Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Platform Modernisering Strafvordering

Wettelijk overgangsrecht en rechterlijke anticipatie ter zake van het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering

Mr. M.J. Borgers en Prof. mr. T. Kooijmans

1 Inleiding

Het slotstuk van een wetgevingsoperatie is vaak – letterlijk en figuurlijk – de vraag naar overgangsrechtelijke consequenties van de nieuwe wetgeving. Tot dusver lijkt dit thema nog geen grote rol te hebben gespeeld bij de totstandkoming van de voorstellen voor een gemoderniseerd Wetboek van Strafvordering. In de Contourennota treft men althans geen samenhangende beschouwing omtrent strafvorderlijk overgangsrecht in het licht van de modernisering aan en in de conceptwetsvoorstellen wordt ook hoegenaamd geen aandacht aan deze thematiek geschonken.[1] Telkens wordt in artikel III van de conceptwetsvoorstellen voor de Boeken 1 tot en met 6 vermeld dat de inwerkingtreding van de betreffende wet 'bij wet' wordt geregeld. Daaruit kan worden afgeleid dat strafvorderlijk overgangsrecht bij de modernisering van het wetboek onderwerp zal zijn van de invoeringswetgeving. Voor die benadering valt uiteraard het nodige te zeggen. Eerst wanneer de tekst van de nieuwe wettelijke bepalingen definitief vaststaat, kunnen de noodzaak en de inrichting van het overgangsrecht worden bepaald. Tegelijk dient ervoor te worden gewaakt dat het overgangsrecht naast slotstuk niet ook sluitpost wordt van deze wetgevingsoperatie. Omdat zich voor de wetgever bij het vormgeven van strafvorderlijk overgangsrecht ten aanzien van verschillende procesfasen uiteenlopende keuzes aandienen die medebepalend kunnen zijn voor de inrichting van het strafprocesrecht in andere procesfasen, kan het nuttig zijn om reeds in een vroeg stadium de gedachten over het (mogelijk) overgangsrecht te laten gaan. De overgang van het oude naar het nieuwe strafprocesrecht kan, naast het wettelijke overgangsrecht, ook nog op een andere manier naar voren treden. Het gemoderniseerde wetboek werpt zijn schaduw vooruit doordat in discussies over het geldende strafprocesrecht nogal eens wordt betrokken of onder het nieuwe wetboek bepaalde lijnen worden bestendigd of juist bijgesteld. De conceptwetsvoorstellen vormen daarbij in zekere zin thans reeds een oriëntatiepunt bij de toepassing van het recht. De overgang naar het gemoderniseerde wetboek wordt, zo bezien, reeds

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

vroeg ingezet. Dit verschijnsel is niet nieuw, maar deed zich bijvoorbeeld ook voor in de aanloop naar het toen nieuwe, en thans het huidige Burgerlijk Wetboek. Belangrijk vraagpunt in dat verband was in hoeverre de rechter bij de toepassing van het geldende recht reeds mag anticiperen op het toekomstige recht.[2] Die vraag naar de mogelijkheden en grenzen van rechterlijke anticipatie zal, naarmate het wetgevingstraject vordert, vermoedelijk met enige regelmaat opkomen in de context van het strafprocesrecht.
In deze bijdrage staan wij stil bij de vraag hoe de algemeen aanvaarde uitgangspunten van strafvorderlijk overgangsrecht toepassing kunnen vinden op het gemoderniseerde wetboek. Daartoe geven wij allereerst een schets van die uitgangspunten (in paragraaf 2). Vervolgens werken we die uitgangspunten uit voor een aantal specifieke onderwerpen in de moderniseringsoperatie (paragraaf 3). Daarna verkennen wij in hoeverre de rechter onder het huidige wetboek – anticiperend – toepassing kan geven aan regels of beginselen die ten grondslag liggen aan het gemoderniseerde wetboek (paragraaf 4). Wij sluiten deze bijdrage af met enkele conclusies (paragraaf 5).

2 Uitgangspunten van strafvorderlijk overgangsrecht

2.1 Een eerste blik

Wetswijzigingen op het terrein van het strafprocesrecht voltrekken zich feitelijk telkens op een moment dat vele strafprocedures reeds in gang zijn gezet. Daarbij rijst de vraag welke wetgeving ten aanzien van bepaalde proceshandelingen in de betreffende strafprocedure van toepassing is: de oude of de nieuwe?[3] Uitgangspunt voor de beantwoording van deze vraag is artikel 4 Wet algemene bepalingen: ‘De wet verbindt alleen voor het toekomende en heeft geene terugwerkende kracht’. In 1997 heeft de Hoge Raad dat uitgangspunt uitdrukkelijk onderschreven.[4] Het houdt voor het strafprocesrecht in dat proceshandelingen worden beheerst door het recht dat geldt ten tijde van die handelingen. Dit is alleen anders indien de wetgever uitdrukkelijk bepaalt dat de nieuwe wet ook betekenis heeft voor proceshandelingen die zich in het verleden hebben afgespeeld. Uit al wat ouder onderzoek van Stolwijk kan worden afgeleid dat een dergelijke bijzondere wettelijke overgangsrechtelijke voorziening eerder uitzondering dan regel was.[5] In de zaak die leidde tot de uitspraak uit 1997 was de inleidende dagvaarding uitgebracht voorafgaand aan de inwerkingtreding op 2 november 1996 van de Wet vormverzuimen.[6] Onder het voordien geldende recht luidde artikel 261 lid 1 Sv: ‘De dagvaarding behelst eene opgave van het feit dat te laste wordt gelegd, met vermelding omstreeks welken tijd en waar ter plaatse het begaan zou zijn; alles op straffe van nietigheid’. Door de Wet vormverzuimen kwam het artikellid als volgt te luiden: ‘De dagvaarding behelst een opgave van het feit dat ten laste wordt gelegd,

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

met vermelding omstreeks welke tijd en waar ter plaatse het begaan zou zijn; verder vermeldt zij de wettelijke voorschriften waarbij het feit is strafbaar gesteld.' De frase 'verder vermeldt zij de wettelijke voorschriften waarbij het feit is strafbaar gesteld' ontbrak onder de oude wetgeving en bijgevolg kwam in de onder die oude wetgeving geredigeerde dagvaarding geen vermelding voor van de betreffende strafbepalingen waarop de tenlastelegging was toegespitst. De Hoge Raad overwoog dat, bij gebreke van een bijzondere overgangsbepaling, op dagvaardingen die vóór de inwerkingtreding van de Wet vormverzuimen zijn uitgebracht artikel 261 (oud) Sv van toepassing was, terwijl op nog uit te brengen dagvaardingen de nieuwe bepaling toepassing zou vinden:

> 'de rechter die na de inwerkingtreding van een wijziging van strafvorderlijke wettelijke bepalingen voordien verrichte proceshandelingen mede in zijn oordeelsvorming betrekt, [hoeft] die proceshandelingen niet te toetsen aan de nieuwe bepaling, behoudens voorzover die nieuwe bepalingen mede een instructie aan de rechter inhouden die meebrengt dat de rechter slechts op die proceshandelingen acht kan slaan voorzover zij aan de nieuwe bepalingen voldoen'.

Dit in algemene bewoordingen geformuleerde oordeel maakt geen onderscheid voor de situatie waarin de nieuwe procesrechtelijke wetgeving 'gunstiger' voor de verdachte kan worden geacht.[7] Dat die voor het materiële strafrecht wel relevante notie in de context van het strafprocesrecht niet naar voren treedt, ligt voor de hand. Het gaat niet om de strafrechtelijke aansprakelijkheid ter zake van bepaalde gedragingen en daarmee specifiek om de belangen van de verdachte. In het strafprocesrecht zijn telkens ook de belangen van anderen dan de verdachte aan de orde, zonder dat een dwingende rangorde tussen die belangen bestaat.[8]
Voor zover sprake is van wettelijk overgangsrecht op strafprocesrechtelijk terrein houdt dat veelal in dat de nieuwe wet niet aanstonds geldt voor alle proceshandelingen die dateren van na de inwerkingtreding van de nieuwe wet.[9] Vaak zal men zich immers bij de aanvang van een procedure richten op de wet zoals die op dat moment geldt en niet zoals die (mogelijk) straks zal gaan gelden. Zo bepaalt artikel IV van de Wet stroomlijnen hoger beroep dat onder meer de bepaling over het appelverlof (art. 410a Sv) niet geldt in strafzaken waarin in eerste aanleg vonnis is gewezen vóór het tijdstip van inwerkingtreding van deze nieuwe wet.[10] Soms bepaalt de wetgever ook dat de onderdelen van een nieuwe wet op verschillende tijdstippen in werking kunnen treden (aldus art. X van de zojuist genoemde wet).[11] Vaak is het nodig voor bepaalde onderdelen uitvoeringswetgeving te maken. Dat kan extra tijd vergen en dan is het niet nodig dat met de inwerkingtreding van andere onderdelen wordt gewacht.[12]

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

2.2 Nadere verkenning

Het in artikel 4 Wet algemene bepalingen vervatte uitgangspunt wordt ook wel aangeduid als de onmiddellijke werking van de nieuwe wet. Omdat de wet vanaf haar inwerkingtreding verbindt voor 'het toekomende', is zij van toepassing op alle door haar geregelde rechtsfeiten die zich na die betreffende datum voordoen. De nieuwe wet heeft daarmee exclusieve werking en wel vanaf het moment van haar inwerkingtreding: er wordt geen uitzondering gemaakt (met betrekking tot strafbare feiten die onder de oude wet zijn gepleegd) voor rechtsfeiten die in verband staan met een bepaalde reeds bestaande (rechts)toestand.[13] Dit is anders bij nieuwe wetgeving die eerbiedigende werking heeft: in dat geval vindt de nieuwe wetgeving geen toepassing op rechtsfeiten in zaken waarin bijvoorbeeld de inleidende dagvaarding voor de datum van inwerkingtreding is uitgebracht. Zo zou een overgangsrechtelijke bepaling van een wet die verandering brengt in de absolute competentie, kunnen inhouden dat de nieuwe wet niet van toepassing is op strafbare feiten die voor haar inwerkingtreding zijn gepleegd.[14] Knigge betoogt dat de begrippen exclusieve werking en eerbiedigende werking geen betekenis hebben die losstaat van de inhoud van de nieuwe wet en van de claim dat de nieuwe wet geen toepassing vindt op rechtsfeiten die in verband staan met een bepaalde reeds bestaande (rechts)toestand. Een nieuwe wet kan volgens deze auteur dan ook in bepaalde opzichten exclusief werken (geen uitzondering voor strafbare feiten die onder de oude wet zijn gepleegd) en in andere opzichten eerbiedigend werken (wel een uitzondering voor lopende procedures). Het gaat bij de vraag naar exclusieve of eerbiedigende werking derhalve om een nadere bepaling van de inhoud van de nieuwe wet: 'Wat zijn precies de rechtsfeiten waarop zij vanaf haar inwerkingtreding van toepassing is? Dat is uiteindelijk een vraag van wetsinterpretatie.'[15] Knigge vervolgt:

> '[De] onmiddellijke werking brengt mee dat de rechter de wet moet toepassen die geldt of gold op het moment waarop de daarin geregelde materie (het rechtsfeit waaraan de wet rechtsgevolgen verbindt) voorvalt of voorviel. Een moeilijkheid daarbij is dat soms getwist kan worden over de vraag wat het rechtsfeit is waarbij de nieuwe wet aanknoopt. Voor het procesrecht komt daar nog bij dat het bestaat uit een samenstel van onderling vaak nauw samenhangende regels. Wijzigingen van onderdelen raken dan al gauw het proces als geheel. Een en ander maakt dat het onderscheid tussen exclusieve en eerbiedigende werking niet altijd verhelderend werkt. Men neme bijvoorbeeld een wijziging in de absolute competentie. (...) Voor de hand ligt dan ook dat de wetgever voorziet in een overgangsbepaling die inhoudt dat de wijziging van de rechterlijke competentie niet van toepassing is in zaken waarin de inleidende

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

> dagvaarding voor de inwerkingtreding van de wet is uitgebracht. Men zou dat kunnen zien als een vorm van eerbiedigende werking. Men zou dat echter ook kunnen zien als een uitvloeisel van de normale onmiddellijke werking van de wet. Het proces als geheel (of het proces in eerste aanleg) wordt dan gezien als de materie die door de gewijzigde wet wordt geregeld. In die zienswijze is het logisch dat de nieuwe wet alleen van toepassing is op processen die na haar inwerkingtreding worden aangespannen. (…) De vraag of sprake is van exclusieve of eerbiedigende werking mist zelfstandig belang. Het voorbeeld laat zien dat in de onderlinge samenhang van procesrechtelijke regels een sterk argument kan worden gevonden om bij een verandering van procesrecht terughoudend te zijn met het toepassen van het nieuwe recht in lopende processen. Hoe groter de samenhang met ander procesrecht is, hoe meer er voor valt te zeggen om "eenheid van proces" of "eenheid van instantie" als uitgangspunt van het overgangsrecht te nemen. Maar ook deze adagia zijn niet heilig. Uiteindelijk gaat het, als een wettelijke overgangsbepaling ontbreekt, om redelijke wetsuitleg. De rechter zal moeten onderzoeken wat de onmiddellijk werkende wet als oplossing voor de overgangssituatie inhoudt. De strekking van de nieuwe wet speelt daarbij een rol, maar ook het wettelijk systeem in zijn geheel en de beginselen van een behoorlijk proces. Overgangsrecht is daarbij, als alle recht, de uitkomst van een belangenafweging. (…) Verandering van de regels tijdens het proces kan aanleiding geven tot tal van complicaties. Dat geldt in het bijzonder als de gewijzigde regeling een sterke samenhang vertoont met andere procesregels. Er is dan al gauw een ingewikkelde overgangsregeling nodig die mogelijk toch tekortschiet doordat niet alle complicaties waren voorzien. "Eenheid van proces" of "eenheid van instantie" is als overgangsrechtelijke oplossing eenvoudig te hanteren en houdt de problemen buiten de deur. Daarbij moet voor ogen worden gehouden dat het overgangsrechtelijke probleem bijna per definitie een probleem van voorbijgaande aard is. Het loont niet de moeite om daarvoor een ingewikkelde regeling te treffen.'[16]

Aldus beoogt Knigge tot uitdrukking te brengen dat de exclusieve werking van nieuw procesrecht niet met zich brengt dat de 'normale onmiddellijke werking' van de wet mag worden veronachtzaamd.[17] De redelijkheid en werkbaarheid – tot uitdrukking komend in de eenheid van proces en de eenheid van instantie – spelen daarbij een voorname rol. De advocaat-generaal leidt uit een reeks van wetswijzigingen op het terrein van strafprocessuele rechtsmiddelen in de voorbije twee decennia namelijk het volgende beeld af:

> 'De wetgever laat zich leiden door het uitgangspunt dat veranderingen in het procesrecht onmiddellijk toepassing kunnen vinden in lopende procedures. Wat die onmiddellijke toepassing inhoudt, is daarbij sterk afhankelijk van het

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

> geregelde rechtsfeit, de materie die voorwerp van regeling is. De overgangsbepalingen die de wetgever treft, zijn vrijwel steeds te duiden als een bevestiging dan wel een nadere uitwerking van wat het beginsel van onmiddellijke werking in het concrete geval meebrengt. De wetgever blijkt zich er daarbij van bewust te zijn, dat het beginsel van onmiddellijke werking geen blind door te voeren principe is. De wetgever heeft oog voor de samenhang van de gewijzigde regeling met het overige procesrecht en waakt ervoor dat die samenhang niet wordt verstoord. Dat leidt ertoe dat de geregelde materie soms ruim wordt genomen, een enkele keer ruimer dan strikt genomen noodzakelijk is. Daarbij lijken ook *praktische* overwegingen een rol te spelen, zoals het voorkomen van vergissingen en het vermijden van onvoorziene complicaties. Maar belangrijker lijken overwegingen van *redelijkheid* te zijn. De wetgever toont zich er gevoelig voor dat de verandering van de regels tijdens het proces op gespannen voet kan staan met het vereiste van *fairness*. Daarbij lijkt de wetgever het zekere voor het onzekere te nemen. Verkregen verdedigingsposities worden beschermd, de verdedigingsstrategie mag niet worden doorkruist door wijzigingen waarmee geen rekening kon worden gehouden. Dat levert geen afwijking op van het beginsel van dadelijke toepassing van nieuw procesrecht, maar de verwerkelijking daarvan op een wijze die past bij de grondstructuur van het strafproces.'[18]

Deze overwegingen spreken aan. Daarbij moet worden bedacht dat een kleine en overzichtelijke wijziging van strafprocessuele wetgeving betrekkelijk eenvoudig haar beslag in de rechtspraktijk kan krijgen. Illustratief is de Wet verruiming bevoegdheid enkelvoudige kamers.[19] Door die wet is artikel 411 lid 2 sub b Sv gewijzigd. Onder de oude wetgeving kon een zaak door een *unus* in appel worden behandeld indien 'b. de zaak in eerste aanleg door de kantonrechter is behandeld, dan wel in eerste aanleg door de politierechter is behandeld en zij betreft een overtreding als bedoeld in artikel 8 of 163, tweede, zesde, achtste of negende lid, van de Wegenverkeerswet 1994'. Na de wetswijziging kon een zaak door een *unus* in appel worden behandeld indien 'b. de zaak in eerste aanleg door de kantonrechter of de politierechter is behandeld, en daarbij niet een gevangenisstraf van meer dan zes maanden is opgelegd'. Een overgangsrechtelijke bepaling van de wet (art. IV lid 2) houdt in dat in zaken waarin voor het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet een dagvaarding of oproeping is betekend waardoor de zaak in hoger beroep ter terechtzitting aanhangig wordt gemaakt, artikel 411 lid 2 sub b Sv van toepassing blijft zoals het luidde voor die inwerkingtreding. De memorie van toelichting merkt hierover op:

> 'Het overgangsrecht, geregeld in Artikel IV, heeft tot gevolg dat de voorgestelde wijzigingen eerst van toepassing zijn in nieuwe strafzaken. Het is derhalve niet

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

> mogelijk om in zwaardere strafzaken vooruitlopend op de nieuwe wet alvast te dagvaarden bij de politierechter. Ook in appel kan uitsluitend na de inwerkingtreding van het tot wet verheven voorstel voor de unus gedagvaard worden met het oog op de uitbreiding van diens bevoegdheid.'[20]

Hoewel het relevante rechtsfeit hier de behandeling van de zaak door de rechter betreft, kan met Knigge worden opgemerkt dat het gezien de samenhang met de regeling van dagvaarding en oproeping logisch is dat niet voor het uitroepen van de zaak ter terechtzitting is gekozen als het beslissende moment:

> 'Dagvaarding voor een op dat moment nog niet bevoegde rechter is immers een vreemde figuur. Ook hier kan de overgangsbepaling dus gezien worden als een redelijke, in het systeem van de wet passende uitwerking van het beginsel van onmiddellijke toepassing van nieuw procesrecht.'[21]

Bovendien liet de overgangsrechtelijke bepaling bij deze overzichtelijke wetswijziging toe dat desgewenst werkbare organisatorische voorzieningen zouden worden gecreëerd in die zin dat bijvoorbeeld 'verzamelzittingen unuszaken oude stijl' konden worden belegd naast, op andere zittingsdagen, 'verzamelzittingen unuszaken nieuwe stijl'.
Anders dan de regeling betreffende de *unus* in appel, betreft de modernisering van het Wetboek van Strafvordering allerminst een kleine en overzichtelijke wijziging van strafprocessuele wetgeving. Het gaat op de keper beschouwd om een complex samenstel van bepalingen die in wezen het reeds bestaande strafprocesrecht voortzetten (en dus vooral handhaving van bestaande bepalingen of codificatie van rechtspraak behelzen), maar ook allerhande beperkte of juist ingrijpende wijzigingen aanbrengen in bestaande structuren. Die constatering brengt met zich dat het als een legitiem (neven)doel van deze omvangrijke wetgevingsoperatie kan worden beschouwd dat de rechtspraktijk na de inwerkingtreding van het nieuwe wetboek niet nog jarenlang wordt 'achtervolgd' door procedures die moeten worden gevoerd onder de regels van het oude wetboek in strafzaken die (kort) voor de inwerkingtreding van het nieuwe wetboek zijn begonnen. Dit praktisch georiënteerde (neven)doel zal zo veel mogelijk moeten worden verenigd met het uitgangspunt van de redelijke, normale onmiddellijke werking van de wet.
Tegen de achtergrond van het voorgaande komt de vraag in beeld hoe de wetgever bij eerdere omvangrijke wetswijzigingen op het terrein van het strafprocesrecht is omgesprongen met vraagstukken van overgangsrecht. Natuurlijk springt hier als eerste de inwerkingtreding in 1926 van het huidige wetboek in het oog. De Invoeringswet Wetboek van Strafvordering bevat in artikel 226 een overgangsrechtelijke voorziening die er, voor zover hier van belang, op neerkomt dat uitsluitend de oude wetgeving van toepassing is op strafzaken waarin de rechter

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

ten tijde van de inwerkingtreding van het wetboek op enigerlei wijze in de strafzaak is betrokken.[22] Deze overgangsrechtelijke bepaling biedt als tweeledig voordeel dat zij de 'eenheid van proces' waarborgt en dat zij geen belemmering vormt voor de normale onmiddellijke werking van de wet. Tegelijkertijd is de vraag of de invoering van het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering met een vergelijkbare overgangsbepaling gepaard zou kunnen gaan. Anders dan 1926 is onder de huidige strafvordering – en die ontwikkeling zet zich in het gemoderniseerde strafprocesrecht voort – de betrokkenheid van de rechter in een zaak geen belangrijk, voor het verloop van de procedure cruciaal moment meer.[23]
Een andere omvangrijke wetgevingsoperatie met repercussies voor het strafprocesrecht is de op 1 maart 1993 in werking getreden ontnemingswetgeving.[24] De betreffende wet heeft geleid tot invoering van onder andere de artikelen 511b-511i Sv. Daarin is voorzien in een afzonderlijke ontnemingsprocedure. De ontnemingswetgeving bevat geen bepaling van overgangsrecht. Niettemin bracht 'redelijke uitleg' van de memorie van toelichting de Hoge Raad tot het oordeel dat de wetgever wat betreft het samenstel van de genoemde bepalingen en de met de afzonderlijke ontnemingsprocedure samenhangende toegevoegde derde volzin van artikel 311 lid 1 Sv, heeft beoogd deze eerst van toepassing te doen zijn op strafzaken die op of na 1 maart 1993 in eerste aanleg aanhangig zijn gemaakt.[25] Beslissend was hier derhalve het moment waarop de dagvaarding ter betekening uitging. Ook hierin herkent men in zekere zin de aanvaarding van de 'eenheid van proces' als belangrijk uitgangspunt voor de vormgeving – in dit geval door de rechter – van het overgangsrecht en de noodzaak om binnen de context van de concreet voorliggende wetswijziging te zoeken naar een redelijke en praktisch goed toepasbare regel van overgangsrecht.

3 Uitwerking voor de modernisering: enkele illustraties

De vorenstaande beschouwing laat eerst en vooral zien dat het niet goed mogelijk lijkt te zijn om één of meer algemene regels van overgangsrecht te formuleren die zich eenvoudig lenen voor codificatie en waarmee allerhande overgangsrechtelijke perikelen die zich kunnen voordoen bij de invoering van het gemoderniseerde wetboek, in één beweging kunnen worden opgelost of ondervangen. In feite staat men voor de opdracht om ten aanzien van elk onderdeel van het gemoderniseerde wetboek scenario's te bedenken en doordenken waarin de relevante rechtsfeiten zich voordoen (kort) voor, op het moment van en (kort) na de datum van inwerkingtreding van de nieuwe wet, om zo te beoordelen of een bijzondere regel van overgangsrecht nodig is en, zo ja, hoe deze zou moeten luiden.[26]
Vanzelfsprekend is daarbij vooral van belang in hoeverre het betreffende nieuwe voorschrift verschilt van het thans bestaande strafprocesrecht.
Om dezelfde reden als dat het op dit moment voor de minister niet opportuun is om

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

uitvoerige voorstellen te doen voor het overgangsrecht – eerst moet de tekst van de nieuwe wettelijke bepalingen definitief komen vast te staan – is het niet zinvol op deze plaats alle conceptwetsvoorstellen door te nemen en de zojuist genoemde exercitie uit te voeren. Wij laten het hier bij enkele illustraties, waarbij we voor de uitwerking van de voorbeelden aannemen dat het gemoderniseerde wetboek in werking zal treden op 1 januari 2026.

Een voorbeeld van een ten opzichte van het huidige wetboek nieuw voorschrift betreft de toekenning van een verschoningsrecht aan de (eerdere) levensgezel ter gelegenheid van diens verhoor als getuige.[27] Dit voorschrift leent zich goed voor onmiddellijke werking, in die zin dat de levensgezel op 31 december 2025 nog geen beroep zal kunnen doen op dit verschoningsrecht, maar op 1 januari 2026 en nadien wel. Dat heeft wellicht iets willekeurigs, in die zin dat het rondom de datum van inwerkingtreding betrekkelijk toevallig kan zijn of het verhoor van zo'n getuige door de rechter-commissaris of ter terechtzitting[28] voor of na 1 januari 2026 plaatsvindt, maar dat effect is nu eenmaal onvermijdelijk bij het introduceren van nieuwe rechten of plichten. Een reden om hier een afwijkende regeling te treffen, bijvoorbeeld door aansluiting te zoeken bij het moment waarop het betreffende getuigenverhoor wordt gelast, zien wij niet.[29]

Anders ligt dat bijvoorbeeld waar het gaat om de voorlopige hechtenis en dan in het bijzonder de afschaffing van de schorsing van het bevel tot voorlopige hechtenis. In de momenteel voorliggende voorstellen wordt die schorsing afgeschaft omdat er wordt voorzien in de mogelijkheid van een bevel tot voorlopige vrijheidsbeperking, dat dient te worden onderscheiden van het bevel tot voorlopige hechtenis. Met het bevel tot voorlopige vrijheidsbeperking kunnen vrijheidsbeperkende verboden en geboden worden gesteld.[30] Thans is dat ook mogelijk, maar geschiedt dat in de vorm van schorsing (of opschorting) van de voorlopige hechtenis onder het stellen van bijzondere voorwaarden. De voorgestelde wetswijziging zal tot gevolg hebben dat het wetboek niet langer de mogelijkheid van schorsing van de voorlopige hechtenis zal kennen.[31] Deze wijziging vergt, indien het daartoe strekkende voorstel zal worden aanvaard door de wetgever, doordenking vanuit overgangsrechtelijk perspectief. Stel dat op 29 december 2025 een bevel tot voorlopige hechtenis wordt gegeven dat onmiddellijk wordt opgeschort onder het stellen van bijzondere voorwaarden. Deze rechtstoestand zal dan voortduren na 1 januari 2026, zodat op dat moment ook het wettelijke kader met betrekking tot die schorsing, waarin onder meer de opheffing van de schorsing wordt geregeld, niet kan worden gemist.[32] Een mogelijkheid zou dan zijn om in de gevallen waarin de voorlopige hechtenis op 1 januari 2026 is geschorst, de datum waarop het bevel tot voorlopige hechtenis is gegeven, als fixatiemoment te gebruiken, in die zin dat het op die datum geldende recht met betrekking tot de voorlopige hechtenis van toepassing blijft. Wellicht kan ook worden gedacht aan de optie dat een bevel tot

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

voorlopige hechtenis dat op 1 januari 2026 is geschorst, van rechtswege wordt geconverteerd naar een bevel tot voorlopige vrijheidsbeperking.[33]
Een volgende wijziging die zich in de moderniseringsoperatie aandient, betreft de afschaffing van het hierboven in paragraaf 2.1 reeds aangestipte verlofstelsel (art. 410a Sv).[34] In zekere zin kunnen over dit op de fase van het hoger beroep betrekking hebbende voorschrift vergelijkbare opmerkingen worden gemaakt als ten aanzien van het verschoningsrecht van de levensgezel. Als voor 1 januari 2026 hoger beroep wordt ingesteld in een zaak waarop het verlofstelsel van toepassing is en de voorzitter van het gerechtshof wordt – min of meer toevallig – geroepen om op woensdag 31 december 2025 te beoordelen of de behandeling van het hoger beroep in het belang van een goede rechtsbedeling is, dan betekent zijn negatieve antwoord op die vraag dat het hoger beroep niet wordt behandeld. Zou dezelfde strafzaak op een iets later moment naar het gerechtshof zijn ingestuurd door de rechtbank, dan zou een verlofoordeel niet meer worden gevergd indien wordt uitgegaan van de normale, onmiddellijke werking van de nieuwe wet, ook niet indien hoger beroep is ingesteld voor 1 januari 2026. Het ligt ook niet voor de hand om hier een specifieke overgangsvoorziening te creëren die zou behelzen dat het verlofstelsel nog van toepassing is op zaken waarin voor 1 januari 2026 hoger beroep is ingesteld.
Dat laatste zou weer anders kunnen liggen bij de vervanging van de dagvaarding door de ‘procesinleiding’.[35] Thans wordt in de dagvaarding aan de verdachte onder meer kenbaar gemaakt dat hij getuigen kan doen oproepen. De verdachte dient daartoe die getuigen op te geven aan de officier van justitie. Onder het gemoderniseerde wetboek wordt de procesinleiding door de officier van justitie bij de voorzitter van de rechtbank ingediend en de voorzitter doet de procesinleiding vervolgens aan de verdachte betekenen. De verdachte kan de voorzitter vervolgens binnen twee weken na betekening van de procesinleiding schriftelijk verzoeken getuigen en deskundigen voor de terechtzitting te doen oproepen.[36] Onmiddellijke werking van de nieuwe regeling zou met zich kunnen brengen dat een vóór 1 januari 2026 gedagvaarde verdachte (eveneens, zij het zeer kort) vóór 1 januari 2026 een getuigenverzoek richt tot de officier van justitie, terwijl de officier van justitie na 1 januari 2026 niet meer de adressant van een dergelijk verzoek is. Hoewel dit probleem zich betrekkelijk eenvoudig laat oplossen in de praktijk,[37] zou de wetgever – gelet op het bredere scala aan veranderingen dat gepaard gaat met de vervanging van de dagvaarding door de procesinleiding – niettemin kunnen opteren voor een overgangsrechtelijke voorziening die inhoudt dat de introductie van het gemoderniseerde wetboek geen gevolgen heeft voor strafzaken waarin de inleidende dagvaarding reeds is uitgebracht ten tijde van de inwerkingtreding. Een vervolgvraag is dan nog wel wat de reikwijdte van die overgangsregel zou moeten zijn. Wat betreft verzoeken tot het horen van getuigen die voorafgaand aan het

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

onderzoek ter terechtzitting worden gedaan, pakt de genoemde voorziening zinvol uit. Maar hoe zit het dan met de bevoegdheid van de voorzitter van de rechtbank om het proces voor te bereiden door middel van overleg met de officier van justitie en de verdachte en het gelasten van een schriftelijk uitwisseling van standpunten?[38] Voor het kunnen uitoefenen van die bevoegdheden in het geval dat de dagvaarding vlak voor 1 januari 2026 is uitgebracht, maar het onderzoek ter terechtzitting (door de meervoudige kamer) eerst nadien een aanvang zal nemen, valt het nodige te zeggen, zij het dat men dan wel weer in de knel kan komen met de voorschriften die zien op de dagbepaling door de voorzitter, omdat in de procesinleiding – anders dan in de huidige dagvaarding – niet de dag en het tijdstip van de terechtzitting is opgenomen.[39] Met deze opmerkingen wil slechts geïllustreerd zijn dat het ontwerpen van een adequate overgangsrechtelijke bepaling nog wel wat gepuzzel zal vergen.

4 Anticipatie op het nieuwe strafprocesrecht door de rechter

4.1 Anticipatie als rechterlijke interpretatiemethode

De in artikel 4 Wet algemene bepalingen neergelegde regel dat de wet alleen verbindt voor het toekomende en geen terugwerkende kracht heeft, heeft ook betekenis voor de toepassing van de wet door de rechter. De rechter past in het concrete geval de huidige, dat wil zeggen de toepasselijke, op dat moment geldende wet toe, niet de toekomstige. Logische consequentie daarvan is dat de rechter bij de uitleg van de huidige wet aansluiting zoekt bij de bronnen die betrekking hebben op die wet. Zo onderzoekt de rechter de parlementaire geschiedenis van de betreffende wettelijke bepaling en de plaats van die bepaling binnen het systeem van de wet. Zou de rechter ervoor kiezen bij de uitleg van een wettelijke bepaling zich te richten op de toekomstige wet – of op de bronnen die betrekking hebben op die toekomstige wet – dan dreigt het risico dat de rechter aan de huidige wettelijke bepaling een zodanige invulling geeft dat hij in feite niet de huidige, maar de toekomstige – dat wil zeggen: de nog niet geldende en dus niet op het voorliggende geval betrekking hebbende – regel toepast. Aldus beredeneerd zou het de rechter niet zijn toegestaan te anticiperen op het toekomstige recht. Die conclusie mist echter nuance. Problematisch is vooral wanneer de rechter toepassing geeft aan een voorschrift dat (nog) geen kracht van wet heeft, dat wil zeggen een voorschrift zoals dat is opgenomen in een wetsvoorstel of in een wet die wel reeds is aanvaard, maar nog niet in werking is getreden. Het is dan immers de rechter die het voorschrift feitelijk de status van wet geeft, terwijl dat strikt genomen niet in de macht van de rechter (maar juist van de wetgever) ligt.[40] Iets anders is, dat de rechter bij de uitleg van de op het moment van toepassing wél geldende voorschriften zich *oriënteert* op het recht zoals dat in de nabije toekomst zal gelden of op voorstellen daarvoor. In

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

die situatie is het immers nog steeds de huidige wet die wordt toegepast, zij het dat de rechter bij de uitleg van de wet zich niet blind toont voor de rechtsontwikkeling zoals deze (mede) tot uitdrukking komt in het toekomstige recht. Hoewel het onderscheid tussen beide situaties tamelijk subtiel kan zijn, moet niet op voorhand elke vorm van anticipatie op toekomstig recht door de rechter van de hand worden gewezen.

De ervaringen met het Nieuw Burgerlijk Wetboek laten zien dat anticipatie in het civiele recht een gangbare rechterlijke interpretatiemethode is en dat op hoofdlijnen ook consensus bestaat onder welke voorwaarden anticipatie kan plaatsvinden. Het voert te ver op deze plaats een breed overzicht te geven van de gevallen waarin in relatie tot het Nieuw Burgerlijk Wetboek anticipatie door de rechter heeft plaatsgevonden en van de literatuur over dit thema. Voor het doel van de onderhavige bijdrage volstaat het een globaal beeld te geven van de mogelijkheden en de grenzen van anticipatie door de civiele rechter.[41] Aan de hand daarvan wordt in de volgende subparagraaf de positie van de strafrechter verkend.

Uitgangspunt vormt dat anticipatie niet moet plaatsvinden indien dit in wezen leidt tot het aanvaarden van een regel die in strijd is of moeilijk verenigbaar is met het geldende recht. In dat geval overspeelt de rechter zijn hand; het is immers aan de wetgever om het geldende recht te wijzigen. Deze begrenzing maakt tegelijk duidelijk wanneer anticipatie wel aan de orde kan zijn.[42] Allereerst kan men denken aan de situatie waarin het geldende recht een lacune bevat of, nauw verwant daaraan, het geval dat het geldende recht op een bepaald onderdeel wezenlijk onduidelijk is. De rechter staat dan voor de taak om de lacune te vullen of de onduidelijkheid weg te nemen, hetgeen in de kern aankomt op het formuleren van een nieuwe, duidelijke regel. Wanneer het komende recht voorziet in een regel voor het voorliggende geval, valt er veel voor te zeggen dat de rechter zich bij zijn uitleg en toepassing van het huidige recht daarop oriënteert. Op die manier sluit de rechter aan bij de gedachtevorming die reeds heeft plaatsgevonden over het komende recht en voorkomt de rechter dat hij een regel kiest die enige tijd daarna weer door een andere regel wordt vervangen. Eventueel kan de rechter daarbij de betekenis van de nieuwe regel verduidelijken door de nieuwe regel alvast uit te leggen. Anticipatie respecteert aldus het debat dat reeds binnen de legislatieve gremia heeft plaatsgevonden en dient zo de continuïteit van het recht. Een belangrijk aandachtspunt ligt daarbij besloten in de status van het komende recht. Het kan uiteraard verschil maken of de toekomstige regel nog slechts deel uitmaakt van een conceptwetsvoorstel of dat die regel reeds draagvlak heeft gekregen tijdens de parlementaire behandeling (bijvoorbeeld doordat deze deel uitmaakt van het door de Tweede Kamer aanvaarde wetsvoorstel). Wanneer de rechter aansluiting zoekt bij een regel waarvan nog lang niet zeker is dat deze uiteindelijk ook de status van wet zal krijgen, bijvoorbeeld omdat het voorliggende voorstel omstreden blijkt

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

te zijn, dreigt juist het risico van discontinuïteit.
Ook buiten de situatie dat het geldende recht lacuneus of onduidelijk is, kan aanleiding bestaan voor anticipatie. Het nieuwe recht kan aanleiding zijn om bepaalde lijnen in de rechtspraak aan te scherpen of af te zwakken, om zo – meer gradueel – de overgang naar het nieuwe recht te versoepelen.[43] Ook dan is continuïteit een belangrijk argument voor anticipatie. Datzelfde argument speelt ook nog langs een andere invalshoek een rol. Bij de voorbereiding van nieuwe wetgeving vormt het huidige recht doorgaans een belangrijk oriëntatiepunt. Bepaald moet namelijk worden in hoeverre het huidige recht wordt voortgezet (en daarom bijvoorbeeld wordt gecodificeerd) dan wel juist afwijking daarvan wenselijk is. In de toelichting wordt daarom veelal ingegaan op de stand van het huidige recht, waarbij soms naast een zuivere beschrijving ook een zekere duiding daaraan wordt gegeven. Nu kunnen ten aanzien van de betekenis van uitlatingen van de zijde van de wetgever omtrent reeds geldende wettelijke voorschriften diverse vragen worden opgeworpen,[44] maar duidelijk mag zijn dat uit toelichtende stukken met betrekking tot nieuwe wetgeving op zich interessante informatie kan worden geput die voor de rechter van belang is, daar waar het gaat om de waardering van het geldende recht binnen de legislatieve arena en de daarmee verbonden argumenten ten gunste van voortzetting dan wel wijziging van dat geldende recht, als ook de mogelijkheden om de overgang naar het nieuwe recht soepel te doen verlopen.[45]
Scherpe lijnen wanneer anticipatie wel en niet zou moeten plaatsvinden, laten zich – zo illustreren de ervaringen in het civiele recht – niet trekken.[46] Dat is ook alleszins begrijpelijk. Enerzijds kan de rechter bij de uitleg van de huidige wet moeilijk de ogen sluiten voor het gegeven dat nieuw recht in aantocht is. Rechterlijke interpretatie staat immers in verband met de rechtsontwikkeling en die ontwikkeling dient zo veel mogelijk een vloeiende beweging te zijn. Het is daarbij mede afhankelijk van de interpretatieruimte die een bestaande regel laat, in hoeverre de rechter die regel in mindere of meerdere mate kan ‘kneden’ naar het model van het nieuwe recht. Anderzijds dient de rechter zich niet in de legislatieve arena te begeven en dient hij ervoor te waken voor de muziek uit te lopen. In het algemeen kan worden gezegd dat naarmate het toekomstige recht meer afwijkt van het huidige, de rechter terughoudender dient te zijn met anticipatie op het toekomstige recht. Indien de nieuwe regel wezenlijk anders is dan de huidige regel, is vanuit het oogpunt van rechtszekerheid de rechtspraktijk doorgaans het beste gediend met een eenduidig, door de wet bepaald omslagmoment.

4.2 Anticipatie door de strafrechter

Duidelijke voorbeelden van anticipatie door de strafrechter op het gemoderniseerde

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Wetboek van Strafvordering laten zich nog nauwelijks noemen.[47] Dat heeft uiteraard van doen met het toch nog altijd prille stadium waarin het moderniseringsproject verkeert. Weliswaar zijn er al bergen werk verzet door met name het departement, tot indiening bij de Tweede Kamer is het – mede vanwege het uitvoerige, consultatierijke voorbereidingstraject – nog niet gekomen. Wanneer we ons beperken tot de rechtspraak van de Hoge Raad, laat zich vooralsnog maar één echt duidelijk voorbeeld noemen en dat betreft een uitspraak waarin juist geen anticipatie heeft plaatsgevonden. Het betreft een arrest over de termijn waarbinnen in geval van een klachtdelict het verzoek tot vervolging moet worden gedaan.[48] Deze termijn is in artikel 66 lid 1 Sr bepaald op drie maanden na de dag waarop de klachtgerechtigde kennis heeft genomen van het gepleegde feit. In deze zaak had het gerechtshof, kort gezegd, overwogen dat de overschrijding van die termijn niet leidt tot het verval van het vervolgingsrecht van het Openbaar Ministerie. Onder verwijzing naar de uit het einde van de negentiende eeuw stammende wetsgeschiedenis oordeelt de Hoge Raad echter dat overschrijding van de klachttermijn wel fataal is, dat wil zeggen dat vervolging afstuit op het te laat zijn ingediend van de klacht. De Hoge Raad overweegt vervolgens:

> ‘Opmerking verdient dat volgens de conceptwetgeving ten behoeve van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering die in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 14 is weergegeven, het voornemen bestaat de klachttermijn van art. 66 Sr om de daar vermelde redenen af te schaffen. (…) de huidige klachtregeling [berust] op een andere afweging van argumenten. Het is aan de wetgever dienaangaande een keuze te maken.’

Hierin klinkt duidelijk door waarom de Hoge Raad bij de uitleg van artikel 66 lid 1 Sr heeft willen vasthouden aan de wetsgeschiedenis van die bepaling en het rechtsgevolg van overschrijding van de termijn niet heeft willen relativeren, ook al kan wellicht worden gezegd dat die wetsgeschiedenis stamt uit lang vervlogen tijden waarin een aanmerkelijk ander beeld met betrekking tot de positie van het slachtoffer bestond.[49] Het afschaffen van de klachttermijn is een majeure wijziging met betrekking tot het vervolgingsrecht van het Openbaar Ministerie. Op zo’n wijziging, waarvan nog niet zeker is dat deze ook door de wetgever zal worden aanvaard, kan niet worden vooruitgelopen door de rechter.[50]
Andere rechtspraak die in relatie tot anticiperende interpretatie interessant is, betreft de inbeslagneming van en het doen van onderzoek aan smartphones.[51] Deze rechtspraak houdt – kort gezegd – in dat wanneer dat onderzoek slechts een beperkte inbreuk maakt op de persoonlijke levenssfeer, de algemene inbeslagnemingsbevoegdheid van opsporingsambtenaren, zoals neergelegd in artikel 94 (in verbinding met art. 95 en 96) Sv een toereikende grondslag vormt. De Hoge Raad gaat voorts in op de mogelijkheden om een onderzoek te verrichten dat

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

verderstrekkend van aard is. De betreffende overweging van de Hoge Raad vangt aan met de woorden 'mede gelet op het vooralsnog ontbreken van een daarop toegesneden wettelijk kader'. Vervolgens geeft de Hoge Raad aan dat bij zo'n onderzoek van verderstrekkende aard de officier van justitie eraan te pas moet komen of – bij een zeer ingrijpende inbreuk op de persoonlijke levenssfeer – de rechter-commissaris. Dat geldt ook indien de smartphone reeds door de opsporingsambtenaar in beslag is genomen. In dat geval oefent de officier van justitie of de rechter-commissaris de bevoegdheid tot het (doen) verrichten van onderzoek uit die besloten ligt in de aan hem toekomende inbeslagnemingsbevoegdheid.[52] De constatering dat vooralsnog een wettelijk kader ontbreekt voor het doen van onderzoek aan inbeslaggenomen smartphones, brengt hier allereerst tot uitdrukking dat de bestaande wettelijke regeling niet is toegesneden op de hoge vlucht die de technologische ontwikkeling heeft genomen, en voorts dat het door de Hoge Raad uiteengezette kader in die zin een tijdelijk karakter heeft dat een wettelijke regeling in ontwikkeling is. De regeling zoals die wordt voorgesteld voor het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering, is enigszins anders vormgegeven dan het door de Hoge Raad omschreven kader. Dat voorstel houdt, kort gezegd, in dat een afzonderlijke bevoegdheid wordt gecreëerd voor het verrichten van onderzoek ter kennisneming van gegevens. Het betreft daarbij onderzoek aan een in beslag genomen elektronische gegevensdrager of een in beslag genomen geautomatiseerd werk. Deze bevoegdheid wordt uitgeoefend op bevel van de officier van justitie; slechts in geval van dringende noodzaak en indien het bevel van de officier van justitie niet kan worden afgewacht, kan een opsporingsambtenaar zelfstandig kennisnemen van de gegevens die zijn opgeslagen op een inbeslaggenomen elektronische gegevensdrager of in een inbeslaggenomen geautomatiseerd werk.[53] De rechter-commissaris speelt daarbij geen rol. Dat er verschillen bestaan tussen enerzijds het kader van de Hoge Raad en anderzijds het voorliggende voorstel van de minister is verklaarbaar. De Hoge Raad heeft dat kader moeten uitwerken binnen de mogelijkheden van het huidige Wetboek van Strafvordering.[54] Dat blijkt ook uit de verwijzingen in deze rechtspraak naar de bestaande wettelijke bepalingen ter zake van inbeslagneming door de opsporingsambtenaar, de officier van justitie en de rechter-commissaris. Het gaat in de kern om het expliciet maken van hetgeen het huidige wetboek reeds mogelijk maakt. Voor zover er al sprake is van het zetten van een nieuwe stap, ligt deze besloten in de aanvaarding dat de bevoegdheid tot het verrichten van onderzoek in zoverre kan worden losgemaakt van de inbeslagnemingsbevoegdheid, dat de bevoegdheid tot het verrichten van onderzoek door de officier van justitie of de rechter-commissaris ook kan worden uitgeoefend indien het betreffende voorwerp reeds door een opsporingsambtenaar in beslag is genomen. Aldus kan de rechtspraak over het doen van onderzoek aan een inbeslaggenomen smartphone

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

worden beschouwd als enerzijds een voorbeeld van rechterlijke anticipatie, in die zin dat het reeds bestaande streven van de wetgever om deze vorm van onderzoek te normeren mede aanleiding heeft gevormd voor een nadere omschrijving en bepaling van de (on)mogelijkheden voor dat onderzoek onder het huidige recht, maar toont die rechtspraak anderzijds – juist doordat binnen de grenzen van het huidige recht moet worden bewogen – ook de beperkingen die bestaan ten aanzien van anticipatie.

Het moet worden afgewacht welke vlucht rechterlijke anticipatie op het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering zal nemen. Zal, bijvoorbeeld, de rechtspraak omtrent het oproepen en het horen van getuigen in enigerlei mate worden beïnvloed door de (concept)wetsvoorstellen van de minister?[55] En is denkbaar dat voorzitters van gerechtshoven in strafzaken die onder het verlofstelsel vallen, naarmate 1 januari 2026 dichterbij komt en vooruitlopend op de afschaffing van het verlofstelsel, reeds om die reden zullen overgaan tot het telkens verlenen van verlof tot behandeling van de zaak in hoger beroep? Concrete beantwoording van die vragen lijkt op dit moment niet goed mogelijk, maar in algemene zin kan het volgende worden opgemerkt.

Omdat de beginselen en uitgangspunten die, afgaande op de voorliggende conceptwetsvoorstellen, aan dat gemoderniseerde wetboek ten grondslag zullen liggen, niet wezenlijk verschillen met die van het huidige, staan wij niet aan de vooravond van een radicale ommezwaai maar is veeleer sprake van groot onderhoud waarbij met name de systematiek en de hanteerbaarheid van het wetboek aandacht krijgen en ‘slechts’ op onderdelen innovaties en wijzigingen van meer substantiële aard worden doorgevoerd.[56] Anders gezegd: het gemoderniseerde wetboek zal vooral in het teken staan van rechtsontwikkeling van meer graduele aard en juist daarom ligt het in de rede dat de rechter bij vragen van uitleg van het huidige recht al snel met een schuin oog kijkt naar de voorstellen voor de modernisering. Dat wil echter niet zeggen dat vervolgens ook daadwerkelijk anticipatie zal plaatsvinden.[57] Daarvoor zijn weer de factoren van belang die in paragraaf 4.1 zijn genoemd, waaronder de ruimte die het huidige recht laat en de mate waarin draagvlak blijkt te bestaan voor beoogde wijzigingen.[58]

5 Tot besluit

De beide in deze bijdrage besproken onderwerpen, wettelijk overgangsrecht en rechterlijke anticipatie, kunnen niet geheel los van elkaar worden gezien – de bespreking hierboven van het af te schaffen verlofstelsel illustreert dat – maar kunnen evenmin worden vereenzelvigd. Rechterlijke anticipatie kan eraan bijdragen dat de overgang van het huidige naar het nieuwe, gemoderniseerde strafprocesrecht soepel(er) kan verlopen, maar de mogelijkheden daarvoor zijn niet onbeperkt. Het is dan ook een belangrijke opdracht aan de wetgever om, waar nodig, te voorzien in

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

heldere bepalingen van overgangsrecht. De 'eenheid van proces' kan hier fungeren als een richtinggevend uitgangspunt. Tegelijkertijd hopen wij in deze bijdrage te hebben laten zien dat het opstellen van overgangsrechtelijke bepalingen uiteindelijk neerkomt op maatwerk, waarvoor een goede doordenking van alle voorgestelde wijzigingen – vooral ook in hun onderlinge samenhang – nodig is. Hierboven (in paragraaf 2.2) bestempelden wij als een legitiem (neven)doel van deze omvangrijke wetgevingsoperatie dat de rechtspraktijk na de inwerkingtreding van het nieuwe wetboek niet nog jarenlang wordt 'achtervolgd' door procedures die moeten worden gevoerd onder de regels van het oude wetboek in strafzaken die (kort) voor de inwerkingtreding van het nieuwe wetboek zijn begonnen. Het streven zou daarom kunnen zijn alle onderdelen van het nieuwe wetboek zo veel mogelijk in één keer – op dezelfde datum – in werking te laten treden. Een gedifferentieerde inwerkingtreding zou dan niet regel maar uitzondering zijn. In het verlengde van dit een en ander rijst de vraag of het 'oude' wetboek integraal moet worden ingetrokken ter gelegenheid van de inwerkingtreding van het nieuwe wetboek. Naar het ons voorkomt, lijkt dat alleen haalbaar als reeds aanhangig gemaakte strafzaken volledig onder het nieuwe wetboek kunnen worden 'afgeprocedeerd'. Omdat de kans daarop voorshands niet groot lijkt, moet er rekening mee worden gehouden dat na inwerkingtreding van het nieuwe wetboek gedurende een zekere periode het oude wetboek nog van kracht blijft, zij het daarbij alleen toepassing vindt op de gevallen of de proceshandelingen waarvoor uit het overgangsrecht voortvloeit dat het oude recht daarop nog van toepassing is.[59]
Met het ontwerpen van overgangsrechtelijke bepalingen kan niet in een vroeg stadium worden begonnen, omdat min of meer dient vast te staan hoe het nieuwe wetboek zal gaan luiden. Duidelijk mag echter zijn dat, wil de wetgever niet de rechter opzadelen met de taak om achteraf complexe overgangsrechtelijke voorzieningen te treffen, het ontwerpen van de overgangsrechtelijke bepalingen nog een stevige opdracht vormt.[60] Daarvoor dient voldoende tijd te worden uitgetrokken en het verdient aanbeveling om ook in die fase de diverse strafvorderlijke actoren te consulteren, om zo goed zicht te krijgen op mogelijke knelpunten in de overgang naar het nieuwe wetboek.

Noten

1 Wellicht zou in art. 1.10.7 (nieuw) een bepaling van overgangsrecht kunnen worden gelezen: 'Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden regels gesteld met betrekking tot de verwerking van gegevens die door de uitoefening van in dit wetboek omschreven bevoegdheden zijn verkregen voor zover deze regels op het tijdstip van inwerkingtreding van dit wetboek al bij of krachtens bepalingen van het voor dat tijdstip geldende Wetboek van Strafvordering waren gesteld.' Blijkens de memorie van toelichting (p. 141) bevat dit voorgestelde artikel een grondslag om

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

bij of krachtens AMvB regels te stellen over de verwerking van gegevens die door de uitoefening van de bevoegdheden zijn verkregen: het is de bedoeling dat deze grondslag tijdelijk van aard is en komt te vervallen zodra een gegevensverwerkingswet tot stand is gebracht waarin de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens en de Wet politiegegevens opgaan.

2 Zie hierover in het bijzonder A.M.J. van Buchem-Spapens, *Anticipatie*, Monografieën Nieuw BW A-23, Deventer: Kluwer 1986.

3 Het hiernavolgende is gedeeltelijk ontleend aan G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, negende druk, bewerkt door M.J. Borgers & T. Kooijmans, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 44.

4 HR 2 december 1997, *NJ* 1998/305. Vgl. ook HR 20 oktober 1979, *NJ* 1980/93, waarin de Hoge Raad spreekt van 'de algemene regel, dat de rechter bij verandering van wettelijke bepalingen betreffende de vormen der rechtspleging de wet moet toepassen gelijk deze geldt ten tijde van zijn handelen'. Zie voorts G. Knigge, *Verandering van wetgeving*, Arnhem: Gouda Quint 1984, p. 232-233.

5 S.A.M. Stolwijk, 'Verandering van strafprocesrecht', in: E. André de la Porte e.a. (red.), *Bij deze stand van zaken* (Melai-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1983, p. 503-508. Van de twintig door Stolwijk onderzochte wijzigingen van het Wetboek van Strafvordering zijn er slechts zes voorzien van overgangsbepalingen, waarvan de strekking telkens is dat de toepassing van de nieuwe wetgeving is uitgesloten voor de strafzaken die vóór het tijdstip van inwerkingtreding van de wet aanhangig waren. Zie ook, onder verwijzing naar dit onderzoek van Stolwijk, C.P.M. Cleiren, 'aant. 22 ad art. 1 Sv', in: A.L. Melai/M.S. Groenhuijsen e.a. (red.), *Archief Wetboek van Strafvordering*: 'Deze overgangsbepalingen zien op nieuwe wetgeving die zich moeilijk in lopende strafzaken laat inpassen'.

6 Wet van 14 september 1995, *Stb*. 1995, 441.

7 De zaak die leidde tot HR 2 december 1997, *NJ* 1998/305 is hier in zekere zin illustratief: de vermelding in de dagvaarding van de wettelijke voorschriften waarbij het feit is strafbaar gesteld, komt de rechtszekerheid van de verdachte ten goede en kan bijdragen aan het inrichten van zijn procespositie. In zoverre kan de nieuwe wetgeving als gunstiger voor de verdachte worden betiteld.

8 Dat een parallel met art. 1 lid 2 Sr zich niet laat trekken, volgt reeds uit HR 29 november 1977, *NJ* 1978/239 m.nt. ThWvV.

9 Zie naast het reeds aangehaalde onderzoek van Stolwijk 1983 het overzicht in

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

onderdeel 5.4 van de conclusie van advocaat-generaal Knigge bij HR 11 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0146, *NJ* 2013/241.

10 Wet van 5 oktober 2006, *Stb*. 2006, 470.

11 Zie voorts bijvoorbeeld *Stb*. 2006, 330 (Wet OM-afdoening).

12 Gefaseerde inwerkingtreding kan, indien in een te laat stadium een misslag in de nieuwe wet is ontdekt, nuttig zijn met het oog op de reparatie van die misslag door een nieuwe wet.

13 Zie onderdeel 5.2.1 van de conclusie van advocaat-generaal Knigge bij HR 11 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0146, *NJ* 2013/241.

14 Dit voorbeeld is ontleend aan onderdeel 5.2.1 van de conclusie van advocaat-generaal Knigge bij HR 11 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0146, *NJ* 2013/241. Daar wordt ook het voorbeeld genoemd van een beperking van het recht van hoger beroep die niet van toepassing is in strafzaken waarin de inleidende dagvaarding voor de datum van inwerkingtreding is uitgebracht.

15 Onderdeel 5.2.1 van de conclusie bij HR 11 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0146, *NJ* 2013/241.

16 Onderdeel 5.2.3-5.2.4 van de conclusie bij HR 11 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0146, *NJ* 2013/241.

17 Onderdeel 5.2.2 van de conclusie bij HR 11 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0146, *NJ* 2013/241.

18 Onderdeel 5.4.12 van de conclusie bij HR 11 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0146, *NJ* 2013/241. Cursiveringen toegevoegd; MJB & TK.

19 Wet van 4 juli 2002, *Stb*. 2002, 355.

20 *Kamerstukken II* 2001/02, 28215, 3, p. 7.

21 Onderdeel 5.4.6 van de conclusie bij HR 11 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0146, *NJ* 2013/241.

22 *Stb*. 1925, 308.

23 Zie hierover onder meer T. Kooijmans, 'Het Openbaar Ministerie en de vervolging in het nieuwe Wetboek van Strafvordering', *RM Themis* 2017, p. 292-298.

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

24 *Stb*. 1993, 11. Zie J.L. van der Neut & J. Simmelink, 'Overgangsperikelen rond de "Pluk ze"-wetgeving', *DD* 1994, p. 59-68.

25 HR 11 oktober 1994, *NJ* 1995/156 m.nt. G. Knigge. In HR 28 november 1995, *NJ* 1996/383 m.nt. T.M. Schalken is met betrekking tot art. 94a Sv, dat de toentertijd nieuwe bevoegdheid tot conservatoire beslaglegging regelt, beslist dat deze bepaling sinds de datum van inwerkingtreding, 1 maart 1993, kan worden toegepast, ongeacht de datum waarop de betreffende zaak aanhangig is gemaakt en ongeacht de datum waarop het betreffende feit is gepleegd.

26 Een dergelijke werkwijze is ook gehanteerd op andere terreinen van het recht. Vgl. bijvoorbeeld L.C.A. Verstappen, 'Algemene inleiding overgangsrecht', in: M.J.A. van Mourik e.a., *Nieuw erfrecht. Overgangsrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 4-5.

27 Zie art. 1.6.2.2.1 en MvT Boek 1, p. 127-129.

28 Na inwerkingtreding van het gemoderniseerde wetboek zal het wettelijke verschoningsrecht ook gelden wanneer de getuige-levensgezel door de politie wordt gehoord; art. 1.6.2.2.1 zal als algemene bepaling van toepassing zijn op Titel 3.3 van Boek 2. Zie MvT Boek 2, p. 31.

29 Iets anders is, dat de wetgever het wenselijk kan achten om ook al vóór 1 januari 2026 de levensgezel het verschoningsrecht zoals (thans nog) vervat in art. 217 en art. 290 lid 5 Sv toe te kennen en om die reden – vooruitlopend op de inwerkingtreding van het gemoderniseerde wetboek – art. 217 Sv in dienovereenkomstige zin zou kunnen wijzigen.

30 Zie de voorschriften van Boek 2, Afdeling 5.4.2 en MvT Boek 2, p. 32-37. Zie nader L. Stevens, 'Wijzigingen in de regeling van het voorarrest: wordt het beter, slechter of gewoon anders?', *RM Themis* 2017, p. 348-352 en S. Meijer, 'Voorlopige vrijheidsbeperking vooropgesteld', *Platform Modernisering Strafvordering* 2018.

31 MvT Boek 2, p. 37: 'Met de invoering van het bevel tot voorlopige vrijheidsbeperking kan de schorsing van de voorlopige hechtenis komen te vervallen. Indien de rechter het voortduren van de voorlopige hechtenis niet langer noodzakelijk acht, maar het wel noodzakelijk vindt om maatregelen te treffen waarmee de risico's die kunnen zijn verbonden aan het in vrijheid stellen van de verdachte worden beheerst en beperkt, dan kan hij de voorlopige hechtenis opheffen en gelijktijdig een bevel tot voorlopige vrijheidsbeperking geven (…). Indien daar aanleiding voor is, kan het bevel tot vrijheidsbeperking weer worden opgeheven en kan de rechter opnieuw de voorlopige hechtenis van de verdachte

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

bevelen. Hiermee is voorzien in de functie die de schorsing van de voorlopige hechtenis thans nog heeft.'

32 Vgl. art. 80-88 Sv.

33 Wij laten het hier bij het noemen van deze mogelijkheden, in het besef dat deze nadere doordenking behoeven en erkennende dat mogelijk ook andere opties beschikbaar zijn.

34 Zie MvT Boek 4, p. 26-27 en G. Pesselse, 'Het verlofstelsel in hoger beroep is dood, leve het verlofstelsel', *Platform Modernisering Strafvordering* 2018.

35 Titel 4.1.1 van Boek 4.

36 MvT Boek 4, p. 4, 18-19.

37 Door de mededeling aan de officier van justitie op te vatten als een verzoek dat tot de voorzitter is gericht, zij het dat daarbij dan ook een doorzendplicht moet worden aanvaard.

38 Art. 4.1.1.3 en art. 4.1.1.5.

39 Vgl. art. 4.1.1.6 en MvT Boek 4, p. 13-14, 130-132.

40 Vgl. Asser-Vranken, *Algemeen Deel*, Zwolle: Tjeenk Willink 1995, p. 102: 'Ook met het overgangsrecht staat anticipatie op gespannen voet. In feite zet zij dit zelfs helemaal opzij. Dit moge dragelijk zijn ten aanzien van bepalingen met terugwerkende kracht, maar die zijn er niet of nauwelijks. Meestal kiest de wetgever voor onmiddellijke of voor uitgestelde werking. De keuze berust op een zorgvuldige afweging van de belangen van betrokkenen. Anticiperende beslissingen schieten hier dwars doorheen.'

41 Zie, telkens met nadere verwijzingen, Van Buchem-Spapens 1986, Asser-Vranken 1995, p. 102-110 en T. Groenewegen, *Wetsinterpretatie en rechtsvorming*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 127-131.

42 Vgl. in het bijzonder Asser-Vranken 1995, p. 103-106.

43 Het nieuwe recht is dan veeleer een argument voor een bepaalde uitleg, dat naast andere argumenten gewicht in de schaal legt. Vgl. het (subtiele) onderscheid tussen anticiperende toepassing en anticiperende interpretatie, zoals dat wordt gemaakt door Groenewegen 2006, p. 127-128.

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

44 Vgl. nader M.J. Borgers, *Bij nader inzien*, afscheidsrede VU Amsterdam, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

45 In dit verband wordt ook wel gesproken van neowetshistorische interpretatie (vgl. Groenewegen 2006, p. 123) of retrocipatie (vgl. H.J. Snijders, *Retrocipatie*, oratie UL, Deventer: Kluwer 1995).

46 Van Buchem-Spapens 1986, p. 45-55 noemt elf, ten dele aan de rechtspraak van de Hoge Raad ontleende vuistregels wanneer anticipatie wel en niet is aangewezen.

47 Te onderscheiden van anticipatie als rechterlijke interpretatiemethode is het benoemen door de rechter van een mogelijk aandachtspunt voor de modernisering van het Wetboek van Strafvordering. Vgl. HR 17 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:558: 'Het ligt op de weg van de wetgever de afweging te maken of de huidige wijze van compensatie, waarin het verdisconteren van verdragsschendingen betreffende de redelijke termijn zoveel mogelijk door middel van matiging van de sanctieoplegging geschiedt, geheel of ten dele dient te worden vervangen door een andersoortig stelsel van compensatie, bijvoorbeeld bestaande in een met de straf- of ontnemingszaak samenhangende, laagdrempelige procedure strekkende tot financiële genoegdoening van degenen die door die verdragsschendingen zijn getroffen, al dan niet als onderdeel van of aanvulling op de in het verband van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering voorziene procedure voor schadevergoeding na strafvorderlijk optreden.'

48 HR 4 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2242.

49 Advocaat-generaal Bleichrodt wijst overigens in onderdeel 15 van zijn conclusie voorafgaand aan dit arrest (ECLI:NL:PHR:2018:1197) op enkele meer recente wetswijzigingen waaruit kan worden afgeleid dat de wetgever heeft willen vasthouden aan de klachttermijn van art. 66 lid 1 Sr. Vgl. voorts HR 24 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:667, *NJ* 2018/311 m.nt. T. Kooijmans.

50 Vgl. voor een enigszins vergelijkbaar voorbeeld HR 4 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2248, waarin de Hoge Raad verwijst naar een ophanden zijnde wijziging van art. 63 Sr, maar daarop niet vooruitloopt.

51 HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:592, *NJ* 2017/230 m.nt. T. Kooijmans. Zie ook HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:584, *NJ* 2017/229; HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:588; HR 10 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1121, *NJ* 2018, 345; HR 18 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2323.

52 Voor de officier van justitie gaat het, nu hij tevens opsporingsambtenaar is, om

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

art. 95 en 96 Sv, terwijl voor de rechter-commissaris art. 104 lid 1 Sv van belang is.

53 Zie het voorgestelde art. 2.7.4.2.1 en daarover MvT Boek 2, p. 48-51. In dit verband kan nog worden gewezen op de beschouwingen en de voorstellen van de Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk in het rapport *Regulering van opsporingsbevoegdheden in een digitale omgeving*, 2018.

54 Vanuit het perspectief van de wetgeving kan erop worden gewezen dat het conceptwetsvoorstel in februari 2017 ter consultatie in omloop is gebracht, terwijl de smartphone-arresten door de Hoge Raad zijn gewezen op 4 april 2017, waardoor de daarin tot uitdrukking gebrachte normering van het onderzoek aan smartphones door de minister niet in de afwegingen ter zake van het conceptwetsvoorstel konden worden betrokken.

55 Zie MvT Boek 4, p. 33-51 en nader over de voorstellen B. de Wilde, 'De beoordeling van getuigenverzoeken volgens het voorgestelde Wetboek van Strafvordering. Een beweging naar voren?', *RM Themis* 2018, p. 180-190. Vgl. ook B. de Wilde, 'De bewijsregeling in het concept-Wetboek van Strafvordering', *Platform Modernisering Strafvordering* 2018.

56 Vgl. M.J. Borgers, 'Het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering: beginselen en uitgangspunten', *RM Themis* 2017, p. 279-290 en A. Das, 'De codificatie van rechtsbeginselen in het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering', *Platform Modernisering Strafvordering* 2018.

57 Vgl. het verschil tussen heuristische en legitimerende anticipatie zoals omschreven door Van Buchem-Spapens 1986, p. 16-17. Het enkel betrekken van de voorstellen in het kader van de modernisering in de zoektocht naar mogelijke antwoorden op de voorliggende rechtsvraag, kan worden aangemerkt als heuristische anticipatie. Eerst wanneer aan zo'n voorstel daadwerkelijk een argument wordt ontleend ten gunste van de gekozen beantwoording is sprake van legitimerende anticipatie.

58 Hoewel anticiperende interpretatie door elke rechter kan geschieden, valt er vanuit het oogpunt van rechtseenheid het nodige voor te zeggen wanneer met name de Hoge Raad het tot zijn taak rekent op dit vlak de lijnen uit te zetten. Vgl. in deze zin Van Buchem-Spapens 1986, p. 59.

59 Bij een dergelijke co-existentie laat zich nog denken dat, als de keuze zou worden gemaakt om bepaalde zaken in één of meer opzichten nog volgens het oude recht af te doen, het oude recht zo nodig nog 'tussentijds' kan worden gewijzigd. Al

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

kan dat uiteraard, voor de toepassing van dat gewijzigde oude wetboek, weer nieuwe vragen van overgangsrechtelijke aard teweegbrengen.

60 Daarbij kan de literatuur behulpzaam zijn, wanneer in beschouwingen over voorgestelde veranderingen ook mogelijke overgangsproblemen worden aangestipt.

Trefwoorden: **overgangsrecht, anticipatie, rechterlijke anticipatie, modernisering strafvordering**