15. Wat Van der Steur kan leren van Fullers koning Rex

De modernisering van het Wetboek van Strafvordering raakt met de concept-Contourennota verder op stoom. De aangekondigde al met al forse wetswijzigingen roepen, bezien vanuit de eisen waaraan wetgeving in zijn algemeenheid heeft te voldoen, vragen op. Aan de hand van de acht gouden regels van Lon Fuller worden diverse in de concept-Contourennota besproken voorstellen en ideeën tegen het licht gehouden en gewogen. Verschillende voorstellen en ideeën verdienen verdere doordenking om de toets der kritiek van Fuller te kunnen doorstaan.

1 Inleiding

De redactie van dit tijdschrift verzoekt mij in het najaar van 2014 vanuit een rechtsfilosofische of -theoretische invalshoek een bijdrage te schrijven over de herziening en modernisering van het Wetboek van Strafvordering. Dit verzoek kan op verschillende manieren worden uitgewerkt. Denkbaar is te wijzen op de retoriek in de relevante beleidstukken. Ik had kunnen ingaan op de wijze waarop vanuit het Ministerie van Veiligheid en Justitie is gereedgekomen en de kritische rapport van de Algemene rekenkamer en de plannen die vervolgens in de verschillende brieven aan de Staten-Generaal zijn gepresenteerd. Die brieven moeten een forse daadkracht bij de minister en staatssecretaris tonen, alsmede een sterk optimisme dat de plannen zullen slagen en de door de Algemene rekenkamer gesignaleerde problemen wegemen. Zowel die daadkracht als het optimisme zou de trouwe burger het idee kunnen en moeten geven dat het strafrecht in goede handen is. Het doet ergens denken aan de (verdraaide) klassieker van Colijn: ‘Gaat U rustig slapen, want Vadersje staat waakt over U’![1]

Hoe interessant ook, heb ik voor mijn bijdrage een andere invalshoek gekozen. Retoriek is aan de politiek en het recht eigen en hoeft, zo leert wijlen Wijl Witteveen, helemaal niet problematisch te zijn. Het is de inhoud die bij mij fundaminlerne vragen oproept en waarover ik het dan ook in de kolommen van dit tijdschrift wil hebben. Daarbij gaat het mij niet om de details, maar om de vraag wat voor het ontwikkelen en het behoud van in dit geval een strafrechtssysteem eigenlijk nodig is. Die vragen zijn op allerlei manieren in de relevante parlementaire en andere stukken beantwoord. Bij het lezen van die stukken moet ik denken aan de allegorie van koning Rex in Lon L. Fullers The Morality of Law (verwijzingen hieraan in de hoofdtekening). Met behulp van deze allegorie beschrijft Fuller wanneer het ontwikkelen en behouden van een rechtssysteem in niet minder dan een ramp kan eindigen. Aan de hand van deze ‘eight distinct routes to disaster’ (p. 39) wil ik onderdelen van het huidige wetgevingsprogramma, waarvan de grondtrekken zijn neetgelegd in de op 3 februari 2015 op de website van de rijksover-

---


heid gepubliceerde concept-Contourennota modernisering Wetboek van Strafvordering, bespreken.\(^5\)

2 De allegorie van koning Rex

Koning Rex, zo begint Fuller zijn allegorie, bestaat met betrekking de troon. Het recht moest worden hervormd.

‘For generations the legal system had known nothing like a basic reform. Procedures of trial were cumbersome, the rules of law spoke in the archaic tongue of another age, justice was expensive, the judges were slovenly and sometimes corrupt’ (p. 33-34).

Fuller vervolgt:

‘Rex was resolved to remedy all this and to make his name in history as a great lawgiver’ (p. 34).

De allegorie roept diverse associaties op. De concept-Contourennota schetst een vergelijkbaar beeld van het Wetboek van Strafvordering. Het wetboek is de laatste jaren weliswaar geregeld gewijzigd, ‘de geschiedenis’ gaat ver terug,\(^6\) onder andere naar het Wetboek van Strafvordering dat in 1838 werd ingevoerd.\(^7\) De kosten van de rechtspraak zijn een vaak terugkerend thema, terwijl de laatste jaren ook het nodige te doen is om rechters die hun werk niet naar behoren uitvoerden.\(^8\) Het aantal wetten op het terrein van het straf- en strafprocesrecht dat sinds 2010 in het Staatsblad is verschenen, bedraagt, op basis van een vluchtige telling, meer dan veertig. Aan daadkracht lijkt dus geen gebrek te bestaan.

Tegelijkertijd gaat het bij de meeste van die wetten vooral om aanpassingen binnen het geldende wettelijk stelsel. Van fundamentele wijziging is zeker niet bij alle wetten zonder meer sprake.

Vervolgens beschrijft Fuller de acht fouten die koning Rex maakte bij het samenstellen van nieuwe wetgeving. Dat de koning gedurende deze telkens desastreuze pogingen niet daadwerkelijk is afgezet tijdens een paleisconsp of revolutie (veel onrust was er vaak wel), is nodig voor het verhaal maar eigenlijk een raadsel. Of Rex bezat veel krediet onder zijn volk en raadgevers, of je zou bijna denken dat hij met grote sommen geld zowel volk als raadgevers rustig wist te houden. Wellicht waren volk en raadgevers niet in staat een eendrachtig front te vormen tegen de koning die daar vervolgens handig gebruik van maakte. Bij het schrijven van dit artikel vroeg ik mij af of het duo Opstelten en Teeven om vergelijkbare redenen op het pluche wist te blijven zitten.\(^9\) Die vraag kan ik na hun afdelen niet meer stellen. Hun vertrek biedt wel nieuwe kansen, zoals Rex die bij zijn troonsbestijging zag. De nieuwe minister en staatssecretaris zouden een moment van reflectie kunnen inbouwen en zich, anders dan Rex en de voormalige minister en staatssecretaris, kunnen afvragen of de modernisering van het Wetboek van Strafvordering wel het juiste pad volgt. Ik hoop dat dit artikel aan die reflectie een bijdrage kan leveren.

3 ‘Eight ways to fail to make law’

Wat zijn dan die acht fouten? Het begint ermee dat koning Rex niet in staat is een wetboek samen te stellen dat bevat uit algemene regels. Daarna besluit hij op te treden als rechter in elk dispuut dat in zijn koninkrijk ontstaat. Als rechter meende Rex in staat te zijn om beslissingen te geven die nadien als algemeen geldende regels konden gelden. Het resultaat van zijn inspanningen was een nog grotere chaos. ‘After he handed down literally hundreds of decisions neither he nor his citizens could detect in those decisions any pattern whatsoever’ (p. 34). Vervolgens besloot Rex zijn wetgevingsproject opnieuw ter hand te nemen na het nemen van lessen in het opstellen van algemene regels. Hij stelde een wetboek samen en verklaarde dat van toepassing op toekomstige zaken. Omdat hij onzeker was over zijn wet, besloot hij dat het wetboek voor onbepaalde tijd staatsgeheim bleef. Dat werd niet geaccepteerd door zijn onderdanen. Hierdoor verrast voerde Rex deze beslissing niet uit. De moed niet opgevend bedacht de koning dat het beter is om zaken met terugwerkende kracht te beoordelen, omdat het eenvoudiger is om met de wijskheid achteraf te oordelen. Dit mocht evenmin in instemming zijn onderdanen rekenen, die de koning voorhielden dat zij van tevoren moeten weten wat zij wel en niet mogen doen. Opnieuw zette Rex zich aan het maken van een wetboek, dit tot grote vreugde van zijn volk. Wederom volgde een mislukking. Het nieuwe wetboek was


\(^6\) Zie concept-Contourennota, p. 2.

\(^7\) Wat dan precies de onderwerpen zijn die al sinds 1838 (ongewijzigd) in het Wetboek van Strafvordering staan, wordt als ik het goed zie nergens in de relevante (parlementaire) stukken precies vermeld.

\(^8\) Zie Kamerstukken II 8386 (Wetsvoorstel wijziging Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren en enige andere wetten t.o.m. uitbreiding mogelijkheden om ten aanzien van voor het leven benoemde rechterlijke ambtenaren disciplinaire maatregelen op te leggen en tevens andere maatregelen te treffen).

\(^9\) Veel krediet bleken beide bevindslagen (in ieder geval de Minister van Veiligheid en Justitie niet (meer) te hebben, terwijl de recente brief van de staatssecretaris over de gefinancierde rechtsbijstand ook duidelijk maakt dat de financiële middelen beperkt zijn. Zie Kamerstukken I 2014/15, 34000 VI, S.
voor gewone burgers en zelfs voor getrainde juristen vol-
strek onbegrijpelijk. De koning zette vervolgens een groep
experts aan het werk om het wetboek, waarvan de inhoud
ongewijzigd moest blijven, te verdiepen. De experts
ontdektten totale chaos; geen bepaling sloot aan op de andere.
De koning, die genoeg had van al het gezeur, besloot tot
draastische maatregelen. Het wetboek moest worden ontdaan
van tegenstrijdigheden, maar het moest ook tijd worden dat
het volk de wet begreep. Om dat ‘aan te moedigen’ werd
het aantal strafbaarstellingen vermeerderd. Op het hoesten,
niezen en (flauw)vallen voor de koning stond tien jaar gevan-
genisstraf, om zo aan het gemor onder het volk een einde te
maken. Onder het motto dat niet bevolken kan worden wat
niet mogelijk is, gingen burgers de straat op. Illings trok
de koning de strengere wet in. Een nieuwe wet werd aangekonde-
digd. Het samenstellen daarvan nam echter zoveel tijd in
beslag, dat op het moment dat de wet van kracht werd die
alweer verouderd. Een dagelijksse stroom amendementen
volgde om de wet bij de tijd te houden. Alweer klaagden de
burgers: een wet die elke dag wijzig, is geen wet, zo werd ge-
steld. Rex reageerde door de rechterlijke macht in eigen hand
te nemen. Op deze wijze kon hij direct invloed uitoefenen
op de toepassing van het nieuwe wetboek. In eerste instantie
leek alles goed te gaan:

‘His opinions began, indeed, to reveal a confident and
almost exuberant virtuosity as he deftly distinguished his
own previous decisions, exposed the principles on which he
acted, and laid down guide lines for the disposition of future
controversies. For Rex’s subjects a new day seemed about
to dawn when they could finally conform their conduct to a
coherent body of rules’ (p. 38).

Men had echter te vroeg gejuicht. Al snel werd duidelijk
dat er geen relatie bestond tussen het nog steeds geldende
wetboek en de beslissingen van de koning. Het wetboek had
net zo goed niet hoeven bestaan. Het volk had er inmiddels
schoon genoeg van. Voordat het tot actie overging, overleed
koning Rex.

De allegorie van de ongelukkige koning Rex biedt Fuller de
mogelijkheid om een achtal uitgangspunten van wetgeving
(ruiten: een rechtssysteem) te formuleren die niet aan belang
hebben ingeboet. Deze uitgangspunten zijn veleisen (de
één meer dan de ander), en kunnen niet eenvoudig door
verplichtingen worden bereikt. Fuller is hier duidelijk over.
Het maken van strafbaarstellingen voor gedrag dat volstrekt
vanzelfsprekend strafbaar moet worden gesteld, is niet de
meestrijke taak van een wetgever. ‘Such duties lend them-
selves with a minimum of difficulty to formalized definition’
(p. 42).10 Hoe anders is het met verplichtingen die betrek-
king hebben op zaken die veel minder vanzelfsprekend zijn.
‘To meet these demands human energies must be directed
toward specific kinds of achievement and not merely warned
away from harmful acts’, aldus Fuller (p. 42). Het samenstel-
len van regels op dit niveau vergt de nodige inspanning van
de wetgever. De wetgever moet zich de complexiteit van de
taak die voor hem ligt goed realiseren en mag zich er ook niet
van af maken met opmerkingen dat hij met het samenstellen
van wetten ‘good intentions’ nastreeft. Voor het samenstel-
len van wetgeving die overeenstemt met de verschillende
uitgangspunten waaraan wetgeving moet voldoen, moet de
wetgever appelleren aan ‘a sense of trustworthiness and to the
pride of the craftsman’, aldus nog steeds Fuller (p. 43). Dat
zal wetgevingsjuristen als muziek in de oren klinken. Of de
nieuwe bewindslidieden en Tweede Kamerleden zich beroemen
op hun vaardigheid als wettenmaker valt echter te bezien.

4 Uitgangspunten van wetgeving en de mo-
dernisering van het Wetboek van Strafvoorde-
ing11

4.1 Algemeenheid

Laten we dit achtal uitgangspunten nader bekijken en ver-
volgens bezien in hoeverre dat in de concept-Contourennota
terug te vinden is. Om te beginnen moet een wetboek uit
algemene regels bestaan. Aan die eis wordt voldaan. Het
hele project is erop gericht om te komen tot modernisering van
het Wetboek van Strafverordening. Ik merk overigens op dat
in de concept-Contourennota definitief lijkt te zijn gekozen
voor de term modernisering. In eerdere stukken werden ook
terms als ‘herziening’ en ‘herzieling’ gebruikt en hier en
daar zelfs gesproken van ‘het nieuwe wetboek’.12 Dat laatste
komt ook in de concept-Contourennota een nog enkele keer
terug, maar modernisering lijkt het definitieve label voor de
wetgevingsoperatie te zijn geworden.13 Van een heel nieuw

10 De ervaring leert dat het samenstellen van een algemeen deel van een
wetboek van strafrecht veel lastiger is.
11 De titels van subparagrafen zijn van Wittteveen (De wet als kunstwerk.
Een andere filosofie van het recht. Hoe de filosofen onze wetgevers de
moet nemen, Amsterdam: Boom 2014). Wittteveen onderscheidt
daanmaat nog twee uitgangspunten: autonomie of zelfregulering
en het vermijden van ‘het milde despotisme van het bureaucratische
regime’ (p. 38) of regelgeleid gedrag. Omwille van de omvang van deze
bijdrage ga ik daar niet op in.
13 We moeten ons realiseren dat dit wetgevingsprogramma begon met
een vernieuwend rapport van de Algemene rekenkamer, waarin de
Minister van Veiligheid en Justitie werd opgeroepen regie te voeren bij
het aanpakken van de gesignaleerde knelpunten in de strafrechtseten
(Kamerstukken II 2011/12, 317/3, 2, p. 28). De Rekenkamer riep niet
op het hele wetboek onder handen te nemen en verschillende
onderwerpen in de concept-Contourennota hebben maar weinig
wetboek is dus geen sprake. Een andere reden om aan te nemen dat aan Fullers eerste eis is voldaan, is dat verschillende onderwerpen die tot nu toe een wettelijke regeling ontbraken, bij wet worden geregeld. Het uitschrijven van de schorsingsvoorwaarden, het regelen van het informele sept en het coderen van de voeging ad informandum zijn enkele van reeds in de praktijk bestaande onderwerpen die een wettelijke grondslag krijgen. Overigens zou ik ten aanzien van deze onderwerpen niet telkens van modernisering willen spreken. Er lijkt ook sprake te zijn van achterstallig onderhoud.

4.2 Openbaarheid

Wetgeving moet worden gepubliceerd. Die eis vloeit voort uit het uitgangspunt dat een ieder wordt geacht de wet te kennen. Zonder openbare wetten kan de burger niet aan die eis voldoen en zijn gedrag niet in een overeenstemming brengen met wat van hem wordt verlangd. Deze eis is vooral materieel-rechtelijk relevant, maar is ook voor het strafprocesrecht niet onbelangrijk. Een vraagstuk is in het verband met het onderwerp van deze bijdrage van belang. Dat is of vereist is dat wetgeving ten aanzien van een bepaald onderwerp op één plaats moet worden geregeld. Dit hangt samen met de opmerking van Fuller dat sommige wetten ‘ought not to be enacted unless their content can be effectively conveyed to those subject to them’ (p. 51). Wat scherp vertaald naar ons onderwerp: Hoe ingrijpend een strafvorderlijke bevoegdheid, hoe eenvoudiger die moet worden geregeld in zo veel mogelijk dezelfde regeling. Vereenvoudiging van ingrijpende bevoegdheden is een van de belangrijkste onderdelen van de moderniseringsoperatie. Zo is onder andere het doel de (bijzondere) opsporingsbevoegdheden eenvoudiger te omschrijven. Dat lijkt mij op zichzelf een nastrevenwaardig doel.

De vraag is of het wenselijk is een gelaagde structuur aan te brengen, in de zin dat naast een wettelijke bepaling algemene maatregelen van bestuur worden ingevoerd die de verdere uitwerking van een bevoegdheid bevatten. Hoewel deze regelgeving wordt gepubliceerd en zelfs aan het parlement kan worden voorgelegd en daardoor onderwerp van debat kan worden (vergelijk Fuller, p. 51), is de vraag waarom dan niet wordt gekozen voor een regeling in het Wetboek. De in de concept-Contourennota genoemde argumenten – sneller rekening kunnen houden met nieuwe ontwikkelingen die niet controversieel zijn (bijvoorbeeld op technisch of wetenschappelijk terrein) – en verbetering van de overzichtelijkheid en de toegankelijkheid van de wettelijke regeling – overtuigen mij niet onmiddellijk. Welke wettelijke regeling overzichtelijk en toegankelijk wordt, is bijvoorbeeld niet duidelijk. Het Wetboek wordt er misschien wel overzichtelijker en toegankelijker op, maar dan hoeft niet te gelden voor concrete regelingen die mede per AMvB zijn geregeld. Ook het materiële criterium (oncontroversiële onderwerpen) is niet meteen duidelijk. Waar hebben we het dan over? En wie bepaalt wat controversieel is? Alleen de minister, of in samenspraak met relevante organen? Zo ja, welke zijn dat dan? Komt er een wetenschappelijke commissie die adviseert wat wel en niet buiten het Wetboek kan worden geregeld? De concept-Contourennota zwigt hierover, wat de indruk wekt dat de minister de beslissing wat buiten het Wetboek wordt geregeld in eigen hand wil houden. Of erger wellicht, dat over deze thematiek nog niet heel erg gestructureerd is nage- dacht. Het is in ieder geval tijd dat precies wordt uitgelegd waarom deze wijze van regelgeving wenselijk is.

4.3 Vooruitzichten

De derde eis is het verbod van retroactieve werking van wet-

vernieuwing, DD 2013/17.
18 De cynici onder ons zouden kunnen stellen dat daarmee wordt voorkomen dat een wetsvoorstel snel eindelijk dat de Kamer dikwaarts stroomt. Op zichzelf is dat geen gekke gedachte, gelet op recent genoemde wetsvoorstellen die vervolgens per AMvB toch werden ingevoerd (of zouden worden ingevoerd), maar ik wil zo ver niet gaan.
19 Concept-Contourennota, p. 9.
Het spreekt voor zich om aan de voorgestelde wetgeving niet met terugwerkende kracht te worden ingevoerd. Maar wat nu wanneer we te maken hebben met wetgeving die bedoeld is ‘to cure irregularities of form’ (p. 54)? De laatste jaren zijn we steeds meer bekend geraakt met reparatiewetgeving. Dat is wetgeving waarin onduidelijkheden of zelfs fouten in eerder ingevoerde wetten worden hersteld. Soms gaat het om meer dan dat. Gelet op de snelheid waarmee wetgeving tegenwoordig tot stand wordt gebracht, komt het maar makkelijk voor dat fouten bijna onvermijdelijk zijn. Het is beter die fouten bij een wet in de weinigst te laten staan. Waar het echter om gaat is dat denkbaar is dat voorstellen worden gepresenteerd als herstel van onregelmatigheden, terwijl de wijziging zelf veel meer inhoudt. Fuller stelt weliswaar dat ‘perfection an elusive goal’ is, maar hij stelt ook dat ‘it is not hard to recognize blatant indelicacies’ in herstelwetgeving (p. 62). Hoewel de ‘indecencies’ in de tekst van Fuller betrekking hebben op wetgeving die (met een omweg) met terugwerkende kracht wordt ingevoerd, lijkt het mij dat wetgeving die als reparatie wordt voorgesteld en weinig meer is dan dat ook als ‘indelicacy’ mag worden beschouwd. Ik beweer niet dat de concept-Contourennota grote ‘onfaas-soenlijkheden’ bevat op de wijze zoals zojuist omgeschreven. Uit de concept-Contourennota blijkt dat het bestef bestaat dat de komende wetgevingsoperatie van grote omvang is en veel van betrokkennen vraagt. Wat dan volgt is een recept voor het kunnen insluipen van opgenschijnlijk kleine, maar bij nader inzien majeure wijzigingen:

‘Zodra de wetvoorstellen bij de Tweede Kamer zijn ingediend, zal de aanpassing van de bijbehorende maatregelen van bestuur ter hand worden genomen. De aanpassing van de overige wet- en regelgeving wordt zoveel mogelijk in eerderven de wetsvoorstellen meegenomen’.

Voor zover strafvordering per algemene maatregel van bestuur wenselijk is, zou ik denken dat de verschillende in te voeren algemene maatregelen van bestuur zo veel mogelijk gelijkzijdig met het wetsvoorstel waarmee ze verband houden worden ingediend, teneinde een afgewogen oordeel over de precieze inhoud van de in te voeren bevoegdheden mogelijk te maken. Het risico van versluierde wijzigingen van niet geringe aard onder het mom van ‘aanpassing’ moet worden voorkomen. Ook moet worden gewaakt voor de (zogenaamde) niet te wijzigen onderdelen van het Wetboek van Strafverordening.

4.4 Begrijpelijkheid

De vierde eis is dat wetgeving duidelijk moet zijn. Fuller ziet dit als een misschien wat onderschatte maar niettemin belangrijke taak van de wetgever. Duidelijke wetgeving betekent niet wetgeving die op lasten is van vage termen, want een ‘specious clarity can be more damaging than an honest openeded vagueness’ (p. 64). Tegelijkertijd waarschuwt Fuller ervoor dat de wetgever die niet in staat is zijn doel in duidelijke regels neer te leggen, die taak al te eenvoudig delegeert aan de rechter. Algemene standaarden, zoals ‘eerlijkheid’, kunnen de rechtspraktijk niet altijd verder helpen bij het in elke zaak komen tot een rechtvaardige beslissing, aldus Fuller. Dat roept de vraag op in hoeverre het ‘codificeren’ van de beginselen van proportionaaliteit en subsidiariteit een meerwaarde heeft. Onduidelijk is wat hier met codificatie wordt bedoeld. Het enkel noemen van beide beginselen heeft, als we Fuller blijven volgen, niet direct een meerwaarde. Het is aangewezen beide beginselen in de wet te omschrijven. Of dat ook de bedoeling is, kan ik niet uit de tekst van de concept-Contourennota afleiden, nu daarin slechts wordt gesproken van het codificeren van die beginselen. Achter het vraagpunt hoe wenselijk het is gebruik te maken van vage noties in de wet, gaat de verhouding tussen wetgever en rechter schuil (p. 65). Over die verhouding wordt in de concept-Contourennota niet veel gezegd, maar duidelijk is wel dat de bedoeling is een aantal onderwerpen dat in de jurisprudentie tot ontwikkeling is gekomen in de wet op te nemen. Het betreft onder andere codificatie van jurispruden-

---


23 Bijv. Wet van 28 februari 2013, Stb. 2013, 84 (o.a. invoering van art. 429 aanhief en onder 6° Sr en verhoging van het hoogste tijdelijke maximum van gevangenisstraf naar achtentwintig jaar), Wet van 12 juni 2009, Stb. 2009, 245 (o.a. invoering van art. 134a Sr en wijziging van regel voor ontzetting uit beroep (art. 137h Sr)).


25 Concept-Contourennota, p. 19.

26 Zie concept-Contourennota, p. 27, 46.
4.5 Samenhang
Het voorkomen van ‘inadvertent contradictions in the law’ is de vijfde eis van wetgeving (p. 65). Om te stellen dat wetten elkaar tegenspreken moet niet alleen naar de tekst van de bepalingen zelf worden gekeken, ‘for it includes the whole institutional settings of the problem – legal, moral, political, economic and sociological’ (p. 70). Juist hierom kan reeds iets gezegd worden over het risico van contradictions in het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering. Misschien het grootste vraagpunt is de positie van het Openbaar Ministerie. Crijns, Olger en Schoep menen dat het heeft ontbroken aan een ‘fundamentele herbezinning’ op de taak en rol van de officier van justitie, vooral waar het gaat om ‘zijn verhouding tot andere procesactoren’. Dat roept de vraag op of ‘nieuwe rolverdelingen niet uitpakken zoals zij werden beoogd of, nog erger, zelfs ertegen zullen uitwerken’. De auteurs geven hiervan enkele voorbeelden, die soms als een verzwakking en soms als een versterking van de positie van de officier van justitie kunnen uitpakken. Al die voorbeelden blijken weinig duidelijkheid op te leveren als gevolg van ‘de gefragmenteerde wijze waarop al deze wetswijzigingen tot stand zijn gekomen (en zullen worden uitgevoerd)’. Het komt er bij verschillende wijzigingen en voorstellen op neer dat een waardering daarvan wordt bepaald door de wijze ‘hoe men de wijzigingen en de wetsge schiedenis wil lezen’. Tien aanzien van de Wet versterking positie rechter-commissaris wordt het zo gesteld: aan de ene kant lijkt het erop dat ‘de tirannie van het narratief in het vooronderzoek (…) de officier van justitie [wordt] ontnomen’. Aan de andere kant kan worden gesteld ‘dat de wijzigingen zeer subtiel zijn, eigenlijk een bevordering van de praktijk, met een beetje impuls voor een iets meer actieve rechter-commissaris (maar dan alleen als de officier van justitie dat dienstig acht)’. Het is de vraag of in de concept-Contourennota deze tegenstrijdigheid wordt weggenomen. De regiefunctie van de rechter-commissaris wordt verder versterkt, maar het Openbaar Ministerie (dat wil neem ik aan zeggen, de officier van justitie) ‘blijkt leider van het opsporingsonderzoek’. Juist omdat veel van de inspannin-

---

**Footnotes:**

32 Zie bijv. EHRM 14 september 2010, 38224/03 (Sanoma It. Nederland).
35 Concept-Contourennota, p. 33, 39. De tegenstrijdigheid wordt volgens mij nog versterkt, doordat de minister ‘voorafgaan geen wijzigingen beoogt in de verhouding van de officier van justitie tot de rechter, daaronder begrepen de rechter-commissaris’ (p. 32). Hoe dit zich verhoudt tot de versterking van de positie van de rechter-commissaris, is niet duidelijk. Mij lijkt dat de uitspraken van sommige bevoegdheden
4.6 Redelijke verwachtingen
Wetten mogen van justitiabele niet het onmogelijke vragen. Dat is de zede die Fuller formuleert. Die eis is vooral materierechtelijk van aard, want betreft de vraag wel wel gedrag wel en niet strafbaar mag worden gesteld en wanneer iemand strafbaar is, waarbij het strafrecht niet te afstandelijk (‘aloof’) en niet te betrekken (‘intimate’) mag zijn, maar tot een middenweg is veroordeeld (p. 71-72). Het vestigen van strafrechtelijke aansprakelijkheid is niet altijd een eenvoudige aangelegenheid, in het bijzonder wanneer het gaat om het aan- tonen van opzet of schuld. Maar dat betekent niet dat het vestigen van strafrechtelijke aansprakelijkheid zonder dat opzet of schuld hoeft te worden aangetoond dan even vanzelfsprekend is. Fuller noemt het strafrechtelijk handhaven van dergelijke straftoestanden ‘jawbone enforcement’ en ‘enforcement by blackmail’ (p. 78). Hij heeft hier grote moeite mee:

‘The continued use of this device should be a source of concern to everyone who likes to think of fidelity to law as respect for duly enacted rules, rather than as a readiness to settle quietly any claim that may be made by the agencies of law enforcement’ (p. 78).

De woorden van Fuller hebben aan kracht misschien wat ingeboet, nu ‘strict liability’ niet meer zo problematisch wordt bevonden. Het gaat echter niet alleen om dergelijke straftoestanden als zodanig, maar ook om de wijze waarop aansprakelijkheid in een concreet geval wordt gevestigd. De combinatie van een ‘afstandelijk’ strafrecht en straftoestanden waarvoor het bewijs vrij eenvoudig valt te leveren, brengt – zeker wanneer het bewijs wordt geleverd in een procedure die ‘zo snel mogelijk’ moet kunnen worden uitgevoerd – risante situaties mee. De procureur-generaal bij de Hoge Raad heeft onlangs in een indringend rapport op de risico’s van de ZSM-procedure gewezen.9 De concept-Contourennota gaat echter verder met het verspreiden van de ‘zo snel mogelijk’-boodschap in de strafrechtspelging, inclusief, zo lijkt het althans, hoger beroep.39 Deze ontwikkeling verdient een grondiger analyse; er staat namelijk meer op het spel dan alleen efficiency.30

4.7 Duurzaamheid
De zevende eis van Fuller luidt dat wetgeving niet te frequent moet worden gewijzigd. Te frequente wijziging van wetge- ving kan leiden tot ‘legislative inconsistency’ (p. 80). Dat brengt me terug bij de eerder genoemde Wet versterking pos- itie rechter-commissaris. Deze wet is ruim twee jaar geleden in werking getreden. Een evaluatie heeft als ik het goed zie nog niet plaatsgevonden. De praktijk leert er met vallen en opstaan mee werken. Terwijl de rechtspraktijk wegen zoekt de nieuwe wet een plaats te geven, worden de regels met betrekking tot de rechter-commissaris opnieuw gewijzigd. Zijn positie als geschilbeslechter en regierechter wordt versterkt. Daarmee wordt beoogd de vragen die in de rechtspraktijk zijn geraakt naar tevredenheid te beantwoorden. Maar het beantwoorden van vragen is niet zonder meer hetzelfde als het versterken van de positie van de rechter-commissaris. Is dat nu al nodig? Wetgeving is weliswaar een proces waarbij wordt geleerd van de invoering en uitwerking van bestaande wetgeving, maar de snelheid waarop wetten elkaar opvolgen vraagt inmiddels om een pas op de plaats, teneinde te bezien wat er precies aan de hand is en welke oplossingen daarvoor moeten worden geformuleerd (laat staan politiek haalbaar zijn). Overigens geldt dat niet alleen voor de rechter-com- missaris. Ten aanzien van het slachtoffer kan volgens mij hetzelfde worden gezegd.41

4.8 Hanteerbaarheid
De laatste eis die Fuller formuleert is dat er congruentie moet bestaan tussen de wet en de toepassing van de wet (‘official action’, zoals Fuller het noemt) (p. 81). Dit is de moeilijkst eis, mede omdat congruentie door diverse oorzaken onder...

39 Zie concept-Contourennota, p. 75-76.
druk kan komen te staan:

‘mistaken interpretation, inaccessibility of the law, lack of insight into what is required to maintain the integrity of the legal system, bribery, prejudice, indifference, stupidity, and the drive toward personal power’ (p. 81).\(^\text{42}\)

Fuller richt zich vervolgens vooral op problemen van rechterlijke interpretatie. Volgens Fuller onhult rechterlijke interpretatie van wetgeving ‘the cooperative nature of the task of maintaining legality’. De ‘interpreting agent’, veelal de rechter (maar bijvoorbeeld ook de officier van justitie die moet besluiten een feit al dan niet te vervolgen), moet niet te maken krijgen met wetgeving die interpretatie ‘senseless’ maakt. Interpretatie moet bijvoorbeeld praktisch mogelijk zijn. Daarvoor zijn volgens Fuller wetten nodig die niet op zodanige wijze zijn vormgegeven dat er feitelijk geen touw aan is vast te knopen. Van de zijde van de wetgever (de ‘legislatieve draftsman’) mag verwacht worden dat deze in staat is ‘to anticipate rational and relatively stable modes of interpretation’ (p. 91). Anders gezegd, van de zijde van de wetgever moeten regels zo worden geformuleerd dat interpretatie daarvan ook werkelijk mogelijk is, zonder te vervallen in onnavolgbare interpretatieve trucs teneinde de door de wetgever gecreëerde problemen op te lossen, en zonder de grenzen van de eigen macht te buiten te gaan.\(^\text{43}\)

Een voorbeeld van een voorstel dat de rechtspraak wellicht moeilijkheden gaat bezorgen betreft de wijziging van het stelsel van verdenkingskriteria. Ik denk dat weinig het onEuropees zijn met de stelling dat de huidige regeling te fijnmazig en (daardoor) onoverzichtelijk is.\(^\text{44}\) Het voorstel behelst te komen tot een beperkte set (nietelijk vier) verdenkingskriteria: verdenking van een straftbaar feit, verdenking van een misdrijf waarop gevangenisstraf van één jaar of meer, vier jaar of meer en acht jaar of meer is gesteld. \(^\text{45}\) Op zichzelf lijkt dat een aantrekkelijke vereenvoudiging. Als dan het voorstel voor de inverzekeringstelling en voorlopige hechtenis wordt uitgewerkt, ontstaat echter verwarring. Ten aanzien van de inverzekeringstelling stelt de minister dat het eenjaarscriteriaum wellicht niet ‘evenwichtig’ is.

‘Om deze reden onderzoek ik op welke wijze dit evenwicht bij de vereenvoudiging ook bij de inverzekeringstelling kan worden gewaarborgd. Een optie zou zijn om, als uitzondering op de hierboven voorgestelde vereenvoudigde systematiek, een tweejaarscriterium te hanteren. Een andere optie zou zijn om het eenjaarscriterium wel te hanteren, maar beoordeling of toepassing van de inverzekeringstelling bij misdrijven waarop minder dan twee jaar gevangenisstraf is gesteld, noodzakelijk en proportioneel is, aan de officier van justitie voor te behouden.’\(^\text{46}\)

Het gaat mij er nu niet om of het eenjaarscriterium inderdaad niet evenwichtig zou zijn in vergelijking tot de bevoegdheid, maar om het idee dat in de concept-Contourennota wordt gelaard. Die behelst ‘als uitzondering’ een afwijking ten opzichte van het zorgvuldig beargumenteerde nieuwe stelsel. Daarmee wordt het stelsel zelf op de helling gezet. Tevens is denkbaar dat die uitzondering ook in andere gevallen ‘evenwichtiger’ is. Waarom dan niet in zijn algemeenheid een tweejaarscriterium invoeren in plaats van of naast een eenjaarscriterium? Gebrek aan stelselmatig denken blijkt overigens ook uit het wetsvoorstel voor de implementatie van Richtlijn 2013/48/EU van het Europees Parlement. In dat wetsvoorstel wordt namelijk een twaalfjaarscriterium gehanteerd (zie voorgesteld art. 28b Sv). Een ander vraagpunt dat de minister kennelijk bij wat wil regelen betreft het volgende:

‘Gebleken is dat in een klein maar betekenisvol percentage van zaken gevangenhouding wordt toegepast bij lichtere misdrijven zoals vernieling, mishandeling en bedreiging. Niet uitgesloten is dat hierachter “huiselijk geweld”’

---

\(^{42}\) Het citaat maakt duidelijk dat incongruentie op allerlei manieren kan ontstaan. Wat Fuller niet noemt, is dat de wetgever (lees: de politiek) te veel wil. Wetten met telkens nieuwe prioriteiten, nieuwe programma’s, nieuwe producten die moeten worden geleverd, alsof de werkelijkheid volledig kan worden beheerst. Die beheersbaarheidsmentaliteit (Witteveen 2014, p. 394-408) raakt niet alleen burgers, maar ook professionals die in een web van verwachtingen lijken gevangen geraakt. De verwachtingen zijn niet alleen (te) hoog, ze veranderen ook telkens (zoals ook blijkt uit het rapport van de Algemene rekenkamer), waardoor nooit aan verwachtingen kan worden voldaan. Er wordt geregeld gewerkt aan verwachtingen die dan alweer achterhaald lijken. Een oplossing voor dit probleem is niet eenvoudig. Er wordt wel gezegd dat professionals hun werk moeten doen zonder al te veel inmenging van buitenaf. Maar vanuit een beheersbaarheidsmentaliteit komt dat neer op het aanvaarden van risico’s dat zaken anders lopen dan ze waren bedoeld. Een politicus die risico’s aanvaardt, tekent zijn eigen doodvonnis, of denkt althans zijn eigen graf te graven. Van professionals zelf kan worden afgewaardeerd of zij nog zowel in staat zijn iets te doen buiten het kader van prioriteiten, programma’s en producten. Zijn sommige professionals niet zo bureaucratisch geworden dat zij zonder bureaucratie niet (meer) kunnen werken?\(^{43}\)


\(^{45}\) Zie concept-Contourennota, p. 42.

\(^{46}\) Concept-Contourennota p. 45.
schuilgaat, waarbij de verdachte gevangen wordt gehouden op de grond van het ernstige vermoeden dat hij anders opnieuw dergelijke feiten zal begaan (recidivegrond) en vrijheidsbeperkende maatregelen zoals een contactverbod geen onzichtbaar zouden bieden. Het spreekt voor zich dat voldoende mogelijkheden moeten blijven bestaan om de voorlopige hechtenis van deze verdachten voort te zetten.'

Voorgesteld wordt om met betrekking tot de recidivegrond een ‘nauw omschreven uitzondering’ te maken voor deze typen misdrijven ‘in gevallen waarin er ernstig rekening mee moet worden gehouden dat vrijheidsbeperkende maatregelen de verdachte er niet van zullen afhouden opnieuw dergelijke misdrijven te begaan’. Gevallen en gronden voor voorlopige hechtenis worden hier bij elkaar genomen en gesteld wordt dat bij bepaalde gronden (art. 67a Sv) de in de wet omschreven gevallen (art. 67 Sv) niet van toepassing zijn. Erg duidelijk vind ik dit alvast niet en de kans is niet gering dat de rechtspraktijk hier flink mee zal gaan worstelen.

5 Slotopmerking

‘It is easy to see that laws should be clearly expressed in general rules that are prospective in effect and made expressed in general rules that are prospective in effect and made known to the citizen. But to know how, under what circumstances, and in what balance these things should be achieved is no less an undertaking than being a lawgiver’ (p. 94).

Met deze woorden sluit Fuller zijn hoofdstuk dat begon met koning Rex af. De modernisering van het Webboek van Strafvordering vraagt niet alleen om het erkennen van de algemene regels waaraan wetgeving moet voldoen. Het erkennen daarvan is niet zo heel erg moeilijk, en zal in algemene zin wel door hen die bij het proces van wetgeving zijn betrokken (ik hoop in ieder geval: de minister) worden omarmd. Veel moeilijker is het daadwerkelijk toepassen van die uitgangspunten in gevallen waarin reeds gedane voorstellen niet in steen gebeiteld zijn, maar onderwerp kunnen zijn van debat. Uit het voorgaande blijkt dat bij verschillende onderdelen in de concept-Contourennota vragen kunnen worden gesteld. Het zou goed zijn en vragen werkelijk te adresseren voordat de definitieve Contourennota het licht ziet. Serieux te nemen inbreng van (strafrechts)wetenschappers, in de concept-Contourennota op diverse plaatsen aangekondigd en tot uitdrukking gebracht, is daarbij van groot belang.'

47 Concept-Contourennota, p. 45.

48 Concept-Contourennota, o.a. op p. 16, 26, 29, 66, 76, 80, 90.