

HR 2 november 1999, NJ 2000, 174 (Meindert Tjoelker)

HOGE RAAD (Strafkamer) 2 november 1999, nr. 112 556
(Mrs. Haak, Corstens, Orie, Van Buchem-Spapens, Balkema; A-G Machielse; m.nt. JdH)
JOL 1999, 233

Arrest op het beroep in cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof te Leeuwarden van 24 december 1998 alsmede tegen de beslissing van 14 december 1998 in de strafzaak tegen M.R. ten C., te Leeuwarden, adv. mr. J. Boksem te Leeuwarden.

Hof:

De tenlastelegging in eerste aanleg

Tenlastegelegd is dat verdachte op of omstreeks 13 september 1997 te Leeuwarden, (althans) in de gemeente Leeuwarden, met een ander of anderen, op of aan de openbare weg, de Nieuwestad (NZ), in elk geval op of aan een openbare weg, openlijk met verenigde krachten geweld heeft gepleegd tegen een of meer perso(o)n(en) te weten M.W. Tj. en/of P.T.O. en/of tegen een goed, te weten een fiets,

welk geweld bestond uit het opzettelijk slaan en/of stompen en/of schoppen en/of trappen tegen de/het licha(a)m(en) van die Tj. en/of O. en (...),

waarbij hij, verdachte, voornoemde Tj. meermalen althans eenmaal (met kracht) met zijn (tot vuist(en) gebalde) hand(en) in het gezicht en/of tegen het hoofd en/of in diens (linker)zij en/of tegen een of meer ander(e) lichaamsde(e)l(en) heeft geslagen en/of gestompt, en/of waarbij hij, verdachte, voornoemde Tj. tegen het hoofd en/of een of meer ander(e) lichaamsde(e)l(en) heeft geschopt en/of getrapt,

welk door hem gepleegd geweld de dood van die Tj. ten gevolge heeft gehad;

(artikel 141 lid 2 sub 3 Wetboek van Strafrecht)

subsidiair zo het vorenstaande niet mocht leiden tot schuldigverklaring van en strafoplegging aan verdachte,

verdachte op of omstreeks 13 september 1997 te Leeuwarden, (althans) in de gemeente Leeuwarden, met een ander of anderen, op of aan de openbare weg, de Nieuwestad (NZ), in elk geval op of aan een openbare weg, openlijk met verenigde krachten geweld heeft gepleegd tegen een of meer (perso(o)n(en) te weten M.W. Tj. en/of P.T.O. en/of tegen een goed, te weten een fiets,

welk geweld bestond uit (enz.; red.);

(artikel 141 lid 1 Wetboek van Strafrecht)

meer subsidiair zo het vorenstaande niet mocht leiden tot schuldigverklaring van en strafoplegging aan verdachte,

verdachte op of omstreeks 13 september 1997 te Leeuwarden, (althans) in de gemeente Leeuwarden, opzettelijk heeft deelgenomen aan een aanval of vechterij, waarin onderscheiden personen te weten hij, verdachte, (enz; red.)

De gevorderde aanvulling in hoger beroep

Deze vordering houdt in dat als primair feit wordt ingevoegd het hierna omschreven feit van art. 287 Sr, te weten dat:

"verdachte op of omstreeks 13 september 1997 te Leeuwarden (althans) in de gemeente Leeuwarden, tezamen en in vereniging met P.J. de W. en/of D.S. en/of P.W., althans met anderen of een ander, althans alleen, opzettelijk M.W. Tj. van het leven heeft beroofd, immers heeft hij, verdachte, en/of één of meer van zijn mededader(s), deze M.W. Tj. met kracht tegen diens hoofd en/of één of meer (ander(e)) lichaamsde(e)l(en) geslagen en/of gestompt en/of getrapt en/of geschopt, ((mede) waardoor (het hoofd van) deze M.W. Tj. tegen het wegdek is

geslagen en/of gevallen,) (mede) tengevolge van voornoemd handelen M.W. Tj. is overleden."

De vordering houdt voorts in dat als subsidiair feit wordt ingevoegd het hierna omschreven feit van art. 302 Sr, te weten dat:

"verdachte op of omstreeks 13 september 1997 te Leeuwarden (althans) in de gemeente Leeuwarden, tezamen en in vereniging met P.J. de W. en/of D. S. en/of P. W., althans met anderen of een ander, althans alleen, aan een persoon genaamd M.W. Tj. opzettelijk zwaar lichamelijk letsel te weten (onder meer) zeer ernstig hersenletsel heeft toegebracht, hierin bestaande dat hij, verdachte, en/of één of meer van zijn mededader(s), met kracht die Tj. tegen het hoofd en/of tegen één of meer (ander(e)) lichaamsde(e)l(en) heeft getrapt en/of geschopt en/of gestompt en/of geslagen, ((mede) waardoor (het hoofd van) deze M.W. Tj. tegen het wegdek is geslagen en/of gevallen,) (mede) tengevolge van voornoemd handelen M.W. Tj. is overleden."

Tot slot houdt de vordering in dat wordt ingevoegd het hierna omschreven feit van art. 300 Sr, te weten dat:

"verdachte op of omstreeks 13 september 1997 te Leeuwarden (althans) in de gemeente Leeuwarden, tezamen en in vereniging met P.J. de W. en/of D. S. en/of P. W., althans met anderen of een ander, althans alleen, opzettelijk mishandelend een persoon te weten M.W. Tj. tegen het hoofd en/of één of meer (ander(e)) lichaamsde(e)l(en) heeft geslagen en/of gestompt en/of getrapt en/of geschopt, ((mede) waardoor (het hoofd van) deze M.W. Tj. tegen het wegdek is geslagen en/of gevallen), (mede) tengevolge van voornoemd handelen M.W. Tj. is overleden."

Beslissing Hof

Het hof acht de vordering wijziging telastelegging voor toewijzing vatbaar, nu er sprake is van hetzelfde feit in de zin van artikel 313 van het Wetboek van Strafvordering jo. artikel 68 van het Wetboek van Strafrecht, aangezien zowel het aanvankelijk telastegelegde feitencomplex als het feitencomplex zoals dat omschreven is in de vordering wijziging telastelegging eenheid van tijd en plaats vertoont en er voorts sprake is van een wezenlijke samenhang in de verwijten die in de telastelegging worden gemaakt.

Het hof wijst derhalve de vordering van de procureur-generaal tot wijziging van de telastelegging toe, in dier voege dat de drie in de vordering omschreven varianten primair, subsidiair en meer subsidiair, vooraf gaan aan de aanvankelijk als zodanig telastegelegde varianten, die echter nu als meer meer subsidiair, meer meer meer subsidiair en meest subsidiair gelden.

Bewezenverklaring

Bewezenverklaard is dat verdachte op 13 september 1997 te Leeuwarden, in de gemeente Leeuwarden, tezamen en in vereniging met P.J. de W. en D. S. aan een persoon, genaamd M.W. Tj. opzettelijk zwaar lichamelijk letsel, te weten zeer ernstig hersenletsel heeft toegebracht, immers hebben hij en zijn mededaders, met kracht die Tj. tegen het hoofd getrapt en/of geschopt en gestompt en/of geslagen, terwijl tengevolge van voornoemd handelen M.W. Tj. is overleden.

Uitspraak

Het Hof heeft in hoger beroep de verdachte vrijgesproken van het hem bij inleidende dagvaarding primair tenlastegelegde en hem voorts ter zake van "medeplegen van zware mishandeling, terwijl het feit de dood ten gevolge heeft" veroordeeld tot dertig maanden gevangenisstraf.

Cassatiemiddelen:

Middel I:

Schending van het recht en/of verzuim van vormen waarvan niet naleving nietigheid met zich meebrengt. In het bijzonder zijn de artikelen 313 Sv en 68 Sr (j^o 415 Sv) geschonden. Het Gerechtshof heeft bij de beslissing op de vordering tot wijziging van de telastelegging een onjuiste maatstaf gehanteerd. De telastelegging houdt hierdoor als gevolg van de door het Gerechtshof toegelaten wijzigingen mogelijk niet langer hetzelfde feit, in de zin van artikel 68 Sr, in.

Toelichting:

1. Het Gerechtshof heeft ten aanzien van de door de Procureur-Generaal gevorderde wijziging van de telastelegging het volgende overwogen: (enz.; zie Hof; red.)

2. Aldus heeft het Gerechtshof een onjuiste maatstaf gehanteerd.

3. Anders dan het Gerechtshof heeft gedaan, dient er bij de beoordeling van een door het openbaar ministerie gevorderde wijziging van de telastelegging, allereerst gekeken te worden naar de juridische samenhang tussen de strafbare feiten. Daarbij dient de strekking van de toepasselijke strafbepalingen en het verwijt dat de dader kan worden gemaakt een doorslaggevende rol te spelen, in die zin dat de strekking van de toepasselijke strafbepalingen niet mag verschillen en het verwijt dat de dader kan worden gemaakt gelijksoortig van aard moet zijn (HR 18 januari 1972, NJ 1972, 378, m.nt. CB; sindsdien vaste rechtspraak).

Het Gerechtshof heeft weliswaar vastgesteld dat er sprake is "van een wezenlijke samenhang in de verwijten die in de telastelegging worden gemaakt", maar rept met geen woord over de strekking van de toepasselijke strafbepalingen. Dat is merkwaardig in het licht van de vaste jurisprudentie van de Hoge Raad op dit punt, en wekt verbazing nu de verdediging uitdrukkelijk aan de orde heeft gesteld dat naar haar mening de strekking van de strafbepalingen verschilt.

4. Het Gerechtshof heeft bij de afweging ten onrechte het zwaartepunt gelegd bij de feitelijke toedracht ("het feitencomplex"). Uit het arrest van de Hoge Raad van 25 maart 1975, NJ 1975, 296 kan worden afgeleid dat de feitelijke toedracht bij het beantwoorden van de vraag of er sprake is van "hetzelfde feit" slechts een ondergeschikte rol speelt. Als de strekking van de toepasselijke strafbepalingen verschilt of het verwijt dat de dader kan worden gemaakt niet gelijksoortig is, is het niet van belang onder welke omstandigheden de feiten zijn begaan. Er dient dus in de eerste plaats een juridische afweging plaats te vinden.

5. Door de verdediging is uitdrukkelijk aangevoerd dat de strekking van de toepasselijke strafbepalingen verschilt en dat er om die reden geen sprake is van "hetzelfde feit" in de zin van artikel 68 Sr.

Openlijke geweldpleging (141 Sr) en het deelnemen aan een vechterij (306 Sr) hebben een andere strekking dan doodslag (287 Sr) en mishandeling (300/302 Sr).

Openlijke geweldpleging is een openbare orde delict. Artikel 141 Sr keert zich tegen het optreden in groepsverband. Wanneer men de geschiedenis van de totstandkoming van dit artikel bestudeert, ziet men dat de nadruk ligt op het samenrottende karakter van de mensenmenigte en de daaruit voortvloeiende schending van de openbare orde. Aanleiding voor de strafbaarstelling vormden onder andere de Harlinger aardappeloproer en de Franeker broodoproer in 1847. (Zie: W. Wedzinga, Openlijke Geweldpleging, diss. RUG 1992, hoofdstuk 2.)

Bij deelneming aan een vechterij gaat het ook om het collectief optreden. Weliswaar vormen het menselijk lichaam en de lichamelijke integriteit het beschermd belang, maar anders dan bij doodslag en mishandeling gaat het bij artikel 306 Sr om een collectieve aansprakelijkheid en niet om de individuele verantwoordelijkheid voor het gevolg. In zoverre ligt de strekking van artikel 306 Sr in het verlengde van die van artikel 141 Sr. Het gaat in beide strafbepalingen om vormen van groepsgeweld.

In artikel 287 en 300/302 Sr zijn specifieke schendingen van de lichamelijke integriteit strafbaar gesteld. De wetgever heeft heel bewust openlijke geweldpleging en deelneming aan een vechterij naast doodslag en mishandeling strafbaar gesteld. Dit om de nadruk te leggen op het openbare orde aspect c.q. de collectieve verantwoordelijkheid.

Zo beschouwd is de strekking van de afzonderlijke strafbepalingen niet gelijksoortig.

Middel II:

Schending van het recht en/of verzuim van vormen waarvan niet naleving nietigheid met zich meebrengt. In het bijzonder zijn de artikelen 423, tweede lid, Sv en/of 6 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) geschonden. Het Gerechtshof had na toewijzing van de vordering tot wijziging van de telastelegging de zaak moeten verwijzen naar de rechtbank van eerste aanleg. Door de ingrijpende wijziging van de grondslag van het onderzoek, kan thans niet worden gezegd dat in twee feitelijke instanties op de hoofdzaak is beslist.

Toelichting:

1. De rechter beraadslaagt en beslist op grondslag van de telastelegging. Die telastelegging kan ter terechtzitting worden gewijzigd. De wijziging zal slechts worden toegelaten indien zij blijft binnen de grenzen van "hetzelfde feit, in de zin van artikel 68 Sr". In de regel zal wijziging van de telastelegging er daardoor niet toe leiden dat de grondslag van het onderzoek ter terechtzitting (wezenlijk) wordt aangetast. Toch zijn er gevallen waarin dat wel het geval is. Dit heeft er mee te maken dat er in de Nederlandse strafvordering verschillende "feitsbegrippen" worden gehanteerd. De grondslag die geldt voor het beantwoorden van de vragen van de artikelen 348 en 350 Sv is niet identiek aan wat men in de rechtspraak verstaat onder "hetzelfde feit, in de zin van artikel 68 Sr".

2. Een wijziging van de telastelegging in appel betekent zonder meer dat "het feit" in zijn oorspronkelijke betekenis van "het feit zoals het in de telastelegging wordt omschreven" verandert. De verdachte wordt immers geconfronteerd met een veranderde omschrijving van het feit. Dat de verandering binnen de grens van "hetzelfde feit, in de zin van artikel 68 Sr" blijft, doet daaraan niet af.

3. Een wijziging in appel - die weliswaar binnen de grens van "hetzelfde feit, in de zin van artikel 68 Sr" blijft, maar waardoor de grondslag (wezenlijk) verandert - zal in beginsel tot gevolg moeten hebben dat de zaak wordt teruggewezen naar de rechter van eerste aanleg. Gebeurt dat niet - zoals in de onderhavige strafzaak het geval is geweest - dan betekent dat dat de verdachte een instantie verliest. Die consequentie is ongewenst en bovendien in strijd met het beginsel dat iedere verdachte recht heeft op een berechting in twee feitelijke instanties (vgl. art. 14, vijfde lid, Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR) en art. 6 EVRM j° art. 2, eerste lid, Zevende Protocol bij het EVRM).

4. Niet iedere wijziging van de telastelegging levert een verandering van de grondslag op die noopt tot terugwijzing van de zaak. Bij grondslagkwesies is in de regel maatgevend of een bepaalde beslissing "van belang is voor de strafrechtelijke betekenis van het feit". Hantering van deze maatstaf had in de onderhavige strafzaak ertoe moeten leiden dat het Gerechtshof de zaak na het toelaten van de wijziging had teruggewezen naar de rechter van eerste aanleg. Dat is niet gebeurd.

In eerste aanleg heeft de kwalificatie "doodslag" of "(zware) mishandeling" geen onderwerp van het geding uitgemaakt. Pas voor het eerst na de wijziging in hoger beroep werd rekwirant met deze nieuwe kwalificaties geconfronteerd. Het toelaten van de wijziging was in zoverre direct van invloed op de strafrechtelijke betekenis van het feit. Uiteindelijk is zelfs de veroordeling gebaseerd op een onderdeel van de telastelegging dat in eerste aanleg geen onderwerp van het geding uitmaakte (en dat toentertijd dus ook niet als grondslag voor de berechting heeft gediend).

Het Gerechtshof merkte hieromtrent (in het arrest bij de motivering van de opgelegde straf) het volgende op:

"Thans is de - in hoger beroep gewijzigde - telastelegging toegespitst op ernstiger strafbare feiten dan in eerste aanleg het geval was. Op basis van die telastelegging komt het hof tot bewezenverklaring van een zwaarder delict dan de rechtbank, te weten medeplegen van zware mishandeling met de dood als gevolg."

Rekwirant verbaast zich erover dat het Gerechtshof hierin geen aanleiding heeft gezien de zaak terug te wijzen naar de rechter van eerste aanleg.

5. Het in de Nederlandse strafvordering besloten liggende grondslagbeginsel - dat op zijn beurt een exponent is van het fair trial-beginsel (art. 6 EVRM) - moet garanderen dat de verdachte niet in de loop van het strafproces wordt overrompeld door wijziging of afwijking van het onderwerp van het geding. De verdachte moet er op kunnen vertrouwen dat de rechter alleen beslist over het telastegelegde feit.

Het onderwerp dient bij aanvang van de behandeling van de zaak in beginsel vast te liggen. Indien na aanvang van de behandeling het onderwerp wordt gewijzigd, dient de verdachte in de gelegenheid te worden gesteld zijn verdediging daarop af te stemmen (vgl. art. 314 Sv). Bij wijziging van de grondslag in hoger beroep, zal de zaak met het oog hierop in beginsel moeten worden teruggewezen naar de rechtbank.

6. De rechtbank heeft niet beraadslaagd en beslist op grondslag van de gewijzigde telastelegging. De nieuwe grondslag is geen onderwerp van het geding in eerste aanleg geweest. In zoverre heeft de rechtbank niet op de hoofdzaak beslist.

(Met beslissing over de hoofdzaak wordt bedoeld op een beslissing over een of meer van de materiële vragen van artikel 350 Sr. Artikel 350 Sr verplicht de rechter te beraadslagen "op den grondslag der telastelegging".)

In feite heeft rekwirant door de gang van zaken in hoger beroep zijn recht op behandeling van de zaak in twee feitelijke instanties verloren (vgl. G. Knigge, *Strafvordering in het geding*, preadvies NJV, 1994-I, p. 114; J. Boksem, *Op den grondslag der telastelegging*, diss. KUN, 1996, p. 300).

7. Artikel 423, tweede lid, Sv is strikt genomen (wellicht) niet voor deze situatie geschreven. De Hoge Raad heeft echter voor een aantal gevallen een uitbreiding gegeven aan de werking van lid 2 van artikel 423 Sv. Daarbij werd telkens bij de afweging betrokken dat in het tweede lid van artikel 423 Sv besloten ligt het beginsel dat een verdachte in een aan hoger beroep onderworpen zaak recht heeft op een behandeling in twee feitelijke instanties. Op grond van datzelfde beginsel had het Gerechtshof ook in de onderhavige zaak tot terugwijzing moeten besluiten.

(...)

Middel III:

Schending van het recht en/of verzuim van vormen waarvan niet naleving nietigheid met zich meebrengt. In het bijzonder is artikel 359 Sv j° 415 Sv en 47 Sr geschonden. De bewezenverklaring wordt niet volledig gesteund door de inhoud van de gebezigde bewijsmiddelen.

Toelichting:

1. Het Gerechtshof heeft ten laste van rekwirant bewezenverklaard: "dat verdachte op 13 september 1997 te Leeuwarden, in de gemeente Leeuwarden, tezamen en in vereniging met P.J. de W. en D.S., aan een persoon, genaamd M.W. Tj. opzettelijk zwaar lichamenlijk letsel, te weten zeer ernstig hersenletsel heeft toegebracht, immers hebben hij en zijn mededaders, met kracht die Tj. tegen het hoofd getrapt en/of geschopt en gestompt en/of geslagen, terwijl tengevolge van voornoemd handelen M.W. Tj. is overleden".

2. Een deel van de bewezenverklaring vindt geen, althans onvoldoende, steun in de gebezigde bewijsmiddelen. Het gaat dan om het gedeelte "dat hij ... tezamen en in vereniging ... met D.S. ... aan een persoon, genaamd M.W. Tj. opzettelijk zwaar lichamelijk letsel heeft toegebracht ...".

3. Uit de bewijsmiddelen blijkt niet van de nauwe, bewuste en volledige samenwerking tussen rekwirant en de in de bewezenverklaring genoemde D.S. De betrokkenheid van D.S. moet kennelijk worden afgeleid uit de conclusie van de deskundige K.G. Barnett die - met de nodige voorbehouden - als zijn mening te kennen geeft "dat de bevindingen de bewering ondersteunen dat de schoenen van D.S. de kneuzing hebben veroorzaakt op de linkerkant van de kaak van M.W. Tj.". Daarmee is echter niets gezegd over de samenwerking.

4. Bovendien staat het niet onomstotelijk vast dat de letselsporen die zijn aangetroffen in de hals van het slachtoffer daadwerkelijk zijn veroorzaakt door de genoemde D.S. Integendeel. De heer S. stond op 14 en 15 december 1998 niet in hoger beroep als verdachte terecht in deze zaak. Hij moest nog in eerste aanleg als verdachte voorkomen. Wat dat betreft is het merkwaardig dat het Gerechtshof in de zaak tegen rekwirant reeds een uitspraak heeft gedaan over de betrokkenheid van genoemde D.S.

Inmiddels heeft de rechtbank te Leeuwarden op 13 april 1999 onherroepelijk uitspraak gedaan in de strafzaak tegen de heer D.S. (parketnummer: 17/075553-97). De rechtbank heeft de heer S. van alle telastegelegde varianten vrijgesproken. Hij moet dus voor onschuldig worden gehouden.

(...)

Middel IV:

Schending van het recht en/of verzuim van vormen waarvan niet naleving nietigheid met zich meebrengt. In het bijzonder zijn de artikelen 47, (55 lid 2), 302 en 306 Sr, alsmede artikel 350 j° 415 Sv geschonden. Het Gerechtshof heeft ten onrechte geen "bijzondere regeling" aangenomen.

(...)

Hoge Raad:

3. Beoordeling van het eerste middel

3.1. Het middel behelst de klacht dat het Hof bij de beslissing op de vordering tot wijziging van de tenlastelegging een onjuiste maatstaf heeft gehanteerd, waardoor de tenlastelegging als gevolg van de door het Hof toegelaten wijzigingen niet langer hetzelfde feit in de zin van art. 68 Sr inhoudt.

3.2.1. De zakelijke inhoud van de oorspronkelijke tenlastelegging is weergegeven onder 3.1.1 in de conclusie van de Advocaat-Generaal.

3.2.2. Ter terechtzitting van het Hof van 14 december 1998 heeft de Procureur-Generaal een vordering tot wijziging van de tenlastelegging ingediend waarvan de inhoud staat weergegeven onder 3.1.2 van de conclusie van de Advocaat-Generaal.

3.2.3. Het Hof heeft op de terechtzitting van 14 december 1998 de vordering tot wijziging van de tenlastelegging toegewezen op de onder 3.1.4 van de conclusie van de Advocaat-Generaal genoemde gronden.

3.3. Het Hof heeft bij de toewijzing van de vordering tot wijziging van de tenlastelegging de juiste maatstaf aangelegd, te weten of de in de aanvankelijke tenlastelegging - in verschillende subsidiaire varianten - opgenomen gedragingen hetzelfde feit in de zin van art. 313, tweede lid, Sv in verbinding met art. 68 Sr opleveren als de in de vordering tot wijziging van de tenlastelegging - eveneens in verschillende subsidiaire varianten - opgenomen gedragingen. Ook heeft het Hof geen blijk gegeven van miskennis van die maatstaf. In het arrest van het Hof ligt besloten dat het Hof heeft gelet op de verwantschap tussen de verschillende delictomschrijvingen waarop de oorspronkelijke tenlastelegging en de wijziging daarvan zijn toegesneden. Voorts ligt erin besloten dat de in die oorspronkelijke tenlastelegging en de

wijziging daarvan verweten gedragingen zijn begaan onder omstandigheden waaruit blijkt van een zodanig verband met betrekking tot de gelijktijdigheid van die gedragingen en de wezenlijke samenhang in het handelen en de schuld van de verdachte, dat de gedachte achter de in art. 313, tweede lid, Sv opgenomen beperking, die naar art. 68 Sr verwijst, meebrengt dat de gevorderde wijziging toelaatbaar is. Daartoe is niet nodig, anders dan in de toelichting op het middel wordt gesteld, dat de strekking van de verschillende delictomschrijvingen dezelfde is. Een wijziging zou echter ontoelaatbaar zijn indien de strekking van de verschillende delictomschrijvingen wezenlijk zou uiteenlopen.

3.4. Het middel faalt.

4. Beoordeling van het tweede middel

4.1. In het middel wordt erover geklaagd dat het Hof ten onrechte, nadat de vordering tot wijziging van de tenlastelegging was toegewezen, de zaak niet heeft teruggewezen naar de Rechtbank omdat de ingrijpende wijziging van de grondslag van het onderzoek die het gevolg is van die wijziging van de tenlastelegging ertoe leidt dat thans niet kan worden gezegd dat in twee feitelijke instanties op de hoofdzaak is beslist.

4.2. Het middel kan niet tot cassatie leiden op de gronden vermeld onder 4 in de conclusie van de Advocaat-Generaal.

5. Beoordeling van het derde middel

5.1. Het derde middel behelst de klacht dat de in de bestreden uitspraak opgenomen bewezenverklaring niet volledig gesteund wordt door de inhoud van de door het Hof gebezigde bewijsmiddelen. In het bijzonder wordt blijkens de toelichting op het middel bestreden dat uit de gebezigde bewijsmiddelen valt af te leiden dat de verdachte tezamen en in vereniging met D.S. opzettelijk zwaar lichamelijk letsel heeft toegebracht aan het slachtoffer.

5.2. Het Hof heeft blijkens de gebezigde bewijsmiddelen voorzover voor de beoordeling van het middel van belang, vastgesteld:

(i) dat de verdachte samen met twee anderen op stap is geweest en dat zij D.S. tegenkwamen die toen met hen mee ging;

(ii) dat zij geweld tegen een fiets hebben gepleegd, waarover het latere slachtoffer van enige afstand heeft geroepen dat zij daarmee moesten ophouden;

(iii) dat de vier personen na deze opmerking elkaar aankeken en overleg met elkaar hadden en vervolgens hard renden in de richting van de groep personen waartoe het latere slachtoffer behoorde;

(iv) dat tijdens dit rennen uit de groep van vier personen werd geroepen. "wie is de eerste" en/of "wie van de drie zullen we als eerste pakken";

(v) dat de verdachte tijdens de vechtpartij die volgde het latere slachtoffer heeft geslagen en geschopt;

(vi) dat de krachtinwerking op de kaakhoek, die op zichzelf de dood van het slachtoffer kan hebben veroorzaakt, zichtbaar was door de afdruk van een schoen, terwijl de enige schoen waarmee deze afdruk kan zijn veroorzaakt de schoen van D.S. was;

(vii) dat de verdachte door zijn handelen willens en wetens de aanmerkelijke kans heeft aanvaard en op de koop toe heeft genomen dat het latere slachtoffer zwaar lichamelijk letsel zou bekomen ten gevolge van het door de verdachte uitgeoefende geweld;

(viii) dat D.S. en een andere medeverdachte op enige afstand hebben staan te wachten toen de verdachte en nog een andere medeverdachte nog aan het vechten waren;

(ix) dat de vier aanvallers vervolgens zijn weggerend en naar elkaar geschreeuwd hebben in de trant van "Heb je gezien wat ik heb gedaan en zo".

Uitgaande van deze vaststellingen heeft het Hof, zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting op toereikende gronden geoordeeld dat de samenwerking tussen de verdachte en D.S. zo nauw en volledig is geweest dat hij het feit tezamen en in vereniging met die S.

heeft begaan. De aangevoerde omstandigheid dat D.S. door de Rechtbank ter zake van het hem tenlastegelegde is vrijgesproken, kan daaraan niet afdoen.

5.3. Het middel faalt derhalve.

6. Beoordeling van het vierde middel

6.1. Het middel houdt in dat het Hof ten onrechte geen "bijzondere regeling" heeft aangenomen door de bewezenverklaring niet te kwalificeren als art. 306, aanhef en onder 2°, Sr.

6.2. Het middel kan niet tot cassatie leiden. Art. 306 Sr bevat niet alle bestanddelen van art. 302 Sr. Voorts bestaat er geen grond om aan te nemen dat de wetgever desondanks tussen de artikelen 306 en 302 Sr een verhouding als bedoeld in het tweede lid van art. 55 Sr heeft gewild. Daar komt bij dat de wetgever in art. 306 Sr uitdrukkelijk ieders verantwoordelijkheid voor de bijzondere door hem bedreven feiten in stand heeft gelaten. Ook overigens noopte geen rechtsregel het Hof art. 302 Sr buiten toepassing te laten.

7. Slotsom

Nu geen van de middelen tot cassatie kan leiden, terwijl de Hoge Raad ook geen grond aanwezig oordeelt waarop de bestreden uitspraak, voorzover aan het oordeel van de Hoge Raad onderworpen, ambtshalve zou behoren te worden vernietigd, moet het beroep worden verworpen.

8. Beslissing

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

Conclusie A-G mr. Machielse:

1. Bij arrest van 24 december 1998 is verzoeker door het gerechtshof te Leeuwarden vrijgesproken van het primair tenlastegelegde en ter zake van het subsidiair tenlastegelegde "medeplegen van zware mishandeling, terwijl het feit de dood ten gevolge heeft" veroordeeld tot dertig maanden gevangenisstraf.

De onderhavige zaak is gelet op de grote aandacht die de media hieraan hebben besteed beter bekend als de - naar het slachtoffer genoemde - "Tjoelkerzaak".

2. Namens verzoeker heeft mr. J. Boksem, advocaat te Leeuwarden, vier middelen van cassatie voorgesteld.

3. Het eerste middel richt zich op de toewijzing van de vordering tot wijziging van de tenlastelegging in hoger beroep. De steller van het middel klaagt erover dat het hof dienaangaande een onjuiste maatstaf heeft gehanteerd en baseert zich op het standpunt dat de tenlastelegging als gevolg van die wijziging "mogelijk" niet langer hetzelfde feit in de zin van art. 68 Sr inhoudt.

3.1.1. De inleidende dagvaarding houdt primair het aan verzoeker verweten feit van art. 141, tweede lid, sub 3 Sr in. Zakelijk weergegeven was primair tenlastegelegd dat verzoeker op 13 september 1997 te Leeuwarden in vereniging op of aan de openbare weg openlijk met verenigde krachten geweld heeft gepleegd tegen onder meer M.W. Tj., welk geweld bestond uit het opzettelijk slaan en/of stompen en/of schoppen en/of trappen tegen het lichaam van die Tj., waarbij verdachte voornoemde Tj. met kracht met zijn vuisten tegen het hoofd heeft geslagen, geschopt en getrapt, welk door hem gepleegd geweld de dood van die Tj. ten gevolge heeft gehad.

De inleidende dagvaarding houdt subsidiair het aan verzoeker verweten feit van art. 141, eerste lid, Sr in. Zakelijk weergegeven staat daar, dat verzoeker op 13 september 1997 te Leeuwarden in vereniging op de openbare weg openlijk met verenigde krachten geweld heeft gepleegd tegen onder meer M.W. Tj., welk geweld bestond uit het opzettelijk slaan en/of schoppen en/of trappen tegen het lichaam van Tj, waarbij verzoeker voornoemde Tj. met kracht met zijn handen tegen het hoofd heeft geslagen en/of gestompt en/of waarbij verzoeker voornoemde Tj. tegen het hoofd heeft geschopt en/of getrapt.

De inleidende dagvaarding houdt meer subsidiair het aan verzoeker verweten feit van art. 306 aanhef en sub 2 Sr in. Zakelijk weergegeven inhoudende, dat verzoeker op de hiervoor genoemde datum en plaats opzettelijk heeft deelgenomen aan een aanval of vechterij waarin onderscheiden personen te weten onder meer verzoeker en/of Tj. en/of P. W. waren gewikkeld, welke aanval of vechterij de dood van M.W. Tj. tengevolge heeft gehad.

3.1.2. Blijkens het proces-verbaal van de terechtzitting van het hof van 14 en 15 december 1998 heeft de procureur-generaal aldaar, nadat hij de zaak heeft voorgedragen, gevorderd dat de tenlastelegging wordt gewijzigd overeenkomstig de door hem op schrift gestelde en aan het hof overgelegde vordering wijziging tenlastelegging (enz.; zie Hof; red.)

3.1.3. Blijkens het proces-verbaal van de terechtzitting van het hof van 14 en 15 december 1998 heeft verzoekers raadsman tegen de toelating van die wijziging bezwaar gemaakt en het hof verzocht de vordering tot wijziging van de tenlastelegging af te wijzen. De raadsman heeft dienaangaande betoogd:

"De voorgestelde wijziging valt niet binnen de grenzen die artikel 68 van het Wetboek van Strafrecht stelt. Een wijziging is slechts toegelaten wanneer sprake is van "hetzelfde feit". Doodslag en de varianten van mishandeling zijn andere feiten dan openlijke geweldpleging. Niet gezegd kan worden dat deze strafbare feiten dezelfde strekking hebben en hetzelfde verwijt aan de verdachte maken. De strekking van het strafbaar stellen van doodslag is bescherming van het leven; de strekking van het strafbaar stellen van mishandeling is de bescherming van de lichamelijke integriteit en bescherming tegen eventueel gevaar voor het leven. Bij het delict openlijke geweldpleging ligt de nadruk op de bescherming van de openbare orde. Derhalve is de strekking een geheel andere. Alleen al om die reden is er sprake van een ander feit."

3.1.4. Het hof heeft blijkens evengenoemd proces-verbaal het onderzoek ter zitting daarop geschorst om zich te beraden en - na hervatting van het onderzoek - aldaar het volgende medegedeeld: (enz.; zie Hof; red.)

3.2.1. Met de steller van het middel ben ik het niet eens dat in de uitspraken van de Hoge Raad welke zijn gepubliceerd in HR NJ 1972, 378, m.nt. CB en HR NJ 1975, 296 - in zijn algemeenheid - een kentering in de door de Hoge Raad aangelegde toetsingsmaatstaf valt te bespeuren bij de vraag of sprake is van hetzelfde feit in de zin van art. 68 Sr. Hoogstens is er sprake van een lichte verschuiving. In het arrest Emmense bromfietser (HR NJ 1962, 89) leerde de Hoge Raad dat, hoewel de ratio der onderscheiden strafbepalingen verschilt,

"gelet op de verwantschap in de gedragingen, die in beide bepalingen zijn strafbaar gesteld, beide daarin strafbaar gestelde feiten kunnen worden begaan onder omstandigheden, waaruit blijkt van een zodanig verband met betrekking tot de gelijktijdigheid van de gedragingen en den wezenlijken samenhang in het handelen en in de schuld van den dader, dat de strekking van art. 68 Sr. medebrengt (etc.)."

In het arrest Joyriding IV (HR NJ 1972, 378) was de casus aldus dat de verdachte zonder toestemming in een auto was gaan rijden. Na in Hellevoetsluis met die auto te hebben gereden veroorzaakte verdachte met de auto in Oostvoorne een ongeval. Voor het rijden in Hellevoetsluis was verdachte onherroepelijk wegens joyriding veroordeeld. Daarna werd hij vervolgd voor overtreding van art. 25 Wegenverkeerswet (WVW) en van art. 13 Reglement verkeersregels en verkeerstekens (RVV) te Oostvoorne. De rechtbank verklaarde de officier niet-ontvankelijk in de vervolging omdat er van hetzelfde feit sprake zou zijn geweest, waarbij de rechtbank sterk benadrukte dat de onderscheiden strafbepalingen dezelfde strekking zouden hebben. De Hoge Raad casseerde:

"dat weliswaar art. 37 hierin overeenstemt met die beide andere bepalingen, dat zij alle drie betrekking hebben op gedragsregels welke degenen die aan het verkeer deelnemen in acht

hebben te nemen, doch dit niet wegneemt, dat de strekking van art. 37 verschilt van die van de beide andere bepalingen;

dat met name niet gezegd kan worden dat art. 37 strekt ter bevordering van de verkeersveiligheid in dezelfde rechtstreekse zin als dit ten aanzien van art. 25 of art. 13 het geval is, terwijl ook het verwijt dat de dader wegens een overtreding van art. 37 kan worden gemaakt niet van gelijksoortige aard is als wanneer het gaat om een overtreding van een der beide andere bepalingen;."

Franken schrijft dat uit dit arrest valt op te maken dat een beroep op art. 68 Sr reeds moet falen als de strafbepalingen in het geheel niet verwant zijn.¹ Dat standpunt lijkt bevestiging te vinden in het arrest HR NJ 1975, 296 (beschonken zondagsrijder) waarin de Hoge Raad het volgende stelde:

"dat de strekking van art. 26, lid 1, WVV een geheel andere is dan die van art. 2, lid 1, Beschikking verbruiksbeperking motorbrandstoffen tijdens het weekeinde, terwijl ook het verwijt dat de dader kan worden gemaakt wegens overtreding van eerstgemelde bepaling niet van gelijksoortige aard is als wanneer het gaat om overtreding van laatstgemelde bepaling;."

Ik kan mij niet aan de indruk onttrekken dat art. 68 Sr kan tussenkomen ook als de verschillende strafbepalingen op grond waarvan achtereenvolgens wordt vervolgd een verschil in strekking vertonen, als overigens toch een onmiskenbare onderlinge samenhang der verschillend omschreven gedragingen bestaat. Ik wijs daartoe op HR NJ 1997, 209, waarin voor het ene gerechtshof werd vervolgd voor gebruikmaken van een vals geschrift, terwijl voor een ander gerechtshof verdachte - nog niet onherroepelijk - was veroordeeld voor het misdrijf van art. 140 Sr. Het eerste gerechtshof had een beroep op het ne bis in idem-beginsel afgewezen. De Hoge Raad casseerde en overwoog daartoe:

"Ook al is de strekking van art. 140 Sr een andere dan die van art. 225 Sr, het valt niet uit te sluiten dat met betrekking tot in opeenvolgende telasteleggingen omschreven feiten, strafbaar ingevolge art. 140 Sr onderscheidenlijk art. 225 Sr, sprake is van omstandigheden waaruit blijkt van een zodanig verband met betrekking tot de gelijktijdigheid van de gedragingen en de wezenlijke samenhang in het handelen en de schuld van de verdachte, dat ook dan beginselen van een behoorlijke procesorde zich ertegen verzetten dat tegen degene die ter zake van art. 140 Sr is of wordt vervolgd, vervolgens ook ter zake van feiten strafbaar ingevolge art. 225 Sr een vervolging wordt ingesteld."

Alleen wanneer er van een wezenlijk verschil in strekking sprake is zal dat verschil reeds zelfstandig de verwerping van het beroep op art. 68 Sr kunnen dragen.² Aldus is naar ik begrijp ook de opvatting van Franken.

Om de vraag of sprake is van hetzelfde feit in de zin van art. 68 Sr bevestigend te beantwoorden is dus - in samenhang bezien - bepalend dat: a) de strekking van de overtreden bepalingen niet wezenlijk uiteenloopt, èn b) de feiten gelijktijdig zijn gepleegd èn c) er gelijksoortigheid is van het verwijt dat de dader kan worden gemaakt wegens overtreding van

¹ A.A. Franken, Hetzelfde feit, Nijmegen 1995, p. 52.

² DD 98.138. Ik citeer uit de oorspronkelijke tekst van het arrest: "'s Hofs oordeel dat de artikelen 16 en 18 van het Umsatzsteuergesetz en art. 68 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen niet dezelfde strekking hebben draagt de verwerping van het verweer zelfstandig (mijn cursivering, AM), geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is in het licht van de gedingstukken niet onbegrijpelijk. Immers, de aard van de belastingheffing - voorzover hier van belang - van ondernemers ter zake van levering van goederen onderscheidt zich wezenlijk (mijn cursivering, AM) van die van de belastingheffing van natuurlijke personen naar hun belastbare inkomen als bedoeld in art. 3 van de Wet op de Inkomstenbelasting 1964".

de bepalingen.³ Overigens ligt het - maar dan gemakshalve en ook anders dan de steller van het middel veronderstelt - naar mijn smaak voor de hand om eerst te bezien of de feiten al dan niet gelijktijdig zijn gepleegd. Is daarvan namelijk al geen sprake dan behoeft men - in het algemeen - aan de resterende onder a) en c) weergegeven wat lastiger juridische afwegingen niet (meer) toe te komen.⁴

3.2.2. Daarnaast wil ik er op voorhand nadrukkelijk - meer in het bijzonder - op wijzen dat ook Corstens het oude in de jurisprudentie van de Hoge Raad ontwikkelde criterium van de "Emmense bromfietser" - gelet op HR NJ 1995, 252 - geenszins verlaten acht.⁵

3.3. Voorzover de steller van het middel betoogt dat het hof ten onrechte het "zwaartepunt" heeft gelegd "bij de feitelijke toedracht", kan het middel reeds niet tot cassatie leiden bij gebrek aan feitelijke grondslag. Het enkele feit dat het hof aan zijn oordeel dat sprake is van hetzelfde feit in de zin van art. 68 Sr - ten eerste - als zijn oordeel ten grondslag heeft gelegd dat zowel het aanvankelijk tenlastegelegde feitencomplex als het feitencomplex zoals dat omschreven is in de vordering wijziging tenlastelegging eenheid van tijd en plaats vertoont, brengt namelijk niet mee dat het hof daarop een zwaartepunt heeft willen leggen als door de steller van het middel bedoeld.

3.4. Voorzover de steller van het middel met de raadsman ter zitting de stelling poneert dat de strekking van de onderhavige relevante strafrechtelijke bepalingen "verschilt" ben ik het - op zichzelf genomen - met de steller van het middel wel eens. Toch faalt het middel ook in zoverre het hierover klaagt. Met dit in te absolute bewoordingen gestelde betoog wordt namelijk - in zijn algemeenheid - het juridische kind met het badwater weggegooid. Van belang voor de beantwoording van de onderhavige rechtsvraag is immers - in beginsel - of de strekking van de onderhavige relevante strafrechtelijke bepalingen - gelet op het feitsbegrip van art. 68 Sr - gelijksoortig is. Dit impliceert evenwel niet dat die strekking gelijk dient te zijn, of in generlei opzicht mag verschillen. Die strekking mag, om met de door mij al aangehaalde annotator Mulder te spreken, niet te ver uiteenlopen, niet wezenlijk verschillen. De steller van het middel miskent deze nuance.

In dit verband wijs ik op HR 30 januari 1990, NJB 1990, 81. In die zaak kreeg de Hoge Raad te oordelen over een bezwaarschrift tegen de dagvaarding, waarin aan verdachte werd verweten dat hij feitelijk leiding had gegeven aan oplichting. Het slachtoffer zou bewogen zijn door een vals onderzoeksrapport. Verdachte beriep zich op art. 68 Sr omdat hij eerder onherroepelijk was veroordeeld voor het feitelijk leiding geven aan gebruikmaking van hetzelfde valse onderzoeksrapport jegens hetzelfde slachtoffer. De Hoge Raad besliste dat van hetzelfde feit sprake was nu de strekking van art. 225 Sr en die van art. 326 Sr te weten: bevordering van betrouwbaarheid van zekere mededelingen in het maatschappelijk verkeer, niet verschillen en de verwijten die een dader zou kunnen worden gemaakt wegens overtreding van deze bepalingen gelijksoortig van aard zijn. Als men alleen maar let op de plaats van de onderscheiden strafbepalingen en het rechtsgoed dat die bepalingen direct beschermen zou het voor de hand hebben gelegen als de Hoge Raad een verschillende strekking had aangenomen. Art. 225 Sr dient immers de "fides publica", art. 326 Sr het particuliere vermogen tegen bedrieglijke aantastingen. Ik neem aan dat de Hoge Raad hier is

³ Zie voor het verschil in de aangelegde toetsingsmaatstaf van de Hoge Raad vroeger en nu inzake de onderhavige rechtsvraag de noot van G.E. Mulder op HR NJ 1980, 445 en de aldaar aangehaalde literatuur en rechtspraak.

⁴ Corstens wijst voor uitzonderingen op deze algemene regel op art. 138 Sr (in verband met de locus delicti) en art. 225 Sr (in verband met de tempus delicti). Zie in verband met dit laatste ook HR NJ 1995, 252. Corstens, Het Nederlands strafprocesrecht, 2e druk, p. 190-191.

⁵ Corstens Het Nederlands strafprocesrecht, 2e druk, p. 191 en noot 56.

uitgegaan van een ruimer strekkingsbegrip dat zou kunnen worden aangeduid met "gelijksoortigheid".

3.5. Naar aanleiding van het middel en ambtshalve wil ik opmerken dat de strekking in enge zin van de onderhavige relevante strafrechtelijke bepalingen in mijn ogen niet gelijk is. Dit neemt m.i. echter niet weg dat de strekking van evenbedoelde bepalingen niet zo ver uiteenloopt dat men zou moeten oordelen dat de tenlastelegging als gevolg van de wijziging niet langer hetzelfde feit in de zin van art. 68 Sr zou inhouden. Aanvankelijk waren misdrijven tegen de openbare orde telastegelegd, maar wel misdrijven met een bijzondere coloratuur. Bij de openlijke geweldpleging is immers ook de veiligheid van personen en eigendommen in het geding.⁶ Voor de vechterij van art. 306 Sr geldt nog sterker dat dit delict verbonden is met de lichamelijke integriteit van personen. De feiten waarop de vordering tot wijziging van de telastelegging ziet strekken direct en uitsluitend tot bescherming van dit rechtsgoed. Als art. 225 Sr en art. 326 Sr qua strekking in verband met art. 68 Sr kunnen worden gelijkgesteld zal zeker hetzelfde gelden voor de hier aan de orde zijnde strafbepalingen. Als de verschillende strafbepalingen al een andere strekking wordt toegedicht, dan is in ieder geval het verschil tussen die strekkingen niet wezenlijk te noemen. De toetsing aan de strekkingseis geeft dus als resultaat dat er geen zodanig verschil in strekking is te constateren tussen de aanvankelijk tenlastegelegde delicten en de toegevoegde delicten dat er niet meer van "hetzelfde feit" in de zin van art. 68 Sr gesproken kan worden. Tenslotte merk ik op dat het geen verwondering wekt dat het hof er geen blijk van heeft gegeven de strekking der onderscheiden bepalingen in zijn afwegingen te hebben betrokken. In de rechtspraak van de Hoge Raad zijn meerdere voorbeelden aan te wijzen waar dit evenmin gebeurt en waar de Hoge Raad rechtstreeks doorstoot naar het verband met betrekking tot de gelijktijdigheid en de wezenlijke samenhang in het handelen en de schuld.⁷ De Hoge Raad heeft de leer, dat uitsluitend moet worden gelet op de letterlijke bewoordingen van de tenlastelegging, inmiddels achter zich gelaten en wel door nadrukkelijk aandacht te schenken aan het materiële feit.⁸ Dit betekent voor de onderhavige zaak dat vervolgens de vraag opdoemt of het feitelijk gebeuren, waarop telkens in de tenlastelegging wordt bedoeld, en dat waarop in de wijziging ervan wordt bedoeld, hetzelfde is. Het lijkt mij - gelet op de inhoud van de tenlasteleggingen als hiervoor onder 3.1.1 en 3.1.2 is weergegeven - zonneklaar dat zulks hier het geval is. In essentie gaat het immers telkens om vormen en variaties van opzettelijke geweldpleging, in vereniging, gepleegd op dezelfde datum en plaats en op dezelfde wijze, aan de gevolgen waarvan het slachtoffer Tj. is overleden.⁹ De andersluidende strekking in enge zin van de bepalingen waarop de hiervoor onder 3.1.1 en 3.1.2 bedoelde feiten zien doet hieraan in het onderhavige geval niet af.

In het licht van het vorenoverwogene moet ook 's hofs - mijns inziens juiste en niet onbegrijpelijke - oordeel worden begrepen dat er sprake is van een wezenlijke samenhang in de verwijten die in de telastelegging worden gemaakt.

Vanuit een iets andere ooghoek bekeken - die van de vervolging - kan het voorgaande ook aldus worden uitgedrukt. Gelet op de grote mate van verwantschap in de gedragingen die in

⁶ H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, Haarlem 1881, Tweede Deel, p. 90. Wedzinga schrijft: "Vanzelfsprekend zijn ook individuele rechtsgoederen, zoals het recht op eigendom en het recht op lichamelijke integriteit in het geding wanneer openlijk met verenigde krachten geweld wordt gepleegd", in *Openlijke geweldpleging*, Arnhem 1992, p. 56.

⁷ HR NJ 1997, 30; DD 98.176; HR NJ 1999, 331.

⁸ NLR aant. 4 op art. 68. Zie voor een kritische notie in deze J. Boksem, *Op de grondslag der telastelegging, Beschouwingen naar aanleiding van het Nederlandse grondslagstelsel* (diss.), *Ars Aequi Libri*, Nijmegen, 1996, p. 236-240.

⁹ Alleen in de primaire tenlastelegging is dit gevolg - de dodelijke afloop van het slachtoffer - ten aanzien van één feit niet genoemd, maar dit is voor de vraag of de wijziging van de dagvaarding door het hof terecht is toegewezen niet van belang.

de verschillende strafrechtelijke bepalingen in de inleidende dagvaarding en in de vordering wijziging tenlastelegging aan verzoeker worden verweten, duiden de daarin gestelde strafbare feiten op omstandigheden, waaruit een zodanig verband volgt met betrekking tot de gelijktijdigheid van de gedragingen en de wezenlijke samenhang in het handelen en in de schuld van de dader, dat de strekking van art. 68 Sr meebrengt dat verzoeker niet andermaal zou kunnen worden vervolgd ter zake van overtreding van de bepalingen van de vordering wijziging tenlastelegging, indien deze vordering niet zou zijn toegewezen door het hof.¹⁰ De consequentie van de in cassatie door de steller van het middel verdedigde opvatting zou immers zijn dat verzoeker, na veroordeling voor het misdrijf van art. 141 Sr (openlijke geweldpleging tegen M. Tj.) alsnog zonder enig probleem zou kunnen worden veroordeeld voor hetzelfde geweld tegen Tj., maar dan als doodslag verpakt.

's Hofs oordeel, dat het niet een wijziging van de tenlastelegging heeft toegelaten, als gevolg waarvan de tenlastelegging niet meer hetzelfde feit conform art. 68 Sr zou inhouden, zoals art. 313, tweede lid, Sv verbiedt, is in mijn ogen dus juist.¹¹

3.6. Het eerste middel faalt.

4. Het tweede middel berust op de stelling dat een wijziging in appel - die weliswaar binnen de grens van "hetzelfde feit, in de zin van artikel 68 Sr" blijft, maar waardoor de grondslag van de tenlastelegging (wezenlijk) verandert - tot gevolg moet hebben dat de zaak wordt teruggewezen naar de rechter in eerste aanleg. Dit zou ook hier moeten geschieden. Door de ingrijpende wijziging van de tenlastelegging kan thans niet worden gezegd dat in twee feitelijke instanties op de hoofdzaak is beslist, aldus het middel.

De steller van het middel betoogt - naar ik begrijp - in essentie dat de Hoge Raad zou dienen te komen tot een verdere jurisprudentiële uitbreiding van het bepaalde in art. 423, tweede lid, Sv.

4.1. De stelling in het middel vindt - naar de steller van het middel bevroedt, alleen al gelet op de toevoeging dat art. 423, tweede lid, Sv "strikt genomen (wellicht) niet voor deze situatie is geschreven" - geen steun in het recht. De jurisprudentiële uitbreiding aan de werking van art. 423, tweede lid, Sv door de Hoge Raad is, in elk geval tot op heden, uitdrukkelijk limitatief bedoeld. Een terugwijzing dient slechts - bij wege van uitzondering - plaats te vinden in twee te onderscheiden gevallen. Namelijk ten eerste indien - kort samengevat - de behandeling in eerste aanleg niet heeft plaatsgevonden door een onpartijdige rechterlijke instantie cfm. art. 6, eerste lid, EVRM. En ten tweede wanneer één van degenen die een kernrol vervullen in het strafproces niet op de zitting is verschenen, terwijl diegene niet op de hoogte is gebracht van die zittingsdag en daarmee evenmin anderszins bekend is geweest.¹² Noch hiervan noch van de hoofdregel van art. 423, tweede lid, Sv is in casu sprake. Voor een terugwijzing als in het middel wordt voorgestaan biedt de wet noch de jurisprudentie, tot op heden dan ook enige plaats.

Ik merk in dit verband op dat in de wetsgeschiedenis evenmin steun is te vinden voor een verruiming van art. 423 lid 2 Sv. In de toelichting op het wetsvoorstel dat heeft geleid tot de Wet van 14 september 1995, Stb. 441, in werking getreden op 2 november 1996 (Wet vormverzuimen) schrijft de minister over de mogelijkheid de tenlastelegging ook nog in appel te wijzigen het volgende:

¹⁰ Vgl. HR NJ 1962, 89 m.nt. BVAR (Emmense bromfietserarrest) en HR NJ 1995, 252.

¹¹ Steun voor deze opvatting vind ik in het in HR NJ 1986, 108 neergelegde oordeel van de Hoge Raad ten aanzien van - het in de inleidende tenlastelegging primair opgenomen feit van - art. 141 Sr en - het in de toegestane wijziging van de tenlastelegging in velerlei varianten voorkomende "grondfeit" van - art. 300 Sr. De Hoge Raad heeft daarin namelijk gesteld dat "geweld tegen personen" cfm. art. 141 Sr veeleer "mishandeling" cfm. art. 300 Sr zal opleveren en dat art. 141 Sr in zoverre een door openlijkheid en verenigde krachten gekwalificeerde vorm van art. 300 Sr is. Hetgeen voor de eenvoudige mishandeling geldt, gaat in mijn optiek evenzeer op voor de zware mishandeling van art. 302 Sr, zoals het hof in casu heeft bewezenverklaard.

¹² HR NJ 1996, 557.

"In de vijfde plaats merk ik op dat de huidige beperking van de wijzigingsbevoegdheid tot de behandeling in eerste aanleg, blijkens de memorie van toelichting, gebaseerd is op de idee dat het hoger beroep er alleen toe strekt "de juistheid en volledigheid van een beslissing der rechters nog in een tweede instantie te doen overwegen". Deze grondslag van het hoger beroep is niet meer in overeenstemming met het huidige beroep dat zich zeker in de meer zware en complexe zaken heeft ontwikkeld tot een geheel nieuwe behandeling ten gronde. Volgens het openbaar ministerie komt het niet zelden voor dat in dit soort zaken de verdediging zijn kruik in eerste aanleg droog houdt, zodat het zwaartepunt in de verdediging zich verplaatst naar de appelfase. Hierin treedt vaak een nieuwe raadsman op die totaal nieuwe verweren voert, nieuwe getuigen oproept en nieuw bewijsmateriaal produceert. Het komt ook voor dat een verdachte zich in eerste aanleg beroept op zijn zwijgrecht of verstek laat gaan, om dan vervolgens in hoger beroep met een nieuwe versie van de feiten te komen, die op zich niet onaannemelijk is en gestaafd wordt door getuigen, doch die niet past in het stramen van de telastelegging.

Gelet op het feit dat de appelprocedure soms kan leiden tot een behandeling van de zaak, waarin een andere visie op de feiten en de telastelegging naar voren komt, is er geen reden meer om de procureur-generaal ter zitting de bevoegdheid te onthouden de telastelegging te wijzigen, mits de grenzen van artikel 68 Sr in acht worden genomen en de verdediging in de gelegenheid wordt gesteld zich tegen de gewijzigde telastelegging te verweren. Nu in hoger beroep niet alleen het vonnis in eerste aanleg wordt getoetst, maar er sprake kan zijn van een nieuwe, feitelijke behandeling, waarbij de verdediging nieuw bewijsmateriaal mag produceren en nieuwe verweren mag voeren, is het noodzakelijk om de procureur-generaal de gelegenheid te geven hierop adequaat te reageren.

(...)

Op grond van deze argumenten stel ik voor de bevoegdheid van het openbaar ministerie om de telastelegging te wijzigen te verruimen op de wijze zoals in de tweede variant van de Commissie-Moons is uitgewerkt. Dit betekent dat het openbaar ministerie in eerste aanleg en in hoger beroep de bevoegdheid krijgt een wijziging van de telastelegging te vorderen. Deze vordering behoeft niet meer vóór het requisitoir van het openbaar ministerie te worden ingediend. De wijziging mag er echter niet toe leiden dat een ander feit in de zin van artikel 68 Sr ten laste wordt gelegd.

Als bijvoorbeeld tijdens het onderzoek ter terechtzitting blijkt dat de telastelegging moet worden gewijzigd, de tijd of plaats niet klopt of omdat de kwalificatie van het feit niet spoort met hetgeen tijdens het onderzoek naar voren is gekomen, dan kan de officier van justitie ook na zijn requisitoir een wijziging van de telastelegging vorderen. Indien de rechtbank de vordering toewijst, doet zij de inhoud van de wijzigingen in het proces-verbaal van de terechtzitting opnemen. Aan de verdachte wordt een afschrift van de gewijzigde telastelegging op de zitting ter hand gesteld, tenzij met een afschrift van de wijziging kan worden volstaan. Is de verdachte niet aanwezig dan wordt hem de gewijzigde telastelegging zo spoedig mogelijk betekend. De rechtbank schorst het onderzoek. Met toestemming van de verdachte kan echter het onderzoek aanstonds worden voortgezet. In hoger beroep beschikt de procureur-generaal eveneens over deze bevoegdheid.

Omdat de wijziging van de telastelegging er niet toe mag leiden dat een ander feit in de zin van artikel 68 Sr wordt ten laste gelegd, is er geen gevaar dat hierdoor het recht van de verdachte op een tweede feitelijke instantie wordt beperkt."¹³

De minister was kortom van mening dat de voorgestelde procedure ook in hoger beroep enerzijds nodig is en anderzijds voldoende waarborgen aan de verdediging biedt, waardoor een terugwijzing naar de rechtbank niet nodig is. Toch stuitte de wijzigingsmogelijkheid in appel op zulke bezwaren dat het kamerlid Rabbæ bij motie een nieuw art. 422b voorstelde met de volgende inhoud:

"1. Indien bij de behandeling in hoger beroep de vordering tot wijziging van de telastelegging op grond van artikel 313 wordt toegewezen, verwijst het gerechtshof de zaak naar de rechtbank, tenzij de verdachte te kennen geeft in te stemmen met voortzetting van de behandeling.

2. De rechtbank behandelt de zaak op grond van de gewijzigde telastelegging.

De aanvulling was bedoeld om het verlies van een instantie voor de verdachte zoveel mogelijk te beperken.¹⁴ Tijdens de beraadslagingen in de Tweede Kamer is de problematiek uitvoerig besproken.¹⁵ De minister keerde zich ferm tegen aanvaarding van de motie:

"Ik heb daar een aantal fundamentele bezwaren tegen. De eerste is een formeel bezwaar. Dit is tegen het systeem van de wet. Een appelinstantie doet een einduitspraak. Men wijst alleen terug wanneer men aan de behandeling van de inhoud van de zaak niet is toegekomen. Het invoeren van het idee van de heer Rabbæ zou dat systeem doorbreken. Het tweede bezwaar is dat de wijziging van de tenlastelegging alleen toegestaan kan worden als het gaat om hetzelfde feitencomplex. Dat verandert niet door de wijziging van de tenlastelegging. Naar mijn idee is er ook dan geen sprake van het missen van een feitelijke instantie. Uiteraard zal het hof - ik kom dan bij datgene wat hiervoor aan de orde is geweest - het onderzoek schorsen wanneer er een kwestie aan de orde is of het echt om hetzelfde feit gaat of niet. Wanneer het om hetzelfde feit gaat maar er is bijvoorbeeld een hele verandering van kwalificatie, dan zal het hof natuurlijk de behandeling schorsen.

(...)

De variant van de heer Rabbæ - het terugverwijzen - zou ik ten sterkste willen ontraden. Dat ontregelt echt het hele proces."¹⁶

Het amendement van Rabbæ is op 21 maart 1995 in de Tweede Kamer verworpen.¹⁷

Ook de wetsgeschiedenis draagt dus geen argumenten aan die tot terugwijzing door de appelrechter nopen als de tenlastelegging in hoger beroep is gewijzigd.

Ook hetgeen Krabbe krachtig heeft betoogd - zoals in het middel staat weergegeven - kan aan het vorenoverwogene niet afdoen. Zulks alleen al in aanmerking genomen omdat - zoals uit de bespreking van het eerste middel kan worden opgemaakt - hier geen sprake is van een grondslagverlating, terwijl Krabbe dit "criterium" bij zijn in het middel weergegeven betoog als uitgangspunt - of misschien beter gezegd als omslagpunt - neemt.

4.2. Ook het tweede middel faalt dus.

¹³ BHTK 1993-1994, 23 705, nr. 3, p. 11/12.

¹⁴ BHTK 1994-1995, 23 705, nr. 10.

¹⁵ Mevr. Soutendijk-van Appeldoorn, TK 59-3612; Van der Vlies, TK 59-3615.

¹⁶ TK 59-3623.

¹⁷ TK 60-3657.

5. In het derde middel wordt geklaagd over de bewijsmotivering. Deze zou ontoereikend zijn omdat uit de gebezigde bewijsmiddelen niet kan worden afgeleid dat tussen verzoeker en D. S. van een "nauwe, bewuste en volledige samenwerking" sprake is geweest, hetgeen temeer klemt nu genoemde S. door de rechtbank te Leeuwarden is vrijgesproken.

6.1. Ten laste van verzoeker is bewezenverklaard dat hij:

"op 13 september 1997 te Leeuwarden, in de gemeente Leeuwarden, tezamen en in vereniging met P.J. de W. en D. S., aan een persoon, genaamd M.W. Tj. opzettelijk zwaar lichamenlijk letsel, te weten zeer ernstig hersenletsel heeft toegebracht, immers hebben hij en zijn mededaders, met kracht die Tj. tegen het hoofd getrapt en/of geschopt en gestompt en/of geslagen, terwijl tengevolge van voornoemd handelen M.W. Tj. is overleden."

6.2. Blijkens de gebezigde bewijsmiddelen heeft het hof, voorzover voor de beoordeling van het middel van belang, vastgesteld:

- dat vier personen, onder wie verzoeker en S., reeds gezamenlijk op pad waren voordat de aanleiding tot de gewelddadigheden - een opmerking van Tj. over het door verzoeker ten aanzien van een fiets gepleegde geweld - zich had voorgedaan;

- dat zij, toen de bewuste opmerking werd gemaakt, eerst met elkaar overlegd hebben en zich vervolgens gevierden, rennend vanaf een brug, hebben begeven naar de groep waartoe het slachtoffer behoorde;

- dat een van verzoekers mededaders riep: "wie van de drie zullen we als eerste pakken";

- dat S. op een gegeven moment samen met De W. is weggelopen om op enige afstand te wachten tot de andere twee met de gewelddadigheden zouden ophouden en zich bij hen zouden voegen;

- dat zij na afloop van de vechtpartij tegen elkaar opmerkingen hebben gemaakt in de trant van: "heb je gezien wat ik gedaan heb" en soortgelijke opmerkingen;

- dat de enige schoen waarmee de afdruk op het hoofd van het slachtoffer kan zijn veroorzaakt de Nike Air Edge Max schoen van S. was.

6.3. Voorts heeft het hof ten aanzien van de gebezigde bewijsmiddelen overwogen:

"Nu verdachte tezamen met zijn vrienden op de groep personen van wie Tj. deel uitmaakte, is afgerend met de bedoeling hen "even te pakken" en De W., S. en verdachte vervolgens Tj. op brute wijze tegen het hoofd hebben gestompt en/of geslagen en getrapt en/of geschopt, door welk gezamenlijk uitgeoefend geweld Tj. zeer ernstig hersenletsel heeft bekomen, waarbij verdachte die Tj. met kracht meer keren in het gezicht heeft geslagen, is het hof van oordeel dat verdachte willens en wetens de aanmerkelijke kans heeft aanvaard en op de koop toe heeft genomen dat die Tj. zwaar lichamenlijk letsel zou bekomen ten gevolge van de mishandeling."

7. Het middel gaat er kennelijk vanuit dat het hof de betrokkenheid van S. bij het bewezenverklaarde feit uitsluitend heeft afgeleid uit de - in de bewijsmiddelen genoemde - omstandigheid dat een van de kneuzingen van het slachtoffer kan zijn veroorzaakt door een schoen van S. Die veronderstelling berust m.i. op een verkeerde lezing van de bestreden uitspraak, aangezien ook de door het hof vastgestelde overige feiten en omstandigheden zoals weergegeven onder 6.2 redengevend zijn voor 's hofs oordeel op dit punt. Voorzover het middel zich beroept op het feit dat de rechtbank S. heeft vrijgesproken van het hem tenlastegelegde, miskent het dat een (appel)rechter niet gehouden is zich te conformeren aan het oordeel van een andere rechter in de strafzaak tegen een medeverdachte.¹⁸

8. Uit de hiervoor onder 6.2 weergegeven vaststellingen heeft het hof m.i. kunnen afleiden dat tussen verzoeker en o.a. S. sprake is geweest van bewuste en nauwe samenwerking. Die vaststellingen houden immers in het bijzonder in dat zowel verzoeker als S. vanaf het begin

¹⁸ NLR aant. 6 bij art. 47 Sr.

deel hebben uitgemaakt van de groep personen die zich later op hun "tegenstanders" hebben gestort, dat zij voorafgaande aan de gezamenlijke geweldpleging gezamenlijk overleg hebben gevoerd en dat zij na afloop elkaar snoevend hebben verteld wat zij ieder wel niet hadden uitgehaald. Het komt mij voor dat 's hofs hieruit afgeleide oordeel dat verzoeker tezamen en in vereniging met de andere medeverdachten - S. inbegrepen - heeft gehandeld geenszins getuigt van een onjuiste rechtsopvatting.¹⁹

9. Het derde middel faalt dus eveneens.

10. Het vierde en laatste middel, dat erover klaagt dat het hof - dat het misdrijf van art. 302 Sr heeft bewezenverklaard - ten onrechte niet de "bijzondere regeling" heeft aangenomen van art. 306, onder 2°, Sr, faalt. En wel - alleen al - op de grond dat geen rechtsregel de rechter ertoe dwingt om bij een bewezenverklaring van art. 302 Sr (toch) art. 306, onder 2°, Sr aan te nemen. Integendeel, indien een aanval of vechterij uitloopt of gepaard gaat met mishandeling door de verdachte (mede)gepleegd is de rechter gedwongen om meerdaadse samenloop aan te nemen.²⁰ De tekst van art. 306 Sr laat dan ook ieders verantwoordelijkheid voor de bijzondere door hem bedreven feiten onverlet. Art. 306, onder 2°, Sr kan - onmiskenbaar - niet als een zogenoemde specialis van art. 302 Sr worden beschouwd, waarop de steller van het middel klaarblijkelijk het oog moet hebben gehad.

11. Nu ik ambtshalve geen gronden tot cassatie heb aangetroffen concludeer ik tot verwerping van het beroep.

¹⁹ Vgl. HR NJ 1987, 750; DD 97.224. Zie ook Van Toorenburg, Medeplegen, p. 119 e.v.

²⁰ T&C Sr aant. 12 op art. 306.