University of Groningen

Italiaanse toestanden

Peters, L.J.J.

Published in:
Nederlands Tijdschrift voor Strafrecht

DOI:
[10.5553/NTS/266665532020001005004](https://doi.org/10.5553/NTS/266665532020001005004)

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2020

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Peters, L. J. J. (2020). Italiaanse toestanden: Interne en externe deelneming aan een criminele (maffia-)organisatie. *Nederlands Tijdschrift voor Strafrecht*, 1(5), 328-339.
<https://doi.org/10.5553/NTS/266665532020001005004>

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Artikel

Italiaanse toestanden

Interne en externe deelneming aan een criminele (maffia-)organisatie

Mr. dr. L.L.J. (Laura) Peters*

NTS 2020/107

328

1. Inleiding

Sinds de brute moord op advocaat Derk Wiersum wordt wel van ‘Italiaanse toestanden’ gesproken als het om de Nederlandse georganiseerde misdaad gaat. Daarmee trekt men vooral een parallel met de beruchte liquidaties van magistraten door de Italiaanse maffia.¹ De verwijzing naar misdaadpraktijken in Italië kan inmiddels wel wat breder gelden als we afgaan op de berichtgeving over de vermeende betrokkenheid van politieambtenaren, advocaten en politici met criminele organisaties in Nederland.² In veel van die berichtgeving gaat het om personen (veelal professionals) die geen deel uitmaken van een criminele organisatie, maar die die organisatie door middel van legale of illegale diensten ondersteunen zodat die organisatie kan (voort)bestaan. In geval van

dienstverleners als notarissen, makelaars en advocaten wordt in deze context ook wel van ‘faciliterende beroepsbeoefenaars’³ gesproken. Hierna gebruik ik de term *facilitators*. Daarmee bedoel ik alle personen die een criminele organisatie ondersteunen zonder daarvan lid te zijn.

Een vergelijking met Italië is op dit terrein interessant. De casuïstiek over *facilitators* in de Italiaanse rechtspraak en literatuur is overvloedig. Men vindt talloze rechtszaken tegen politici die verkiezingen winnen met hulp van maffiaorganisaties die stemmen ronselen, en die in ruil daarvoor zorgen dat die maffiaorganisaties bepaalde vergunningen verkrijgen. Ook vindt men strafzaken over advocaten die faciliteren dat een gedetineerde maffiabaas vanuit de gevangenis contact kan onderhouden met de maffiaorganisatie, notarissen die in ruil voor bepaalde voordelen met hun diensten een maffiaorganisatie begunstigen, en zelfs (hooggeplaatste) rechters die in ruil voor bepaalde gunsten de uitkomst van juridische procedures tegen de maffia beïnvloeden.

Omdat criminele organisaties soms gebruik moeten maken van ondersteunende diensten van derden om bijvoorbeeld illegaal vermogen wit te wassen, zouden we kunnen stellen dat een toename van de georganiseerde criminaliteit in beginsel ook een toename van die dienstverlening zal betekenen. Dit geeft alle aanleiding eens te onderzoeken hoe Italië in strafrechtelijke zin omgaat met faciliterende beroepsbeoefenaars en anderen die diensten verlenen aan criminele organisaties. Afgezien van de enorme omvang en intensiteit van deze vorm van criminaliteit in dit land, is hier bovendien een

* Mr. dr. L.L.J. (Laura) Peters is universitair docent Straf(proces)recht aan de Rijksuniversiteit Groningen.

1. In Italië zijn liquidaties van magistraten meer aan de orde (geweest) dan moorden op advocaten. Dat laatste is ook in Italië uitzonderlijk.

2. O.a. ‘Politie: Maffia breidt invloed uit door corona, zelfs in Nederland’, AD van 14 mei 2020; ‘Hoofdagente eenheid Rotterdam verdacht van lekken informatie, drugsbezit en witwassen’, RTL nieuws, 25 mei 2020, www.rtlnieuws.nl; ‘Populaire motoragent verdacht van lekken naar criminelen’, NOS, 2 juni 2020; ‘Advocaat lekte informatie aan Ridouan Taghi’, NRC van 29 mei 2020 en ‘OM verdenkt oud-wethouders Den Haag van deelname aan criminele organisaties’, NOS, 10 juli 2020, www.nos.nl.

3. Hierover ook: M.M.R. Slaghekke & S. Pijl, ‘Het beroep onder de loep: de aanpak van faciliterende beroepsbeoefenaars’, *Strafblad* 2015/60.

bijzondere ontwikkeling gaande op het gebied van de strafbaarheid van *facilitators*. Die ontwikkeling betreft het leerstuk van de *concorso esterno all'associazione mafiosa* (vertaald: externe deelneming aan een maffiaorganisatie). Dit thema beheerst de Italiaanse rechtspraak en doctrine inmiddels geruime tijd en wordt door gezaghebbende handboeken geduid als een van de meest ingewikkelde en omstreden onderwerpen van het Italiaanse materiële strafrecht.⁴

De term '*concorso esterno*' houdt in de strafrechtelijke aansprakelijkheid wegens algemene deelneming aan een verenigingsdelict, en in het bijzonder algemene deelneming aan een maffiaorganisatie. De discussie over deze specifieke categorie deelnemingsgedragingen betrof aanvankelijk de vraag of het Italiaanse wetboek van strafrecht wel een basis biedt voor de strafbaarheid daarvan. Nadat die vraag bevestigend werd beantwoord, werd over de reikwijdte van die strafrechtelijke aansprakelijkheid tot aan het Straatsburgse hof geprocedeerd. Inmiddels is het leerstuk wat verder uitgekristalliseerd, maar nog altijd controversieel.

Deze bijdrage heeft vooral tot doel de lezer over de ontwikkeling van dit bijzondere en interessante Italiaanse leerstuk te informeren. Hierna wijd ik eerst enkele woorden aan het begrip 'maffia' en de ontwikkeling van de eerste anti-maffiawetgeving (par. 2), om zo de strafbaarstelling van deelneming aan een maffiaorganisatie (par. 3) en de daaruit voortvloeiende ontwikkeling van het leerstuk van externe deelneming (par. 4) in de context te plaatsen. De bestudering van de *concorso esterno* riep bij mij vervolgens de vraag op in hoeverre *facilitators* naar Nederlands recht strafbaar zijn op basis van (een equivalent van) externe deelneming aan een criminele organisatie en, zo ja, in hoeverre die strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt ingezet om deze vorm van wat wel 'ondermijnende criminaliteit' wordt genoemd, te bestrijden. Daarover gaat paragraaf 5. Ik sluit af met enkele slotoverwegingen.

2. De maffia en de ondermijning van de Italiaanse rechtsstaat

Bij het woord 'maffia'⁵ denkt menigeen onmiddellijk aan de filmklassieker 'The Godfather' van Francis Ford Coppola. Het werkelijke fenomeen 'maffia' is echter veel rauwer dan deze gestileerde, sinistere glamour. De maf-

fia van alledag is op grote schaal actief, maar vaak nauwelijks zichtbaar en soms zelfs verhuuld in schijnbaar positieve handelingen of omstandigheden.⁶

Italië kent vier relatief grote en bekende groeperingen die van oudsher onder de noemer 'maffia' worden gebracht. Het betreft de Siciliaanse Cosa Nostra (de meest bekende, ook wel de 'Mafia' genoemd⁷), de Napolitaanse Camorra⁸, de Calabrese 'Ndrangheta⁹ en de Sacra Corona Unita uit Apulië.¹⁰ Tot 'de maffia' rekent men echter ook (deels) buiten Zuid-Italië actieve groeperingen. Uit uitvoerig sociologisch onderzoek blijkt dat de gemene deler van al deze groeperingen is dat zij zich bedienen van de zogenoemde 'maffiamethode'. Die bestaat uit vier cumulatieve elementen: (a) wijdverspreide, vaak afgedwongen controle over een bepaald territorium; (b) het beheersen van een zeer dicht netwerk van persoonlijke afhankelijkheidsrelaties; (c) het uitoefenen van geweld als (laatste) middel om economische, politieke of sociale conflicten op te lossen; en (d) het bestaan van (organische, dat wil zeggen niet-geformaliseerde) relaties met de politiek.¹¹ Het gebruikmaken van (zichtbaar) geweld is daarbij meestal niet nodig, omdat de maffiaorganisatie door haar gevestigde gewelddadige reputatie al voldoende angst inboezemt en kan volstaan met een stelselmatige, stilzwijgende intimidatie.¹²

Door de jaren heen is het werkgebied van de maffia sterk veranderd. Waar zij zich oorspronkelijk richtte op het verkrijgen van controle over bepaalde grondgebieden, vooral in Zuid-Italië,¹³ ging ze zich vanaf halverwege de 20e eeuw meer toeleggen op het ontplooiën van economische activiteiten. Daarmee ontstond het zogenoemde '*mafia business model*'.¹⁴ Een maffiaonderneming

4. O.a. G. Marinucci, E. Dolcini & G.L. Gatta, *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, Milaan: Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. 2019, p. 39, G. Fiandaca & E. Musco, *Diritto penale. Parte Generale*, Turijn: Zanichelli Editore 2019, p. 557.
5. Zie over de herkomst van het woord J. Dickie, *Cosa Nostra. De geschiedenis van de Siciliaanse maffia*, Antwerpen: Standaard Uitgeverij 2004, p. 66 en S. Lupo, *Storia della mafia. Dalle origine ai giorni nostri*, Rome: Donzelli Editore 2004, p. 49). Het woord wordt in het Nederlands met dubbel f geschreven; in het Italiaans met een enkele f.

6. Zo wordt het in gevaar brengen van vrouwen en kinderen wanneer dat onnodig is door de Siciliaanse maffia 'oneerbaar' geacht en dat maakt steden als Palermo voor vrouwen en kinderen zeer veilig. Zie Dickie 2004, p. 39.
7. Zie over de Siciliaanse maffia uitvoerig G. Turone, *Il delitto di associazione mafiosa*, derde druk, Giuffrè Editore: Milaan 2015, p. 34-66.
8. Idem, p. 66-85.
9. Idem, p. 85-106.
10. Idem, p. 107-109. Over de diverse maffiagroeperingen ook: N. Dalla Chiesa, 'Defining the Mafia: Between Sociology and Law' in: S. Carnevale, S. Forlati & O. Giolo (red.), *Redefining Organised Crime: A Challenge for the European Union?*, Oxford: Hart Publishing 2017, p. 231 e.v. en G. Caliendo & G. Scotto di Carlo, 'The importance of Italian Mafia "culturemes" and their translation in the harmonisation of EU Anti-Mafia Legislation', *International Journal of Language Studies* 2019, p. 107.
11. Zie hierover uitgebreid Dalla Chiesa 2017, p. 237 e.v., en specifiek over de maffiamethode: A. La Spina, 'The Organisational Features of Organised Crime: The Mafia as a Professional Bureaucracy', in: S. Carnevale, S. Forlati & O. Giolo (red.), *Redefining Organised Crime: A Challenge for the European Union?*, Oxford: Hart Publishing 2017, p. 251 e.v.
12. La Spina 2017, p. 251-252.
13. Zie hierover B. Scotti, 'Rico vs. 416-bis: A Comparison of U.S. and Italian Anti-Organized Crime Legislation', *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* 2002, p. 154.
14. C. Grandi, 'The Notion of Mafia in Italian Criminal Legislation and Case Law', in: S. Carnevale, S. Forlati & O. Giolo (red.), *Redefining Organised Crime: A Challenge for the European Union?*, Oxford: Hart Publishing 2017, p. 284 en A. Nisco, 'Organized crime in Italian criminal law and practice: an overview of some current problems', in: F. Yenisey, I. Özgeng, A. Nuhoglu e.a. (red.), *Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach'a armagan*, Ankara: Seckin 2018, p. 445 e.v.

heeft ten opzichte van 'zuivere' ondernemingen drie voordelen: door intimidatie van potentiële concurrenten beheerst de maffiaonderneming al snel de markt, de arbeidskosten zijn doorgaans lager door een systematische schending van arbeidsrechten die niet aan de autoriteiten wordt gemeld, en de onderneming is al snel lucratief waardoor zij niet afhankelijk is van bankkredieten.¹⁵ Maffiaondernemingen zijn op vele markten actief, waaronder de bouw, de textielindustrie, de afvalbranche, de handel in drugs en de entertainmentbranche.¹⁶

Een in het oog springend kenmerk van veel maffiaorganisaties is voorts dat zij connecties hebben met de politiek en de ambtenarij. Met name politici worden regelmatig verleid tot samenwerking met de maffia omdat maffiaorganisaties in staat zijn in verkiezingstijd een groot aantal stemmen te genereren en financiële hulp te verstrekken aan de individuele politicus of de politieke partij. Uiteraard staat daar wel iets tegenover: eenmaal verkozen moet de politicus ervoor zorgen dat hij de maffiaorganisatie een gunst verleent.¹⁷ Er zijn inmiddels talloze rechtszaken waarin politici, ambtenaren, magistraten en allerlei (andere) faciliterende beroepsbeoefenaars terechtstaan wegens (bijvoorbeeld) het onrechtmatig gunnen van publieke aanbestedingen of het beïnvloeden van het verloop van juridische procedures in ruil voor voordelen of onder druk van intimidatie. De tentakels van de hedendaagse maffia zijn zo diepgeworteld in de Italiaanse samenleving dat het voor anti-caffia-autoriteiten een moeizame strijd is gebleken om het desastreuze, ondermijnende effect daarvan op de rechtsstaat en de economie te beteugelen.

3. Deelneming aan een maffiaorganisatie

3.1 Het ontstaan van anti-caffiawetgeving

Gezien de extreem gewelddadige reputatie van enkele maffiaorganisaties is het opmerkelijk dat de eerste anti-caffiawetgeving die er echt toe doet pas in 1982 tot stand is gekomen. Lange tijd bestonden de Italiaanse staat en de maffia zelfs relatief vreedzaam naast elkaar.¹⁸

De overheid en de samenleving gedoogden de maffia waar men daar niet te veel 'last' van had. Ook vooraanstaande strafrechtgeleerden zagen de maffia lange tijd veeleer als iets immoreels dan iets strafbaars.¹⁹

De opvattingen over de maffia veranderden toen er in de loop van de 20e eeuw door uitvoerig sociologisch en criminologisch onderzoek meer bekend werd over het verschijnsel. Naar aanleiding daarvan kwam vanaf de jaren vijftig de eerste wetgeving tot stand, die volledig in het teken stond van de bescherming van de openbare orde. De eerste wet, de Wet 1956/1435,²⁰ gaf aan bestuurlijke (lokale) overheden de bevoegdheid om preventieve maatregelen te nemen ten aanzien van personen die een bedreiging vormden voor de openbare orde. De wet richtte zich vooral op de Siciliaanse Mafia. De te nemen maatregelen bestonden uit het geven van waarschuwingen en, bij geen gehoor door de betrokkene, het observeren, het in huisarrest plaatsen of het overplaatsen van de betrokkene naar een andere gemeente. Die wetgeving bleek weinig effectief. Sterker nog, de wet leek juist bij te dragen aan een verdere verspreiding van de Siciliaanse Mafia naar gebieden buiten het eiland. In 1965 breidde de wetgever de reikwijdte van de wet uit met de Wet 575/65,²¹ maar ook dat bleek nauwelijks effect te hebben. Het manco zat hierin dat ook die wetgeving zich alleen richtte op de individuele leden van een maffiagroepering en niet op de gehele organisatie en haar werkwijze. Op de achtergrond werd wel gewerkt aan verdergaande wetgeving, maar die leidde slechts tot veel discussie en daardoor tot uitstel.

Het was uiteindelijk de liquidatie van de Italiaanse anti-terrorisme-generaal Dalla Chiesa die in 1982 versneld de al in voorbereiding zijnde Wet Rognoni-La Torre²² tot stand liet komen. Die wet richtte zich voor het eerst specifiek op de bestrijding van de maffia en maffiaorganisaties. De wet markeert een keerpunt in de Italiaanse geschiedenis; met die wet verklaarde de staat officieel de oorlog aan de maffia. De wet vormde tevens het startpunt van de zogenoemde 'maxi-processen' (*maxiprocessi*): omvangrijke strafprocedures tegen maffiabazen die werden veroordeeld tot hoge gevangenisstraffen die vervolgens onder zeer strikte condities werden (en nog worden) geëxecuteerd.

15. Grandi 2017, p. 284.

16. Hierover ook Nisco 2018, p. 446 die spreekt van 'global (global/local) criminal systems': op lokaal niveau is sprake van geweld en van politieke infiltratie; de opbrengsten daaruit worden ingezet op wereldwijde markten op een wijze die (volgens de auteur overigens in beperkte mate) vergelijkbaar is met een businessmodel.

17. La Spina 2017, p. 254 en V. Mete en R. Sciarone, 'The Boundaries of Mafias: Relationships and Business in the 'Grey Area'', in: S. Carnevale, S. Forlati & O. Giolo (red.), *Redefining Organised Crime: A Challenge for the European Union?*, Oxford: Hart Publishing 2017, p. 293 e.v.

18. Men spreekt wel van een 'accordeon'-verhouding tussen staat en maffia. Vooral aan het begin van de 20e eeuw zag de academische wereld de maffia in het algemeen niet als bedreiging. Die benadering veranderde onder het fascistische regime van Mussolini. Na de val van dit regime, keerde de heersende leer weer terug naar het negentiende-eeuwse denken over de maffia als weliswaar immoreel maar niet crimineel verschijnsel. Dit veranderde na openbaarmaking van de resultaten van de onderzoekscommissie naar de Siciliaanse maffia (*Commissione d'in-*

chiesta sul fenomeno mafioso in Sicilia) die werd ingesteld in 1962. Het werk van die commissie lag aan de basis van de Wet van 1965, n. 575. Zie C. Maresca, *Manuale di legislazione antimafia. Diritto sostanziale e processuale*, Milaan: Rogiosi editore 2019, p. 13-16.

19. Dat was de opvatting van onder meer de vooraanstaande strafrechtgeleerde Antolisei in 1966. Zie Turone 2015, p. 5-6.

20. Legge 27 dicembre 1956, n. 1435, 'Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e la pubblica moralità', *G.U.* n. 327 van 31 december 1956.

21. Legge 31 maggio 1965, n. 575 'Disposizioni contro la mafia', *G.U.* n. 138, van 5 juni 1965.

22. Wet van 13 september 1982, n. 646, vernoemd naar de initiatiefnemers van de wet: Pio La Torre en Virginio Rognoni.

3.2 Artikel 416bis cp: deelneming aan een mafiaorganisatie

De zelfstandige strafbaarstelling voor deelneming aan een mafiaorganisatie (*partecipazione all'associazione di tipo mafioso*), ingevoerd met de Wet Rognoni-La Torre, is neergelegd in artikel 416bis van het Italiaanse wetboek van strafrecht (*codice penale*, hierna cp). Met de bepaling beoogde de wetgever de zogenoemde '*intoccabili*', de 'onaantastbaren', te kunnen vervolgen: personen die weliswaar lid zijn van een criminele maffiagroepering maar ten aanzien van wie onvoldoende bewijs bestaat dat zijzelf een rol hebben (gehad) in het plegen van zelfstandige delicten. Het huidige artikel 416bis cp, voor zover hier relevant, luidt als volgt:²³

1. Eenieder die deel uitmaakt van een mafiaorganisatie bestaande uit drie of meer personen wordt gestraft met gevangenisstraf van tien tot vijftien jaar.
2. Diegenen die de organisatie promoten, leiden of organiseren worden, voor uitsluitend dit feit, gestraft met een gevangenisstraf van twaalf tot achttien jaar.
3. De organisatie is een mafiaorganisatie indien zij die daarvan deel uitmaken gebruik maken van de macht om te intimideren die uitgaat van het organisatieverband en van de daaruit voortvloeiende voorwaarden van onderwerping en zwijgplicht ten behoeve van het plegen van strafbare feiten, van het direct of indirect verkrijgen van het beheer of de leiding over economische activiteiten, over concessies, het verlenen van machtigingen, het aangaan van publieke contracten en publieke diensten of om oneerlijke winsten en voordelen te behalen voor zichzelf of voor anderen, dan wel om de vrije uitoefening van het stemrecht te verhinderen of te belemmeren of om stemmen voor zichzelf of voor anderen te verwerven tijdens verkiezingen.

Deelneming aan een mafiaorganisatie betreft een abstract gevaarzettingsdelict en een bijzondere uitbreiding van de meer algemene, al eerder bestaande strafbaarstelling van deelneming aan een criminele organisatie (art. 416 cp). Een belangrijk verschil is dat bij de laatstgenoemde strafbaarstelling de nadruk ligt op het criminele doel van de organisatie (i.e. het plegen van misdrijven), terwijl bij de strafbaarstelling van deelneming aan een mafiaorganisatie het accent ligt op de methode die de organisatie gebruikt om haar (illegale maar ook legale) doelstellingen te verwezenlijken, i.e. intimidatie in combinatie met onderwerping en een

zwijgplicht.²⁴ Door die methode strafbaar te stellen, wil artikel 416bis cp niet alleen de openbare orde en de democratische rechtsorde, maar ook de handelsvrijheid en de ondernemersvrijheid beschermen.²⁵ In het verlengde hiervan verschilt ook het moment waarop de delicten in artikel 416 cp en 416bis cp zijn voltooid. Er is sprake van deelneming aan een criminele organisatie wanneer tussen de leden overeenstemming bestaat over het plegen van misdrijven; van deelneming aan een mafiaorganisatie is daarentegen sprake wanneer de leden de maffiamethode gaan gebruiken om de doelstellingen van de organisatie te realiseren.²⁶ Wanneer een mafiaorganisatie delicten pleegt, overlappen beide delictomschrijvingen elkaar. In dat geval gaat de *specialis* van artikel 416bis cp voor. Die bepaling leidt, tot slot, ook tot een aanmerkelijk hogere (minimum- en maximum)straf dan die genoemd in artikel 416 cp, te weten tien tot vijftien jaar (respectievelijk drie tot zeven jaar) gevangenisstraf.

Uit de gebezigde, open terminologie blijkt reeds dat de delictomschrijving van artikel 416bis cp een groot bereik heeft. Het bepalen van de precieze reikwijdte liet de wetgever over aan de rechtspraak, die daarbij kritisch werd gevolgd door de wetenschap. Hierna volgt een korte bespreking van achtereenvolgens lid 3 en lid 1. Lid 3 beschrijft de mafiaorganisatie en de maffiamethode en vormt daarmee de kern van de strafbepaling, lid 1 betreft het deelnemen aan die mafiaorganisatie.

Lid 3 stelt het bestanddeel 'de macht te intimideren die uitgaat van het organisatieverband' (*forza di intimidazione del vincolo associativo*) centraal. De 'macht te intimideren' concentreert zich op het vermogen van de organisatie om binnen een bepaalde geografische of maatschappelijke context door haar enkele bestaan angstgevoelens op te wekken, zonder dat de organisatie daarvoor (daadwerkelijk) geweld of dwang hoeft te gebruiken.²⁷ Dit bestanddeel leidde aanvankelijk tot debat. Zo kan een 'criminele reputatie' vaak pas na enige tijd worden vastgesteld en dat kan lastig liggen bij clusters van mafiaorganisaties die zich op een nieuw grondgebied vestigen. Het cassatiehof (*Corte Suprema di Cassazione*) oordeelde in 2015 dat er in die gevallen tenminste sprake moet zijn van een stabiele relatie tussen het nieuwe cluster en een reeds bestaande, beruchte mafiaorganisatie.²⁸

De macht te intimideren moet vervolgens leiden tot onderwerping en het bestaan van een zwijgplicht (*omer-*

23. Vertaling door mij. De originele wettekst luidt als volgt: '(1) Chiunque fa parte di un'associazione di tipo mafioso formata da tre o più persone, è punito con la reclusione da dieci a quindici anni. (2) Coloro che promuovono, dirigono o organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da dodici a diciotto anni. (3) L'associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri.'

24. Grandi 2017, p. 268.

25. Maresca 2019, p. 24.

26. Grandi 2017, p. 268.

27. G. Insolera, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Bologna: Il Mulino 1996, p. 72 e.v., Turone 2015, p. 120 e.v. en Maresca 2019, p. 25.

28. Cass.sez. V 3 maart 2015, n. 31666 (Bandiera), te raadplegen op www.penalecontemporaneo.it (5 oktober 2015), met kritisch commentaar van C. Visconti, 'I giudici di legittimità ancora alle prese con la 'mafia silente' al nord: dicono di pensarla allo stesso modo, ma non è così'. Zie ook (via dezelfde website) R.M. Sparagna, 'Metodo mafioso e c.d. mafia silente nei più recenti approdi giurisprudenziali', 10 november 2015.

tà).²⁹ ‘Onderwerping’ houdt in een situatie van passieve gehoorzaamheid en dwang die door de organisatie wordt opgelegd aan haar leden en aan buitenstaanders,³⁰ die de bevelen, verwachtingen en doelstellingen van de organisatie uit angst uitvoeren of verwezenlijken.³¹ Het begrip ‘zwijgplicht’ betreft de verplichte weigering voor leden van de groepering om samen te werken met de autoriteiten.³²

Het artikellid bevat vervolgens een niet-limitatieve opsomming van de doelstellingen van de maffiaorganisatie. Het gaat hier om doelstellingen die op zichzelf rechtmatig kunnen zijn (zoals het ontplooiën van economische activiteiten), alsook het plegen van strafbare feiten.³³ De legale doelstellingen worden onrechtmatig wanneer ze door middel van de maffiamethode worden nagestreefd of verwezenlijkt. De rechtspraak pleegt de genoemde doelstellingen ruim uit te leggen.³⁴ Uit dit artikellid volgt impliciet dat de bedoelde doelstellingen opzettelijk moeten worden nagestreefd door middel van de maffiamethode (*dolo specifico*).³⁵

Artikel 416bis lid 1 cp bepaalt dat de maffiaorganisatie moet bestaan uit minimaal drie personen. De bepaling laat open hoe de samenwerking tussen de leden eruit moet zien. Volgens vaste rechtspraak van het cassatiehof is het bestaan van een stabiele, interne organisatiestructuur evenwel vereist.³⁶ Dit volgt ook logisch uit de hiervoor besproken maffiamethode (i.e. het uitbuiten van de macht om te intimideren die voortkomt uit het organisatieverband); om te kunnen intimideren zal er immers sprake moeten zijn van een solide en stabiele organisatie en een bepaalde onderlinge rolverdeling tussen de leden van die organisatie, ook al is dat niet expliciet in de wet bepaald.³⁷

Ook het bestanddeel ‘deel uitmaakt van’ (*fa parte di*) is niet nader uitgewerkt. De strafbaarstelling maakt slechts een onderscheid tussen het enkele deel uitmaken van de organisatie enerzijds, en het promoten, leiden of organi-

seren van de groepering anderzijds. Die laatstgenoemde gedragingen gelden als grond voor strafverzwaring op grond van artikel 416bis lid 2 cp. Door er verder geen woorden aan te wijden, liet de wetgever de invulling van de term ‘deel uitmaakt van’ eveneens over aan de rechtspraak.³⁸ De nu geldende jurisprudentie over dit bestanddeel dateert vanaf 2005 en kwam niet zonder slag of stoot tot stand. Lastige vragen deden, en doen, zich vooral voor in gevallen waarin de verdachte met zijn gedraging(en) wel een bijdrage heeft geleverd aan een maffiaorganisatie, maar het openbaar ministerie niet kan bewijzen dat hij daadwerkelijk lid was van de organisatie. Die gevallen vormden de aanleiding voor het debat over de ‘externe deelneming aan een maffiaorganisatie’.

4. Externe deelneming aan een maffiaorganisatie

4.1 De algemene deelnemingsregeling

Het bestanddeel ‘deel uitmaakt van’ in de zin van artikel 416bis lid 1 cp kent een eigen, feitelijke betekenis die los staat van juridische noties als medeplegen of medeplichtigheid. Het leerstuk van de ‘externe deelneming’ (*concorso esterno*) betreft daarentegen juist vormen van algemene deelneming (vooral medeplichtigheid) in combinatie met artikel 416bis lid 1 cp. Het leerstuk is volledig in de rechtspraak en de doctrine tot ontwikkeling gekomen.³⁹ Het debat daarover betrof allereerst de afgrenzing tussen enerzijds de deelneming aan een maffiaorganisatie in de zin van artikel 416bis lid 1 cp (die ter onderscheiding ook wel ‘interne deelneming’, *concorso interno*, wordt genoemd), en anderzijds de ondersteuning van die organisatie door een buitenstaander (de *extraneus*) door middel van algemene deelnemingsgedragingen. Nadat het hoogste gerechtshof had bepaald dat het wetboek een basis biedt voor een strafrechtelijke aansprakelijkheid wegens externe deelneming, concentreerde het zich vervolgens op het bepalen van de ondergrens daarvan.

Voor een goed begrip van de discussie over externe deelneming is een korte beschrijving van de Italiaanse algemene deelnemingsregeling van belang, omdat deze fundamenteel verschilt van de Nederlandse. Voorop staat dat het Italiaanse strafrecht een onderscheid maakt tussen ‘noodzakelijke deelneming’ (*concorso necessario*) en ‘eventuele deelneming’ (*concorso eventuale*). Van noodzakelijke deelneming is sprake in geval van een delict dat slechts door meerdere personen kan worden gepleegd, zoals het geval is bij verenigingsdelicten. De doctrine spreekt van eventuele deelneming wanneer de bestanddelen van een zelfstandige strafbaarstelling in een concreet geval worden vervuld door meerdere

29. Het betreft hier de psychische gevolgen van de macht te intimideren; er moet sprake zijn van een causaal verband. Zie C. Grandi, ‘The contribution of Italian case law in defining the notion of “mafia”’, www.lalegislazione penale.eu (28 november 2016), p. 10.

30. Over de vraag in hoeverre de onderwerping en de *omertà* ook van toepassing moeten zijn op de verhoudingen tussen de leden onderling wordt door de doctrine overigens wel verschillend gedacht. Zie Maresca 2019, p. 25-26.

31. Turone 2015, p. 120 e.v. en Maresca 2019, p. 25.

32. Eventuele represailles uit de organisatie voor het schenden van die zwijgplicht kunnen (ook) bestaan uit bijvoorbeeld de uitsluiting van publieke aanbestedingen waarover de maffiaorganisatie controle uitoefent binnen een bepaald territorium. Dit punt kwam aan de orde in de rechtspraak over de ‘Mafia capitale’ uit Rome. Zie hierover Grandi 2016, p. 12. Voor een bewezenverklaring behoeven de represailles overigens niet daadwerkelijk te zijn uitgevoerd (Cass.sez. VI 10 juni 1989, n. 11204 (Teardo), in CEDCass, m. 181948).

33. Daarbij geldt dat het oogmerk om strafbare feiten te plegen in de praktijk doorgaans verbonden is met het wezen van een maffiaorganisatie. Zie Turone 2015, p. 199 en Grandi 2016, p. 15.

34. Zie Grandi 2016, p. 14 e.v.

35. Het begrip *dolo specifico* kan vertaald worden met het Nederlandse begrip oogmerk. Hierover: Turone 2015, p. 390.

36. Cass. 21 december 2012, n. 5143 (Nicoscia), verwijzing door Grandi 2017, p. 272.

37. Turone 2015, p. 189 e.v.

38. Relevante arresten zijn: Cass.sez. I 18 mei 1994 (Clementi), CED-198328; Cass.sez. II 17 januari 1997, (Accardo), cit. (CED-207845) en Cass.sez.un. 12 juli 2005 (Mannino), CED-23167).

39. Hierover uitvoerig: C. Visconti, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, G. Giappichelli Editore: Turijn 2003.

personen terwijl datzelfde delict ook door één persoon kan worden gepleegd. Wij zouden het laatstgenoemde algemene deelneming noemen; het betreft hier een uitbreiding van de strafrechtelijke aansprakelijkheid ten aanzien van gedragingen die zonder die deelnemingsregeling niet strafbaar zouden zijn.

De Italiaanse regeling van de eventuele deelneming is neergelegd in artikel 110 cp. Dit artikel bepaalt dat wanneer meerdere personen deelnemen aan hetzelfde delict, elk van hen onderworpen is aan de straf die op dat delict is gesteld.⁴⁰ De tekst van de bepaling laat zien dat de Italiaanse regeling op een ander model is gebaseerd dan de Nederlandse. Waar naar Nederlands recht de verschillende deelnemingsgedragingen afzonderlijk zijn gecategoriseerd (medeplegen, doen plegen, uitlokking, medeplichtigheid), is dat in het Italiaanse strafrecht niet het geval. Het Italiaanse systeem betreft daarmee een monistisch systeem (*sistema unitario*), dat wil zeggen: alle causale bijdragen aan een delict gelden als (even) gewichtige deelnemingsgedragingen en worden niet onderscheidend gekwalificeerd. Het voorgaande betekent dus ook dat het Italiaanse recht geen onderscheid maakt tussen plegers en deelnemers; iedere persoon die een bijdrage levert aan een gemeenschappelijk zelfstandig delict is dader, en voor iedere dader geldt hetzelfde strafmaximum. Een eventueel relevant verschil in de strafwaardigheid van ieders concrete bijdrage aan het delict komt uitsluitend bij de straftoemeting aan de orde.⁴¹

Vanzelfsprekend komt in een monistisch deelnemings-systeem als het Italiaanse de nadruk sterk te liggen op het causaal verband tussen de deelnemingsgedraging en het zelfstandige (grond)delict. De tekst van artikel 110 cp dwingt daar ook toe; centraal staat immers het ‘bijdragen aan’. Het nader invullen van die causaliteit liet de wetgever over aan de rechtspraak. Die ontwikkelde vervolgens een onderscheid tussen materiële (of: fysieke) deelneming, en morele (of: psychische) bijdragen aan een delict.⁴² Voor beide deelnemingsvormen geldt

als voorwaarde voor strafbaarheid dat het moet gaan om een ‘effectieve causale bijdrage’ aan het gronddelict. Dit begrip wordt zo ingevuld dat de bijdrage van de deelnemer een onmisbare schakel moet vormen in de reeks gebeurtenissen die hebben geleid tot het zelfstandige delict (*conditio sine qua non*). Bijdragen die kunnen worden weggedacht uit die reeks gebeurtenissen zijn niet strafbaar. De rechtspraak neemt inmiddels aan dat materiële bijdragen die hebben geleid tot een effectieve ‘versterking’ of ‘vergemakkelijking’ van het zelfstandige delict (*causalità c.d. agevolatrice o di rinforzo*) eveneens als causaal relevante deelnemingsgedragingen moeten worden aangemerkt.⁴³ Ook morele deelneming wordt ruim uitgelegd; de rechtspraak laat zien dat die deelnemingsvorm vrij gemakkelijk wordt aangenomen in gevallen waarin bewezen kan worden dat de uitvoerder van het gronddelict zich daadwerkelijk gesteund voelde door de psychische bijdrage van de deelnemer.⁴⁴ Het voorgaande maakt dat de algemene deelnemingsregeling een zeer groot bereik heeft.⁴⁵

Afgezien van de vereiste (objectieve) causale deelnemingsgedraging en de pluraliteit van deelnemende personen, gelden als overige vereisten voor strafbare deelneming dat er sprake moet zijn van de verwezenlijking van een zelfstandig gronddelict⁴⁶ en dat de deelnemer zowel opzet moet hebben op zijn deelnemingsgedraging, alsook opzet op het zelfstandige gronddelict.⁴⁷

4.2 De ontwikkeling van externe deelneming in de rechtspraak

Met de invoering van artikel 416bis cp werd het deel uitmaken van een maffiaorganisatie – een delict dat uitgaat van noodzakelijke deelneming – strafbaar. Niet expliciet strafbaar gesteld werd het verlenen van diensten aan leden van een maffiaorganisatie – met name in de vorm van medeplichtigheid – door buitenstaanders. Die strafwaardige gedraging deed zich in 1982 echter al frequent voor. Dat maakte dat kort na de inwerkingtreding van artikel 416bis cp de vraag opkwam of deze *facilitators* strafrechtelijk aansprakelijk konden worden gesteld op grond van de algemene deelnemingsregeling van artikel 110 cp in samenhang met artikel 416bis cp. Die vraag werd verschillend beantwoord. Aanvankelijk stelde een aantal strafrechtgeleerden en rechters dat de *codice penale* geen basis biedt voor straf-

333

40. ‘Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti.’ De daarna volgende bepalingen betreffen alleen de relevante strafverzwarende en strafverminderende omstandigheden. Die blijven hier verder buiten beschouwing.

41. Dit wordt ook vereist door art. 133 cp (dat algemene regels geeft voor de rechterlijke straftoemeting) en mogelijk gemaakt door art. 114 cp (dat een strafverminderinggrond bevat voor minder relevante deelnemingsbijdragen). Fiandaca schrijft dan ook dat het onderscheid tussen primaire en secundaire deelnemingsvormen weliswaar via de voordeur is verdwenen, maar is teruggekomen via het raam: ‘(...) la distinzione tra compartecipazione primaria e secondaria, uscita per dir così dalla “porta” (cioè dall’art. 110), è rientrata attraverso la “finestra”, (...)’ (Fiandaca & E. Musco 2019, p. 517). Men spreekt wel van een ‘gedifferentieerd systeem in de praktijk’ (A. Nisco, ‘Italy’, in: L.J.J. Peters (red.), *Acting Together in Crime. A Comparative Analysis of Joint Perpetration of and Assistance to Criminal Offences under French, German, Austrian and Italian Criminal Law in light of five Dutch Supreme Court Cases*, Den Haag: Boom Uitgevers 2018, p. 138, met verwijzing naar F. Mantovani, *Diritto penale, parte generale*, CEDAM 2017, p. 507).

42. Bij morele deelneming (*concorso morale*) gaat het om het geven van een psychologische impuls aan een grondfeit dat door een ander wordt uitgevoerd. Zie Fiandaca & Musco 2019, p. 531.

43. Voor materiële bijdragen is in de rechtspraak dit criterium gaan gelden. Dat maakt dat een overbodige ondersteunende bijdrage in beginsel ook strafbaar is. Voor morele deelneming geldt het criterium van de *conditio sine qua non*. Zie Fiandaca & Musco 2019, p. 525-526 en Nisco, ‘Italy’, 2018, p. 138 met verwijzing naar Cass.sez.IV 27 november 2013, n. 48243, en Cass.sez.II 15 februari 2017, n. 16632.

44. Nisco, ‘Italy’, 2018, p. 140-141.

45. Een deel van de doctrine stelt dat de regeling op gespannen voet staat met het legaliteitsbeginsel. Zie Fiandaca & Musco 2019, p. 517-518.

46. Dit is het accessoriteitsvereiste. Het kan gaan om een voltooid delict of een voltooid strafbare poging. Een enkel akkoord tot het plegen van een delict of een poging tot uitlokking is onvoldoende voor algemene deelneming. Zie Marinucci, Dolcini & Gatta 2019, p. 524-525 en Fiandaca & Musco 2019, p. 524.

47. Marinucci, Dolcini & Gatta 2019, p. 523 e.v. en Fiandaca & Musco 2019, p. 535 e.v.

baarheid van deze ‘externe deelneming’ via de genoemde bepalingen. Zij stelden dat op grond van artikel 110 cp eerst sprake is van strafbare deelneming indien meerdere personen een bijdrage leveren ‘aan hetzelfde delict’ (*nel medesimo reato*). In geval van artikel 416bis cp zou dit betekenen dat de externe deelnemer dezelfde bestanddelen zou moeten vervullen als de noodzakelijke deelnemer, dat wil zeggen: hij moet een causale bijdrage leveren aan de verwezenlijking van de doelstellingen van een maffiaorganisatie middels de maffiamethode, en hij moet het opzet hebben om deel uit te maken van de maffiaorganisatie, evenals het oogmerk om de doelstellingen van die organisatie door middel van de maffiamethode te realiseren.⁴⁸ De positie van de externe deelnemer overlapt daarmee volledig met die van de interne deelnemer; men kan derhalve niet strafbaar zijn aan het delict genoemd in artikel 416bis cp anders dan door lid te zijn van die organisatie.⁴⁹ Ter verdere onderbouwing van die stelling werd gewezen op de reeds bestaande wettelijke voorzieningen voor begunstiging aan een maffiaorganisatie.⁵⁰ Zou eventuele deelneming aan het delict genoemd in artikel 416bis cp strafbaar zijn, dan zouden die bijzondere strafbepalingen overbodig zijn. Daaruit zou volgens de betreffende auteurs en rechters moeten worden afgeleid dat de wetgever de strafrechtelijke aansprakelijkheid wegens externe deelneming via artikel 110 cp kennelijk niet had gewild.⁵¹

Deze opvatting, die werd ondersteund door enkele van de zeven strafkamers van het cassatiehof,⁵² werd niet door de meerderheid van de feitenrechters en andere strafkamers van het cassatiehof gevolgd. In 1994 werd de kwestie daarom voorgelegd aan het hoogste Italiaanse rechtscollege: de verenigde kamer (*sezioni unite*) van het cassatiehof. In het hierop volgende Demitry-arrest stelde dit college voorop dat een strafrechtelijke aansprakelijkheid wegens eventuele deelneming aan delicten die worden gekenmerkt door noodzakelijke deelneming in beginsel mogelijk is.⁵³ Die ruimte bestaat in gevallen waarin sprake is van zogenoemde ‘atypische

gedragingen’ (*condotte atipiche*), oftewel deelnemingsgedragingen waarmee niet alle bestanddelen van het gronddelict worden vervuld. Welnu, in geval van artikel 416bis cp betreft de ‘typische delictsgedraging’ (*condotta tipica*) het deel uitmaken van de maffiaorganisatie. ‘Deel uitmaken’ houdt in dat er sprake moet zijn van een zekere samensmelting (*compenetrazione*) van de noodzakelijke deelnemer met de organisatie, zodanig dat hij er feitelijk onderdeel van is, er een vast lid van is, en bepaalde taken uitvoert.⁵⁴ De noodzakelijke deelnemer behoort daarmee tot het duurzame organisatieverband (de *stabile permanenza del vincolo associativo*) en draagt met zijn bewuste en gewilde lidmaatschap (de zogenoemde *affectio societatis*) opzettelijk bij aan de uiteindelijke verwezenlijking van de doelstellingen van de criminele groepering.⁵⁵ De externe deelnemer, daarentegen, verricht niet deze ‘typische delictsgedraging’, omdat hij geen lid is van de organisatie en dat ook niet wil zijn; hij ondersteunt de typische delictsgedraging echter wel door het leveren van een incidentele, in tijd beperkte bijdrage aan de verwezenlijking van de doelstellingen van de organisatie. Die bijdrage moet het mogelijk maken dat de noodzakelijke deelnemers hun typische delictsgedraging kunnen voortzetten. Daarmee is er volgens het hoogste rechtscollege geen sprake van overlap tussen beide deelnemingsvormen, maar gaat het bij interne en externe deelneming om twee op zichzelf staande en verschillende strafrechtelijke noties. Het feit dat de interne deelnemer opzet heeft op het deel uitmaken van de organisatie en de buitenstaander dat opzet juist niet heeft, staat volgens de verenigde kamer vervolgens niet in de weg aan strafrechtelijke aansprakelijkheid op grond van artikel 110 jo. artikel 416bis cp, omdat de eventuele (externe) deelnemer een meer algemeen opzet (*dolo generico*) mag hebben ten aanzien van een gronddelict dat een specifiek opzetvereiste (*dolo specifico*, oogmerk) bevat, mits een van de andere deelnemers met dat vereiste oogmerk handelt.⁵⁶ Het is dus voldoende wanneer de externe deelnemer zich ervan bewust is geweest dat anderen, aan wie hij zijn bijdrage leverde, deel uitmaakten van de maffiaorganisatie, dat ook wilden en dat die interne deelnemers handelden met het oogmerk om de doelstellingen van de organisatie te realiseren.⁵⁷ Ook wanneer de externe deelnemer zelf handelt met het oogmerk om bij te dragen aan de verwezenlijking van de doelstellingen van de maffiaorganisatie maar niet het opzet heeft om zelf deel uit te maken van die organisatie, kan er sprake zijn van externe deelneming, mits zijn bijdrage effectief is geweest.⁵⁸

Het Demitry-arrest werd zeer kritisch ontvangen door de doctrine en die kritiek is tot op de dag van vandaag

48. De rechtspraak sprak voor wat betreft het subjectieve vereiste van: ‘de bewuste wil om deel te nemen aan de criminele organisatie met het oogmerk om bepaalde doelstellingen te verwezenlijken en met de voortdurende bewoening van elke deelnemer dat hij deel uitmaakt van een criminele groepering en dat hij beschikbaar is handelingen te verrichten ter verwezenlijking van de criminele doelstellingen door middel van iedere gedraging die geschikt is de organisatie te behouden of te versterken’ (Cass.sez.un. 5 oktober 1994 (Demitry), *Il Foro italiano* 1995, II, 423).

49. Fiandaca & Musco 2019, p. 560 met verwijzing naar Visconti 2003. Relevante rechtspraak waarin het bestaan van deze strafrechtelijke aansprakelijkheid via de algemene deelnemingsregeling werd ontkend betreft o.a. Cas.sez. I 14 juli 1987, n. 9082 (Cillari), Cass.sez. I 27 juni 1989, n. 8864 (Agostani) en Cass. sez. I 27 juni 1994, n. 2342 en n. 2348 (Abbate e Clementi).

50. Zie art. 418 cp en 7 en 8 van het decreto-legge van 13 mei 1991, n. 152, omgezet met de wet van 12 juli 1991, 203. Met deze bepalingen kan overigens niet dezelfde hoge straf worden opgelegd die wel mogelijk is op grond van art. 416bis cp.

51. Cass.sez.un. 5 oktober 1994 (Demitry), *Il Foro italiano* 1995, II, 432.

52. O.a. Cas.sez. I 14 juli 1987, n. 9082 (Cillari) en Cass.sez. I 27 juni 1989, n. 8864 (Agostani).

53. Cass.sez.un. 5 oktober 1994 (Demitry), *Il Foro italiano* 1995, II, 422 e.v.

54. Cass.sez.un. 5 oktober 1994 (Demitry), *Il Foro italiano* 1995, II, p. 435-436: ‘deve rispecchiare un grado di compenetrazione del soggetto con l’organismo criminale, tale da potersi sostenere che egli, appunto, faccia parte di esso, vi sia stabilmente incardinato, con determinati, continui, compiti anche per settori di competenza’.

55. Ibid.

56. Cass.sez.un. 5 oktober 1994 (Demitry), *Il Foro italiano* 1995, II, p. 437.

57. Cass.sez.un. 5 oktober 1994 (Demitry), *Il Foro italiano* 1995, II, p. 437.

58. Cass.sez.un. 5 oktober 1994 (Demitry), *Il Foro italiano* 1995, II, p. 438.

blijven bestaan.⁵⁹ Een deel van de doctrine stelt dat het cassatiehof in het arrest Demitry in feite een gedraging strafbaar heeft gesteld die op grond van de wet niet strafbaar is. Het hof stelt immers dat het leveren van een bijdrage aan het realiseren van de doelstellingen van een maffiaorganisatie door een buitenstaander strafbaar is, maar relateert die bijdrage niet aan de centrale delictsgedraging van artikel 416bis cp, i.e. het deel uitmaken van de maffiaorganisatie. De maffiaorganisatie als geheel is in dit artikel niet strafbaar gesteld. Op grond van de wet kan derhalve alleen strafbaar zijn het leveren van een bijdrage aan het deel uitmaken van de maffiaorganisatie, en niet het rechtstreeks leveren van een bijdrage aan de organisatie zelf. Volgens veel schrijvers schendt het cassatiehof hiermee het legaliteitsbeginsel. Zij roepen de wetgever op om te komen tot een bijzondere, expliciete strafbaarstelling voor externe deelneming aan een maffiaorganisatie.⁶⁰

Kritiek of niet, sinds het arrest Demitry zijn bijdragen van *facilitators* via externe deelneming aan een maffiaorganisatie in Italië strafbaar op grond van artikel 110 jo. artikel 416bis lid 1 cp. Deze buitenstaanders zijn daarmee onderworpen aan dezelfde forse strafminima en -maxima als leden van een maffiaorganisatie.⁶¹ Daarom concentreerde de rechtspraak zich vervolgens vooral op het bepalen van de ondergrens van die strafrechtelijke aansprakelijkheid, die immers verder verwijderd ligt dan de bijdrage van noodzakelijke (interne) deelnemers aan de verwezenlijking van de doelstellingen van de maffiaorganisatie. De ontwikkeling van die afgrenzing leidde opnieuw tot veel debat in de rechtspraak. Belangrijke arresten zijn het al genoemde Demitry-arrest, en de daaropvolgende arresten Carnevale (2002⁶²) en Mannino (2005⁶³). Zo betrof een van de belangrijke kwesties waarover debat ontstond de vraag wanneer sprake is van een causaal relevante bijdrage. Dat ligt bij eventuele deelneming aan een (voortgaande) maffiaorganisatie nog niet zo eenvoudig; het betreft hier immers geen gevolgsdelict en dat maakt het uitgangspunt van de *conditio sine qua non* lastig toepasbaar.⁶⁴ Inmiddels geldt sinds

het arrest Mannino als vast criterium dat de externe deelnemer een concrete, specifieke, bewuste en gewilde bijdrage moet hebben geleverd die effectief is geweest voor het behoud of de versterking van de maffiaorganisatie (of bij omvangrijke organisaties als Cosa Nostra: van een bepaald onderdeel of een bepaalde bedrijfstak of grondgebied), ongeacht of die bijdrage incidenteel is of enige tijd voortduurt. De enkele beschikbaarheid van een buitenstaander om een bijdrage te leveren aan de organisatie zonder dat het tot enige concrete actie komt, is onvoldoende.⁶⁵ Ook over de invulling van het subjectief vereiste ontstond uiteenlopende rechtspraak.⁶⁶ Sinds de arresten Carnevale en Mannino stelt de verenigde kamer dat het (meer dan voorwaardelijke) opzet van de *extraneus* gericht moet zijn op het leveren van een bijdrage aan het behoud of de versterking van de maffiaorganisatie, én dat hij het oogmerk moet hebben de doelstellingen van die organisatie te verwezenlijken.⁶⁷

4.3 Kritiek uit Straatsburg: Contrada tegen Italië

De binnenlandse controverse over externe deelneming werd in 2015 onderdeel van een arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM).⁶⁸ In de onderliggende strafzaak stond Bruno Contrada – een hooggeplaatste politiefunctaris, vervolgens werkzaam als lid van de anti-maffiacommissie⁶⁹ en daarna plaatsvervangend directeur van de civiele geheime dienst (SISDE⁷⁰) – terecht wegens externe deelneming aan de Siciliaanse Cosa Nostra. Hij werd verdacht van het doorspelen van informatie over lopende opsporingsonderzoeken en politieoperaties die zich richtten op bepaalde leden van de Cosa Nostra. Het betrof gedragingen die zouden hebben plaatsgevonden tussen 1979 en 1988. Na een veroordeling in eerste aanleg werd Contrada in hoger beroep vrijgesproken door het gerechtshof van Palermo. Dat arrest werd in cassatie vernietigd. Na terugwijzing kwam het Palermitaanse gerechtshof alsnog tot een veroordeling. Nadat het daaropvolgende cassatieberoep werd afgewezen, zocht Contrada zijn heil in Straatsburg, en met succes. Het

335

59. O.a. V. Maiello, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*. Raccolta di scritti, G. Giappichelli Editore 2019, Fiandaca & Musco 2019, p. 561 en Marinucci, Dolcini & Gatta 2019, p. 540-541.

60. Ibid.

61. De wet somt een aantal strafbepalende omstandigheden op. Daarbij geldt dat de rechter niet gehouden is de strafverminderende omstandigheden toe te passen. Gesteld wordt dan ook wel dat overwegingen van crimineel politieke aard een rol hebben gespeeld in de vormgeving van externe deelneming als vorm van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Vgl. de kritische annotatie bij het arrest Demitry van G. Insolera, 'Il concorso esterno nei delitti associativi: la ragione di Stato e gli inganni della dogmatica', *Il Foro Italiano* 1995, p. 424.

62. Cass.sez.un. 30 oktober 2002 (Carnevale), *Il Foro Italiano* p. 453-482.

63. Cass.sez.un. 12 juli 2005 (Mannino), *Il Foro Italiano*, p. 80-104.

64. In het arrest Demitry trachtte de verenigde kamer niettemin dichtbij dit criterium te blijven en oordeelde dat van relevante causaliteit slechts sprake kan zijn wanneer de criminele organisatie dankzij de (tijdelijke, beperkte) bijdrage van de buitenstaander kan 'overleven'. Het hof spreekt van een 'pathologische situatie' (*una fase patologica*), van 'fibrillazione'. Cass.sez.un. 5 oktober 1994 (Demitry), *Il Foro italiano*, p. 442 (r.o. 6, onder c). In de navolgende arresten Carnevale en Manni-

no nam de verenigde kamer evenwel weer afstand van dit (wel erg strikte en daarom in de praktijk niet goed werkbare) criterium.

65. Cass.sez.un. 30 oktober 2002 (Carnevale), *Il Foro Italiano* p. 470.

66. In het arrest Demitry overwoog het hof dat het opzet van de externe deelnemer slechts gericht hoefde te zijn op het leveren van een causale bijdrage aan het voortbestaan van de maffiaorganisatie en dat hij zich daarbij bewust moest zijn van de door de organisatie gebruikte maffiamethode en de te verwezenlijken doelstellingen.

67. Cass.sez.un. 30 oktober 2002 (Carnevale), *Il Foro Italiano*, p. 467 en Cass.sez.un. 12 juli 2005 (Mannino), *Il Foro Italiano*, p. 97. Een en ander werd ook bevestigd door het cassatiehof in de arresten tegen politicus Dell'Utri in 2012 en in 2014. In het arrest uit 2014 overweegt het hof dat: 'de externe deelnemer, ofschoon hij niet beschikt over een *affectio societatis*, zich bewust moet zijn van de methoden en doelstellingen van de organisatie (...) en zich volledig rekenschap moet geven van het effectieve causale verband tussen zijn ondersteunende gedragingen waardoor de organisatie in stand blijft of wordt versterkt'. (Cass.sez. I, 9 mei 2014, n. 28225, p. 59).

68. EHRM 14 april 2015, nr. 66655/13 (*Contrada tegen Italië*), r.o. 66.

69. *Alto commissariato per la lotta alla mafia*.

70. *Servizio per le informazioni e la Sicurezza Democratica*.

EHRM oordeelde dat er sprake was van een schending van het legaliteitsbeginsel (art. 7 EVRM) omdat de relevante ontwikkeling en precisering van de strafrechtelijke aansprakelijkheid wegens externe deelneming aan een maffiaorganisatie pas ná de hem verweten gedragingen in de rechtspraak tot ontwikkeling was gekomen. Voorafgaande aan het Demitry-arrest (1994) was er dan al wel rechtspraak, maar die rechtspraak was inconsistent, waardoor het delict in kwestie voor de verzoeker onvoldoende duidelijk en voorzienbaar was geweest. De laatstgenoemde kon daardoor niet op de hoogte zijn van de strafbaarheid van de gedragingen waarvoor hij werd vervolgd.⁷¹

Het Straatsburgse arrest werd in Italië met enige scepsis ontvangen. Volgens critici vond de inkadering van de strafrechtelijke aansprakelijkheid wegens externe deelneming dan wel plaats sinds het arrest Demitry, maar die rechtspraak was niet anders dan een voortbouwen op de wettelijke basis die reeds voortvloeit uit de artikelen 110 jo. artikel 416bis cp.⁷² In op het Contrada-arrest volgende uitspraken van het cassatiehof oordeelden diverse strafkamers van het hof overeenkomstig die kritiek en stelden dat er geen sprake is van een schending van het nationale legaliteitsbeginsel zoals dit is geformuleerd in artikel 25 van de Italiaanse grondwet.⁷³ Ook die rechtspraak was evenwel niet consistent. De rechtsvraag werd voorgelegd aan de *sezioni unite*, die dezelfde stellingname onlangs bevestigden en overwogen dat het Straatsburgse arrest in de zaak Contrada buiten die concrete zaak geen algemene toepassing vindt en dus in beginsel niet geldt voor eenieder die zich in een vergelijkbare positie bevindt als Contrada.⁷⁴

Anno 2020 is externe deelneming aan een maffiaorganisatie een delict dat het Italiaanse openbaar ministerie frequent ten laste legt. Toch is het debat daarover nog niet ten einde en worden de criteria voortvloeiend uit het Mannino-arrest verschillend uitgelegd en toegepast door feitenrechters. Voor veel magistraten die zich geconfronteerd zien met personen ten aanzien van wie wel kan worden bewezen dat zij samenwerkten met de

maffia, maar niet dat hun bijdrage effectief is geweest voor de organisatie, zijn die criteria moeilijk verteerbaar.⁷⁵ Volgens strafrechtgeleerde Venturoli zijn de inconsistenties dan ook niet zozeer te wijten aan het verschaffen van onvoldoende duidelijkheid door het cassatiehof, maar vooral het gevolg van waardenpluralisme onder feitenrechters: er zijn rechters die gevoeliger zijn voor het waarborgen van de rechten van het individu, en er zijn rechters die meer gebrand zijn op het voeren van een strijd tegen de maffia.⁷⁶ Bij gebrek aan een bijzondere wettelijke regeling vinden beide typen magistraten ruimte om hun eigen (crimineel-politieke) voorkeur te laten doorschemeren. De roep om heldere wetgeving vanuit de rechtspraak en de doctrine wordt daarom steeds luider.⁷⁷ Een expliciete wettelijke en goed begrensde strafbaarstelling zou de rechtszekerheid en de democratische legitimiteit van de strafrechtelijke aansprakelijkheid wegens externe deelneming versterken. Het belangrijkste obstakel daarvoor lijkt het al jarenlang durende conflict tussen de staatsmachten dat de Italiaanse geschiedenis van de laatste decennia kenmerkt. Hoewel er inmiddels in 2011 een *Codice Antimafia*⁷⁸ tot stand is gekomen met vergaande anti-maffia-wetgeving, durven veel politici hun vingers niet te branden aan het heikele en ingewikkelde leerstuk van de *concorso esterno*.

5. 'Externe deelneming' in Nederland; enkele overwegingen

De bevindingen over het Italiaanse recht leiden tot een aantal interessante vragen over het Nederlandse strafrecht. De eerste vraag die opkomt is of een bijzondere strafbaarstelling voor maffiaorganisaties, of een equivalent daarvan, ook voor Nederland interessant zou kunnen zijn. Die vraag is niet meteen te beantwoorden. Dat hangt immers sterk af van de ontwikkeling van de georganiseerde criminaliteit in ons land, en van het antwoord op de vraag of de specifieke kenmerken van criminele groeperingen die zich hier vestigen zich laten vangen in een wettelijke strafbaarstelling die een bepaalde werkwijze (vergelijkbaar met een maffiamethode) centraal stelt. Uitvoerig criminologisch, bestuurskundig of ander sociologisch onderzoek zou daarin meer inzicht moeten geven. Wel geldt bij het eventueel nadenken

71. Het Hof formuleert dit laatste overigens wel wat verheldert: 'Il ricorrente non poteva dunque conoscere nella fattispecie la pena in cui incorreva per la responsabilità penale derivante dagli atti da lui compiuti.' (EHRM 14 april 2015, nr. 66655/13 (*Contrada tegen Italië*), r.o. 75). Letterlijk betekent dit dat de verzoeker niet de 'straf' kon kennen die hem zou kunnen worden opgelegd uit hoofde van een strafrechtelijke aansprakelijkheid voor de feiten die hij heeft begaan. Daarmee doelt het Hof – zo lees ik het – (vooral) op de voorzienbaarheid van de strafbaarheid van die gedragingen.

72. Zie Venturoli 2017, p. 335.

73. Cass.sez. II 13 april 2016, n. 18132, besproken door G. Ragusa en te raadplegen via www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org onder de titel 'La corte di cassazione ritorna sul tema del concorso esterno in associazione mafiosa: infondata la questione di legittimità costituzionale per violazione del principio di legalità e di ragionevolezza della pena' (9 juni 2016). Ook: Cass.sez. I 11 oktober 2016, n. 44193 (Dell'Utri). In een arrest van het hof van 6 juli 2017 noemde de eerste kamer van het hof het arrest Contrada 'niet uitvoerbaar en zonder strafrechtelijke gevolgen' (*inesuigibile e improduttiva di effetti penali*).

74. Cass.sez.un. 3 maart 2020, n. 5844 (te raadplegen via giurisprudenzialepenale.com).

75. M. Venturoli, 'Beyond the Legal Definition: External Participation in Mafia-Type Organisations', in: S. Carnevale, S. Forlati & O. Giolo (red.), *Redefining Organised Crime: A Challenge for the European Union?*, Oxford: Hart Publishing 2017, p. 330 e.v.

76. Idem, p. 333.

77. O.a. V. Maiello, 'Concorso esterno in associazione mafiosa: la parola passi alla legge', in *Cass. Pen.* 2009, p. 1352. en Fiandaca & Musco 2019, p. 561.

78. *Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010*, Decreto legislativo 6 september 2011, n. 136, *G.U.* 28 september 2011.

over een dergelijke strafbaarstelling als vertrekpunt dat onze strafbaarstelling van deelneming aan een criminele organisatie (art. 140 Sr), en de *logische speciali* daarvan genoemd in de artikelen 140a Sr en 11b Opiumwet, reeds een zeer ruim bereik hebben; veel verschijningsvormen van georganiseerde criminaliteit zijn hier reeds onder te brengen.⁷⁹

Interessanter, wellicht, dan de zelfstandige strafbaarstelling genoemd in artikel 416bis cp is het leerstuk van de externe deelneming. De roerige ontwikkeling daarvan in Italië doet de vraag opkomen of, en zo ja in hoeverre, *facilitators* (en in het bijzonder faciliterende beroepsbeoefenaars) naar Nederlands recht strafrechtelijk aansprakelijk te stellen zijn wegens algemene deelneming (aan het deelnemen) aan een criminele organisatie. Bij de verkenning van dit onderwerp valt onmiddellijk op dat er – in schril contrast met Italië – bijzonder weinig wordt geschreven over dit thema. Ook bestaat daarover nagenoeg geen jurisprudentie; het openbaar ministerie vervolgt zelden wegens algemene deelneming aan artikel 140 lid 1 Sr. De wetsgeschiedenis, de (spaarzame) rechtspraak en de literatuur bevestigen niettemin eenduidig dat (ook) ons Wetboek van Strafrecht daarvoor wel een basis biedt.⁸⁰ Dit volgt uit het feit dat artikel 140 lid 1 Sr⁸¹ een zelfstandig misdrijf is en de wet geen beperkingen stelt aan de strafrechtelijke aansprakelijkheid wegens algemene deelneming aan dit misdrijf.

Voor het beantwoorden van de volgende vraag – wat is daarvan dan de reikwijdte? – moeten we eerst de reikwijdte verkennen van de ‘interne deelneming’ (daarmee bedoel ik naar analogie van de Italiaanse terminologie: het deelnemen aan een criminele organisatie als bedoeld in artikel 140 lid 1 Sr; het plegen dus). Die reikwijdte bepaalt immers hoeveel ruimte er – juridisch dan wel feitelijk – overblijft voor algemene (hierna ook: externe) deelneming aan een criminele organisatie. Uit die ver-

kenning volgt dat onder een ‘criminele organisatie’ moet worden verstaan: ‘een samenwerkingsverband met een zekere duurzaamheid en structuur, tussen de verdachte en ten minste één andere persoon, dat tot oogmerk heeft het plegen van misdrijven’.⁸² Van een duurzaam, min of meer gestructureerd samenwerkingsverband kan al sprake zijn als er gedurende een vaste periode (dus meer dan incidenteel⁸³) door minimaal twee personen volgens een vast patroon wordt samengewerkt, ongeacht wat de juridische status van dat samenwerkingsverband is. Uit de rechtspraak blijkt vervolgens dat van ‘deelnemen aan’ die organisatie alleen dan sprake is indien de verdachte ‘behoort tot het samenwerkingsverband en een aandeel heeft in, dan wel ondersteunt, gedragingen die strekken tot of rechtstreeks verband houden met de verwezenlijking van het in dat artikel bedoelde oogmerk’.⁸⁴ De activiteit van de pleger (de interne deelnemer) kan bestaan uit het (mede)plegen van de misdrijven, maar ook uit medeplichtigheidshandelingen en handelingen die op zichzelf niet strafbaar of strafwaardig zijn maar die wel verband houden met de verwezenlijking van het oogmerk van de organisatie.⁸⁵ De gedraging van de interne deelnemer kan dus betrekkelijk ver af staan van het in directe(re) zin plegen van de door de criminele organisatie beoogde misdrijven. Dit maakt dat voor algemene deelneming aan artikel 140 lid 1 Sr (externe deelneming) alleen ruimte bestaat in gevallen waarin iemand een bijdrage levert aan een crimineel samenwerkingsverband waartoe hij zelf niet behoort. Wanneer nu precies sprake is van ‘behoren tot’, is echter niet zo duidelijk. De rechtspraak lijkt aan dit criterium geen al te hoge of formele eisen te (willen) stellen; in de literatuur geeft slechts een enkeling hieraan wat meer invulling. Zo schrijft De Vries-Leemans dat sprake moet zijn van een ‘binding (...) tussen individu en collectief, een door het groepsproces ontstane verstrengeling van belangen. (...) het gedurende geruime tijd betrokken zijn bij de activiteiten van de organisatie; men moet *in* die organisatie participeren’.⁸⁶ Een incidentele bijdrage aan de activiteiten van de organisatie maakt in haar optiek nog niet dat er sprake is van een behoren tot de organisatie.⁸⁷ Hoe een en ander echter in concrete gevallen uitwerkt, volgt niet uit enige rechtspraak, omdat over mogelijke grensgeval- len geen (gepubliceerde) rechtspraak is verschenen.

Toch lijkt de vage afgrenzing tussen interne en externe deelneming niet de reden te zijn waarom het openbaar ministerie deze vorm van deelneming nagenoeg nooit ten laste legt. Uit het proefschrift van Kesteloo (2011) bleek al dat het openbaar ministerie de mogelijkheden

79. Hierover: A.N. Kesteloo, *Een onderzoek naar de strafbaarstellingen in artikel 140 Sr* (diss. Heerlen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011. De auteur schrijft dat van de huidige reikwijdte nog onvoldoende gebruik wordt gemaakt.

80. Het gaat dan om algemene deelneming aan deelneming aan een criminele organisatie; voor algemene deelneming aan een criminele organisatie (zelf) bestaat geen wettelijke basis. Hierover: A.H.J. Swart, ‘Verboden organisaties en verboden rechtspersonen’, in: Ch.J. Enschedé, N. Keijzer, J.C.M. Leijten & Th.W. van Veen, *Naar eer en geweten. Liber Amicorum J. Remmelink*, Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 617; M.J.H.J. de Vries-Leemans, *Art. 140 Wetboek van Strafrecht. Een onderzoek naar de strafbaarstelling van deelneming aan misdaadorganisaties* (diss. Tilburg), Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 57 en 178-179; Kesteloo 2011, p. 64. In de rechtspraak blijkt dit onder andere uit HR 13 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC3222, NJ 1988, 425; HR 6 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9454, NJ 1990, 49; HR 16 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1248, NJ 1991, 442. De Vries-Leemans (1995, p. 57 voetnoot 84) verwijst voor wat betreft de wetsgeschiedenis naar MvA, bijl. *Handelingen II* 1984/85, 17 7 46, nr. 5, p. 17 onderaan. Hierin verwijst de minister voor het trekken van grenzen van deelneming aan deelnemen aan een criminele organisatie in concrete gevallen nadrukkelijk naar de strafrechter.

81. Eventueel als *specialis* ook medeplichtigheid aan een criminele drugsorganisatie (art. 11b Opw) of medeplichtigheid aan een terroristische organisatie (art. 140a Sr). Ik beperk mij hier tot een bespreking van de *generalis*, omdat voor de hier genoemde bijzondere bepalingen hetzelfde van toepassing is.

82. O.a. HR 20 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:378 en HR 26 oktober 1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1974.

83. Vgl. HR 16 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1248, NJ 1991, 442 en HR 10 juli 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD863, NJ 2001, 687.

84. Vgl. HR 16 oktober 1990, nr. 86.944; HR 18 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0858, NJ 1998, 225 en HR 21 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM4415, NJ 2011/21.

85. Vgl. HR 3 juli 2012, ECLI:NL:HR:BW5132 en HR 21 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM4415.

86. De Vries-Leemans 1995, p. 179.

87. Idem, p. 180.

die artikel 140 lid 1 Sr als abstract gevaarzettingsdelict biedt, niet volledig benut omdat het zich vooral richt op het opsporen en vervolgen van daders van reeds gepleegde, meer concrete misdrijven. Ook bleek uit dit onderzoek dat het delict veelvuldig tot bewijsproblemen leidt in geval van fluïde organisatievormen of zogenoemde ‘fuzzy networks’, en dat het vaak lastig is het criminele oogmerk aan te tonen.⁸⁸ Als een vervolging van het delict genoemd in artikel 140 lid 1 Sr in veel gevallen al ingewikkeld ligt, dan zal ook het aantonen van algemene deelneming aan dat delict vaak ingewikkeld zijn. In enkele gesprekken met officieren van justitie waarin ik specifiek de vraag stelde waarom met het oog op de aanpak van ondermijning faciliterende beroepsbeoefenaars (in voorkomende gevallen) nauwelijks of niet voor medeplichtigheid aan deelneming aan een criminele organisatie worden vervolgd, kwamen nog andere redenen ter sprake. Zo vertelden zij dat officieren het soms afdoende vinden wanneer een feit als het niet voldoen aan een meldplicht door een notaris (een economisch delict), ook wanneer daarmee wellicht een criminele organisatie is gefaciliteerd, tuchtrechtelijk wordt afgehandeld. Men ziet geen meerwaarde in de strafrechtelijke vervolging van een professional die slechts incidenteel in de fout is gegaan en waarbij de tenlastelegging van deelneming aan een criminele organisatie waarschijnlijk tot ingewikkelde bewijskwesties leidt. De vervolging van advocaten wegens het ondersteunen van een criminele organisatie ligt bovendien erg ingewikkeld; vaak zijn politieke factoren, culturele factoren (binnen de juridische sector), bestuurlijk-sensitieve factoren en ook psychische factoren doorslaggevend om dat niet te doen. De individuele zaakofficier, die voor een dergelijke vervolging de toestemming van bovenaf nodig heeft, durft het vaak niet aan. Voorts lokt een vervolging wegens deelneming aan een criminele organisatie door de complexiteit ervan veelal een tijdrovende strafprocedure uit. Dat maakt dat capaciteitsoverwegingen soms doorslaggevend (moeten) zijn bij de keuze om de zaak op een andere strafbepaling toe te spitsen. Tot slot zagen de bevroegde officieren weinig toegevoegde waarde in termen van strafhoogte na een succesvolle vervolging wegens medeplichtigheid aan deelneming aan een criminele organisatie op grond van artikel 140 lid 1 Sr; op dit feit staat ‘slechts’ maximaal vier jaar gevangenisstraf.⁸⁹ Dat voegt weinig toe aan de straf die op basis van een specifiek delict (bijvoorbeeld overtreding van de WED of een ander delict) en een snellere procedure kan worden verkregen. Aan het niet vervolgen wegens externe deelneming liggen dus bewijstechnische, maar vooral ook uiteenlopende opportuniteitsredenen ten grondslag.

Toch is het vervolgen van een louche professional wegens externe deelneming aan een criminele organisatie, zeker wanneer het gaat om meer dan incidentele dienstverlening, wel een interessante gedachte. Van die kwalificatie zou in ieder geval een krachtige generaal-preventieve werking kunnen uitgaan. Dat past binnen het heersende politieke streven om allerhande vormen van ondermijnende criminaliteit strenger aan te pakken. Daar komt bij dat de meeste officieren van justitie wellicht over meer expertise beschikken om te vervolgen wegens algemene deelneming aan artikel 140 Sr (of een *logische specialis* daarvan), dan wegens een bijzonder economisch delict. Een omvangrijke discussie zoals die in Italië plaatsvindt over dit thema, valt hier ten slotte niet te verwachten. Ons gedifferentieerde deelnemingsmodel – ofschoon bekritiseerd⁹⁰ – geeft in dit kader meer houvast aan de rechtspraak dan het Italiaanse monistische systeem, en een zodanig rechterlijk activisme zoals dat in Italië wel voorkomt, kennen wij hier niet. Wil men een vervolging wegens externe deelneming in daarvoor geschikte gevallen echter aantrekkelijker maken, dan zou de opportuniteitsafweging van de individuele officier van justitie anders moeten uitvallen. Een (verdere) verhoging van de straf op het delict genoemd in artikel 140 lid 1 Sr zou daaraan kunnen bijdragen, evenals het voeren van een debat over de vraag hoe effectief men nu eigenlijk wil zijn als het gaat om het bestrijden van criminaliteit door *facilitators* en (dus ook van) organisatiecriminaliteit in diverse dienstverlenende sectoren.

6. Afronding

De bestudering van de Italiaanse en Nederlandse strafrechtelijke aansprakelijkheid wegens externe deelneming legt interessante juridische en ook (rechts)culturele verschillen bloot tussen beide landen. Waar de Italiaanse strafrechtspraktijk en -wetenschap al bijna dertig jaar een (soms verhit) debat voeren over de reikwijdte van die aansprakelijkheid – een en ander tegen de achtergrond van frequente strafvervolgingen tegen onder meer politici en beroepsbeoefenaars die verdacht worden van samenzwering met de maffia – is die discussie in Nederland non-existent. Hier verkiest men andere oplossingen boven het strafrecht of prefereert het openbaar ministerie ingewikkelde bewijsrechtelijke kwesties rondom het delict van artikel 140 lid 1 Sr te vermijden door een ander zelfstandig delict ten laste te leggen waarmee eenzelfde resultaat kan worden bereikt. Toch bestaat de strafrechtelijke aansprakelijkheid wegens ‘externe deelneming’ *de jure* ook naar Nederlands recht. Dat maakt dat bijvoorbeeld een louche notaris die incidenteel een oogje dichtknijpt en een opmerkelijke transactie niet meldt, wetende dat hij daarmee een criminele organisatie faciliteert in het realiseren van haar doelstelling(en) in beginsel ook voor dit delict

88. Kesteloo 2011, p. 203-205 en p. 271.

89. Dat ligt wellicht anders voor medeplichtigheid aan deelneming aan criminele organisaties die het plegen van ernstigere misdrijven tot oogmerk hebben; hierop staat op grond van het recent gewijzigde artikel 140 lid 3 Sr een verhoogde gevangenisstraf van maximaal 6 jaar en 8 maanden.

90. O.a. door M.M. van Toorenburg, *Medeplegen* (diss. KUB), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

vervolgd zou kunnen worden. Datzelfde geldt ook voor een advocaat die gevoelige informatie uit opsporingsdossiers in de zaak tegen zijn cliënt lekt naar een criminele organisatie terwijl zijn cliënt (die aan de top van die organisatie staat) in beperkingen zit, waardoor die organisatie haar oogmerk kan blijven verwezenlijken. Verschillende opportuniteitsafwegingen maken dat daar in Nederland niet voor geopteerd wordt. Vooral de delictaatheden van een vervolging wegens artikel 140 lid 1 Sr lijkt een belangrijke rol te spelen. Kennelijk voelt men in onze samenleving en politiek op dit moment nog niet de behoefte, of de noodzaak, om op basis van een deelnemingsconstructie repressiever op te treden tegen faciliterende beroepsbeoefenaars. Worden Italiaanse toestanden echter frequenter Hollandse zaken, dan kan het de moeite waard zijn om deze mogelijkheid eens verder te verkennen.