



Universiteit
Leiden

The Netherlands

Zoeken naar een rechtvaardiging voor gematigde cumulatie bij meerdaadse samenloop van strafbare feiten

Voorde, J. ten; Altena, J.; Cnossen, J.; Crijns, J.; Schuyt, P.; Voorde, J. ten

Citation

Voorde, J. ten. (2021). Zoeken naar een rechtvaardiging voor gematigde cumulatie bij meerdaadse samenloop van strafbare feiten. In J. Altena, J. Cnossen, J. Crijns, P. Schuyt, & J. ten Voorde (Eds.), *In onderlinge samenhang: Liber Amicorum Tineke Cleiren* (pp. 419-432). Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3464111>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3464111>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

ZOEKEN NAAR EEN RECHTVAARDIGING VOOR GEMATIGDE CUMULATIE BIJ MEERDAADSE SAMENLOOP VAN STRAFBARE FEITEN

Jeroen ten Voorde

1 INLEIDING

Op het moment van schrijven van deze bijdrage is bij de Eerste Kamer het wetsvoorstel herziening regeling meerdaadse samenloop in strafzaken in behandeling. Behandeling is eigenlijk niet het goede woord. Sinds de Eerste Kamer op 6 november 2018 een nader voorlopig verslag vaststelde,¹ waarin aanvullende vragen aan de minister van Justitie en Veiligheid werden gesteld, ligt de behandeling stil. Dat houdt wellicht verband met de vragen die door de Eerste Kamer aan de minister zijn gesteld. Deze vragen raken het wetsvoorstel en de regeling van meerdaadse samenloop in strafzaken in de kern. Eén van de vragen is waarom wordt vastgehouden aan het stelsel van gematigde cumulatie.

Wijziging van de wettelijke regeling van meerdaadse samenloop in strafzaken werd reeds in 2012 aangekondigd door de minister van Veiligheid en Justitie in een debat met de Tweede Kamer naar aanleiding van een vonnis van de Rechtbank Amsterdam waarin zij een onderdeel van de samenloopregeling (artikel 63 Sr) buiten toepassing had gelaten.² De rechtbank was van oordeel dat met toepassing daarvan een te lage gevangenisstraf kon worden opgelegd. De minister kon zich daarin vinden en kondigde een wetswijziging aan, zodat de rechter meer ruimte zou krijgen bij het bepalen van de hoogte van de gevangenisstraf in geval van meerdaadse samenloop. Zoals te doen gebruikelijk werd – alvorens met een wetsontwerp te komen – wetenschappelijk onderzoek geïnitieerd naar de regeling van meerdaadse samenloop. Dat juridisch-dogmatische, empirische en rechtsvergelijkende onderzoek werd uitgevoerd door Tineke Cleiren, Pauline Schuyt en auteur dezes. Wij

1 *Kamerstukken I* 2018/19, 34126, D. Deze bijdrage werd op 3 maart 2021 afgesloten. Ontwikkelingen die zich daarna hebben voorgedaan, zijn niet meegenomen.

2 Rb Amsterdam 14 oktober 2011, *NJ* 2012/468. In cassatie in het belang der wet vernietigde de Hoge Raad het vonnis (HR 9 februari 2013, *NJ* 2013/436, m.nt. Keijzer).

concludeerden onder andere dat aan wetswijziging geen behoefte bestond.³ De minister deed zijn belofte aan de Tweede Kamer echter gestand en kwam met een wetsvoorstel.⁴ De gang van het voorstel (van concept tot het aan de Eerste Kamer voorgelegde wetsontwerp) laat zien dat onderwerp leeft in beide Kamers, vooral bij die fracties die zich voorstaan op hun ferme houding jegens misdaad en straf.

Bestudering van de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel zou op het eerste gezicht de conclusie kunnen rechtvaardigen dat er een tamelijk oppervlakkig politiek spelletje wordt gespeeld over het door de rechter op te kunnen leggen strafmaximum (simpel gezegd neerkomend op: hoger, hoger, hoger). Als we de Kamerleden wat meer krediet geven, kan worden volgehouden dat een aantal fundamentele thema's de revue passeerden. De vraag of het Wetboek van Strafrecht een regeling van meerdaadse samenloop behoeft, wat de grondslag van die regeling zou moeten zijn en hoe zij zich verhoudt tot de regeling van herhaling van strafbare feiten (recidive), zijn vragen die ook door wetenschappers worden gesteld. Tijdens het plenaire debat over het wetsvoorstel had de minister van Justitie en Veiligheid niet de behoefte deze vragen te beantwoorden, ondanks herhaald aandringen vanuit de Tweede Kamer. Ook de Eerste Kamer heeft blijkens het nader voorlopig verslag behoefte aan antwoorden op meer fundamentele vragen. Het wordt tijd die vragen te adresseren. Wat volgt is een theoretische, vanuit de strafdoelen vertrekkende en aan de hand van rechtsbelangen en schuld uitgewerkte, verhandeling over meerdaadse samenloop van strafbare feiten. Ik beperk mij tot een zoektocht naar een rechtvaardiging van het stelsel van gematigde cumulatie.

2 MEERDAADSE SAMENLOOP IN HET NEDERLANDSE STRAFRECHT

Anders dan eendaadse samenloop en voortgezette handeling (artikel 55 en 56 Sr) is de regeling van meerdaadse samenloop (artikel 57 en 58 Sr) volgens de wet een strafmaximum-regeling en in de praktijk ook een straftoemtingsregeling. Bij meerdaadse samenloop heeft de rechter vastgesteld dat de feiten die de dader heeft begaan en die elk een strafbaar feit opleveren meer dan één verwijt opleveren. Het meervoudige verwijt roept de vraag op wat dit betekent voor de aan de dader op te leggen straf. De Nederlandse wetgever beant-

3 J.M. ten Voorde, C.P.M. Cleiren en P.M. Schuyt, *Meerdaadse samenloop in het strafrecht. Een onderzoek naar doel, grondslag, karakter, strekking en functie van de wettelijke regeling van meerdaadse samenloop (artikel 57-63 Sr)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

4 Zie M.J.A. Duker en F.C.W. de Graaf, 'Kanttekeningen bij het conceptwetsvoorstel meerdaadse samenloop in strafzaken', *DD* 2014, p. 364-375; F.C.W. de Graaf, *Meervoudige aansprakelijkheidstelling. Een analyse van rechtsfiguren die aansprakelijkheidstelling voor meer dan één strafbaar feit normeren* (diss. VU Amsterdam), Den Haag: Boom Juridisch 2018, p. 120-122; F.C.W. de Graaf, 'Recidive en meerdaadse samenloop bij de straftoemeting', *Tijdschrift voor rechtspraak en straftoemeting* 2019, p. 33-48.

woordde deze vraag slechts ten aanzien van het wettelijk strafmaximum en koos voor twee smaken: onbeperkte (of: zuivere) en beperkte cumulatie.

Voor onbeperkte cumulatie is gekozen ten aanzien van de geldboete en de overtredingen,⁵ voor de vrijheidsstraffen is voor een stelsel van beperkte cumulatie gekozen.⁶ Artikel 57, tweede lid, Sr bepaalt dat het maximum van de op te leggen straf is 'het totaal van de hoogste straffen op de feiten gesteld'. De opstelsom mag echter 'niet meer dan een derde boven het hoogste maximum' uitstijgen. Vandaar beperkte cumulatie. Ook artikel 58 Sr gaat uit van deze systematiek: cumulatie van ongelijksoortige vrijheidsstraffen is het vertrekpunt ('kan elk van die straffen worden opgelegd'), ook hier geldt dat zij 'te zamen in duur de langstdurende niet meer dan een derde mag overtreffen'. Aan deze systematiek wil de minister van Justitie en Veiligheid met het wetsvoorstel geen verandering brengen. Het wetsvoorstel beoogt slechts de teugels met betrekking tot het strafmaximum wat te laten vieren door het strafplafond niet op een derde, maar op de helft boven het hoogste maximum te stellen.⁷

Wat rechtvaardigt een regeling van meerdaadse samenloop in het Wetboek van Strafrecht? Die vraag werd tijdens de parlementaire behandeling van het aanhangige wetsvoorstel impliciet gesteld door voorstanders van afschaffing van de regeling. Zij brachten twee argumenten naar voren: de wet hoeft de rechter niet te beperken in de straftoemeting en de strafdoelen vereisen het bestaan van een wettelijke regeling van meerdaadse samenloop niet.⁸ Het laatste argument laat zich ook lezen als: het juiste stelsel is zuivere cumulatie. Op deze argumenten is het één en ander af te dingen.

3 MEERDAADSE SAMENLOOP MOET IN DE WET WORDEN GEREGLD

Het eerste argument richt zich niet zozeer op de inhoud van een regeling van meerdaadse samenloop maar op het bestaan ervan als zodanig. De omstandigheid dat de wetgever een regeling van meerdaadse samenloop opneemt, ongeacht hoe deze luidt, laat zich door het legaliteitsbeginsel verklaren. Artikel 1 lid 1 Sr eist dat de wetgever regels stelt aangaande de door de rechter op te leggen straf. Die eis vertaalt zich in de eerste plaats in een strafnorm per strafbaar feit. In de tweede plaats kent de wet algemene regels met betrekking tot de

5 Let wel: het maximum van de hechtenis is aan een wettelijke grens gebonden, dus hier is evenmin sprake van zuivere cumulatie. De vervangende hechtenis is eveneens aan een wettelijk maximum gebonden (art. 24c lid 3 jo. art. 62 lid 2 Sr). De onbeperkte cumulatie van geldboetes neemt niet weg dat de rechter bij het opleggen van een geldboete rekening houdt met de draagkracht van de veroordeelde (art. 24 Sr).

6 Over de taakstraf wordt met geen woord gerept. De wet bepaalt het maximum, waarbij irrelevant is of sprake is van meerdaadse samenloop (art. 22c lid 2 Sr).

7 *Kamerstukken II* 2015/16, 34126, nr. 3, p. 6; *Kamerstukken II* 2015/16, 34126, nr. 6, p. 6-11.

8 Vgl. de diverse voorstellen van Kamerleden in: *Kamerstukken II* 2017/18, 34126, nr. 7; *Kamerstukken II* 2017/18, 34126, nr. 9; *Handelingen II* 13 maart 2018, 60-30-e.v.

straffen (en maatregelen). In de derde plaats stelt de wet ook regels voor straffen in een aantal veelvoorkomende gevallen, waaronder poging, medeplichtigheid en meerdaadse samenloop. In die gevallen kan de rechter voor verschillende vragen worden gesteld.

Ten aanzien van meerdaadse samenloop kan het antwoord op de vraag welke straf de rechter maximaal mag opleggen afhankelijk zijn van het systeem van de wet (hoe moet het strafmaximum worden bepaald bij ongelijksoortige straffen en in geval van gelijktijdige berechting voor zowel misdrijven en overtredingen?). Zij kunnen ook andere vragen betreffen. Moet de rechter elk feit afzonderlijk bestraffen of dient één straf te worden uitgesproken? Wanneer de wetgever een bepaalde systematiek in het leven roept, lijkt het logisch dat de wetgever aan de rechter handvatten geeft hoe deze moet omgaan met vragen die in verband staan tot de door hemzelf gekozen systematiek. De rechter mag – in het belang van het behoud van systematiek maar ook in het licht van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid voor de rechtsburger – de gestelde vragen niet per geval beantwoorden.⁹

Gelet hierop kan men zich ook ten aanzien van het strafmaximum op het standpunt stellen dat dit een zaak van de wetgever is. De systematiek van ons Wetboek van Strafrecht is er één van strafmaxima. Dat blijkt uit de strafnormen per strafbaar feit, maar ook uit het algemeen deel (denk aan de strafmaxima bij poging en voorbereiding en aan de maximumduur van de taakstraf). Het legaliteitsbeginsel wordt kennelijk zo uitgelegd dat de wetgever de bovengrens van de straf bepaalt; de rechter heeft met inachtneming van die bovengrens ruimte om in een concreet geval de straf te bepalen. Dat de keuze voor het bepalen van de bovengrens aan de wetgever is, lijkt ook uit rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens te kunnen worden afgeleid. Het hof stelt de eis dat alleen de wet de straf mag bepalen en dat het strafrecht niet ten nadele van de verdachte extensief mag worden uitgelegd. Daarnaast moet de op te leggen straf toegankelijk en voorzienbaar zijn. Een strafmaximumloos strafrecht voldoet niet aan deze eisen, wanneer ook de rechter niet via zijn jurisprudentie duidelijke richtsnoeren geeft en hoeft te geven (want daartoe bijvoorbeeld niet of nauwelijks wordt aangemoedigd door de wetgever) voor de maximaal op te leggen straf. Deze regel wordt niet beperkt tot het strafmaximum per delict. Het hof eist ook toegankelijke en voorzienbare regels voor gevallen waarin meer dan één feit is begaan die tegelijkertijd worden berecht. Het gaat dan om gevallen van twee of meer onderscheiden strafbare feiten (bijvoorbeeld diefstal en dronken rijden), of van twee of meer dezelfde strafbare feiten (zoals vijf gevallen van oplichting). Met betrekking tot het laatste geval bepaalde het hof dat het opleggen van een straf, die hoger ligt dan het strafmaximum dat voor het strafbare feit kan worden opgelegd, terwijl de wet daarvoor geen mogelijkheid biedt, een schending van artikel 7 EVRM oplevert.¹⁰ Ook voor meerdaadse samenloop geldt met andere woorden dat de wet ('law') een strafmaximum moet bepalen.

9 Vgl. *Kamerstukken II* 2015/16, 34126, nr. 6, p. 9.

10 EHRM 7 februari 2012, Alimuçaj/Albanië, EHRC 2012/102 m.nt. Schoep.

4 OOK BIJ MEERDAADSE SAMENLOOP STAAT PROPORTIONEEL STRAFFEN
VOOROP

Het argument voor zuivere cumulatie wordt niet alleen onderbouwd met een beroep op rechterlijke straftoemingsvrijheid. Met een beroep op de straftheorieën kan bijvoorbeeld worden opgemerkt dat een andere regeling dan zuivere cumulatie leidt tot een beperking van de maximaal op te leggen straf en kan worden beschouwd als aanmoediging om meer strafbare feiten te begaan. Een rationele burger maakt een afweging tussen de kosten van straf en de baten van het begaan van strafbare feiten. Wanneer bij het begaan van meer strafbare feiten de gemiddelde kosten van straf omlaaggaan, vormt dat zowel voor de dader als voor derden een reden om meer strafbare feiten te begaan. Naast dit (generale en speciale) preventieperspectief, kan ook vanuit vergeldingsperspectief voor zuivere cumulatie worden gepleit. Wanneer vergelding wordt beschouwd als de proportionele reactie op toegebracht leed, welke ruimte is er dan om bij meer strafbare feiten een straf op te leggen die niet de opstelsom is van elke proportionele reactie op al het door de dader toegebrachte leed?

In hoeverre beide argumenten opgaan, valt met betrekking tot het preventieargument uiteindelijk slechts op basis van empirisch onderzoek vast te stellen. Bij het vergeldingsargument kan een aantal vragen worden gesteld. Heeft bijvoorbeeld het optellen van per feit proportionele straffen ook een proportionele totaalstraf (ervan uitgaande dat één straf wordt opgelegd (artikel 57 lid 1 Sr)) tot gevolg? Een andere vraag is wat precies wordt bedoeld met het leed dat door de dader is toegebracht. Het antwoord op beide vragen hangt af van wat men precies bedoelt met vergelding. Er zijn talloze interpretaties van vergelding ontwikkeld die elk daaraan een eigen invulling geven. Te zeggen dat vergelding altijd zuivere cumulatie zou omarmen, doet aan deze interpretaties van vergelding geen recht. Daarvoor is het gewenst zicht te hebben op: het achterliggende mensbeeld, de betekenis van het opleggen van straf en het toegebrachte leed in relatie tot andere strafbare feiten. Wanneer men bijvoorbeeld van oordeel is dat niemand het verdient om langer binnen dan buiten de muren van een gevangenis door te brengen, is zuivere cumulatie disproportioneel.¹¹ Indien men van mening is dat onderdeel van vergelding ook is het tijdens een publieke terechtzitting ter verantwoording worden geroepen,¹² dan is de vraag of dat niet reeds een deel van de op te leggen straf 'absorbeert' en zuivere cumulatie bijgevolg onrechtvaardig maakt. Indien men meent dat de gecumuleerde straf voor vijf diefstallen nooit hoger mag zijn dan de straf voor één verkrachting, omdat het leed dat één verkrachting

11 Zie voor een overzicht van deze zgn. 'decency' benaderingen Z. Hoskins, 'Multiple-Offence Sentencing Discounts. Score One for Hybrid Accounts of Punishment', in: J. Ryberg, J.V. Roberts & J.W. de Keijser (red.), *Sentencing Multiple Crimes*, Oxford (etc.): Oxford University Press 2018, p. 76-79.

12 Zie R.A. Duff, *Punishment, Communication, and Community*, Oxford (etc.): Oxford University Press 2001.

teweegbrengt altijd groter is dan het leed dat vijf diefstallen veroorzaakt,¹³ dan is zuivere cumulatie evenmin in overeenstemming met de voor vergelding vereiste proportionaliteit.

Het voorgaande maakt zichtbaar, dat wanneer met een beroep op vergelding voor zuivere cumulatie wordt gepleit, een antwoord moet worden geformuleerd op deze en andere interpretaties van vergelding in het geval van meerdaadse samenloop van strafbare feiten. Elk van deze argumenten verwijst naar de voor vergelding zo wezenlijke proportionaliteit en wijst een stelsel van zuivere cumulatie af. De vraag is vervolgens welk stelsel van meerdaadse samenloop wel aan de eis van proportionaliteit voldoet. Als we de interpretaties van vergelding bezien, dan lijken ter beantwoording van die vraag twee thema's dominant: de in het geding zijnde rechtsbelangen en de schuld van de dader. We zullen zien dat die thema's behulpzaam zijn bij het zoeken naar een op proportionaliteit gebaseerde regeling van meerdaadse samenloop, maar elk ook zo zijn beperkingen kent. Een derde thema, vertrekkend vanuit humaniteit, komt ook in de interpretaties naar voren. Ook daaraan zullen enkele woorden worden gewijd.

5 EEN ABSORPTIESTELSEL DOET GEEN RECHT AAN DE GESCHONDEN RECHTSBELANGEN EN SCHULD

Nu zuivere cumulatie niet kan worden aanvaard met een beroep op vergelding, blijven twee opties over: absorptie en beperkte cumulatie van straffen. Het absorptiestelsel houdt in dat voor alle in meerdaadse samenloop begane strafbare feiten één straf wordt opgelegd, waarbij niet meer kan worden opgelegd dan het strafmaximum dat op het zwaarste misdrijf is gesteld. Voor absorptie bij meerdaadse samenloop zijn diverse argumenten te geven. Eén van die argumenten gaat ervan uit dat de ervaring leert dat de meeste feiten niet zo heel ernstig zijn en op zichzelf dus niet met de maximaal op te leggen straf hoeven worden gestraft. Dan is er geen reden om bij een meervoud van straffen hoger te straffen dan het strafmaximum dat op één feit is gesteld.¹⁴ De vraag is of dat in alle gevallen opgaat. Waarom zou iemand die vijf keer telkens een andere persoon mishandelt niet zwaarder mogen worden gestraft dan iemand die één keer een ander mishandelt? Men zou kunnen stellen dat telkens dezelfde norm en het daarachterliggende rechtsbelang wordt geschonden en het niet nodig is zwaarder te straffen om die norm te bevestigen.¹⁵ Dat argument spreekt wellicht aan in gevallen waarin telkens hetzelfde rechtsbelang wordt geschonden, maar

13 Zie A. Ashworth, *Sentencing and Criminal Justice*, Cambridge (etc.): Cambridge University Press 2005, p. 210.

14 Zie R.L. Lippke, *Retributive Sentencing, Multiple Offenders, and Bulk Discounts*, in: M.D. White (red.), *Retributivism: Essays in Theory and Policy*, New York: Oxford University Press 2011, p. 212-231.

15 Vgl. H. Frister in: U. Kindhäuser, U. Neumann en H.-U. Paeffgen (red.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Baden-Baden: Nomos 2017, aant. 6 bij § 53.

indien verschillende rechtsbelangen worden geschonden, gaat het argument niet op. En zelfs wanneer hetzelfde rechtsbelang meermalen wordt geschonden, ontstaat de moeilijkheid indien meer feiten dicht tegen het voorgestelde ernstigste feit aanliggen. Stel dat twee van de vijf mishandelingen net geen zware mishandeling opleverden, omdat het letsel niet als zwaar lichamelijk letsel kan worden beschouwd, is er dan geen sprake van een zodanige schending van het beschermde rechtsbelang dat een verhoogd strafmaximum gerechtvaardigd is? Dat een feit nooit zo ernstig is dat dit het opleggen van de maximale straf dat op dat feit is gesteld rechtvaardigt, lijkt in het algemeen een niet vol te houden stelling.

Absorptie kan ook worden bepleit met het oog op schuld. De veronderstelling is dan dat een dader die meer strafbare feiten begaat, geen schuld heeft aan alle strafbare feiten afzonderlijk, maar aan slechts één daarvan, namelijk het strafbare feit waarvoor de zwaarste schuld geldt. De zwaarste schuld bestaat ten aanzien van het feit waarop het hoogste strafmaximum is gesteld. De schuld van dat feit is de schuld waarop de staat als het ware de primaire focus heeft. Met dit feit liet de dader zich van zijn slechtste kant zien. Zo slecht, dat de schuld aan dit feit alle andere feiten en de schuld daaraan in de schaduw stelt. Sterker nog, zou aan die lichtere feiten enige aandacht worden geschonken, dan haalt dat de schuld voor het zwaarste feit naar beneden. Als voorbeeld zou kunnen dienen verkrachting in combinatie met vernieling en diefstal. Dit argument levert vergelijkbare problemen op als die we tegenkwamen met betrekking tot de door de strafbare feiten beschermde rechtsbelangen.

Voor absorptie zou nog kunnen pleiten dat het een kwestie van mededogen is te volstaan met het voor één feit gestelde maximum. Een vertrekpunt van deze opvatting is dat niemand het verdient om een groot deel van zijn leven achter de tralies te zitten; daarvoor is het leven te kort.¹⁶ Dat argument gaat als zelfstandig argument om twee redenen mank. In de eerste plaats is de vraag waarom dit wel opgaat voor meerdadse samenloop en niet voor andere gevallen van meervoudige aansprakelijkstelling, of zelfs voor één ernstig strafbaar feit dat met een zeer hoge gevangenisstraf wordt bedreigd. In de tweede plaats wordt een argument toegevoegd (het leven is kort), dat met vergelding niets heeft te maken, want geen verband houdt met het strafbare feit waarvoor straf wordt opgelegd.¹⁷ Het vergeldingsargument raakt dus vertroebeld. Men zou tevens kunnen stellen dat ook het leven van het slachtoffer waardevol is en niemand het verdient om slachtoffer te worden van een strafbaar feit. Wanneer dat argument wordt toegevoegd is het nog maar de vraag of mededogen met de dader moet leiden tot absorptie van straffen. Tegelijkertijd wordt de vraag welke straf maximaal mag worden opgelegd dan sterk afhankelijk van bijzondere omstandigheden:

16 Zie bijv. N. Jareborg, 'Why Bulk Discounts in Multiple Offence Sentencing?', in: A. Ashworth en M. Wasik (red.), *Fundamentals of Sentencing Theory. Essays in Honour of Andrew von Hirsch*, Oxford: Clarendon Press 1998, p. 129-140.

17 Zie Hoskins 2018, p. 78-79.

de levensverwachting van de dader en het levensgeluk van het slachtoffer. Op die manier kan vergelding (een reactie op toegebracht leed) te veel op de achtergrond raken, terwijl de wetgever wordt geconfronteerd met argumenten die nauwelijks in algemene regels zijn om te zetten.

6 BEPERKTE CUMULATIE WORDT NIET ALLEEN DOOR DE IN HET GEDING ZIJNDE RECHTSBELANGEN BEPAALD

Het afwijzen van een stelsel van zuivere cumulatie en absorptie betekent dat er weinig anders overblijft dan een stelsel van beperkte cumulatie. Kan deze negatieve keuze ook positief worden onderbouwd? Daarvoor wordt gekeken naar de in het geding zijnde rechtsbelangen en de schuld. We zullen zien dat die argumenten vragen onbeantwoord laten. Daarom wordt ook het humaniteits- of billijkheidsargument besproken.

Bezien vanuit de in het geding zijnde rechtsbelangen luidt één theorie dat het strafmaximum bij meerdaadse samenloop weliswaar hoger mag zijn dan het strafmaximum dat op één feit is gesteld, maar nooit hoger dan het strafmaximum voor één ernstiger feit.¹⁸ Ter toelichting kan het volgende voorbeeld worden gegeven. Verkrachting is ernstiger dan diefstal. De aantasting van de lichamelijke en seksuele integriteit door verkrachting verdient een hogere straf dan de aantasting van de beschikkingsmacht over een goed. Daarbij, zo vervolgt deze theorie, maakt het niet uit hoeveel diefstallen iemand heeft gepleegd. Vijf diefstallen zijn nog steeds minder erg dan één verkrachting, omdat het rechtsbelang dat door diefstal wordt beschermd niet ineens zwaarder weegt, omdat er meer diefstallen zijn begaan. De maximale straf die voor vijf diefstallen mag worden opgelegd mag daarom niet hoger zijn dan de maximale straf voor één verkrachting. Deze theorie van *overall proportionality* gaat uit van evenredige verzwarende van het strafmaximum met als uitgangspunt het te beschermen rechtsbelang. Het pleit voor een wettelijke verhogingsmaat die voorkomt dat de straf in geval van meerdaadse samenloop niet het maximum van één veel ernstiger delict overstijgt.

Deze theorie heeft een zekere charme, doordat het voorkomt dat meerdaadse samenloop het stelsel van strafmaxima en de relatieve verschillen tussen rechtsbelangen doorkruist. Er blijft een zekere band met het strafmaximum en het te beschermen rechtsbelang aanwezig als het strafmaximum niet te ver stijgt boven het strafmaximum dat op één feit is gesteld. Door uit te gaan van het hoogste strafmaximum, wordt het zwaarwegende rechtsbelang vooropgesteld en met de mogelijkheid van verhoging ook ruimte geboden om minder zwaarwegende rechtsbelangen bij de straftoemeting te betrekken. Niettemin zijn er enkele

18 Zie J. Ryberg, 'Retributivism, Multiple Sentencing, and Overall Proportionality', in: Ryberg, Roberts en De Keijser 2018, p. 17-19.

kanttekeningen te plaatsen. In de eerste plaats is de vraag met welke rechtsbelangen feiten moeten worden vergeleken om de verhogingsmaat te bepalen. Het strafmaximum van diefstal in meerdaadse samenloop begaan zal heel wat hoger mogen zijn wanneer een vergelijking wordt gemaakt met delicten die beogen het leven te beschermen dan met delicten die de openbare orde beogen te beschermen. Ten aanzien van dat laatste is de tweede vraag met welk strafmaximum eigenlijk wordt vergeleken. Een rechtsbelang heeft geen vast strafmaximum, de verschillende delicten die dat belang beogen te beschermen wel. Met welk strafmaximum moet de vergelijking worden gemaakt: met het hoogste, het laagste of moet worden uitgegaan van het gemiddelde? Maar hoe bepalen we dat gemiddelde als sommige delicten veelvuldig en andere delicten zelden tot nooit worden begaan? In de derde plaats is de vraag wat bepaalt welk rechtsbelang zwaarder weegt. Dat is ten aanzien van diefstal versus verkrachting misschien nog een tamelijk eenvoudige vraag, bij diefstal met geweld wordt het al een stuk minder eenvoudig. Dat voorbeeld brengt ons bij het vierde punt. Hoe moet het strafmaximum worden bepaald bij delicten die meerdere rechtsbelangen beschermen, denk aan wraakporno (artikel 139h Sr) of oplichting (artikel 326 Sr)?

In de vijfde plaats wordt beargumenteerd dat een eenzijdige nadruk op het rechtsbelang het verschil met recidive onduidelijk maakt.¹⁹ Met inbraak als voorbeeld wordt gesteld dat schending van het rechtsbelang telkens correspondeert met een bepaald aantal punten. Bij recidive en meerdaadse samenloop gaat het telkens om een meervoud van inbraken en op dat niveau zou er dan geen verschil in straf zichtbaar moeten zijn. Dat verschil ontstaat pas wanneer de schuld van de dader wordt betrokken. Bij recidive geldt dat de schuld telkens hoger wordt, omdat de dader voor het eerdere feit is gestraft en daarvan kennelijk niet heeft geleerd, bij meerdaadse samenloop is van het leren van een eerdere straf geen sprake. Eerder gaf ik aan dat het argument ter beperking van het strafmaximum erin kan zijn gelegen dat wanneer telkens dezelfde norm en het daarachterliggende rechtsbelang wordt geschonden het niet nodig is zwaarder te straffen om die norm te bevestigen. Men kan zich zelfs afvragen of het nodig is dat bij dezelfde dader elke schending van de norm met telkens dezelfde straf moet worden bevestigd. Wanneer de dader door recidive de norm opnieuw schendt terwijl hij eerder voor overtreding van die norm onherroepelijk is gestraft, is er wellicht reden zwaarder aan de norm te tillen en als argument te gebruiken voor strafverhoging. Bij meerdaadse samenloop bestaat die mogelijkheid niet omdat een eerdere onherroepelijke veroordeling bij het bepalen van het strafmaximum geen rol speelt. Het argument dat alleen schuld het verschil tussen recidive en meerdaadse samenloop kan verklaren en rechtvaardigen, gaat mijns inziens dus niet op.

19 J.V. Roberts en J.W. de Keijser, 'Sentencing the Multiple-Conviction Offender. Diminished Culpability for Related Criminal Conduct', in: Ryberg, Roberts en De Keijser 2018, p. 143-144.

7 GEMATIGDE CUMULATIE WORDT NIET ALLEEN DOOR DE MATE VAN SCHULD BEPAALD

Een tweede argument om gematigde cumulatie te omarmen houdt verband met de schuld van de dader. De wetgever van het Wetboek van Strafrecht uit 1886 wees er bij meerdaadse samenloop op dat de schuld niet verdubbelt maar enkel voortzet.²⁰ Naar schuld wordt in hedendaagse literatuur nog steeds verwezen. De veelal Angelsaksische literatuur maakt evenwel geen duidelijk onderscheid tussen meerdaadse samenloop enerzijds en voortgezette handeling en eendaadse samenloop anderzijds.²¹ Men heeft het slechts over een meervoud van strafbare feiten. Deze literatuur is in de continentale discussies over samenloop daarom minder goed bruikbaar. Dat wordt bevestigd door een niet zo duidelijke invulling van de term schuld. Bij meerdaadse samenloop gaat het niet om het verwijt/de schuld een norm te hebben overtreden, zoals bij eendaadse samenloop en voortgezette handeling het geval is, maar om een andere schuld, namelijk dat met het overtreden van een rechtsnorm een onevenwichtigheid in de samenleving is ontstaan die door het opleggen van straf ongedaan moet worden gemaakt.

Het ongedaan maken van de door een verweten gedraging ontstane onevenwichtigheid vraagt weliswaar om duidelijkheid over het verwijt (en dus over de geschonden rechtsbelangen), maar gaat verder dan dat. Niet alleen moet voor het ongedaan maken van de ontstane onevenwichtigheid de aard, mate en ernst van de geschonden rechtsbelangen worden bepaald, van belang zijn tevens de gedragingen zelf, de omstandigheden waaronder deze zijn verricht, de redenen waarom en de persoon en persoonlijke omstandigheden waaronder zij werden begaan.²² Het bepalen van de voor de straf relevante schuld is zo bezien geen alles of niets vraag, maar een kwestie van meer of minder. Straftoemetingsschuld als kwestie van meer of minder betekent dat er een bepaalde mate van schuld is op basis waarvan de straf door de rechter wordt bepaald. Dat daaraan in rechte niets kan worden ontleend, neemt niet weg dat het bepalen van de voor de straf aanwezige schuld altijd in gradaties plaatsvindt: er is meer of minder schuld en mede op basis daarvan bepaalt de rechter de straf.²³

Helpt deze uiteenzetting te onderbouwen dat bij meerdaadse samenloop moet worden gekozen voor een stelsel van beperkte cumulatie? Dat lijkt ten dele het geval. Aannemende dat voor het bepalen van straftoemetingsschuld de geschonden rechtsbelangen relevant zijn, mag hetgeen hierboven werd aangenomen ter afwijzing van een absorptiestelsel niet

20 Zie H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht. Volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen, enz.*, Eerste Deel, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1881, p. 451.

21 Zie o.a. Roberts en De Keijser 2018.

22 Vgl. G. Schäfer, G.M. Sander en G. van Gemmeren, *Praxis der Strafzumessung*, München: C.H., Beck 2017, aant. 574-576.

23 Vgl. J. Claessen en D. de Vocht, 'Straf naar de mate van schuld?', *DD* 2012/63.

over het hoofd worden gezien. Tegelijkertijd geldt dat het vaststellen van schuld een concreet individu betreft, de dader van meer dan één strafbaar feit die deze feiten onder min of meer uiteenlopende omstandigheden heeft verricht. Daaruit volgt dat het argument van de wetgever (van 1886) voor gematigde cumulatie bij meerdaadse samenloop moeilijk te handhaven valt: juist omdat het om een persoon gaat en om telkens unieke gevallen kan niet in algemene zin worden volgehouden dat bij alle daders de schuld voortzet.²⁴ In enkele gevallen verdubbelt de schuld mogelijk wel, terwijl de mate van verhoging bij de ene dader veel sterker aanwezig zal zijn dan bij de andere dader. Het argument dat schuld voortzet is dus niet te generaliseren, maar mogelijk slechts in een concreet geval van toepassing. Voor het funderen van gematigde cumulatie in de wet lijkt er daarom minder aanleiding om schuld daarvoor te gebruiken. Dat neemt niet weg dat een stelsel van gematigde cumulatie de rechter wel meer ruimte biedt om rekening te houden met de mate van schuld in geval van meerdaadse samenloop. Anders gezegd, juist omdat er gevallen kunnen zijn waarin de schuld zich voortzet, is er aanleiding te kiezen voor een ander stelsel dan het absorptiestelsel. Schuld biedt geen positief, maar een negatief argument voor het stelsel van gematigde cumulatie.

8 GEMATIGDE CUMULATIE KAN NIET WORDEN GEFUNDEERD OP SUBJECTIEVE BILLIJKHEID

De ongemakkelijke conclusie naar aanleiding van de vorige alinea's is dat het stelsel van gematigde cumulatie wel op schuld en rechtsbelangen kan worden gebaseerd, maar heel stevig is het fundament voor gematigde cumulatie niet. Net als in Angelsaksische literatuur wordt dat in de Nederlandse literatuur onderkend. Er wordt nog een argument genoemd voor het stelsel van gematigde cumulatie. Dat argument wordt samengevat met de term billijkheid.²⁵ Rummelink ziet in gematigde cumulatie een 'veiligheidsgrens naar boven: zo zal de rechter geïrriteerd door menigvuldige criminaliteit van de verdachte vanwege de samenloopbeperking toch niet tot een extreem hoge straf kunnen komen.'²⁶ Zo komt bil-

24 Men zou om die reden kunnen pleiten voor uiteenlopende stelsels van meerdaadse samenloop (A. Manson, 'Some Thoughts on Multiple Sentences and the Totality Principle: Can We Get It Right?', *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice* 2013, p. 481-494). Onder meer uit oogpunt van eenvoud van wetgeving heeft dat niet mijn voorkeur.

25 Zie J. de Hullu, *Recidive en straftoemeting*, Deventer: Kluwer 2003, p. 39.

26 J. Rummelink, mr. D. Hazewinkel-Suringa's *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 835, aangehaald door De Hullu 2003, p. 40. Zie ook J. Rummelink, 'Samenloop en art. 68 Sr', *Verkeersrecht* 1974/2, p. 26; A.A. Franken, 'Hetzelfde feit'. *Over samenloop van strafbare feiten en het non bis in idem-beginsel*, Nijmegen: Ars Aequi 1995, p. 10, 33.

lijkheid naar voren als een tamelijk subjectief en vooral negatief argument dat zich slecht verhoudt tot het klassieke vertrouwen dat de strafwetgever in de Nederlandse rechter stelt.²⁷

De koppeling aan het gevoel vinden we ook op een andere wijze terug. Niet het kanaliseren van de gevoelens van de rechter, maar het gevoel van mededogen met de dader is voor nogal wat auteurs aanleiding zich tegen zuivere cumulatie van straffen bij meerdaadse samenloop uit te spreken. Waar het in beide gevallen op neerkomt is dat ook bij meerdaadse samenloop de menselijke maat niet uit het oog verloren mag worden. Het is echter nog niet zo eenvoudig om in het hedendaagse strafrecht het over de menselijke maat te hebben. Want over wiens menselijke maat gaat het eigenlijk en hoe meten we die maat? Welke gewichten leggen we in de schaal en waarom deze en geen andere?

Een koppeling aan gevoel vinden we ook in de morele psychologie. Onderzoek wijst uit dat de mens een door één dader gepleegde grote hoeveelheid feiten (bijvoorbeeld dertig) niet ernstiger waardeert dan wanneer deze dader er drie pleegde. Het omgekeerde blijkt zelfs het geval. In de morele psychologie wordt dit 'scope-ongevoeligheid' genoemd.²⁸ Kennelijk kunnen mensen zich minder snel in veel andere mensen (bijvoorbeeld slachtoffers van strafbare feiten) verplaatsen dan in één ander individu. Dat verklaart waarom mensen die een waardering moeten geven van de ernst van enkele feiten, die feiten veel ernstiger waarderen dan wanneer zij een waardering moeten geven van veel feiten. Dat het voor ons moeilijk, zelfs onmogelijk is, ons in grote aantallen slachtoffers te verplaatsen, is een wat ongemakkelijke conclusie. Het is maar de vraag of die conclusie ook opgaat voor zeer ernstige gevallen (het onderzoek waarnaar wordt verwezen ging over fraude, niet over bijvoorbeeld moord of ernstige zedenmisdrijven). En indien de conclusie te generaliseren is, dan is de vraag of de wetgever er iets mee moet. Dat mensen een zekere ongevoeligheid voor veel gevallen hebben, maakt dat de mens eigenlijk geen maat kan geven. Zelfs voor de grote vraagstukken van onze tijd, zoals pandemieën en de klimaatverandering, lijkt dat bezwaarlijk,²⁹ voor het in vergelijking hiermee kleinere leed zouden de uitkomsten van moreel-psychologisch onderzoek een bevestiging kunnen zijn waarom de menselijke maat als argument voor gematigde cumulatie bij meerdaadse samenloop niet vanzelfsprekend is.

Billijkheid in de vorm van een rem voor een ongeremde rechter of als uiting van de menselijke maat lijken dus minder geschikt als grondslag voor gematigde cumulatie. Dat betekent niet dat billijkheid niet kan dienen als argument voor gematigde cumulatie. Ik vat billijkheid op als uiting van humaniteit. Ik kan daarover op deze plaats slechts een begin van een argument ontwikkelen, in de wetenschap dat anderen zich daarover met

27 Smidt 1881, p. 21; *Kamerstukken II* 2015/16, 34126, nr. 7, p. 9. Het past dan weer wel bij de geluiden over een strenger toezien van de wetgever op de straftoemeting door de rechter.

28 Ryberg 2018, p. 25-27.

29 Zie T. Ord, *The Precipice. Existential Risk and the Future of Humanity*, London (etc.): Bloomsbury 2020.

grotere nauwgezetheid hebben uitgelaten dan ik. Hoe ernstig de verzameling van strafbare feiten die door een dader zijn begaan ook moge zijn, hoe zwaar zijn schuld aan die feiten ook is, bij het bepalen van de straf heeft de rechter ook oog te houden ‘voor de rechten, belangen en waardigheid van de individuen die als justitiabelen’ aan zijn oordeel onderworpen zijn.³⁰ De wetgever moet de rechter voorzien van een strafstelsel waarin met die rechten, belangen en waardigheid rekening kan worden gehouden. Met betrekking tot meerdaadse samenloop kan worden gesteld dat de mens gestraft mag worden voor de rechtsbelangen die hij heeft geschonden, zeker wanneer er van een lichtere schuld geen sprake is. Daarin ligt de basis voor de (gevangenis)straf, ook bij meerdaadse samenloop. Tegelijkertijd verdient ieder mens een kans zijn plaats in de gemeenschap weer op zich te nemen na ommekomst van de straf. Vanuit vergeldingsperspectief zou dat belang erin kunnen bestaan dat met een straf van bepaalde duur, de dader als moreel wezen wordt gezien die zijn verdiende loon krijgt en op zijn plaats wordt gezet naar aanleiding van de feiten die hij heeft begaan. Die plaats is in de rechtsorde wiens normen hij overtrad. Een rechtsorde die humaniteit erkent, zal als het ware een deel van het onrecht dat hem is aangedaan tot zich kunnen nemen, teneinde de dader weer na een redelijke termijn de kans te bieden in de rechtsorde de draad weer op te pakken.³¹ Matiging van straffen is echter niet alleen humaan richting de individuele dader, maar vooral een bevestiging van het humane karakter van de rechtsorde zelf die in staat is het door meer dan één feit toegebrachte leed met gematigd straffen te vergelden. Hoe die straf precies vorm moet krijgen, hangt af van het concrete geval en daarover handelt niet de wetgever, maar de rechter.³²

9 SLOTOPMERKING

Strafrecht moet laveren tussen ratio en emotie, zo schreef Tineke Cleiren in een samen met Ton Hol geschreven boek.³³ Die uitspraak vat ook de parlementaire discussies over de herziening van de regeling van meerdaadse samenloop goed samen. Achter de emoties van politici schuilen echter fundamentele en rationele vragen over de inrichting van ons strafrecht en het strafstelsel in het bijzonder. De strafrechtswetenschap(per) heeft zich

30 C. Kelk, ‘Humaniteit als strafrechtelijk principe: een *tour d’horizon*’, in: K. Boonen e.a. (red.), *De weging van ’t Hart. Idealen, waarden en taken van het strafrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 70.

31 Het is de rechtsorde die het onrecht tot zich neemt, niet het slachtoffer. Over de ruimte ook rekening te houden met de belangen, rechten en waarden van het slachtoffer in het kader van meerdaadse samenloop kan het nodige worden gezegd. Ik houd het er op deze plaats op dat diens belangen door het recht bemiddeld moeten worden.

32 Zie L. Polak, ‘De fundering van het strafrecht’, in: L. Polak, *Verspreide geschriften*, Deel II, Amsterdam: Van Oorschot 1947, p. 112.

33 T. Cleiren & A. Hol, *Strafrecht. Tussen ratio en emotie*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2013, p. 7.

rekenschap te geven van de vragen die in de politiek, en de samenleving, leven en met hen in gesprek treden, met waardering voor en in het besef van elkaars rollen en positie. Dat betekent volgens Tineke Cleiren niet dat de strafrechtswetenschapper met alle winden moet meewaaien, wel dat hij kritisch zijn onderzoeksobject onder ogen moet blijven zien.³⁴ Die boodschap dragen de generaties strafrechtswetenschappers die haar opvolgen, in het volle besef van en met dankbaarheid voor wat zij voor hen betekend heeft, met zich mee.

34 C.P.M. Cleiren, 'De strafrechtswetenschapper mag nooit op zijn lauweren rusten. Over de taak van de strafrechtswetenschap in verleden, heden en toekomst', in: J.H. Crijns, P.P.J. van der Meij & G.K. Schoep (red.), *De taak van de strafrechtswetenschap*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 21-40.