

H.D. Wolswijk, Plegen en/of deelnemen (oratie Rijksuniversiteit Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2015²

DD 2016/66

De oratie die Hein Wolswijk op 21 april 2015 uitsprak onder de titel *Plegen en/of deelnemen* staat met stevige benen in de onderzoekstraditie van de vakgroep strafrecht in Groningen. Kenmerkend voor die traditie is onder meer een doorwrochte dogmatische behandeling naar positief recht van leerstukken van, vaak, materieelstrafrechtelijke aard.³ Zo is aan ons begrip van de leerstukken daderschap en deelneming in het materiële strafrecht een aanzienlijk aantal – soms klassiek geworden – ‘Groninger bijdragen’ geleverd.⁴ Tegen deze achtergrond raakt men niet geschokt door het feit dat Wolswijk zijn inaugurele rede wijdt aan de beantwoording van de vraag: hoe verhoudt het (functioneel) plegen (van een natuurlijke persoon)⁵ zich tot het deelnemen, vooral het medeplegen?

Aanleiding voor deze vraag is een arrest uit 2014 waarin de Hoge Raad goedkeurde het oordeel van het hof dat de verdachte strafbaar is als *pleger* – en niet als medepleger – van het misdrijf valsheid in geschrift.⁶ De verdachte had samen met de medeverdachte een door twee bedrijven gezamenlijk opgesteld persbericht gewijzigd. De gewijzigde tekst werd daarna in een hostel/internetcafé door de verdachte opgelezen en door de medeverdachte opnieuw ingetypt en ge-e-maïld aan een aantal adressen. Had in deze zaak een kwalificatie als medeplegen niet meer voor de hand gelegen?

Deze vraag vormt vervolgens de aanleiding voor een kritische uiteenzetting van de huidige regeling van (functioneel) plegen en deelnemen. Wolswijks voornaamste steen des aanstoots wordt gevormd door de IJzerdraadcriteria. Met name het aanvaardingscriterium moet het ontgelden (‘omdat ik er zo snel mogelijk vanaf wil’⁷). Op grond van de IJzerdraadcriteria is het mogelijk een persoon aan te merken als pleger van een strafbaar feit vanwege diens functionele betrokkenheid bij dat feit, ofschoon de bestanddelen van de desbetreffende delictomschrijving ‘in fysieke zin’ door een ander zijn vervuld. De door de wetgever

1 Hoogleraar straf(proces)recht, Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen, Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (UCALL), Universiteit Utrecht.

2 Citeerwijze: F. de Jong, ‘Boekbespreking: H.D. Wolswijk, *Plegen en/of deelnemen* (oratie Rijksuniversiteit Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2015’, DD 2016/66.

3 Getuige ook het oorspronkelijk door Van Bemmelen en naderhand door Van Veen verzorgde, en nu door Knigge en Wolswijk voortgezette hand- en leerboek *Het materiële strafrecht. Ons strafrecht, deel 1*, Deventer: Wolters Kluwer 2015; en getuige een reeks recente proefschriften, waaronder: A. Postma, *Opzet en toerekening bij medeplegen* (diss. Rijksuniversiteit Groningen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2014 (mede onder begeleiding van Wolswijk geconcipieerd); en E.H.A. van Luijk, *Het schuldbeginsel in het Nederlandse strafrecht* (diss. Rijksuniversiteit Groningen), Ridderkerk: Ridderprint B.V. 2015.

4 Zoals: bijdragen aan J.L. van der Neut (red.), *Daderschap en deelneming*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1985; en aan J.B.J. van der Leij (red.), *Plegen en deelnemen*, Deventer: Kluwer 2007; en B.F. Keulen, F. Vellinga-Schootstra, A.A. van Dijk, K.K. Lindenberg & H.D. Wolswijk, *Daderschap en deelneming doorgelicht*, Den Haag: WODC en Groningen: Rijksuniversiteit Groningen 2010.

5 H.D. Wolswijk, *Plegen en/of deelnemen* (oratie Rijksuniversiteit Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 1: het plegerschap of daderschap van de rechtspersoon vormt volgens Wolswijk een ‘geheel eigen problematiek’; hierop kom ik nog terug.

6 HR 10 juni 2014, NJ 2014/512, m.nt. P.A.M. Mevis (*Telekom*).

7 Wolswijk 2015, p. 4.

van 1886 nog overwegend⁸ gehuldigde opvatting dat pleger is degene die zelf, fysiek, alle delictsbestanddelen vervult, is hiermee losgelaten. Hierdoor is eveneens het begrip medeplegen verruimd of 'vergeestelijkt': anders dan in de opvatting van de wetgever is immers niet langer vereist dat verschillende daders samen *fysiek* de delictsomschrijving vervullen.⁹

Waarom wil Wolswijk af, en wel 'zo snel mogelijk', van de in 1954 door de Hoge Raad¹⁰ geïntroduceerde IJzerdraadcriteria die zo sterk aan de hierboven gesignaleerde verruiming van plegerschap en deelneming hebben bijgedragen? Ten aanzien van het aanvaardingscriterium betoogt Wolswijk dat dit ten onrechte wordt beschouwd als een criterium voor de vaststelling van *daderschap*. Onder aanvaarden wordt ook binnen het kader van functioneel plegerschap van natuurlijke personen inmiddels begrepen: het 'niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de verdachte kan worden gevergd' met het oog op de voorkoming van de strafbare gedraging.¹¹ Omgekeerd geldt dat wie wél al het redelijkerwijs vergbare heeft gedaan om de strafbare gedraging te voorkomen, het plaatsvinden van die gedraging *niet* aanvaard heeft en bijgevolg niet als functioneel dader kan worden aangemerkt.

Deze niet-aanvaarding ligt zeer dicht aan tegen de figuur van de afwezigheid van alle schuld op grond van het hebben betracht van de 'maximaal te vergen zorg'.¹² Deze vorm van afwezigheid van alle schuld resulteert bij functioneel daderschap in het oordeel dat van daderschap geen sprake is, terwijl een strafuitsluitingsgrond normaal gesproken¹³ veronderstelt dat de delictsomschrijving is vervuld en er dus wél van daderschap sprake is. Het bezwaar dat Wolswijk inbrengt tegen de inschakeling van dit aanvaardingscriterium ter vaststelling van daderschap is dan ook dat de subjectieve voorwaarde voor strafbaarheid 'schuld' hierdoor binnensluipt in het als objectief te boek staande leerstuk inzake het daderschap. 'Het onderscheid tussen daderschap en schuld, tussen daderschap en strafuitsluitingsgronden, heeft echter goede grond. Ik zou daar graag aan vasthouden.'¹⁴

Wolswijk betoogt dat voor de vaststelling van functioneel daderschap de eis van aanvaarding van de door een ander verrichte gedraging overbodig is. Die overbodigheid verdwijnt niet, zo stelt Wolswijk, indien wij het functionele daderschap beschouwen als een bijzondere vorm van oneigenlijke omissieaansprakelijkheid. Die vergelijking ligt voor de hand; immers, ook de functionele dader laat in veel gevallen na om voldoende in het werk te stellen teneinde het intreden van een gevolg – namelijk de verrichting door een ander van

8 Er bestaat discussie over de vraag of de wetgever of juist vooral de literatuur van die dagen uitging van een onversneden fysiek gedragingsbegrip. Zie M.J. Hornman, *De strafrechtelijke aansprakelijkheid van leidinggevenden van ondernemingen. Een beschouwing vanuit multidimensionaal perspectief* (diss. Universiteit Utrecht), Den Haag: Bju 2016, p. 25; A.M. van Woensel, *In de daderstand verheven* (diss. Universiteit van Amsterdam), Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 7-43.

9 Zie Wolswijk 2015, p. 2-3; Knigge & Wolswijk 2015, p. 267-278 en 295-303; C. Kelk/F. de Jong, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 458-474 en 493-500.

10 HR 23 februari 1954, NJ 1954/378, m.nt. B.V.A. Röling (*IJzerdraad*). De centrale overweging luidt, als bekend: '(...) dat toch handelingen (...) slechts dan waren aan te merken als gedragingen van verd., indien verd. erover vermocht te beschikken, of die handelingen al dan niet plaatsvonden, en deze behoorden tot de zodanige, welke plaatsvinden blijkens den loop van zaken door verd. werd aanvaard of placht te worden aanvaard.'

11 HR 8 december 2015, NJ 2016/23; deze invulling van het aanvaardingscriterium komt uit HR 21 oktober 2003, NJ 2006/328, m.nt. P.A.M. Mevis (*Drijfmet*), over het daderschap van een rechtspersoon; zie ook Wolswijk 2015, p. 4.

12 K. Rozemond, *De methode van het materiële strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 48; Wolswijk 2015, p. 4; Van Luijk 2015, p. 238-240.

13 Niet altijd: bij culpoze delicten leidt aanvaarding van een strafuitsluitingsgrond tot een vrijspraak en dus tot het oordeel dat de delictsomschrijving *niet* is vervuld; en hetzelfde resultaat heeft de aanvaarding van een beroep op een rechtvaardigingsgrond in de meeste gevallen waarin wederrechtelijkheid als bestanddeel is opgenomen in de delictsomschrijving; zie Kelk/De Jong 2016, p. 68-70.

14 Wolswijk 2015, p. 4.

een verboden gedraging – te beletten.¹⁵ In een eerdere publicatie heeft Wolswijk betoogd dat de vaststelling van daderschap bij nalaten, anders dan de heersende leer wil, niet noodzakelijkerwijs veronderstelt dat de ‘dader’ in strijd heeft gehandeld met een buiten-strafwettelijke zorgplicht, laat staan een rechtsplicht.¹⁶ Zo ook bij functioneel daderschap: wie ondanks het betrachten van alle redelijkerwijs te vergen zorg niet voorkomt dat een ander een verboden gedraging verricht, kan onder omstandigheden wél gelden als functionele dader, maar zal niet als *strafbare* dader kunnen worden aangemerkt.¹⁷ Een verwijzing naar zorgplichten of rechtsplichten is in deze benadering voor de vaststelling van daderschap dan ook niet nodig.

Daarbij blijft het niet: ook het beschikkingscriterium wordt door Wolswijk finzinnig van zijn troon gestoten. Doorgaans wordt aangenomen dat de beschikkingsmacht dient te bestaan in een vorm van feitelijke zeggenschap en dus dient voort te vloeien uit een hiërarchisch verband tussen de functionele pleger en de feitelijke uitvoerder van het delict.¹⁸ Bovendien kan niet iedere vorm van feitelijke zeggenschap dragend zijn voor het oordeel dat sprake is van functioneel daderschap: indien de verboden gedraging onvoldoende verband houdt met de ‘typische’ activiteiten binnen de zeggenschapscontext is geen sprake van daderschap en volgens sommigen zelfs niet van beschikkingsmacht.¹⁹ Wolswijk verbindt hieraan de conclusie dat beschikkingsmacht onder omstandigheden, en dus niet steeds, kan leiden tot de vaststelling van plegerschap. Bovendien is die beschikkingsmacht, getuigd op de rechtspraak van de Hoge Raad, geen noodzakelijke voorwaarde voor functioneel plegerschap: in verschillende uitspraken – waaronder die in de Telekom-zaak²⁰ – blijkt de Hoge Raad beschikkingsmacht in de hierboven aangeduide zin niet als een noodzakelijke voorwaarde voor functioneel daderschap te beschouwen.²¹

15 E. Gritter, ‘Functioneel daderschap: dogmatische inbedding en praktische uitwerking’, in: E. Gritter (red.), *Opstellen materieel strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009, p. 1-31; E. Gritter, ‘De antonimiteit van daderschap en zorgvuldig gedrag’, in: B.F. Keulen, G. Knigge & H.D. Wolswijk (red.), *Pet af* (liber amicorum D.H. de Jong), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 63-83.

16 H.D. Wolswijk, ‘Strafbaar nalaten: een zorgplicht minder’, in: A. Harteveld, D.H. de Jong & E. Stamhuis (red.), *Systeem in ontwikkeling* (liber amicorum G. Knigge), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 547-565. In de opvatting van Wolswijk kan nalaten bij de oneigenlijke omissiedelicten onder omstandigheden worden aangemerkt als plegen, maar die omstandigheden houden niet steeds in dat in strijd is gehandeld met een bijzondere rechtsplicht.

17 Wolswijk 2015, p. 4-6, mede onder verwijzing naar verschillende interpretaties van het arrest HR 31 januari 1950, NJ 1950/286, m.nt. B.V.A. Röling (over kaarsenverkoop door middel van een procuratiehouder).

18 Kelk/De Jong 2016, p. 497; vgl. Knigge & Wolswijk 2015, p. 300-301.

19 Dit heeft te maken met het feit dat sommigen voor de vaststelling van beschikkingsmacht als voorwaarde stellen dat de functionele pleger de verboden gedraging niet alleen kon voorkomen maar ook in de positie verkeerde de gedraging te ‘bewerkstelligen’; indien onvoldoende verband bestaat in de zo-even bedoelde zin zou van dit laatste niet kunnen worden gesproken (aldus Röling in zijn noot onder het IJzerdraad-arrest en J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 162). Anders hierover: G. Knigge, ‘Doen en laten: enkele opmerkingen over daderschap’, *DD* 1992, p. 128-154. Zie over deze kwestie: Hornman 2016, p. 36-38. Op overeenkomstige wijze speelt dit vraagstuk een rol bij de vaststelling van het daderschap van een rechtspersoon op grond van het in het Drijfmest-arrest genoemde criterium van de ‘normale bedrijfsvoering’.

20 Wolswijk 2015, p. 8-9, mede onder verwijzing naar HR 22 juli 1947, NJ 1947/469 en naar Th. Weigend, ‘Perpetration through an organization. The unexpected career of a German legal concept’, *Journal of international criminal justice* 2011, p. 91-111.

21 Hiertegen zou men kunnen inbrengen dat in dit type gevallen geen sprake is van toepassing van de criteria voor vaststelling van functioneel daderschap, maar eenvoudigweg van een (uitbreidende) functionele interpretatie van het delictsbestanddeel dat de delictsgedraging uitdrukt: onder ‘opmaken’ in artikel 225 lid 1 Sr valt mede de bewezenverklaarde betrokkenheid van de verdachte in de Telekom-zaak. Vgl. De Hullu 2015, p. 166 en de noot van Mevis onder het Telekom-arrest. Wolswijk stelt echter – terecht, meen ik – dat ook de vaststelling van functioneel daderschap altijd berust op een interpretatie van de delictsgedraging (2015, noot 8 op p. 4 en noot 34 op p. 11). Aldus ook: Hornman 2016, p. 27.

Intussen is – zoals hierboven al even gesteld – ook het sterk aan het (functioneel) plegen verwante medeplegen in belangrijke opzichten verruimd, en wel mede onder invloed van de IJzerdraadcriteria. Door die verruiming van het medeplegen, en dan met name de ontstane overlap met de medeplichtigheid, heeft de Hoge Raad zich in 2014 genoopt gezien in een overzichtsarrest de teugels weer wat strakker aan te trekken.²² Dit laat echter onverlet dat de grens tussen plegen en medeplegen nog altijd onscherp is en de overlap tussen beide vormen van daderschap groot. Dit geldt ook voor de verhouding van plegen tot andere deelnemingsvormen, zoals uitlokken.²³ Het uiteindelijke verschil tussen plegen en deelnemen is daarmee vooral van definatorische aard: pleger is hij die de verschillende bestanddelen van een delictsomschrijving vervult. En functioneel pleger is degene wiens betrokkenheid bij een feitelijk door een ander verrichte gedraging beantwoordt aan de delictsomschrijving, of iets nauwkeuriger: degene wiens betrokkenheid heeft te gelden als vervulling van de delictsgedraging. Maar dit definatorische verschil maakt niet duidelijk hoe en waar de grens tussen de verschillende daderschapsvormen in concrete gevallen precies moet worden getrokken.

Indien wij dus met Wolswijk aannemen dat de vaststelling van functioneel daderschap niet als noodzakelijke voorwaarde veronderstelt dat de beide oude IJzerdraadcriteria zijn vervuld, moeten we eveneens met Wolswijk concluderen dat het geldende recht weinig houvast biedt. De moeilijke vraag die zich bij het bestaan van zoveel onduidelijkheid over de verhouding tussen plegen en deelnemen en bij het bestaan van zoveel overlap daartussen aan ons opdringt is: *welke (mate van) betrokkenheid* bij de door de ander verrichte gedraging beantwoordt aan de delictsomschrijving? Aan het slot van zijn rede wijst Wolswijk op een viertal denkbare wegen waarlangs we het antwoord op deze vraag op het spoor zouden kunnen komen en weer enige scherpte zouden kunnen aanbrengen in het onderscheid tussen (functioneel) plegen en deelnemen.

De eerste mogelijkheid bestaat in de voortzetting van de zoektocht naar hanteerbare (en dat wil bij Wolswijk vooral zeggen: duidelijke en liefst niet graduele)²⁴ criteria voor functioneel daderschap. Een andere, spiegelbeeldige mogelijkheid is om erop te vertrouwen dat de geconstateerde afbakeningsvraagstukken zich na verloop van tijd ‘vanzelf’ en dus zonder theoretische ‘back-up’ zullen oplossen. Beide opties wijst Wolswijk van de hand. Enerzijds acht hij het, onder verwijzing naar gelijkaardige pogingen in de Duitse dogmatiek, weinig realistisch om te veronderstellen dat met het ontwerpen van nieuwe theorieën met duidelijke criteria voor functioneel daderschap de praktijk een hantebaar richtsnoer zal kunnen worden geboden. Anderzijds meent hij dat een uitbesteding van de taak tot het formuleren van daderschapscriteria aan de rechtspraktijk zal resulteren in tamelijk willekeurige, theoretisch niet geschraagde keuzes.

Dan blijft over een keuze tussen twee opnieuw spiegelbeeldige mogelijkheden. De eerste daarvan is de inzet op een terugkeer naar het ‘fysieke gedragingsbegrip’ zoals de wetgever van 1886 dit voor ogen had. In dat geval zou geen plaats meer bestaan voor de figuur van het functioneel daderschap en zou bijvoorbeeld ook het medeplegen weer een veel beperkter bereik krijgen. De andere en – naar mijn inschatting minder onrealistische – mogelijkheid bestaat in een (nog) verdere relativering van het onderscheid tussen plegen

22 HR 2 december 2014, NJ 2015/390, m.nt. P.A.M. Mevis (*Balletjespistolen*).

23 Zie Wolswijk 2015, p. 10-12.

24 Zie Wolswijk 2015, p. 10. Vanwege het gebrek aan duidelijkheid en de overlap met aspecten van schuld moet ook de maatstaf van de redelijke toerekening – die als grondslag voor het daderschap van de rechtspersoon intussen lijkt te zijn doorgetrokken naar het daderschap van de natuurlijke persoon – het ontgelden; zie Wolswijk 2015, p. 6-7.

en deelnemen, waardoor de grens tussen beide daderschapsconstructies (nog) minder van belang zal zijn.²⁵

Het verhaal eindigt zo ietwat abrupt. En ook tamelijk verrassend; want een verhaal waarin de auteur herhaaldelijk zijn zorg uitspreekt over onduidelijke onderscheidingen tussen dogmatische aansprakelijkheidsconstructies sluit af met een wending waarmee onze blik wordt gevestigd op een mogelijke ontwikkeling die leidt tot een dogmatische stand van zaken waarbinnen het onderscheid tussen plegen en deelnemen er niet of nauwelijks nog toe lijkt te doen. Een dergelijke ontwikkeling lijkt intussen niet te zijn wat Wolswijk voorstaat. Zijn rede heeft het immers op verschillende plaatsen gemunt op criteria binnen daderschapsconstructies die onbepaald en/of gradueel van aard zijn en die daardoor aan de rechter te weinig houvast bieden.

In dat verband heb ik mij wel afgevraagd waarop Wolswijks zorg om een heldere en hanteerbare dogmatische begripsafbakening tussen verschillende vormen van daderschap precies berust, ofwel: wat staat er op het spel? Wolswijk spreekt zich hierover niet heel expliciet uit. Eén reden noemt hij wel met enige nadruk: door de verruiming van het medeplegen is het mogelijk geworden om ook medeplegen in de vorm van een wettelijke *strafverzwarringsgrond* (bijvoorbeeld in artikel 311 lid 1 sub 4 Sr) aan te nemen in gevallen waarin de ene medepleger de delictsgedraging voor zijn rekening neemt, terwijl de andere medepleger niet daarbij aanwezig is geweest.²⁶ Dit is moeilijk te verenigen met de strekking van de strafverzwarringsgrond, te weten: de verhoogde dreiging die uitgaat van de *aanwezigheid* van meer daders bij de uitvoering van bepaalde delicten, welke extra dreiging in de opvatting van de wetgever een hoger strafmaximum rechtvaardigt.

Maar voor het overige blijven de redenen voor Wolswijks zorg tamelijk impliciet. De tekst biedt wel wat aanwijzingen. De door Wolswijk herhaaldelijk genoteerde stelling dat vaststelling van (functioneel) daderschap altijd berust op een *interpretatie* van de in de delictsomschrijving aangeduide delictsgedraging doet vermoeden dat op de achtergrond vooral het materieelstrafrechtelijke legaliteitsbeginsel een belangrijke rol speelt in de beschouwing.²⁷ Vanuit een gezichtspunt van legaliteit is het inderdaad belangrijk te ijveren voor een wettelijk en jurisprudentieel stelsel van daderschapsconstructies dat is opgebouwd uit heldere begripsmatige onderscheidingen en duidelijke toepassingscriteria.

Ik voeg daar graag aan toe dat dit bovendien vanuit een *theoretisch* gezichtspunt van belang is. Daderschap vormt één van de centrale leerstukken uit het algemeen deel van het materiële strafrecht. En het algemeen deel kan men beschouwen als een theorie van het bijzonder deel:

“het vormt het geheel van theoretisch meer of minder uitgewerkte leerstukken betreffende verschillende, algemene strafrechtelijke concepten die mede bepalend zijn voor de wijze waarop af-

25 Wolswijk (2015, p. 14) doet twee suggesties voor een mogelijke procesrechtelijke aanpassing waarmee die verdere relativisering kan worden bereikt. Ofwel de rechter hoeft na een bewezenverklaring van het tenlastegelegde geen keuze meer te maken voor een bepaalde daderschapsconstructie; ofwel hij moet die keuze wel maken maar die keuze vormt dan niet langer een cassatiegrond.

26 Wolswijk 2015, p. 15. In zijn eerder genoemde overzichtsarrest uit 2014 (*Balletjespistolen*) voert ook de Hoge Raad dit punt op als reden om het bereik van medeplegen weer wat strenger te begrenzen.

27 Vgl. Wolswijk 2015, voetnoot 42 op p. 13. In een eerdere publicatie legt Wolswijk een veel explicieter verband met het legaliteitsbeginsel; zie H.D. Wolswijk, 'Functioneel daderschap en IJzerdraadcriteria', *DD* 2001, p. 1088-1114.

zonderlijke strafbaarstellingen worden geïnterpreteerd en in de praktijk door de rechter worden toegepast op hem ter beoordeling voorgelegde casus.”²⁸

Nu heeft een theorie onder meer tot taak om een adequate beschrijving te bieden van haar object en een adequate verklaring te bieden voor de wijzen waarop dat object zich ‘gedraagt’. De eis van adequaatheid houdt onder meer in dat een theorie zich moet bedienen van begrippen en begripsverbanden die vrij zijn van contradicties en die voor het doel van de theorie onmisbaar en dus niet overbodig zijn.²⁹

In dat licht is het goed en nuttig dat Wolswijk in zijn rede verschillende bouwstenen van de heersende leer inzake plegerschap en deelneming blootlegt die op de keper beschouwd geen noodzakelijke voorwaarden vormen voor de vaststelling van daderschap en die in zoverre dus overbodige componenten van onze theorie over daderschap uitmaken. Toch blijf ik naar aanleiding van het betoog van Wolswijk zitten met een aantal vragen. Zo is mij niet volledig duidelijk geworden waarom wij, indien wij *wel* erkennen en aanvaarden dat wij afscheid hebben genomen van het ‘fysieke’ gedragsbegrip van de wetgever van 1886, bepaalde daaruit voortvloeiende consequenties *niet* zouden moeten worden aanvaard. Ik doel op de door Wolswijk geuite kritiek op het binnensluipen van subjectieve aspecten binnen het als objectief te boek staande leerstuk van het strafrechtelijk daderschap.

Wat is er nu precies zo bezwaarlijk aan de infiltratie van subjectieve aspecten in de vaststelling van daderschap? Wolswijk stelt dat hij graag zou vasthouden aan het onderscheid tussen daderschap en schuld, tussen daderschap en strafuitsluitingsgronden, omdat dit onderscheid ‘goede grond’ heeft.³⁰ Ik had graag iets meer gelezen over de inhoud van die goede grond, temeer omdat wij ook bij andere materieelstrafrechtelijke leerstukken weinig moeite lijken te hebben met een zekere vermenging van objectieve en subjectieve aspecten; zo kan het criterium van de aanmerkelijke kans binnen de voorwaardelijk-opzetformule worden beschouwd als een objectieve component binnen het subjectieve opzetleerstuk, en ook het objectieve leerstuk van causaliteit herbergt subjectieve gezichtspunten die bij de vaststelling van causaal verband een rol kunnen spelen.³¹

In bepaald opzicht is die vermenging goed verklaarbaar, ook bij het daderschap. Naarmate het daderschap minder fysiek wordt uitgelegd en meer wordt ‘vergeestelijkt’,³² lijkt een opname daarbinnen van meer subjectieve aspecten ook goed verdedigbaar. Zo kan men de voorwaarde voor functioneel daderschap die we sedert 1954 met de term ‘aanvaarding’ aanduiden, beschouwen als een soort tegenwicht of compensatie voor de verruiming van

28 F. de Jong, ‘Gezag, legitimiteit en de “vervlakking” van het algemeen deel van het materiële strafrecht’, in: F. de Jong & R.S.B. Kool (red.), *Relaties van gezag en verantwoordelijkheid: strafrechtelijke ontwikkelingen*, Den Haag: Boom Lemma 2014, p. 11-44, p. 14.

29 Zie A. Aichele, ‘Ex contradictione quodlibet – Die Untauglichkeit der Äquivalenztheorie zur Erklärung von Kausalität, die Untauglichkeit der Lehre von der objektiven Zurechnung zur Rechtfertigung von Zurechnungsurteilen und ein Vorschlag zur Güte’, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 123 (2011), p. 260-283, p. 260.

30 Wolswijk 2015, p. 4. Zie ook Wolswijk 2001, p. 1100; Knigge & Wolswijk 2015, p. 299-300; J. Rimmelink, ‘Artikel 51 Wetboek van Strafrecht’, *Tijdschrift voor Strafrecht* 1963, p. 119-144, p. 124.

31 Het kan natuurlijk goed zijn dat deze vermengingen voor Wolswijk eveneens een doorn in het oog zijn. Intussen lijkt de vermenging van objectieve en subjectieve aspecten binnen materieelstrafrechtelijke leerstukken een populair aandachtspunt te vormen in Groningen. Ten aanzien van de causaliteit heeft Kwakman bijvoorbeeld betoogd dat we zouden moeten terugkeren naar een puur empirisch en objectief begrip daarvan; zie N.J.M. Kwakman, ‘De causaliteit in het strafrecht; het vereiste van *conditio sine qua non* als enige bruikbare criterium’, *NJB* 2007, p. 992-999. En ten aanzien van de strafuitsluitingsgronden heeft Van Veen een terugkeer naar het systeem van de wetgever bepleit, waarin de strafuitsluitingsgronden los staan van de elementen wederrechtelijkheid en verwijtbaarheid; zie Th.W. van Veen, ‘Het stelsel der excepties’, in: J.P. Balkema, G.J.M. Corstens & C.J.C.F. Fijnaut (red.), *Gedenkboek. Honderd jaar Wetboek van Strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1986, p. 349-361.

32 Aldus Pompe in zijn noot onder HR 22 juli 1947, *NJ* 1947/469.

het bereik van strafrechtelijke aansprakelijkheid die overigens het resultaat is van de introductie van het functioneel daderschap.³³ Op overeenkomstige wijze kunnen we bij het daderschap van de rechtspersoon spreken van ‘communicerende vaten’ ten aanzien van de verhouding tussen objectieve en subjectieve aspecten.

Dit brengt mij bij een volgende vraag. Zoals bij aanvang van deze bespreking vermeld, vormt het plegerschap of daderschap van de rechtspersoon volgens Wolswijk een ‘geheel eigen problematiek’. Indien wij het betoog van Wolswijk zouden moeten opvatten als een pleidooi – uiteindelijk – voor een terugkeer naar een weer meer fysiek gedragingsbegrip ten aanzien van natuurlijke personen, dan is inderdaad duidelijk dat het daderschap van de rechtspersoon van een heel andere orde zal zijn. Maar indien wij zijn betoog vooral lezen als een aankondiging van een meer relativerende benadering van plegerschap en deelneming, dan valt moeilijker in te zien in welke zin het daderschap van de rechtspersoon ten opzichte van het daderschap van de natuurlijke persoon nog een geheel eigenstandige problematiek vormt.

Als wij in het strafrechtelijke leerstuk daderschap eenheid willen bewaren, dan rijst toch de vraag: is de kwestie van het daderschap van rechtspersonen werkelijk iets anders dan het daderschap van natuurlijke personen, en zo ja: hoe anders?³⁴ Dit maakt de lezer benieuwd naar de opvattingen van Wolswijk over de heersende leer ter zake van het daderschap van de rechtspersoon: hebben de in zijn oratie uiteengezette standpunten bijvoorbeeld de implicatie dat ook binnen het bewijsvoeringsregime uit het *Drijfmest*-arrest de *Ijzerdraad*-criteria dienen te sneuvelen? En welke implicaties hebben Wolswijks standpunten voor de bestaande theorie van het feitelijke leiding geven?³⁵

Ondanks deze nog openliggende vragen moet gezegd worden dat de oratie van Wolswijk een krachtig staaltje bevat van ouderwets-deugdelijk dogmatisch denken. En zijn invalshoek is interessant: terwijl in het verleden bij daderschap de aandacht vooral is uitgegaan naar de buitengrenzen van strafrechtelijke aansprakelijkheid,³⁶ concentreert Wolswijk zich op wat we de binnengrenzen zouden kunnen noemen: de grenzen tussen de daderschapsvormen, en dan in het bijzonder die tussen plegen en deelnemen. En de oratie biedt een goede aanzet voor verdere theorievorming die ook de praktijk verder kan helpen. Ik schrijf ‘aanzet’ omdat Wolswijk aan het slot van zijn rede uiteindelijk geen keuze maakt uit de verschillende door hem geschetste opties om het probleem dat het geldende recht weinig houvast biedt het hoofd te bieden.

33 Hornman wijst erop dat een wat ‘bijzondere status’ voor de functionele pleger uit een oogpunt van rechtsbescherming gerechtvaardigd is. De fysieke pleger heeft zijn eigen handelen immers geheel zelf in de hand; de functionele pleger is daarentegen afhankelijk van de fysieke pleger die in zijn handelen af kan wijken van eventuele instructies. In zoverre kleeft aan het functionele plegen een ‘accessoir aspect’. Zie Hornman 2016, p. 31-32; zie ook Postma 2014, p. 262-264 en 278-279.

34 Zoals Van Dijk heeft gepleit voor het behoud van een ‘eenvormig’ begrip van opzet; zie A.A. van Dijk, *Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen* (diss. Rijksuniversiteit Groningen), Antwerpen/Deventer: Maklu 2008, p. 341. Zie met betrekking tot het daderschap ook W.H. Vellinga & F. Vellinga-Schootstra, ‘Eenheid in daderschap?’, in: A. Hartevelde, D.H. de Jong & E. Stamhuis (red.), *Systeem in ontwikkeling* (liber amicorum G. Knigge), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 527-546.

35 Zie de noot van Wolswijk onder het recente overzichtsarrest HR 26 april 2016, *NJ* 2016/375; M.J. Hornman, ‘Feitelijke leidinggeven: hoe een weinig vernieuwend arrest toch veel nieuws kan brengen’, *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving* 2016, p. 128-139. Zie ook H.D. Wolswijk, ‘Feitelijke leiding geven en opdracht geven’, in: J.B.J. van der Leij (red.), *Plegen en deelnemen*, Deventer: Kluwer 2007, p. 81-112. Zie over feitelijke leiding geven verder Hornman 2016.

36 Zie vooral J. de Hullu, *Zijn er grenzen aan de strafrechtelijke aansprakelijkheid?* (oratie Universiteit van Tilburg), Arnhem: Gouda Quint 1993; en Y. Buruma, ‘Grenzen aan de strafrechtelijke aansprakelijkheid’, in: M.S. Groenhuijsen & J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen* (liber amicorum J. de Hullu), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 71-93.

De door Wolswijk gestelde vraag 'hoe verder?' voorziet hij dus niet van een definitief antwoord. Ik kan mij voorstellen dat hij de beantwoording van die vraag uitstelt uit overwegingen van wetenschappelijke prudentie. En dat valt in zoverre te begrijpen dat, met een variatie op Maarten Pleun Vrij, aan het daderschapsbegrip van heden de wetenschap van morgen alweer gebreken ontdekt.³⁷ Maar als er een vakgroep is in Nederland die in staat zou moeten zijn om zich met vrucht aan de taak van verdere doordinking van het daderschapsbegrip te wijden, dan is dat de vakgroep strafrecht in Groningen. De oratie maakt intussen duidelijk dat de vraag 'hoe verder?' bij Wolswijk in goede handen is.

37 M.P. Vrij, 'Ontwikkeling van het schuldbegrip in een halve eeuw Strafwetboek', in: E.J. Anneveldt (red.), *Professor mr. M.P. Vrij. Verzameling uit zijn geschriften op het gebied van strafrecht en criminologie*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink [1936] 1956, p. 269-284, p. 284: 'Aan het schuldbegrip van heden ontdekt de wetenschap van morgen alweer gebreken.'