



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Van containers en growshops. Over functioneel ouderschap als alternatief voor medeplegen

Voorde, J.M. ten

Citation

Voorde, J. M. ten. (2016). Van containers en growshops. Over functioneel ouderschap als alternatief voor medeplegen. *Tijdschrift Voor Bijzonder Strafrecht En Handhaving*, 2016(1), 3-11. doi:10.5553/TBSenH/229567002016002001002

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/45291>

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

Artikel

Van containers en growshops

Over functioneel ouderschap als alternatief voor medeplegen

Prof. mr. J.M. ten Voorde*

1. Inleiding

Artikel 47 Sr bepaalt onder andere dat als daders worden gestraft zij die het feit medeplegen. Met doen plegen en uitlokken vormt medeplegen een van de deelnemingsfiguren die op dezelfde wijze als de pleger voor het begaan van een strafbaar feit kan worden gestraft. De vierde deelnemingsfiguur, de medeplichtige (art. 48 Sr), is in ons wettelijk systeem deelnemer, maar wordt niet als dader gestraft.

De geschiedenis van de deelnemingsfiguren laat een ontwikkeling zien waarin het belang van medeplegen is toegenomen ten koste van uitlokken en medeplichtigheid.¹ Nog steeds kan worden gesteld dat medeplegen voor de strafrechtspraktijk de belangrijkste deelnemingsvorm is. Wijziging in de opvatting over de reikwijdte van medeplegen raakt de strafrechtspraktijk dan ook in sterke mate.

De ontwikkeling van het leerstuk medeplegen kan als volgt worden samengevat. Medepleger was in de lezing van de wetgever de persoon die een daad verricht die tot ‘het wezen van het misdrijf behoort’ of ‘rechtstreeks’ tot

het gevolg is gericht. Het voorbeeld van twee personen die ‘met vereende krachten een zwaar voorwerp uit het raam werpen’ geeft het volmaakte medeplegen aan: twee personen vervullen tezamen (als ‘coauteurs’) de bestanddelen van de delictsomschrijving van het strafbare feit dat aan hen is ten laste gelegd.² In de rechtspraak zijn steeds meer situaties erkend waarin van medeplegen van een strafbaar feit kan worden gesproken. Bekend is bijvoorbeeld de casus die leidde tot het Containerdiefstal-arrest waarin de organisator van diefstal van containers zelf geen uitvoeringshandelingen verrichtte en zelfs bij de diefstal niet aanwezig was, maar niettemin als medepleger van de diefstal werd veroordeeld.³ Even bekend is de discussie die vooral aan het begin van deze eeuw werd gevoerd over de vraag of een persoon die deel uitmaakt van een groep personen en aanwezig is bij een door groepsleden begaan strafbaar feit, medepleger van dat feit is.

De Hoge Raad accepteerde jarenlang verruiming van het bereik van medeplegen.⁴ Dat is de laatste tijd veranderd.⁵ Op 2 december 2014 wees de Hoge Raad een belangrijk overzichtsarrest voor medeplegen.⁶ Dat arrest vormt het voorlopige sluitstuk van rechtspraak van de

3

* Prof. mr. J.M. ten Voorde is universitair hoofddocent straf(proces)recht aan de Universiteit Leiden en bijzonder hoogleraar strafrechtsfilosofie (leerstoel Leo Polak) aan de Rijksuniversiteit Groningen.

1. Zie uitgebreid M.M. van Toorenburg, *Medeplegen* (diss. Tilburg), Deventer: Tjeenk Willink 1998, p. 33-149. Zie meer recent A. Postma, *Opzet en toerekening bij medeplegen. Een rechtsvergelijkend onderzoek* (diss. Groningen), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014, p. 13-23 en meer algemeen H.D. Wolswijk, ‘Deelneming in ontwikkeling’, *Strafblad* 2015, p. 449-454.

2. H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, Deel 1 (bewerkt door J.W. Smidt), Haarlem: Tjeenk Willink 1891, p. 437.

3. HR 17 november 1981, *NJ* 1983/84, m.nt. ThWvV.

4. Zie o.a. P.M. Schuyt, Deelneming, in: C.P.M. Cleiren, Th.A. de Roos en M.A.H. van der Woude (red.), *Jurisprudentie strafrecht select*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 421-445; H.G. van der Wilt, ‘Ontwikkeling van nieuwe deelnemingsvormen. Ben ik mijn broeders hoeder?’, *DD* 2007/10.

5. Zie o.a. A.R. Hartmann, Medeplegen: back to basics, *DD* 2012/43.

6. HR 2 december 2014, *NJ* 2015/390, m.nt. P.A.M. Mevis. Zie over dit arrest A. Postma, ‘Facetten van medeplegen’, *DD* 2015/14; N. Roze-mond, ‘Een overzichtsarrest voor medeplegen’, *Ars Aequi* 2015, p. 892-896.

Hoge Raad over medeplegen. Het overzichtsarrest bevat meerdere boodschappen. De belangrijkste is dat medeplegen uitdrukkelijk moet worden onderscheiden van medeplichtigheid. Het arrest lijkt allereerst het onderscheid tussen beide deelnemingsvormen te willen benadrukken. Daarnaast overweegt Hoge Raad in het arrest dat de feitenrechter in zijn bewijsconstructie helder moet maken of sprake is van de voor medeplegen geldende voorwaarden. In die boodschap komt onder andere tot uitdrukking een zekere terughoudendheid tegen al te complexe samengestelde deelnemingsconstructies. In plaats daarvan zou volgens de Hoge Raad onder omstandigheden kunnen worden gekozen voor de constructie van het functioneel daderschap. Hoe zinvol is functioneel daderschap als alternatief voor medeplegen?

In deze bijdrage wordt naar een antwoord op deze vraag gezocht. In mijn betoog zal ik twee argumenten uitwerken. In de eerste plaats zal ik betogen dat ik uit de verwijzing van de Hoge Raad naar functioneel daderschap afleid dat hij primair doelt op functioneel plegen. In de tweede plaats leid ik uit de rechtspraak van de Hoge Raad af dat er tussen medeplegen en functioneel plegen een verschil bestaat, terwijl ik uit recente jurisprudentie niet afleid dat beide leerstukken naar elkaar toegroeien. Door dat onderscheid is functioneel daderschap wellicht een zinvol alternatief voor medeplegen, zij het in beperkte mate.

2 Medeplegen en functioneel daderschap kort uiteengezet

2.1 Medeplegen

De wet bepaalt niet meer (en niet minder) dan dat de medepleger als dader van een strafbaar feit wordt gestraft. Dat betekent dat de aansprakelijkheid van de medepleger, anders dan van de medeplichtige, niet minder is dan die van de pleger. Medepleger en pleger kunnen op gelijke voet worden gestraft. Dat is van belang voor het bereik van medeplegen. Voor de medepleger gelden weliswaar niet dezelfde eisen als voor de pleger (de medepleger hoeft de bestanddelen van de delictomschrijving niet te vervullen), voor de medepleger gelden wel zwaardere eisen dan voor de medeplichtige. Bij medeplegen is immers sprake van daderschap. De Hoge Raad stelt dat voor medeplegen ‘vooral’ sprake moet zijn geweest van een voldoende nauwe en bewuste samenwerking.⁷ Door de term samenwerking gaat het bij medeplegen minder om de vraag wie welke feitelijke handelingen heeft verricht. Het accent ligt op de vraag of sprake is van de voor medeplegen vereiste samenwer-

king.⁸ Voldoende nauwe en bewuste samenwerking wijst op twee voorwaarden: voldoende nauwe samenwerking en bewuste samenwerking. De eerste voorwaarde wijst op de mate van de samenwerking, de tweede maakt duidelijk dat voor medeplegen (in ieder geval) sprake moet zijn van opzet op de samenwerking. Er wordt ook gesproken van de objectieve en subjectieve zijde van medeplegen.⁹

In het arrest van 2 december 2014 worden de voorwaarden niet afzonderlijk van elkaar behandeld. Het gaat er in dat arrest kennelijk niet om wat de afzonderlijke voorwaarden precies inhouden, maar om te verduidelijken wat voor een bewezenverklaring van medeplegen als zodanig ‘vooral’ nodig is (voldoende nauwe en bewuste samenwerking). De uitleg van de onderscheiden voorwaarden is voor het onderhavige betoog wel relevant. Van een voldoende nauwe samenwerking kan in verschillende omstandigheden sprake zijn. De Hoge Raad stelt in algemene zin dat van de voor medeplegen vereiste samenwerking sprake is wanneer die van ‘voldoende gewicht’ was. Welk gewicht voldoende is, zal mede afhangen van de omstandigheden van het geval. In het geval de verdachte lijfelijk afwezig was ten tijde van het delict, zullen diens activiteiten vóór, ten tijde en na afloop van het delict mede bepalen of sprake was van medeplegen. Lijfelijke afwezigheid moet met andere woorden worden “gecompenseerd” door andere omstandigheden.¹⁰ Van dergelijke omstandigheden is bijvoorbeeld sprake indien de verdachte een ‘initierende, organiserende of coördinerende’ rol heeft in de voorfase van het feit.¹¹ Organisatie of coördinatie op afstand ten tijde van het delict kan van belang zijn voor het bewijs van medeplegen. Die rol kan de verdachte gaandeweg de uitvoering van het feit of de feiten op zich hebben genomen. Hij hoeft niet de enige te zijn die deze rol is toebedeeld.¹² Uit de rechtspraak blijkt ook dat het enkel op de uitkijk staan, besturen van de vluchtauto of regelen van voertuigen waarmee iemand werd ontvoerd voor het bewijs van medeplegen niet voldoende zijn.¹³ Ook het door de verdachte regelen van de personen die voor zijn toenmalige vriendin een hennepplantage hebben aangelegd en waarbij de betaling door deze personen aan haar via verdachte liep, is volgens de Hoge Raad voor het bewijs van medeplegen van het opzettelijk telen van hennepplanten onvoldoende.¹⁴

7. Zie HR 24 mei 2011, *NJ* 2011/481, m.nt. N. Keijzer; HR 1 juli 2014, *NJ* 2014/513, m.nt. P.A.M. Mevis; HR 2 december 2014, *NJ* 2015/390, m.nt. P.A.M. Mevis. In andere arresten wordt voor kwalificatie van medeplegen ‘voldoende nauwe en bewuste samenwerking’ vereist en ontbreekt het woord vooral. Zie bijv. HR 23 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1700; HR 24 april 2015, *NJ* 2015/393, m.nt. P.A.M. Mevis. Ik kom hierop terug.

8. Zie HR 2 december 2014, *NJ* 2015/390, m.nt. P.A.M. Mevis, r.o. 3.1.

9. Zie C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht* (bewerkt door F. de Jong), Deventer: Kluwer 2014, p. 463-464.

10. J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 456; Kelk/De Jong 2014, p. 469.

11. A-G Knigge vóór HR 9 april 2013, *NJ* 2013/229. Vgl. G. Knigge en H.D. Wolswijk, *Het materiële strafrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 270, voetnoot 34.

12. Zie HR 3 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW8766.

13. Zie resp. HR 2 december 2014, *NJ* 2015/390, m.nt. P.A.M. Mevis; HR 21 april 2015, *NJ* 2015/392, m.nt. P.A.M. Mevis; HR 14 april 2015, *NJ* 2015/394, m.nt. P.A.M. Mevis.

14. HR 7 juli 2015, *NJ* 2015/397, m.nt. P.A.M. Mevis.

De vraag of sprake is van bewuste samenwerking krijgt in het arrest van 2 december 2014 dus geen bijzondere aandacht. De nadruk lijkt zelfs te worden gelegd op de vraag of sprake is van een samenwerking van voldoende gewicht. Wie de verschillende omstandigheden, die helpen bij het bepalen van het gewicht van de samenwerking (de intensiteit van de samenwerking, de onderlinge taakverdeling, de rol in de voorbereiding, uitvoering of de afhandeling van het delict en dergelijke), beziet, zou zich kunnen afvragen of het opzet op de samenwerking wel enige rol van betekenis speelt.¹⁵ De Hoge Raad wijst er echter op dat deze omstandigheden door de feitenrechter betrokken kunnen worden bij de ‘vorming van zijn oordeel dat sprake is van de voor medeplegen vereiste nauwe *en* bewuste samenwerking’.¹⁶ De Hullu neemt aan dat ‘met het bewijs van die objectieve zijde van de samenwerking het bewijs van de bewuste samenwerking doorgaans ook wel is geleverd. De vereisten voor de samenwerking kunnen sterk met elkaar samenhangen’.¹⁷ Ten aanzien van het opzet op de samenwerking levert een afspraak tussen de medeplegers het vereiste opzet op. Een gemaakte afspraak is echter niet nodig; ‘wederzijds begrip’ kan soms volstaan.¹⁸ Volledige overeenstemming over het te bereiken doel hoeft bij de medeplegers dus niet te bestaan; het opzet van de medeplegers mag tot op zekere hoogte uiteenlopen.¹⁹ In de rechtspraak van de Hoge Raad heeft het opzet van de medepleger wel aandacht gekregen, zij het dat de vraag daarbij niet zozeer was gericht op het opzet op de samenwerking, maar op het opzet op het grondfeit, dat wil zeggen de bestanddelen van het delict.

2.2 Functioneel daderschap

Anders dan medeplegen is functioneel daderschap een aansprakelijkheidsfiguur die niet letterlijk in de wet gevonden kan worden, maar wordt gelezen in de artikelen 47 en 51 Sr. Functioneel daderschap is in de loop der tijd onderdeel geworden van ons materiële strafrecht. De functionele dader is de (natuurlijke) persoon (bijvoorbeeld een functionaris binnen een onderneming, niet zijnde een rechtspersoon) die als dader van een hem ten laste gelegd feit wordt bestraft, ook al heeft hij niet fysiek de bestanddelen van de delictsomschrijving vervuld. Scherper: de functionele dader wordt *als pleger* bestraft voor een door een ander begaan strafbaar feit.²⁰ Onder andere in het IJzerdraad-arrest zijn vereisten geformuleerd. De term functionele dader is de koepelterm voor de mogelijkheid een (natuurlijke) persoon

strafrechtelijk aansprakelijk te stellen *als dader*, dat wil zeggen als pleger, doen pleger, medepleger of uitlokker, in de gevallen waarin deze (natuurlijke) persoon de delictsomschrijving fysiek niet heeft vervuld.²¹

Voor het vaststellen van functioneel daderschap, in het bijzonder het functioneel plegen, kunnen de in het IJzerdraad-arrest geformuleerde criteria worden gebruikt.²² Deze criteria worden in de regel samengevat als ‘beschikken’ en ‘aanvaarden’. Om de functionaris *als* pleger van het hem ten laste gelegde strafbare feit te kunnen aanmerken kunnen de ten laste gelegde gedragingen slechts dan worden aangemerkt ‘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’.²³ Indien wordt bewezen dat de functionaris over de gedragingen heeft beschikt en deze heeft aanvaard (of door hem plegen te worden aanvaard), dan is hij voor deze gedragingen aansprakelijk *alsof* hij de gedragingen zelf heeft gepleegd. In de tenlastelegging behoeft functioneel daderschap niet gesteld en bewezen te worden. In de eventueel volgende bewezenverklaring ligt het functionele daderschap besloten.

Bij beschikken gaat het om de vraag of de verdachte zeggenschap had over de door de ander verrichte verboden gedraging. Het beschikkingscriterium heeft een feitelijke en een normatieve component. Het gaat niet alleen over de daadwerkelijke beschikkingsmacht de strafbare feiten te laten plaatsvinden, maar ook om ‘de mogelijkheid de strafbare handeling *niet* te laten plaatsvinden.’ De functionele dader neemt ‘een zodanige (hiërarchische) positie in dat hij de potentiële feitelijke pleger – uiteraard binnen bepaalde grenzen – kan “terugfluiten” teneinde het plaatsvinden van een strafbare handeling te voorkomen.’²⁴ Het aanvaardingscriterium is subjectief en objectief uitgelegd. Als subjectief criterium is in het aanvaardingscriterium een opzetvereiste gelezen, waarbij het opzet ziet op de concrete ten laste gelegde gedraging of een soortgelijk gedrag. In dat opzetvereiste wordt de grondslag voor aansprakelijkheid van de functionele dader gevonden.²⁵ Het aanvaardingscriterium wordt ook objectief uitgelegd. Niet het opzet hoeft te worden vastgesteld, ter beoordeling staat of de verdachte heeft nagelaten de zorg te betrachten ‘die in redelijkheid van de beoogde functionele dader kan worden gevergd met het oog op de voorkoming van de gedraging.’²⁶ Deze uitleg is ten aanzien van daderschap van

15. Zie Rozemond 2015, p. 895-896.

16. HR 2 december 2014, *NJ* 2015/390, m.nt. P.A.M. Mevis, r.o. 3.2.2 (mijn curs.).

17. De Hullu 2015, p. 465; Rozemond 2015, p. 895.

18. Kelk/De Jong 2014, p. 471.

19. Zie specifiek t.a.v. medeplegen H.K. Elzinga, Medeplegen, in: J.B.J. van der Leij (red.), *Plegen en deelnemen*, Deventer: Kluwer 2007, p. 176-180; Postma 2014, p. 95-103.

20. Vgl. HR 21 oktober 2003, *NJ* 2006, 328, m.nt. P.A.M. Mevis, r.o. 3.4. Dat de ander het strafbare feit heeft gepleegd, is overigens niet redengevend voor het vaststellen van functioneel daderschap; het gaat erom wat de functionele dader heeft gedaan (doen en laten) in relatie tot het strafbare feit. Zie J.M. Reijntjes, *Een afrekening. Over het toerekenen van gedrag aan daders en mededaders*, Deventer: Kluwer 2005, p. 6.

21. Ook de rechtspersoon kan als functionele dader worden beschouwd. Zie B.J.V. Keupink, *Daderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen. Over het gedragsbestanddeel ‘zorgen’ in het materiële strafrecht* (diss. Rotterdam), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, p. 54 e.v.

22. Zie HR 8 december 2015, *NJ* 2016/23.

23. HR 23 februari 1954, *NJ* 1954, 378, m.nt. BVAR.

24. E. Gritter, ‘Functioneel plegen door een natuurlijke persoon’, in: Van der Leij 2007, p. 20-21.

25. Gritter 2007, p. 21; De Hullu 2015, p. 163.

26. De Hullu 2015, p. 163; Gritter 2007, p. 22.

rechtspersonen erkend in het Drijfmest-arrest.²⁷ Met een beroep op het gelijkheidsbeginsel is betoogd dat deze uitleg van het aanvaardingscriterium tevens voor natuurlijke personen moet gelden.²⁸ De Hoge Raad heeft deze lezing van aanvaarden bij functioneel daderschap onlangs onderschreven.²⁹

De IJzerdraad-criteria zijn vooral bruikbaar in de bedrijfssfeer. Het gaat dan bijvoorbeeld om een eigenaar van een eenmanszaak (niet zijnde een rechtspersoon) of andere ondernemingen waarin sprake is van een min of meer hiërarchische structuur. Meer in het algemeen gaat het om een functionaris die uit hoofde van zijn functie invloed kan en mag uitoefenen op de gang van zaken binnen een onderneming en – tenminste – een zorgplicht heeft te voorkomen dat daarbinnen strafbare feiten worden begaan. Functioneel daderschap hoeft zich echter niet tot economische activiteiten te beperken; dit hangt af van de betekenis die aan functionaliteit wordt gehecht. Indien deze term wordt gekoppeld aan de term functionaris, ligt een koppeling aan economische activiteiten en een beperkte toepassing van het functioneel daderschap voor de hand. Ziet men functioneel als tegenstelling van disfunctioneel, dan gaat het bij functioneel daderschap om een uitleg van daderschap, gericht op het bereiken van een bepaald doel, bijvoorbeeld het beschermen van de economie of de maatschappij. Dat maakt het bereik van functioneel daderschap in potentie veel ruimer: het bereiken van een bepaald doel beperkt zich niet tot de economie; het kan zich uitstrekken tot het gehele sociale leven.³⁰

In recente rechtspraak over medeplegen is in enkele gevallen verwezen naar de figuur van het functioneel daderschap. Op één geval na betrof het telkens functionarissen van een onderneming, namelijk de eigenaar of bedrijfsleider van een growshop. In het ene geval blijkt niet dat de strafbare feiten in een onderneming werden begaan. Aan verdachte was ten laste gelegd medeplegen van valsheid in geschrift.³¹ Uit de bewijsmiddelen blijkt dat hij met een medeverdachte een bericht heeft geschreven dat vervolgens door verdachte aan medeverdachte is voorgelezen en door medeverdachte is ingetypt en via internet is verzonden. Het Hof verklaart bewezen dat verdachte de persberichten heeft opgemaakt. Advocaat-generaal Aben stelt in zijn conclusie dat uit de bewijsmiddelen het plegen in fysieke zin niet kan worden afgeleid. Niet hij maar zijn mededader heeft de

berichten opgemaakt. Wel kan worden bewezen dat sprake is van medeplegen tussen verdachte en medeverdachte. Van functioneel daderschap is volgens Aben geen sprake: ‘Van een concrete beschikkingsmacht dan wel zeggenschap van de verdachte over de gedragingen van zijn medeverdachte – zoals de Hoge Raad in zijn rechtspraak vereist – is niet gebleken, zodat de toerekening aan de verdachte (...) reeds daarom niet aan de orde is.’ De Hoge Raad maakt er weinig woorden aan vuil en verwerpt het beroep.

Onduidelijk is, zoals ook annotator Mevis opmerkt, of de Hoge Raad de verdachte beschouwt als degene die fysiek het geschrift valselijk heeft opgemaakt, of dat hij functioneel pleger is van dit feit. Dat de Hoge Raad (en het hof) geen gebruik maakt van de IJzerdraad-criteria is, anders dan de advocaat-generaal in zijn conclusie lijkt te veronderstellen, voor het antwoord op deze vraag niet relevant; de IJzerdraad-criteria vormen niet dé criteria voor het vaststellen van functioneel daderschap.³² De overweging van de Hoge Raad luidt: ‘Het oordeel van het Hof dat de verdachte, gelet op de hiervoor omschreven gedragingen, kan worden aangemerkt als iemand die de persberichten heeft ‘opgemaakt’ en daarmee het tenlastegelegde feit heeft gepleegd, geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is toereikend gemotiveerd.’ De overweging duidt op een functionele uitleg van het bestanddeel opmaken of de verdachte wordt via de constructie van het functioneel daderschap als pleger (opmaker) aangemerkt. Dat de Hoge Raad de overweging begint met de verdachte en vervolgens aangeeft dat hij kan worden aangemerkt ‘als iemand die de persberichten heeft “opgemaakt”’, lijkt mij erop te wijzen dat de Hoge Raad voor de constructie van het functioneel daderschap heeft gekozen.³³

Dat roept vervolgens de vraag op waarom de Hoge Raad hiervoor heeft gekozen. Wellicht wilde de Hoge Raad de zaak niet casseren en terugwijzen omdat de verdachte een bekennende verklaring heeft afgelegd en er qua verwijt geen verschil bestaat tussen plegen en medeplegen. Proceseconomisch valt daar wat voor te zeggen, zij het dat het dan wellicht meer voor de hand had gelegen om in de uitspraak niet de nadruk te leggen op de persoon, maar op het bestanddeel opmaken. De nadruk op de persoon en de indruk wekken dat hier wordt gekozen voor functioneel daderschap roept, zonder nadere toelichting die in het arrest ontbreekt, vragen op. Hoe het ook zij, als er proceseconomische redenen aan dit arrest ten grondslag hebben gelegen, dan relateert dat vol-

27. HR 21 oktober 2003, NJ 2006/328, m.nt. P.A.M. Mevis.

28. Zie o.a. Gritter 2007, p. 29.

29. Zie HR 8 december 2015, NJ 2016/23.

30. Zie hiervoor J. Remmelink, ‘Actuele stromingen in het Nederlandse strafrecht’, in: V.H. Davelaar-van Tongeren, N. Keijzer en U. van de Pol (red.), *Strafrecht in perspectief. Een bundel bijdragen op strafrechtelijk gebied ter gelegenheid van het 100-jarig bestaan der Vrije Universiteit te Amsterdam*, Arnhem: Gouda Quint 1980, p. 36-37, 44-45. Deze ontwikkeling van een naturalistisch naar een ‘vergeestelijkt’ daderschapsbegrip (de term is van Pompe) begon in Nederland ruim vóór de Tweede Wereldoorlog en heeft nadien, mede onder invloed van de zogenoemde Groningse school, een vaste plaats in het strafrechtelijk denken verworven.

31. HR 10 juni 2014, NJ 2014/512, m.nt. P.A.M. Mevis.

32. Zie B.F. Keulen e.a., *Daderschap en deelneming doorgelicht*, Zutphen: Paris 2010, p. 28; G. Knigge, ‘Doen en laten; enkele opmerkingen over daderschap’, *DD* 1992, p. 140-146. In de hand- en studieboeken worden de IJzerdraad-criteria overigens wel het meest genoemd. Zie De Hullu 2015, p. 160-164; Knigge/Wolswijk 2015, p. 296-303; Kelk/De Jong 2014, p. 498-502.

33. In rechtspraak waarin een bestanddeel van de delictsomschrijving functioneel wordt uitgelegd, legt de Hoge Raad daarop meer de nadruk, zo lijkt het. Vgl. HR 6 december 2005, NJ 2007/455.

gens mij wel deze uitspraak. Veel principieels hoeven we er in dat geval niet achter te zoeken.³⁴

2.3. Functionalisering van medeplegen?

Medeplegen en functioneel daderschap zijn verschillende rechtsfiguren. Niettemin vallen tussen beide rechtsfiguren overeenkomsten op. De huidige interpretatie van nauwe en bewuste samenwerking past bij een veranderende opvatting over daderschap, waarin minder wordt gekeken naar de feitelijke handelingen van een natuurlijke persoon en meer naar de vraag of die persoon verantwoordelijk kan worden gehouden voor de delictsgedraging gelet op diens opzettelijke samenwerking met één of meer andere personen.³⁵ Die samenwerking kan mede worden afgeleid uit de verantwoordelijkheid die iemand heeft voor de totstandkoming van het delict, of beter wellicht: in het nalaten te voorkómen dat het delict wordt begaan.³⁶ Een doelbenadering staat voorop. Wanneer de verdachte een ‘initierende en regisserende’ rol heeft gespeeld kan medeplegen worden bewezen. Op die manier wordt een doel geformuleerd, namelijk dat de ‘baas achter de schermen’ de strafrechtelijke dans niet mag ontspringen. Volgens Postma is in deze gevallen de afstand tussen medeplegen en functioneel daderschap niet bijzonder groot. Het brein achter de schermen in de zaak die leidde tot het Containerdiefstal-arrest ‘kan wellicht ook worden gezien als iemand die in “functionele” zin goederen “wegnam”’.³⁷ Vellinga en Vellinga-Schootstra zagen in 2005 in rechtspraak van de Hoge Raad zelfs ‘frappante gelijkenis’ in de wijze waarop medeplegen kan worden bewezenverklaard en de objectieve invulling van het aanvaardingscriterium. Wie de plicht heeft om in te grijpen wanneer hij een ernstig strafbaar feit (een moord) ziet gebeuren en nalaat in te grijpen (met andere woorden: niet voorkomt dat het strafbare feit wordt begaan), neemt volgens deze auteurs het strafbare feit ‘kennelijk als medepleger voor zijn rekening’.³⁸ Zouden we deze lijn van argumenteren volgen, dan is functioneel daderschap geen zinvol *alternatief* voor medeplegen, maar vloeien beide leerstukken in elkaar over, in zoverre dat medeplegen een steeds functionelere, op een (overigens veelal niet nader bepaald) doel gerichte, uitleg krijgt.³⁹ De vraag is of deze functio-

nalisering van medeplegen in recente rechtspraak van de Hoge Raad over medeplegen heeft doorgezet en of een redenering die bij functioneel daderschap past, ook bij medeplegen mag worden toegepast. Het ziet ernaar uit dat de Hoge Raad een rem heeft gezet op een verdergaande functionalisering van medeplegen.

3. Medeplegen versus functioneel daderschap: de Hoge Raad

3.1. Medeplegen en functioneel plegen

Knigge stelt in een artikel uit 2013 dat de Hoge Raad aan een zekere ‘scherpslijperij’ doet en een strikt onderscheid maakt tussen medeplegen en functioneel daderschap.⁴⁰ Die conclusie baseert hij op een arrest van 24 mei 2011,⁴¹ waarin door het Hof medeplegen van opzettelijke verkoop van hennepplanten en -stekken in een growshop was bewezenverklaard. De voor dit betoog relevante overweging van het Hof luidde als volgt: ‘Verdachte is als enig eigenaar van eenmanszaak “[A]” verantwoordelijk voor hetgeen zich in zijn zaak afspeelt. Hij heeft zeggenschap over zijn medewerkers. Indien vanuit verdacht growshop hennepstekken en hennepplanten worden verkocht, dan kan die verkoop aan hem worden toegerekend, tenzij omstandigheden worden aangevoerd waaruit blijkt dat verdachte geen enkele wetenschap daarvan had. Van dergelijke omstandigheden is niet gebleken. Sterker nog, verdachte heeft erkend dat de 22 hennepstekken die in de growshop zijn aangetroffen en in beslag zijn genomen van hem waren. Het ligt voor de hand dat ook deze hennepstekken voor de verkoop waren bedoeld.’ Deze redenering steunt op de volgende elementen: eigenaarschap, daaruit volgende verantwoordelijkheid voor hetgeen zich binnen de zaak van de eigenaar afspeelt en wetenschap dat de hennepstekken voor de verkoop waren bedoeld. Uit de eerste twee omstandigheden volgt dat de ten laste gelegde gedragingen aan de verdachte konden worden toegerekend. Het gebruik van de term toerekening in combinatie met de omstandigheid dat zijn medewerkers de gedragingen hebben verricht wekt de indruk dat aan de hand van de criteria, omschreven in het eerdergenoemde Drijfmest-arrest, het medeplegen is vastgesteld. Zeggenschap wijst daarbij op het beschikkingscriterium. In hoeverre het hof ook het aanvaarden heeft aangenomen, wordt betwist.⁴² Dat verdachte erkent dat de hennepstekken van hem waren en het voor de hand ligt dat ze voor de verkoop waren bedoeld, levert niet zonder meer aanvaarden op. Ook de zorgplicht die thans voor het bewijs van aanvaarden mag volstaan, valt hier niet met zoveel woorden uit af te leiden.

34. Zie over onduidelijkheden in de rechtspraak met betrekking tot een functionele uitleg van bestanddelen van delictsom beschrijvingen en functioneel daderschap onder andere Keupink 2011, p. 56-67.

35. Vgl. Postma 2014, p. 19.

36. Die verantwoordelijkheid voor de delictsgedraging kan tot strafrechtelijke aansprakelijkheid leiden via het medeplegen, mits ook het opzet op de samenwerking en het grondfeit (voor zover vereist) kan worden bewezen.

37. Postma 2014, p. 20.

38. W.H. Vellinga en F. Vellinga-Schootstra, ‘Eenheid in daderschap?’, in: A. Harteveld, D.H. de Jong en E. Stamhuis (red.), *Systeem in ontwikkeling* (Knigge-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 544. De auteurs verwijzen naar HR 12 april 2005, NJ 2005/577, m.nt. P.A.M. Mevis. Zie meer algemeen ook G. Knigge, ‘Het opzet van de deelnemer’, in: M.S. Groenhuijsen & J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen* (De Hullu-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 311.

39. Van een ‘conflict met de traditionale klassieke deelnemingsleer’, zoals B.V.A. Röling in 1957 betoogde (‘De strafbaarheid van rechtspersonen’, *Tijdschrift voor Strafrecht* 1957, p. 7), lijkt dan geen sprake meer.

40. G. Knigge, ‘De dader heeft het niet gedaan’, in: A. Dijkstra, B.F. Keulen & G. Knigge (red.), *Het roer recht* (Vellinga en Vellinga-Schootstra-bundel), Zutphen: Paris 2013, p. 221-230.

41. HR 24 mei 2011, NJ 2011/481, m.nt. N. Keijzer.

42. Zie Knigge 2013, p. 227.

De motivering van het hof kon volgens de Hoge Raad niet door de beugel. Hij oordeelde: ‘Uit ’s Hof’s bewijsvoering kan niet volgen dat de verdachte wat betreft het bewezenverklarde opzettelijk verkopen van hennepplanten en stekken van hennepplanten zo nauw en bewust met een ander heeft samengewerkt dat sprake is van het medeplegen van die gedragingen. De door het Hof in dit verband in het bijzonder in aanmerking genomen omstandigheden dat de verdachte verantwoordelijk is voor hetgeen zich in zijn zaak afspeelt en dat hij zeggenschap heeft over zijn medewerkers, (...) zijn onvoldoende om een dergelijke bewuste en nauwe samenwerking te kunnen aannemen. De bewezenverklaring is dus in zoverre ontoereikend gemotiveerd.’⁴³ De door het hof gebruikte omstandigheden zouden, zo stelt de Hoge Raad, ‘eraan (...) kunnen bijdragen dat de verdachte als “functionele dader” van die gedragingen wordt aangemerkt’. Onduidelijk is in welke sleutel de in casu aangenomen omstandigheden voor het kunnen aantonen van functioneel ouderschap moeten worden geplaatst. De Hoge Raad verwijst in zijn arrest bijvoorbeeld niet naar de IJzerdraad-criteria.

Deze criteria worden wel gebruikt in een zaak die leidde tot een arrest van de Hoge Raad, gewezen op 1 juli 2014.⁴⁴ Ten laste van de verdachte was door het hof bewezenverklaard het medeplegen van opzettelijk verkopen van 2 kilogram hennep en het medeplegen van het opzettelijk aanwezig hebben van 12 kilogram hennep en 1185 hennepstekken. Verdachte was de bedrijfsleider van de growshop waar deze voorwerpen waren aange troffen. Het medeplegen wordt door het hof aldus gemotiveerd ‘dat hij bij de handel in hennep een centrale positie had en dat hij over de gedragingen in dat kader vermocht te beschikken en dat hij blijkens de gang van zaken het plaatsvinden daarvan aanvaardde dan wel placht te aanvaarden. Onder bedoeld aanvaarden begrijpt het hof mede het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid kon worden geleverd met het oog op de voorkoming van de gedraging.’ De Hoge Raad casseert het arrest. Hij oordeelt: ‘De door het Hof in dit verband in het bijzonder in aanmerking genomen omstandigheden, welke erop neerkomen dat de verdachte gelet op zijn functie als bedrijfsleider binnen de growshop “A.” over deze gedragingen ‘vermocht te beschikken of deze al dan niet plaatsvonden en welke plaatsvinden hij blijkens de gang van zaken aanvaardde dan wel placht te aanvaarden’, welke omstandigheden eraan zouden kunnen bijdragen dat de verdachte als “functionele dader” van die gedragingen wordt aangemerkt, zijn onvoldoende om een dergelijke bewuste en nauwe samenwerking te kunnen aannemen.’ De feitenrechter kan in bepaalde gevallen dus afstappen van deelneming en functioneel ouderschap gebruiken. Opnieuw laat de Hoge Raad in het midden hoe het functioneel ouderschap moet worden vastgesteld. Dat hoefde hij niet te doen, de klacht beperkte zich tot medeplegen. Voor de

feitenrechter roept dit echter wel de vraag op hoe hij het functioneel ouderschap dient vast te stellen. Enig houvast dat meer inhoudt dan dat de feitenrechter gebruik mag maken van de constructie van het functioneel ouderschap lijkt toch wel gewenst.⁴⁵

In beide arresten vangt de Hoge Raad zijn oordeel aan met een korte algemene beschouwing over ouderschap en deelneming en medeplegen. De Hoge Raad wijst er met betrekking tot medeplegen op dat de voorwaarden van medeplegen ‘vooral’ inhouden ‘dat sprake moet zijn geweest van een voldoende nauwe en bewuste samenwerking met een ander of anderen’. Het gebruik van het woord ‘vooral’, het woord komt ook terug in het arrest van 2 december 2014, kan verwarring wekken. Zijn ook andere voorwaarden denkbaar op basis waarvan medeplegen kan worden vastgesteld? Zo ja, zou ook op grond van de IJzerdraad-criteria medeplegen mogen worden vastgesteld? Ook op grond van een andere overweging in de zojuist besproken arresten kan worden geconcludeerd dat voor het bewezen verklaren van medeplegen ook andere voorwaarden kunnen gelden, zoals beschikken en aanvaarden. De Hoge Raad oordeelt dat de bewezenverklaring ontoereikend is gemotiveerd. Dat zou erop kunnen duiden dat de IJzerdraad-criteria op zichzelf zouden kunnen worden gebruikt voor het bewijs van medeplegen. Dan zouden de overwegingen van de Hoge Raad zo moeten worden gelezen dat de door het hof bewezenverklarde omstandigheden de bewezenverklaring van medeplegen niet kunnen dragen, zonder dat daarmee is gezegd dat de voorwaarden waarop die bewezenverklaring stoelt, niet door de beugel kunnen voor het bewijs van medeplegen. Het feit dat de Hoge Raad consequent wijst op bewuste en nauwe samenwerking als voorwaarden voor het bewijs van medeplegen, moet volgens mij echter tot de conclusie leiden dat dit niet de weg is die de Hoge Raad wil bewandelen. De vraag of medeplegen functioneel zou mogen worden uitgelegd en zo ja, hoe medeplegen functioneel kan worden uitgelegd, is hiermee nog niet beantwoord. Dat punt bespreek ik in de volgende paragraaf.

De verwijzing naar functioneel ouderschap, waarmee volgens mij functioneel plegen wordt bedoeld, lees ik als een fingerwijzing richting het Openbaar Ministerie. Dat lijkt, door het veelvuldig gebruik van sjablonen bij het samenstellen van tenlasteleggingen, een zekere creativiteit te hebben verloren. Mijn indruk is dat dit gebrek aan creativiteit soms gepaard gaat met een wat knorrig en soms al te kritisch reageren op onwelgevallige uitspraken van feitenrechters. De Hoge Raad brengt met zijn hier besproken arresten de veelzijdigheid van het materiële strafrecht onder de aandacht en pleit juist voor een zekere creativiteit, waarbij men niet in onnodig complexe deelnemingsconstructies moet verzanden en

43. Zie o.a. ook HR 23 maart 2010, *NJ* 2010/196, m.nt. P.A.M. Mevis.

44. HR 1 juli 2014, *NJ* 2014/513, m.nt. P.A.M. Mevis.

45. Vgl. P.A.M. Mevis in zijn annotatie bij HR 10 juni 2014, *NJ* 2014/512.

niet al te gemakkelijk moet kiezen voor medeplegen.⁴⁶ ‘Baas zijn maakt nog niet tot medepleger van door medewerkers begane delicten’, zoals Wolswijk terecht stelt.⁴⁷ Functioneel plegen biedt, althans wanneer de IJzerdraad-criteria worden gehanteerd, een min of meer helder kader op basis waarvan een functionaris van een onderneming tot op zekere hoogte voor de strafbare handel en wandel binnen die onderneming strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld. Het Openbaar Ministerie zal de toegeworpen handschoen moeten oppakken.

3.2. Functioneel medeplegen

Hiervoor gaf ik aan dat met de functionele dader niet alleen de functionaris wordt bedoeld die *als* pleger kan worden gestraft voor een feitelijk door een ander gepleegd strafbaar feit. De functionele dader kan ook *functioneel medepleger* zijn. De Hoge Raad wijst daar ook op in zijn algemene overweging aan het begin van het arrest van 24 mei 2011, 1 juli 2014 en het overzichtsarrest van 2 december 2014. Dat zou kunnen betekenen ‘dat het gegeven dat verdachte verantwoordelijk is voor hetgeen zich in de zaak afspeelt en dat hij zeggenschap heeft over zijn medewerkers, kan bijdragen aan het oordeel dat verdachte in functionele zin als medepleger kan worden aangemerkt.’⁴⁸ De vraag is of dit voor het bewijs van functioneel medeplegen voldoende is. Gritter wijst erop dat voor medeplegen, ook in functionele vorm, ook opzet op de samenwerking moet worden bewezen. Of dat zal zijn aangetoond met het bewijs van zeggenschap en verantwoordelijkheid, is echter de vraag. Gritter meent dat het opzetvereiste, als ‘extra’ eis, het onderscheid tussen functioneel plegen en functioneel medeplegen markeert. Voor functioneel plegen is opzet op de samenwerking niet vereist.⁴⁹

Dat laatste lijkt mij correct. Voor functioneel plegen is, als we de IJzerdraad-criteria volgen, slechts het aanvaarden of plegen te aanvaarden van de verboden gedraging vereist. Enige actieve betrokkenheid tussen de feitelijke pleger en de functionele pleger hoeft niet te worden vastgesteld,⁵⁰ anders dan dat de functionele pleger over het handelen van de onmiddellijke pleger beschikte. Volstaat het bewijs van beschikken, zowel de objectieve als de normatieve zijde, voor het aantonen van voldoen-

de nauwe samenwerking? Dat ligt minder voor de hand.⁵¹ Pas wanneer het vastgestelde beschikken óók als voldoende nauwe samenwerking kan worden aangemerkt,⁵² lijkt mij dat we in de richting van functioneel medeplegen komen. We zagen dat voor voldoende nauwe samenwerking het gewicht daarvan moet worden bepaald. Dat lijkt mij ook van belang voor functioneel medeplegen, waarbij ik zou menen dat hier bijvoorbeeld de mate van feitelijke zeggenschap van belang is. Niet alleen de omstandigheid dat de functionaris feitelijk zeggenschap had over de feitelijke dader, maar ook de intensiteit waarmee de functionaris zich bemoeide met het tot stand komen van de verboden gedraging, kan van belang zijn voor het aantonen van voldoende nauwe samenwerking. Intensieve bemoeienis duidt echter meer op ‘gewoon’ medeplegen dan op functioneel medeplegen. Het belang van functioneel medeplegen lijkt dan ook vooral gelegen in situaties waarin van de zijde van de functionaris sprake is van passiviteit. Die passiviteit of nalaten mag tegenwoordig in het ‘normale’ geval niet zonder meer leiden tot het aannemen van medeplegen indien in de voorbereiding of na afloop van het delict de bijdrage van de verdachte niet wezenlijk was. In zaken waarin een functionaris wordt berecht als medepleger zou wellicht kunnen worden gesproken van nauwe samenwerking in het geval van een behoorlijke feitelijke en normatieve zeggenschap en verantwoordelijkheid aan de zijde van de functionaris, mits enige verbinding met het ten laste gelegde feit wordt aangetoond.⁵³ Een zekere passiviteit of nalaten zonder duidelijke rol in het werkelijk begaan van de feiten, kan voor het aantonen van medeplegen in de weg staan. Voor functioneel medeplegen ligt dat genuanceerder.

Ten aanzien van het opzet op de samenwerking van de functionele medepleger geldt dat moet worden voorkomen dat de bewezenverklaring slechts wordt gestoeld op een redenering die neerkomt op het aanvaarden of plegen te aanvaarden van de verboden gedraging. In zijn conclusie vóór HR 20 september 2011 stelt advocaat-generaal Vellinga dat uit de enkele bewustheid van de aanwezigheid van hennep in de growshop van verdachte niet kan ‘worden afgeleid dat de verdachte zo nauw en bewust met een ander of anderen samenwerkte met het oog op het aanwezig hebben van grote hoeveelheden hennep dat van medeplegen van het aanwezig hebben

46. De dogmatische armoede die de rechtspraak soms parten speelt, heeft de Hoge Raad deels zelf in de hand gewerkt. In het verleden heeft hij soms wellicht wat al te gemakkelijk een bewezenverklaring van medeplegen in stand gelaten en daardoor in de rechtspraak het beeld gecreëerd dat nogal wat handelingen als een voor medeplegen voldoende mate van samenwerking kunnen worden beschouwd, zonder acht te slaan op het wettelijk stelsel en de deels door hemzelf ontwikkelde dogmatiek.

47. Wolswijk 2015, p. 450.

48. E. Gritter, ‘De redelijke toerekening van een gedraging: brandpunt van aansprakelijkheidsbeslissingen’, in: Dijkstra, Keulen & Knigge 2013, p. 143.

49. Gritter 2013, p. 143-144. Opzet op het grondfeit is wel vereist, mits opzet bestanddeel is van de delictsomschrijving van het delict dat wordt medegepleegd. Zie ook A-G Machielse vóór HR 26 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9193, punt 3.11 onder verwijzing naar het IJzerdraad-arrest.

50. Zie Gritter 2007, p. 22-25.

51. Vgl. Gritter (2013, p. 143) die zich afvraagt of verantwoordelijkheid en zeggenschap (termen uit HR 24 mei 2011, NJ 2011/481, m.nt. N. Keijzer) voldoende zijn om aansprakelijkheid als medepleger te rechtvaardigen.

52. De vraag is waarop verantwoordelijkheid en zeggenschap zijn gericht: de verboden gedraging of de ten laste gelegde gedraging. Ook in het eerste geval (De Hullu 2015, p. 162) is er voor bewijs van functioneel medeplegen volgens mij tenminste bewijs nodig dat verdachte aan het ten laste gelegde feit verbindt.

53. Duidelijk is dat dit een opening biedt voor een doelgerichte uitleg van medeplegen waarin bestrijding van groepsriminaliteit voorop staat en waardoor passief medeplegen nieuw leven zou kunnen worden ingeblazen. De Hoge Raad heeft in recente rechtspraak deze functionele uitleg van medeplegen min of meer ontoelaatbaar verklaard (zie hierboven), zodat het voorgaande slechts van toepassing kan zijn op de functionaris binnen wiens onderneming strafbare feiten plaatsvinden.

van die hoeveelheden hennep kan worden gesproken.’ Uit de bewijsmiddelen bleek niet van een daarop gerichte samenwerking, onder andere omdat het hof had vastgesteld dat de verdachte ‘maar af en toe’ in de growshop aanwezig was en ‘het niet tot de core business van een growshop behoort dat grote hoeveelheden hennep in voorraad worden gehouden.’⁵⁴ De Hoge Raad casseerde het arrest onder verwijzing naar deze conclusie.⁵⁵

De feiten en omstandigheden, in de bunker bij de woning van de verdachte was 121,5 kg hennep aangetroffen waarvan hij op de hoogte was, zouden wellicht kunnen bijdragen aan het bewijs van het aanvaarden in het kader van functioneel plegen. Zowel aanvaarden in de zin van opzet als het niet naleven van een zorgplicht, bieden mogelijkheden om het voor functioneel plegen noodzakelijke aanvaarden te kunnen vaststellen. Tegelijkertijd geeft de overweging over de core business van een growshop te denken: de verkoop van hennep behoort daar in de regel niet toe.⁵⁶ Dat vormt voor het aanvaarden van de ten laste gelegde gedraging een contra-indicatie. Uit de conclusie van Vellinga leid ik af dat deze omstandigheden in ieder geval niet voldoende zijn voor het vaststellen van bewuste samenwerking. Ook voor functioneel medeplegen is opzet op de samenwerking dus vereist, waardoor het aanvaarden of plegen te aanvaarden van de ten laste gelegde gedraging met behulp van een objectieve lezing ervan niet voldoende lijkt. Daar doet het arrest van 8 december 2015 van de Hoge Raad mijns inziens niet aan af.⁵⁷ In de zaak die aan dat arrest ten grondslag ligt wordt een bestuurder van een rechtspersoon door het Hof veroordeeld wegens bedrieglijke bankbreuk (art. 343 Sr). Als verweer stelt verdachte dat hij zich op geen enkele wijze heeft gedragen (doen noch laten). Het Hof verwerpt dit verweer. De Hoge Raad laat het arrest van het Hof in stand en overweegt ten aanzien van het daderschap als volgt: ‘In een geval als het onderhavige kan een (verboden) gedraging in redelijkheid aan de verdachte als (functioneel) dader worden toegerekend indien deze erover vermocht te beschikken of de gedraging al dan niet zou plaatsvinden en indien zodanig of vergelijkbaar gedrag blijkens de feitelijke gang van zaken door de verdachte werd aanvaard of placht te worden aanvaard. Onder bedoeld aanvaarden is mede begrepen het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de verdachte kon worden

gevergd met het oog op de voorkoming van de gedraging.’

Moet uit deze overweging worden afgeleid dat elke vorm van daderschap via redelijke toerekening en met behulp van de IJzerdraad-criteria kan worden vastgesteld, waarbij een objectieve lezing van aanvaarden is toegestaan? Dat zou bijvoorbeeld betekenen dat ook functioneel medeplegen met behulp van een objectieve lezing van aanvaarden kan worden vastgesteld. Het zou er zelfs op kunnen neerkomen dat elke vorm van daderschap via redelijke toerekening mag worden vastgesteld. De Hoge Raad zet de term functioneel immers tussen haakjes. Het arrest kan zo gezien een nieuw hoofdstuk over daderschap in het Nederlandse strafrecht inluiden. Ik vermoed dat de zojuist geciteerde rechtsoverweging niet op deze manier moet worden gelezen. De overweging begint namelijk met ‘In een geval als het onderhavige’. Daardoor moet hetgeen dat daarop volgt volgens mij slechts voor een bestuurder van een rechtspersoon die ervan wordt verdacht een strafbaar feit in de economische sfeer te hebben gepleegd, worden gelezen. De Hoge Raad spreekt weliswaar van functioneel daderschap, het onderhavige geval gaat echter over functioneel plegen. Ik vermoed dat de Hoge Raad in dit arrest niet doelt op functioneel medeplegen. Zo gezien heeft het arrest dus een beperkte betekenis. Op dit moment lijkt het dan ook erop dat functioneel medeplegen geen ontsnappingsroute vormt voor situaties waarin het opzet dat bij medeplegen wordt vereist niet zonder meer uit de bewijsmiddelen kan worden afgeleid. De eis dat voor medeplegen *bemuste* en nauwe samenwerking moet worden aangetoond, geldt ook (of misschien: nog) bij functioneel medeplegen.

4. Slotopmerking

Medeplegen en functioneel daderschap zijn twee rechtsfiguren die weliswaar aan elkaar verwant zijn (beide zijn een vorm van daderschap), maar ook van elkaar kunnen en moeten worden onderscheiden. De recente rechtspraak van de Hoge Raad wijst niet in de richting van een soort *Einheitstäterschaft* waarin de verschillende daderschaps- en deelnemingsvormen worden ondergebracht. Het arrest van 8 december 2015 maakt dat thans nog niet anders. Het onderscheid lijkt de Hoge Raad te maken om te voorkomen dat medeplegen een te ruim bereik krijgt. In het arrest van 2 december 2014 (en de rechtspraak die aan dit arrest voorafging) lijken de verschillen tussen de aansprakelijkheidsfiguren te worden geaccentueerd (daarbij in zekere zin terugkerend naar de wet), zonder een al te dogmatisch kader te willen neerleggen waarmee de rechtspraktijk niet kan werken en op basis waarvan ontwikkeling van het (denken over) daderschap niet meer mogelijk is. De rechtspraak van de Hoge Raad biedt mogelijkheden na te denken over de figuur van het functioneel medeplegen, waarin de vóór, ten tijde en na afloop van het delict geconstateerde pas-

54. Conclusie A-G Vellinga vóór HR 20 september 2011, *NJ* 2011/437, punt 31.

55. HR 20 september 2011, *NJ* 2011/437.

56. Dat kan anders zijn wanneer uit de bewijsmiddelen valt af te leiden dat de bewezenverklarde verkoop van hennep ‘behoorde tot de algemene opdracht binnen de kring van het bedrijf’, aldus N. Keijzer onder HR 24 mei 2011, *NJ* 2011/481, punt 4. Als de verdachte de opdracht heeft uitgevaardigd, ligt het aannemen van aanvaarden voor de hand. Discussie kan ontstaan wanneer de opdracht door een ander dan verdachte is uitgevaardigd. De vraag is in dat geval of de verdachte van die opdracht op de hoogte was ten tijde van het ten laste gelegde feit. Indien dat niet kan worden bewezen, hoeft dat aan het bewijs van opzet niet in de weg te staan, mits uit andere feiten en omstandigheden het aanvaarden van het ten laste gelegde feit kan worden afgeleid.

57. HR 8 december 2015, *NJ* 2016/23.

siviteit (die strijdig is met een voor de functionaris geldende zorgplicht) in bepaalde gevallen toch tot het aannemen van medeplegen (in functionele vorm) kan leiden.