

# DE STRAFBARE DEELNEMING ALS ZELFSTANDIG MISDRIJF

door Frans LIEVENS

## I — Inleiding

De strafbare deelneming in België is gesteund op het systeem der *relatief onzelfstandige deelneming*. Onze wetgever is uitgegaan van het misdrijf als een objectief gegeven en van daaruit bepaalt hij de rol van de deelnemers. Hij kent ze een onzelfstandige kriminaliteit toe, d.w.z. een kriminaliteit die ze aan het misdrijf ontleent.

Meer recente strafwetenschap wil een strafbare deelneming die gesteund is op andere fundamenten. Men bouwt niet meer verder op het principe der onzelfstandige deelneming. De nieuwe basis zijn de subjekten zelf die aan het misdrijf deelnemen. Deze subjekten hebben een eigen *zelfstandige* kriminaliteit. De strafbare deelneming krijgt een andere vorm: deelneming als zelfstandig misdrijf. De bedoeling nu van deze bijdrage is een kritisch onderzoek te leveren betreffende de strafbare deelneming *de lege lata* en *de lege ferenda*.

Omtrent het leerstuk der deelneming vertoont de rechtsleer een grote eensgezindheid. Er is ook een konstante rechtspraak die de rechtsleer volledig bijtreedt. De toepassing van de beginselen der strafbare deelneming schijnt nooit aanleiding gegeven te hebben tot grote moeilijkheden. Dit blijkt uit de nogal schaars gepubliceerde arresten en vonnissen. Daarenboven heeft onze wetgever een grotere plaats open gelaten voor het subjectieve aspect dan de

Frans wetgever. Dit komt vooral tot uiting in verband met de invloed van de verzwarende omstandigheden op de deelnemers (cfr. infra).

Alles bij mekaar is de strafbare deelneming een instituut dat goed in mekaar steekt en goed werkt. Heeft het dan zin een ander systeem in de plaats te willen stellen ?

Dit probleem moet vanuit historisch standpunt bekeken worden. Onze wetgever was gedetermineerd door de opvattingen van de klassieke school. Hij kon niet anders dan van het misdrijf uitgaan. Hij heeft een strafbare deelneming opgebouwd waarvan de basis nog dezelfde was als die van het Frans strafwetboek : eenheid van misdrijf, pluraliteit van daders. Hij heeft evenwel het te streng systeem van absoluut onzelfstandige deelneming gekorrigeerd. De kriminaliteit van de deelnemer wordt bepaald, niet in functie van de kwalifikatie van het misdrijf in hoofde van de hoofddader (absoluut onzelfstandige deelneming), maar in functie van de kwalifikatie die het misdrijf zou aannemen indien de deelnemer hoofddader geweest was.

Het voornaamste gevolg hiervan is dat de subjektief verzwarende omstandigheden geen invloed hebben op de deelnemers. Onbewust heeft onze wetgever zo het subjektief element langs een zijweg in het systeem binnengebracht. Zo kwam men tot een systeem dat een middenweg zou kunnen genoemd worden tussen twee tegengestelden : deelneming als absoluut onzelfstandig misdrijf en deelneming als zelfstandig misdrijf. Dit was (en is nog steeds) een goed systeem.

Maar ons strafwetboek is een eeuw oud. In die tijdspanne zijn de gedachten sterk geëvolueerd, ook in de strafwetenschap. Men wil het strafrecht meer gaan benaderen langs de subjekten die een misdrijf plegen. Ook al is ons systeem der strafbare deelneming in zich geen slecht systeem, toch mogen wij niet blind zijn voor de nieuwe ideeën. Wij moeten de strafbare deelneming aan deze nieuwe ideeën toetsen. Om deze redenen menen wij dat enkele kritische beschouwingen te verantwoorden zijn.

## **II – De deelneming als onzelfstandig misdrijf is gesteund op een fictie**

Het grootste bezwaar dat wij tegen de leer der deelneming als onzelfstandig misdrijf kunnen opperen, is dat het systeem gesteund is op een *fictie*. Men kan niet zeggen dat de daders en de deelnemers schuldig zijn aan hetzelfde misdrijf. Alle deelnemers verschillen grondig van elkaar door de drijfveren die hen hebben geleid, en door de daden die zij werkelijk hebben verricht. Ze hebben een eigen zelfstandige kriminaliteit. Ze plegen elk afzonderlijk een misdrijf.

De deelnemers aan een misdrijf worden gestraft met de straf die op hen van toepassing zou geweest zijn, indien zijzelf de daders van het misdrijf waren (art. 69 Sw.). In werkelijkheid zijn ze dat niet. Men zegt ook dat de deelnemers hun kriminaliteit ontlenen aan deze van het hoofdfeit. Maar een

daad op zichzelf heeft geen kriminaliteit. Ze heeft slechts een crimineel karakter in functie van degene die ze stelt en meer bepaald in functie van de intentie die door deze daad wordt uitgedrukt. Het feit bijvoorbeeld een mens te doden is in zich neutraal. Deze daad kan crimineel zijn of heroïsch naargelang men doodt uit perversiteit of doodt om zijn vaderland te verdedigen.

Het feit van het wegnemen van een voorwerp wordt niet gestraft. Het bedrieglijk wegnemen van een voorwerp is diefstal. Wil men dus de kriminaliteit van een deelnemer onderzoeken, dan moet men het crimineel karakter onderzoeken van de handeling die hijzelf *werkelijk* gesteld heeft. Men kan zijn kriminaliteit niet meten naar een handeling die hij verondersteld wordt gesteld te hebben, maar niet gesteld heeft. Want inderdaad, de handelingen gesteld door de verschillende deelnemers verschillen grondig van elkaar. Wij hebben eerst de *materiële daders* (Art. 66, 2° en 3° lid Sw.). Zij vallen volledig onder de deliktsomschrijving. Zij verenigen in zich werkelijk de konstitutieve elementen die een misdrijf uitmaken. Ze plegen werkelijk en persoonlijk het misdrijf.

In feite heeft het weinig zin deze categorie van daders onder de titel van deelneming te behandelen. Wanneer meerdere personen in gemeenschappelijk overleg een bepaald misdrijf werkelijk plegen, dan kan men niet spreken van deelneming. Men kan in dit geval enkel spreken van pluraliteit van daders en pluraliteit van misdrijven, zodat wegens het gemeenschappelijk optreden of het gemeenschappelijk overleg de misdrijven door verschillende daders gepleegd, als "samenhangend" dienen beschouwd te worden, in de zin van artikel 227 van het wetboek van strafvordering.

De daden van de categorie van daders van artikel 66, 4° en 5° lid, verschillen grondig van de daden van de categorie beschreven in artikel 66, 2° en 3° lid Sw.. Toch worden zij door de wet op één lijn geplaatst.

Het *analoge daderschap*, zoals de rechtsleer deze categorie noemt, is een creatie van de wet, een fictie. Hoe kan men iemand die aanzet tot diefstal veroordelen wegens diefstal? De strafbare deelneming als onzelfstandig misdrijf doet het toch. En het laat na, het *werkelijk* crimineel karakter van zijn handeling te onderzoeken. Ook de aanzetters hebben allen een eigen kriminaliteit. Hun intenties en hun bedoelingen die in hun handelingen tot uiting komen, en de handelingen die zijzelf stellen, zijn noch onderling, noch met de handelingen van de materiële daders te vergelijken. In dit verband kunnen wij wettiksten aanhalen die deze zienswijze volledig bijtreden. Er zijn gevallen waarin de wetgever de aanzetter met een zwaardere straf straft dan de materiële dader (1). In deze gevallen geeft de wet dus toe dat de aanzetters een eigen kriminaliteit hebben.

(1) Zie in dit verband de artikelen 274, 290, 525, § 2, 529 en 530 Sw.

Ook de werkelijke handelingen van de *medeplichtigen* kan men niet beoordelen naar de handelingen die ze zouden gesteld hebben indien ze dader waren van het misdrijf waaraan ze hebben deelgenomen. Onze wet vergelijkt de kriminaliteit van de medeplichtigen met die van de daders. Men straft hen minder omdat hun houding minder pervers is dan die van de daders en omdat ze de sociale orde minder in het gedrang brengt. Wij staan hier voor een gradueel onderscheid. De medeplichtige wordt een bijkomstige deelneming ten laste gelegd. De kriminaliteit van de medeplichtige wordt vermoed kleiner te zijn dan die van de dader. Anders uitgedrukt : zij verschilt van die van de dader. Ergens geeft de wet dus toe dat de medeplichtige een eigen kriminaliteit heeft. En deze heeft hij inderdaad, maar het is niet noodzakelijk een kleinere dan die van de dader. Wij kunnen hier trouwens verwijzen naar wetten die de medeplichtigen met dezelfde straf als de daders straffen (2).

Als men aanneemt dat de houding van de medeplichtigen de sociale orde minder in het gedrang brengt dan die van de daders, dan is deze opvatting gesteund op het gemeenschappelijk optreden van de verschillende deelnemers, maar niet op de objectieve analyse van ieders rol. Men moet de kriminaliteit van de medeplichtige niet vergelijken met die van de dader. Men moet ze onderzoeken zoals ze werkelijk is in functie van zijn intenties en van zijn handelingen.

### III — Het systeem der deelneming als onzelfstandig misdrijf leidt tot onlogische gevolgen

Het feit dat het systeem der deelneming als onzelfstandig misdrijf berust op de fictie dat de deelnemers een onzelfstandige kriminaliteit hebben, is onlogisch omdat het niet reëel is, omdat de werkelijkheid anders is.

Er is echter meer : de toepassing van de principes die de leer der onzelfstandige deelneming beheersen, leidt tot bepaalde onlogische gevolgen, die in sommige gevallen zelfs onrechtvaardige gevolgen zijn. Zij komen vooral tot uiting in de bestraffing van de deelnemers, in verband met de invloed van de verzwarende omstandigheden op de deelnemers, en in het gebruik van de begrippen in de rechtsleer en de rechtspraak.

#### A. De bestraffing der deelnemers.

Wanneer Herman BEKAERT de beteugeling van de deelnemers als volgt bekritiseert : "Het systeem is niet aangepast : oude recidivisten en jeugdige misdadigers worden met dezelfde straf beteugeld. Het strafwetboek heeft

(2) Zie : Besluitwet van 22 januari 1945, artikel 10 ; Besluitwet van 28 februari 1947, artikel 3, over de klandestiene vleesslagerijen en de handel in vlees afkomstig van deze slagerijen ; Wet van 19 maart 1951, artikel 13, over de accijnzen.

geen rekening gehouden met de personaliteit van de dader" (3), dan spreekt hij zich impliciet uit voor het systeem der deelneming als zelfstandig misdrijf. Het is inderdaad onlogisch dat men alle daders eenzelfde straf oplegt. Dat alle medeplichtigen op dezelfde manier gestraft worden, evenwel met een kleinere straf dan de daders. Het waarom hiervan legden wij in de vorige paragraaf uit. Men kan hierop natuurlijk replikeren dat de rechter altijd met de omstandigheden rekening kan houden, omdat hij bij de straftoemeting de mogelijkheid heeft om een straf op te leggen die schommelt tussen de maximumstraf en de minimumstraf die op het misdrijf staat. Dit is waar, maar naar onze mening is dit geen voldoende argumentatie. Eerst en vooral : het principe is er, en dat kunnen wij niet wegcijferen. En nog meer : deze argumentatie houdt zelf een argument in ten voordele van het eigen crimineel karakter in hoofde van elke deelnemer.

Dit onlogische principe is het logische gevolg van een fiktietheorie. De straftoemeting kan maar een reëel karakter krijgen als men ieder deelnemer straft voor het misdrijf dat hij werkelijk gepleegd heeft. Wij menen dat dit alleen mogelijk is in een systeem van deelneming als zelfstandig misdrijf.

#### B. De invloed van de verzwarende omstandigheden.

Het systeem der deelneming als onzelfstandig misdrijf gaat de kwalifikatie na van het misdrijf zoals deze zou geweest zijn, indien de deelnemer dader was. Daaruit volgt dat alleen de verzwarende omstandigheden *ex re ipsa* invloed hebben op de deelnemers en niet de subjektieve verzwarende omstandigheden. Dit systeem houdt wel rekening met het subjektieve element in de bestraffing, maar niet voldoende. Hiervan getuigt de discussie omtrent de vraag of de deelnemers de objektief verzwarende omstandigheden moeten ondergaan die zij niet *gewild* hebben.

Iemand heeft bijvoorbeeld een sleutel gegeven om een diefstal in een huis mogelijk te maken. Maar men heeft iemand moeten vermoorden om de diefstal te kunnen uitvoeren. Zou men dan de man die de sleutel gegeven heeft verantwoordelijk kunnen stellen voor de moord, waarvan hij niet wilde en niet wist dat ze zou gepleegd worden? Rechtsleer en rechtspraak antwoorden bevestigend. (4) Deze opvatting is niet alleen onlogisch maar ze gaat ook in tegen het rechtvaardigheidsgevoel.

(3) BEKAERT H., *Handboek voor Studie en Praktijk van het Belgisch Strafrecht*, nummers 315 en 330.

(4) Cass., 14 juli 1924, *Pas.*, I, p. 481 ; Brussel, 19 november 1913, *R.D.P.*, 1914-19, p. 39. – Voor de rechtsleer bijvoorbeeld A. PRINS, *Science pénale et Droit positif*, p. 362 : "Celui qui invoquerait son ignorance de la circonstance aggravante ne bénéficierait en rien de cette ignorance ; en s'unissant dans un but commun, les différents agents se sont soumis à tous les risques et à toutes les suites de l'entreprise. Ils les ont voulus".

Als men de invloed van de verzwarende omstandigheden die zich voordoen in de persoon van de deelnemer gaat onderzoeken op de materiële dader en op de deelnemer zelf, vertoont het systeem duidelijk zijn gebreken.

Is het logisch dat men de invloed van een objektieve verzwarende omstandigheid, wanneer deze zich voordoet in de persoon van een deelnemer, niet kan en niet mag onderzoeken voor de materiële daders? Is het logisch dat deze verzwarende omstandigheid geen invloed heeft op de deelnemer zelf? Een voorbeeld kan dat best illustreren :

A, deelnemer, verleent zijn medewerking aan B, de materiële dader, bij het toebrengen van slagen. Doch A brengt bij het slachtoffer werkonbekwaamheid teweeg. Deze objektief verzwarende omstandigheid heeft geen enkele invloed op de strafbaarheid van de dader B. Inderdaad, volgens onze principes der strafbare deelneming ontleent de deelnemer zijn kriminaliteit aan die van de dader en niet omgekeerd. Deze verzwarende omstandigheid heeft ook geen invloed op de deelnemer zelf. Want als men nagaat welke de kwalifikatie van het misdrijf zou geweest zijn, indien de deelnemer dader geweest ware, dan stelt men vast dat deze is : toebrengen van slagen zonder de verzwarende omstandigheid. In werkelijkheid heeft hij nochtans een misdrijf begaan waaraan een verzwarende omstandigheid inherent is.

### C. *Het gebruik van begrippen in rechtsleer en rechtspraak.*

Bij een studie van de strafbare deelneming valt het dadelijk op dat er een Babylonische verwarring heerst in het gebruik der begrippen. De wet kent er slechts twee : ze spreekt over "daders" (art. 66 Sw.) en "medeplichtigen" (art. 67 Sw.). In de rechtsleer daarentegen wemelt het van begrippen : "dader" "hoofddader", "bijkomende dader", "deelnemer", "materiële dader", "morele dader", "daderschap in restriktieve zin", "dader in analoge zin", "mededader", "medeplichtige", "deelnemer als dader", "hoofdzakelijk daderschap",...

De rechtspraak was het blijkbaar niet eens met deze veelvuldigheid van begrippen. Een arrest van het Hof van Kassatie zegt : "Onder de personen die luidens artikel 66 van het strafwetboek een misdrijf uitvoeren of aan de uitvoering ervan rechtstreeks meewerken en derhalve daders van het misdrijf zijn, maakt de wet geen onderscheid tussen hoofddaders en bijkomende daders" (5).

Een ander arrest oordeelde dat de mededader van een misdrijf wettelijk dader van dit misdrijf was (6). Toch blijft de rechtspraak zelf nog altijd meerdere begrippen gebruiken.

(5) Cass., 19 mei 1941, *Pas.*, I, p. 196.

(6) Cass., 11 december 1933, *Pas.*, 1934, I, p. 103.

Daarbij komt nog dat de rechtsleer éézelfde begrip in verschillende betekenissen gebruikt. Het begrip "mededader" zou niets anders mogen uitdrukken dan de kollektiviteit van daders. Maar de rechtsleer stelt deze term tegenover "hoofddader". Zo wordt "mededader" synoniem van "bijkomende dader".

Men kan zich trouwens afvragen wat de betekenis is van "hoofddader". Volgens de rechtsleer is het degene onder de daders die het misdrijf zelf pleegt, de "materiële dader" dus, zoals hij beschreven wordt in artikel 66, 2° en 3° lid Sw. Maar wat zijn dan degenen die beschreven worden in artikel 66, 4° en 5° lid ?

Volgens de wet zijn zij "daders", evengoed als de daders van artikel 66 2° en 3° lid. Volgens de rechtsleer echter zijn het "mededaders". Dit is een verkeerd gebruik van het begrip (cfr. de hierboven geciteerde arresten van het Hof van Kassatie). Men noemt ze ook nog "bijkomende daders". Ook dit gaat in tegen de vermelde kassatie-arresten. En hoe zouden ze "bijkomende daders" zijn als de wet hun handelingen met het eigenlijk plegen van een misdrijf gelijkstelt ?

Het begrip "hoofddader" heeft gewoon geen enkele wettelijke betekenis. Alle daders worden op éézelfde lijn geplaatst. Men heeft echter dit begrip moeten kreëren omdat men een criterium moest hebben om de invloed van de verzwarende omstandigheden op de deelnemers te bepalen. Daarom refereert men naar de verzwarende omstandigheden die zich voordoen in de persoon van de materiële dader, die men daarom hoofddader noemt. Naar onze mening zou ook dit verwarrend gebruik der begrippen vermeden kunnen worden in een systeem der deelneming als zelfstandig misdrijf.

#### IV – Het misdrijf van deelneming

In de vorige paragrafen hebben wij, langs een kritiek op het systeem der deelneming als zelfstandig misdrijf. Dit systeem vond reeds in de negentiende eeuw weerklank bij sommige rechtsgeleerden, zoals FEUERBACH en CARRARA. In de huidige rechtsleer heeft het veel voorstanders. De voornaamsten zijn VON LISZT in Duitsland en CARBONNIER in Frankrijk. Bij ons wordt het systeem voorgestaan door DELEIXHE en FRANCHI-MONT.

Dit systeem is heden ten dage niet alleen meer een louter theoretische aangelegenheid. Het is inderdaad reeds in het strafrecht an een paar landen opgenomen. Dat gebeurde relatief vroeg in het strafwetboek van Noorwegen (1902). Ook het strafwetboek van Italië en Denemarken huldigen dit systeem. Laten wij nu even de grondgedachten van het systeem weergeven. Er is geen sprake meer van het *ontlenen* van de kriminaliteit van de deelnemer aan die van de hoofddader, noch aan de kriminaliteit van het misdrijf. Wanneer een delikt door verschillende personen gepleegd wordt, is er niet één enkel

misdrijf, maar *zoveel verschillende misdrijven als er deelnemers zijn*. Het onderscheid tussen daders en medeplichtigen vervalst. Er zijn alleen "deelnemers". Hun kriminaliteit wordt objekt van een individueel onderzoek, omdat elke deelnemer zich aan een afzonderlijk misdrijf schuldig heeft gemaakt : *het misdrijf van deelneming*.

Dit misdrijf omvat drie konstitutieve elementen (7) :

- een wilselement : de kennis en de wil aan een misdrijf deel te nemen.
- een materieel element : deelnemen op één van de wijzen voorzien bij de wet.
- een juridisch element : er wordt deelgenomen aan een feit dat door de wet strafbaar wordt gesteld.

## SOMMAIRE

### LA PARTICIPATION CRIMINELLE COMME DELIT AUTONOME

Le droit pénal belge connaît le système d'une autonomie relative de la participation, c'est-à-dire que la participation est punie en fonction de la qualification que prendrait le délit si le co-auteur ou le complice avait été l'auteur principal.

Ce système peut s'expliquer par la tradition historique, mais se fonde en réalité sur une fiction en ce sens qu'on ne tient pas compte de la criminalité propre de celui qui participe au délit d'un autre. C'est ainsi qu'on en arrive à des conséquences illogiques et même injustes notamment en ce qui concerne la punition des participants et l'influence des circonstances aggravantes. En plus, ce système a mené à une confusion aussi bien dans la doctrine que dans la jurisprudence.

Tout cela nous fait conclure qu'il faut en arriver à un système de la participation comme délit indépendant, comme il existe déjà en Norvège, au Danemark et en Italie. La "participation" devient alors un délit spécifique et la criminalité de chaque participant devient l'objet d'une enquête individuelle.

## SOMMARY

### CRIMINAL PARTICIPATION AS A SEPARATE OFFENCE

In the Belgian system of penal law participation is punished as a relatively independant offence. This is to say that participation is punished in proportion to the qualification which would have been given to the offence if the participant had actually committed the offence.

(7) Men raadplege hierover G. DELEIXHE en M. FRANCHIMONT, Aspects de la Participation criminelle en Belgique, *R.D.P.*, 1955-56, p. 884-909.



This system can be explained historically, but is in reality based on a fiction, which in no way takes into consideration the criminal intention of the participant.

Therefore this system gives rise to illogical and unfair consequences especially in respect to the punishment of the participants and the influence of aggravating circumstances. Furthermore, this system has led to great confusion in doctrinal and jurisdictional thinking.

All these factors confirm the belief that one should adopt a system by which participation is treated as an offence by itself, as is the case in Norway, Denmark and Italy. In this way the participation becomes a separate offence and the criminal intention of each participant is looked at by itself.

## ZUSAMMENFASSUNG

### DIE STRAFBARE BETEILIGUNG ALS SELBSTÄNDIGES DELICT

Das belgische Strafrecht kennt das System der relativ selbständige Beteiligung, das heisst dass die Beteiligung gestraft wird nach der Qualifikation des Deliktes falls der Teilnehmer der Haupttäter gewesen wäre.

Dieser System kann historisch erklärt werden ; es beruht aber auf einer Fiktion weil es die eigene Kriminalität des Teilnehmers nicht berücksichtigt.

Das System kann deswegen unlogische und unrechtmässige Folgen verursachen, namentlich in Bezug auf die Bestrafung der Teilnehmer und die erschwerenden Umständen. Ausserdem hat dieses System eine grosse Begriffsverwirrung in Rechtsprechung und Jurisprudenz verursacht.

Die Schlussfolgerung dieses Beitrages ist dass man – wie in Norwegen, Dänmark und Italien – ein System der Beteiligung als selbständiges Delikt ausarbeiten soll. "Beteiligung" wird also ein selbständiges Delikt und die Kriminalität jedes Teilnehmers wird der Gegenstand einer unabhängiger Ermittlung.