

De samenloopregeling herijkt²

43 Naar aanleiding van discussie in de literatuur over de samenloopregeling in het Wetboek van Strafrecht worden in deze bijdrage de meerdaadse samenloop en de eendaadse samenloop systematisch onder de loupe genomen. De samenloopregeling lijkt aan een herijking toe.

I Inleiding

De samenloopregeling staat sinds enkele jaren ter discussie.³ Die discussie betreft onder andere de strafmaximumbegrenzing bij meerdaadse samenloop van misdrijven: voor de op te leggen vrijheidstraf geldt bij meerdaadse samenloop een strafgrens van een derde boven het hoogst toepasselijk strafmaximum. Uitgangspunt lijkt te zijn dat dat niet alleen een bovengrens betreft, maar dat ook in de daadwerkelijke oplegging van de vrijheidsstraf voor alle misdrijven samen enige matiging plaatsvindt. De Hullu heeft de vraag opgeworpen of deze strafmaximumbegrenzing nog wel bestaansrecht heeft, terwijl ook Mevis erkent dat zij op zijn minst twijfelachtig is. Voorts plaatsen deze auteurs kanttekeningen bij het ogenschijnlijke gemak waarmee met toepassing van de regeling van de meerdaadse samenloop dezelfde of gelijktijdige gedragingen in cumulatieve tenlasteleggingen onder verschillende strafbepalingen worden gerubriceerd. Deze ruime toepassing van de meerdaadse samenloop heeft een beperkte toepassing van de eendaadse samenloop tot gevolg. Terwijl juist de regeling van de eendaadse samenloop de verdachte in gevallen dat

- 1 *Universitair hoofddocent straf(proces)recht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.*
- 2 Citeerwijze: M.J.A. Duker, 'De samenloopregeling herijkt', *DD* 2011, 43.
- 3 J. de Hullu, *Recidive en straffoemeting*, Deventer: Kluwer 2003; J. de Hullu, *Materieel strafrecht, Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 497-538; P.A.M. Mevis, 'Samenloop', in: Caribisch Wetboek van Strafrecht, Nijmegen 2008; de annotaties van Mevis bij HR 19 april 2005, *NJ* 2006, 10 en HR 29 november 2005, *NJ* 2006, 176; A.J. Machielse in: Noyon, Langemeijer, Remmelink, *Het Wetboek van Strafrecht* (losbladig), artikel 63, aantekening 1. Zie verder ook nog: M.S. Groenhuijsen & D. van der Landen, 'Strafbaarstelling van witwassen, meldingsplichten en underground banking', *DD* 2000, p. 995-996.

één feit onder meerdere strafbepalingen valt, beoogt te beschermen door de toepassing van slechts één strafbepaling, te weten die met het hoogste toepasselijke strafmaximum. De aandacht gaat in deze bijdrage uit naar deze regelingen van de meerdaadse samenloop en de eendaadse samenloop. Reeds de in de literatuur geuite commentaren daarover bieden voldoende aanleiding om serieus na te denken over een mogelijke herijking van de samenloopregeling.⁴ Het belang daarvan ligt voorts in de omstandigheid dat het sanctiestelsel in het algemeen de aandacht heeft van de huidige politiek.⁵ Zeer recent is er bovendien binnen de rechtsprekende macht een concept oriëntatiepunt geformuleerd voor straftoemeting bij samenloop van misdrijven.⁶ Het is bij een onderzoek naar een eventuele herijking goed de samenloopregeling wat breder te bekijken en haar plaats in de wettelijke systematiek te beschouwen. De Hullu deed dat in zijn rede en doet dat nog uitvoeriger in zijn hoofdstuk over ‘meervoudige aansprakelijkstelling’ in het handboek *Materieel strafrecht*. Mevis doet dat eveneens in zijn bijdrage over het Caribische strafrecht en in zijn annotaties over artikel 63 Sr. Hun analyses staan aan de basis van deze bijdrage en vormen het vertrekpunt voor een eigen integrale analyse van de samenloopregeling.

In deze bijdrage zal ik onder 2 beginnen met een beschrijving van de regelingen van de meerdaadse en de eendaadse samenloop voor zover dat relevant is voor de hier te maken analyse. Eerst komt de ratio van de begrenzing van de straftoemetingsruimte bij de meer-

4 Zie Mevis 2008, p. 122 en De Hullu 2009, p. 535-537.

5 Een oud wetsvoorstel inzake minimumstraffen van De Roon houdt in dat het verbod op cumulatie van straffen bij meerdaadse samenloop vervalt (*Kamerstukken II* 2008/09 31 938, nr. 2 en voor de bondige motivering van dit voorstel: *Kamerstukken II* 2008/09 31 938, nr. 3, p. 8-9). Op 23 maart 2011 heeft de minister van Justitie een nieuw conceptwetsvoorstel inzake minimumstraffen voor recidive bij zware misdrijven aan de Raad van State voorgelegd (gepubliceerd op de website van het Ministerie van Veiligheid en Justitie). De status van het oude voorstel van De Roon wordt in dat conceptwetsvoorstel in het midden gelaten. Wel wordt verwezen naar P.J.P. Tak, *De minimumstraf opnieuw bezien. Een geactualiseerde beknopte rechtsvergelijking* (Research Memorandum, Raad voor de rechtspraak), Den Haag: Sdu uitgevers 2010. Daarin is Tak bijzonder kritisch over de voorstellen van De Roon ten aanzien van minimumstraffen (p. 41-42 en 44). Het nieuwe conceptwetsvoorstel heeft ondertussen geen betrekking op de samenloopregeling. Het heeft wel de pretentie een volgende stap te zijn ‘in een lijn waarin de wetgever zijn eigen verantwoordelijkheid voor een rechtvaardige sanctietoepassing waar wil maken’ (p. 19 van de toelichting). Het zou in die lijn kunnen passen ook te onderzoeken of de samenloopregeling moet worden herijkt.

6 J.A.W. Lensing, ‘Projectgroep Straftoemetingsinstrumentarium beëindigt werkzaamheden’, *Trema Straftoemetingsbulletin* 2011 (nr. 1), p. 2-12.

daadse samenloop van misdrijven aan de orde alsmede de gevolgen ervan voor de feitelijke straftoemeting. De betekenis van de begrenzing en de gevolgen ervan voor de straftoemeting komen mede tot uitdrukking in de overeenkomstige toepassing van die begrenzing bij ongelijktijdige berechting van misdrijven (artikel 63 Sr). Daarom zal ik die overeenkomstige toepassing kort uitleggen. Vervolgens bespreek ik de eendaadse samenloop. Daarbij besteed ik met name aandacht aan de reikwijdte van die regeling om daarmee inzicht te bieden in de beschermende functie ervan. Op die functie kom ik later in deze bijdrage namelijk uitvoerig terug. Na dit beschrijvende deel behandel ik onder 3 eerst de vraag of een begrenzing van de straftoemetingsruimte op het niveau van wettelijke strafmaxima bij meerdaadse samenloop van misdrijven in het algemeen gerechtvaardigd is en of de wet voldoende rekening houdt met de bijzondere waardering die bij een meerdaadse samenloop van strafbare feiten – zowel bij gelijktijdige als bij ongelijktijdige berechting – nodig kan zijn. Vervolgens zal ik enkele suggesties doen voor een herijking van de regeling van de meerdaadse samenloop. Daarna zal ik onder 4 in het verlengde van commentaren van De Hullu en Mevis de beschermende functie van de eendaadse samenloop nader onderzoeken. Daarbij is eerst de vraag of de bescherming van de eendaadse samenloop reeds gerechtvaardigd is zodra ten aanzien van de betreffende strafbare feiten sprake is van ‘hetzelfde feit’ als bedoeld in artikel 68 Sr. In het verlengde daarvan wordt onderzocht of die bescherming zich alleen moet toespitsen op de toepassing van een enkel strafmaximum of ook op de toepassing van één enkele kwalificatie.

2 De samenloopregeling

2.1 *De meerdaadse samenloop en de ratio van het cumulatieverbod bij vrijheidstraffen*

Artikel 57 lid 1 Sr bepaalt dat wanneer een verdachte gelijktijdig voor meerdere misdrijven wordt berecht en veroordeeld, slechts één straf wordt opgelegd. Artikel 57 lid 2 Sr bepaalt vervolgens dat bij (meerdaadse) samenloop van *op zichzelf staande handelingen* die meer dan één misdrijf opleveren, de maximale straf het totaal is van de hoogste straffen die op de feiten zijn gesteld. Cumulatie is daarbij dus uit-

gangspunt.⁷ Alleen bij de vrijheidstraf is dat anders. De strafmaxima mogen dan wel worden opgeteld, maar het totaal mag niet uitgaan boven het zwaarste strafmaximum dat bij de verschillende feiten toepassing vindt, vermeerderd met een derde.⁸ Het kan bij meerdaadse samenloop gaan om meerdere gelijktijdig gepleegde strafbare feiten met een uiteenlopende strekking (een mishandeling en het gelijktijdig voorhanden hebben van een wapen), om een handeling met meer objecten of gevolgen (het mishandelen van meerdere personen)⁹ of om achtereenvolgens gepleegde strafbare feiten.¹⁰ De strekking van de samenloopregeling is dat in dergelijke gevallen bescherming moet worden geboden tegen onbeperkte cumulatie van maximaal op te leggen gevangenisstraffen, omdat met onbeperkte cumulatie van straffen sprake zou zijn van 'te groote hardheid'.¹¹ Deze cumulatiebeperking betreft echter slechts een begrenzing op het niveau van strafmaxima. Het cumuleren van daadwerkelijk op te leggen straffen wordt daarmee niet belemmerd, omdat de strafmaxima doorgaans ver uit gaan boven de daadwerkelijk opgelegde straffen. Als bijvoorbeeld een eenvoudige diefstal bij een wettelijk strafmaximum van vier jaar vrijheidstraf (artikel 310 Sr) een straf oplevert van drie weken, is de rechter bij de gelijktijdige veroordeling voor tien diefstallen dus niet gebonden aan een strafmaximum van veertig jaar, maar aan één van vijf jaar en vier maanden (vier jaar vermeerderd met een derde). Dat strafmaximum belemmert de rechter nog steeds niet een vrijheidstraf op te leggen van tien keer drie weken.

Hoewel de hier bedoelde wettelijke begrenzing bij vrijheidstraffen enkel de opeenstapeling van wettelijk strafmaxima betreft, lijkt de strekking ervan dat ook de daadwerkelijk voor elk feit op te leggen vrijheidstraffen niet zonder meer worden opgestapeld, maar dat in de totaalstraf enige matiging plaatsvindt. Dat kan worden gebaseerd op de omstandigheid dat met het stelsel van strafmaxima op zijn minst wordt beoogd enige richting te geven aan de feitelijke straftoemeting door de rechter, al is het maar door de ernst van strafbare

7 Zie ook artikel 58 Sr ten aanzien van misdrijven waarop ongelijksoortige hoofdstraffen staan en artikel 62 Sr ten aanzien van overtredingen.

8 Wanneer naast een feit waarop twaalf jaar staat een feit wordt berecht waarop maximaal drie jaar staat, dan zal de cumulatie ervan (vijftien jaar) onder de grens van het zwaarste maximum vermeerderd met een derde (zestien jaar) blijven.

9 Zie hierover o.a. De Hullu 2009, p. 499. Vgl. HR 3 juli 2007, *LJN* BA5034.

10 De Hullu 2009, p. 510.

11 Mevis in zijn noot onder HR 29 november 2005, *NJ* 2006, 176. Verder: Mevis 2008, p. 79-81; P.M. Schuyt, *Verantwoorde straftoemeting* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009, p. 129-133.

feiten ten opzichte van elkaar zoveel als mogelijk te duiden.¹² Het strafmaximum dat bij meerdaadse samenloop van toepassing is, zou er dan niet alleen maar toe strekken om een bovengrens vast te leggen, maar ook om de rechter een signaal af te geven over de ernst van de betreffende feiten tezamen en de wijze waarop die ernst in relatie tot de straftoemeting moet worden gewaardeerd. Daarnaast ligt aan de strafmaximumbegrenzing de veronderstelling ten grondslag dat de vrijheidsbeneming als zodanig naar verhouding zwaarder wordt naarmate die langer voortduurt.¹³ Die veronderstelling biedt een argument om ook bij de daadwerkelijk op te leggen totaalstraf voor alle misdrijven enige matiging toe te passen. De verlangde matiging bij de daadwerkelijk op te leggen straffen is voorts in te lezen in de overweging bij de oorspronkelijke keuze voor een systeem waarbij in geval van samenloop één totaalstraf wordt opgelegd, namelijk: ‘het ware een noodeloze omslag twee straffen, *beide of eene van beide met eene zekere evenredige matiging of vermindering* [cursivering MD], uit te spreken.’¹⁴ Mijn veronderstelling is dat rechters door het opleggen van één totaalstraf in de praktijk ook daadwerkelijk enige strafmatiging toepassen in de totaalstraf.¹⁵ Ondanks dat de samenloopregeling

- 12 *Kamerstukken II* 1981/82, 17 524, nr. 3, p. 29. Zie hierover ook: J. de Hullu, I.M. Koopmans & Th.A. de Roos, *Het wettelijk strafmaximum*, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 105-109; Zie ook: Schuyt 2009, p. 45-47. Verhoging van strafmaxima kan ook daadwerkelijk gevolgen hebben voor de strafoplegging in individuele strafzaken, doordat officieren van justitie hogere straffen zullen eisen en doordat rechters de gewijzigde waardering van de ernst van bepaalde strafbare feiten in de straftoemeting betrekken.
- 13 Schuyt 2009, p. 130-132. Zie ook: De Hullu 2003, p. 38.
- 14 Zoals geciteerd door De Hullu 2003, p. 38. Naar aanleiding van een onderzoek naar het wettelijk stelsel van strafmaxima heeft de minister recentelijk het standpunt ingenomen dat wanneer grote aantallen delicten gepleegd zijn, vermenigvuldiging van de voor elk feit op te leggen straf tot onaanvaardbaar hoge straffen zou leiden (*Kamerstukken II* 1999/00, 26 800 VI, nr. 66, p. 5). Dat de samenloopregeling in overeenstemming hiermee wordt uitgelegd kan men afleiden uit de systematiek van het afnemend strafnut in het Kader voor Strafvordering van het openbaar ministerie (Aanwijzing Kader voor Strafvordering, *Stc.* 2010, 20475). Daarbij moet worden aangetekend dat die systematiek er vanuit gaat dat straffen bij lichtere feiten tot op zekere hoogte wel kunnen worden gestapeld. Er wordt namelijk gewerkt met schijven waarbinnen zogenaamde strafpunten volgens bepaalde percentages bijdragen in de totaalstraf, maar waarin die strafpunten binnen de eerste schijf volledig worden opgeteld. Aan dit laatste kenmerk van die systematiek lijkt echter niet een uitgangspunt ten grondslag te liggen dat tot een bepaalde strafmaat stapeling in de rede zou liggen.
- 15 Vgl. F. van Tulder & B. Diephuis, *Afgewogen straffen. Analyse en verbetering van de Databank Consistente Straftoemeting* (Research Memorandum), Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2007, p. 29-34 en 55 en Lensing 2011, p. 8-9. Bij de overeenkomstige toepassing van de samenloopregeling bij ongelijktijdige berech-

→

niet uitsluit dat rechters binnen het toepasselijk strafmaximum straffen wel stapelen, is haar strekking mijns inziens dus dat enige matiging uitgangspunt is en mijn veronderstelling is dat die strekking er in de praktijk ook doorgaans aan wordt toegekend.

2.2 *Overeenkomstige toepassing bij ongelijktijdige berechting*

Soms worden feiten die gelet op de pleegdatum gelijktijdig zouden kunnen worden berecht, toch apart van elkaar berecht. Door die ongelijktijdige berechting lopen zij de toepassing van de samenloopregeling mis. Artikel 63 Sr bepaalt daarom voor die gevallen dat de regeling van de meerdaadse samenloop van overeenkomstige toepassing is. Het bepaalt namelijk dat indien iemand, nadat hem een straf is opgelegd, schuldig wordt verklaard aan een strafbaar feit dat voor die strafoplegging is gepleegd, de bepalingen die gelden voor het geval gelijktijdig straf wordt opgelegd van overeenkomstige toepassing zijn. Pleegt verdachte feit A en daarna feit B en wordt hij vervolgens voor feit A veroordeeld, dan zal de rechter bij de latere berechting van feit B rekening moeten houden met de straf die al is opgelegd voor feit A alsof hij beide feiten gelijktijdig zou hebben berecht. Het te berechten feit B had immers bij die eerdere tussentijdse strafoplegging voor feit A betrokken kunnen worden en dat profijt loopt de verdachte mis doordat de feiten los van elkaar worden berecht. Artikel 63 Sr komt er kort gezegd dus op neer dat een rechter tussentijdse veroordelingen (tussen feit en berechting) voor andere feiten in aanmerking moet nemen alsof er sprake is van samenloop.¹⁶ De bedoeling van deze overeenkomstige toepassing van de samenloopregeling is terug te voeren op de ratio van de samenloopregeling: een onbeperkte cumulatie van straffen te voorkomen.¹⁷

ting (artikel 63 Sr) is dat af te leiden uit uitspraken waarin rechters menen strafvermindering te moeten toepassen (enkele voorbeelden daarvan worden later in deze bijdrage aangehaald).

¹⁶ De complexiteit van deze bepaling kan overigens in het algemeen als probleem worden gezien. Zo overwoog de Rechtbank Rotterdam in haar uitspraak van 30 juli 2010, *LJN* BN2911, dat het voor moord een vrijheidsstraf van 15 jaar tot uitgangspunt nam. Een tussentijdse veroordeling van 2,5 jaar leidde met toepassing van artikel 63 Sr tot een strafvermindering van 2,5 jaar ten opzichte van de 15 jaar die tot uitgangspunt was genomen. Het totaalresultaat werd daarmee alsnog een vrijheidsstraf van 15 jaar, terwijl mag worden aangenomen dat bij gelijktijdige berechting de straf hoger dan 15 jaar was geweest als alleen al de moord daartoe rechtvaardigde.

¹⁷ Het voorkomen van onevenredige cumulatie van straffen is ook de reden waarom de rechter hoe dan ook niet zwaarder mag straffen dan het strafmaximum dat

→

Bij nadere bestudering blijkt de overeenkomstige toepassing niet enkel voort te komen uit de omstandigheid dat het OM de zaken gelijktijdig had kunnen aanbrengen. De begrenzing van de cumulatie van strafmaxima is namelijk ook van overeenkomstige toepassing als gelijktijdige berechting in werkelijkheid onmogelijk is.¹⁸ Het kan namelijk gebeuren dat een verdachte wordt veroordeeld voor feit A, daartegen in hoger beroep gaat, daarna een ander feit B begaat waarvoor hij wordt veroordeeld, terwijl feit A pas weer daarna in hoger beroep wordt berecht. De rechter die in hoger beroep feit A berecht, heeft strikt genomen te maken met een tussentijdse veroordeling tussen het plegen van feit A en de berechting in hoger beroep van feit A, namelijk de veroordeling voor feit B. Dat feit B is echter gepleegd nadat feit A in eerste aanleg is berecht, waardoor bij die berechting voor feit A in eerste aanleg geen rekening kon worden gehouden met feit B. Toch zal de rechter die in hoger beroep zaak A berecht, rekening moeten houden met de veroordeling voor feit B, want het is en blijft een tussentijdse veroordeling.¹⁹ Het lijkt er op dat de bedoeling cumulatie van straffen te matigen reikt tot aan het punt dat er sprake is van recidive als bedoeld in artikel 43a Sr, namelijk wanneer er sprake is van een feit dat is gepleegd na onherroepelijke veroordeling voor het andere feit. Mevis lijkt dan ook op goede gronden te stellen dat de regeling voor meerdaadse samenloop van strafbare feiten en de recidiveregeling naadloos op elkaar aansluiten.²⁰

geldt voor het te berechten feit. Indien een tussentijdse veroordeling een vrijheidsstraf van dertig jaar behelst voor een moord, mag de rechter indien hij daarna een diefstal met geweld berecht niet levenslang opleggen, waartoe ingevolge de samenloop met een moord strikt genomen wel de ruimte zou bestaan (HR 19 april 2005, *NJ* 2006, 10, m.nt. Mevis).

- 18 Zie de noot van Mevis onder HR 29 november 2005, *NJ* 2006, 176. A.J. Machielse bespreekt die noot in: Noyon, Langemeijer, Rummelink, *Het Wetboek van Strafrecht* (losbladig), artikel 63, aantekening 1.
- 19 Advocaat-generaal Machielse nam in zijn conclusie voor HR 29 november 2005, *NJ* 2006, 176 tot uitgangspunt dat feiten die zijn gepleegd na de veroordeling in eerste aanleg voor het in hoger beroep te berechten feit, eigenlijk recidive opleveren. Hij merkt in dat verband op dat indien op basis van artikel 63 Sr met de veroordeling voor dergelijke feiten in hoger beroep rekening moet worden gehouden, het gevolg is dat het bijvoorbeeld voor veelplegers loont om hoger beroep in te stellen. Daarmee is immers verzekerd dat latere strafbare feiten waarvoor zij mogelijk zullen worden veroordeeld, uiteindelijk de straf voor het eerste feit in hoger beroep zal doen verminderen.
- 20 Zie zijn noot bij HR 29 november 2005, *NJ* 2006, 176. Zie in verband met het strikte onderscheid tussen artikel 63 Sr en recidive bijvoorbeeld HR 21 december 2010, *LJN* BO1265. Overigens heeft de wetgever er voor gekozen dat de rechter in het kader van artikel 63 Sr geen rekening behoeft te houden met buitenlandse veroordelingen (Uitvoeringswet Kaderbesluit 2008/675 betreffende de wijze

→

2.3 Eendaadse samenloop en de relatie met het begrip 'hetzelfde feit'

Naast de meerdaadse samenloop is er de regeling van de eendaadse samenloop. De regeling van de eendaadse samenloop is in de eerste plaats bedoeld om de straftoemingsruimte te begrenzen in gevallen dat één feit onder twee strafbepalingen valt. Zij houdt namelijk in dat wanneer één *feit* onder meer dan één strafbepaling valt, slechts één van die bepalingen wordt toegepast, bij verschil die waarop de zwaarste maximumstraf is gesteld (artikel 55 lid 1 Sr).²¹ Zo kan één feit, in de zin van met elkaar samenhangende gedragingen, bijvoorbeeld cumulatief bewezen worden verklaard als afpersing en bedreiging. Dan voorziet de regeling van de eendaadse samenloop er in dat bij de strafoplegging slechts de zwaarste strafbepaling wordt toegepast. De verhoging met een derde daarboven vindt bij de eendaadse samenloop dus niet plaats. De rechter kan bij de straftoemeting dus niet uitgaan boven het hoogste toepasselijke strafmaximum. Hoewel volgens

waarop bij een nieuwe strafrechtelijke procedure rekening wordt gehouden met veroordelingen in nadere lidstaten van de Europese Unie, *Stb.* 2010, 200). Die keuze is mogelijk gemaakt door artikel 3 lid 5 van het Kaderbesluit zelf (*Kamerstukken II* 2009/10, 32 257, nr. 3, p. 4). Zij is mijns inziens ook goed te verdedigen. De duur van vrijheidstraffen wordt doorgaans mede bepaald door de vraag wanneer de wet vervroegde vrijlating mogelijk maakt. Dat kan per land sterk verschillen. Buitenlandse vrijheidstraffen kunnen in verhouding tot Nederlandse straffen bijvoorbeeld hoog uitvallen doordat veel sneller vervroegde invrijstelling wordt toegepast. Dat zou bij toepassing van artikel 63 Sr een ongerechtvaardigde ongelijkheid kunnen opleveren met de gevallen waarin de tussentijdse veroordelingen niet buitenlands zijn. Daarnaast betreft artikel 63 Sr een begrenzing van de straftoemingsruimte op basis van strafmaxima. Ook die verschillen per land, terwijl buitenlandse strafmaxima bij toepassing van artikel 63 Sr mede bepalend zouden kunnen zijn voor de straftoemingsruimte van de Nederlandse rechter. Toepassing van de Uitvoeringswet op artikel 63 Sr zou kortom het risico van ongelijkheid met zich brengen en zou voorts een ongewenste inbreuk op de straftoemingsvrijheid van de rechter kunnen opleveren. Het rekening houden met een onherroepelijk buitenlandse veroordeling, hetgeen wel in de Uitvoeringswet is geregeld, is van een andere orde, omdat die veroordeling niet behoeft te worden verdisconteerd in de op te leggen straf maar slechts als grond dient voor een eventuele strafverhoging.

21 Artikel 55 lid 2 Sr betreft de situatie dat één van de twee strafbepalingen een *specialis* is ten opzichte van de ander, hetgeen tot gevolg heeft dat die *specialis* als enige in aanmerking komt. In dat verband is het uitgangspunt dat ook enkel op basis van die *specialis* wordt gekwalificeerd. Wanneer de feiten in zodanig verband tot elkaar staan, dat er sprake is van een voortgezette handeling, geldt volgens artikel 56 Sr dezelfde regeling als bij de eendaadse samenloop. Een dergelijk verband doet zich voor bij gelijksoortige delicten die voortkomen uit een ongeoorloofd wilsbesluit.

de wettekst bij eendaadse samenloop slechts één *strafbepaling* mag worden toegepast, staat het de rechter vrij alle bewezen verklaarde feiten te kwalificeren en vervolgens dan bij de straf één strafmaximum toe te passen.²² Hij kan er echter ook voor kiezen slechts één van de bewezen verklaarde feiten te kwalificeren. Zo mocht het hof in HR 16 november 2004, *NJ* 2005, 43 het kwalificeren van een bewezenverklaarde bedreiging achterwege laten en de verdachte slechts veroordelen voor het daar rechtstreeks mee samenhangende strafbare feit afpersing.²³

Het bereik van de regeling van de eendaadse samenloop wordt mede bepaald door de betekenis van het begrip ‘feit’ in die regeling. Er is zoals gezegd sprake van eendaadse samenloop wanneer één *feit* onder meer dan één strafbepaling valt. Het begrip ‘feit’ sloot oorspronkelijk aan bij het begrip ‘hetzelfde feit’ in artikel 68 Sr: in beide gevallen was eenheid van tijd en plaats bepalend om van eendaadse samenloop of hetzelfde feit te spreken. Ten aanzien van artikel 68 Sr is vervolgens een verfijnde lijn ontwikkeld, waarbij eenheid van tijd en plaats relevant blijft, maar waarbij grof gezegd van een ander feit wordt gesproken zodra (gelijktijdige) gedragingen onder *wezenlijk* van elkaar te onderscheiden strafbepalingen vallen, die bijvoorbeeld verschillende belangen beschermen of verschillende strafmaxima kennen.²⁴ Ten aanzien van de samenloopregeling is daarentegen meer afstand genomen van de oorspronkelijke nadruk op eenheid van tijd en plaats en is in essentie het uitgangspunt ontwikkeld dat bij (gelijktijdige) gedragingen die onder verschillende strafbepalingen vallen sprake is van meerdaadse samenloop, ook wanneer dat verschil niet wezenlijk is.²⁵ Meerdaadse samenloop wordt zo betrekkelijk gemakkelijk aangenomen zodra één feit onder meerdere

22 HR 23 maart 2004, *NJ* 2004, 313.

23 HR 16 november 2004, *NJ* 2005, 43. Een duidelijke keuze voor ofwel enkelvoudige ofwel meervoudige kwalificatie kan uit de wetsgeschiedenis niet worden afgeleid, zie C.M. Pelsler, *De naam van het feit. Over de kwalificatiebeslissing in strafzaken* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 187-188. Uit rechtspraak in de jaren tachtig zou wel kunnen worden afgeleid dat een voorkeur bestaat voor enkelvoudige kwalificatie (HR 1 juli 1981, *NJ* 1981, 616 en HR 3 januari 1984, *NJ* 1984, 420), maar de Hoge Raad laat het nu duidelijk in het midden liggen (vgl. ook HR 23 maart 2004, *NJ* 2004, 313).

24 HR 1 februari 2011, LJN BM9102. Zie over deze jurisprudentiële ontwikkeling: A.A. Franken, *Hetzelfde feit. Over samenloop van strafbare feiten en het non bis in idem-beginsel* (Ars Aequi cahiers deel 4), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1995, p. 35-39; Belangrijke arresten in dit verband zijn geweest HR 27 juni 1932, *NJ* 1932, p. 1659, m.nt. T en HR 11 februari 1958, *NJ* 1959, 558, m.nt. B.V.A.R.

25 Die ontwikkeling begon met HR 15 februari 1932, *NJ* 1932, p. 289.

strafbepalingen valt. Het bereik van de eendaadse samenloop is daardoor beperkter geworden. Van eendaadse samenloop is in de kern alleen nog sprake bij een duidelijke eenheid van tijd en plaats terwijl de toepasselijke strafbepalingen een duidelijke gelijksoortige strekking hebben.²⁶ Het gevolg daarvan is dat gedragingen die hetzelfde feit opleveren zelfs geregeld meerdaadse samenloop opleveren.²⁷ Dan geldt dus ter zake van gedragingen die hetzelfde feit opleveren een verhoging van het toepasselijke strafmaximum en bestaat niet de mogelijkheid om enkelvoudig te kwalificeren.

3 Een herijking van de regeling van de meerdaadse samenloop

3.1 *Relativering van het onderscheid tussen meerdaadse samenloop en recidive*

Het perspectief van waaruit de regeling van de meerdaadse samenloop goed kan worden beoordeeld is de verhouding ervan met de recidiveregeling, zoals De Hullu die ook heeft geduid in zijn afscheidsrede. Bij meerdaadse samenloop van feiten is er in veel gevallen sprake van het begaan van misdrijven die door enig tijdsverloop van elkaar worden gescheiden en daardoor los van elkaar staan. Meerdaadse samenloop hangt in zoverre nauw samen met recidive, zoals bedoeld in artikel 43a van het Wetboek van Strafrecht.²⁸ Hiervoor bleek dat zij door de toepassing van artikel 63 Sr naadloos op elkaar aansluiten: het omslagpunt is de onherroepelijkheid van een tussenliggende veroordeling. Van recidive is sprake wanneer een verdachte wordt berecht voor een feit dat is gepleegd na de onherroepelijke veroordeling voor een ander feit.²⁹ Het strafmaximum dat dan voor

²⁶ De Hullu 2009, p. 502-504.

²⁷ Zie ook het ontwerp van het Antilliaanse Wetboek van Strafrecht, Mevis 2008, p. 82.

²⁸ De Hullu relateert daarom het onderscheid tussen beide regelingen. Hij merkt recidive aan als het in de loop van niet al te lange tijd begaan van meerdere strafbare feiten, *al dan niet* onderbroken door justitiële interventies, De Hullu 2003, p. 2. Mevis lijkt te menen dat De Hullu met zijn analyse van de regelingen van samenloop en recidive meer bij elkaar brengt dan daadwerkelijk bij elkaar hoort: P. Mevis, 'Boekbespreking' (bespreking van: J. de Hullu, *Recidive en straf-toemeting*, Deventer: Kluwer 2003), *Sancties* 2004, p. 177. Hij benadrukt dat de regeling van de meerdaadse samenloop een beperking van (onbeperkte) cumulatie van straf is en niet een regeling 'van meervoudigheid van delicten'.

²⁹ De doelstelling van de recidivebepaling van artikel 43a Sr is gevolgen te verbinden aan de omstandigheid dat de preventieve werking van de veroordeling niet heeft gewerkt. Die preventieve werking wordt geacht uit te gaan van de onher-

→

het te berechten feit geldt, kan ook nog eens met een derde worden verhoogd omdat de verdachte eerder al is veroordeeld. Bij het achtereenvolgens plegen van strafbare feiten zonder dat zij worden gescheiden door een onherroepelijke veroordeling is de meerdaadse samenloop van toepassing en geldt dus ten aanzien van alle feiten samen de grens van een derde boven het hoogste strafmaximum. Dat geldt dus niet alleen voor feiten die gelijktijdig worden berecht, maar zoals gezegd ook als het ene feit is gepleegd na veroordeling voor het andere feit waartegen hoger beroep is ingesteld. In dat hoger beroep zal immers artikel 63 Sr moeten worden toegepast alsof beide feiten gelijktijdig worden berecht. In al die gevallen vergroot het tweede feit de strafruimte niet met het voor dat tweede feit geldende strafmaximum, laat staan met een derde daarbovenop als gevolg van een eerdere veroordeling. Daarentegen vergroot het tweede feit de strafruimte voor het eerste en tweede feit samen tot slechts een derde boven het zwaarste toepasselijke strafmaximum.³⁰ Dat derde deel boven het zwaarste strafmaximum strekt dan in essentie tot een algemene matiging ten aanzien van de straf voor beide feiten samen.

Bij meerdere achtereenvolgens begane misdrijven levert de enkele onherroepelijkheid van een tussenliggende veroordeling op het niveau van wettelijke strafmaxima dus een wezenlijk andere waardering op. Het is op zich redelijk om in termen van strafverzwaring bovenop een volwaardige straf voor het tweede feit extra gevolgen te verbinden aan de omstandigheid dat een verdachte een eerdere veroordeling in de wind heeft geslagen. Tevens is het redelijk om dat gevolg pas te verbinden aan een eerdere veroordeling als die onherroepelijk is. Zoals Mevis terecht benadrukt, kan immers alleen bij de onherroepelijkheid van een eerdere veroordeling met zekerheid worden vastgesteld dat die terecht is geweest. Alleen dan zou het de verdachte kunnen worden aangerekend dat de veroordeling bij hem (nog) niet in gedragsverandering lijkt te hebben geresulteerd.³¹ Zelfs wanneer een feit is gepleegd na een niet-onherroepelijke veroordeling voor een ander feit, is die zekerheid er niet en kan aan de eerdere

roepelijke veroordeling als zodanig, ongeacht de tenuitvoerlegging daarvan, zie Schuyt 2009, p. 117-123, in het bijzonder p. 122. De Hoge Raad houdt bij het betrekken in de strafmotivering van eerder strafbaar gedrag strikt de hand aan de eis van een onherroepelijke veroordeling. Zie hierover de noot van Borgers bij HR 18 december 2007, *NJ* 2008, 405, onder 3.

³⁰ Tenzij op dat tweede feit een dermate laag strafmaximum staat dat de optelling van strafmaxima niet uitgaat boven het hoogste strafmaximum (voor het eerste feit) vermeerderd met een derde.

³¹ Mevis 2004, p. 177-178.

veroordeling in die zin geen betekenis worden gegeven. Gelet op de overeenkomsten die er tussen recidive en meerdaadse samenloop wel bestaan, lijkt het dan voor de hand te liggen om bij meerdaadse samenloop in algemene zin enkel die strafverhoging van de recidiveregeling achterwege te laten. Het lijkt dan niet voor de hand te liggen om, in feite tegengesteld aan de werking van de recidive, generiek als uitgangspunt te nemen dat strafmatiging moet plaatsvinden om aldus een billijke bestraffing te waarborgen. Net als bij recidive is er immers ook bij meerdaadse samenloop vaak sprake van het plegen van feiten die door enig tijdsverloop van elkaar worden gescheiden en aldus op zichzelf kunnen en wellicht moeten worden gewaardeerd. De strafmatiging bij meerdaadse samenloop en de grondslag daarvoor verhouden zich mijns inziens in zoverre slecht met de als redelijk aan te merken verzwarende beoordeling van recidiverend gedrag.

3.2 *Kanttekeningen bij de regeling van de meerdaadse samenloop*

Met zijn analyse van de meerdaadse samenloop tegen de achtergrond van de recidiveregeling problematiseert De Hullu mijns inziens terecht de strafmatiging die bij meerdaadse samenloop als gevolg van de strafmaximumbegrenzing wordt voorgeschreven. Ook Mevis meent dat er getwijfeld kan worden aan de grens van een derde boven het zwaarste toepasselijke strafmaximum.³² De Hullu betreft zijn kanttekeningen in het bijzonder op de bestraffing van stelselmatige daders. Mijns inziens is het echter niet alleen om reden van de stelselmatigheid van gedrag, dat het proportioneel kan zijn om straffen bij een meervoud aan feiten te cumuleren of in ieder geval niet zonder nadere motivering te matigen. Wanneer een verdachte zich bijvoorbeeld op verschillende tijdstippen jegens drie slachtoffers schuldig heeft gemaakt aan ernstig zedendelicten, kan het proportioneel zijn om straffen te cumuleren. Daarbij speelt niet alleen mee dat zware bestraffing onder omstandigheden passend kan zijn of dat het herhaaldelijke plegen van strafbare feiten om een langdurige onschadelijkmaking van de verdachte vraagt, maar met name dat het passend kan zijn om elk feit ook voor wat betreft de strafoplegging op zijn eigen merites te beoordelen. De regeling van de meerdaadse samenloop strekt in het algemeen ook tot cumulatie van strafmaxima (artikelen 57 Sr, 58 Sr en 62 Sr). De wet lijkt in het algemeen dus voorop te stellen dat elk feit bij de straftoemeting een zelfstandige

³² Mevis 2008, p. 88-89.

waardering verdient. Het waarborgen van billijke straftoemeting is mijns inziens geen goede grond om dat uitgangspunt te verlaten zodra het om vrijheidstraffen gaat. Ook een andere grond is daarvoor volgens mij niet te vinden. Er gaat van de strafmaximumbegrenzing voorts ten onrechte de strekking uit dat bij meerdaadse samenloop telkens matiging van de vrijheidstraf moet plaatsvinden. Het lijkt juist redelijk om een motivering te verlangen waarom matiging moet plaatsvinden. Doordat er in verband met de samenloop van feiten geen bijzondere motiveringsplicht bestaat, ontbreekt het nu niet alleen aan inzicht in de precieze redenen voor het matigen van de straf bij een meervoud aan feiten, maar is het in het algemeen niet duidelijk hoe rechters een samenloop van feiten als zodanig waarderen bij het bepalen van de straf. Daardoor ontbreken ook concrete aanknopingspunten om enige normering in die waardering aan te brengen. Dat is volgens mij een belangrijk gemis in de straftoemetingspraktijk,³³ omdat veroordeling voor meerdere feiten erg vaak voorkomt.

Een begrenzing van de straftoemetingsruimte op het niveau van wettelijke strafmaxima bij meerdaadse samenloop van misdrijven lijkt in het algemeen dus niet gerechtvaardigd. Door die begrenzing en door het ontbreken van een praktijk waarin rechters de totstandkoming van de straf bij meerdaadse samenloop van misdrijven motiveren, wordt er onvoldoende rekening gehouden met de bijzondere waardering die voor een reeks aan feiten van belang kan zijn. Dit blijkt in het bijzonder ook uit de gevolgen van de meerdaadse samenloop bij ongelijktijdige berechting. Bij de ongelijktijdige berechting van oude ernstige strafbare feiten kan de strafmaximumbegrenzing namelijk tot gevolg hebben dat geen straf meer opgelegd kan worden als de verdachte in de tussenliggende tijd is veroordeeld tot vrijheidstraffen die in totaal uitgaan boven het maximum dat bij samenloop geldt. Als bijvoorbeeld een gewelddadige overval op een winkel, gepleegd in 1998, wordt berecht en in de tussenliggende tijd is de verdachte veroordeeld voor zowel handel in harddrugs als voor een andere gewelddadige overval tot vrijheidstraffen met een totale duur van zestien jaren, dan kan de verdachte voor de overval in 1998 in feite niet meer tot een vrijheidstraf worden veroordeeld. De maximaal op te leggen tijdelijke vrijheidstraf indien alle feiten gevoegd zouden zijn behandeld is dan immers twaalf jaar, het zwaarste toepasselijke strafmaximum, vermeerderd met een derde, dus zestien jaar. Die

33 Vgl. in dit verband ook Schuyt 2009. Zie ook de kritische opmerkingen van Tak over het ontbreken van duidelijke criteria voor de straftoemeting, Tak 2010, p. 42-43 en 45.

maximumstraf is bij de tussentijdse veroordelingen al opgelegd, waardoor er geen strafruimte meer overblijft.³⁴ De op te leggen straf voor de oude overval uit 1998 wordt dan geacht reeds te zijn opgelegd bij veroordeling voor die andere feiten. Onder omstandigheden kan een dergelijke uitkomst getuigen van onvoldoende oog voor de bijzondere waardering die elk van een reeks aan misdrijven bij de strafoplegging verdient. Weliswaar is de resterende strafruimte in de meeste gevallen dermate groot dat er zich geen probleem voordoet met de toepassing van artikel 63 Sr. Dat betekent evenwel niet dat een ontoereikende strafruimte slechts een theoretisch probleem is,³⁵ zeker niet wanneer men in aanmerking neemt dat steeds vaker met nieuwe technieken oude zaken kunnen worden opgehelderd, terwijl in de toekomst na verwachting ook vrijspraken kunnen worden herzien. Het afschaffen van de overeenkomstige toepassing bij ongelijktijdige berechting is hier mijns inziens niet de beste oplossing. Het lijkt immers redelijk en consequent om uit te blijven gaan van samenloop zolang sprake is van een meervoud aan feiten waarvan niet onherroepelijk is vastgesteld dat de verdachte daaraan schuldig is.

3.3 Enkele voorstellen voor een herijking

De Hullu suggereert de maximale vrijheidsstraf te laten cumuleren tot een verdubbeling van het zwaarst toepasselijke maximum wanneer het om samenloop van tenminste vier misdrijven gaat.³⁶ Dat zou kunnen verzekeren dat rechters ook bij ongelijktijdige berechting voldoende ruimte hebben om veelplegers passend te bestraffen.³⁷ Maar die suggestie spitst zich als zodanig slechts toe op een meer

34 De Hoge Raad lijkt niet tot uitgangspunt te nemen dat slechts samenloop met bijvoorbeeld één tussentijdse veroordeling in aanmerking moet worden genomen. Zie bijvoorbeeld HR 29 november 2005, *NJ* 2006, 176. De minister spreekt bij de laatste wijziging van de bepaling ook over het vermelden van 'alle vroegere veroordelingen' (*Kamerstukken II* 1992/93, 22 962, nr. 3, p. 1). Problematisch is echter dat bij meerdere tussentijdse veroordelingen ook sprake kan zijn van tussentijdse veroordelingen die ten opzichte van andere tussentijdse veroordelingen recidive opleveren. Die zouden dan eigenlijk van toepassing van artikel 63 Sr moeten worden uitgesloten.

35 Rb. Rotterdam 24 juli 2008, *LJN* BD8494; Rb. Breda 4 maart 1971, *NJ* 1972, 353; zie bijvoorbeeld ook Gerechtshof Leeuwarden 24 maart 2009, *LJN* BH7598 en Gerechtshof Leeuwarden 10 augustus 2009, *LJN* BJ5740. Vgl. overigens ten aanzien van buitenlandse veroordelingen: *Kamerstukken II* 2009/10, 32 257, nr. 3, p. 4.

36 De Hullu 2003, p. 49.

37 Wat inmiddels overigens voor een deel is verzekerd door de ISD-maatregel.

ruimhartige begrenzing op het niveau van wettelijke strafmaxima, terwijl die wettelijke strafmaxima nauwelijks aanknopingspunten bieden voor de daadwerkelijke bestraffing bij een samenloop van strafbare feiten, anders dan dat zij in grote lijnen de ernst van strafbare feiten duiden ten opzichte van de ernst van andersoortige strafbare feiten.³⁸ De wettelijke strafmaxima rijzen te ver uit boven de doorgaans opgelegde straffen om dergelijke concrete aanknopingspunten te kunnen bieden. De begrenzing die met het voorstel van De Hullu nog steeds wordt beoogd, houdt voorts in zekere zin de suggestie in stand dat bij cumulatie van feiten als uitgangspunt enige strafmatiging moet plaatsvinden. De enkele verruiming van de strafruimte op het niveau van wettelijke strafmaxima laat verder in het midden hoe een samenloop van meerdere feiten moet worden gewaardeerd en bevordert niet dat die waardering in rechtspraak explicieter wordt gemaakt. Zij maakt de wettelijke systematiek kortom niet eenduidiger, terwijl er onvoldoende aandacht wordt gevestigd op de wijze waarop rechters de samenloop van feiten bij de strafoplegging daadwerkelijk waarderen en moeten waarderen. Het verdient juist meer verantwoording en normering hoe de rechter bij vrijheidstraffen omgaat met de vaak bestaande spanning tussen enerzijds de redelijke behoefte om elk strafbaar feit op zichzelf van een passende straf te voorzien en anderzijds de wens van een billijke straftoemeting.

Er zou gekozen kunnen worden voor een meer open samenloopregeling, één waarin de grens van een derde boven het zwaarste strafmaximum wordt vervangen door een regeling waarin bijvoorbeeld enkele algemene strafmaxima van toepassing zijn, afhankelijk van de vraag of het zwaarst toepasselijke strafmaximum vier jaar of meer, acht jaar of meer ofwel twaalf jaar of meer is.³⁹ In algemene zin zou daarbij kunnen worden voorgeschreven dat de rechter die voor meerdere feiten één vrijheidstraf oplegt, een bestraffing voor ogen houdt die proportioneel is en zoveel mogelijk bijdraagt aan voorko-

38 Daarbij moet voorts worden aangetekend dat de strafmaxima in feite duiden op de meest ernstige vormen van strafbare feiten. De ergste diefstal (strafmaximum: vier jaar) is dus ernstiger dan de ergste eenvoudige mishandeling (strafmaximum: drie jaar). Ondertussen zou men een inbreuk op de lichamelijke integriteit over het algemeen ernstiger kunnen vinden dan een inbreuk op het vermogen. Voor de bestraffing in individuele gevallen bieden de strafmaxima zo gezien bepaald geen eenduidige oriëntatiepunten.

39 Vgl. ook het voorstel van Hazewinkel-Suringa, zoals aangehaald door De Hullu in De Hullu 2003, p. 41.

ming van herhaling van strafbaar gedrag.⁴⁰ Een straf voor een reeks aan lichte feiten zou bijvoorbeeld disproportioneel kunnen zijn wanneer die uitstijgt boven de straf die doorgaans wordt opgelegd voor een misdrijf dat als veel ernstiger moet worden aangemerkt dan de betreffende reeks aan lichte feiten.⁴¹ Daarnaast kunnen op preventie gerichte strafdoelen redenen bieden om een totaalstraf te matigen. De persoonlijke omstandigheden van de verdachte kunnen grond bieden om minder tegemoet te komen aan de behoefte alle feiten volledig te vergelden, zodat ruimte ontstaat voor een straf waarmee beter wordt voorkomen dat de verdachte na detentie in herhaling valt. Matiging van de straf zou niet de regel moeten zijn, maar onbeperkte cumulatie van straffen zou dus ook niet tot uitgangspunt moeten worden genomen. Wanneer na de pleegdatum van de tenlastegelegde feiten een herroepelijke veroordeling heeft plaatsgevonden voor andere feiten, zouden de voorschriften voor samenloop voorts van toepassing moeten zijn alsof alle feiten gelijktijdig worden berecht.⁴² Bij die overeenkomstige toepassing van de samenloopregeling bij ongelijktijdige berechting zou kunnen worden bepaald dat feiten niettemin zoveel mogelijk gelijktijdig worden berecht.⁴³

De rechter zou bij het bepalen van de vrijheidstraf voor een samenloop aan strafbare feiten voorts rekening moeten houden met het (ontbreken van enig relevant) verband tussen die feiten.⁴⁴ Het

40 Zie voor een nadere uitwerking van strafdoelen in het algemeen het concept oriëntatiepunt grond en doelen van de straf zoals weergegeven in Lensing 2011, p. 6-7.

41 Het zou bijvoorbeeld disproportioneel kunnen zijn als een verdachte die tot vijftien keer toe verschillende vrouwen zonder geweldgebruik in het openbaar onzedelijk heeft betast, een straf krijgt die doorgaans wordt opgelegd voor één enkele gewelddadige verkrachting.

42 Met dien verstande dat de rechter geen hogere straf mag opleggen dan voor het te berechten feit maximaal kan worden opgelegd (vgl. HR 19 april 2005, *NJ* 2006, 10, m.nt. Mevis). Vgl. in verband met de overeenkomstige toepassing van de meerdaadse samenloop bij ongelijktijdige berechting ook: Rb. Haarlem 17 september 2010, *LJN* BN8070.

43 De ongelijktijdige berechting in gevallen dat gelijktijdige berechting mogelijk was geweest, zou voorts kunnen worden getoetst aan de beginselen van een behoorlijke procesorde, met als uiterste gevolg de niet-ontvankelijkheid van het OM, vgl. Mevis 2008, p. 118. Overigens zou om misverstanden te voorkomen uitdrukkelijk kunnen worden bepaald dat eerdere feiten niet in strafverzwarende zin mogen worden meegenomen bij de op te leggen straf tenzij de verdachte daarvoor onherroepelijk is veroordeeld.

44 Vgl. Recommendation R (92) 17 of the Committee of Ministers (Raad van Europa): 'where an offender is sentenced on one occasion for several offences, the severity of the sentence (...) should take some account of the plurality of

→

concept ‘algemeen oriëntatiepunt samenloop van misdrijven’ maakt binnen de gevallen van meerdaadse samenloop een onderscheid tussen de straftoemeting bij één feitencomplex en bij meerdere feitencomplexen.⁴⁵ De opstellers van het concept erkennen zelf al dat het begrip feitencomplex abstract is en het is inderdaad de vraag of het enige onderscheidende betekenis heeft. Het lijkt beter het verband tussen feiten per geval op zijn eigen merites te waarderen. Daarbij kan gewicht worden gegeven aan aspecten als de mate van verwijtbaarheid van het complex aan gedragingen, aan de ernst van de gevolgen ervan, aan de belangen die er door worden geschaad of aan het recidivegevaar dat er uit voortvloeit. Vanuit het perspectief van verwijtbaarheid zou matiging bij bijvoorbeeld twee mishandelingen op twee verschillende momenten wellicht minder voor de hand liggen dan bij de mishandeling van twee personen bij één en dezelfde ruzie. Vanuit het perspectief van de belangen die worden geschaad of vanuit het perspectief van de ernst van de gevolgen zou bijvoorbeeld een mishandeling van een tweede slachtoffer verhoudingsgewijs minder aanleiding tot matiging kunnen geven dan de verkoop van een hoeveelheid cocaine aan een tweede klant. Vanuit het perspectief van recidivegevaar zou bijvoorbeeld ontucht met een minderjarige naast het voorhanden hebben van kinderpornografisch materiaal als samenhangend feitencomplex zwaarder kunnen worden gewaardeerd dan de ontucht van een minderjarige en een zware mishandeling die daar volkomen los van staat. Zo zijn er vele perspectieven voorstelbaar van waaruit een meervoud aan strafbare gedragingen tot een bijzondere waardering bij de strafoplegging kan nopen. Het is mijns inziens een gemis dat dergelijke perspectieven nauwelijks expliciet worden uitgewerkt in de rechtspraak.

Met het oog op de hiervoor bedoelde waardering van de samenloop van strafbare feiten zouden rechters kunnen worden verplicht om bij de strafoplegging voor een samenstel aan strafbare gedragingen te motiveren of en op welke gronden zij de totaalstraf hebben gematigd en hoe zij daarbij rekening hebben gehouden met het verband tussen de strafbare gedragingen. Dat biedt de rechter de ruimte om – met inachtneming van het verband binnen een reeks aan feiten of juist van de bijzondere omstandigheden van elk feit afzonderlijk – inzicht te geven in de wijze waarop hij het geheel aan feiten heeft gewaardeerd. Men zou hier ook kunnen denken aan een stelsel

offences but should also remain in proportion to the seriousness of the total criminality under consideration.’

45 Lensing 2011, p. 8.

waarin per feit één straf wordt opgelegd.⁴⁶ Een dergelijk stelsel zou echter tot omslachtigheid kunnen leiden, omdat bij meerdaadse samenloop sprake kan zijn van grote aantallen feiten en omdat juist ook het sterke verband tussen die feiten een afzonderlijke waardering per feit zinloos kan maken.⁴⁷ Bij gelijktijdige berechting zou wel kunnen worden voorgeschreven eerst te bepalen welk aandeel het meest ernstige strafbare feit in de totaalstraf heeft gehad om vervolgens te verantwoorden hoe en op basis van welke overwegingen de overige feiten in de totaalstraf hebben bijgedragen. Bij ongelijktijdige berechting kan worden volstaan met de hiervoor genoemde motivering, namelijk of en op welke gronden de rechter de totaalstraf heeft gematigd en hoe hij daarbij rekening heeft gehouden met het verband tussen de strafbare gedragingen.⁴⁸ De rechter zou in een specifieke strafmotivering bij samenloop meer uitdrukking kunnen geven aan de verschillende perspectieven die de waardering van het geheel aan strafbare gedragingen bepalen. Op die manier zouden dergelijke perspectieven in de rechtspraak beter kunnen uitkristalliseren. Het openbaar ministerie zou vervolgens in het strafvorderingsbeleid per type delict nader invulling kunnen geven aan de bestraffing bij samenloop door die perspectieven in uitgangspunten te vertalen. Rechters zouden zich vervolgens weer mede kunnen richten naar dat beleid.⁴⁹

Met de hier kort gemotiveerde voorstellen zou de wettelijke systematiek (samenloop bij gelijktijdige en ongelijktijdige berechting en recidive) aan consistentie kunnen winnen en blijft bij de berech-

46 In het concept ‘algemeen oriëntatiepunt samenloop van misdrijven’ wordt bijvoorbeeld voorgeschreven dat rechters bij ‘meerdere feitencomplexen’ bij wijze van uitgangspunt moeten beoordelen welke straf waarschijnlijk voor elk feit afzonderlijk zou zijn opgelegd als de feiten niet gelijktijdig zouden zijn berecht, om vervolgens het totaal aldus aan te passen dat de uiteindelijke straf proportioneel is aan het geheel van de feitencomplexen (Lensing 2011, p. 8). Het betreft hier overigens een oriëntatiepunt en dus geen verplichting om de straf ook daadwerkelijk op deze manier te verantwoorden.

47 Bij de totstandkoming van het nieuwe Wetboek van Strafrecht van de Nederlandse Antillen is ook vastgehouden aan het uitgangspunt dat bij meerdaadse samenloop in geval van vrijheidstraffen één totaalstraf wordt opgelegd, Mevis 2008, p. 82. Vgl. ook De Hullu 2003, p. 49-50.

48 Bij ongelijktijdige berechting kan de rechter niet tot een dergelijke motivering worden verplicht, omdat hij zich daarmee te veel zou moeten mengen in het oordeel van de rechter die de straf heeft opgelegd in de tussentijdse veroordeling voor de andere feiten.

49 Een alternatief zou kunnen zijn dergelijke uitgangspunten op te nemen in de landelijke oriëntatiepunten voor straftoemeting van het Landelijk Overleg van Strafsectorvoorzitters (vgl. het concept ‘algemeen oriëntatiepunt samenloop van misdrijven’ zoals besproken in Lensing 2011).

ting van ernstige oude feiten steeds de nodige strafruimte over. Voorts zou met deze voorstellen kunnen worden bevorderd dat het openbaar ministerie en rechters de betekenis van samenloop van strafbare feiten voor de strafoplegging scherper waarderen en uitdrukkelijker onder woorden brengen. Een bijzondere strafmotivering bij meerdaadse samenloop waarbij de rechter op basis van het ernstigste feit ook inzicht geeft in het vertrekpunt bij het bepalen van de totaalstraf, maakt het voorts in latere gevallen, waarin voor gelijksoortige feiten een straf wordt opgelegd, nog beter mogelijk om de eventueel op te leggen straf daarop af te stemmen. Een betere motivering van de straf bij samenloop van feiten (ook in antwoord op uitdrukkelijk onderbouwde standpunten⁵⁰) zal de redelijkheid van straffen voorts beter toetsbaar maken, waardoor ook in cassatie meer bescherming zou kunnen worden geboden tegen extreme afwijkingen. Indien de hier summier geschetste herijking samen gaat met een duidelijkere strafmotivering ter zake samenloop van feiten, zou de kwaliteit van de straftoemeting bij samenloop in termen van verantwoording volgens mij in belangrijke mate kunnen toenemen.

4 Een herijking van de regeling van de eendaadse samenloop

4.1 Inleiding

De gedane voorstellen tot herijking van de samenloopregeling houden verband met de omstandigheid dat bij meerdaadse samenloop vaak sprake is van het herhaaldelijk plegen van strafbare feiten en de ratio en gevolgen van de strafmaximumbegrenzing bij vrijheidstraffen op bezwaren kunnen stuiten. De vraag rijst of het nodig is om een onderscheid te bewaren tussen de meerdaadse en de eendaadse samenloop.⁵¹ Ook voor de eendaadse samenloop geldt immers dat de

50 HR 3 oktober 2006, *NJ* 2006, 549. Zie bijvoorbeeld ook HR 2 juni 2009 *LJN* BH8313. Vgl. ook HR 16 december 2008, *NJ* 2009, 228, m.nt. Buruma, waarin de Hoge Raad een strafmotivering ook in het licht van de straffen die in vergelijkbare gevallen waren opgelegd en als zodanig aan het hof waren voorgehouden, toereikend gemotiveerd achtte. In strafmaatverweren zou ook kunnen worden gewezen op eventueel toepasselijke landelijke oriëntatiepunten voor straftoemeting, ondanks dat zij geen recht vormen in de zin van artikel 79 Wet RO.

51 Vanwege de beperkte ruimte kunnen in deze bijdrage bij lange na niet alle aspecten van de samenloopregeling worden behandeld. Het lijkt bijvoorbeeld voor de hand te liggen dat de voortgezette handeling als afzonderlijke figuur zou kunnen vervallen. Verder roept het hiernavolgende de vraag op of de specialisregeling niet zou kunnen worden samengebracht in één eenduidige regeling voor de eendaadse samenloop.

betekenis van het strafmaximum als richtinggevend ijkpunt en bescherming tegen uitschieters kan worden gerelativeerd. Bij eendaadse samenloop zou de strafmaximumbegrenzing eveneens kunnen vervallen en zou rekening kunnen worden gehouden met de hiervoor genoemde uitgangspunten, hetgeen waarschijnlijk tot gevolg heeft dat de straf voor het ene feit nog steeds die voor het andere feit absorbeert. Toch wordt wel gewicht toegekend aan de omstandigheid dat de rechter zich bij eendaadse samenloop slechts mag laten leiden door één strafmaximum, zonder enige verhoging op basis van samenloop. Zo benadrukt Mevis het belang van een regeling die waarborgt dat de verdachte niet tweemaal met de zweeps slag van justitie wordt getroffen wanneer één materieel feit onder twee strafbepalingen valt.⁵² De Hullu is op zijn beurt kritisch over het al te gemakkelijk ten laste leggen van dezelfde gedragingen onder meerdere delictomschrijvingen, terwijl daarbij vaak ook nog meerdaadse samenloop wordt aangenomen. Volgens hem zou een ruimere toepassing van de eendaadse samenloop meer bescherming kunnen bieden bij tenlastelegging van gedragingen onder meerdere delictomschrijvingen.⁵³ Hij vindt dat er veel voor te zeggen is om het feitbegrip van de eendaadse samenloop weer uit te breiden in de richting van het begrip ‘hetzelfde feit’ als bedoeld in artikel 68 Sr.⁵⁴ Ik zal daarom de vraag bespreken of de feitbegrippen van de eendaadse samenloop en van artikel 68 Sr inderdaad zouden moeten samenvallen. De bescherming die De Hullu hier beoogt, zal ik daarna echter uitbreiden tot het niveau van de

⁵² Mevis 2008, p. 95.

⁵³ De Hullu 2009, p. 504. Hij verwijst daarbij naar de kritiek van Groenhuisen & Van der Landen 2000, p. 995-996. Zie anders: A.J. Machielse in: Noyon, Langemeijer, Rummelink, *Het Wetboek van Strafrecht* (losbladig), artikel 55, aantekening 1.

⁵⁴ De Hullu 2009, p. 533-534. Vgl. ook Mevis 2008, p. 78. Mevis stelt voorts dat de (eendaadse) samenloop en het *ne bis in idem* beginsel in hun gemeenschappelijkheid van waarborg tegen dubbele vervolging respectievelijk bestraffing, meer samenhang vertonen dan wel eens wordt gedacht (Mevis 2008, p. 110). Machielse heeft gepleit voor gelijktrekking van beide begrippen, maar lijkt uit te gaan van een aanpassing van het begrip ‘hetzelfde feit’ in artikel 68 Sr aan het feitbegrip van de samenloopregeling. Daarbij zou dus juist het begrip ‘hetzelfde feit’ van artikel 68 Sr worden aangepast en het begrip feit in de eendaadse samenloop niet veranderen. Hij veronderstelt immers dat bij die gelijktrekking de bescherming van artikel 68 Sr wordt beperkt. Dat zou volgens Machielse kunnen worden gecompenseerd door een toetsing van de consecutieve vervolging aan beginselen van een behoorlijke procesorde, zie A. Machielse, ‘Samenloop, artikel 68 Sr en beginselen van behoorlijk strafproces’, *DD* 1983, p. 137-146; vgl. voorts A.J. Machielse in: Noyon, Langemeijer, Rummelink, *Het Wetboek van Strafrecht* (losbladig), artikel 55, aantekening 6, noot 3).

kwalificatie van de betreffende feiten. Want hoewel bij eendaadse samenloop het strafmaximum van één van de feiten geldt, blijft de veroordeling alle strafbare feiten behelzen. De vraag is of dat terecht is wanneer sprake is van hetzelfde feit.

4.2 *Samenvallen van de eendaadse samenloop met het begrip 'hetzelfde feit'*

Het begrip 'feit' in de regeling van de eendaadse samenloop sloot zoals gezegd oorspronkelijk aan bij het begrip 'hetzelfde feit' in artikel 68 Sr. Ten aanzien van het begrip 'hetzelfde feit' in artikel 68 Sr is vervolgens rechtspraak ontwikkeld die erop neerkomt dat eenheid van tijd en plaats relevant is om van hetzelfde feit te spreken, maar dat toch van een ander feit sprake is wanneer gedragingen onder *wezenlijk* van elkaar te onderscheiden strafbepalingen vallen en daardoor ook wezenlijk andere strafbare feiten opleveren. Ten aanzien van de samenloopregeling is ondertussen grof gezegd het uitgangspunt ontwikkeld dat bij gedragingen die onder verschillende strafbepalingen vallen, ongeacht het wezenlijke karakter van dat verschil, sprake is van meerdaadse samenloop. Het gevolg daarvan is dat gedragingen die hetzelfde feit opleveren vaak niet als eendaadse maar als meerdaadse samenloop worden beschouwd. Empirisch onderzoek zou kunnen uitwijzen dat rechters in de praktijk ruimer toepassing geven aan de eendaadse samenloop dan hier verondersteld. Niettemin wordt het onderscheid tussen de beide feitbegrippen in de literatuur en rechtspraak nog steeds als systeemkenmerk aanwezig geacht.⁵⁵ Een mogelijke verklaring voor het verschil in feitbegrippen is dat de samenloopregeling en het verbod van dubbele vervolging een verschillende grondslag hebben.⁵⁶ De samenloopregeling is er in de eerste plaats voor bedoeld onbillijke bestraffing te voorkomen. Het verbod op het vervolgen van hetzelfde feit strekt er toe het redelijke vertrouwen te beschermen niet twee keer voor hetzelfde feit te worden vervolgd. Op zichzelf lijkt het ongeacht dat verschil niet bezwaarlijk om het antwoord op de vraag of feiten dermate met elkaar samenhangen dat zij maar één keer mogen worden vervolgd, ook leidend te laten zijn bij het antwoord op de vraag of er bij gelijktijdige berechting slechts één strafbepaling op mag worden toegepast. De re-

55 Vgl. HR 2 december 2003, *NJ* 2004, 152. Zie ook: HR 1 februari 2011, *LJN* BM9102 en HR 17 mei 2011, *LJN* BP0183.

56 Vgl. in dit verband ook: HR 3 januari 1978, *NJ* 1978, 247, m.nt. Van Veen en HR 17 januari 1995, *NJ* 1995, 372.

levante vervolgvraag is dan wel of het ook passend is om juist wanneer strafbepalingen niet *wezenlijk* van elkaar verschillen van eendaadse samenloop te spreken. Mijns inziens is dit inderdaad passend. Ik licht dit toe.

Ter illustratie kan hier een oplichting (artikel 326 Sr) dienen, die enkel bestaat uit het gebruik maken van valse geschriften (artikel 225 lid 2 Sr). Het lijkt redelijk aan te nemen dat daarbij sprake is van hetzelfde feit als bedoeld in artikel 68 Sr.⁵⁷ Men zou bij samenloop van deze feiten kunnen stellen dat toch sprake is van gedrag waarmee de verdachte meerdere belangen geweld aandoet, waardoor ook de strafwaardigheid ervan toeneemt. Daaraan zou men het gevolg kunnen verbinden de regeling van de meerdaadse samenloop toe te passen. Gelet op de doelstelling onbillijke bestraffing tegen te gaan, ligt het evenwel voor de hand terughoudend om te gaan met het verruimen van de strafruimte wanneer feiten zijn terug te voeren op gedragingen die voor wat betreft de aard ervan en de tijd en plaats nauw met elkaar samenhangen. Tegen die achtergrond lijkt de enkele aantasting van meer belangen niet bepalend voor het meerdaadse karakter van de samenloop en biedt die aantasting mijns inziens niet als zodanig een redelijke grond om het strafmaximum te verruimen. Binnen het strafmaximum voor bijvoorbeeld oplichting kan de strafwaardigheid door aantasting van allerlei soorten belangen sterk variëren. Het vertrouwen in de juistheid van bepaalde geschriften kan daarvan één zijn. De persoonlijke of geestelijke integriteit van zeer kwetsbare slachtoffers is een andere. De oplichting waarbij misbruik wordt gemaakt van die kwetsbaarheid, kan ook zonder dat het een zelfstandig strafbaar feit oplevert, veel verwerpelijker zijn dan de oplichting van een verzekeraar door gebruik van valse documenten. Het valt zo beschouwd niet in te zien waarom het gebruik van valse documenten hier de grond zou bieden voor een ruimer strafbereik. Het lijkt redelijker om bepalend te achten of de oplichting en het gebruik van valse documenten dermate 'op zichzelf staan' (nota bene de letterlijke tekst van artikel 57 lid 1 Sr) dat zij bij de straftoemeting ten opzichte van elkaar om een zelfstandige waardering vragen. Alleen dan is er volgens mij een redelijke grond voor de verruiming van het toepasselijke strafmaximum. Voor dit onderscheid kan heel goed de maatstaf dienen of de strafbepalingen in relatie tot het feitelijke gedrag *wezenlijk* van elkaar verschillen. Het is mijns inziens dan ook redelijk beide feitbegrippen te laten samenvallen en van eendaadse

57 Vgl. bijvoorbeeld HR 26 november 1996, *NJ* 1997, 209.

samenloop te spreken zodra er sprake is van gedragingen die naar huidige rechtspraak worden aangemerkt als 'hetzelfde feit'. Daardoor ontstaat duidelijkheid in het wettelijk systeem: feiten die niet consecutief mogen worden vervolgd, zouden ook geen meerdaadse samenloop kunnen opleveren en gevallen die meerdaadse samenloop opleveren kunnen steeds consecutief worden vervolgd.⁵⁸

4.3 *Bescherming tegen onbeperkte cumulatie van tenlasteleggingen?*

De toepassing van de eendaadse samenloop behoeft het openbaar ministerie er niet van te weerhouden gedragingen die hetzelfde feit opleveren cumulatief ten laste te leggen. Wanneer de regeling van de eendaadse samenloop van toepassing is op cumulatief ten laste gelegde feiten, staat dat er ook niet aan in de weg al die feiten bewezen te verklaren en te kwalificeren. De bescherming die een ruimer bereik van de eendaadse samenloop volgens De Hullu zou kunnen bieden, betreft dan ook niet de opeenstapeling van tenlasteleggingen voor dezelfde gedragingen als zodanig, maar enkel de begrenzing van de strafruimte van de rechter in dergelijke gevallen. Niettemin lijkt hij bij dergelijke opeenstapelingen wel kanttekeningen te plaatsen ongeacht de toepassing van de eendaadse of meerdaadse samenloop. Hij hoopt wat dat betreft echter op een verstandig vervolgingsbeleid en suggereert dat de rechter de vervolgingsbeslissing bij een willekeurige opeenstapeling van tenlasteleggingen ter zake één en dezelfde gedraging zou kunnen toetsen aan de beginselen van een behoorlijke procesorde.⁵⁹ Dat zou kunnen leiden tot de niet-ontvankelijkverklaring van het OM in de vervolging in zoverre de toevoeging van feiten op de tenlastelegging op willekeur is gebaseerd. Vaste rechtspraak van de Hoge Raad lijkt evenals de feitenrechtspraak echter maar weinig ruimte te laten voor een dergelijke toetsing bij cumulatie van kwalificaties. Die rechterlijke toetsing biedt niet een sterke en duidelijke be-

58 Zelfs als er strikt genomen geen sprake is van hetzelfde feit, zou ik overigens niet willen uitsluiten dat de consecutieve vervolging van nauw met elkaar samenhangende feiten wordt getoetst aan de beginselen van een behoorlijke procesorde. Zie over de toetsing aan die beginselen: B.F. Keulen, 'Ne bis in de revisie', in: M.S. Groenhuijsen en J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen* (liber amicorum J. de Hullu), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 267-290.

59 De Hullu 2009, p. 537.

scherming tegen het al te gemakkelijk cumulatief telasteleggen van strafbare feiten ter zake van een enkele gedraging.⁶⁰

Ondertussen zijn de bezwaren die De Hullu ten grondslag legt aan het belang van die rechterlijke toetsing, wat mij betreft steekhoudend. Daarom zou de rechter als alternatief voor een bescherming tegen onbeperkte cumulatie van tenlasteleggingen voor hetzelfde feit gebruik kunnen maken van de mogelijkheid om in gevallen van eendaadse samenloop van feiten slechts één daarvan te kwalificeren. De Hoge Raad laat de keuze voor meervoudig of enkelvoudig kwalificeren immers aan de rechter.⁶¹ De bescherming tegen opeenstapeling van strafbepalingen voor materieel één en hetzelfde feit zou er dan dus niet alleen in bestaan dat vaker eendaadse samenloop wordt aangenomen (zoals hiervoor bepleit door de feittbegrippen in artikel 55 Sr en artikel 68 Sr te laten samenvallen), maar dat die er in het bijzonder ook in bestaat dat de verdachte bij die eendaadse samenloop slechts ter zake van één van de feiten wordt veroordeeld doordat slechts één kwalificatie wordt toegepast. Enkelvoudig kwalificeren lijkt evenwel geen gangbare praktijk te zijn,⁶² hetgeen strookt met de opvatting van Pelser die aanvoert dat het doel van de regeling van de eendaadse samenloop enkel en alleen de cumulatie van straffen betreft.⁶³ Maar de strekking van artikel 55 lid 1 Sr is in dit verband nu juist niet eenduidig. Artikel 55 Sr zou immers ook zo kunnen worden uitgelegd dat het in zijn geheel strekt tot het enkelvoudige kwalificeren.⁶⁴ Duidelijk is dat de Hoge Raad de opvatting van Pelser niet volgt of in elk geval

60 M.J.A. Duker, 'Toetsing van de opportuniteit van vervolging door de zittingsrechter', *Trema* 2010, p. 238-243.

61 Hier zou men al snel kunnen denken aan de uitspraak van de Hoge Raad waarin hij een grond introduceert om bepaalde gedragingen die volgens de letter van de wet als witwassen kunnen worden aangemerkt, toch niet als zodanig te kwalificeren (HR 26 oktober 2010, *NJ* 2010, 655). In de kern hangt deze uitspraak echter samen met de problematiek van ruime strafbepalingen en minder rechtstreeks met de problematiek van de eendaadse samenloop. Het arrest illustreert echter wel dat het niet kwalificeren een belangrijke rechtsbescherming kan bieden in gevallen dat de reikwijdte van strafbepalingen optimaal wordt benut.

62 Een zoekopdracht op www.rechtspraak.nl op de termen 'eendaadse samenloop' levert zelfs bij de huidige beperkte toepassing van de eendaadse samenloop vrijwel uitsluitend uitspraken op waarin bij eendaadse samenloop meervoudig wordt gekwalificeerd.

63 Zij sluit zich daarmee aan bij Franken 1995, p. 14. Let wel: hun standpunten hebben betrekking op het nog steeds geldende stelsel waarin de eendaadse samenloop een betrekkelijk beperkt bereik heeft en ziet op gevallen waarin zelfs de strekking van toepasselijke strafbepalingen nauwelijks van elkaar verschillen.

64 Vgl. in dit verband: Mevis 2008, p. 103.

niet als dwingend aanmerkt.⁶⁵ De regeling van de eendaadse samenloop beschermt tegen een opeenstapeling van verwijten en zij laat de ruimte aan de rechter om die bescherming niet alleen op het niveau van de straftoemeting te bieden, maar ook op het niveau van de kwalificatie.

4.4 Enkelvoudige kwalificatie bij eendaadse samenloop

Het belangrijkste argument voor enkelvoudige kwalificatie van ‘hetzelfde feit’ is mijns inziens dat verdachten anders als dader van meerdere feiten worden ‘gebrandmerkt’ terwijl die feiten niet wezenlijk van elkaar verschillen en doorgaans zijn terug te voeren op exact dezelfde gedragingen. Het materiële strafrecht bevat noodgedwongen velerlei strafbepalingen die elkaar overlappen. Die overlapping is een onvermijdelijk gevolg van de wens elk strafwaardig gedrag onder een strafbaarstelling te laten vallen, terwijl een nauwkeurige afbakening van die gedragingen niet eenvoudig is aan te brengen. Dat gedrag hierdoor vaak onder verschillende strafbepalingen is te rubriceren, rechtvaardigt nog niet verdachten te bestempelen als meervoudige dader van strafbare feiten. De rechtspraktijk is volgens mij te veel gewend geraakt aan cumulatie van kwalificaties bij gedragingen die eigenlijk hetzelfde feit opleveren. Dat zou kunnen worden verklaard doordat er in de strafrechtspleging geen praktische noodzaak opdoemt om er vraagtekens bij te plaatsen. Voor een verdachte zal het ten tijde van de berechting vaak niet meer dan een technisch-juridische kwestie zijn. Zijn verdachten eenmaal verlost van de strafzaak, dan komen de feiten echter in de justitiële documentatie te staan. De mogelijke gevolgen daarvan kunnen aan gewicht nauwe-

65 Een ander door Pelser gebezigd argument voor meervoudige kwalificatie is dat dan alle feiten kunnen worden meegenomen bij de vraag of de recidivebepaling kan worden toegepast. Toen Pelser haar standpunt formuleerde, vereiste de recidiveregeling nog de eerdere veroordeling ter zake specifiek omschreven delicten. Inmiddels is slechts soortgelijkheid van delicten vereist. De recidiveregeling van artikel 43a en artikel 43b Sr Sr lijkt mij een zodanig ruime betekenis aan de recidive te geven dat enkelvoudige kwalificatie niet of nauwelijks het risico oplevert bepaald gedrag aan het zicht te onttrekken. Ook wordt wel het argument gebruikt dat meervoudige kwalificatie het werkelijke feitencomplex beter tot uitdrukking brengt en daarmee de vraag of later ter zake van hetzelfde feit wordt vervolgd makkelijk te beantwoorden maakt. Zie Mevis 2008, p. 104-105 en A.J. Machielse in: Noyon, Langemeijer, Rimmelink, *Het Wetboek van Strafrecht* (losbladig), artikel 55, aantekening 1. De enkele goede informatiepositie van de rechter lijkt mij echter geen valide argument om verdachten dan maar voor meerdere strafbare feiten te veroordelen.

lijks worden onderschat.⁶⁶ De meervoud aan kwalificaties als zodanig zou bij een antecedentenonderzoek een onevenredig gewicht kunnen krijgen en kwalificaties die niet de kern van het strafbare gedrag raken zouden ten grondslag kunnen worden gelegd aan het negatieve oordeel in een antecedentenonderzoek.⁶⁷

Ook bij enkelvoudige kwalificatie kunnen de verschillende aspecten van het strafbare gedrag mijns inziens voldoende tot uitdrukking komen in het vonnis, voor zover dat al nodig is wanneer sprake is van gedragingen die hetzelfde feit opleveren. In de strafmotivering kan immers rekening worden gehouden met de omstandigheid dat in het verband van het gekwalificeerde feit meerdere belangen zijn geschaad of dat het feit bijvoorbeeld ten aanzien van meerdere voorwerpen of slachtoffers is gepleegd. Indien de feiten worden bewezenverklaard is er een duidelijke grondslag voor de rechter die bij de strafoplegging te betrekken. Maar zelfs indien er voor is gekozen de betreffende feiten niet ten laste te leggen, kunnen zij volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad toch bij de strafmotivering worden meegenomen, namelijk voor zover die feiten kunnen worden aangemerkt als ‘omstandigheden waaronder het bewezenverklaarde feit is begaan’. Dat die omstandigheden ook een zelfstandig strafbaar feit opleveren, is geen beletsel om ze toch te betrekken in de strafmotivering.⁶⁸ Bij veroordeling voor poging tot afpersing kan de rechter bij de strafoplegging meewegen dat daarbij ook sprake is geweest van een tijdelijke wederrechtelijke vrijheidsberoving (gijzeling) en bij een veroordeling voor oplichting kan worden meegenomen dat daarbij gebruik is gemaakt van valse geschriften (valsheid in geschrifte), steeds aangenomen dat sprake is van hetzelfde feit.⁶⁹

Hiervoor is uitgegaan van een keuzemogelijkheid die de rechter heeft ten aanzien van enkelvoudige of meervoudige kwalificatie.

66 Zie bijvoorbeeld de Beleidsregels Verklaring Omtrent Gedrag 2008 (*Stc.* 2008, nr. 119); Aanwijzing Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens (*Stc.* 2010, 11804); Beleidsregels preventief toezicht op vennootschappen; Wet BIBOB en de Beleidsregels integriteit en uitsluiting bij aanbesteding in BIBOB-sectoren. Zie ter illustratie: Raad van State 1 december 2010, *LJN* BO5695.

67 Zeker wanneer sprake is van gedragingen die als hetzelfde feit zijn aan te merken, kan volgens mij niet zonder meer worden aangenomen dat de keuze om enkelvoudig te kwalificeren onvermijdbare nadelige gevolgen heeft voor de informatiepositie in een antecedentenonderzoek.

68 HR 26 oktober 2010, *LJN*, BM9968. Zie in het bijzonder: HR 12 januari 2010, *LJN* BK4421 en HR 22 september 2009, *LJN* BI5668. Zie hierover ook de noot van Borgers bij HR 18 december 2007, *NJ* 2008, 405.

69 In dergelijke gevallen is dan overigens de vraag of het inderdaad nog enig doel dient om die gedragingen cumulatief ten laste te leggen.

Overwogen zou kunnen worden de rechter te verplichten tot enkelvoudige kwalificatie en dus tot een keuze voor toepassing van één van de strafbepalingen. Verplicht of niet, de vraag rijst in elk geval hoe de rechter die keuze moet maken. Het lijkt mij voor de hand te liggen dat net als nu de hoogte van de wettelijke strafmaxima als eerste maatstaf dient: in beginsel zou de kwalificatie waaraan de hoogste straf is verbonden moeten worden toegepast. De keuze lijkt mij verder afhankelijk van de feiten en omstandigheden van het individuele geval. Als maatstaf zou in dat verband kunnen dienen welke strafbepaling in termen van te beschermen belangen de kern van het strafwaardige gedrag van de verdachte of de ernst daarvan het meest tot uitdrukking brengt. Die maatstaf zou ook grond moeten kunnen bieden om de strafbepaling waarop een lager strafmaximum staat, toe te passen. Bij een samenloop van oplichting en valsheid in geschrifte zou er bijvoorbeeld grond kunnen zijn om te veroordelen voor oplichting, terwijl het strafmaximum daarvoor lager is dan dat voor valsheid in geschrift, om de reden dat de kern van hetgeen hem wordt verweten is dat hij het slachtoffer heeft opgelicht en niet dat hij (daarbij) geschriften heeft vervalst. De rechter zal bij het maken van een keuze voor een kwalificatie tot slot gewicht moeten toekennen aan door het openbaar ministerie en de verdediging ingenomen standpunten ten aanzien van de vraag of er sprake is van eendaadse samenloop en de vraag wat de kern van het strafwaardige gedrag is. Hij dient zijn oordeel hieromtrent hoe dan ook ingevolge artikel 358 lid 2 Sv *juncto* artikel 359 lid 2 Sv te motiveren.

5 Conclusie

Het verbod om bij oplegging van vrijheidstraffen bij meerdaadse samenloop van misdrijven de strafmaxima voor elk feit op te tellen tot boven het hoogste strafmaximum vermeerderd met een derde, is bedoeld ter bescherming tegen onbillijke bestraffing. Zowel bij de ongelijktijdige berechting als bij gelijktijdige berechting lijkt die bescherming niet altijd gerechtvaardigd. Bij de meerdaadse samenloop van feiten zou de meervoudigheid van en het verband tussen strafbare gedragingen nadrukkelijker op de voorgrond kunnen treden en zou de waardering van dat verband uitdrukkelijker onderdeel kunnen uitmaken van de strafmotivering. Het wettelijk systeem zou daar beter op kunnen worden afgestemd door een regeling, waarbij de rechter minder wordt gestuurd of beperkt door begrenzings in toepasselijke strafmaxima en meer verantwoording aflegt over de daadwerkelijke betekenis die de samenloop van strafbare feiten heeft voor

de strafoplegging. De regeling van de eendaadse samenloop zou op haar beurt een striktere functie kunnen vervullen waar het gaat om de beperking van de strafruimte en de bescherming tegen opeenstapeling van strafbepalingen ter zake gedragingen die hetzelfde feit opleveren. Daartoe zou het feitbegrip uit artikel 68 Sr weer de maatstaf moeten worden voor de eendaadse samenloop en zou bij eendaadse samenloop in beginsel enkelvoudig moeten worden gekwalificeerd. Zo ontstaat een samenloopregeling die meer duidelijkheid in het systeem van meervoudige aansprakelijkstelling brengt en die mijns inziens een zinnellere beschermende functie vervult.