikten Beweistheorie des inquisitorischen Prozesses. Wenn am linken Rheinufer der Einfluss des französischen Strafprozesses

auch deutlich merkbar war und auch die preußische Gesetzgebung als aufgeklärt bezeichnet werden konnte, dauerte es noch bis 1877, ehe der öffentliche, mündliche Prozess für alle deutschen Staaten Wirklichkeit wurde. Ungefähr seit dem Jahre 1800 hatten zunächst alle Einzelstaaten die Instanzentbindung kodifiziert, und viele machten außerdem einen Unterschied zwischen einem ehrenvollen und einem nicht ehrenvollen Freispruch. Diese Endurteile konnten außerdem in einigen Fällen von einem anderen Richter wieder eröffnet werden, die 'sogenannte' Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten. In manchen Staaten wurden Nichtigkeitsgründe kodifiziert, um Endurteile - zum Beispiel wegen erwiesener Fälschung - für nichtig zu erklären. Der neue Strafprozess machte die Instanzentbindung am Ende entbehrlich, ebenso wie die Modernisierung des Strafprozesses in Frankreich und in Holland der Grund gewesen war, die Mittelentscheidung aufzuheben. Die Wiederaufnahme zuungunsten des Abgeurteilten wurde aber beibehalten. Diese diente später als Möglichkeit, einen Irrtum infolge bestimmter, vom Gesetz umschriebener Fälle der Fälschung (sogenannte formelle Unregelmäßigkeiten oder '*falsa*') und im Falle eines von dem freigesprochenen Angeklagten abgelegten zuverlässigen Geständnisses, zu berichtigen. Nach reichlicher Erwägung wurde eine weitere Grundlage, 'neue Ergebnisse' ('*nova*'), nicht übernommen, da es zu schwierig war, diesen Grund ex ante zu konzeptualisieren. Die anerkannten Gründe wurden als hinreichend 'voraussehbar, berechenbar und messbar' betrachtet.

Die verschiedenen Kodifikationen des Verbots doppelter Bestrafung, Verfolgung und Aburteilung haben in den drei Ländern zu großen Unterschieden in der Erklärung dessen geführt, was unter 'derselben Tatsache' verstanden werden soll. So kennt Deutschland einen weiten Tatsachenbegriff und eine begrenzte Anerkennung des Verbotes der Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Abgeurteilten. Frankreich kennt, wie oben erwähnt, eine besonders enge Definition des Tatsachenbegriffs. Diese ist entstanden durch eine Auslegung, die den Regeln für die Rechtsprechung durch das Schwurgericht entstammt. Das französische Recht kennt keine Wiederaufnahme zuungunsten des Abgeurteilten, aber mittels enger Auslegung des Tatsachenbegriffs kann in bestimmten Fällen dasselbe erreicht werden. Holland kennt wie Frankreich das Rechtsmittel der Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Abgeurteilten nicht, aber die Rechtspflege hält seit dem Anfang des neunzehnten Jahrhunderts an einem recht weiten Tatsachenbegriff fest. Dieser wird sowohl vom 'historischen Ereignis' wie auch von der juristischen Einordung desselben beeinflusst. Faustregel für den obersten Gerichtshof ist das Prinzip, dass ein erheblicher Unterschied in der juristischen Würdigung der Tatsachen oder des Verhaltens des Angeklagten zu dem Schluss führen kann, dass von 'derselben Tatsache' nicht die Rede sein kann. Durch diese Auslegung bietet das niederländische Verbot der Wiederholung einen größeren Schutz als das französische.

Gegenwärtig besteht in Westeuropa eine Tendenz, den rechtskräftigen Freispruch wieder unter weitergehenden Kategorien zur Überprüfung zu stellen; in Deutschland und in den Niederlanden sind Gesetzesanträge dazu eingebracht worden. Der niederländische Gesetzesantrag aus dem Jahre 2009 stützt sich auf die heutige deutsche Regelung aus dem Jahr 1877. Zugleich schließt er sich einem Gesetzesantrag von Nordrhein-Westfalen an, der seit dem Jahre 2007 beim Bundesrat liegt. Diese beiden Anträge brechen mit der seinerzeit prinzipiell getroffenen Entscheidung, wegen neuer Tatsachen keinen Eingriff in die Rechtskraft des Freispruchs zu erlauben. Um dies zu rechtfertigen, wird unter anderem auf angeblich vergleichbare Entwicklungen in Ländern mit einer *Common Law*-Tradition hingewiesen. Der niederländische Antrag geht soweit, dass Gewebeproben des Angeklagten (DNS) für die fortführende Untersuchung aufbewahrt werden soll. Die vorgeschlagene Regelung kann mit der Institution der Mittelentscheidung verglichen werden.

Die Möglichkeit, ein rechtskräftiges freisprechendes Urteil zu revidieren, kann in den Niederlanden auf eine mehr harmonische Art und Weise gestaltet werden, vor allem wenn der historische Hintergrund der absoluten Anerkennung des definitiven Freispruchs berücksichtigt wird. Man könnte die Gründe, die von alters her in der Lehre und in der Praxis anerkannt waren, verbinden, um einen rechtskräftigen Richterspruch wieder zu eröffnen oder ihm die Rechtskraft abzusprechen. Dies sind im Großen und Ganzen dieselben Gründe wie diejenigen, die in Deutschland im Jahre 1877 den '*falsa*' zugeordnet wurden. Auch das spätere Geständnis als Grund für eine Wiederaufnahme des Strafverfahrens kann mit breiter Unterstützung rechnen. Dieser Grund zur Wiederaufnahme vermeidet eine Antastung der Autorität der Rechtspflege, ebenso wie die Wiederaufnahme einer offensichtlich unberechtigten Verurteilung.

Sollte man die '*falsa*' als Grund für die Wiederaufnahme zuungunsten des Abgeurteilten auf diejenigen beschränken, welche dem früheren Angeklagten zugerechnet werden können, dann ließe sich das auch aus nationalem und internationalem Blickwinkel verteidigen. Dasselbe gilt für das 'zuverlässige Geständnis'. Diese beiden Gründe zur Wiederaufnahme hat der frühere Angeklagte selbst in der Hand. Die Rechtssicherheit steht nicht zur Diskussion. Auf diese Weise wird der Grundsatz *non bis in idem*, trotz Verstößen durch die Möglichkeit der Wiederaufnahme zuungunsten des Abgeurteilten, am besten respektiert. Ob die Regelung notwendig und opportun ist, ist eine andere Frage.

Résumé

NON BIS IN IDEM
L'évolution d'un principe

Le principe « *non bis in idem* » comprend tant l'interdiction de punir une personne deux fois pour le même fait que l'interdiction de la poursuivre et la juger deux fois pour le même fait. Cela signifie qu'une personne après une décision finale, que celle-ci ait aboutie à une condamnation ou un acquittement, ne peut pas encore être poursuivie pour le même acte. La règle forme un principe de droit généralement accepté. La présente étude s'est attachée à rechercher la justification de ce principe. Elle pose les questions suivantes. Quelle est l'origine de l'interdiction ? Quels sont les termes utilisés pour décrire la règle ? Quelle a été son évolution à travers les siècles ? Dans quelle mesure est-elle restée inchangée, et quelles sont les exceptions qui l'ont affectée et l'affecte encore ? L'étude se termine par un examen de la possibilité de réouvrir un dossier, clôturé par une décision de non-condamnation d'une personne, à la suite de 'nouvelles circonstances', telles les résultats d'une nouvelle recherche ADN. L'État fédéré Nordrhein-Westfalen et le gouvernement néerlandais en 2007 et en 2009 ont proposé de modifier la loi en ce sens.

L'interdiction de condamner une personne deux fois pour le même fait apparaît déjà dans les plus anciennes législations, telles les lois de Moise. L'expression « *non bis in idem* » se retrouve dans la traduction grecque de l'Ancien Testament (Nahum 1:9). Depuis lors, et tout au long de l'histoire du droit canonique, cette interdiction a conservé l'aspect d'une règle de sanction proportionnelle. En outre, le principe se retrouve dans les textes des orateurs grecs ainsi que dans la procédure romaine. Dans ces sources classiques l'accent portait sur l'aspect procédural de l'interdiction. Elles concernaient avant tout la question de savoir dans quelles circonstances une deuxième accusation pour un même fait était autorisée après une décision de non-condamnation contre la même personne. Ainsi la corruption (« *praevaricatio* ») ou l'entente avec un accusateur (« *collusio* ») rendait la règle inapplicable. Par ailleurs, la poursuite par une autre personne que le premier accusateur pouvait être considérée comme une exception. Certains prétendaient, en conséquence, que l'interdiction n'était opposable qu'au premier accusateur. Ces règles procédurales furent reprises dans la législation de l'empereur Justinien (533 ap. J-C).

Dans le droit canonique, cette dernière exception à la règle fut 'falsifiée' et la règle fut étendue à tous ceux qui voulaient instituer une autre accusation contre la même personne à cause du même fait. Il est possible que cette stratégie ait été adoptée pour maintenir l'emprise du clergé sur la justice le concernant. Ainsi une deuxième poursuite par la juridiction séculaire des gens du Roy serait exclue. L'interdiction, énoncée par l'expression « *de his criminibus, de quibus absolutus est, refricari accusatio non potest* », a été écourtée par les mots « *de his* ». Tout comme l'interdiction de la

double peine, cette règle a été reprise dans les sources du droit canonique. En outre, la règle romaine un peu plus nuancée, transmise par les écritures d'Ulpien (D.48.2.7.2), et aussi appelée « *de his* » est, grâce à la réception du droit romain, acquise et acceptée par les juristes médiévaux. L'expression « *non bis in idem* » du droit canonique, concernant l'interdiction de la double peine, et la règle selon laquelle, après une décision prononçant la relaxe ou l'acquittement, aucune seconde accusation ne peut être dirigée contre une personne pour les mêmes faits, peuvent, à l'origine, être distinguées.

Au XIIe siècle en Europe continentale, la procédure pénale inquisitoriale était en vigueur. Les deux règles, celle concernant l'interdiction de la double peine et celle concernant l'interdiction de la répétition des poursuites et du procès, en leur qualité de « règle de droit acquis » faisaient partie de cette procédure. Avec pour objectif de trouver la vérité, la nouvelle procédure pénale se caractérisait par la poursuite d'office à la charge de l'Etat. Afin d'atteindre cet objectif, des exigences de preuves strictes étaient mises en place. Dans les affaires où la culpabilité du suspect ne pouvait être établie, mais où les facteurs incriminants n'étaient pas entièrement retirés, le juge se retrouvait dans une situation embarrassante. D'un côté, il n'était pas en mesure de condamner le suspect, mais d'un autre côté, s'il ne condamnait pas celui-ci, il ne pourrait pas le poursuivre à nouveau dans l'hypothèse où de nouvelles circonstances se feraient jour. Cette dernière hypothèse serait alors en contradiction avec l'objectif de la procédure pénale inquisitoriale. La solution qui fut trouvée pour sortir de cette situation de blocage consistait dans la prise d'une décision judiciaire qui ne serait pas définitive. Cette décision était nommée « *absolutio ab instantia* », mais je la dénommerai « décision médiane ». Wielant (Flandre, 1510) fut le premier à faire état de cette pratique. Par la suite, celle-ci fut aussi décrite par Clarus dans le duché de Milan, Ayrault en France, Carpzovius en Saxe et Matthaeus à Utrecht. En France, il y était fait référence sous le nom du « plus ample informé » ou « hors de Cour », en Allemagne sous celui de « Instanzentbindung » et au Pays-Bas sous celui de « slaking » ou « ontslag van instantie ». Si les pénalistes s'accordaient pour dire que cette pratique n'était pas conforme au droit romain, ils n'étaient en revanche pas d'accord quant à la nécessité des décisions médianes .

La procédure pénale de l'inquisition au moyen-âge en France était strictement contrôlée au niveau central. La description de Ayrault (1610) montre à quel point l'intérêt des gens de Justice à condamner une personne ou, à tout le moins, ne pas rendre une décision de non-condamnation était grand. Non seulement une décision de non-condamnation nécessitait l'existence de preuves très fortes, mais encore, entraînait pour le Procureur du Roi l'obligation de payer une indemnité de compensation. De plus, la procédure du « plus ample informé » fut pas à pas utilisée afin d'éviter que la peine requise ne soit imposée en cas de doute tout en permettant l'imposition de peines lourdes, telle que la détention de longue durée. La « décision médiane » obtint de cette façon la qualification d'une « peine infamante ».

La Révolution française mit fin à cette pratique. Un suspect était soit « coupable » soit « non coupable. » Le juge n'avait d'autre choix que de le condamner ou de le libérer, sans autre compromis possible. Pour juger les infractions les plus graves ou « crimes », les révolutionnaires créèrent le jury populaire. Le jury était souverain – une souveraineté soulignée par le fait que ses décisions étaient définitives. Cela signifiait non seulement qu'une nouvelle procédure devenait impossible, mais également qu'aucune voie de recours n'était ouverte à l'encontre de ces décisions. Après la Révolution, cette pratique fut codifiée dans le Code d'Instruction Criminelle (1808) de la manière suivante : « Toute personne acquittée légalement ne pourra plus être reprise ni accusée à raison du même fait » (article 360 CIC). Tant l'interdiction de punir quelqu'un deux fois pour le même fait que l'interdiction de le poursuivre et de le juger deux fois pour le même fait étaient couvertes par la maxime « *non bis in idem* » .

Dans la procédure pénale révolutionnaire, le procès public et oral fut séparé de la procédure secrète préalable, et, pour les crimes les plus graves, étaient précédés d'une décision prise par un jury - par la suite remplacé par une chambre - d'accusation. C'est de cette manière que le procès pénal fut séparé en deux étapes et qu'apparût naturellement un moment où la procédure pouvait être interrompue puis reprise dans l'hypothèse de la découverte de nouvelles charges. De cette manière, le moment de prendre la décision médiane se déplaça de la fin vers le milieu du procès. Un autre concept apparut à la Révolution, à savoir, qu'en principe, tous les aspects pénaux d'un même événement historique devaient être jugés dans une seule procédure. Ce principe de poursuite fut appelé « tout poursuivre et tout juger ». Je nomme cela le « principe inquisitoire positif ». Ce principe en combinaison avec la maxime « *non bis in idem* » offraient une protection étendue contre les poursuites consécutives en raison du même fait historique. Ce « principe inquisitoire positif » fut cependant rapidement abandonné en France. Cela entraîna une jurisprudence donnant une portée limitée à la notion de 'même fait' qui obtint ainsi une portée presque purement juridique.

En 1811, ce procès pénal moderne fit son entrée aux Pays-Bas. Jusqu'alors, chaque province de ce pays connaissait ses propres règles de procédure. La décision médiane était encore bien établie dans la puissante province de Hollande. En pratique, personne ne bénéficiait d'une décision de non-condamnation mais seulement d'une décision « slaking » ou « ontslag van instantie » lorsque la preuve de la culpabilité faisait défaut. Ces formes de renvoi et de suspension furent critiquées par un certain nombre de juristes au XVIIIe siècle, mais, en général, cette pratique ne souffrait d'aucune résistance pertinente. Cela est peut-être dû au fait que le droit pénal et le droit de la procédure pénale étaient, dans les grandes lignes, plus modérés et équilibrés qu'en France. Cette modération et cet équilibre, à leur tour, peuvent être expliqués par le caractère 'humaniste' des Ordonnances Criminelles de Philippe II (1570) dans lesquelles, une pratique de base modérée pour l'époque était préconisée.

En dépit de cette modération, entre 1798 et 1806, la Commission de Codification de la République batave proposa, de manière prudente, quelques réformes de la procédure pénale. Au nombre de ces propositions de réforme, il faut noter l'abandon de la décision médiane et la maximisation de la durée de la liberté conditionnelle. De 1811 jusqu'à 1813, les Pays-Bas étaient occupés par Napoléon Bonaparte. Celui-ci imposa les lois françaises. Dès la fin de cette occupation les propositions bataves furent reprises. La procédure pénale française demeura toutefois longtemps en vigueur avec quelques modifications telle l'abolition du procès par jury. En 1838, le Code de procédure pénale fut introduit. Ce Code reprit l'interdiction de la répétition d'une poursuite après une décision de relaxe ou d'acquittement telle que précisée à l'article 360 du CIC. Le texte néerlandais avait un champ d'application plus large que le texte français. D'après les débats parlementaires, le texte devait donner application au principe « *non bis in idem* ». Le principe précisé par ce texte fut considéré comme un principe de protection juridique, un droit fondamental de l'accusé acquitté ou relaxé. Le texte prévoyait l'interdiction de la double peine et l'interdiction de la double poursuite et du double procès, et s'appliquait tant aux affaires criminelles qu'aux affaires plus légères. Le sens du principe se rapprochait de celui connu durant la période française intermédiaire (période précédant les codes Napoléoniens). Le gouvernement a défendu cette décision en faisant référence à un nouveau modèle de procès qui offrait suffisamment de garanties pour éviter les erreurs. En premier lieu, chaque décision judiciaire devait être prise par un collège de juges. En second lieu, il était possible d'interrompre une procédure à temps quant il apparaissait que le procès finirait par un acquittement ou une relaxe en raison d'une insuffisance de preuves. Cela fut appelé plus tard « l'avis d'arrêt des poursuites ». En troisième lieu, le traitement en session publique offrait une garantie que l'instruction se déroulerait correctement et de manière complète. Si nécessaire, cette instruction pouvait jusqu'à la décision finale être réouverte. Sous ces conditions, la décision finale devait être considérée comme définitive.

La nécessité d'apporter plus de systématique dans le Code de procédure pénale a motivé l'adoption d'un article de procédure couvrant l'ensemble des diverses dispositions procédurales concernant la reconnaissance de la chose jugée.
Ainsi dans cet article, il était aussi fait référence au système de révision qui ne pouvait être qu'en faveur du condamné et qui était considérée comme une ingérence exceptionnelle autorisée dans l'interdiction de la répétition. Cet article couvrant l'ensemble de ces questions, préparé à l'origine pour le Code de procédure pénale, fut transféré dans le Code pénal néerlandais en 1886 (article 68 CP). Ainsi un droit fondamental fut-il introduit dans le Code pénal.

La procédure pénale allemande connut une évolution similaire. Ainsi la « Instanzentbindung » allemande fut un produit de la théorie de la preuve stricte découlant de la procédure inquisitoire. Bien que dans les Etats de la rive gauche du Rhin l'influence de la procédure pénale française était notable et que la législation prussienne pouvait

être qualifiée « d'éclairée », ce ne fut qu'à partir de 1877 qu'une procédure publique et orale fut appliquée pour tous les Etats allemands. Depuis 1800 environ, tous ces Etats avaient codifié individuellement la « Instanzentbindung » et, qui plus est, de nombreux Etats faisaient une distinction entre une décision de non-condamnation honorable et une décision non honorable, les deux désignées par le même mot « Endurtheil. » De surcroit, « Das Endurtheil » pouvait, dans certaines circonstances être révisé par un autre juge, le « Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten ». Dans certains Etats, les « Nichtigkeitsgründe » étaient codifié afin que le « Endurtheil » soit annulé, entre autres, en raison d'un faux manifeste. L'encadrement du nouveau procès pénal rendit inutile la « Instanzentbindung », tout comme ce fut le cas des décisions médianes « hors de cour » et « de plus ample informé » en France, et « slaking » et « ontslag van instantie » au Pays-Bas, après la modernisation de la procédure pénale. La « Wiederaufnahme zuungunsten » fut cependant maintenue. Celle-ci servit de voie de recours ouverte pour rectifier les erreurs consécutives à des circonstances précisées par la loi concernant les faux - « falsa » ou, autrement nommé, des irrégularités formelles - ou les aveux tardifs et fiables d'une personne dont la culpabilité n'avait pas été reconnue. Après d'importantes réflexions, aucun motif légal concernant la notion large de « nouvelles circonstances » ou « nova » ne fut introduit dans la législation. La raison de ce refus était que le champ d'application d'un tel motif serait imprévisible. Les motifs autorisés étaient d'ailleurs décrits comme devant être suffisamment « prévisibles, calculables et mesurables ».

Les différentes codifications de l'interdiction de la double poursuite, du double procès et de la double peine ont entraîné une grande variation dans l'interprétation donnée à ce que l'on doit entendre par « les mêmes faits ». Ainsi, l'Allemagne donne au concept « fait » (« Tat ») un sens très large. En conséquence, la protection contre une deuxième poursuite à cause du même fait est large. En même temps, un dispositif assurant la révision au détriment des justiciables reçoit aussi application. La France, au contraire, donne une portée limitée au concept de fait. Cela est du à l'interprétation qui fut donnée aux règles du jury au début du XIXe siècle. En dépit du fait que la loi française ne reconnaisse pas la révision au détriment du justiciable, il arrive néanmoins qu'en raison de la portée limitée du concept de fait, le même résultat soit parfois atteint. Tout comme la France, les Pays-Bas ne connaissent pas la révision au détriment des justiciables, mais la justice interprète, depuis le début du XIXe siècle, la notion de fait de manière assez large tant en ce qui concerne l'enchaînement historique des faits que leur qualification juridique. La règle constante que la « Hoge Raad » (cour de cassation néerlandaise) applique est « qu'une différence considérable dans la nature juridique des faits et, ou, dans la conduite d'inculpé doit conduire à la conclusion qu'il ne s'agit pas des même faits ». Grâce à cette interprétation, la protection contre la double poursuite pénale aux Pays-Bas offre dans la pratique une plus large protection qu'en France.

La tendance actuelle qui s'exprime en Europe occidentale est de permettre à nouveau la révision des décisions de non-condamnation dans plusieurs hypothèses. En Allemagne et aux Pays Bas, des propositions ont été faites dans ce sens. La proposition néerlandaise de 2009 repose d'une part sur l'actuelle législation allemande qui date de 1877 et correspond d'autre part à un projet de loi de Nordrhein-Westfalen déposé depuis 2007 au Bundesrat. Ces deux projets de loi rompent avec le choix de principe qui avait été fait à l'époque de ne pas revenir sur l'irrévocabilité des décisions de non-condamnation en raison de « nouvelle charges ». Afin de justifier cette politique, il est fait, entre autres, référence à des évolutions comparables dans des pays avec une tradition de common law. La proposition néerlandaise va si loin que les éléments de preuve humains tels que l'ADN et les empreintes digitales de l'ancien accusé ou prévenu devraient être conservés à des fins de recherches futures. Ce projet se rapproche de l'ancienne procédure de décision médiane.

Plutôt que de procéder à un éloignement radical du système conquis sur la base de la procédure inquisitoriale, une solution plus équilibrée pour obtenir la révision d'une décision définitive de non-condamnation pourrait être adoptée aux Pays-Bas. Ainsi, il pourrait être fait appel aux arguments juridiques auxquels la doctrine et la pratique se réfèrent de manière traditionnelle pour revoir une décision finale ou éviter que la force de la chose jugée soit reconnue à une telle décision. Ces arguments sont à peu près les mêmes que ceux qui furent regroupés sous les « falsa » en Allemagne en 1877. Dès lors, la fraude et la tromperie de l'accusé ou du prévenu ne seraient pas récompensées. De la même manière, les aveux pourraient être considérés comme un motif de révision et ainsi prévenir la dégradation de l'autorité du pouvoir judiciaire tout comme l'admission de la révision en cas de condamnation manifestement injustifiée. Il serait parfaitement justifiable de limiter la révision au détriment des justiciables pour des motifs de « falsa » uniquement lorsqu'ils trouvent leur origine dans le comportement de l'ancien accusé ou prévenu. Il en va de même des aveux « fiables. » L'ancien accusé ou prévenu est seul capable d'invoquer de tels motifs. En conséquence, le principe de sécurité juridique ne se trouverait pas affecté. De cette manière, le respect du principe « *non bis in idem* » resterait préservé malgré l'atteinte qui lui serait faite par la possibilité de révision au détriment des justiciables. Tout autre est la question de savoir si la mise en œuvre d'une telle réforme est nécessaire et opportune.

Literatuur

Toelichting vertalingen in het Nederlands

Voor de vertalingen in het Nederlands is zo veel mogelijk gebruik gemaakt van een bestaande schriftelijke bron. Waar deze ontbrak, heb ik collegae van de Rijksuniversiteit Groningen geraadpleegd. Zo werden de in dit boek geciteerde Griekse en Romeinse teksten waarvan geen gepubliceerde vertaling in het Nederlands voorhanden was voor mij vertaald door dr. Roos Meijering, verbonden aan de vakgroep Algemene Rechtswetenschap en Rechtsgeschiedenis. Dr. Jaap van Os, verbonden aan de afdeling Romaanse Talen en Culturen was mij behulpzaam bij de vertaling van enkele teksten van Ayrault. Dr. N.F. Streekstra en Prof. dr. J. Hoeksema, verbonden aan de afdeling Nederlandse Taalkunde, stelden hun kennis ter beschikking voor de vertaling van enkele passages Middelnederlands van Wielant. Tenzij anders aangegeven, heb ik voor de Digesten en de Codex Justinianus de vertalingen van Spruit e.a. gebruikt, en voor de teksten van Gaius en Paulus die van Spruit en Bongenaar. Voor de vertaling van Demosthenes, Cicero en Cassius Dio in het Nederlands waren de Engelse vertalingen uit *The Loeb classical library* mij behulpzaam. De gebruikte schriftelijke bronnen zijn opgenomen in de lijst van geraadpleegde en verkort aangehaalde literatuur.

Geraadpleegde en verkort aangehaalde literatuur

Indien de bron ook online geraadpleegd kan worden, is dit aangegeven met de 'link' naar de digitale bron of met een link naar de collectie waarin de bron opgezocht kan worden, zoals die van de Bibliothèque numérique (Gallica) du Bibliothèque nationale de France (Gallica.bnf.fr), de Digitale Bibliotheek voor de Nederlandse Letteren (DBNL.nl) of het Instituut voor Nederlandse Geschiedenis en het Koninklijk Nederlands Historisch Genootschap (Historici.nl), dan wel met de aanduiding 'Google Books'.

Ankum 1977

J.A. Ankum, 'Van Cras tot Conrat. De beoefening van het Romeinse recht door de hoogleraren aan het Athenaeum illustre en aan de universiteit van Amsterdam in de negentiende eeuw', in: H. van den Brink e.a. (red.), *Samenwinninge. Tien opstellen over rechtsgeschiedenis geschreven ter gelegenheid van het tienjarig bestaan van het Interuniversitair Instituut Nederlands Centrum voor Rechtshistorische Documentatie*, Zwolle: Tjeenk Willink 1977, p. 93-112.

AP 1787-1799

Archives Parlementaires de 1787 à 1860: recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises. Première série, 1787 à 1799, gallica.bnf.fr.

Armengol 2007

Th. Armengol, 'Entre le droit et la fiction. L'erreur judiciaire à travers quelques grandes affaires criminelles dans le cinéma français', *Criminocorpus, revue hypermedia*, 15 oktober 2007, criminocorpus.cnrs.fr/article278.html.

Ayrault 1610

P. Ayrault, *L'Ordre, Formalité et Instruction Judiciaire, dont les anciens Grecs et Romains ont usé e's accusations publiques (sinon qu'ils ayent commencé à l'execution) conferé au stil & usage de nostre France,* Paris: Sonnius 1610.

Bartlett 1986

R. Bartlett, *The trial by fire and water*, Oxford: Clarendon Press 1986.

Beccaria (1764) 1982
C. Beccaria, *Over Misdaden en straffen, ingeleid van aantekeningen voorzien en vertaald door J.M. Michiels*, met voorwoord door J.M. van Bemmelen, Zwolle: Tjeenk Willink 1982.

Beccaria 1774
C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene. Edizione rivista, corretta, e disposta secondo l'ordine della traduzione francese approuato dall'autore*, Londra: 1774.

Beccaria 1856
C. Beccaria, *Des délits et des peines, précédée d'une introduction et accompagnée d'un commentaire par M. Faustin Hélie*, Paris: Guillaumin 1856.

Bekker 1853
I.M. Bekker, *Die processualische Consumption im classischen römischen Recht*, Berlijn: Hertz 1853.

Van Bemmelen 1938
J.M. van Bemmelen, 'Is wijziging van de regeling betreffende hoogere voorzieningen in strafzaken gewenscht, en zoo ja, in welken zin?', in: *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging* 1938-I, tweede stuk, Zwolle: Tjeenk Willink 1938, p. 1-60.

Van Bemmelen 1934 (I), 1934 (II) en 1934 (III)
J.M. van Bemmelen, 'Nemo debet bis vexari', *Weekblad van het Recht* 1934, 12736 (I), 12737 (II) en 12738 (III).

Van Bemmelen 1953
J.M. van Bemmelen, *Praeadvies over leer en bepalingen omtrent de regel 'ne bis in* idem', Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Zwolle: Tjeenk Willink 1953.

Van Bemmelen 1954
J.M. van Bemmelen en W.F.C. van Hattum, *Hand- en leerboek van het Nederlandse strafrecht, deel II, Bijzondere delicten,* door J.M. van Bemmelen, 's-Gravenhage: Nijhoff 1954.

Van Bemmelen 1979
J.M. van Bemmelen, *Ons strafrecht deel 1. Het materiële strafrecht: algemeen deel*, Alphen aan de Rijn: Tjeenk Willink 1979.

Van Bemmelen 1981
J.M. van Bemmelen, *Ons strafrecht deel 3. Het materiële strafrecht: bijzonder deel. Bijzondere delicten*, Alphen aan de Rijn: Tjeenk Willink 1981.

Van den Berg 1996
P.A.J. van den Berg, *Codificatie en staatsvorming. De politieke en politiek-theoretische achtergronden van de codificatie van het privaatrecht in Pruisen, de Donaumonarchie, Frankrijk en Nederland 1450- 1811* (diss. Groningen), Groningen: Wolters Noordhoff 1996.

Van den Berg 2001
P.A.J. van den Berg, 'Vaderlandsliefde, vrijheid en mensenrechten aan het eind van de achttiende eeuw: Jacob van Manen Adrz. (1755-1822) en de Staatsregeling van 1798' in: O. Moorman van Kappen en E.C. Coppens (red.), *De Staatsregeling voor het Bataafsche Volk van 1798, Opstellen opgedragen aan de nagedachtenis van Dr. Mr. L. de Gou*, Nijmegen: Gerard Noodt Instituut 2001, p. 35-71.

Van den Bergh 1987
G. van den Bergh (vert. en nawoord), *Ik heb geen talent voor ondergeschiktheid. Belle van Zuylen in briefwisseling met Constant d'Hermenches, James Boswell en Werner C.W. van Pallandt*, Amsterdam: Van Oorschot 1987.

Berkvens 1995
A.M.J.A. Berkvens, 'Hervorming van strafrecht en strafprocesrecht in de zuidelijke Nederlanden in de tweede helft van de achttiende eeuw', in: A.M.J.A. Berkvens, A. Fl. Gehlen en G.H.A. Venner (red.), *Flittich erforscht und colligeert. Opstellen over Limburgse rechtsgeschiedenis*, Maastricht: Werkgroep Limburgse Rechtsgeschiedenis 1995, p. 137-171.
Berkvens 1999
A.M.J.A. Berkvens, *A propos van de affaire Laurent Timmermans. Enkele beschouwingen over de hervorming van strafrecht en strafprocesrecht in Oostenrijks Opper-Gelre en de Zuidelijke Nederlanden in de tweede helft van de achttiende eeuw* (Oratie Maastricht), Maastricht 1999, arno.unimaas.nl/show.cgi?fid=33
Berner 1855
A.F. Berner, 'Non bis in idem', *Archiv für preußisches Strafrecht* 1855-3, p. 385-390 en p. 472-496.
Beukers 1994
Y.E.M. Beukers, *Eenmaal andermaal? Beschouwingen over gezag van gewijsde en ne bis in idem in het burgerlijk procesrecht* (diss. Rotterdam), Zwolle: Tjeenk Willink 1994.
Van Binsbergen 1949
W.C. van Binsbergen, *Algemeen karakter van het crimineel wetboek voor het Koningrijk Holland* (diss. Utrecht), Utrecht: De Vroede 1949.
Blok-Besier I 1925
A.J. Blok en L.Ch. Besier, *Het Nederlandse strafproces. Eerste deel,* Haarlem: Tjeenk Willink 1925.
Bock 2006
D. Bock, 'Die erste Europäisierung der Strafrechtswissenschaft: Das gemeine Strafrecht auf römischrechtlicher Grundlage', *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 2006, p. 7-16, zis-online.com/dat/artikel/2006_1_2.pdf.
Van Bockel 2009a
W.B. van Bockel, *The ne bis in idem principle in EU law, a conceptual and jurisprudential analysis* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Drukkers 2009.
Van Bockel 2009b
W.B. van Bockel, 'Eenmaal, andermaal, verboden! Een doorbraak in de rechtspraak van het EHRM over het ne bis in idem beginsel', noot bij EHRM (GK) 10 februari 2009, Zolotukhin/Rusland, *NJCM Bulletin* 2009, p. 373-390.
Bohlander 2011
M. Bohlander, *Principles of German Criminal Procedure*, Oxford (England): Hart 2011.
Borgman 1899
W.H. Borgman, *Van herziening van arresten en vonnissen* (diss. Utrecht), Utrecht: Den Boer 1899.
Bosch 1965
A.G. Bosch, *Het ontstaan van het wetboek van strafrecht. Aantekeningen over de werkzaamheden van de staatscommissie in 1870 belast met de samenstelling van een nieuw wetboek van strafrecht. Art. 1-91.*, Zwolle: Tjeenk Willink 1965.
Bosch 2005
A.G. Bosch, *De ontwikkeling van het strafrecht in Nederland van 1795 tot heden*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2005.
Bosch 1948
J.W. Bosch, 'Rechtshistorische aantekeningen betreffende het appelrecht in strafzaken', *Tijdschrift voor Strafrecht* (LVII) 1948-1/2, p. 34-83.

Bosch 1953
J.W. Bosch, 'Korte aantekeningen over de uitwendige geschiedenis der Hollandse hervormingsplannen van het strafproces in de XVIIIde eeuw', *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* (LXII) 1953, p. 59-67.

Bosch 1956, 1957 en 1958
J.W. Bosch, 'Aantekeningen over de inhoud der Hollandse hervormingsplannen van de criminele ordonnantiën van 1570 in de XVIIIde eeuw', *Tijdschrift voor Strafrecht* (LXV) 1956-3, p. 197-213; (LXV) 1956-4, p. 290-308; (LXVI) 1957-3/4, p. 267-288; (LXVII) 1958-3, p. 179-198.

De Bosch Kemper I, II en III
J. de Bosch Kemper, *Wetboek van Strafvordering, naar deszelfs beginselen ontwikkeld, en in verband gebragt met de algemeene regtsgeleerdheid; met een bijvoegsel, bevattende formulieren en voorbeelden der ambtsverrigtingen van regters-commissarissen, officieren van justitie, griffiers, hulpofficieren, enz. Eerste deel* (I), Amsterdam: Johannes Müller 1838; *Tweede* (II) *en Derde deel* (III), Amsterdam: Johannes Müller 1840.

Bossers 1987
G.F.M. Bossers, *"Welk eene natie die de jury gehad heeft, en ze weder afschaft!". De jury in de Nederlandse rechtspraktijk, 1811-1813 (le jury dans la pratique judiciaire hollandaise, 1811-1813)* (diss. Amsterdam UvA), Delft: Eburon 1987.

Bossers 1997
G.F.M. Bossers, 'Een ontwerp *Manier van procederen in criminele zaken* uit 1798', in: *Verslagen en mededelingen nieuwe reeks, deel 9*, Stichting tot uitgaaf der bronnen van het Oud-vaderlandse recht, Bussum: Kemink 1997.

Van Boven 1990
M.W. van Boven, *De rechterlijke instellingen ter discussie. De geschiedenis van de wetgeving op de rechterlijke organisatie in de periode 1795-1811* (diss. Nijmegen), Nijmegen: Gerard Noodt Instituut 1990.

Braet 1984
A. Braet, *De klassieke statusleer in modern perspectief. Een historisch-systematische bijdrage tot de argumentatieleer* (diss. Leiden), Groningen: Wolters Noordhoff 1984.

Brinkhof 1987
J.J. Brinkhof, 'Lites finiri oportet', in: J.E. Spruit en M. van de Vrugt (red.), *Brocardia in honorem G.C.J.J. van den Bergh. 22 studies over oude rechtsspreuken* (Van den Berghbundel), Deventer: Kluwer 1987.

Broers 2006
E.J.M.F.C. Broers, *Van plakkaat tot praktijk. Strafrecht in staats-Brabant in de zeventiende en achttiende eeuw*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2006.

Brooke 1968
Z.N. Brooke, *The English Church and the Papacy. From the Conquest to the Reign of John*, London: Cambridge University Press 1968.

Buijnsters 1973
P.J. Buijnsters, *Hieronymus van Alphen (1746-1803)*. Van Gorcum & Comp.: Assen 1973, http://dbnl.org/tekst/buij001hiero1_01/

Van Caenegem 1956
R.C. van Caenegem, *Geschiedenis van het strafprocesrecht in Vlaanderen van de XIe tot de XIVe eeuw*, Brussel: Paleis der Academiën 1956.

Van Caenegem 1965a
R.C. van Caenegem, 'The Law of Evidence in the Twelfth Century: European Perspective and Intellectual Background', in: S. Kuttner en J. Ryan (eds.), *Proceedings of the Second International Congress of Medieval Canon Law, Boston College, 22-16 August 1963*, Monumenta Iuris Canonici (Series C: Subsidia I), Vaticaanstad 1965, p. 297-310.
Van Caenegem 1965b
R.C. van Caenegem, 'La preuve dans l'ancien droit belge, des origines à la fin du XVIIIe siècle', en 'La preuve dans le droit du moyen âge occidental', in: *La Preuve, deuxième partie, Moyen âge et temps modernes* (Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, XVII), Brussel: Librairie Encyclopédique 1965, p. 375-430 en p. 691-753.
Caljé 2011
P.A.J. Caljé en J.C. den Hollander, *De lange twintigste eeuw. Vanaf 1870 tot heden*. Houten: Spectrum 2011.
Calkoen 1778
H. Calkoen, *Verhandeling over het voorkomen en straffen der misdaaden, ter beantwoording der vraag, door dit Genootschap, om voor den 1 may 1777 te beantwoorden, opgegeeven: Welke zyn de beste schikkingen omtrent het straffen der misdaaden, in eene welgestelde maatschappy; met eene byzondere bepaaling op deeze Republiek?*, Genootschap Floreant Liberales Artes, 1778.
Carpzovius 1758
B. Carpzovius, *Practicae novae rerum criminalium Imperialis Saxonica Pars Tertia*, Ed. novissima, observation / aucta a J.S.Fr. Böhmero, Frankfurt am Main: 1758
Carpzovius/Van Hogendorp
D. van Hogendorp, *Verhandeling der lyfstraffelijke misdaaden en haare berechtinge, naar 't voorschrift des gemeenen rechts, getrokken uyt de schriften van den heer Benedictus Carpzovius, R.G., Raad van 't keurvorstendom Saxen, en daaruyt in de Nederduytsche Spraake overgebragt*, Rotterdam: Beman 1752.
Cassius Dio
Dio's Roman History in nine volumes, Volume VII, The Loeb classical library, Cambridge Massachusetts: Harvard Press 1981 (1924)
Ten Cate 1975
C.L. ten Cate, *Tot glorie der gerechtigheid. De geschiedenis van het brandmerken als lijfstraf in Nederland*, Amsterdam: Wetenschappelijke Uitgeverij 1975.
Cicero, Ad Quintum fratrem
Cicero in twenty-eight volumes, XXVIII, Letters to his friends. The letters to his brother Quintus, The Loeb classical library, vert. W.G. Glynn Williams, Cambridge Massachusetts: Harvard University press 1972.
Cicero, In Verrem II
Cicero in twenty-eight volumes, VIII, The Verrine orations, II, The Loeb classical library, vert. L.H.G. Greenwood, Cambridge Massachusetts: Harvard University Press 1976.
Cicero, Pro Caelio
Cicero in twenty-eight volumes, XIII, Pro Caelio, The Loeb classical library, vert. R. Gardner, Cambridge Massachusetts: Harvard University press 1970.
Cicero, Pro Cluentio
Cicero in twenty-eight volumes, IX, Pro Cluentio, The Loeb classical library, Cambridge Massachusetts: vert. G. Hodge, Harvard University press 1979.
Clarus (1568) 1613
J. Clarus, *Receptarum sententiarum. Opera omnia. Liber Quintus*, Frankfurt am Main: Wolfgang Richter 1613.

Cleiren 1989
C.P.M. Cleiren, *Beginselen van een goede procesorde* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1989.

Code judiciaire général
Code judiciaire, ou Recueil des décrets de l'Assemblée nationale constituante, sur l'ordre judiciaire, ... : contenant l'une, les décrets sur le pouvoir judiciaire & sur l'organisation de l'ordre judiciaire en général, l'autre, le code civil, ou décrets sur l'ordre judiciaire civil en particulier, Paris: de l'Imprimerie nationale 1792, http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k42196d.

Coenraad 2000
L.M. Coenraad, *Het beginsel van hoor en wederhoor in het Romeinse procesrecht*, Deventer: Gouda Quint 2000.

Cole 2001
S.A. Cole, *Suspect Identities. A History of Fingerprinting and Criminal Identification*, Cambridge, Massachusetts, London: Harvard University Press 2001.

Colenbrander 1908
H.T. Colenbrander, *Ontstaan der grondwet. Bronnenverzameling. Eerste deel: 1814,* Rijks geschiedkundige publicatiën. Kleine serie, 1,'s-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1908, http://www.historici.nl/Onderzoek/Projecten/Grondwet.

Colenbrander 1909
H.T. Colenbrander, *Ontstaan der grondwet. Bronnenverzameling. Tweede deel: 1815,* Rijks geschiedkundige publicatiën. Kleine serie, 7, Gravenhage: Martinus Nijhoff 1909, http://www.historici.nl/Onderzoek/Projecten/Grondwet.

Combe 1928
P. Combe, *Memoire inédit du Chancellier Daguesseau sur la réformation de la justice avec une étude préliminaire* (diss. Grenoble), Valence: Imprimeries Réunis 1928.

Commissie De Wal
Van Dorst e.a. (red.), *Notulen en Bijlagen van de Staatscommissie voor de zamenstelling van een Wetboek van Strafregt '1870/1876'*, Vakgroep Strafrecht en Criminologie, sectie Strafrecht, Katholieke Universiteit Tilburg 1976.

Coppens 1991
E.C. Coppens, 'De inquisitoire procedure in het canonieke recht', in: H.A. Diederiks en H.W. Roodenburg (red.), *Misdaad, zoen en straf. Aspekten van de middeleeuwse strafrechtsgeschiedenis in de Nederlanden*, Hilversum: Verloren 1991.

Corstens 2005
G.J.M. Corstens, 'Dijkdoorbraken in de strafrechtspleging', editorial, *Nederlands Juristenblad* 2005, p. 289.

Corstens 2008
G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

Costumen Stad Utrecht 1550
Costumen, usantien, policien ende styl van procederen, der stadt, jurisdictie ende vrijheyt van Utrecht van 1550, Geapprobeert ende gedecreteert door W. Van der Muelen, Utrecht: Willem Broedelet 1709.

Cras 1793
H.C. Cras, *Verhandelingen raakende den Natuurlijken en geopenbaarden godsdienst*, Uitg. Teylers Godgeleerd genootschap, XIII. deel, Haarlem: Enschede/van Walre 1793.

Dagverhaal 1798
Dagverhaal der handelingen van het Vertegenwoordigend Lichaam des Bataafschen volks, nr. 1-1455, 1798-1801, Schelle en comp., P. van 's-Gravenhage, (1796-1798)
Stuerman, J.J. 's-Gravenhage, (1798-1804).
Damaška 1978
M. Damaška, 'The Death of Legal Torture' (Book review: Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancien Régime. By John H. Langbein. Chicago and London: University of Chicago Press, 1977. Pp. x, 229. $16.50.', in: *Yale Law Journal*, March 1978.
De Damhouder 1656
Joost de Damhouder, *De Practijke of gebruyk zoo van Civile als Criminele zaken. Nu op nieuws van veel groote en grove fouten en misslagen gezuyverd en verbeterd: ende uyt het Latijn over-gezet door K. van Nispen,* Rotterdam: Joannes Naeranus, 1656.
De Damhouder 1660
Joost de Damhouder, *Practycke in criminele saken: seer nut, profytelijck ende noodigh allen souverains, bailjous, burgemeesteren, ende schepenen etc.; hier is noch by gevoeght d'Ordonnantie op 't stuck van de criminele justitie in dese Nederlanden; alles met schoone figuren, daer toe dienende verciert*, Rotterdam: Pieter van Waesberge 1660.
Decreet 1799
Algemeene manier van procedeeren in civiele en crimineele zaaken, met de daartoe behoorende instructien: Gearresteerd by decreet van het Vertegenwoordigend Lighaam des Bataafschen volks, op den 22. augustus 1799, Den Haag: 's Lands Drukkerij 1799, met Voorreden en Alphabetisch Register van Joannes van der Linden, Leyden: Honkoop 1800.
Demosthenes III
Demosthenes III, *Private Orations XXI-XXVI*, vert. J.H. Vince, The Loeb Classical Library, Cambridge Massachusetts: Harvard Press 1986.
Demosthenes IV
Demosthenes IV, *Private Orations XXVII-XL*, vert. A.T. Murray, The Loeb Classical Library, Cambridge Massachusetts: Harvard Press 1984.
Derksen 2008
A.A. Derksen, *Het O.M. in de fout. 94 structurele missers*, Diemen: Veen Magazines, 2008.
Desessard 2002
L. Desessard. 'France. Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe *ne bis in idem*', in : *Revue internationale de droit pénal*, 2002, p. 913-940.
Diemont 1893
D.E.H. Diemont, *Eenige opmerkingen over de bekentenis in strafzaken* (diss. Utrecht) Utrecht: De Kruyff 1898.
Dietmeier 2008
F. Dietmeier, 'Urteilsanmerkung. Zur Revisibilität der Beweiswürdigung beim freisprechenden Urteil ('Bäcker vom Siegelsbach')', *Zeitschrift fur Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2008, p. 101-105.
Donner 2004
J.P.H. Donner, 'Beter tien schuldigen vrijgesproken dan één onschuldige veroordeeld?', in: *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2004, p. 14-15.
Van Dorst 1985
A.J.A. van Dorst, *De verjaring van het recht tot strafvordering* (diss. Tilburg), Arnhem: Gouda Quint 1985.

Doucet 2011
J.P. Doucet, *Le droit criminel. Droit Pénal, Procédure Pénale*, http://ledroitcriminel.free.fr/, oktober 2011.
Dreissen 2007
W.H.B. Dreissen, *Bewijsmotivering in strafzaken*, (diss. Maastricht) Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.
Drenth 1939
J.H. Drenth, *Bijdrage tot de kennis der historische ontwikkeling van het accusatoire tot het inquisitoire strafproces* (diss. Amsterdam VU), Amsterdam: Noord-Hollandsche Uitgevers Maatschappij 1939.
Van Dijk en Van Hoof 2006
P. van Dijk e.a. (red.), *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen: Intersentia 2006
Duker 2011
M. Duker, 'Onzekerheid in aantocht voor vrijgesprokenen', *Nederlands Juristenblad* 2011, p. 2580-2581.
Elben 1846
O. Elben, *Die Entbindung von der Instanz vom dogmengeschichtlichen und allgemein rechtlichen Standpunkt aus erörtert. Ein Beitrag zur Geschichte und Gesetzgebung des deutschen Strafverfahrens*, Tübingen: Laupp'schen Buchhandlung 1846, (Google books).
Ermann 1998
J. Ermann, *Strafprozeß, öffentliches Interesse und private Strafverfolgung : Untersuchungen zum Strafrecht der römischen Republik* (diss. Saarland) 1998.
Esmein 1882
A. Esmein, *Histoire de la Procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIIIe siècle jusqu'à nos jours*, Paris: Larose et Forcel 1882
Esmein 1883
A. Esmein, 'Ordre et instruction judiciaire, par Ayrault, précédé d'une étude sur les progrès de la procédure criminelle en France, par Victor Jeanvrot', *Revue Critique de législation et de jurisprudence*, 1883, p. 302-304.
Faber 1983
S. Faber, *Strafrechtspleging en criminaliteit te Amsterdam, 1680-1811. De nieuwe menslievendheid* (diss. Amsterdam VU), Arnhem: Gouda Quint 1983.
Faber 1987
S. Faber, 'Hendrik Calkoen (1742-1818)' en 'Jan Samuel Amalry (1750-1811)', in: T.J. Veen en T.C. Kop (red.), *Zestig Juristen. Bijdragen tot een beeld van de geschiedenis der Nederlandse rechtswetenschap*, Zwolle: Tjeenk Willink 1987, p. 176-180 en p. 181-184.
Feenstra 1994
R. Feenstra, *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht: inleidende hoofdstukken*, Leiden: Brill 1994.
Fitzsimmons 1994
M.P. Fitzsimmons, *The Remaking of France: The National Assembly and the Constitution of 1791*, Cambridge (UK), Cambridge University press 1994.
Fockema Andreae 1897
S.J. Fockema Andreae, Het bewijs in strafzaken hier te lande in de middeleeuwen", *Tijdschrift voor Strafrecht* (X) 1897, p. 46-88.

Fockema Andreae 1962
S.J. Fockema Andreae, 'Quatorze Juillet en Nederland', voordracht gehouden voor de Maatschappij der Nederlandse letterkunde, Jaarboek van de Maatschappij der Nederlandse letterkunde 1962, p. 25, dbnl.org/tekst/_jaa003196201_01/_jaa003196201_01_0002.php.
Fortuijn 1839
Verzameling van wetten, besluiten en andere regtsbronnen van Franschen oorsprong, in zooverre deze, ook sedert de invoering der nieuwe wetgeving, in Nederland van toepassing zijn, Fortuijn, Deel I (1669-1798)-1839, Amsterdam: Müller 1839, (Google Books).
Franken 1993
A.A. Franken, *Voeging ad informandum in strafzaken* (diss. Brabant), Arnhem: Gouda Quint 1993.
Franken 1995
A.A. Franken, *'Hetzelfde feit'. Over samenloop van strafbare feiten en het non bis in idem-beginsel*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1995.
Franken en Waling 2001
A.A. Franken en C. Waling, 'De actuele betekenis van artikel 430 Sv. Enkele gedachten over een conceptwetsvoorstel', *Nederlands Juristenblad* 2001, p. 1366-1371.
Friedland 1969
M.L. Friedland, *Double Jeopardy*, Clarendon Press, Oxford 1969.
Fitzsimmons 1994
M.P. Fitzsimmons, *The remaking of France: The national Assembly and the Constitution of 1791*, Cambridge (UK), Cambridge University press 1994.
Freiburg proposal 2003
Freiburg Proposal on Concurrent Jurisdictions and the Prohibition of Multiple Prosecutions in the European Union, A. Biehler, R. Kniebühler, J. Lelieur-Fischer en S. Stein, Freiburg im Breisgau: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht 2003.
Garé 1994
D.M.H.R. Garé, *Het onmiddellijkheidsbeginsel in het Nederlandse strafproces* (diss. Limburg), Arnhem: Gouda Quint 1994.
Garraud 1907 (I)
R. Garraud, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procedure pénale, tome premier,* Paris: Larose & Tenin 1907.
Garraud 1912 (III)
R. Garraud, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procedure pénale, tome troisième,* Paris: Larose & Tenin 1912.
Garraud 1928 (V)
R. Garraud et P. Garraud, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procedure pénale, tome cinquième*, Paris: Receuil Sirey 1928.
Garraud 1929 (VI)
R. Garraud et P. Garraud, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procedure pénale, tome sixième*, Parijs: Receuil Sirey 1929.
Gebbie e.a. 1999
G.C. Gebbie, S.E. Jebens and A. Mura, 'Not proven as a Juridical fact in Scotland, Norway and Italy', *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1999-7, p. 262-276.
Gerbenzon/Algra 1979
P. Gerbenzon, *Voortgangh des rechtes. De ontwikkeling van het Nederlandse recht tegen de achtergrond van de Westeuropese cultuur*, herzien m.m.v. B.S. Hempenius-van Dijk en M. Tragter-Schubert, Alphen aan de Rijn: Tjeenk Willink 1979.

Gommer, Woerdman en Lammers 2008
H. Gommer, E. Woerdman en J. Lammers, 'De bemoeienis van politici met rechters: een empirische analyse', *Recht der Werkelijkheid*, mei 2008 arno.uvt.nl/show.cgi?fid=93573.

Gonse 1875
R. Gonse, 'Modification des articles 336 en 360 du Code d'instruction criminelle', *Revue critique de la législation et de jurisprudence* 1875, p. 18-32.

Gössel 1997
K.H. Gössel, 'Par. 359-373a StPO', *in: StPO, Löwe-Rosenberg Grosskommentar,* Berlijn: De Gruyter 1997.

Groenhuijsen en Knigge 2001
M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting. Eerste interim-rapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Groningen: Grafisch Centrum RUG 2001.

De Gou 1975
Het plan van Constitutie van 1796. Chronologische bewerking van het archief van de eerste constitutiecommissie ingesteld bij decreet van de Nationale Vergadering van 15 maart 1796, bewerkt door Dr. Mr. L. de Gou. Rijks Geschiedkundige Publicatiën, uitgegeven in opdracht van de Minister van Onderwijs en Wetenschappen onder toezicht van de Rijkscommissie voor Vaderlandse Geschiedenis, Kleine Serie 40, 's-Gravenhage 1975, www.historici.nl.

De Gou 1988
De Staatsregeling van 1798, Bronnen voor de totstandkoming, deel I. Bronnen vóór 22 januari 1798, bewerkt door Dr. Mr. L. de Gou. Rijks Geschiedkundige Publicatiën uitgegeven in opdracht van de Minister van Onderwijs en Wetenschappen onder toezicht van de Rijkscommissie voor Vaderlandse Geschiedenis, Kleine Serie 65, 's-Gravenhage: 1988, www.historici.nl.

Gratama 1873
B.J. Gratama, 'Of en in welke gevallen revisie behoort te worden toegelaten tegen vonnissen of arresten in strafzaken, die in kracht van gewijsde zijn gegaan?' in: *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging*, 1873-I, 's-Gravenhage: Belinfante 1873, p. 123-157.

Grebing 1974
G. Grebing, 'Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens in Frankreich. Landesbericht von Gerhardt Grebing', in: H.-H. Jeschek und J. Meyer (red.), *Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens im deutschen und ausländischen Recht*, Bonn: Röhrscheid 1974, p. 297-343.

Greeven 1800
J. Greeven, *Burger Handboek, of Korte schets der algemeene manier van procedeeren, in civiele en crimineele zaaken, voor departementale gerechtshoven, burgerlijke rechtbanken, vrederechters en bijzitters*, Amsterdam: Roos 1800.

Grünewald 2008
A. Grünewald, 'Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Angeklagten', *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 2008, p. 545-579.

Grünewald 2009
A. Grünewald, 'Die Erweiterung der Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Angeklagten nach dem Gesetzentwurf des Bundesrates', *Recht und Politik*, (45) 2009, p. 1-3.

Van Hall 1838
M.C. van Hall, 'Beschouwing van den verlichten geest en strekking der Crimineele Ordonnantiën op den naam van Philips II, als graaf van Holland, op den 5den en 9den july 1570 uitgevaardigd en ingevoerd', in: *Regstgeleerde verhandelingen en losse geschriften*, Amsterdam: Van der Hey en Zoon 1838, p. 51-116.

Haarman 1933
J.W. Haarman, *Geschiedenis en inrichting der politie in Nederland. Met eenige aantekeningen omtrent de politie in andere landen*, Alphen aan de Rijn: Samson 1933.
Haasse 1990
H. S. Haasse, *Schaduwbeeld of Het geheim van Appeltern. Kroniek van een leven*, Amsterdam: Querido 1990.
Van Hamel/van Dijck 1927
G.A. van Hamel, *Inleiding tot de studie van het Nederlandsche strafrecht*, bijgewerkt door J.V. van Dijck, Haarlem: Bohn 1927.
Harbers en Huijer 2006
H. Harbers en M. Huijer, 'Dingen gaan voorbij, ze gaan over - en dat is maar goed ook', *NRC Handelsblad* 18 februari 2006.
Harteveld 1988
A.E. Harteveld, Een dwangmiddel wordt zelfstandig; de ontwikkeling van de voorlopige hechtenis, in: *Groninger opmerkingen en mededelingen V. Magazijn voor leerstellige Rechtsvergelijking op historische Grondslag*, Groningen: Stichting Het Groningsch Rechtshistorisch Fonds 1988, p. 113-145.
Harteveld 1990
A.E. Harteveld, *De rechter-commissaris in strafzaken. Enkele oriënterende beschouwingen* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1990.
Van Hasselt 1843
W.J.C. van Hasselt, *Wetboek van strafvordering, voorafgegaan door de wetten op de regterlijke organisatie en het beleid der justitie, met aanteekeningen*, 's-Gravenhage: Gebroeders Van Cleef 1843.
Van Hattum 1934
M.A.C.M. van Hattum, *De patriotten te Gouda* (diss. Leiden), Purmerend: Muuses 1934.
Van Hattum 1953
J.M. van Bemmelen en W.F.C. van Hattum, *Hand- en leerboek van het Nederlandse strafrecht, deel I, Algemene leerstukken,* door W.F.C. van Hattum, 's-Gavenhage: Nijhoff 1953.
Van Hattum en Rooseboom 1977
M. van Hattum en H. Rooseboom, *Glossarium van oude Nederlandse rechtstermen*, Amsterdam: Universiteit van Amsterdam, Faculteit der Rechtsgeleerdheid 1977.
Van Hattum 1999
W.F. van Hattum, 'Ne bis in idem in de Nederlandse uitleveringsprocedure. Een verhaal van twee Grieken en een loden monster', *Delikt en Delinkwent* 1999, p. 941-960.
Van Hattum 2001
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', *Nederlands Juristenblad* 2001, p. 347-349.
Van Hattum 2007
W.F. Hattum, 'Strafproces en feitsbegrip of Hoe de inrichting van het strafproces de uitleg van de regel ne bis in idem kleurt', in: B.F. Keulen, G. Knigge, H.D. Wolswijk (red.), *Pet af. Liber amicorum D.H. de Jong*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 117-135.
Van Hattum 2008
W.F. van Hattum, 'Antonius Matthaeus de tweede: niet een man van het getal maar van de rede', in: A.A. Franken, M. de Langen en M. Moerings (red.), *Constante waarden. Liber amicorum prof. mr. Constantijn Kelk*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 19-29.

Van Hattum 2009
W.F. van Hattum, 'In de daad een mens. De gratieprocedure levenslanggestraften: departementaal beleid en magistratelijk toezicht, vroeger en nu', *Delikt en Delinkwent* 2009, p. 325-352.

Hewett 1987, 1993, 1994, 1996
M.L. Hewett and B.C. Stoop (eds.), *On Crimes, a commentary on books XLVII and XLVIII of the Digest by Antonius Matthaeus J.C.*, volume I, Kaapstad: Juta and Co 1987; Volume II, Pretoria 1993; Volume III, UCT Press 1994; Volume IV Juta & Co 1996.

Van Heijnsbergen 1925
P. van Heijnsbergen, *De pijnbank in de Nederlanden*, Groningen: Noordhoff 1925.

Hélie 1866 (II) en 1867 (VIII)
F. Hélie, *Traité de l'instruction criminelle, ou Théorie du Code d'instruction criminelle. Tome deuxième. De l'action publique et de l'action civile*, Paris: Henri Plon 1866.
Tome huitième, Déclarations du jury. Arrêts des cours d'assises. Voies de recours contre les jugements et arrêts. Exécution des condamnations, Paris: Henri Plon 1867.

Hildebrandt 2002
M. Hildebrandt: *Straf(begrip) en procesbeginsel. Een onderzoek naar de betekenis van straf en strafbegrip en de waarde van het procesbeginsel naar aanleiding van de consensuele afdoening van strafzaken* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2002.

Hugenholtz/Heemskerk 2009
W. Hugenholtz, *Hoofdlijnen van Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, voortgezet door W.H. Heemskerk, Amsterdam: Elsevier Juridisch 2009.

De Hullu 1989
J. de Hullu, *Over rechtsmiddelen in strafzaken* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1989.

De Hullu 2009
J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2009.

Huussen 1989
A.H. Huussen, 'De betekenis van codificatiegedachte en -praktijk voor de natievorming', in: *Bijdragen en Mededelingen betreffende de Geschiedenis der Nederlanden - The Low Countries Historical Review BMGN/LCHR*, (104) 1989, p. 638-653, http://s008.domeinbalie.nl/~knhgnl/bmgn_archive/images/stories/BMGN/h/Huussen_jr.__A._H._-_De_betekenis_van_codificatiegedachte_en.pdf.

Imbert 1990
J. Imbert, 'Les Jurys criminels sous la Terreur' in: R. Martinage et J.P. Royer (red.), *Les destinées du Jury criminal*, Hellemmes: Ester editions 1990, p. 29-39.

s' Jacob 1936
P. s'Jacob, *Geschiedenis, theorie en practijk van artikel 74 wetboek van strafrecht*, 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1936.

Jeanvrot 1881
V. Jeanvrot, 'Notice biographique sur Pierre Ayrault', in: *Ordre et instruction judiciaire par Pierre Ayrault, précédé d'une étude sur les progrès de la procédure criminelle en France,* Parijs: Cotillon: A. Chevalier-Maresq, 1881, p. XCV, gallica.bnf.fr.

Jesserun d'Oliveira 2002
U. Jesserun d'Oliveira, 'Verjaringsrecht: kruisende tendensen', *Nederlands Juristenblad* 2002, p. 2081.

Jez
E. Jez: 'Étude de politique criminelle. La valeur de la règle non bis in idem', *Revue européenne de philosophie et de droit* 6, http://www.fjpansier.com/Repdroit/6/nbi.htm.
Jones 1972
A.H.M. Jones, *The Criminal Courts of the Republic of the Roman Republic and Principate*, with a preface by John Crook, Oxford 1972.
De Jong en Van der Neut 1982
D.H. de Jong en J.L. van der Neut, 'De bescherming in cassatie van de vrijspraak en het ontslag van rechtsvervolging', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 1982, p. 228-260.
Joüon des Longrais 1965
F. Joüen des Longrais, 'La preuve en Angleterre depuis 1066', in: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, XVII, La Preuve, deuxième partie, Moyen âge et temps modernes*, Brussel: Librairie Encyclopédique 1965, p. 193-274.
Jousse 1771
D. Jousse, *Traité de la justice criminelle de France, où l'on examine tout ce qui concerne les crimes & les peines en général & en particulier,* Paris: Debure 1771.
Kaser 1966
M. Kaser, *Das Römische Zivilprozessrecht,* München: Beck 1966.
Van Kempen 2003
P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Heropening van procedures na veroordelingen door het EHRM. Over redres van schendingen van het EVRM in afgesloten strafzaken alsook afgesloten civiele en bestuurszaken* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003.
Kemper 1809
J.M. Kemper, *Crimineel wetboek voor het Koningrijk Holland, met eene inleiding en aanmerkingen*, Amsterdam: Johannes Allart 1809.
Kemper 1822
J.M. Kemper, 'Lijkrede op Mr. H.C. Cras', in: *Nagelatene verhandelingen en redevoeringen, van H.C. Cras,* Amsterdam: Johannes van der Hey 1822.
Keulen 2007
B.F. Keulen, 'Herziening van de herziening?', *Rechtsgeleerd magazijn Themis* 2007, p. 3-14.
Keulen en Lenos 1999
B.F. Keulen en E.E.V. Lenos, 'Geen bis in idem bij de uitleg van ne bis in idem', noot bij EHRM 30 juli 1998, Oliveira tegen Zwitserland, *NJCM-Bulletin* 1999, p. 233-240.
Keulen en Knigge 2010
B.F. Keulen en G. Knigge, m.m.v. D.H. de Jong, *Ons strafrecht deel 2, Strafprocesrecht, door J. M. van Bemmelen/Th W. van Veen*, Deventer: Kluwer 2010.
KK-Kuckein 2008
J.D. Kuckein, 'Revision (§ 333 - § 358)', in: *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung: StPO, mit GVG, EGGVG und EMRK*, Beck: 2008.
KK-Schmidt 2008
W. Schmidt, 'Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens (§ 359 - § 373a)', in: *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung: StPO, mit GVG, EGGVG und EMRK*, Beck: 2008.
Knigge 1991
G. Knigge, 'Boekbeschouwing', (bespreking van: G.A.M. Strijards, Revisie. Inbreuken en executiegeschillen betreffende het strafgewijsde, Gouda Quint, Arnhem 1989, 303 p.), *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 1991, p. 189-192.

Knigge 1993
G. Knigge, *Strafuitsluitingsgronden en de structuur van het strafbare feit. Een preadvies,*Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland. Nederlandse sectie, Den Haag 1993.

Knigge 1994
G. Knigge, 'De strafvordering in het geding. Preadvies over de herbezinning op (de grondslagen van) het Wetboek van Strafvordering', *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 1994-I*, Zwolle: Tjeenk Willink 1994

Knigge 2006
G. Knigge, 'De schijn van waarheid', in: N.J.M. Kwakman (red.), *Partijautonomie of materiële waarheid? Bijdrage afscheidssymposium G. Knigge 15 september 2005*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Koekkoek 2000
A.K. Koekkoek (red.), *De grondwet. Een systematisch en artikelsgewijs commentaar*, Deventer: Tjeenk Willink 2000.

Kop 1987
P.C. Kop, 'Hendrik Constantijn Cras (1739-1820)' en 'Joannes van der Linden (1756-1835)' in: T.J. Veen en T.C. Kop (red.) *Zestig Juristen. Bijdragen tot een beeld van de geschiedenis der Nederlandse rechtswetenschap*, Zwolle: Tjeenk Willink 1987, p. 190-195 en p. 196-200.

Koschaker 2000 (1947)
P. Koschaker, *Europa en het Romeinse recht*, Nederlandse editie verzorgd door Th. Veen, Deventer: Tjeenk Willink 2000.

Kossmann 1986
E.H. Kossmann, *De lage Landen 1780/1980, Twee Eeuwen Nederland en België, Deel I, 1780- 1914*, Amsterdam: Elsevier 1986.

Krabbe 2001
H.M. Krabbe, 'Over het feitsbegrip in de ne bis in idem-regel. Terug naar de rechtspraak tussen 1886 en 1932 ?', in: *Groninger opmerkingen en mededelingen XVIII. Magazijn voor leerstellige rechtsvergelijking op historische grondslag,* Groningen: Het Groningsch Rechtshistorisch Fonds 2001, http://irs.ub.rug.nl/ppn/292339674.

Krabbe 2005
H.G.M. Krabbe, 'Het feit in de ne bis idem-regel tussen 1886 en 1932: de verrassende opvatting van de Hoge Raad', in: A. Harteveld, D.H. de Jong en E. Stamhuis (red.), *Systeem in ontwikkeling, Liber amicorum G. Knigge*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 331-346.

Krabbe 2007
H.G.M. Krabbe, 'Waarom het ne bis in idem van art. 68 lid 1 Sr vrijwel niet meer wordt toegepast', in: B.F. Keulen, G. Knigge, H.D. Wolswijk (red.), *Pet af. Liber amicorum D.H. de Jong*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 267-288.

Kunkel 1972-I
W. Kunkel, *Römische Rechtsgeschichte. Eine Einführung,* Köln: Böhlau 1972.

Kunkel 1972-II
W. Kunkel, *Geschiedenis van het Romeinse recht*, vert. R. de Lauwere, naar de 6e verbeterde en aangevulde Duitse druk (1972), Utrecht: Het Spectrum 1975.

Kwakman 2001
N.J.M. Kwakman, 'De verplaatsing van schade en kosten die voortvloeien uit het strafproces', *Groninger Opmerkingen en Mededelingen XVIII. Magazijn voor leerstellige rechtsvergelijking op historische grondslag*, Groningen: Het Groningsch Rechtshistorisch Fonds 2001, p. 53-145, http://irs.ub.rug.nl/ppn/292339739.

Kwakman 2008
N.J.M. Kwakman, 'Opsporing verzocht? Strafvorderlijke opsporing in het kader van de herziening ten nadele', *Nederlands juristenblad* 2008, p. 1038-1040. http://irs.ub.rug.nl/ppn/310479150
Laboulaye 1864
Ed. Laboulaye, 'De l'administration française sous Louis XVI, Collège de France. Législation compare (1), XIX', *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, *volume* 2, Paris: 1864, p. 769-775.
Laingui et Lebigre 1979
A. Laingui et A. Lebigre, *Histoire du droit pénal, II, La procédure criminelle,* Paris: Cujas 1979.
Landau 1970
P. Landau, 'Urspünge und Entwicklung des Verbotes doppelter Strafverfolgung wegen desselben Verbrechtens in der Geschichte des kanonischen Rechts', in*: Zeitschrift Savigny Stiftung, Kan. Abt.* 87, 1970.
Langbein1977
J. H. Langbein, *Torture and the Law of Proof. Europe and England in the Ancien Régime*, Chicago: The University of Chicago Press 1977.
Langbein 2003
J.H. Langbein, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, Oxford: Oxford University press 2003.
Langemeijer 1938a
G. E. Langemeijer, 'De strafrechtelijke preadviezen', *Nederlandsch Juristenblad* 1938, p. 551-560.
Langemeijer 1938b
G. E. Langemeijer, Verslag van diens opmerkingen ter vergadering, *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging* 1938-II, Zwolle: Tjeenk Willink 1938, p. 38- 41
Langemeijer 1941
G. E. Langemeijer, Verslag van diens opmerkingen ter vergadering, *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging* 1941-II, Zwolle: Tjeenk Willink 1941, p. 42-47.
Laingui 1995
A. Laingui, 'P. F. Muyart de Vouglans ou l'anti-Beccaria (1713-1791)', *Archives de philosophie du droit* 1995-39, p. 169-180.
Lascoumes e.a. 1989
P. Lascoumes, P. Poncela, P. Le noël, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, Paris: Hachette 1989.
Law Com No 267, 2001
The Law Commission, *Double Jeopardy and Prosecution Appeals. Report on two references under section 3(1) (e) of the Law Commissions Act 1965*, March 2001, www.lawcom.gov.uk.
Lensing 2000
J.A.W. Lensing, 'Ne bis in idem in Strafzaken. Een rechtsvergelijkende en internationaalstrafrechtelijke oriëntatie', in: *Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Rechtsvergelijking*, nr. 60, p. 91-203, Deventer: Kluwer 2000
Van Lent 2008
L. van Lent, *Externe openbaarheid in het strafproces* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.
Levy 1965
J.Ph. Levy, 'Le problème de la preuve dans les droits savants du moyen âge (1)', in: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, XVII, La Preuve, deuxième partie, Moyen âge et temps modernes*, Brussel: Librairie Encyclopédique 1965, p.137-168,

Lesaffer 2003
R. Lesaffer, *Politicus en pleiter: Cicero in turbulent Rome*, Leuven: Davidsonfonds 2003.
Liebs 1967
D. Liebs, 'Die Herkunft der "Regel" bis de eadem re ne sit actio', *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanische Abteilung* (84) 1967, p. 104- 132.
Liebs 1989
D. Liebs, 'Der Sentenzenverfasser (Pseudo-Paulus I)', in: R. Herzog (red.), *Restauration und Erneuerung, Die Lateinische Literatur von 284 bis 374 n. Chr.*, München: Beck 1989, p. 65-67.
Van der Linden 1798
J. van der Linden, *Verhandeling over de judicieele practijcq, of form van procedeeren voor de Hoven van Justitie in Holland gebruikelijk: voor eenige jaaren door een voornaam en kundig practizijn bij wegen van een korte schets zaamgesteld, vervolgens in den jaare 1781 in 't licht gegeven en nu geheel overzien, verbeterd en uitgebreid*, Leyden: Honkoop, 1794-1798.
Van der Linden 1800
J. van der Linden, *Voorreden bij: De manier van procedeeren in crimineele zaken, opgenomen in Algemeene manier van procedeeren in civiele en crimineele zaaken, met de daartoe behoorende instructien: Gearresteerd by decreet van het Vertegenwoordigend Lighaam des Bataafschen volks, op den 22. augustus 1799, Den Haag: 's Lands Drukkerij 1799*, Leyden: Honkoop 1800.
Van der Linden 1806
J. van der Linden, *Regtsgeleerd, Practicaal en Koopmans Handboek, ten dienst van Regters, Practizijns, Kooplieden, en allen, die een algemeen overzicht van regtskennis verlangen*, Amsterdam: Allart 1806, (Google Books).
Lindenberg 2002
K. Lindenberg, *Van Ort tot Oro*, Groningen: Rijksuniversiteit Groningen 2002.
Lokin 2008
J.H.A. Lokin, *Prota. Vermogensrechtelijke leerstukken aan de hand van Romeinsrechtelijke teksten uitgelegd*, Groningen: Chimaira 2008
Lokin en Zwalve 2001
J.H.A. Lokin en W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Europese Codificatiegeschiedenis*, Deventer: Kluwer 2001 (heruitgegeven in 2006 door Boom Juridische uitgevers Den Haag).
Marguery 2008
T.P. Marguery, *Unity and Diversity of the Public Prosecution Services in Europe: a Study of the Czech, Dutch, French and Polish systems* (diss. Groningen), 2008, http://irs.ub.rug.nl/ppn/311390390
Martinage (1998) 2002
R. Martinage, *Geschiedenis van het strafrecht in Europa* Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002 (*Histoire du droit pénal en Europe*, Paris 1998, vertaald door A. Wijffels).
Martinage et Royer 1990
R. Martinage et J.P. Royer (red.), *Les destinées du Jury criminal*, Hellemmes: Ester editions 1990.
Marxen en Tiemann 2008
K. Marxen en F. Tiemann, 'Die geplante Reform der Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten', *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 2008, p. 188-194.
Matthaeus 1644
Antonius Matthaeus, *De Criminibus ad Lib. XLVII et XLVIII Dig. Commentarius*, Grasset Antwerpen 1761, Hewett 1987, 1993, 1994 en 1996 (facsimile-uitgave met vertaling in het Engels)

Merle et Vitu 1997
R. Merle en A. Vitu, *Traité de droit criminel, Tome I. Problèmes de la science criminelle. Droit pénal général*, Paris: Cujas 1997.
Merle et Vitu 2001
R. Merle en A. Vitu, *Traité de droit criminel, Tome II. Procédure pénale*, Paris: Cujas, 2001.
Merlin 1813 en 1827
P.-A. Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, deel VIII, Paris: Garnery 1813, en deel XXI, Bruxelles: Tarlier 1827.
Mevis en Kooijmans 2003
P.A.M. Mevis en T. Kooijmans, *Herziening ten nadele. Een studie naar de wenselijkheid en mogelijkheid van herziening ten nadele in het Nederlandse strafprocesrecht*, Rotterdam: Kluwer 2003
Mevis 2007
P.A.M. Mevis, 'Het debat over herziening ten nadele', *Delikt en Delinkwent* 2007, p. 843-850.
Meyer 1819 (III)
J.D. Meyer, *Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe, Tome III partie moderne - France, avant la Révolution,* La Haye: de l'imprimerie Belgique 1819.
Meyer 1820 (IV)
J.D. Meyer, *Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe, Tome IV partie moderne - Pays-Bas,* La Haye: de l'imprimerie Belgique 1820.
Meyer-Goßner 2010
O.G. Schwarz, Th. Kleinknecht, K. Meyer, L. Meyer-Goßner und J. Ciernak *Strafprozessordnung: Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen*, Beck'sche Kurz-Kommentare Bd 6, München: Beck 2010.
Minkenhof 1970
A. Minkenhof, *De Nederlandse strafvordering*, Groningen: Tjeenk Willink & Zoon 1970.
Von Moeller 1911
E. von Moeller, *Julius Clarus aus Allessandria. Der Kriminalist des 16. Jahrhunderts, der Rat Philipps II. 1525- 1575*, Breslau: 1911.
Mommsen 1899
Th. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Leipzig: Duncker & Humblot 1899.
Monballyu 1991
J. Monballyu, 'Het onderscheid tussen de civiele en de criminele en de ordinaire en de extra-ordinaire strafrechtspleging in het Vlaamse recht van de 16e eeuw', in: H.A. Diederiks en H.W. Roodenburg (red.), *Misdaad, zoen en straf. Aspekten van de middeleeuwse strafrechtsgeschiedenis in de Nederlanden*, Hilversum: Verloren 1991.
Monballyu 1995
J. Monballyu, *Filips Wielant. Verzameld werk I. Corte instructie in materie criminele*, Brussel: Paleis der Academiën 1995.
Monballyu 2006
J. Monballyu, Zes *eeuwen strafrecht. De geschiedenis van het Belgische strafrecht (1400-2000)*, Leuven: Acco 2006.
Montaigne (1577) 2004
Michel de Montaigne. De essays, vertaald door H. van Pinxteren, Amsterdam: Athenaeum-Polak & Van Gennip 2004 (*Les Essais, Livre II,* ca.1577)
Montesquieu (1721) 1939
C. de Montesquieu, *Perzische brieven*, gekozen, vertaald uit het Fransch en ingeleid door J.A. Sandfort, Amsterdam: Wereldbibliotheek 1939 (*Lettres Persanes* 1721).

Montesquieu (1748) 2006
C. de Montesquieu, *Over de geest van de wetten*, vertaling en nawoord J. Holierook, Amsterdam: Boom 2006 (*De l'esprit des loix* 1748).

de Monté Verloren 1956
J. Ph. de Monté Verloren, 'Geschiedenis van de wetenschap van het strafrecht en strafprocesrecht in de Noordelijke Nederlanden vóór de codificatie', in *Geschiedenis der Nederlandse rechtswetenschap*, *deel II*, Amsterdam: Noord-Hollandse uitg. mij 1956. Eerder verschenen in losse uitgave, Amsterdam: Noord-Hollandse uitg. mij 1942.

de Monté ver Loren /Spruit 2000
J.Ph. de Monté ver Loren, *Hoofdlijnen uit de ontwikkeling der rechterlijke organisatie in de Noordelijke Nederlanden tot de Bataafse omwenteling*, bewerkt door J.E. Spruit, Deventer: Kluwer 2000.

Moorman van Kappen 1977
O. Moorman van Kappen, 'Uitwendige schets van het ontwerp-Lijfstraffelijk Wetboek 1804', in: H. van den Brink e.a. (red.), *Samenwinninge. Tien opstellen over rechtsgeschiedenis geschreven ter gelegenheid van het tienjarig bestaan van het Interuniversitair Instituut Nederlands Centrum voor Rechtshistorische Documentatie*, Zwolle: Tjeenk Willink 1977, p. 113- 132.

Moorman van Kappen 1982-I
De ontwerpen lijfstraffelijk wetboek 1801 en 1804, Deel I, Het Ontwerp-lijfstraffelijk Wetboek 1801, o.l.v. O. Moorman van Kappen, uitg. door W. Frouws en B.H.A. van der Woude met medew. van A. Postma en A.J. van Weel, Zutphen: Walburg Pers 1982.

Moorman van Kappen 1982-II
De ontwerpen lijfstraffelijk wetboek 1801 en 1804, Deel II, Het Ontwerp-Lijfstraffelijk Wetboek 1804, o.l.v. O. Moorman van Kappen, uitg. door W. Frouws en B.H.A. van der Woude met medew. van A. Postma en A.J. van Weel, Zutphen: Walburg Pers 1982.

Moorman van Kappen 1984
O. Moorman van Kappen, 'Die Kriminalorddonnanzen Philipps II für die Niederlande in Vergleich zur Carolina', in: *Strafrecht, Strafprozess und Rezeption. Grundlagen, Entwicklung und Wirkung der Constitutio Criminalis Carolina*, Frankfurt am Main: Klosterman 1984, p. 227-252.

Moorman van Kappen 1997
O. Moorman van Kappen, 'De Nijmeegse Criminele ordonnantie van 1614', *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* (65) 1997, p. 245-396.

Morre 2010
H.F. Morre, *Herziening ten nadele. Een afweging in het licht van nova, falsa, ne bis in idem en lites finiri oportet,* Tilburg: Celsus 2010.

Müller 1844
W. Müller, 'Beitrag zu der Lehre von der absolutio ab instantia', *Zeitschrift für Deutsches Strafverfahren*, Neue Folge nr.1, 1844, p. 5-60.

Muyart de Vouglans 1757
P.-F Muyart de Vouglans, *Institutes au droit criminel, ou Principes généraux sur ces matières suivant le droit civil, canonique, et la jurisprudence du Royaume; avec un Traité particulier des crimes,* Parijs: Le Breton, 1757, gallica.bnf.fr/.

Muyart de Vouglans 1780
P.-F Muyart de Vouglans, *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel, dédiées au Roi*, Parijs: Merigot, Crapart, Morin, 1780, (editie 1781in gallica.bnf.fr/ met klein verschil in paginanummering).

Muyart de Vouglans 1785
P.-F. Muyart de Vouglans, *Lettre de l'auteur des "Loix criminelles", au sujet des nouveaux plans de réforme proposés*, 1785; *Lettre sur le système de l'auteur de "l'Esprit des loix", touchant la modération des peines*, Bruxelles; Paris: Durand et Belin, 1785, gallica.bnf.fr/.

Najarian
K. Najarian, *L'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel* (diss. Paris), Paris : Pichon et Durand-Auzias , 1973.

Noordziek 1883
J.J.F. Noordziek (red.), *Geschiedenis der beraadslagingen gevoerd in de Tweede Kamer der Staten-Generaal over het ontwerp wetboek van strafregt: zittingjaar 1826-1828*, 's-Gravenhage: Nijhoff 1883.

Noordziek 1887
J.J.F. Noordziek (red.), *Geschiedenis der beraadslagingen gevoerd in de Kamers der Staten-Generaal over het ontwerp wetboek van strafvordering en over de jury, zittingsjaar 1828-1829. Voorbericht en beraadslagingen*, 's-Gravenhage: Nijhoff 1887.

Noordziek 1888
J.J.F. Noordziek (red.), *Geschiedenis der beraadslagingen gevoerd in de Kamers der Staten-Generaal over het ontwerp wetboek van strafvordering, zittingsjaar 1829-1830. Voorbericht en beraadslagingen*, 's-Gravenhage: Nijhoff 1888.

Numann 2003
E.J. Numann, in: *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering. Kluwer open wet versie*, bijgewerkt tot 1 september 2003.

Nijboer 2001
J.F. Nijboer, '"You're first an criminal, and then a Brit!"; enkele rechtsvergelijkende opmerkingen over 'ne bis in idem' in het straf(proces)recht van het Verenigd Koninkrijk', *Ars Aequi* (50) 2001, p. 428-432.

Ontwerp Farjon 1808
Ontwerp van de regterlijke magt in het Koningrijk Holland, vervaardigd door de commissie tot organisatie der regterlijke magt en de algemeene manier van procederen, benoemd bij decreet van Zijne Majesteit, van den 18 Nov. 1807, Jan Lodewijk Farjon e.a., Utrecht 31 maart 1808.

Ontwerp Sv 1861 (Belinfante 1862)
Ontwerp Wetboek van Strafvordering met Memorie van Toelichting, 's-Gravenhage: Gebroeders Belinfante 1862.

Ortolan 1863 (I) en 1864 (II)
J.L.E. Ortolan, *Éléments de droit pénal. Pénalité – Juridictions - Procédure suivant la science rationnelle, la législation positive, et la jurisprudence, avec les données de nos statiques criminelles, tome premier*, Paris: Henri Plon 1863, *tome second*, Paris: Henri Plon 1864.

Pabst 2010
S. Pabst, 'Wider die Erweiterung der Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagte. Eine Recht unterbliebene Reform', *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik* 2010/2, p. 126-133, www.zis-online.com.

Padoa Schioppa 1990
A. Padoa Schioppa, 'Robespierre et le jury', in: R. Martinage et J.P. Royer (red.), *Les destinées du Jury criminal*, Hellemmes: Ester éditions 1990, p. 19-29.

Pasinomie 1791
Pasinomie ou collection complète des lois, décrets, arrêtés et règlements généraux qui peuvent être invoqués en Belgique, Premier série, tome 3, (1791), Bruxelles: Bruylant.

Peteghem 2003
P.P.J.L. Peteghem, 'Legale bewijsmiddelen en de Criminele Ordonnantiën (1570)', in: E.J.M.F.C. Broers en B.C.M. Jacobs (red.), *Interactie tussen wetgever en rechter vóór de Trias Politica*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 217-246.

Pieterman 1990
R. Pieterman, *De plaats van de rechter in Nederland 1813-1920. Politiek-juridische ideeënstrijd over de scheiding van machten in de staat* (diss. Utrecht), Arnhem: Gouda Quint 1990.

De Pinto 1848
A. de Pinto, *Handleiding tot het wetboek van strafvordering, Deel 2: Aanteekenigen*, 's-Gravenhage : Gebroeders Belinfante, 1848.

De Pinto 1882
A. de Pinto, *Handleiding tot het wetboek van strafvordering, Deel 2: Aanteekeningen*, Tweede herziene en veel vermeerderde druk door A.A. de Pinto, Zwolle: Tjeenk Willink 1882.

De Pinto 1888
A.A. de Pinto, *Het herziene Wetboek van Strafvordering, met eene Inleiding en Aantekeningen ontleend aan en naar aanleiding van de herzieningsontwerpen, de daartoe betrekkelijke stukken en de daarover gevoerde beraadslagingen, Tweede deel*, Zwolle: Tjeenk Willink 1888.

Plawsky 1957
S. Plawski, 'Lepeletier de Saint-Fargeau, auteur du projet de Code Pénal de 1791', in *Revue de science criminelle et droit pénal comparé* (Nouvelle série XII) 1957, p. 619-626.

Pols 1897 en 1898
M.S. Pols, 'Het cassatie-proces in Nederland' in: *Tijdschrift voor Strafrecht* (X)1897, p. 351-378 en 415-449 en (XI) 1898, p. 74-94.

Pompe 1959
W.P.J. Pompe, *Handboek van het Nederlandse strafrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1959.

Pompe 1956
W.P.J. Pompe, 'Geschiedenis der Nederlandse strafrechtswetenschap sinds de codificatiebeweging', in: *Geschiedenis der Nederlandse rechtswetenschap deel II*, Amsterdam: Noord-Hollandse uitg. mij 1956.

Pradel 1991
J. Pradel, *Droit Pénal, Tôme II, Procédure Pénale*, Paris: Cujas 1991.

Pradel 1995
J. Pradel, *Droit pénal comparé*, Paris: Dalloz 1995.

Pradel 2001
J. Pradel, 'Le jury en France. Une histoire jamais terminée', in: *Revue internationale de droit pénal* 2001, p. 175-179.

Pradel 2009.
J. Pradel et A. Varinard, *Les grands arrêts de la procédure pénale,* Paris: Dalloz 2009.

Pralus 1996
M. Pralus, 'Etude en droit pénal international et en droit communautaire d'un aspect du principe non bis in idem: non bis', in: *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 1996, p. 551-574.

Privey 1906
L. Privey, *L'introduction du jury dans la Procédure Criminelle Française* (diss. l'université de Paris), Paris: Bonvalot-Jouve 1906.

Pugliese 1965
G. Pugliese, 'La preuve dans le procès romain de l'époque classique', in: *La Preuve, premier partie, Antiquité* (Receuils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions XVI), Brussel: Librairie Encyclopédique 1965, p. 277-348,
Quintilianus (95) 2001
M. F. Quintilianus, *De opleiding tot redenaar*, vertaald, ingeleid en van aantekeningen voorzien door P. Gerbrandy, Groningen: Historische uitgeverij 2001 (*Institutiones Oratoriae* 95 n. Chr.).
Ranouil 1990
P.C. Ranouil, 'L'intime conviction', in: R. Martinage et J.P. Royer (red.), *Les destinées du Jury criminal*, Hellemmes: Ester editions 1990, p. 77-85.
Rapport Rassat 1997
M.-L. Rassat, *Propositions de reformes de la procédure pénale,* janvier 1997, lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/974035000/0000.pdf.
Rassat 1967
M.-L. Rassat, *Le ministère public entre son passé et son avenir* (diss. Université de Paris), Paris: Pichon et Durand-Auzias 1967.
Reijntjes 2009
J.M. Reijntjes, *A. Minkenhof's Nederlandse strafvordering*, Deventer: Kluwer 2009.
Remmelink 1964
J. Remmelink, *Samenloop in nieuwe banen* (oratie Groningen), Deventer: Kluwer 1964.
Remmelink 1996
J. Remmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996.
Remy 1910
H. Remy, *Principes généraux du code Pénal 1791*(diss. Université de Paris), Paris: Larose 1910.
Renwick 1987
J. Renwick, introductie bij 'André Destouches à Siam', in: *The complete works of Voltaire, nr 62, 1766-1767* Oxford: The Voltaire foundation 1987, p. 109-116.
Répertoire Dalloz 2011
Répertoire de Droit Pénal et de la Procédure Pénale, Dalloz: 2011, CD-ROM, versie maart 2011.
Van Rhee 1997
C.H. van Rhee, 'De traagheid van de civiele procedure: een eeuwenoud fenomeen', in: B.C.M. Jacobs (red.), *De rechtspraktijk in beeld. Van Justinianus tot de Duitse bezetting*, Tilburg 1997, p. 47-57, http://arno.unimaas.nl/show.cgi?fid=974.
Van Rhee 2003
C.H. van Rhee, 'Pogingen tot codificatie van het burgerlijk procesrecht in de Lage Landen bij de zee (1798-ca. 1819). Naar een 'oudvaderlandse' procedure in de traditie van het ius commune? (deel 2)', in: *Pro Memorie. Bijdragen tot de Rechtsgeschiedenis der Nederlanden* 2003, p. 264-286, http://arno.unimaas.nl/show.cgi?fid=922.
Riemen 2010
R. Riemen, *De eeuwige terugkeer van het fascisme*, Amsterdam: Atlas 2010.
Rietmeijer 1962
J. Rietmeijer, *De positie van de verdachte in de kanonieke strafprocedure*, Preadvies voor de rechtskundige afdeling van het Thijmgenootschap, Nijmegen 1962.
Rigaux 1999
F. Rigaux, 'L'opacité du fait face à l'illusoire limpidité du droit', *Droit et société: revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique* 41/1999 , p. 85-97, www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/html/ds041/ds041-07.htm#_edn8.

Riggsby 1999
M. Riggsby, *Crime and Community in Ciceronian Rome*, Austin (VS): University of Texas Press 1999.
Rijksen 1946
R. Rijksen, *Politieorganisatie en voorbereidend onderzoek* (diss. Utrecht), Amsterdam: Salm 1946.
Van de Rivière 1894
P.J.H.F. van de Rivière, *Over de kracht van gewijsde zaak in het strafproces* (diss. Amsterdam UvA), Dordrecht: Revers 1894.
Robinson 1995
O.F. Robinson, *The Criminal Law of Ancient Rome*, Baltimore Maryland: Johns Hopkins University Press 1995.
Robinson e.a. 2000
O.F. Robinson, T.D. Fergus en W.M. Gordon, *European Legal History. Sources and Institutions*, London: Butterworths 2000.
Rouseaud de la Combe 1753
Guy du Rousseaud de la Combe, *Recueil de jurisprudence civile du pays, de droit écrit et coutumier, par ordre alphabétique,* 1735-1777, Paris: chez Ganeau 1753.
Royer 1990
J.P. Royer, 'Et le jury civil' in: R. Martinage et J.P. Royer (red.), *Les destinées du Jury criminal*, Hellemmes: Ester éditions 1990, p. 77-85.
Roxin 1998
C. Roxin, *Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch*, München: Beck 1998.
Van Ruller 1987
S. van Ruller, *Genade voor recht. Gratieverlening aan ter dood veroordeelden in Nederland 1806-1870*, Amsterdam: De Bataafsche Leeuw 1987.
Rijksen 1946
R. Rijksen, *Politieorganisatie en voorbereidend onderzoek* (diss. Utrecht), Amsterdam: Salm 1946
Schaap 1927
H.P. Schaap, *Philips Wielant en diens corte instructie omme jonghe practisienen en civile zaken* (diss. Groningen), Groningen: Tjeenk Willink: 1927.
De Schepper 2003
H. de Schepper, '"Justitie door Gratie" krachtens vorstelijke wetgeving in de Nederlanden, 1400-1621, in: E.J.M.F.C. Broers en B.C.M. Jacobs (red.), *Interactie tussen wetgever en rechter vóór de Trias Politica*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 109-129.
Schlüter 1929
F. Schlüter, *Antonius Matthaeus II. aus Herborn. der Kriminalist des 17. Jahrhunderts, der Rechtslehrer Utrechts*, Breslau: Schletter'sche Buchhandlung 1929.
Schmidt 1965
E. Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Göttingen; Vandenhoeck Ruprecht 1965.
Schmoekel 2000
M. Schmoeckel, *Humanität und Staatsraison. Die Abschaffung der Folter in Europa und die Entwicklung des gemeinen Strafprozeß- und Beweisrechts seit dem hohen Mittelalter*, Köln: Böhlau 2000, (Google Books).

Schneider 1940
P. Schneider, *Die Rechtsquellen in Carpzovs pracitca nova imperialis Saxonica rerum criminalium unter besonderer Berücksichtigumg des Einflusses und der Bedeutung der Carolina*, Breslau-Neukirch 1940.
Schubert und Regge 1989
W. Schubert und J. Regge, *Entstehung und Quellen der Strafprozessordnung von 1877*, Frankfurt am Main: Klostermann 1989.
Schwarplies 1976
G. Schwarplies, *Die rechtsgeschichtliche Entwicklung des Grundsatzes "ne bis in idem" im Strafprozess* (diss. Zürich), Zürich: 1976
Siegenbeek 1841
M. Siegenbeek, 'Levensbericht van Cornelis Theodorus Elout', toespraak gehouden voor de Maatschappij der Nederlandse Letterkunde, *Handelingen der jaarlijksche vergadering van de Maatschappij der Nederlandsche Letterkunde te Leiden, gehouden den 17 van Zomermaand 1841*, in: Jaarboek van de Maatschappij der Nederlandse Letterkunde 1803-1900, p. 3-54, DBNL.nl.
Sigler 1969
J.A. Sigler, *Double Jeopardy. The Development of a legal and social policy*, Ithaca New York: Cornell University Press 1969.
Simons 1913
D. Simons, *Beknopte handleiding tot het Wetboek van strafvordering*, Haarlem: Bohn 1913
Simons/Pompe 1937
D. Simons, *Leerboek van het Nederlandsche Strafrecht. Eerste deel. Algemeene leerstukken*, bijgewerkt door W.P.J. Pompe, Groningen: Noordhoff 1937
Smidt 1886 en 1887
H.J. Smidt en E.A. Smidt, *Wetboek van strafvordering met de geschiedenis der wijzigingen daarin gebracht bij de invoering van het nieuwe Wetboek van Strafrecht. Eerste deel,* Haarlem: Tjeenk Willink 1886; *Tweede deel,* Haarlem: Tjeenk Willink 1887.
Smidt 1891
H.J. Smidt en E.A. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht. Volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen, enz. Eerste deel,* Haarlem: Tjeenk Willink 1891.
De Smidt 1988
J.Th. de Smidt, 'Ons hoogste rechtscollege in het verleden', in: *de Hoge Raad der Nederlanden. 1938-1988. Een portret*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.
Soyer 1987
J.C. Soyer, *Manuel de Droit Pénal et de Procédure Pénale, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence*, Pichon et Durand-Auzias 1987.
Van Spaen 1794
W.A. van Spaen, *Verhandeling over de Crimineele Ordonnantie van Koning Philips in Gelderland, voorgelezen in 't gezelschap Prodesse Conamur, te Arnhem den 10 December 1793*, Arnhem: Jacob Nyhoff 1794.
Specht 1999
B. Specht, *Die zwischenstaatliche Geltung des Grundsatzes "ne bis in idem" : zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Art. 103 Abs. 3 Grundgesetz* (diss. Heidelberg), Berlijn: Springer 1999.
Spronk 1999
K. Spronk, *Nahum*, Kampen: Kok 1999.

Spruit e.a. 2000
J.E. Spruit, R. Feenstra en K.E.M. Bongenaar (red.), *Corpus Iuris Civilis, Tekst en Vertaling, V, Digesten 35-42,* Zutphen: Walburgpers 2000.
Spruit e.a. 2001
J.E. Spruit, R. Feenstra en F.B.J. Wubbe (red.), *Corpus Iuris Civilis, Tekst en Vertaling, VI, Digesten 43-50*, 's-Gravenhage: Sdu Uitgevers 2001.
Spruit e.a 2010
J.E. Spruit, J.M.J. Chorus en L. de Ligt (red.), *Corpus Iuris Civilis, Tekst en Vertaling, IX Codex Justinianus 9-12*, 's-Gravenhage: Sdu Uitgevers 2010.
Spruit en Bongenaar 1982
De instituten van Gaius, vert. J.E. Spruit en K. Bongenaar, Zutphen: De Walburg Pers 1982.
Spruit en Bongenaar 1984
Gaius en Paulus, vert. J.E. Spruit en K.E.M. Bongenaar, Zutphen: De Walburg Pers 1984.
Van der Staak 2009
M. van der Staak, 'Het opslaan van vingerafdrukken, celmateriaal en DNA-profielen van niet veroordeelden, noot bij EHRM 4 december 2008, S. & Marper t. het Verenigd Koninkrijk', *NJCM-Bulletin* 2009, p. 391-406.
Star Busmann/Rutten 1972
C.W. Star Busmann, *Hoofdstukken burgerlijke rechtsvordering*, bewerkt en herzien door L.E.H. Rutten met medewerking van W.H.A. Ariëns, Haarlem: Bohn 1972.
Stefani 2008
G. Stefani, G. Levasseur / B. Bouloc, *Procédure pénale*, Paris: Dalloz 2008.
Stefani 2000
G. Stefani, G. Levasseur en B. Bouloc, *Droit pénal général*, Paris: Dalloz 2000.
Stokvis 1931
B.J. Stokvis, 'Revisie', *Tijdschrift voor Strafrecht* (XLI) 1931, p. 1-72.
Strijards 1988
G.A.M. Strijards, *Uitlevering*, Zwolle: Tjeenk Willink 1988.
Strijards 1989
G.A.M. Strijards, *Revisie. Inbreuken en executiegeschillen betreffende het strafgewijsde*, Arnhem: Gouda Quint 1989.
Tak 2008
P. Tak, *Herziening na vrijspraak* (afscheidsrede Nijmegen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008.
Tellegen en Tellegen-Couperus 2004
J.W. Tellegen en O. Tellegen-Couperus, 'Mommsen en Themis', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2004, p. 70-75.
Tellegen 1990
O.E. Tellegen-Couperus, *Korte geschiedenis van het Romeinse recht*, Deventer: Kluwer 1990.
Trusen 1984
W. Trusen, 'Strafprozess und Rezeption. Zu den Entwicklung im Spätmittelalter und den Grundlagen der Carolina', in: *Strafrecht, Strafprozess und Rezeption. Grundlagen, Entwicklung und Wirkung der Constitutio Criminalis Carolina*, Frankfurt am Main: Klosterman 1984, p. 29-119.
Veegens 1938
D.J. Veegens, 'Is wijziging van de regeling betreffende hoogere voorzieningen in strafzaken gewenscht, en zoo ja, in welken zin?', in: *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging*, 1938-I, tweede stuk, Zwolle: Tjeenk Willink 1938, p. 1-57.

Veegens 1972
D.J. Veegens, *Het gezag van gewijsde*, Zwolle: Tjeenk Willink 1972.
Veegens/Korthals Altes en Groen 2005
D.J. Veegens/E. Korthals Altes en H.A. Groen, *Cassatie in burgerlijke zaken*, Amsterdam: Kluwer 2005.
Vennix 2001
R.M. Vennix, 'Herziening ten nadele van de verdachte?', *Delikt en Delinkwent* (31) 2001, p. 711-721.
Veraart 2010
W.A. Veraart, *De passie voor een alledaagse rechtsorde: over vergeten, herinneren en vergeven als reacties op historisch onrecht* (oratie Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.
Voltaire 1768
De verhandeling over de misdaaden en straffen. Naar de derde verbeterde en vermeerderde Italiäansche uitgave, waar by, de verklaaring op dit werkje van den Heere Voltaire, uit het Frans vertaald, Amsterdam: Gerrit Blom, 1768.
Voltaire 1747
Voltaire, 'Zadig ou La destinée, histoire oriëntale', in: *Oeuvres de Voltaire, tome XXXIII,* Paris: A. Firmin Didot 1829, fr.wikisource.org/wiki/Zadig.
Voltaire 1777
Voltaire, *Prix de la Justice et de l'humanité, Gazette de Berne, no XIV, 15e Février 1777*, s.n. London 1777, (Google Books).
Voorda 1792
B. Voorda, *De Crimineele Ordonnantieën van Koning Philips van Spanje, laatsten graaf van Holland, ten dienste van zijne Nederlanden uitgegeven. Fransch en Nederduitsch; naar de oorspronkelijke drukken van den jaare 1570. Verzeld van eene verhandeling over het verstand van de Ordonnantie op de stijl van procedeeren in crimineele zaken. Mitsgaders aantekeningen bij verscheidene artikelen van die* Ordonnantie, Leyden: Honkoop en Van Tiffelen 1792.
Voorduin I, VI en VII
J.C. Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken, volgens de beraadslagingen deswege gehouden bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal uit oorspronkelijke, grootendeels onuitgegeven staatsstukken opgemaakt en aan den Koning opgedragen, I. deel,* Utrecht: Robert Natan, akademie-boekhandelaar 1837.
VI. deel Wetboek van strafvordering, I. deel art.1-169, Utrecht: Robert Natan, akademie-boekhandelaar 1839 en *VII. deel Wetboek van strafvordering, II. deel art. 170-466,* Utrecht: Robert Natan, akademie-boekhandelaar 1840.
Vrolijk 2001
M. Vrolijk, *Recht door Gratie. Gratie bij doodslagen en andere delicten in Vlaanderen, Holland en Zeeland (1531-1567)* (diss. Nijmegen), Nijmegen 2001.
Van de Vrugt 1978
M. van de Vrugt, *De Criminele Ordonnantiën van 1570. Enkele beschouwingen over de eerste strafrechtcodificatie in de Nederlanden*, Zutphen: De Walburg Pers 1978.
Van de Vrugt 1982
M. van de Vrugt, *Aengaende Criminele Saken. Drie hoofdstukken uit de geschiedenis van het strafrecht*, Deventer: Kluwer 1982.

Van de Vrugt 1987
M. van de Vrugt, 'Bavius Voorda (1729-1799)', in: T.J. Veen en T.C. Kop (red.) *Zestig Juristen. Bijdragen tot een beeld van de geschiedenis der Nederlandse rechtswetenschap*, Zwolle: Tjeenk Willink 1987, p. 171-175.

Waller 1868
A.C. Waller, *Revisie in strafzaken* (diss. Utrecht), Amsterdam: Mooij 1868.

Waller 1873
A.C. Waller, 'Of en in welke gevallen revisie behoort te worden toegelaten tegen vonnissen of arresten in strafzaken, die in kracht van gewijsde zijn gegaan?', in: *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging*, 1873-I, 's-Gravenhage: Belinfante 1873, p. 158-168.

Van Weel 1975
A.J. van Weel, 'De nasleep van de afschaffing van de pijnbank', in: *Verslagen en mededeelingen deel XIV No.2*, Vereeniging tot uitgaaf der bronnen van het oud-vaderlandsche recht, p. 355-367, Bussum: Kemink en zoon 1975.

Van de Wiel 1986
C. van de Wiel, *Geschiedenis van het kerkelijk recht*, Leuven: Peeters 1986.

Westerman 1998
P.C. Westerman, *Rechtsfilosofie. Teksten*, Assen: Van Gorcum 1998.

Wetboek van strafvordering, beraadslagingen Sv 1835 /1836
Processen-verbaal van de beraadslagingen der afdeelingen, over de ontwerpen van wet tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering, 1835-1836, s.n, s.l., Universiteitsbibliotheek Groningen

Wielant, Practijke civile
Ph. Wielant, *Pracktijke Civile*, Antwerpen: Van der Loo 1573, heruitgave verzorgd door Eg.I. Strubbe, Amsterdam: Graphic 1968.

Wielant 1515-1516
Ph. Wielant, *De Corte instructie in materien criminele om de jonghe practisienen, die de hoven van Vlaendren anthieren willen ende practiquieren in Vlaemscher talen*, tekstuitgave van de tweede redactie (1515-1516), zoals opgenomen in Monballyu 1995.

De Wind 1827
S. de Wind, *Bijzonderheden uit de Geschiedenis van het Strafregt in de Nederlanden*, Middelburg: Abrahams 1827.

Wlassak 1889
M. Wlassak, *Die Litiskontestation im Formularpozess*, Leipzig: Duncker & Humbolt 1889

Woloch 1994
I. Woloch, *The New Regime: Transformations of the French Civic Order, 1789-1820s*, London: Norton & Company 1994.

Zevenbergen 1924
W. Zevenbergen, *Leerboek van het Nederlandsche Strafrecht. Eerste deel. Algemeene leerstukken*, Groningen: Wolters 1924

Ziemba 1974
H. Ziemba, *Die Wiederaufnahme des Verfahrens zuungunsten des Freigesprochenen oder Verurteilten (Par. 362 ff. StPO)* (diss. Marburg), Marburg: Görich & Weiershäuser 1974.

Zimmermann 1983
R. Zimmermann, *Das römisch-holländische recht in Südafrika. Einführung in die Grundlagen und Usus hodiernus*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft 1983.

Zopfs 1999
J. Zopfs, *Der grundsatz "in dubio pro reo"* (diss. Heidelberg), Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1999.

Persoonsnamenregister

(De cijfers verwijzen naar de desbetreffende pagina, '**vet**' naar de hoofdtekst, 'niet-vet' naar de noten).

D'Aguesseau, H.F., p. **169**, 166, **184**, **201-203**, 204, 226.
Alarik II, p. 67.
Alciatus, p.105, 150, **151**, **152**, **158**, **256**.
Alphen, H. van, p. 349.
Amalry, p. 247.
André Destouches, p. **210**.
Anselm von Feuerbach, P.J., p. 444, **445**.
Apollodorus, p. 28, 38.
Ayrault, Pierre, p. 61, **93**, **96**, 98, **114**, 119, **173-188**, **194**.
Aytta, Viglius van, p. **239**, 260.
Bartlett, R., p. 73, **87**, **89**, 102, **106**.
Beccaria, Cesare, p. 99, 185, **190**, **211** e.v., **232**, **251**, 438.
Bekker, I.M., p. 23, 28.
Bemmelen, J.M. van, p. 18, 123, 211, 469, 475, **490**, 493, 502, 503, 505, **506**, 537, 545.
Benedictus Levita, p. **67-69**, **75**.
Berg, P.A.J. van den, p. 289, 308.
Berkvens, A.M.J.A., 292.
Berner, A.F., p. **447-449**.
Betouw, J. In de, p. **306**, 326.
Beukers, Y.E.M., p. **17**, **18**.
Beveren, W.A de, p. **306**, 326.
Binding, K., p. 463.
Bleichrodt, F.W., p. **539**.
Bockel, W.B. van, p. 4, 5, **6**.
Bondt, J., p. **299**, **306**, 308
Bosch J.W., p. 252, 258, 261.
Bosch Kemper, J. de, p. 129, 258, 263, 264, 291, 304, **373**, 378, **383**, **388** e.v., 405, **495**, **496**.
Bossers, G.F.M., p. 232, 325, 373, 377.
Bossius, p. **150-152**, **154**, 269.
Both Hendriksen, J., p. **349**.
Botone, Bernardus de, p. 70, 72, **75**.
Boven, M.W. van, p. 104, 213, 253, 308, **354**.
Brinkhof, J.J., p. **17**.
Brissot de Warville, J.P, p. **204**, **205**, **208**, **231**, 293.
Broers, E.J.M.F.C., p. **112**, 117.
Caelius, p. **52-54**.
Caenegem, R.C. van, p. **106**, 108, 124.
Calas, Jean, p. **210**.
Caljé, P.A.J., p. 445, 463.
Calkoen, H., p. 204, **291**, **293**, 298, 332.
Capellen tot den Pol, J.D. van der, p. 246.
Carpzovius, Benedictus, p. **93** e.v., **128**, e.v, **138** e.v., **156** e.v., 438, 440.
Cassius Dio, p. **61**, 62.
Cicero, p. **48**, **50-56**.
Clarus, Julius, p. **76**, **77**, **93** e.v., **130** e.v., **138** e.v., **154** e.v.
Colomer, D.J. p. 9.
Combe, P., p. 169, **170**.
Corstens, G.J.M., p. **506-508**.
Courier, P.L., p. **381**.
Covarruvias, p. 149, 148, 152.
Cras, H.C., p. **278**, **306**, **308**, **326-329**, **333**, **335**, **339**, **344-346**.
Damaska, M., p. 112, 124.
Damhouder, J. de, p. **93**, 94-96, 132, 147, **151**, 152.
Daunou, P.C.F., p. 290.
Demosthenes, p. **25-27**.
Dietmeier, F., p. 547.
Diocletianus, p. **58**, **59**, **64**, **134**, **193**, **229**.
Dionysius Exiguus, p. **34**, **69**.
Dittrich, B., p. **511**, **512**, 517.
Dolabella, p. **180**, **181**, **187**.
Donker Cortius, B., p. **306**, **326**.

Donner, J.P.H., p. 147, 514, 518, **560**.
Don Quichot van la Mancha, p. 483.
Drenth, J.H., p. 68, 73, 87, 91, 101, 261, 262, 292.
Duport A., 218, **227**, 245.
Dijk, P. van, en G.J.H. van Hoof, p. **539**.
Elben, O., p. 95, **150,** 154, 270, 279, **439**-445.
Elout, C.T., p. 291, **303**, **306**, **326**, **329**, 337-**343**, **356**, **363**, **366**, **370**.
Erasmus, p. **260**.
Esmein, A., p. 97, 106, 163, 170, 173, 200, **203**, 206, 218, 226, **244**, 293.
Faber, S., p. 121, **252**, 253, 258, 268, 273, 290, 293, 341.
Farinacius, p.134, 138, **152**, **154**.
Farjon, J.L., p. 299, **306**, **339**, **346**, **349**, 353, 370, 373.
Fockema, D, p. 304, **350**.
Fockema Andreae, S.J., p. 254.
Francois, W.F.G.L., p. **421**.
Franken, A.A., p. 4.
Frederik de Grote, p. **438**.
Friedland, M.L., p. **7**, 8, **35**.
Gaius, p. **22**.
Garraud, R., p. 242, **245**, 246, 467, 470, 471.
Gerbrandy, P., p. **23**.
Godefroi, M.H., p. **405**.
Gratama, B.J., p. **428**.
Gratianus, p. 33, **71**, **72**.
Grebing, G., p. 485.
Gregorius IX, p. **73**, **75**, **136**, 151.
Grimaudet, F., p. **169**.
Grünewald, A., p. **451**, 456, 461.
Hall, M.M. van, p. 293, 259, **260**, 261, 272, **291**.
Hamel, G.A. van, p. 151, 357.
Hammoerabi, p. **30**.
Harteveld, A.E., p. 104, 117, 118, 124.
Heemskerk, J. van, p. 251.
Hélie, F., p. **153**, 242, **245**, **468**, **469**.
Hermogenes, **24**, **26**, 27.
Hertog van Alva, p. 91, **258**.
Heijnsbergen, P. van, p. 90, **101**, 108, 252.
Hieronymus, p. **32**, **33**.
Hildebrandt, p. 19, **86**, **87**.
Hout, J. van, p. **181**.
Houten, B.A. van, p. **324** e.v.
Hullu, J. de, p. **20**, 369, **508**.
Innocentius III, p. **73**, **89**, 115.
Innocentius IV, p. 70, 72, **74**, 116.
Jesserun d' Oliveria, U., p. **513**.
Jonktijs, D., p. 251.
Jones, A.H.M., p. **45-50**, 52, 54-**58**.
Jousse, D., p. 96, 167, **188-208**, 245, **282**.
Kan, E.A., p. **491**.
Karel de Grote, p. **34**, 68, **69**, 73.
Karel V, p. **90**, 167, **189,** 257, **437**.
Kaser, M., p. 15, 22, 23, **29**, 38, **40**.
Katharina de Grote, p. 438.
Kempen, P.H.P.H.M.C. van, p. 7.
Keulen, B.F., p. 510, **513**, 555, 566, 567.
Kleinschrodt, G.A., p. **443**.
Knigge, G., p. 44, 376, **493**, 555.
Kooijmans, T., p. 419, 432, 463, 510, **512**, **513**, 560, 566.
Korthals Altes, A.H., p. 511.
Krabbe, H.G.M., p. **500**, 501.
Kreet, H.A., p. **303**, **306**, **326**.
Kuitenbrouwer, F., p. **513**.
Kunkel, W., p. 30, 45-**47**, 49, 51.
Lamoignon, G. de, p. 170, **203**.
Lamoignon de Basville, C.F. de, p. 170, 213.
Landau, P., p. **51**, **52**, **55**, **63**, 65, 67, **68** e.v.
Langbein, J.H., p. 106, 108, 110, 124.
Langemeijer, G.E., p. **491**, 498, **506, 543**, **545.**
Leeuwen, S. van, p. 99, 100, 263, 264.
Lensing, J.A.W., p. 508, 566.
Lent, L. van, p. 298.
Lepeletier de Saint-Fargeau, L.M., p. 221, **223**, **230**.

Leptines, p. **25**, **26**.
Liebs, D., p. **21-27**, 36, 43, **44-62**.
Linden, J. van der, p. 48, **277** e.v., p. 304.
Lodewijk Napoleon, p. **291, 307**, **346-349**.
Lodewijk XVI, p. 170, **188**, **208**, **213**, **215**, 220.
Loke, J.J., p. **421**.
Lokin, J.H.A., p. 15, 91.
Maanen, C.F. van, p. **346, 353**, **363-385**.
Machielse, A.J.M., p. 456.
Marguery, T.P., p. 245.
Marxen, K., p. **451**, 456, 460, 461.
Matthaeus, Antonius II, p. **93** e.v., **128** e.v., **137** e.v., **141** e.v., 251, 258, 277, 296, 502.
Maury, J.S., l'abbé, p. **221** e.v.
Merle et Vitu, p. **484**.
Merlin, P.-A., (Merlin de Douai), p. 221, **225**, **232**, 234, **233-241**, **246**, 383, 389, **469**.
Mevis, P.A.M., p. 222, 419, 432, 463, 510, **512**, **513**, 560, 566.
Meyer, J.D., p. **167**, **327**.
Mittermaier, C.J.A., p. 149, **428**, 444, **445**.
Modderman, A.E.J., p. 19, **417-420**, **429**.
Mommsen, Th., p. **48-50**, 63.
Monballyu, J., 110, **112**.
Montaigne, M. de, p. **108**, **164**.
Montesquieu, p. **205**, **211**, **216**, **230**, 438.
Moorman van Kappen, O., p. 252, 304, 326, **327**.
Müller, W., p. **445**, **446**, **448**.
Musschenbroek, P. van, p. **356**.
Muyart de Vouglans, P.-F., p. 97, 164, 185, **188-208**, 212, 219.
Napoleon Bonaparte, p. **215**, 346.
Nausimachus en Xenopeithes, p. **26**.
Nijboer, J.F., p. **513**.
Origenes, p. **32**.
Ort, B., p. **488.**
Ortolan, J.L.E. p. **467-469**.
Papon, Jean, p. 3.
Parent, p. **470**.
Paulus, p. 39, 40, **42**, 48, 58, **66**.
Philips II, p. 90, 98, **103**, **251-253**, **257**.
Phormio, p. **28**, **38**.
Pièrre-Buffière, G. de, graaf van Mirabeau, p. **253.**
Pinto, A. de, p. 118, 376, 378, 387, **391**, **394-396**, **399**, 401, 497, **498**.
Pinto, A.A. de, p. 410, **413**, **420**.
Planck, J.W., p. **445**.
Pols, M.S., p. **413**, **418**.
Pussort, p. 169, 170, **203**.
Quintilianus, p. **22-24**, **44**, **64**.
Quintus, p. **51**.
Rassat, M.-L., p. 224, 236, 248, 461, 471, **484**.
Remmelink, J., p. 17, **506.**
Reuvens, J.E., p. **299**, 306, **348**, **349**, **356**.
Rivière, P.J.H.F. van de, p. 467, **497**, 564.
Robespierre, M. de, p. 201, **218**, **221**, **223**, **231**.
Roets, D., p. 477.
Roosegaarde Bischop, W., p. **492**
Rousseaud de la Combe, p. 3, 190.
Roijen, I.A.S. van, p. **414**.
Schmidt, E., p. 100, 104, 105, 108, **111**, 124, **149**, 438, 439.
Schorer, W., p. 251.
Schwarplies, p. 149, **163**, 324.
Schwarzenberg u. Hohenlandsberg, J. von, p. **90**, 110, 439.
Seianus, p. **61**.
Sigler, A.J., p. 3.
Spaen, W.A. van, p. 258.
Specht, B., p. 4, **6**.
Spronk, K., p. **31-33**.
Star Busman, C.W., en L.E.H. Rutten, p.**18**.
Stefani, G., p. 243, **474**, 476
Stokvis, B.J., p. **492.**
Strijards, G.A.M., p. 4, 5, 429, 463, **493**, 466.

Tacitus, p. **30**, 49, **86**.
Tak, P., p. 527, 560, 566.
Terentius, p. **28**, **38**.
Teutonicus, J., p. **36**, 69, 70, 72.
Thomas à Becket, p. **35**.
Thouret J.-G., p. 213, **218.**
Tiemann, F., p. **451**, 456, 461.
Titus, p. **58**.
Trusen, W., p. 101, 108, 111.
Ulpianus, p. 16, 39, **41** e.v., **60**, **61**, **64-67**.
Veegens, D.J., p. 16, 43, **365**, **490**, 502, 504, **545**.
Vennix, R.M., p. 541, 566.
Veraart, W.A., p. 95.
Verres, p. **54**.
Voltaire, p. **169**, **201**, 204, **205-**212, **251**, 293, 438.
Voorda, B., p. 121, **128**, 196, 257-275, **277-288**, p. 329, 332.
Voorda, J.H., p. 278.
Vrugt, M. van de, p. 90, 98, 106, 258-267.
Wal, J. de, p. **415**, **413**, **418**.
Waller, A.C., p. **428, 429**.
Walraven, J.A., p. **303**, 306, 370.
Weel, A.J. van, p. 295.
Wielant, Philips, p. **93** e.v., **128** e.v., **137** e.v., **153** e.v.
Willem I, p. **363.**
Wlassak, p. 29, 38.
Zachariae, H.A, p. **445**.
Ziemba, H., p. 443, **450**, **451**, 453, 454, 459, 537.
Zopfs J., p. 149, 440, 447.
Zuijlen, Belle van, p. 210.

Jurisprudentieregister

(De cijfers verwijzen naar de desbetreffende pagina, '**vet**' naar de hoofdtekst, 'niet-vet' naar de noten).

Frankrijk

Parlement de Paris 3 juni 1766 (Mme Durand, of 'la belle Tonnelière'), p. **196**.
Salmon, Mlle M.F.V. (doodstraf gevolgd door *plus ample informé indéfini*), p. 2**13**, **205**, **208**.
Tribunal de Cassation 21 Thermidor An VII, 8 augustus 1799 (Carrey), p. 226, 239.
CdC 12 februari 1804 (Stein), p. 237, **240**.
CdC 18 Fructidor An XIII, 4 september 1805 (Arnaud), p. 235.
CdC 10 juli 1806 (Vassal), p. 238.
CdC 25 november 1841 (Certier), p. 469.
CdC 5 februari 1808 (Vallette), p. **235**, **238**.
CdC 29 oktober 1812 (Diffis), p. 237, 238, 239, 246, **468**, 469.
CdC 20 februari 1931 (Valsheid en oplichting door valsheid), p. 469.
CdC 13 juli 1950 (Diefstal en heling), p. 473.
CdC 25 maart 1954 (Thibaud), p. **480**, 486, 505, **507**.
CdC 20 maart 1956 (Chevalot), p. 471.
CdC 19 mei 1983 (Laurent), p. **481**, 486.
CdC 17 december 1984 (Verduisterd kapitaal), p. 472.
CdC 22 april 1986 (Ontslag werknemer/*conseiller prud'hommes*), p. 474.
CdC 2 april 1990 (Verduisterde bedrijfsboedel), p. 473.
CdC 22 juni 1994 (*Sang contaminé*), 477.
CdC 19 januari 2005 (Ongewenste intimiteiten), 476.

Nederland

HR 14 september 1840, *W.* 90, 99, 122 en 127 (Van der Jagt), p. **501**, **498**.
HR 28 maart 1843, *W.* 392 ('Uit vissen'), p. 497.
HR 28 september, 6 en 27 october 1846, *W.* 786 ('Uit jagen'), p. 17, 497.
HR 18 december 1855 (Verbetering plaats in tenlastelegging), p. 497.
Prov. Geregtshof Drenthe 12 april 1855, *W.* 1668 ((poging tot) diefstal van zand), p. 497, 500.
HR 8 januari 1856, *W.* 1835 (Kraakman of De stroper en de jachtopziener), p. **494**-501.
Rb Almelo 21 september 1858, *W.* 2059 (Verbetering plaats in tenlastelegging), p. 497.
HR 22 november 1859, *W.* 2122 (De zandweg van Tiel op Amerongen), p. **498**.
Hof Arnhem 1 oktober 1931, *NJ* 1932, 908 (Brug te Nederhemert), p. **500**.
HR 27 juni 1932, *NJ* 1932, 1659, m.nt. Taverne (Brakelse Kermis), p. 501.
HR 8 februari 1932, *W.* 12500, m.nt M.P. Vrij, p. 501, 502.
HR 15 februari 1932, *W.* 12491, m.nt M.P. Vrij, *NJ* 1932, 289, m.nt. BVAR (Oude Kijk in 't Jatstraat), p. 131, 501, 502.
HR 13 november 1933, *W.* 12695, m.nt. Van Bemmelen (opzet en schuld), p. 505.
HR 13 april 1954, *NJ* 1954, 369, m.nt. B.V.A. Röling, p. 503.

HR 27 maart 1956, *NJ* 1956, 314, m.nt. B.V.A. Röling, p. 503.
HR 13 november 1956, *NJ* 1957, 173, m.nt. B.V.A. Röling, p. 503.
HR 20 november 1956, *NJ* 1956, 174, m.nt. B.V.A. Röling, p. 503.
HR 21 november 1961, *NJ* 1962, 89, m.nt. B.V.A. Röling (Emmense bromfietser), p. 19, 503.
HR 27 maart 1962, *NJ* 1962, 271, m.nt. BVAR (herziening), p. 492.
HR 5 februari 1963, *NJ* 1963, 320, m.nt. BVAR (Van der Does de Willeboissingel), p. 19, 20.
HR 17 december 1963, *NJ* 1964, 385, m.nt. WP (Joyriding II), p. 4, 19.
HR 12 juni 1970, *NJ* 1970, 375 (civiel), p. 17.
HR 25 maart 1975, *NJ* 1975, 296, (Autoloze zondag of Beschonken zondagsrijder), p. 133.
HR 17 december 1976, *NJ* 1977, 421 (civiel), p. 17.
HR 13 februari 1979, *NJ* 1979, 243, m.nt. Th.W.v.V (Voeging ad informandum), p. 4, 21.
HR 27 mei 1983, *NJ* 1983, 600 (civiel), p. 17.
HR 10 juni 1983, *NJ* 1983, 797 (civiel), p. 17.
HR 13 februari 1996, *NJ* 1996, 439 (Beginselen van behoorlijke procesorde), p. 4.
HR 2 november 1999, *NJ* 2000, 174, m.nt. J. de Hullu (Tjoelker), p. 499.
HR 22 mei 2001, *NJ* 2001, 575 (Profijtontneming na vrijspraak), p. 56.
HR 1 april 2003, *NJ* 2003, 497, m.nt. Schalken (Profijtontneming na vrijspraak), p. 56.
HR 16 november 2004, *NJ* 2005, 43 (Afpersing door bedreiging), p. 238.
HR 29 maart 2005, *NJ* 2007, 509, conclusie AG Machielse (Concentratiebeginsel), p. 456, 500.
HR 16 oktober 2007, *NJ* 2008, 127, m.nt. N. Keijzer (Bewusteloze bestuurder), p. 504.
HR 1 februari 2011, *NJ* 2011, 394, m.nt. Y. Buruma (Verduidelijkingsarrest), p. 504.

Duitsland

BVerfGe, 3, 248, 18 december 1953, (Uitleg art. 103-3 GG: '*Strafbefehl*'), p. 520.
BVerfGe 23, 191, 7 maart 1968, (Uitleg art. 103-3 GG, '*Dienstflucht*'), p. 454.
BVerfGe 56, 22, 8 januari 1982, (Uitleg art. 103-3 GG, '*Grenzkorrekturen*'), p. 456.
BGH 11 april 1995, 1 StR 64/95, *NStZ* 96, 41, *NStZ-RR* 1996, 39 (Roofoverval zonder rijbewijs), p. 456.
BGH 1 oktober 1997, 2 StR 520/96 (LG Köln), *NJW* (198) ('*Tat*'), p. 456.
BGH 21 augustus 2008, 3 StR 262/08 (LG Hannover) (*lückenhafte Beweiswürdigung*), p. 547.

EHRM

Fischer/Oostenrijk, EHRM 29 mei 2001, p. 476, **479**.
Garretta/Frankrijk, EHRM 4 maart 2008, p. **477**, 478, 479.
Geerings/Nederland, EHRM 1 juli 2007, p. 56.
Oliveira/Zwitserland, EHRM 30 juli 1998, p. **475**.
Radchikov/Rusland, EHRM 24 mei 2007, 522.
S. en Marper/VK, EHRM 4 december 2008, p. 529, 541.
Taxquet/België, EHRM 13 januari 2008, p. 559.
Zolotukhin/Rusland, EHRM 10 februari 2009, p. 3, 6, 481, 508.

Hof van Justitie EG/ EU

Esbroeck, van (C-436,04), HvJ 9 maart 2006, conclusie AG 20 oktober 2005, p. 9.
Gözütok (C-187,01) en Brügge (C-385,01), HvJ 11 februari 2003, p. 4, 5.
Mantello (C-261,09), HvJ 16 november 2010 , p. **457**, 458, 459, 476.

Register van Latijnse adagia

(De cijfers verwijzen naar de desbetreffende pagina, '**vet**' naar de hoofdtekst, 'niet-vet' naar de noten).

Bis de eadem re ne sit actio, p. **13**, **16**, **18**, **21**, **22** e.v.
Inter easdem partes bis de eadem re ne sit actio, p. **16**.
In dubio pro reo, twijfel- of Trajanusregel, p. **42**, **48**, **146**, **147** e.v, **156**, **166**, **195**, **393**. 427.
Liever duizend / honderd / één schuldige(n) vrijgesproken dan één onschuldige veroordeeld, p. 42, **147**, **159**, **167**, **195**, **380**, **(489)**.
Lites finiri oportet, p. **17**, **20**, **40**, 179, (514).
Ne bis puniri, p. **20**.
Ne bis vexari, p. **20**.
Res iudicata pro veritate accipitur (*habeantur*/*habetur*), p. **16**, **43**, 140, **383.**
Reus aliquando repeti potest, p. **185**.

Uitgebreide inhoudsopgave

Woord vooraf vii
Verkorte inhoudsopgave ix
Gebruikte afkortingen xi

Inleiding 1

Deel I Herkomst van de regel '*non bis in idem*'
Inleidende opmerkingen en overzicht van dit deel 3

Hoofdstuk 1 De bronnen van het verbod van herhaling 15

1. Burgerlijk recht en strafrecht: een plaatsbepaling 15
1.1 *Non bis in idem* in het burgerlijk recht 15
1.2 *Non bis in idem* in het strafrecht 18
1.3 Vergelijking 20

2. De wortels van *non bis in idem* in de klassieke oudheid 21
2.1 Inleiding 21
2.2 De herkomst van de uitdrukking '*bis de eadem re ne sit actio*' 22
2.3 Het verbod van herhaling in het Attisch recht 25
2.3.1 Demosthenes en het verbod van herhaling 25
2.3.2 Het verbod van herhaling in het Griekse en Romeinse theater 28
2.4 Het verbod van herhaling van straf 28
2.5 Nahum 31
2.6 Samenvatting en bezinning op de herkomst van het verbod van herhaling 37
2.7 Gewijsde zaak of '*res iudicata*' 39
2.7.1 *Res iudicata* in civiele zaken 39
2.7.2 *Res iudicata* in strafzaken 41

3. **Het Romeinse strafrecht** 44
3.1 Inleiding 44
3.2 Het Romeinse strafprocesrecht in de late Republiek 46
3.2.1 De rechtbanken 46
3.2.2 Het proces 46
3.2.3 Gevallen van twijfel 47
3.2.4 Het verbod van herhaling in de strafwetgeving 48
3.2.5 Cicero en het verbod van herhaling 50
3.2.5.1 Cicero 50
3.2.5.2 Drie gevallen van herhaling 51
3.2.6 De invloed van het *iudicia publica*-systeem 56
3.3 Het verbod van herhaling vanaf de Keizertijd 57

3.3.1 Samenloop van kwalificaties: de regels van Diocletianus en Titus 58
3.3.2 Samenloop van klagers: de regels van Ulpianus 60
3.3.3 De mate van vertrouwen in het gezag als factor 61
3.3.4 Gevolgen van *abolitio*, de intrekking van een aanklacht 62
3.3.5 Conclusie 63
3.4 Het antwoord op de vraag van Quintilianus 64

Hoofdstuk 2 De tocht door het canonieke recht 65

1. Het Romeinse recht in West-Europa tot de elfde eeuw 65

2. De 'Paulusregel' 66

3. De '*de his*'-regel 67
3.1 De 'vervalsing' 67
3.2 Het verbod van herhaling in het *Decretum Gratiani* 71
3.3 Twee pijlers voor de receptie van het verbod van herhaling 72
3.4 Het verbod van herhaling in het kerkelijk inquisitoire proces vanaf de twaalfde eeuw 73
3.5 Conclusie 75

4. De *de his*-regel in het wereldlijke recht 76

5. Samenvatting en conclusies deel I 78

Deel II Europa
Het inquisitoire strafproces en het verbod van herhaling op het vasteland van Europa
Inleidende opmerkingen en overzicht van dit deel 83

Hoofdstuk 3 Europa, algemeen deel 85

1. Een gemeen-Europees strafrecht 85
1.1 De vermenging van het geleerde recht met het inheemse recht in Europa 85
1.2 De middeleeuwse juristen en de eerste codificaties van het strafrecht 90
1.3 Een gemeen-Europees strafrecht en een Europese strafrechtswetenschap 91
1.4 Verantwoording van het gekozen tijdvak 92
1.5 Verantwoording van gebruikte bronnen 93
1.6 De auteurs en hun werk 94
1.6.1 Wielant (1441-1520) 94
1.6.2 Clarus (1525-1575) 96
1.6.3 Ayrault (1536-1601) 97
1.6.4 Carpzovius (1595-1666) 97

1.6.5 Matthaeus II (1601-1654) 98

2. Het inquisitoire strafproces 101
2.1 Het ontstaan van het inquisitoire proces 101
2.2 De twee uitgangspunten van het inquisitoire proces 103
2.3 Kenmerken van het inquisitoire proces 105
2.3.1 De strikte bewijsleer 105
2.3.2 Het gebruik van tortuur 107
2.3.3 Het bewijzen van onschuld 109
2.3.4 De *aequitas* 110
2.4 De verschijningsvormen van het inquisitoire proces 111
2.4.1 Inleiding 111
2.4.2 Civiele strafprocedures 112
2.4.3 Ordinaire en extraordinaire strafprocedures 113
2.4.4 Van extraordinair naar ordinair en terug 114
2.4.5 *Inquisitio summaria* en 'simpelic' 114
2.5 Het extraordinaire proces 115
2.5.1 Inleiding 115
2.5.2 *Inquisitio generalis* en *specialis* en precedente informatiën 116
2.5.3 De discretie van de rechter 118
2.5.4 Waarborgen 119
2.5.5 Tussentijdse samenvatting 121
2.5.6 De straffen in het extraordinaire strafproces 121
2.5.7 'Bijzondere delicten' 122
2.5.8 De afkalving van de waarborgen in het inquisitoire proces 123
2.6 De uitgangspunten van het inquisitoire proces nader bekeken 124

Hoofdstuk 4 Europa, bijzonder deel 127

1. *Non bis in idem* in het extraordinaire strafproces 127
1.1 De procespartijen en de rol van de vroegmoderne *litis contestatio* 127
1.2 Het gezag van gewijsde, *res judicata* of gewijsde dinck 130
1.2.1 Inleiding 130
1.2.2 Een inhoudelijke beslissing 131
1.2.3 Dezelfde oorzaak, hetzelfde doel en dezelfde partijen 131
1.2.3.1 Dezelfde oorzaak 132
1.2.3.2 Dezelfde partijen 135
1.3. Het verbod van herhaling volgens Wielant, Clarus, Carpzovius en Matthaeus 137
1.3.1 Inleiding 137
1.3.2 Wielant 137
1.3.3 Clarus 138
1.3.4 Carpzovius 138

1.3.5 Matthaeus 138
1.4 Tussenconclusie 139
1.5 Gronden voor de erkenning van het strafrechtelijk gewijsde 140
1.5.1 Algemeen 140
1.5.2 Matthaeus over het verbod van herhaling na veroordeling 141
1.5.3 Matthaeus over het verbod van herhaling na vrijspraak 142
1.6 Uitzonderingen op het verbod van herhaling 143
1.7 Conclusie 145
1.8 Invloeden die de totstandkoming van een veroordeling of vrijspraak hinderden 146
1.8.1 Inleiding 146
1.8.2 De materiële waarheidsvinding als doel van het inquisitoire proces 146
1.8.3 De rol van de regel '*in dubio pro reo*' of twijfelregel 147
1.8.4 Praktijkoplossingen: reinigingseed, *poenae extraordinariae* en *absolutio ab instantia* 149

2. De *absolutio ab instantia* 150
2.1 Grondslag en karakter 150
2.1.1 Een praktische oplossing … 150
2.1.2 … niet gebaseerd op het geleerde recht 150
2.2 De juridische en praktische gevolgen 152
2.2.1 Juridische gevolgen 152
2.2.2 Praktische gevolgen 152
2.3 Vlaanderen, Milaan, Frankrijk en Spanje 153
2.4 Het standpunt van Carpzovius 156
2.5 Het standpunt van Matthaeus 158
2.5.1 Een onjuiste hypothese 158
2.5.2 Liever kort uitstel 159
2.5.3 Een zeventiende-eeuws minderheidsstandpunt 160
2.6 Besluit 161

3. Samenvatting en conclusies Europa 163

Deel III Frankrijk

Inleidende opmerkingen en overzicht van dit deel 167

Hoofdstuk 5 Ancien Régime 173

1 Inleiding 173

2 Uitstel van vonniswijzing onder het Ancien Régime 173

2.1 De zestiende eeuw 173
2.1.1 Ayrault 173
2.1.2 Het verbod van herhaling 174
2.1.3 Conclusie verbod van herhaling volgens Ayrault 179
2.1.4 Het vonnis en het uitstel van vonniswijzing 180
2.1.5 Rechter Dolabella of mettre quelqu'un hors de cour & de procés 180
2.1.6 Andere vormen van vrijlating 182
2.1.6.1 'Voorwaardelijke veroordeling' 182
2.1.6.2 Wegzenden *quoúsque* of qu'il sera informé plus amplement 182
2.1.7 Uitzonderingen voor ernstige delicten 185
2.1.8 Samenvatting standpunt Ayrault 186
2.1.9 Hors de cour en plus ample informé 187
2.2 Zeventiende en achttiende eeuw 188
2.2.1 Muyart de Vouglans en Jousse 188
2.2.2 Muyart de Vouglans en Jousse over 'la maxime *Non bis in idem*' 190
2.2.3 Muyart de Vouglans en Jousse over 'plus ample informé' en 'hors de cour' 194
2.2.3.1 Le plus ample informé indéfini of *quousque* 196
2.2.3.2 Vergelijking met *absolutio ab instantia* 196
2.2.3.3 Le plus ample informé à temps 197
2.2.3.4 Hors de Cour 198
2.2.4 Muyart de Vouglans en de eer van elke Fransman 200
2.3 De Ordonnantie van 1670: le code d'horreur 201
2.4 Tegengeluiden 203
2.5 Conclusies Ancien Régime 205
2.5.1 Een 'Franse' praktijk van middenbelissingen 205
2.5.2 La maxime *non bis in idem* 207

3. Van de Verlichting naar de Franse Revolutie 208
3.1 Minder foltering, meer conviction intime 208
3.2 De mobilisatie van de publieke opinie door de Franse filosofen 209
3.2.1 Montesquieu en Voltaire 209
3.2.2 Beccaria 211
3.2.3 Beccaria en de middenbeslissing 212
3.3 De val van het Ancien Régime 213

Hoofdstuk 6 De ontwikkeling van het strafproces in de Franse Revolutie 215

1. Inleiding 215

2. Le Droit intermédiaire 216
2.1 De Déclaration des droits de l'homme et du citoyen van 1789 216
2.2 De strafwetgeving van de Assemblée Nationale Constituante 217
2.3 De Franse Constitutie van 3 september 1791 220
2.4 De Wet op de juryrechtspraak 221
2.4.1 Inleiding 221
2.4.2 Het debatje over de plus ample informé 221
2.4.3 De totstandkoming van de eindbeslissing 224
2.4.4 De bescherming van de juryuitspraak 225
2.4.5 De middenweg in de Wet op de juryrechtspraak 227
2.5 De Wet op de ordehandhaving door politie en justitie 227
2.6 De Code pénal 230
2.7 De wetgeving na 1791 230
2.7.1 La Constitution 5 Fructidor An III 230
2.7.2 Le Code des délits et des peines du 3 Brumaire An IV 232

3. La Maxime in rechtspraak en doctrine na de omwenteling 233
3.1. Inleiding 233
3.2 De rechtspraak van de cassatierechter in de intermediaire periode 234
3.2.1 Een ruime uitleg … gedicteerd door de wetgevende macht 234
3.2.2 Tout poursuivre et tout juger 235
3.2.3 De gevolgen van een 'non lieu' van de jury d'accusation 238
3.2.4 De gevolgen van een 'non convaincu' van le jury du jugement 240
3.2.5 Conclusie uitleg maxime 242
3.2.6 Nageschiedenis Periode Intermédiaire 244

4. De Code d'instruction criminelle 1808 (CIC) 244

5. De terugkeer van gratie en herziening 247

6. Conclusies Droit intermédiaire en CIC 247
6.1 Breuk met verleden 247
6.2 Oplossing voor de middenbeslissing 248
6.3 De betekenis van artikel 360 CIC 248
6.4 Het moderne inquisitoire principe 249

Deel IV Nederland

Inleidende opmerkingen en overzicht van dit deel 251

Hoofdstuk 7 Nederland 1570-1795 257
Van de Zeven Verenigde Nederlanden naar de Bataafse Republiek

1. De Ordonnantiën van Philips II 257
1.1 Betekenis en karakter van de Criminele Ordonnantiën 257
1.2 Het strafproces volgens de Ordonnantiën 262
1.3 Het gewijsde en de exceptie van het gewijsde; artt. 53 OCJ en 43 Stijl 265
1.4 De middenbeslissing in de Ordonnantiën 268
1.5 Het ontslag van instantie in het gewoonterecht en bij Wielant 269
1.6 De artikelen over 'vrijlaten' of 'ontslag' 271
1.6.1 Artikel 53 OCJ: 'de *habeas corpus*-regel' 271
1.6.2 Artikel 28 Stijl: 'ontslag uit de voorlopige hechtenis' 272
1.6.3 Artikel 41 Stijl: 'eindelijke beslissing na toepassing van de pijnbank' 273
1.6.4 Artikel 44 Stijl: 'eindelijke beslissing zonder toepassing van de pijnbank' 275
1.7 Conclusies 276

2. Achttiende-eeuwse opvattingen 277
2.1 De commentaren van Voorda en Van der Linden 277
2.2 De dagelijkse praktijk in en rond Amsterdam 279
2.3 Vergelijking van de standpunten van Voorda en Van der Linden 284
2.4 Samenvatting van de stand van zaken in Amsterdam 286

Hoofdstuk 8 Nederland 1795-1811 289
Van de Bataafse Republiek naar het Koningrijk Holland 289

1. De Staatsregeling van 1798 289
1.1 Meer waarborgen in het strafproces 289
1.2 Geen jury, geen grondwettelijk verbod van herhaling 290

2. Het Provisioneel Reglement van 10 oktober 1798 292
2.1 Capaciteitsproblemen 292
2.2 Het beslismodel volgens het Provisioneel Reglement 296
2.3 Samenvatting en conclusies Provisioneel Reglement 300

3. De codificatie van het straf- en strafprocesrecht, 1799-1809 302
3.1 Inleiding 302
3.2 De codificatie van het strafprocesrecht 303
3.3 De stand van de rechterlijke organisatie 304
3.4 De codificatie van het materiële strafrecht 306
3.5 Afronding van de codificatie onder Lodewijk Napoleon 307

3.6 De uitsluiting van aanvullende rechtsbronnen 307
3.7 Het verbod van herhaling in deze wetsgeschiedenis 309

4. Vrijspraak, ontslag en *non bis in idem* in het Decreet van 1799 305
4.1 Drie vormen van rechtsingang 305
4.2 Gerechtelijk vooronderzoek 307
4.3 Bevoegdheidsverdeling tussen rechtbanken en hoven 308
4.4 Het beslismodel na het vooronderzoek 314
4.4.1 Onbepaald ontslag, art. 107 MvP 311
4.4.2 Voorwaardelijk ontslag, art. 108 MvP 312
4.4.3 Veroordeling op confessie 313
4.4.4 Procedure op convictie en wijziging in ordinair proces 313
4.4.5 De altereerbepaling in de MvP 317
4.5 Maximering van de duur van het provisioneel ontslag 318
4.6 Definitieve eindbeslissingen en het verbod van herhaling 319
4.6.1 Definitieve vonnissen en niet-definitieve resoluties 319
4.6.2 Het verbod van herhaling 320
4.6.3 Conclusie beslismodel Manier van procederen 321
4.7 Samenvatting Decreet 1799 322
4.8 Het Ontwerp Van Houten 323

5. Vrijspraak, ontslag en *non bis in idem* in het OLW 1804 326
5.1 Inleiding 326
5.2 Cras 327
5.3 Elout 328
5.4 Hoofdstuk 5 Boek 1: De beschuldiging en haar gevolgen 330
5.4.1 Beschuldiging en rechtsingang 330
5.4.2 Het 'eindelijk gevolg van alle rechtsingang' 331
5.4.3 Het 'eindelijk vonnis' 331
5.4.4 Het verbod van absolutie van instantie na gehouden rechtsgeding 334
5.4.5 Het verbod van herhaling in het OLW 1804 334
5.4.6 Het loslaten van de materiële waarheid 336
5.4.7 Conclusie Hoofdstuk 5 Boek 1 OLW 1804 336
5.5 Hoofdstuk 6 Boek 1: De gevolgen van de rechterlijke uitspraak 337
5.5.1 De gronden voor verval van beschuldiging 337
5.5.2 De rechterlijke uitspraak 337
5.5.3 Tussenconclusie 340
5.6 Een systeembreuk? 340
5.7 Samenvatting gevolgen beschuldiging en rechterlijke uitspraak 343
5.8 Het verbod van herhaling na veroordeling 344
5.9 Herziening 345
5.10 Nederland nog niet rijp voor afschaffing van de *absolutio ab instantia* 346
5.11 Nageschiedenis ontwerp Lijfstraffelijk wetboek en Decreet 1799 348

6. Het WRI en het Crimineel wetboek voor het Koningrijk Holland van 1809 348
6.1 Stand van zaken 1807 348
6.2 De Commissie Farjon 349
6.2.1 De instelling van de Commissie Farjon 349
6.2.2 De voorstellen van de Commissie Farjon 350
6.3 Het Wetboek op de Regterlijke Instellingen en regtspleging (WRI) 353
6.4 De Manier van procederen in criminele zaken volgens de WRI 354
6.5 Het Crimineel wetboek voor het Koningrijk Holland 355

7. Samenvatting en conclusies codificatie 1798-1809 358
7.1 Uitwendige wetsgeschiedenis 358
7.2 Bataafse opvattingen over *non bis in idem* 359

Hoofdstuk 9 Nederland 1813-1838 363
Van geheim naar openbaar

1. Restauratie 363
1.1 Inleiding 363
1.2 De Soevereine Besluiten van 1813 364
1.3 De Grondwet van 1814 366
1.4 De Grondwet van 1815 369
1.5 Ontwerp Wet manier van procederen in criminele zaken 1815 370

2. Het Wetboek van Strafvordering 1838 374
2.1 Inleiding 374
2.2 Het karakter van het Wetboek 374
2.3 Wijzigingen ten opzichte van het oudvaderlandse recht 376
2.4 De procedure bij het gerechtshof wordt de basis 377
2.5 Het onschuldbeginsel dringt door in de bewijsbeslissing 378
2.6 Pleidooien voor het behoud van de middenbeslissing 380
2.7 Het beroep op *non bis in idem* 382
2.8 Het beroep op de procesorde 383
2.9 Het strafproces volgens Sv 1838 386
2.9.1 Rechtsingang 386
2.9.2 Beslissingen na gehouden instructie 388
2.9.3 Het arrest 'geene termen tot teregtstelling' 389
2.9.4 Nieuwe bezwaren 390
2.9.5 Verwijzing naar de openbare terechtzitting 391
2.9.6 De eindbeslissingen 396
2.9.7 Het verbod van herhaling, *non bis in idem* 396
2.10 Het bereik van '*non bis in idem*' 397

2.11 Het gezag van buitenlandse gewijsden, artikel 10 Sv 1838 398
2.12 Conclusies Wetboek van Strafvordering 1838 400
2.12.1 De in tweeëndeling van het strafproces 400
2.12.2 Scheiding vervolging en berechting nog niet voltooid 401
2.12.3 Eervolle en oneervolle vrijspraak en ontslag van alle rechtsvervolging 401
2.12.4 Het karakter van het verbod van herhaling 402
2.13 Het verschil met Frankrijk 402

Hoofdstuk 10 Nederland 1838-1886 405
Naar een omvattende regeling van '*non bis in idem*'

1. Nageschiedenis Wetboek van Strafvordering 1838 405
1.1 Kritiek op het wetboek 405
1.2 Het Ontwerp-Godefroi 406
1.3 De ontvangst van de voorgestelde algemene regeling van *non bis in idem* 408
1.4 De uitzondering 410
1.5 De voorwaarden 411
1.6 Garanties voor volledig onderzoek 412

2. De Commissie de Wal 415
2.1 De overbrenging van de materiële onderwerpen naar het strafrecht 415
2.2 Criteria voor de indeling in materieel en formeel recht 418
2.3 Verplaatsing van '*non bis in idem*' 418
2.4 Eerste redactie Commissie De Wal 420
2.5 De plaats van 'het '*non bis in idem*' binnen het Wetboek van Strafrecht 421
2.6 De buitengerechtelijke afdoening en 'het '*non bis in idem*' 422
2.7 De redactie van artikel 68 eerste lid Sr anno 1886 en 2010 424

3. Het buitengewoon rechtsmiddel herziening 426
3.1 Een asymmetrisch stelsel 426
3.2 De vergadering van de NJV in 1873 427
3.3 De wetswijziging in 1899 429

4. De ratio van artikel 68 Sr 430

Deel V Op zoek naar de balans
Inleidende opmerkingen en overzicht van dit deel 435

Hoofdstuk 11 Duitsland 437

1. Plan van behandeling 437

2. De Duitse geschiedenis in vogelvlucht 437
2.1 Parallelle ontwikkelingen 437
2.2 'Duitse' bijzonderheden 439
2.3 Instanzentbindung, eervolle en oneervolle vrijspraak na 1800 441
2.4 De Instanzentbindung bereikt haar hoogtepunt 444
2.5 De Wiederaufnahme zuungunsten wint terrein 445
2.6 Wiederaufnahme in plaats van Instanzentbindung 446
2.7 Rechtsonzekerheid voor en na de definitieve eindbeslissing 448
2.8 De rijkswetgeving van 1877 449
2.9 De gronden voor Wiederaufnahme zuungunsten 450

3. De verhouding tussen herziening ten nadele en het verbod van herhaling 451

4. Duits feitsbegrip en inquisitoir principe 456

5. Het wetsvoorstel van Nordrhein-Westfalen 459

6. Van Instanzentbindung naar Wiederaufnahme: samenhang en ontwikkeling 461

Hoofdstuk 12 Frankrijk 465

1. Inleiding 465

2. Het Franse inquisitoire principe 466

3. Frans idem 468
3.1 Juryrechtspraak en idem 468
3.2 La chose jugée 471
3.3 Concours idéal 473
3.4 Partie civile 476
3.5 Le grand criminel 480
3.6 Beschouwing Frans *idem* 483

4. Een Franse 'Nichtigkeitsgrund' 484

5. Frankrijk en Duitsland 485

Hoofdstuk 13 Nederland 487

1. Inleiding 487

2. Herziening ten nadele 487
2.1 Inleiding 487
2.2 Het nieuwe Wetboek van Strafvordering 488
2.3 De vergadering van de NJV in 1938 490
2.4 Overige standpunten 491
2.5 Conclusie 494

3. Nederlands idem 494
3.1 Inleiding 494
3.2 *Idem* in de Nederlandse rechtspraak tot 1886 495
3.3 *Idem* in de Nederlandse rechtspraak van 1886 tot 1962 500
3.4 *Idem* in de Nederlandse rechtspraak vanaf 1962 503
3.5 Conclusie 505

4. Nederlandse doctrine inzake toelating van nieuwe bezwaren 506

Hoofdstuk 14 Wetsvoorstel Herziening ten nadele 2009 509

1. Inleiding 509

2. De aanleiding tot het wetsvoorstel: DNA-onderzoek 511

3. Het wetsvoorstel en de uitleg van artikel 68 Sr 516
3.1 De portee van artikel 68 Sr 516
3.2 De onderbouwing van de voorgenomen wetswijziging 517
3.3 De uitleg van artikel 68 Sr in het wetsvoorstel 518
3.4 De afschaffing van een fundamentele rechtswaarborg 519

4. De inhoud van het wetsvoorstel 521
4.1 Inleiding 521
4.2 De procedure 521
4.3 Gevallen en gronden 523
4.4 Het belang van een goede rechtsbedeling 527
4.5 Het bewaren van gegevens 528
4.6 Effecten op de uitleg van het verbod van herhaling 531

5. Nadere beschouwing van het wetsvoorstel 532
5.1 Doel van het wetsvoorstel 532
5.2 Het gekozen criterium 534
5.3 De aansluiting met de historie en de doctrine 536
5.4 Het bewaren van gegevens in het licht van de mensenrechten, het menselijk en het publiek belang 538
5.5 Gevoelsargumenten en grondrechten 542
5.6 Rust en onrust 544
5.7 Veiligheidsdenken en gemeenschapsdenken 545

Hoofdstuk 15 Slotbeschouwing 549

1. Terugblik 549
1.1 De bronnen en betekenissen van '*non bis in idem*' 549
1.2 De gevolgen van de invoering van het inquisitoire proces 551
1.3 Frankrijk en Nederland codificeerden twee rechtswaarborgen 551
1.4 Duitsland codificeerde daarbij de herziening ten nadele 552
1.5 Geen herziening ten nadele in Frankrijk en Nederland 553
1.6 De uitleg van 'hetzelfde feit' in Frankrijk, Nederland en Duitsland 553
1.7 Het positief inquisitoir principe 554

2. De modellen en de gronden voor heropening 555
2.1 De behoefte aan balans 555
2.2 De manieren om de balans te vinden 556
2.3 Een allegaartje van gronden en modellen 556

3. Verschuivingen of: het rommelt in Europa 557
3.1 Roep om nieuw evenwicht 557
3.2 Gewone rechtsmiddelen na vrijspraak 558
3.3 Opmars herziening ten nadele na vrijspraak 559

4. *Bis in idem* of herziening ten nadele? 561

5. Besluit 562
5.1 Het ontstaan van de definitieve vrijspraak 562
5.2 Waarborgen voor een evenwichtig strafproces 563
5.3 Het nadeel van het ontbreken van herziening ten nadele 564
5.4 Afweging 565
5.5 Slot 569

Samenvatting Duits 571

Samenvatting Frans 577

Literatuur 583

Persoonsnaam register 609

Jurisprudentieregister 613

Register van Latijnse adagia 616

Inhoudsopgave uitgebreid 617