

University of Groningen

Gratie: een bestuursbevoegdheid getoetst

Bröring, H.E.; van Hattum, W.F.

Published in:
 Nederlands Tijdschrift voor Strafrecht

DOI:
[10.5553/NTS/266665532021002001003](https://doi.org/10.5553/NTS/266665532021002001003)

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

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

Publication date:
 2021

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

Citation for published version (APA):

Bröring, H. E., & van Hattum, W. F. (2021). Gratie: een bestuursbevoegdheid getoetst: Een beschouwing naar aanleiding van het arrest van de Hoge Raad van 6 november 2020. *Nederlands Tijdschrift voor Strafrecht*, 2021(1), 6-19. ???articleNumberLabel??? NTS 2021/3.
<https://doi.org/10.5553/NTS/266665532021002001003>

Copyright

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

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

Take-down policy

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

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

Artikel

Gratie: een bestuursbevoegdheid getoetst

Een beschouwing naar aanleiding van het arrest van de Hoge Raad van 6 november 2020

Prof. mr. dr. H.E. (Herman) Bröring en mr. dr. W.F. (Wiene) van Hattum*

NTS 2021/3

6

1. De Hoge Raad en gratie

De civiele kamer van de Hoge Raad heeft zich onlangs moeten uitspreken over de vraag hoe ver de bevoegdheid van de burgerlijke rechter reikt als hem gevraagd wordt naar de rechtmatigheid van de afwijzing van een gratieverzoek, in het bijzonder het gratieverzoek van een levenslanggestrafte.¹ Het komt niet alledag voor dat de Hoge Raad op deze wijze bij een gratiebeslissing wordt betrokken en een dergelijke gang naar de hoogste rechter zal de ontwerpers van de Gratiwet niet gauw voor ogen hebben gestaan. Van oudsher heeft de Hoge Raad in de gratieprocedure namelijk een *adviestaak* en niet de rol van ‘scheidrechter’. Als de zaak ingewikkeld of lastig was of als het ging om een zeer zware straf, zoals de levenslange gevangenisstraf, placht de Kroon (of de minister) de Hoge Raad om advies te vragen.² Deze mogelijkheid van het invoeren van het advies van de Hoge Raad bestaat nog steeds, zie artikel 11 Gratie-

wet. Van dit artikel wordt echter al decennia geen gebruik meer gemaakt.³ Ook in de onderhavige gratieprocedure heeft de minister dat niet gedaan, hoewel er rechtsvragen aan de orde zijn én het de zwaarste straf betreft die Nederland kent. Men zou, met de minister,⁴ eenvoudig kunnen stellen dat het raadplegen van de Hoge Raad in onbruik is geraakt, maar er is meer aan de hand. Waar het in het verleden gebruikelijk was dat bestuur en rechterlijke macht in overleg tot een evenwichtige beslissing probeerden te geraken naar aanleiding van een gratieverzoek, is nu sprake van een conflictsituatie. De onderhavige procedure moet naar ons idee dan ook worden gezien als een symptoom van een verstoorde verhouding tussen rechter en minister in de gratieprocedure. De Hoge Raad lijkt de verhouding te willen herstellen met een arrest dat de bevoegdheid van de rechter tot het bijsturen van de minister mogelijk maakt. Een en ander zal hierna worden toegelicht.

In de zaak die voorlag – het betreft hier een gratieverzoek van de dader van de schietpartij in het Koetsiertje in Delft, 1983⁵ – had de rechter⁶ de Koning geadviseerd het gratieverzoek toe te wijzen. De levenslange gevangenisstraf kon naar het oordeel van de rechter dus worden

* Prof. mr. dr. H.E. Bröring is hoogleraar bestuursrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen. Mr. dr. W.F. van Hattum is verbonden aan de Vakgroep Strafrecht en Criminologie van de Rijksuniversiteit Groningen en voorzitter van het Forum Levenslang.

1. HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1747. De civiele kamer was voor de gelegenheid mede samengesteld uit twee leden van de strafkamer.
2. Zie nader W.F. van Hattum, ‘Van gratie naar herbeoordeling. Over de verkorting van de levenslange gevangenisstraf’, *DD* 2017/25, par. 2.

3. Mogelijk was de laatste keer dat het advies van de Hoge Raad werd ingeroepen in 1972, inzake de Drie van Breda; brief van de Minister van Justitie van 16 februari 1972, *Kamerstukken II* 1971/72, 11714, nr. 1.

4. *Aanhangsel Handelingen II* 2014/15, nr. 198, antwoord op vraag 10.

5. Zie over eerdere procedures van deze levenslanggestrafte tegen de Staat: G. de Jonge, ‘Levenslang en toch op vrije voeten. Hoe de staatssecretaris spijt kreeg van de toepassing van artikel 13 Sr’, *AA* april 2015. Voor een volledige lijst van alle procedures die door deze veroordeelde tegen de Staat zijn gevoerd, en nog voert, zie forumlevenslang.nl, nieuwsbericht 15 december 2020.

6. De rechter die in de gratieprocedure het advies uitbrengt is in beginsel het gerecht dat de betrokkene destijds veroordeeld heeft, zie art. 4 Gratiwet.

beëindigd en wel omdat naar zijn oordeel de verdere tenuitvoerlegging van de straf geen redelijk doel meer dient.⁷ De Kroon (lees: de minister⁸) had het verzoek echter afgewezen. Aan de van het advies afwijkende beslissing lag de overweging ten grondslag dat vergelding en recidivegevaar nog actuele strafdoelen zijn. Betrokkene was het met die afwijzing niet eens en had de kwestie voorgelegd aan de voorzieningenrechter. Deze had de minister opgedragen zijn beslissing te herroepen; gezien het advies van het adviserend gerecht achtte hij de door de minister opgegeven redenen om het gratieverzoek af te wijzen niet voldoende draagkrachtig.⁹ De afwijzing leed met andere woorden in de ogen van de voorzieningenrechter aan een motiveringsgebrek. In appel oordeelde het hof dat de door de minister aangevoerde redenen de afwijzing weliswaar niet konden dragen, maar dat het gelet op het karakter van de Gratiewet niet past om de Staat op te dragen een nieuwe beslissing te nemen. In plaats daarvan beval het hof de Staat het inmiddels ingediende nieuwe gratieverzoek in behandeling te nemen en daarover binnen vier maanden te beslissen.¹⁰ Echter, indien de minister ook dit verzoek vervolgens weer zou willen afwijzen, moest hij wel met nieuwe argumenten komen, om precies te zijn, met '(nieuwe) feiten en omstandigheden waarmee het gerecht dat de straf of maatregel heeft opgelegd in zijn advies over het gratieverzoek geen rekening heeft gehouden'.¹¹ Tegen deze uitspraak stelde zowel de Staat als de betrokkene cassatieberoep in.

De Staat stelde dat de burgerlijke rechter de nadere, beperkende, eis van nieuwe feiten en omstandigheden niet mocht stellen; de veroordeelde stelde dat de burgerlijke rechter de Staat wel degelijk mag bevelen een afwijzende beslissing op een gratieverzoek te herroepen. De zaak draaide dus enerzijds om de vraag welke ruimte de minister heeft om af te wijken van het advies dat de strafrechter in de gratieprocedure heeft uitgebracht en anderzijds om de vraag welke ruimte de burgerlijke rechter heeft om de Staat te bevelen zijn beslissing te herzien.

De kwestie roept behalve vragen naar de ruimte van de minister en die van de burgerlijke rechter ook de vraag op naar de houdbaarheid van het mechanisme voor de herbeoordeling van de verdere tenuitvoerlegging van een levenslange gevangenisstraf.¹² Dit onderwerp komt

in onze beschouwing slechts zijdelings aan bod. In dit artikel proberen wij vooral om vanuit bestuursrechtelijk perspectief meer greep te krijgen op de aard van de gratiebevoegdheid en de consequenties daarvan voor de rechterlijke toetsing. Wij vatten eerst het arrest van de Hoge Raad van 6 november kort samen (par. 2). Dan vervolgen wij met een uiteenzetting omtrent de aard van de gratiebevoegdheid (par. 3). Vanuit deze analyse behandelen wij de vraag welke ruimte de minister heeft om af te wijken van het advies van het adviserend gerecht (par. 4) en de ruimte van burgerlijke rechter om de beslissing van de minister te toetsen (par. 5). Hierbij gaan we ook in op een op 17 november 2020 gewezen arrest van het Hof Den Haag, waarin dit hof toepassing geeft aan onderhavig arrest van de Hoge Raad. Hierna volgen enkele conclusies en aanbevelingen (par. 6).

2. Het arrest van de Hoge Raad van 6 november 2020

Om het veld af te bakenen waarbinnen de eerste vraag naar het oordeel van de Hoge Raad beantwoord moet worden, de vraag naar de ruimte van de minister om af te wijken van het advies dat de strafrechter in de gratieprocedure uitbrengt, slaat de Hoge Raad drie piketpaaltjes: de betekenis van artikel 3 EVRM voor de tenuitvoerlegging van de levenslange gevangenisstraf, de tenuitvoerlegging van de levenslange gevangenisstraf in Nederland volgens de huidige regelgeving, en het 'nemen van gratiebeslissingen en de beoordeling daarvan door de rechter'. De Hoge Raad hanteert hierbij niet mede een bestuursrechtelijke invalshoek, wat niet voor zich spreekt, zoals wij in paragraaf 3 zullen laten zien.

Voor de betekenis van artikel 3 EVRM grijpt de Hoge Raad terug op de zaak *Murray tegen Nederland*, in het bijzonder de paragraaf waarin het EHRM uiteenzet aan welke eisen het vereiste mechanisme voor de beoordeling van de verdere tenuitvoerlegging van een levenslange gevangenisstraf (*review mechanism* of herbeoordelingsprocedure) moet voldoen.¹³ Voor een beschrijving van de wijze van tenuitvoerlegging van de levenslange gevangenisstraf wijst de Hoge Raad op de in 2017 ingerichte herbeoordelingsprocedure en naar wat de Hoge Raad daarover heeft opgemerkt in zijn arrest van 19 december 2017.¹⁴ Voor 'het nemen van gratiebeslissingen en de beoordeling daarvan door de rechter' haalt de Hoge Raad passages aan uit de parlementaire geschiedenis van de Gratiewet, in het bijzonder die welke het gewicht van het gerechtelijk advies in de gratieprocedure beschrijven, en geeft hij weer hoe het

7. Deze grond staat in art. 2 Gratiewet. Op dit artikel wordt in par. 3 ingegaan.

8. Het betreft een afwijzing met koninklijke machtiging, dus een Kroonbeslissing. Deze bijzondere machtiging was in casu vereist omdat het gratieverzoek een levenslange gevangenisstraf betreft en dus een vrijheidsstraf van in totaal zes jaar of langer. Bovendien had het gerecht een positief advies uitgebracht. Beide omstandigheden vereisen, elk afzonderlijk, dat de bijzondere machtigingsprocedure wordt gevolgd, zie art. 8 lid 3 jo. lid 2 Gratiewet.

9. Rb. Den Haag 17 april 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:3769.

10. Hof Den Haag 6 mei 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1167.

11. De kwestie 'ex tunc' of 'ex nunc' laten we hier, omdat het daar niet over ging, en vanwege de lengte van het artikel, onbesproken.

12. Besluit Adviescollege levenslanggestraften, 25 november 2016, *Stcr.* 2016, 65365, zoals nadien gewijzigd.

13. EHRM 26 april 2016, nr. 10511/10 (*Murray/Nederland*), ECLI:CE:ECHR:2016:0426JUD001051110, par. 100, in HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1747, r.o. 3.3.

14. HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1747, r.o. 3.4.

advies van de rechter in de herbeoordelingsprocedure is ingebed.¹⁵

Op basis van de parlementaire bronnen stelt de Hoge Raad vervolgens vast dat het advies van de rechter ‘van zeer groot gewicht’ is, en in die zin ‘in beginsel leidend’ en dat alleen op basis van ‘bijzondere omstandigheden’, die in de beslissing moeten worden vermeld, van het advies mag worden afgeweken. Deze motiveringsplicht geldt volgens de Hoge Raad in het bijzonder als in voor de veroordeelde ongunstige zin wordt afgeweken van dat advies.¹⁶ Tot zover geen bijzonderheden; ook de Staat spreekt deze vaststellingen niet tegen.¹⁷ Wel is de volgende observatie nieuw. Uit de inrichting van het herbeoordelingsmechanisme volgt volgens de Hoge Raad dat het daarin *aankomt* op de vraag ‘of gelet op het gedrag en de ontwikkeling van de veroordeelde gedurende zijn detentie, en in aanmerking genomen de criteria genoemd in het Besluit Adviescollege levenslanggestraften, verdere tenuitvoerlegging van de levenslange gevangenisstraf niet langer gerechtvaardigd is’. Het advies van de strafrechter omtrent *deze vraag* komt naar het oordeel van de Hoge Raad bij het nemen van de beslissing ook een ‘zeer groot gewicht’ toe.¹⁸ De Hoge Raad benadrukt derhalve dat in de gevallen waarin de gratieprocedure de functie vervult van herbeoordelingsmechanisme in de zin van artikel 3 EVRM, het gerechtelijk advies op twee onderdelen van een ‘zeer groot gewicht’ is: als advies en daarenboven als oordeel over de centrale vraag waar het in de herbeoordelingsprocedure om draait, namelijk die naar het gedrag en de ontwikkeling van de veroordeelde gedurende zijn detentie. Dit grote gewicht van het gerechtelijk advies stelt extra hoge eisen aan de motivering van een beslissing als die afwijkt van dat advies.¹⁹ Ten slotte wijst de Hoge Raad erop dat de veroordeelde de vraag of de afwijking van zijn gratieverzoek genoegzaam is gemotiveerd, kan voorleggen aan de burgerlijke rechter; dat volgt uit de wetsgeschiedenis en uit het arrest van de Hoge Raad van 19 december 2017.²⁰

Op grond van deze vaststellingen oordeelt de Hoge Raad dat als de burgerlijke rechter tot het oordeel komt dat de afwijzende beslissing niet genoegzaam is gemotiveerd, deze de Staat kan veroordelen tot het nemen van een nieuwe beslissing, én dat de minister daarbij acht zal moeten slaan op de overwegingen in het vonnis. Indien de minister het gratieverzoek opnieuw zou willen afwijzen, mag die afwijking dan ook niet enkel op de eerder opgegeven redenen berusten, maar zal hij daarvoor (ook) nieuwe redenen moeten aanvoeren.²¹ Gezien het feit dat alleen mag worden afgeweken van het advies op basis van bijzondere omstandigheden, moet het dus in het

geval van een tweede afwijzing gaan om nieuwe argumenten met betrekking tot de bijzondere omstandigheden.²²

Hierna komt de Hoge Raad toe aan de behandeling van het cassatiemiddel waarin de vraag wordt gesteld of de burgerlijke rechter van de minister mag verlangen dat hij zich voor afwijking van het gerechtelijk advies uitsluitend baseert op ‘nieuwe feiten’. Deze eis mocht het hof niet stellen, zo oordeelt de Hoge Raad; daarvoor ziet hij geen aanknopingspunten in de wetsgeschiedenis, noch in de Gratiwet of enige andere rechtsregel.²³ De omstandigheid dat de beslissing op het gratieverzoek blijk geeft van *een andere weging* van feiten en omstandigheden die in het advies van het gerecht zijn betrokken, laat volgens de Hoge Raad onverlet dat het hof had moeten beoordelen ‘of de redenen die zijn opgegeven voor het niet verlenen van gratie en voor het afwijken van het advies van het gerecht dat de straf heeft opgelegd, de negatieve beslissing omtrent gratieverlening niet kunnen dragen’.

Samengevat heeft de Hoge Raad dus naar aanleiding van de klacht van de Staat enerzijds geoordeeld dat de vereiste bijzondere omstandigheid om te kunnen afwijken van het gerechtelijk advies van de strafrechter in de gratieprocedure niet ‘nieuw’ hoeft te zijn en anderzijds dat indien de minister na een bevel herroeping van de burgerlijke rechter opnieuw het gratieverzoek zou willen afwijzen in afwijking van het gerechtelijk advies, hij daarvoor niet uitsluitend dezelfde, en dus ook *nieuwe* redenen moet aanvoeren.

De tweede vraag (die naar de bevoegdheid van de burgerlijke rechter in het geval deze tot de conclusie is gekomen dat de negatieve beslissing van de minister onrechtmatig is omdat de opgegeven redenen de beslissing niet kunnen dragen), beantwoordde de Hoge Raad al in de aanloop naar de beantwoording van de eerste vraag. Het oordeel van de Hoge Raad is nu echter niet beperkt tot gratieverzoeken van levenslanggestraften, maar geldt voor elk gratieverzoek: de burgerlijke rechter mag de Staat opdragen de beslissing te (doen) herroepen mét inachtneming van het vonnis als hij tot het oordeel is gekomen dat de motivering niet voldoende draagkrachtig – en daarom onrechtmatig – is.²⁴ De opvatting dat een dergelijk bevel niet zou stroken met ‘het karakter van het gratie-instrument’, zoals het hof had overwogen, deelt de Hoge Raad dus niet.

Hiermee is de vraag beantwoord naar de formele eisen die door de burgerlijke rechter aan de beslissing kunnen worden gesteld. Het arrest biedt echter onvoldoende houvast voor de beantwoording van de vraag wanneer een afwijkende beslissing ‘genoegzaam’ is gemotiveerd en wat in dit verband ‘bijzondere omstandigheden’ zijn die afwijking van het gerechtelijk advies rechtvaardigen.

15. HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1747, r.o. 3.5.

16. HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1747, r.o. 3.5.3.

17. Zie de antwoorden van de minister op Kamervragen, *Aanhangsel Handelingen II* 2018/19, nr. 1992, vraag 2.

18. HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1747, r.o. 3.5.4.

19. HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1747, r.o. 3.5.5.

20. HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1747, r.o. 3.5.6.

21. HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1747, r.o. 3.5.6.

22. HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1747, r.o. 3.5.6 jo. 3.5.3.

23. HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1747, r.o. 3.6.2.

24. HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1747, r.o. 4.3.

Op deze vragen wordt in de volgende paragrafen ingegaan. Behalve op de aan hem voorgelegde rechtsvragen gaf de Hoge Raad ook nog ongevraagd twee aanwijzingen. De ene is een aanwijzing voor de Kroon en betreft de voorbereiding van het gratiebesluit (zie par. 5.3), de andere is gericht aan de burgerlijke rechter en biedt deze de vrijheid om indien nodig de verdere tenuitvoerlegging van een levenslange gevangenisstraf te (doen) beëindigen (zie par. 5.5).

3. De gratiebevoegdheid vanuit bestuursrechtelijk perspectief

3.1 Bevoegdheidsstructuur: gebonden of discretionaire bevoegdheid?

Het draait in deze zaak om de toetsing door de burgerlijke rechter van het besluit van een bestuursorgaan, in casu de Kroon, c.q. de minister. De beslissing van de minister is gebaseerd op een aan hem in artikel 2 Gratiwet geattribueerde bestuursbevoegdheid. De Algemene wet bestuursrecht (Awb) is, zo kan uit artikel 1:6 van deze wet worden afgeleid, niet van toepassing op gratiebeslissingen en in samenhang daarmee is geen beroep bij de bestuursrechter mogelijk.²⁵ Dat doet echter niet af aan het bestuursrechtelijke karakter van de gratiebeslissing. Voor het bepalen van de indringendheid van de rechterlijke toetsing en van de ruimte van de minister om van het gerechtelijk advies in de gratieprocedure af te wijken is daarom primair de aard van de betrokken bestuursbevoegdheid van belang. Die aard is vaak wel, maar niet altijd eenvoudig te achterhalen. Uitgangspunt is de structuur van de bestuursbevoegdheid. In het algemeen kenmerkt de bevoegdheidsstructuur zich door de aanwezigheid van een of meer bevoegdheidsvoorwaarden (X) en een of meer normen over óf de bevoegdheid mag of moet worden uitgeoefend (Y1) en hóe dat dan dient te gebeuren (Y2). Bevoegdheidsvoorwaarden (X) kunnen vaag zijn en daarom een concretisering vergen. Enerzijds kan het gaan om discretionaire – subjectief, beleidsmatig in te vullen – elementen (beoordelingsvrijheid); anderzijds kan sprake zijn van vage – objectief, juridisch in te vullen – rechtsnormen (beoordelingsruimte).²⁶ In geval van *beoordelingsvrijheid* is in beginsel een terughoudende opstelling van de rechter aangewezen, in geval van *beoordelingsruimte* een indringende tot volle toetsing. In het laatste geval is de vraag of aan de bevoegdheidsvoorwaarden is voldaan immers een rechtsvraag.

Aangenomen dat aan de bevoegdheidsvoorwaarden is voldaan, spreekt men van *beleidsvrijheid* wanneer het bestuursorgaan de vrijheid heeft om al dan niet gebruik van de bevoegdheid te maken (Y1, ‘óf-beleidsvrijheid’).

Vaak gaat het dan over een zogenoemde ‘kan-bepaling’. Daarnaast kan er *beleidsvrijheid* zijn op het punt van de vraag hoe dat dan te doen. Dit betreft bijvoorbeeld de aan het besluit te verbinden voorschriften (Y2: ‘hóe-beleidsvrijheid’). Als bekend is in geval van *beleidsvrijheid*, net als bij *beoordelingsvrijheid*, in beginsel een terughoudende opstelling van de rechter aangewezen. De vraag of en in hoeverre sprake is van *beoordelingsruimte* dan wel *beoordelingsvrijheid* en *beleidsvrijheid* is een kwestie van wetsinterpretatie aan de hand van de gebruikelijke interpretatiemethoden. Gelet op de rechtszekerheid vormt de grammaticale methode het startpunt. Daarnaast legt de wetshistorische methode veel gewicht in de schaal: ‘de wil van de wetgever’. Deze wil is echter niet altijd gemakkelijk te reconstrueren, omdat ‘de wetgever’ uit verschillende entiteiten bestaat die deels op verschillende momenten in het wetgevingsproces hun inbreng hebben.

De eerder vermelde aan de minister geattribueerde bestuursbevoegdheid in artikel 2 Gratiwet luidt: ‘Gratie kan worden verleend (...) b. indien aannemelijk is geworden dat met de tenuitvoerlegging van de rechterlijke beslissing of de voortzetting daarvan geen met de strafrechtstoepassing na te streven doel in redelijkheid wordt gediend.’²⁷ De bevoegdheidsvoorwaarde (‘indien aannemelijk is’) is naar onze overtuiging een kwestie van *beoordelingsruimte*. De (geobjectiveerde) terminologie – de grammaticale interpretatiemethode – wijst daarop, terwijl er in de wetsgeschiedenis geen aanwijzingen zijn voor de aanname van *beoordelingsvrijheid*. Dit betekent dat de burgerlijke rechter, wanneer de minister een van het adviserend gerecht afwijkende beslissing neemt, indringend moet beoordelen of aan de bevoegdheidsvoorwaarde is voldaan. Tegelijkertijd is, afgaande op de wettekst, sprake van een kan-bepaling, wat wijst op *beleidsvrijheid* en dus in beginsel een terughoudende toetsing door de rechter. Dit betreft zowel de óf-vrijheid als de hóe-vrijheid; bij dit laatste valt te denken aan onder meer de omzetting van levenslange naar tijdelijke gevangenisstraf (hoe lang?) en aan gratieverlening te verbinden (bijzondere) voorwaarden of voorschriften (welke?).

In casu stelt de Grondwet dat de bevoegdheid niet wordt uitgeoefend dan na advies van een bij de wet aangewezen gerecht. Dat geeft op zichzelf al veel gewicht aan het gerechtelijk advies.²⁸ De Gratiwet, waarin de advisering door de rechter wordt geregeld, wijst daartoe de strafrechter aan die destijds de straf heeft opgelegd. We hebben dus te maken met een door de *Grondwet* voorgeschreven advies dat moet worden uitgebracht door de *bij uitstek deskundige* op het terrein waarop het advies wordt uitgebracht, te weten, de straf-

25. De Gratiwet wordt niet genoemd in art. 2 van de Bevoegdheidsregeling, die de ingevolge art. 8:5 Awb van beroep bij de bestuursrechter uitgezonderde besluiten weergeeft. Gelet op art. 1:6 Awb hoeft zij ook niet te worden genoemd.

26. Wij hanteren de traditionele terminologie. Zie verder voetnoot 31.

27. De a-grond in art. 2 Gratiwet laten we buiten beschouwing omdat die anders dan de b-grond niet geschreven is met het oog op de verkorting van (levens)lange gevangenisstraffen, waar het in deze kwestie om gaat, al kan ook de a-grond zich in dergelijke zaken voordoen.

28. Art. 122 Gw. Zie voorts D.J.G.J. Cornelissen, ‘Het advies van de rechter in de gratieprocedure levenslanggestraften’, in: *De vrijheidsstraf*, WODC 2013, afl. 2, xp. 50-63 over de historische achtergrond van het gerechtelijk advies.

rechtstoepassing. Een advies van een strafrechter ter invulling van in strafrechtelijke terminologie geformuleerde beoordelingsruimte – vergelijk artikel 2 Gratiwet voor zover aangehaald – zal de minister kortom weinig ruimte geven om van dat advies af te wijken. De ruimte om van het advies af te wijken ligt anders waar het gaat om beleidsvrijheid ('kan-bepaling'), omdat dan een bestuurlijke belangenafweging vooropstaat.

Voor een juist begrip van de bevoegdheidsstructuur wijzen wij op een aantal belangrijke nuanceringen. De eerste is dat het onderscheid tussen beoordelingsruimte en beoordelingsvrijheid niet zwart-wit is maar, in veel gevallen, een kwestie van meer of minder.²⁹ Zo kan het weliswaar zijn dat de wetgever de invulling van een vage term bewust aan de rechter heeft overgelaten (indicatie voor de aanname van beoordelingsruimte), maar dat de rechter zelf (nog) niet goed in staat is de vage norm geheel in te vullen. Dan kan het aangewezen zijn enige ruimte aan het bestuursorgaan te laten. Deze redenering wordt onder meer gevolgd waar er risicoschattingen (met betrekking tot bijvoorbeeld gevaar voor het milieu) en prognoses (over bijvoorbeeld de toekomstige verkeersontwikkeling) in het geding zijn.³⁰ Wanneer echter adviezen ter zake zijn uitgebracht (denk aan gedragsdeskundige rapportage, maar ook aan een wettelijk, gerechtelijk advies), zullen deze op grond van eisen van zorgvuldigheid en motivering in de besluitvorming veel gewicht in de schaal leggen. Daarmee is de speelruimte voor het bestuursorgaan sterk ingeperkt. De tweede nuancering is dat de *beoordelingsvrijheid* dan wel *beleidsvrijheid* doorgaans in meerdere of mindere mate is ingevuld met beleidsregels of een andere vorm van beleid, zoals een vaste gedragslijn. Als dat het geval is, neemt de toetsing aan dat beleid een centrale plaats in de rechterlijke toetsing in. Alleen de toetsing van (de inhoud van) het beleid zelf is dan in beginsel terughoudend, niet ook de toetsing van de toepassing van het beleid. De derde nuancering is dat de toetsing van het beleid c.q. de belangenafweging zelf alleen een marginale toetsing is waar het gaat om de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel. In het algemeen is een marginale toetsing niet aan de orde waar het gaat om andere beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het zorgvuldigheidsbeginsel of het motiveringsbeginsel. Laatstgenoemd beginsel omvat de eisen dat er überhaupt een motivering is, dat deze feitelijk juist is en dat de aan de beslissing gegeven motivering die beslissing moet kunnen dragen. Aan de eerste twee eisen – dat er een motivering is en dat deze feitelijk juist is – kan de rechter vol toetsen. Of een motivering voldoende draagkrachtig is, kan een weging van factoren betreffen, zodat de toetsing op dit punt trekken van een marginale toetsing kan hebben.³¹ Als op dit punt echter beleid of een

advies (waaronder een gerechtelijk advies) voorhanden is, dan is dát voor de indringendheid van de toetsing bepalend: het gaat dan om de (als regel niet terughoudend door de rechter te beoordelen) vraag naar de toepassing van het beleid of advies. Een vierde nuancering is dat de aard van de bevoegdheid mede afhankelijk is van de kenmerken en bijzonderheden van het rechtsgebied.³² Als het gaat om strafrechtstoepassing en detentie hoort daarbij geen discretionaire bevoegdheid zoals deze in een reguliere kan-bepaling wordt gelezen; zeker in die context kan niet worden volstaan met een terughoudende rechterlijke toetsing.³³ Voor beslissingen in het kader van de Gratiwet aangaande een levenslange gevangenisstraf is voorts van belang dat de speelruimte voor bestuur (en rechter) door artikel 3 EVRM en daarop gebaseerde jurisprudentie aan beperkingen is gebonden. Tegen deze achtergrond constateren wij dat artikel 2 Gratiwet niet gelukkig is geformuleerd: er is sprake van tweeslachtigheid, waarbij geprobeerd is kool ('gratie is een gunst', politiek) en geit ('gratieverlening mag niet willekeurig zijn', recht) te sparen. Zie voor deze tweeslachtigheid eveneens de plaatsing van het gratievoorschrift in de Grondwet in hoofdstuk 6 Rechtspraak, in plaats van in hoofdstuk 5 Wetgeving en bestuur: de centrale functie lijkt rechtstoepassing te zijn, maar de eindbeslissing is aan de Kroon opgedragen. Gekozen is voor een kan-bepaling, die meer vrijheid voor het bestuursorgaan suggereert dan in geval van rechtstoepassing aan de orde kan zijn.³⁴

Het valt op dat de Hoge Raad, evenmin als eerder andere rechters in gratiezaken, geen onderscheid maakt tussen de bevoegdheidsvoorwaarde (X) en eventuele beleidsvrijheid (Y1 en Y2). Blijkens een gratiebeslissing van 20 december 2019 doet de minister dat wel. Het betreft een beslissing van de minister op het volgende gratieverzoek van de levenslanggestrafte in de onderhavige zaak (het gratieverzoek waarop de minister binnen vier maanden diende te beslissen), en op dit gratieverzoek de *tweede* beslissing, nadat hij de eerste beslissing in opdracht van de voorzieningenrechter (opnieuw) had moeten herroepen.³⁵

heeft vervangen door het gebruik van resp. de termen gebonden beoordelingsruimte, beoordelingsruimte en beleidsruimte (met als overkoepelende term beslissingsruimte). Aldus zou volgens de Afdeling het – nog altijd wijdverbreide – misverstand worden weggenomen dat de bestuursrechter slechts marginaal toetst. Zie Jaarverslag Raad van State 2017, p. 61.

29. En daarmee van een glijdende schaal (die bovendien in de tijd dynamisch kan zijn). Wij werken dit niet nader uit.

30. In geval van onzekerheid kan het verzorgingsbeginsel van toepassing zijn en de rechter houvast geven om de knoop door te hakken.

31. Het is in dit licht dat de Afdeling bestuursrechtspraak het gebruik van de termen beoordelingsruimte, beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid

32. R. Ortlep & W. Zorg, 'Van marginale rechterlijke toetsing naar toetsing op maat: einde van een geconditioneerde respons?', AA januari 2018, p. 20-25.

33. Vgl. de discretionaire bevoegdheid om een bestuurlijke boete op te leggen. Daar is wel sprake van beleidsvrijheid Y1 (overeenkomstig het opportuniteitsbeginsel), maar niet van beleidsvrijheid Y2: de (bestuurs)rechter beoordeelt de hoogte van de opgelegde boete vol (is de opgelegde boete passend en geboden?).

34. De keuze voor een kan-bepaling kan een historische achtergrond hebben (gratieverlening oorspronkelijk als prerogatief van het bestuur c.q. de Kroon; met veel – exclusieve – beleidsvrijheid, waarbij zelfs het verbod van willekeur geen rol speelt).

35. Zie voor een overzicht van alle (25) procedures die de betrokken levenslanggestrafte tot nu toe heeft gevoerd om een positieve beslissing op zijn gratieverzoek dichterbij te brengen het nieuwsbericht van

‘Uw verzoek dient (...) beoordeeld te worden tegen de achtergrond van artikel 2 onder B van de Gratiwet. Dat wil zeggen dat eerst beoordeeld dient te worden of aannemelijk is geworden dat met de tenuitvoerlegging van de rechterlijke beslissing of de voortzetting daarvan geen met de strafrechtstoepassing na te streven doel in redelijkheid wordt gediend. Ondanks mijn eerdere opvattingen en de niet eensluidende adviezen daarover heeft de rechter in kort geding dusdanige kaders geschetst dat ik geen argumenten meer heb om te betogen dat niet aan artikel 2 onder B van de Gratiwet is voldaan. Ik leg mij daarom neer bij de meerderheid van de adviezen dat met de tenuitvoerlegging van de rechterlijke beslissing of de voortzetting daarvan geen met de strafrechtstoepassing na te streven doel in redelijkheid wordt gediend. Dat wil echter niet zeggen dat daarmee automatisch tot gratieverlening overgegaan moet worden. De wet zegt immers dat als aan onderdeel B is voldaan gratie “kan” worden verleend. Er is derhalve ook dan nog sprake van een discretionaire bevoegdheid waarbinnen de kroon ruimte toekomt om een belangenafweging te maken met inachtneming van eisen van rechtvaardigheid, humaniteit en doelmatigheid.

Daarbij dien ik de belangen van de maatschappij en de slachtoffers/nabestaanden enerzijds af te wegen tegen uw belang anderzijds. Ten aanzien van het maatschappelijk belang overweeg ik dat gratieverlening in casu tot grote maatschappelijke verontwaardiging zal leiden. Uit het eerder uitgevoerde slachtofferonderzoek is bovendien bekend dat de nabestaanden het verlies van hun dierbare nog lang niet verwerkt hebben. Bij hen zal gratiëring op groot onbegrip stuiten. Daartegenover staat uw belang om uw leven in vrijheid te kunnen vervolgen. Daarbij merk ik op dat u door het verloop van uw detentie feitelijk al zo goed als vrij bent. Voor u is gratieverlening derhalve een belangrijke stap qua formele status maar het materiële effect ervan is voor u beperkt.

Naar mijn mening is voor u daarmee geen sprake (meer) van een inhumane of onrechtvaardige situatie. Als ik de in deze betrokken belangen tegen elkaar weeg dan ben ik van mening dat uw (nog beperkte) belang bij gratiëring op dit moment in redelijkheid niet opweegt tegen de belangen van maatschappij, slachtoffers en nabestaanden.’

Dit uitvoerige citaat wordt gerechtvaardigd omdat de redenering die de minister volgt overeenkomt met de bevoegdheidsstructuur van artikel 2, aanhef en onder b Gratiwet zoals wij deze opvatten. Het draait allereerst om de vraag of aan de bevoegdheidsvoorwaarde is voldaan. Zo ja, dan komt daarna de vraag naar de materiële belangenafweging in het kader van beleidsvrijheid Y1 aan de orde. In de aangehaalde zaak staat de minister

voor het voldongen rechtsoordeel dat aan de bevoegdheidsvoorwaarde is voldaan (de rechter heeft op dit punt het laatste woord). Vervolgens ziet hij in het kader van de (discretionaire) kan-bepaling beleidsvrijheid, in het raamwerk waarvan hij tot een belangenafweging kan komen. De wettelijke formulering wijst – voor wat betreft Y1³⁶ – inderdaad op beleidsvrijheid.³⁷ Kort en goed komt het hierop neer dat er sprake is van een combinatie van beoordelingsruimte en beleidsvrijheid.

3.2 Beoordeling van een beroep op de kan-bepaling

Zoals we hiervoor zagen, mag de rechter de bestuurlijke invulling van beoordelingsruimte indringend tot vol toetsen. Maar hoe dient hij om te gaan met de beleidsvrijheid (Y) die de minister toekomt? Weliswaar kan geen sprake zijn van een ‘volle toetsing’ in die zin dat de rechter de minister in alle opzichten mag overrulen,³⁸ maar tegelijkertijd is duidelijk dat de rechterlijke toetsing veel verder gaat dan slechts een marginale toetsing. Zo is de bestuursbevoegdheid doelgebonden, zodat oneigenlijke beleidsmatige overwegingen geen rol mogen spelen. In zoverre mag de rechter, nu het gaat om een toetsing aan (de grenzen van) de wet, vol beoordelen.³⁹

Ons zijn op het specifieke terrein van gratieverlening aan levenslanggestraften geen beleidsregels bekend waaraan de minister ingevolge artikel 4:84 Awb⁴⁰ gebonden is. Maar de minister is ook gebonden aan andere vormen van beleid, zoals beleid dat tot uitdrukking komt in een vaste gedragslijn (‘precedenten’). Zo was het vaste gewoonte dat de minister op basis van een actief beleid gratie verleende aan levenslanggestraften na een detentieduur van niet meer dan 20 jaar, ‘zo dit mogelijk was’.⁴¹ Dit beleid is geruisloos verlaten. Een

36. Mogelijk ook voor wat betreft eventueel aan de gratieverlening te verbinden (bijzondere) voorwaarden en voorschriften (Y2). Zie ook art. 13 e.v. Gratiwet. Wij gaan op dit aspect niet nader in.

37. Anders had art. 2 Gratiwet beter kunnen luiden: ‘Gratie wordt verleend (...) b. indien aannemelijk is geworden dat met de tenuitvoerlegging van de rechterlijke beslissing of de voortzetting daarvan geen met de strafrechtstoepassing na te streven doel in redelijkheid wordt gediend.’

38. De toetsing van de uitoefening van beleidsvrijheid mag niet neerkomen op een zelfstandige rechterlijke herwaarderung van de belangen. De gedachte daarachter is dat waar de wetgever het bestuur vrijheid heeft gegeven voor eigen waardering en belangenafweging alleen de wetgever deze ruimte mag wijzigen. Een en ander houdt verband met de noodzaak van democratische controle, zie R. Ortlep & W. Zorg, ‘Van marginale rechterlijke toetsing naar toetsing op maat: einde van een geconditioneerde respons?’, AA januari 2018, p. 20-25, i.h.b. p. 23.

39. Zo mag geen gratie worden verleend ‘als collectieve maatregel ter verlichting van een noodsituatie bij het gevangeniswezen’. Zie MvA, Kamerstukken II 1986/87, 19075, nr. 6, p. 6.

40. Art. 4:84 Awb: Het bestuursorgaan handelt overeenkomstig de beleidsregel, tenzij dat voor een of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen.

41. Het beleid bestond in een aankondiging van de minister in 1957, een brief aan de media in 1975, vaste praktijk tot en met 2001, vastgelegd in een circulaire in 1978, waarnaar in de MvT 1984 wordt verwezen, zie W.F. van Hattum, ‘In de daad een mens. De gratieprocedure levenslanggestraften: departementaal beleid en magistratisch toezicht, vroeger en nu’, DD 2009, afl. 4, nr. 24, p. 325-352 en ‘Van Gratie naar her-

15 december 2020 op forumlevenslang.nl. De gratiebeslissing die nu wordt geciteerd, is opgenomen in Rb. Den Haag 6 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:866, r.o. 2.12.

nog steeds wel bestaande gedragslijn is dat de minister het advies van de rechter in beginsel leidend acht en hij daar slechts van afwijkt in geval van ‘bijzondere omstandigheden’⁴² (en dus niet in alle gevallen nog een volledige belangenafweging verricht). De minister ‘pleegt’ het advies dan ook te volgen.⁴³ Voorts is het voor zover ons bekend niet – althans niet sinds de Tweede Wereldoorlog – voorgekomen dat de minister zich op de kan-bepaling beroept. Bovendien is uit de jurisprudentie naar aanleiding van beslissingen van de minister die afwijken van het advies van de rechter af te leiden dat de beslissing zich concentreert op de aanwezigheid van een gratiebevoegdheid (X),⁴⁴ en niet op de of-beleidsvrijheid (Y1).⁴⁵ Ook uit de aan de orde zijnde casus van de betrokken levenslanggestrafte is af te leiden dat zowel in de advisering, de besluitvorming als de rechterlijke toetsing sterk de nadruk ligt op de vraag of aan de bevoegdheidsvoorwaarde is voldaan. In de onderhavige zaak werd in de afwijzende beslissing van 5 september 2019 (welke vooraf ging aan de hier geciteerde beslissing en die werd genomen naar aanleiding van het gratieverzoek waarop binnen vier maanden beslist diende te worden), ook nog geen beroep gedaan op de kan-bepaling.⁴⁶ Dit gebeurde dus voor het eerst twee maanden later (en 36 jaar na de veroordeling) in de hier uitvoerig geciteerde (tweede) afwijzing van hetzelfde gratieverzoek. Dat de minister zich nimmer, en in deze zaak dus ook nooit eerder, heeft beroepen op de kan-bepaling – wijst op de vaste gedragslijn dat de minister de bevoegdheidsvoorwaarde centraal stelt en niet zijn beleidsvrijheid of ‘kan-bepaling’. In deze zaak is het overigens merkwaardig dat de minister het kan-aspect pas in latere instantie oppakt. Uit een oogpunt van zorgvuldige besluitvorming – en een goede procesorde – zou men mogen eisen dat een bestuursorgaan meteen in zijn initiële besluit alle gronden meeneemt.

De wijziging van een (algemene) vaste gedragslijn is niet vrij. Met name hoort een dergelijke gedragslijn niet door middel van een (individuele) gratiebeslissing te worden gewijzigd. Immers, eisen van zorgvuldigheid, belangenafweging en motivering hebben voor algemene beleidsvorming onderscheidenlijk individuele beslissingen een verschillende relevantie (zo dienen bij een beleidswijziging meer factoren betrokken te worden dan de feiten en omstandigheden van een enkele concrete

casus). Voorts mag worden verlangd dat een koerswijziging van het beleid ten aanzien van levenslanggestrafte tijdig vooraf wordt bekend gemaakt.⁴⁷ Het is immers niet uitgesloten dat de rechter een andere straf zou hebben opgelegd als hij tevoren had geweten dat het beleid zou veranderen in een tenuitvoerlegging tot de dood er op volgt.⁴⁸ Iets anders is het wanneer in een individueel geval van een vaste gedragslijn wordt afgeweken. Want met een vaste gedragslijn is de beleidsvrijheid van de minister in het individuele geval niet geheel illusoir. Hij mag zich beroepen op ‘bijzondere omstandigheden’.

3.3 Bijzondere omstandigheden

Waar deze bijzondere omstandigheden te plaatsen? Nu wij de beoordeling van de bevoegdheidsvoorwaarde zien als een in hoofdzaak geobjectiveerde door de bij de wet aangewezen strafrechter te beoordelen toets, zijn ‘bijzondere omstandigheden’ naar onze opvatting uitsluitend niet-verdisconteerde omstandigheden, op grond waarvan toch niet tot gratieverlening wordt overgegaan (ondanks dat aan de bevoegdheidsvoorwaarde is voldaan). Hiermee is gezegd dat wij de kwestie van ‘bijzondere omstandigheden’ in de sfeer van de (discretionaire) beleidsvrijheid (Y) lokaliseren, en niet in de sfeer van de (gebonden) beoordelingsruimte (X). Met betrekking tot beoordelingsruimte, wetsuitleg en toetsing aan de wet is het nu eenmaal lastig om te spreken van bijzondere omstandigheden. De ‘bijzondere omstandigheden’ zullen ‘gewoon’ in het kader van de interpretatie van de wettelijke bevoegdheidsvoorwaarde moeten worden beoordeeld. Zowel (in eerste instantie) de minister als (in laatste instantie) de bestuursrechter of de burgerlijke rechter kan men daartoe in staat achten. De door ons in de sfeer van Y te lokaliseren bijzondere omstandigheden zijn omstandigheden die in het kader van belangenafweging volgens de minister meebrengen dat moet worden afgeweken van het algemene beleid dat reeds het voldoen aan de bevoegdheidsvoorwaarde gratieverlening rechtvaardigt.⁴⁹ Praktisch gesproken, gaat het om een ‘omgekeerde hardheidsclausule’, dat wil zeggen een hardheidsclausule niet in het belang van de verzoeker/burger, maar in het door het bestuursorgaan te dienen (algemeen) belang. Te denken valt bijvoorbeeld ‘de relatie met een bevriende staat’. Iets anders is de situatie dat de minister bepaalde omstandigheden van belang acht voor zijn beslissing maar dat de adviserende rechter zich in zijn advies ten onrechte niet daarover heeft uitgelaten. In dat geval

beoordeling. Over de verkorting van de levenslange gevangenisstraf, DD 2017/25, p. 239-260. Zie ook de conclusie van de plv. P-G Lange-meijer bij de onderhavige zaak, ECLI:NL:PHR:2020:709, nrs. 2.25-2.30.

42. *Aanhangsel Handelingen II* 2018/19, nr. 1992, antwoord op vraag 2.

43. *Kamerstukken II* 1971/72, 11714, nr. 1; dit beleid is niet gewijzigd, een dergelijke wijziging is althans niet bekend gemaakt, zie de wetgeschiedenis, par. 4.

44. Zie de lijst gerechtelijke uitspraken gepubliceerd op forumlevenslang.nl/nieuws/, 15 december 2020.

45. Wel adviseert het gerecht over de hoé-beleidsvrijheid (Y2, de mate van vermindering van de straf of het al dan niet toepassen van voorwaarden); dit onderwerp laten wij hier verder onbesproken.

46. Zie Rb. Den Haag 5 november 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11683, r.o. 2.17. Aan dit vonnis is met de in 3.1. geciteerde beslissing van 20 december 2019 uitvoering gegeven. Desalniettemin heeft de Staat hoger beroep ingesteld. Het Hof Den Haag heeft partijen op 19 januari 2021 verzocht dit appel in te trekken.

47. Anders heeft de beleidswijziging in een bepaald opzicht terugwerkende kracht, wat om redenen van rechtszekerheid onwenselijk is, zo niet onrechtmatig. Een complicatie is dat er veel tijd kan zitten tussen het door de rechter opleggen van de straf en een beleidswijziging. Wij laten dit aspect hier rusten.

48. Vgl. de conclusie van de plv. P-G Langemeijer bij de onderhavige zaak, ECLI:NL:PHR:2020:709, punt 2.29-2.31.

49. Hiermee geven wij aan dat de relativering van de rol van ‘bijzondere omstandigheden’ zoals deze voor de aan beleidsregels inherente afwijkingbevoegdheid is aangebracht (zie m.n. ABRvS 26 oktober 2016, AB 2016/447 m.nt. Bröring) niet zonder meer in onze argumentatie bruikbaar is. De betrokkenheid van een vaste gedragslijn in plaats van beleidsregels is daarbij een belangrijke factor.

moet de rechter dat alsnog doen: hij dient een nader advies uit te brengen, waartoe de minister hem in voorkomende gevallen uit een oogpunt van zorgvuldige voorbereiding dient uit te nodigen. Het gaat dan niet om ‘bijzondere omstandigheden’ in de sfeer van Y, maar om een aanvullende beoordeling met betrekking tot de vraag of aan de bevoegdheidsvoorwaarde (X) is voldaan.

Het is vaste jurisprudentie dat afwijking van beleidsregels ten nadele van de burger niet is geoorloofd; dan gaat het om situaties waarin een of meer derde-belanghebbenden ontbreken.⁵⁰ Dit geldt, in verband met het vertrouwensbeginsel voor beleidsregels, niet zonder meer ook voor een vaste gedragslijn. Wij menen daarom dat afwijking ten nadele van de verzoeker van het algemene, in het kader van Y gevoerde beleid niet is uitgesloten. Het bestuursorgaan, de minister, zal in dat geval duidelijk moeten maken waarom sprake is van een bijzondere omstandigheid en waarom de belangenafweging meebrengt dat in afwijking van het algemene beleid géén gratie wordt verleend. Dit impliceert een toetsing aan eisen van zorgvuldige voorbereiding en motivering, die in het licht van artikel 3 EVRM extra zwaar wegen.

De minister komt dus beleidsvrijheid toe, waarbij afwijking van de vaste gedragslijn niet op voorhand is uitgesloten. In het kader van zijn beleidsvrijheid heeft de minister – zie het aan het slot van paragraaf 3.1 weergegeven citaat – een afweging gemaakt tussen de belangen van de maatschappij en de slachtoffers/nabestaanden enerzijds en het belang van betrokkene anderzijds. Vanuit bestuursrechtelijk oogpunt is de gemaakte afweging op zichzelf goed te plaatsen. Kijken we echter naar de voorgeschiedenis van de thans bestaande vrijheden van de betrokken levenslanggestrafte, die volgens de minister een argument opleveren tegen gratieverlening, dan lijkt het redelijk dat ook die geschiedenis wordt meegewogen.⁵¹ Dit laatste is echter niet gebeurd. Bovendien gaat aan de vraag of de belangenafweging redelijk is nog een vraag vooraf: namelijk of wel aan de door de minister gemaakte belangenafweging wordt toegekomen. De belangen die de minister in het kader van zijn beleidsvrijheid aanvoert kunnen immers ook worden geplaatst in het licht van de vergelding en daarmee in de context van de bevoegdheidsvoorwaarde (X).⁵² Wij zijn kortom van mening dat de minister gelijk heeft waar hij de hem toekomende bevoegdheid ontleedt in een bevoegdheidsvoorwaarde en beleidsvrijheid. We betwijfelen echter of hij zijn bevoegdheid in dit geval correct heeft toegepast.

3.4 Tussenconclusie

Wij lezen in de bevoegdheidsbepaling in artikel 2 Gratiwet een combinatie van beoordelingsruimte (met indringende tot volle rechterlijke toetsing) en beleids-

vrijheid. Onze indruk is dat deze beleidsvrijheid is ingevuld met de vaste gedragslijn dat gratie wordt verleend wanneer aan de bevoegdheidsvoorwaarde is voldaan, tenzij sprake is van bijzondere omstandigheden die een weigering rechtvaardigen. Het is aan het bestuursorgaan om deze bijzondere omstandigheden aan te voeren, waarna de rechterlijke toetsing zich niet beperkt tot een marginale toetsing, nu tevens dient te worden getoetst aan zware eisen van zorgvuldigheid en motivering. Dit betreft de *afwijking* in een individueel geval van een vaste gedragslijn; niet de wijziging van het (algemene) beleid zelf, want daarvoor gelden andere spelregels.

Het valt op dat een analyse van de bevoegdheidsbepaling niet duidelijk in de jurisprudentie is te herkennen. In die jurisprudentie draait het (vrijwel) geheel om de bevoegdheidsvoorwaarde. Dan kan het als een duiveltje uit een doosje lijken wanneer de minister zich, na toegegeven te hebben dat aan de bevoegdheidsvoorwaarde is voldaan, opeens beroept op beleidsvrijheid. Maar volgens de wettekst heeft de minister die beleidsvrijheid ook. Echter, in het licht van de vaste gedragslijn zoals wij die waarnemen, in samenhang met de context van de bevoegdheidsvoorwaarde, is de beleidsvrijheid in concrete gevallen niet groot: alleen onder bijzondere omstandigheden mag de minister in afwijking van het gerechtelijk advies gratieverlening weigeren, en die weigering moet uiteraard de rechtmatigheidstoets kunnen doorstaan. In onze interpretatie van het stelsel gaat het bij gratieverlening vooral om rechtstoepassing, maar kunnen in uitzonderlijke situaties individuele beleidsoverwegingen de doorslag geven. Het is aan de minister om het uitzonderlijke van de situatie toe te lichten. In het onderstaande onderzoeken wij of en in hoeverre onze analyse steunt vindt in de wetsgeschiedenis.⁵³

4 De verhouding tussen de gratiebeslissing en gerechtelijk advies

4.1 De wetsgeschiedenis over de aard van de gratiebevoegdheid

De aard van de gratiebevoegdheid is uitvoerig aan de orde gekomen in de (voor)geschiedenis van de Gratiwet. Uit deze geschiedenis blijkt dat het parlement met de tweeslachtige aard van de gratiebeslissing heeft geworsteld. Zo benadrukten de bewindslieden enerzijds dat de gratiebeslissing een bestuursdaad is als alle andere, onderworpen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zoals het motiveringsbeginsel en het

50. Anders betekent afwijking ten nadele van de een, afwijking ten voordele van de ander.

51. Zie in dit verband de in noot 7 genoemde lijst van procedures die de veroordeelde heeft gevoerd om juist de vrijheden te verkrijgen die nu aan gratieverlening in de weg zouden staan.

52. Vgl. Rb. Den Haag 30 december 2020, ECLI ECLI:NL:RBDHA:2020:13710 (eindvonnis).

53. Die trouwens al niet meer van recente datum is. De verder rechtsontwikkeling, met name ook waar het gaat om het toenemend belang van fundamentele (EVRM-)rechten, zou bijvoorbeeld een argument zijn om aan de rechter een beslissende rol toe te kennen als het gaat om de verkorting van (levens)lange vrijheidsstraffen (thans geregeld in de tweede gratiegrond). Vergelijk het nader rapport, *Kamerstukken II 1984/85, 19075, C, p. 7.*

verbod van willekeur, en wezen zij, anderzijds, de mogelijkheid van beroep op de (bestuurs)rechter van de hand. Beroep op de rechter zou niet mogelijk zijn omdat de minister voor het advies van de rechter ‘niet politiek ter verantwoording (kan) worden geroepen’,⁵⁴ en omdat de wet (toen de Wet Arob) dat niet zou toestaan.⁵⁵ Een rechtsmiddel zou bovendien impliceren dat het verkrijgen van gratie een recht zou kunnen zijn, en die indruk wilden de bewindslieden bepaald vermijden.⁵⁶ Het recht van gratie was het recht (gunst) van de gratieverlener en niet een recht van de verzoeker. De verzoeker werd voldoende beschermd tegen willekeur door de gratiegronden, die zouden worden opgenomen in artikel 2 van de wet en het motiveringsvereiste in artikel 18.⁵⁷ Speciaal met het oog op de belangen van levenslanggestraften en langgestraften waren in de Gratiwet daarnaast nog twee waarborgen ingebouwd. Dat was ten eerste het vereiste van een bijzondere machtiging van de Kroon indien de minister het verzoek zou willen afwijzen en ten tweede de mogelijkheid van het inroepen van advies van de Hoge Raad.⁵⁸ Maar met name het advies van de in de wet aangewezen rechter werd verondersteld aan willekeur in de weg te staan.⁵⁹ Dat advies was volgens de Staatssecretaris van Justitie, die het wetsvoorstel in de Eerste Kamer verdedigde, behalve van ‘zeer groot gewicht’,⁶⁰ zelfs ‘praktisch doorslaggevend’ en ‘had consequenties voor de Kroon’.⁶¹ Gratie zou dus niet bij de rechter afdwingbaar zijn; in plaats daarvan lagen de noodzakelijke rechtswaarborgen ingebed in het besluitvormingsproces zoals beschreven in de wet. Mochten aan de gratiebeslissing zelf procedurele gebreken kleven, maar alleen dan, dan kon de burgerlijke rechter worden benaderd.⁶² Met name Eerste Kamerlid Glasz verzette zich tegen deze beperkte opvatting van de bewindslieden over het recht op rechterlijke toetsing. Hij betoogde volhardend dat gratiebeslissingen gewoon toepassing van regeringsbeleid waren en het standpunt van de bewindslieden daarom niet houdbaar was.⁶³ Hij noch de bewindsvrouw wilde echter over deze materie ‘de messen trekken’; de

jurisprudentie moest het maar uitmaken.⁶⁴ Daar is dan nu, na 33 jaar, voor het eerst sprake van.

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt overigens dat men in die jaren, de jaren tachtig van de vorige eeuw, maar met één mogelijkheid van willekeur rekening hield, namelijk die van willekeurig ingrijpen door de minister in het straftoemittingsbeleid van de rechter. Deze *mindset* kan worden toegeschreven aan de veelvuldige gratieverleningen sinds de Tweede Wereldoorlog.⁶⁵ Zo blijkt uit het debat dat de kwestie van de Drie van Breda de bewindslieden en de Kamerleden nog vers in het geheugen lag. Zo is ook te verklaren dat in de Kamerstukken steeds wordt benadrukt dat het gratieinstrument ‘er niet toe strekt de Kroon in de gelegenheid te stellen van een van de rechter afwijkend inzicht te doen blijken omtrent de strafrechtstoepassing (...)’ maar dat het doel was ‘ertoe bij te dragen dat door de onafhankelijke rechter opgelegde sancties in overeenstemming met eisen van rechtvaardigheid, humaniteit en doelmatigheid ten uitvoer worden gelegd’.⁶⁶ Met een omgekeerde situatie, dat de minister willekeurig gratie zou kunnen weigeren, hield niemand, behalve misschien Glasz, rekening. Het lijkt daarom goed er op deze plaats op te wijzen dat met de opmerking ‘dat het gratieinstrument er niet toe strekt de Kroon in de gelegenheid te stellen van een van de rechter afwijkend inzicht te doen blijken omtrent de strafrechtstoepassing’ niet bedoeld is te zeggen dat de minister door juist geen gratie te verlenen (en in plaats daarvan de straf ten volle ten uitvoer te leggen) niet willekeurig zou kunnen handelen.⁶⁷ Een verkorting van een levenslange gevangenisstraf in daarvoor in aanmerking komende gevallen, achtte men destijds zelfs bij uitstek te passen bij het doel van rechtvaardigheid, humaniteit en doelmatigheid. Sterker, juist met het oog op de verkorting van dergelijke straffen werd de tweede gratiegrond ontworpen.⁶⁸

4.2 De wetsgeschiedenis over de verhouding tussen strafrechter en minister

Uit de hierboven weergegeven wetsgeschiedenis blijkt het grote belang dat de wetgever aan het advies van de rechter hechtte. De Hoge Raad verwijst er in zijn rechtsoverweging 3.5.3. ook weer naar. In de aanloop naar deze wetsgeschiedenis zijn over het gewicht van dit advies echter ook al belangwekkende opmerkingen gemaakt. In 1982, toen de wijziging van de Grondwet 1983 in voorbereiding was,⁶⁹ nam de minister bij de behandeling van de Justitiebegroting een voorschot op de inrichting van de nog te ontwerpen gratiewet.⁷⁰ Hij

54. *Kamerstukken I* 1987/88, 19075, nr. 22a, p. 2. Dit argument zal het oog hebben gehad op een het parlement onwettelijke gratieverlening, zoals in het geval van de Drie van Breda, waar de Hoge Raad een positief advies over had afgegeven.

55. *Handelingen I* 1987/88, 9-247 m.k.

56. *Handelingen II* 85-4299 r.k., *Handelingen I* 1987/88, 9-247 l.k.

57. Beide onderwerpen werden toen voor het eerst in het gratierecht vastgelegd.

58. W.F. van Hattum, ‘Van gratie naar herbeoordeling. Over de verkorting van de levenslange gevangenisstraf’, *DD* 2017/25, p. 239-260, onder 2.

59. *Handelingen II*, 85-4299, r.k., *Handelingen I* 1987/88, 9-251, m.k. Vgl. de MvA, *Kamerstukken II* 1984/85, 19075, nr. 6, p. 8, aangehaald in HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1747, r.o. 3.5.2.

60. *Kamerstukken II* 1984/85, 19075, nr. 6, p. 8, ook aangehaald door de Hoge Raad, r.o. 3.5.2, en voorts: *Handelingen II*, 85-4299, r.k.

61. *Handelingen I* 1987/88, 9-251, m.k.

62. Zie *Kamerstukken II* 1986/87, 19075, nr. 6, p. 1 en *Kamerstukken I* 1987/88, 19075, nr. 22a, p. 1.

63. Glasz (CDA) *Handelingen I* 1987/88, 9-242 e.v. p. 241-244, en 249, later als artikel gepubliceerd: J.R. Glasz, ‘Gratie: van gunst tot recht’, *NJB* 1988, p. 254 (afl. 8).

64. *Handelingen I* 1987/88, 9-245, m.k.

65. Men spreekt van ‘gratiegolven’, zie A.D. Belinfante, *In plaats van Bijtijesdag. De geschiedenis van de bijzondere rechtspleging na de Tweede Wereldoorlog*: Assen: Van Gorcum 1978, p. 559 e.v.

66. *Kamerstukken II* 1984/85, 19075, nrs. 1-3, p. 14, 15 (MvT) en *Handelingen II*, 85-4303, m.k.

67. Vgl. de conclusie van de plv. P-G Langemeijer bij de onderhavige zaak, ECLI:NL:PHR:2020:709, nrs. 2.25-2.30.

68. *Kamerstukken II* 1984/85, 19075, nrs. 1-3, p. 15.

69. De Grondwet 1983 zou gaan voorschrijven dat de gratieprocedure bij wet moest worden geregeld (in plaats van bij Koninklijk besluit).

70. *Kamerstukken II* 1981/82, 17100 VI, 2, p. 30, 30.

zei toen over de mate waarin de minister het gerechtelijk advies zou mogen toetsen dat sprake zou zijn van marginale toetsing en concretiseerde dit als volgt: ‘kan dit advies de voorgestelde beslissing dragen en is deze formeel en praktisch uitvoerbaar’. Voor afwijking van het gerechtelijk advies moest een ‘bijzondere reden’ zijn. De minister noemde dit het ‘uitgangspunt van het beleid’ en verwees voor dit uitgangspunt naar de scheiding der machten. Gratie was slechts bedoeld als middel om te kunnen ingrijpen ‘indien dat de rechter niet meer mogelijk is’ en diende een bijdrage te leveren aan de verwezenlijking van ‘het ideaal van de rechtvaardigheid en de gerechtigheid bij het toepassen van straffen’, aldus de minister. De minister vatte hiermee de bestaande verhoudingen tussen bestuur en rechter in het gratierecht bondig samen; de Gratiwet zou volgens hem in die verhoudingen geen verandering te brengen. Dat benadrukten later ook de bewindslieden die het wetsontwerp door de Kamers loodsten. Meermalen werd dan ook tijdens de behandeling van de wet beklemtoond dat het advies van de rechter in beginsel leidend was. Om dit te bewijzen vermeldde de memorie van toelichting dat afwijking van het advies in ca. 5% van de gevallen plaatsvond en afwijking ten ongunste van de veroordeelde in minder dan 1%,⁷¹ ofwel ‘hoogst zelden’.⁷² Op dit ‘uitgangspunt van beleid’ maakten de bewindslieden geen uitzonderingen.⁷³ Ook in gratieprocedures waarin het een levenslange gevangenisstraf betrof, werd het advies om gratie te verlenen gevolgd, zij het dat het Koninklijk Besluit waarmee gratie werd verleend een enkele maal iets gunstiger en een enkele maal iets ongunstiger uitviel.⁷⁴

Al wordt tot op de dag van vandaag de hierboven geschetste verhouding tussen bestuur en rechtspraak door de bewindslieden van Justitie met de mond beleden,⁷⁵ dit beleid is – waar het de lange en levenslange gevangenisstraffen betreft – nog slechts fictie. In feite stelt de minister zijn eigen (politieke) opvattingen over de duur van de straf daarvoor in de plaats.⁷⁶ In deze zaken heeft het (negatief) *verslag* van het OM⁷⁷ het (positief) advies van de rechter verdrongen.⁷⁸ Ook stelt

de minister zijn weging van de feiten en omstandigheden in de plaats van die van rechter en deskundigen.⁷⁹ De reden voor deze wijziging is dat gratie van een (levens)lange gevangenisstraf politiek gevoelig is komen te liggen. Het ligt zo gevoelig, dat de minister gebruik heeft gemaakt van zijn veronderstelde beleidsvrijheid om geen gratie te verlenen. Zijn beslissing is in paragraaf 3 uitvoerig geciteerd.⁸⁰ Tegelijkertijd hebben de oorspronkelijke, als waarborgen bedoelde wettelijke voorschriften, te weten de bijzondere machtiging van de Kroon en het inroepen van advies van de Hoge Raad, hun functie verloren. De Koning heeft immers, anders dan in het verleden, geen stem meer in zaken als deze; het is de minister die beslist. En zoals in de inleiding al werd opgemerkt, acht de minister het inroepen van het advies van de Hoge Raad niet nodig en laat hij het daarom na. Geconcludeerd kan worden dat het oorspronkelijke evenwicht tussen de Kroon en het adviserend gerecht ingebed in de Gratiwet is verbroken en dat de minister in zijn door ons in paragraaf 3.1 uitvoerig aangehaalde beslissing van zijn vaste gedragslijn is afgeweken. Het is de vraag of de burgerlijke rechter het evenwicht kan herstellen.

5. De toetsingsruimte van de (burgerlijke) rechter

5.1 De mate van indringendheid van de beoordeling van de aanwezigheid van een bevoegdheidsvoorwaarde (beoordelingsruimte)

Zoals we in paragraaf 3.1 hebben uitgewerkt is de beoordeling van de vervulling van de bevoegdheidsvoorwaarde in artikel 2, aanhef en onder b Gratiwet een bij uitstek rechterlijke taak. Voor de beoordeling door de burgerlijke rechter betekent dit dat hij de wijze waarop de minister de aanwezigheid van een bevoegdheidsvoorwaarde interpreteert indringend of vol mag toetsen. De juistheid van deze opvatting wordt onderstreept door het in de wetsgeschiedenis terug te vinden ‘uitgangspunt van het beleid’, zie paragraaf 4.2. Het gerechtelijk advies achtte men zelfs van dermate groot gewicht dat het de afwezigheid van een rechtsmiddel zou compenseren; het zou borg staan voor ‘het ideaal van de rechtvaardigheid en de gerechtigheid bij het toepassen van straffen’. Wanneer de minister dit beleid loslaat, zou het bestuur daarmee buiten de wet kunnen treden. Daarom komt het oordeel van Hoge Raad ons juist voor, dat de burgerlijke rechter de gratiebeslissing mag toetsen en de

71. *Kamerstukken II* 1984/85, 19075, nrs. 1-3, p. 15.

72. *Kamerstukken II* 1984/85, 19075, nr. 6, p. 8, ook aangehaald door de Hoge Raad, r.o. 3.5.2.

73. Het beleid werd ook toegepast jegens politieke delinquenten, met als enige uitzondering van de Drie van Breda.

74. Na de Tweede Wereldoorlog zijn zestien van dergelijke gratieverzoeken aan de orde geweest. Daarbij werden de straffen verwisseld voor tijdelijke of voorwaardelijke kwijtgescholden. Van die zestien werd acht keer het advies precies gevolgd, zesmaal gunstiger beslist en tweemaal (iets) minder gunstig, dat wil zeggen dat het aantal jaren waarin de straf werd verwisseld iets langer was dan de rechter had geadviseerd, zie Cornelissen 2013, p. 58 e.v.

75. *Aanhangsel Handelingen* 2003/04, 1972, *Rapport NO* 2005/233 p. 5, *Aanhangsel Handelingen* 2014/15, nr. 198, *Aanhangsel Handelingen* 2018/19, nr. 1992.

76. Vgl. Justis.nl, waar deze site vermeldt: ‘in het algemeen geldt: hoe zwaarder de straf, hoe kleiner de kans op gratie’ (bij het antwoord op de vraag ‘worden er bij gratie voorwaarden gesteld?’), website bezocht op 14 december 2020.

77. Art. 5 lid 4 Gratiwet, voorheen art. 5 lid 1.

78. Zaken waarin aan het gewicht van het OM-advies meer waarde wordt toegekend: Rb. Den Haag 18 sept. 2014 ECLI:NL:RBDHA:2014:11541, 1.16, Hof Den Haag 5 april 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:952, Rb. Den

Haag 17 april 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:3769, Hof Den Haag 6 mei 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1167, Rb. Den Haag 5 november 2019 ECLI:NL:RBDHA:2019:11683.

79. Zaken waarin de minister het advies van de deskundigen zelf herbeoordeelt: Hof Den Haag 6 mei 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1167 en Rb. Den Haag 5 november 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11683.

80. De beslissing is opgenomen in Rb. Den Haag 6 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:866.

minister mag opdragen een nieuwe beslissing te nemen met in achtneming van het vonnis.

In de onderhavige zaak zegt de Hoge Raad dat het hof ongeacht zijn vaststelling dat de beslissing op het gratieverzoek blijk geeft van een andere weging van feiten en omstandigheden die al in het gerechtelijk advies zijn betrokken, had moeten beoordelen of de beslissing voldoende is gemotiveerd (zie par. 2). Zoals wij het zien, zou moeten worden beoordeeld of, gezien het advies van de strafrechter, de minister heeft mogen concluderen dat *niet* aan de bevoegdheidsvoorwaarde is voldaan. De aanwezigheid van beoordelingsruimte in combinatie met een advies van juist de bij de wet aangewezen strafrechter brengt mee dat de speelruimte voor het bestuursorgaan beperkt is, waarmee is gezegd dat de rechterlijke toetsing indringend kan zijn.

5.2 De mate van indringendheid van de beoordeling van de toepassing van beleidsvrijheid en de aanwezigheid van een bijzondere omstandigheid

De beoordeling van de beleidsvrijheid van de minister om ondanks het vervuld zijn van de bevoegdheidsvoorwaarde gratie te weigeren, mag niet vol worden getoetst. Deze beleidsvrijheid mag de rechter vanzelfsprekend wel toetsen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waarbij voor wat betreft het bestaan van een vaste gedragslijn met name gedacht moet worden aan het gelijkheidsbeginsel en voorts aan het motiveringsbeginsel. Een genoegzame motivering wordt ook door de Hoge Raad benadrukt. De toets mag in het algemeen indringender zijn indien sprake is van vrijheidsbeneming en van mogelijke schending van grondrechten. In zaken betreffende de verdere tenuitvoerlegging van een levenslange gevangenisstraf is van beide sprake. Deze toets mag, gezien de rechtspraak van de Hoge Raad, bovendien nog indringender zijn als sprake is van een van het gerechtelijk advies afwijkende beslissing die in het nadeel van de veroordeelde uitvalt. Samengevat mag de rechter de invulling door de minister van zijn beleidsvrijheid in het kader van de Gratiwet dus indringend toetsen.

De vraag is nu welke situaties zich lenen voor de toepassing van beleidsvrijheid. In ons model is dat wanneer sprake is van omstandigheden die geen deel uitmaken van de beoordeling van de vervulling van de bevoegdheidsvoorwaarde; het is de ‘bijzondere reden’ door de minister in 1982 genoemd, waarbij hij erop wees dat de minister – met het oog op de scheiding der machten – terughoudendheid moest betrachten ten opzichte van het gerechtelijk advies. Slechts in het geval van een ‘bijzondere reden’ mag van het gerechtelijk advies worden afgeweken, aldus de minister. In de rechtspraak spreekt men van ‘bijzondere omstandigheden’, maar hier is minder duidelijk of de rechter daarmee ook uitsluitend de beleidsvrijheid bedoelt.⁸¹ Het door ons

81. HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1747, r.o. 3.5.3; Hof Den Haag 5 april 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:952.

beschreven model wordt in de praktijk niet, of niet duidelijk, gevolgd. Uit de recente rechtspraak over gratiebeslissingen blijkt verder dat de minister onder ‘bijzondere omstandigheden’ ook feiten en omstandigheden schaart die al door de strafrechter in het kader van zijn adviserende taak zijn beoordeeld. In deze gevallen heeft de rechter de minister opgedragen een nieuwe beslissing te nemen.⁸² Dat is naar onze mening in lijn met de structuur van de beoordeling van de gratiebeslissing. Net zomin als het verslag van het openbaar ministerie, ook wel aangeduid als ‘advies’,⁸³ is ‘een andere weging van de feiten en omstandigheden door de minister’ een bijzondere omstandigheid. In beide gevallen zijn deze gegevens immers door het adviserend gerecht beoordeeld en in zijn advies ‘meegenomen’. Zoals gezegd zijn ons geen voorbeelden bekend van toepassing van de ‘echte’ beleidsvrijheid, dus de ruimte nadat aan de bevoegdheidsvoorwaarde is voldaan. De enige beslissing van die strekking is die welke door ons is geciteerd in paragraaf 3.1. Op 30 december 2020 heeft de voorzieningenrechter de minister opgedragen een nieuwe beslissing te nemen, omdat hij de motivering van deze afwijzing innerlijk tegenstrijdig acht en hij van oordeel is dat de minister in deze beslissing blijk geeft van een van de rechter afwijkend inzicht omtrent de strafrechtstoepassing, terwijl uit de motivering voorts onvoldoende blijkt van het bestaan van een bijzondere omstandigheid. Dit vonnis is na een ‘turbospoedappel’ van de Staat op 19 januari 2021 door het hof bekrachtigd.⁸⁴

Nu is het ook mogelijk dat het advies van de rechter naar het oordeel van de minister onvolledig is. In dat geval zal aanvullend advies uitkomst kunnen bieden. Dan kan niet worden gesproken van een bijzondere omstandigheid, maar van een onvolledig advies. Het arrest van de Hoge Raad geeft steun aan deze redenering. We laten dat hieronder zien.

5.3 De vereiste goede voorbereiding van de gratiebeslissing

In zijn overweging gewijd aan het herbeoordelingsmechanisme zegt de Hoge Raad:⁸⁵

‘[I]n het geval de minister voor de beslissing omtrent gratieverlening bepaalde feiten en omstandigheden (mogelijk) van belang acht die niet in het advies van het gerecht zijn betrokken, heeft de minister de mogelijkheid het gerecht in de gelegenheid te stellen

82. Hof Den Haag 6 mei 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1167; Rb. Den Haag 5 november 2019 ECLI:NL:RBDHA:2019:11683, Vzr. Den Haag 30 september 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:9525.

83. Het verslag van het OM wordt uitgebracht ten behoeve van het advies van de rechter, zie art. 5 lid 4 Gratiwet, voorheen art. 5 lid 1. Met name kan het verslag niet worden beschouwd als gelijkwaardig aan het gerechtelijk advies, aldus Hof Den Haag 5 april 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:952.

84. Vzr. Den Haag 30 december 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:13710. Het (kop-staart)arrest van 19 januari 2021 was op het moment van het perse gaan van dit artikel nog niet gepubliceerd.

85. HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1747, r.o. 3.5.4.

een aanvullend advies te verstrekken voordat de beslissing omtrent gratieverlening wordt genomen.’

De Hoge Raad heeft hier kennelijk een andere situatie op het oog dan die genoemd in artikel 6 lid 2 Gratiewet, waarin staat dat de minister aan de rechter of het OM opheldering kan vragen over het uitgebrachte advies.⁸⁶ Het gaat in de hier aangehaalde passage anders dan in dat artikellid niet in de eerste plaats om opheldering maar om *aanvulling*. De Hoge Raad heeft het oog op de situatie waarin de minister (mogelijk), vanwege bepaalde feiten of omstandigheden, wil afwijken van het advies, en de rechter over die feiten of omstandigheden niets of niet voldoende in zijn advies heeft gezet; dán kan de minister een aanvullend advies vragen.

De aanwijzing lijkt meer dan een aanmoediging. De overweging, die in het algemene deel van het arrest staat, lijkt te zijn bedoeld om in een voorkomend geval te bereiken dat aan de herbeoordeling bij elk van beide partijen hetzelfde feitensubstraat ten grondslag ligt en zo te voorkomen dat minister en rechter ‘langs elkaar heen praten’. Dat is economisch, want dat voorkomt mogelijk het indienen van een nieuw gratieverzoek. De overweging van de Hoge Raad bevat echter tegelijk een procedurele aanwijzing: de minister kan zijn beslissing in een dergelijke situatie nog beter voorbereiden. In onze voorstelling betekent dit dat indien de minister in een dergelijk geval nalaat aanvullend advies te vragen, de burgerlijke rechter de gratiebeslissing onrechtmatig kan achten wegens schending van eisen van een zorgvuldige voorbereiding en motivering van zijn besluit.

5.4 Eerste toepassing van het HR-arrest in de praktijk: Hof Den Haag 17 november 2020

Het Hof Den Haag kreeg kort na het arrest van de Hoge Raad in een vergelijkbare zaak een van het gerechtelijk advies afwijkende Kroonbeslissing te beoordelen. Het betreft de afwijzing van een gratieverzoek van een levenslanggestrafte die op dat moment 33 jaar van zijn vrijheid is beroofd. Ook in deze zaak heeft de levenslanggestrafte een zeer groot aantal (tot nu toe 25) procedures gevoerd tegen de minister c.q. de Staat om een herbeoordeling te bewerkstelligen die recht doet aan zijn ontwikkeling.⁸⁷ Het adviserend gerecht heeft unaniem geadviseerd het gratieverzoek toe te wijzen, maar ook in deze zaak wijst de minister het gratieverzoek af omdat hij de overwegingen in het advies niet deelt. Volgens de voorzieningenrechter is (slechts) sprake van een andere weging van de feiten en omstandigheden. Hij beval de Staat binnen twee maanden een nieuwe beslissing te nemen. Uit de motivering van de beslissing blijkt naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet dat de minister ‘in redelijkheid’ had kunnen afwijken van het

advies.⁸⁸ De Staat stelde ‘turbo-spoedappel’ in en werd door het hof in het gelijk gesteld.⁸⁹

Het hof stelt voorop dat het bij de beoordeling van de beslissing van de minister terughoudendheid in acht behoort te nemen, al hoeft het hof naar zijn oordeel niet ‘extra terughoudend’ te zijn, zoals de Staat had bepleit (r.o. 4.5). Bij de beoordeling van de door de minister aangevoerde omstandigheden benadrukt het hof nogmaals dat het deze opdracht ‘met de gepaste terughoudendheid’ zal uitvoeren. Vervolgens stelt het hof dat de ‘kernvraag’ is of de minister in redelijkheid kon oordelen dat zich bijzonder omstandigheden voordoen op grond waarvan afwijking van het gerechtelijk advies gerechtvaardigd is’ (r.o. 4.8).⁹⁰ Hierna haalt het hof een streep door de door de minister aangevoerde argumenten dat vergelding, recidivegevaar en status als ongewenst verklaarde vreemdeling nog steeds aan gratiëring in de weg zouden staan. Deze argumenten kunnen, gelet op wat daarover in het gerechtelijk advies staat, de afwijzende beslissing niet dragen. De minister had echter ook aangevoerd dat die status van ongewenst vreemdeling ‘van betekenis is’ voor de te verrichten resocialisatie-activiteiten. Resocialisatie dient zich niet op Nederland te richten, maar op Hongkong (het thuisland van de verzoeker). Met het oog op een verantwoorde terugkeer wilde de Staat onderzoek doen naar de woonplaats van de nabestaanden, en dit onderzoek was nog niet afgerond, lichtte de Staat *in de procedure* toe. Deze omstandigheid beschouwt het hof als een bijzondere omstandigheid op grond waarvan beslissing in afwijking van het advies kon worden genomen, maar wel ‘net’. Het hof stelt namelijk vast dat ‘[d]e beslissing deze terughoudende toets – net – (kan) doorstaan’ (r.o. 4.7).

De wijze waarop het hof toetst, is naar eigen zeggen ‘gepast terughoudend’ terwijl naar onze mening een indringende toets op zijn plaats zou zijn geweest. De bijzondere omstandigheid van het nog niet afgeronde onderzoek, dat ter zitting inmiddels afgerond bleek te zijn (r.o. 4.11), kan worden beschouwd als te zijn behandeld in het advies van het gerecht. Verondersteld moet immers worden dat het gerecht van de implicaties die een ongewenstverklaring *in casu* heeft, op de hoogte is. Als het adviserend gerecht het aspect van de terugkeer en het zo mogelijk op de hoogte stellen van de nabestaanden al over het hoofd zou hebben gezien, wat niet voor de hand ligt, had het op de weg van de minister gelegen hieromtrent aan het gerecht aanvullend advies te vragen.

Het valt voorts op dat het hof stelt dat het alle onderdelen van de motivering in samenhang met elkaar moet

86. Dit wordt uitgedrukt met de woorden ‘indien het uitgebrachte advies daartoe aanleiding geeft’, art. 6 lid 2 Gratiewet.

87. Zie de lijst gerechtelijke uitspraken gepubliceerd op forumlevenslang.nl/nieuws/, 15 december 2020, voor een overzicht van alle – eveneens 25 – procedures die deze levenslanggestrafte (C.) tot nu toe heeft gevoerd om een positieve beslissing op zijn gratieverzoek dichterbij te brengen.

88. V.zr. Den Haag 30 september 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:9525.

89. Hof Den Haag 17 november 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2155.

90. Opmerkelijk is dat dit redelijkheidsoordeel de vraag betreft of er bijzondere omstandigheden zijn en daarmee over de feitenvaststelling gaat in plaats van over een belangenafweging.

beoordelen.⁹¹ Het laat echter de beslissing op één onderdeel in stand, het niet afgeronde onderzoek in Hongkong. De zwaarst wegende onderdelen (die met betrekking tot ‘verging’, recidivegevaar en ongewenstverklaring) kunnen de beslissing naar het oordeel van het hof niet dragen, het inmiddels afgeronde onderzoek in Hongkong ‘net’ wel.

Voor zover bekend is door de minister voor de betrokken levenslanggestrafte hierna geen ambtshalve voordracht strekkende tot gratieverlening ingediend, hetgeen wel in de rede zou liggen nu is gebleken dat geen van de aangevoerde redenen om het verzoek af te wijzen nog door de rechter als dragend wordt geaccepteerd (immers is het nabestaandenonderzoek afgerond en levert dit geen belemmeringen meer op, is te lezen in het arrest, r.o. 4.11). Dat zou betekenen dat de minister zich voor het niet verlenen van gratie nu mogelijk op zijn ‘echte’ beleidsvrijheid (Y) beroept. Gezien de elementen die bij een beoordeling van die ruimte in dit geval een rol spelen – detentie, grondrecht – zou die toets naar onze mening indringend moeten zijn. Daarbij speelt tevens een rol dat de minister zich in geen van de voorafgaande afwijzingen op de kan-bepaling heeft beroepen. Als vervolgens aan een belangenafweging zou worden toegekomen, zal mede acht moeten worden geslagen op het feit dat de Staat, zo blijkt uit het arrest van 17 november, de betrokkene ten minste zeven jaar lang van zijn recht op resocialisatie heeft getracht af te houden.⁹² Hoe dit ook zij, de betrokken levenslanggestrafte is nu terug bij af. Wellicht mede met het oog op dit soort situaties ontwierp de Hoge Raad in zijn arrest van 6 november 2020 een noodremprocedure.

5.5 De noodremprocedure

In een interview met de scheidend voorzitter van de strafkamer van de Hoge Raad, Van Schendel,⁹³ antwoordt deze op de vraag op welk gebied hij in de komende jaren in het bijzonder een ontwikkeling wenst te zien dat dat op het gebied van de levenslange gevangenisstraf is. Hij wijst daarbij op de door de strafkamer van de Hoge Raad meermalen geuite waarschuwing dat als de (rechterlijke) adviezen de facto nooit tot gratiëring zouden leiden, dat wel eens zou kunnen betekenen dat de oplegging dan wel de (onverkorte) verdere tenuitvoerlegging van levenslange gevangenisstraf niet langer toelaatbaar is.⁹⁴ In het hier besproken arrest van de

Hoge Raad, waarin het gaat over de straf*tenuitvoerlegging*, legt de civiele kamer van de Hoge Raad uit wat deze waarschuwing betekent. De burgerlijke rechter mag de verdere tenuitvoerlegging van de straf verbieden ‘indien de (periodieke) herbeoordeling van de levenslange gevangenisstraf – ambtshalve of naar aanleiding van daartoe strekkende gratieverzoeken – niet tot de benodigde bekorting of aanpassing van die straf heeft geleid terwijl de (onverkort) verdere tenuitvoerlegging van de straf in strijd met artikel 3 EVRM is’.⁹⁵ De Hoge Raad zegt met andere woorden dat als de burgerlijke rechter vaststelt dat het herbeoordelingsmechanisme de facto geen *prospect of release* biedt, hij een einde kan maken aan de verdere tenuitvoerlegging. Dat lijkt redelijk, want dan deugt het herbeoordelingsmechanisme immers niet. Het is een niet-alledaagse overweging ten overvloede. Straffen moeten immers ten uitvoer worden gelegd.⁹⁶ De volhardende weigering van de minister om zich te houden aan ‘het uitgangspunt van beleid’ dat ten grondslag ligt aan de Gratiëwet lijkt de Hoge Raad te gortig te zijn geworden. Inmiddels heeft de betrokken levenslanggestrafte aan de hier beschreven noodrem getrokken. Zijn vordering is echter afgewezen omdat hij opnieuw een gratieverzoek kan indienen en dit, mede gelet op het hierboven besproken arrest van het hof van 17 november 2020, ‘allerminst kansloos’ zou zijn en de voortzetting van de tenuitvoerlegging daarom momenteel niet (meer) strijdig met artikel 3 EVRM.⁹⁷

6. Enkele conclusies en aanbevelingen

Zoals ook uit de wetsgeschiedenis naar voren komt, is de Gratiëwet, meer specifiek artikel 2 van deze wet, gekleurd door een spanning tussen politieke en juridische overwegingen. Dit werkt door in de jurisprudentie, die als gevolg van de tweeslachtigheid waardoor het wetsartikel zich kenmerkt niet uitblinkt in scherpheid. De onduidelijkheid betreft de verhouding tussen rechter, recht en rechtstoepassing enerzijds en bestuur, beleid en ruimte voor individuele belangenafweging anderzijds. Hoe indringend mag de rechter de uitoefening van de in artikel 2 Gratiëwet neergelegde bestuursbevoegdheid van de minister toetsen? In onze bijdrage hebben wij gepoogd op dit punt meer helderheid te scheppen door deze vraag vanuit bestuursrechtelijk perspectief te behandelen. Hoe moet deze bestuursbevoegdheid vanuit dit perspectief worden beoordeeld? Daarvoor hebben wij gekeken naar het voor de rechterlijke toetsing zo belangrijke (bestuursrechtelijke) onderscheid tussen

91. Hof Den Haag 17 november 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2155, r.o. 4.8: ‘Het hof zal beoordelen in hoeverre de afzonderlijke onderdelen van de motivering draagkrachtig zijn, maar daarbij geldt wel dat deze onderdelen uiteindelijk in onderlinge samenhang zullen moeten worden beoordeeld. De Staat heeft dat terecht opgemerkt.’

92. Zie hieromtrent de door de rechter vastgestelde onrechtmatigheden van de kant van de Staat jegens verzoeker sinds 2013, zoals beschreven in r.o. 1.3, 1.4, 1.6 en 1.12 en de nalatigheid door de Staat gepleegd jegens verzoeker in r.o. 1.10; voor een overzicht van alle procedures van deze levenslanggestrafte (C.) zie forumlevenslang.nl/nieuws/, 15 december 2020.

93. D.J. Herbrink, ‘Afscheidsinterview met mr. W.A.M. van Schendel, oudvoorzitter van de strafkamer van de Hoge Raad’, *NTS* 2020/74.

94. HR 19 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3185, *NJ* 2019/316 m.nt. Van Kempen; HR 23 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:600. In HR

16 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BF3741, *NJ* 2009/602 m.nt. Mevis, is ook al een waarschuwing te lezen.

95. HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1747, r.o. 3.5.7.

96. Art. 6:1:1 Sv.

97. V.zr. Den Haag 13 januari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:130 (de strafrechter achtte de verdere tenuitvoerlegging gezien het gebrek aan perspectief eerder wel inhumain, r.o. 2.2.1).

beoordelingsruimte dan wel beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid.

In zijn arrest van 6 november 2020 heeft de civiele kamer van de Hoge Raad het grote gewicht van het gerechtelijk advies in de gratieprocedure bij de toepassing van deze bestuursbevoegdheid opnieuw onderstreept. Volgt de minister dit advies niet en voert hij daartoe naar het oordeel van de burgerlijke rechter onvoldoende dragende redenen aan, dan mag de burgerlijke rechter de Staat opdragen een nieuwe beslissing te (doen) nemen. Bij het nemen van die nieuwe beslissing moet de minister de overwegingen in het vonnis van de rechter in acht nemen. Het feit dat het een Kroonbeslissing betreft doet daar niets aan af. Met dit duidelijke oordeel lijkt de Hoge Raad de beide bij de gratiebeslissing betrokken machten, de Kroon en de rechter, nader tot elkaar te willen brengen en zo het verbroken evenwicht te willen herstellen. Het arrest vult – in elk geval ten dele – het huidige vacuüm in de rechtsbescherming van de veroordeelde die om gratie verzoekt, in het bijzonder de levenslanggestrafte. Deze ontwikkeling is toe te juichen, maar als gezegd ontbreekt het naar ons idee in de jurisprudentie bij de toetsing van de gratiebeslissing nog aan scherpte. Het zou mooi zijn wanneer de jurisprudentie meer duidelijkheid over de bevoegdheidsstructuur en de balans daarbinnen tussen recht en beleid verschaft. Wellicht kan die duidelijkheid worden verkregen door, zoals wij suggereren, een onderscheid te maken tussen enerzijds de bevoegdheidsvoorwaarde (de gratiegronden in art. 2 Gratiwet) en de kwalificatie daarvan in termen van ofwel beoordelingsruimte ofwel beoordelingsvrijheid (volgens ons het eerste), en anderzijds de ministeriële beleidsvrijheid (de kan-bepaling, dat wil zeggen de gratiebevoegdheid zelf, in welk kader naar onze mening eventuele ‘bijzondere omstandigheden’ moeten worden gepositioneerd). Aan de hand van dit onderscheid kan naar onze mening beter worden bepaald wat des rechters is en wat aan het bestuur.

Intussen kan met Glasz worden geconcludeerd dat de ontwerpers van de Gratiwet de rol van de burgerlijke rechter te beperkt zagen. Bekijken we de gratieprocedure door de bril van het EHRM, dan moet we constateren dat zij geen herbeoordelingsmechanisme is. Zij is daartoe ook nooit ontworpen. Indien de betrokkenen alleen dankzij het voeren van vele juridische procedures uiteindelijk een volle beoordeling van hun ontwikkeling kunnen verkrijgen en bij de eindstreep pootje worden gelicht, kan niet gesproken worden van: ‘a dedicated mechanism guaranteeing a review no later than twenty-five years after the imposition of a life sentence; based on rules having a sufficient degree of clarity and certainty, based on objective, pre-established criteria and surrounded by sufficient procedural guarantees’.⁹⁸ Er is daarom alles voor te zeggen deze verkortingsprocedure uit de politieke sfeer te halen door deze geheel bij de rechter onder te brengen.

98. EHRM 26 april 2016, nr. 10511/10 (*Murray/Nederland*), ECLI:CE:ECHR:2016:0426JUD001051110, par. 99 en 100.

Naschrift

Kort na afsluiting van ons artikel deed het Hof Den Haag uitspraak in het door de Staat ingestelde turbo-spoedappel tegen het vonnis van de voorzieningenrechter van 30 december 2020.⁹⁹ Hoe kijkt het hof aan tegen het arrest van de Hoge Raad van 6 november 2020 dat de aanleiding voor onze bijdrage vormde?

Volgens het hof volgt uit het arrest van de Hoge Raad dat de formulering van artikel 2 Gratiwet, dat ‘gratie kan worden verleend’, aan de door de Hoge Raad geformuleerde regels aangaande ‘het nemen van gratiebeslissingen en de beoordeling daarvan door de burgerlijke rechter’ (het derde piketpaaltje) niet afdoet. Het hof zet daarmee een streep door het beroep van de minister op zijn beleidsvrijheid (Y). Gezien deze formulering moge er enige – volgens ons praktisch zeer beperkte – beleidsvrijheid zijn, maar de minister heeft in dit geval op onrechtmatige wijze van zijn bevoegdheid gebruik gemaakt.

Ook met de grief van de Staat tegen de overweging van de voorzieningenrechter ‘dat het gratie-instrument er niet toe strekt de Kroon in de gelegenheid te stellen van een van het adviserend gerecht afwijkend inzicht omtrent de strafrechtstoepassing te doen blijken’ en dus niet voor deze situatie geschreven is, maakt het hof korte metten. Het hof verwijst daarbij naar rechtsoverweging 3.5.3 waarin de Hoge Raad zowel verlenen als niet verlenen van gratie bespreekt. Zie ook onze opmerkingen over deze zinsnede in paragraaf 4.1.

De derde belangrijke uitleg die het hof aan het arrest geeft, is dat uit het arrest van de Hoge Raad ‘onmiskendbaar’ volgt dat een van het rechtelijk advies afwijkende weging alleen mogelijk is ‘indien zich bijzondere omstandigheden voordoen, zeker indien van het advies wordt afgeweken in een voor de veroordeelde ongunstige zin’ en dat derhalve een andere weging van ‘de relevante feiten en omstandigheden’ onvoldoende is om als zodanig te worden aangemerkt. Een afwijkende weging is slechts mogelijk indien zich bijzondere omstandigheden voordoen.

Zo hakte het hof kordaat enkele knopen door en heeft het aan de hand van de regels van de Hoge Raad de gratiebevoegdheid tot haar oorspronkelijke betekenis en inhoud teruggebracht. Opvallend daarbij is ‘s hofs weinig terughoudende toetsing.

Nu bijzondere omstandigheden zich niet voordeden, liet het arrest de minister geen ander keuze dan gratie te verlenen. Dat is nog op dezelfde dag, 19 januari 2021, gebeurd.

99. Hof Den Haag 19 januari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:73.