

Levenslang in de ban?

Prof.mr. R.J.B. Schutgens*

HR 5 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1325

Op 19 januari 2015 veroordeelde het Gerechtshof Den Haag de verdachte in deze zaak, die twee ex-vriendinnen en de zus van een van hen in koelen bloede door het hoofd had geschoten omdat hij zich door hen gekrenkt voelde.¹ De ernst van deze moorden en het feit dat de dader nauwelijks inzicht in zijn motieven verschaftte, brachten het hof tot de zware, maar voor mij invoelbare – ik kom daarop terug – beslissing om een levenslange gevangenisstraf op te leggen. ‘In Nederland is levenslang ook echt levenslang’, hoor je wel, en die volkswijsheid bevat meer dan een kern van waarheid. Tot levenslang veroordeelden komen in Nederland zelden meer vrij. In cassatie klaagt de verdachte daarom dat zijn straf door het vrijwel ontbreken van enig perspectief op vrijlating in strijd komt met het verbod op *inhuman punishment* van artikel 3 EVRM.

In dit fascinerende arrest onderschrijft de Hoge Raad die klacht: hij oordeelt de Nederlandse praktijk rond de oplegging van ‘levenslang’ op goede gronden in strijd met (de Straatsburgse jurisprudentie over) artikel 3 EVRM. Zolang deze *Vertragswidrigkeit* bestaat, mag de levenslange gevangenisstraf daarom niet worden opgelegd. Echter, de Hoge Raad vernietigt het arrest van het Haagse gerechtshof niet, maar beperkt zich voorlopig tot een gemotiveerde opschorting van de behandeling van het cassatieberoep. Hij geeft de wetgever ruim een jaar de tijd om de wettelijke regels over levenslang met artikel 3 EVRM in overeenstemming te brengen. In september 2017 zal de Hoge Raad beoordelen of de Nederlandse wetgeving op dit punt inmiddels wél door de beugel kan en definitief op het cassatieberoep beslissen.

Daarmee stelt de Hoge Raad de wetgever een termijn,² en dat is in Nederland bij mijn weten een geheel nieuwe constitutionele remedie,³ die bovendien diep in de beslissingsruimte van de wetgever ingrijpt. Daarover gaat punt 1 van het commentaar. Punt 2 daarvan bevat enige opmerkingen over de aanvaardbaarheid van de oplegging van levenslange gevangenisstraffen en de Straatsburgse jurisprudentie daarover.

Hieronder volgen echter eerst een korte schets van het juridisch kader voor deze kwestie en de kernoverwegingen van de Hoge Raad.

Juridisch kader

Het Wetboek van Strafrecht kent in Nederland – in tegenstelling tot enkele andere Europese landen – nog altijd voor meer dan dertig delicten de mogelijkheid om een levenslange gevangenisstraf op te leggen. Bij verschillende delicten kan dat zelfs zonder dat de dood van een ander is veroorzaakt.⁴ Het Wetboek van Strafrecht kent geen procedure voor herbeoordeling (door een rechter of iemand anders) van de levenslange gevangenis na ommekomst van een bepaalde periode. De enige hoop die de gestrafte kan koesteren, is die op gratiëring.⁵ Daartoe moet de verdachte zelf een gratieverzoek indienen. Er zit geen bovengrens aan het aantal verzoeken dat hij kan doen, zij het dat er bij een (ontvankelijk) herhaald verzoek minimaal een jaar moet zijn verstreken na de beslissing op het voorgaande verzoek.⁶

* Dank aan Joost Sillen en Rob van der Hulle voor hun zinnvolle commentaar.

1 Gerechtshof Den Haag 19 januari 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:37.

2 De term ontleen ik aan Geerten Boogaard, *Het wetgevingsbevel. Over constitutionele verhoudingen en manieren om een wetgever tot regelgeving*

aan te zetten (diss. Amsterdam UvA), Oisterwijk: WLP 2013, p. 15.

3 Zie over het begrip ‘constitutionele remedie’ de dissertatie van Jerfi Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten. Over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk absterrenen en de dialoog tussen rechter en wetgever*

(diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013.

4 Zie vooral de misdrijven tegen de veiligheid van de Staat van Titel I van het Tweede Boek van het WvSr.

5 Zie art. 122 Gw en de Gratiëwet.

6 Art. 4 lid 4 Gratiëwet.

Volgens artikel 2 van de Gratiwet 'kan' de regering na rechterlijk advies gratiëren als aannemelijk is dat met de voortzetting van de straf 'geen met de strafrechtstoepassing na te streven doel in redelijkheid wordt gediend'.⁷ Juridisch zit hier de angel van het probleem: de regering heeft een discretionaire bevoegdheid om te gratiëren, maar wordt daar door de wet niet toe verplicht, strikt genomen zelfs dan niet, als de straf geen zinvol doel meer dient. In de praktijk blijkt de Nederlandse regering slechts met uiterste terughoudendheid van haar gratiëringsbevoegdheid gebruik te maken. Er is in Nederland dus nauwelijks of geen reëel perspectief op verkorting van de levenslange gevangenisstraf.⁸

In het *Vinter*-arrest sprak het Straatsburgse Hof zich duidelijk uit over de houdbaarheid van levenslang in het licht van artikel 3 EVRM.⁹ Volgens het Hof is de oplegging daarvan *an sich* niet in strijd met artikel 3 EVRM.¹⁰ Deze straf wordt echter wel degelijk onmenselijk als de veroordeelde geen enkel 'prospect of release and a possibility of review' wordt geboden.¹¹ Er moet op termijn een periodieke herbeoordeling van de straf plaatsvinden, die tot invrijheidsstelling *moet* leiden als blijkt dat de voortzetting van de straf niet langer door 'legitimate penological grounds' wordt gerechtvaardigd.¹² Bovendien moet de veroordeelde bij oplegging van de straf voldoende duidelijkheid worden geboden over de criteria voor zijn invrijheidsstelling, zodat hij aan zijn eigen rehabilitatie kan werken.¹³ Dat laat overigens onverlet dat in concrete gevallen (uiteindelijk) kan blijken dat het gerechtvaardigd is om een veroordeelde daadwerkelijk levenslang vast te houden.¹⁴ Het is een vrij voor de hand liggende conclusie dat de Nederlandse praktijk rond levenslang niet met deze Straatsburgse uitgangspunten strookt. Over deze kwestie is nog veel meer te zeggen, maar het bovenstaande biedt voldoende achtergrondinformatie voor het begrijpen van de staatsrechtelijke aspecten van deze zaak.¹⁵

Kernoverwegingen

3.1. Het middel stelt de vraag aan de orde of de oplegging van de levenslange gevangenisstraf aan de verdachte, gelet op de huidige wijze van tenuitvoerlegging van deze straf, een schending van art. 3 EVRM oplevert.

3.2. De Hoge Raad stelt voorop dat de levenslange gevangenisstraf op zichzelf beschouwd niet in strijd is met het bepaalde in art. 3 EVRM, ook niet indien deze ten volle wordt geëxecuteerd. Uit het hiervoor weergegeven juridisch kader volgt evenwel dat een levenslange gevangenisstraf niet kan worden opgelegd indien niet reeds ten tijde van de oplegging duidelijk is dat er na verloop van tijd een reële

mogelijkheid tot herbeoordeling van de levenslange gevangenisstraf bestaat, die in de daarvoor in aanmerking komende gevallen kan leiden tot verkorting van de straf of (voorwaardelijke) invrijheidsstelling. Een en ander betekent overigens niet dat het bieden van een mogelijkheid tot herbeoordeling van de straf impliceert dat die herbeoordeling steeds zal leiden tot verkorting van de straf. Herbeoordeling kan immers ook ertoe leiden dat voor verkorting geen grond aanwezig wordt bevonden.

3.3. De mogelijkheid tot herbeoordeling van de opgelegde levenslange gevangenisstraf dient, gelet op [de Straatsburgse jurisprudentie, RS] aan diverse voorwaarden te voldoen. Bij de herbeoordeling moet de vraag aan de orde komen of zich zodanige veranderingen aan de zijde van de veroordeelde hebben voltrokken en zodanige vooruitgang is geboekt in zijn of haar resocialisatie, dat verdere tenuitvoerlegging van de levenslange gevangenisstraf niet langer is gerechtvaardigd. De in dat verband gehanteerde criteria mogen niet zo stringent zijn dat vrijlating alleen is toegelaten bij een ernstige ziekte of een ander fysiek beletsel dat in de weg staat aan de verdere tenuitvoerlegging van de levenslange gevangenisstraf, dan wel bij het bereiken van een hoge leeftijd. Bij de herbeoordeling moet dan ook informatie worden betrokken betreffende de ontwikkelingen met betrekking tot de persoon van de veroordeelde alsmede de geboden mogelijkheden van resocialisatie. Ook dient het voor de veroordeelde reeds ten tijde van de oplegging van de levenslange gevangenisstraf in voldoende mate duidelijk te zijn welke objectieve criteria zullen worden aangelegd bij de herbeoordeling, zodat hij weet aan welke vereisten zal moeten worden voldaan, wil hij – op termijn – voor verkorting van de straf of (voorwaardelijke) invrijheidsstelling in aanmerking komen.

Als uitgangspunt heeft voorts te gelden dat de herbeoordeling na niet meer dan 25 jaar na oplegging van de levenslange gevangenisstraf plaatsvindt en dat na die termijn periodiek de mogelijkheid van herbeoordeling wordt geboden. De herbeoordeling dient met voldoende procedurele waarborgen te zijn omgeven. De jurisprudentie van het EHRM houdt niet in dat een voorziening ter verkorting van de levenslange gevangenisstraf uitsluitend kan bestaan uit een wettelijk voorgeschreven periodieke herbeoordeling van de straf door een rechter. Dat neemt niet weg dat naar het oordeel van de Hoge Raad het opdragen van een herbeoordeling aan de rechter op zichzelf een belangrijke waarborg vormt dat de tenuitvoerlegging van de levenslange gevangenisstraf in overeenstemming met art. 3 EVRM plaatsvindt. Tot slot is met het oog op het bieden van een reële mogelijkheid tot herbeoordeling van belang dat de veroordeelde zich tijdens de tenuitvoerlegging van de levenslange gevangenisstraf – ook voordat de voren genoemde herbeoordeling plaatsvindt – moet kunnen voorbereiden op een eventuele terugkeer in de samenleving en dat in verband daarmee binnen het kader van de tenuitvoerlegging mogelijkheden tot resocialisatie moeten worden geboden.

3.4. In het Nederlandse recht ontbreekt (vooralsnog) een specifieke, op de levenslange gevangenisstraf toegesneden mogelijkheid van herbeoordeling. Mede gelet op hetgeen in de conclusie van de Advocaat-Generaal (...) is vermeld omtrent de feitelijke mogelijkheden tot bekorting van de levenslange gevangenisstraf (...) is de Hoge Raad van oordeel dat de huidige tenuitvoerleggingspraktijk onverenigbaar is met de eisen die art. 3 EVRM stelt. Zolang die praktijk niet zodanig is gewijzigd dat voor een tot levenslange gevangenisstraf veroordeelde een reële mogelijkheid bestaat tot herbeoordeling van de straf op de

7 Art. 2 sub b Gratiwet, geciteerd voor zover relevant; zie art. 4 Gratiwet voor het verplichte rechterlijk advies.

8 Zie voor nadere gegevens de conclusie van A-G Machiels bij dit arrest, ECLI:NL:PHR:2016:406, vooral punt 11.7.5 en 11.8.

9 EHRM 9 juli 2013, 66069/09, 130/10 en 3896/10 (*Vinter e.a. t. Verenigd Koninkrijk*). Uitgebreid hierover: W. van Hattum, 'Levenslang "post Vinter"', *NJB* 2013/1775. Zie ook R.J.B. Schutgens & J.J.J. Sillen, 'Constitutionele toetsing in de West',

NJB 2014/412. Autoplagaatwaarschuwing: voor deze alinea heb ik enkele zinsneden overgenomen uit dat *NJB*-artikel.

10 *Vinter*, r.o. 106.

11 *Vinter*, r.o. 110.

12 R.o. 119. Overigens noemt het EHRM in r.o. 111 als legitieme strafdoelen: bescherming van de samenleving, afschrikking, rehabilitatie én bestraffing – hetgeen op zijn minst suggereert dat (in uitzonderlijke gevallen?) bij zeer ernstige misdrijven een daadwerkelijk levenslange straf

uit oogpunt van vergelding gerechtvaardigd zou kunnen zijn.

13 *Vinter*, r.o. 122.

14 *Vinter*, r.o. 108.

15 Hier valt nog bevestiging voor te vinden in de Curaçaose zaak EHRM 26 april 2016, 10511/10 (*Murray t. Nederland*). De omstandigheden van die zaak waren weliswaar iets anders, maar de uitgangspunten worden nogmaals bevestigd, en dat in een zaak tegen het Koninkrijk.

wijze als hiervoor geschetst, welke kan leiden tot verkorting van de straf dan wel (voorwaardelijke) invrijheidstelling, levert de oplegging van een levenslange gevangenisstraf een schending op van art. 3 EVRM.

3.5 De strijdigheid met art. 3 EVRM komt te vervallen indien wordt voorzien in een op de levenslange gevangenisstraf toegesneden mogelijkheid van herbeoordeling die voldoet aan de hiervoor onder 3.3 weergegeven voorwaarden (...).

De Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie heeft op 2 juni 2016 een brief aan de Tweede Kamer gezonden waarin voorgenomen wijzigingen in de tenuitvoerlegging van de levenslange gevangenisstraf worden uiteengezet (Kamerstukken II 2015/16, 29279, nr. 325). Naar aanleiding van deze brief zal, naar mag worden aangenomen, verdere politieke besluitvorming plaatsvinden. De Hoge Raad vindt hierin aanleiding om de verdere behandeling van de zaak aan te houden tot 5 september 2017. Daarna zal de Hoge Raad – na de Advocaat-Generaal in de gelegenheid te hebben gesteld nader te concluderen – beoordelen of op grond van een eventueel dan voorhanden zijnde regeling tot een ander oordeel dan hiervoor onder 3.4 vermeld, dient te worden gekomen.

3.6. Opmerking verdient dat – mede gelet op hetgeen onder 3.3 is overwogen – ook wanneer ten tijde van het opleggen van een levenslange gevangenisstraf de procedure van herbeoordeling voldoet aan de daaraan te stellen voorwaarden, tijdens de tenuitvoerlegging de vraag kan rijzen hoe deze zich verhoudt tot de uit art. 3 EVRM voortvloeiende eisen.

Zo moet de mogelijkheid van herbeoordeling tijdens de tenuitvoerlegging aan vorenbedoelde voorwaarden blijven voldoen en moet de veroordeelde zich tijdens de tenuitvoerlegging – en ook voordat de vorengenoemde mogelijkheid tot herbeoordeling kan worden benut – kunnen voorbereiden op een eventuele terugkeer in de samenleving. De toetsing van de wijze van tenuitvoerlegging zal tijdens de executie dienen plaats te vinden, waarbij de rechtmatigheid van de (verdere) tenuitvoerlegging van die straf kan worden beoordeeld overeenkomstig het daartoe bepaalde in de Penitentiaire beginselenwet, dan wel in het kader van een civielrechtelijke procedure. (...)

5 Beslissing

De Hoge Raad:
verwijst de zaak naar de rolzitting van 5 september 2017;
houdt iedere verdere beslissing aan.’

Noot

1 Een nieuwe constitutionele remedie

1.1 Het ‘patroon’ van artikel 94 Gw

De bevoegdheid om wettelijke voorschriften zoals de bepalingen over de levenslange gevangenisstraf aan verdragsrecht te toetsen, berust op artikel 94 Gw. Krachtens deze bepaling blijft nationale regelgeving buiten toepassing als die toepassing in strijd zou komen met een ieder verbindend – dat wil zeggen voldoende duidelijk en concreet¹⁶ – verdragsrecht. Dit is de enige constitutionele remedie die het geschreven staatsrecht de rechter toekent om strijd

tussen nationaal en internationaal recht te verhelpen. Met artikel 94 Gw kan de rechter vaak uit de voeten, maar niet altijd. Je zou kunnen zeggen dat artikel 94 Gw, dat inhoudelijk dateert van de grondwetswijzigingen 1953/1956, aansluit bij een wat beperkte, wellicht ‘klassieke’, voorstelling van hoe een botsing tussen nationaal en internationaal recht ‘eruitziet’. De bepaling is namelijk toegesneden op casuïstiek waarbij een internationale bepaling de nationale overheid iets verbiedt, waarna de nationale wetgeving dat internationale verbod overschrijdt. Dit sluit uitstekend aan bij klassieke grondrechten die hun klassieke functie vervullen: de statelijke bemoeienis met de burger begrenzen. Ik geef een voorbeeld. Artikel 10 lid 2 EVRM begrenst de mogelijkheden om burgers te bestraffen wegens verspreiding van denkbeelden. Kort gezegd moet zo’n inperking van de uitingsvrijheid op een duidelijke regel berusten, proportioneel zijn en een legitiem doel dienen.¹⁷ De bestraffing van een verkoper die een exemplaar van *Mein Kampf* antiquarisch aanbiedt, zonder het in een haatzaaiende context of met haatzaaiende bedoelingen uit te stallen, voldoet niet aan die eisen omdat daarvoor – in de woorden van het gerechtshof – geen ‘dwingende noodzaak’ bestaat. Bestrafing zou hier de grenzen van artikel 10 EVRM overschrijden; de relevante strafbepaling van artikel 137e Sr wordt daarom op grond van artikel 94 Gw buiten toepassing gelaten.¹⁸

Zulke ‘gevalstypen’ variëren steeds op het thema: ‘verdragsrecht verbiedt de overheid bepaald handelen/nationale bepaling staat de overheid dat handelen toch toe/de nationale bepaling wordt buiten toepassing gelaten’. Artikel 94 Gw is naar dit patroon gesneden.

1.2 De beperkingen van artikel 94 Gw

Sinds de jaren vijftig heeft het internationale recht een hoge vlucht genomen. Niet alleen de hoeveelheid internationale regels is exponentieel toegenomen, maar ook het karakter daarvan lijkt gevarieerder.

Ik noem de belangrijkste voorbeelden. Veel hedendaagse internationale (sociale) grondrechten leggen de overheid *positieve* verplichtingen op, waarbij zij actief moet optreden om een gewenste situatie te bereiken. Zo moet de Staat een deugdelijk stelsel van sociale zekerheid scheppen.¹⁹ Zelfs uit klassieke grondrechten – die de overheidsbevoegdheid begrenzen – worden door de rechter tegenwoordig vaak positieve verplichtingen afgeleid. De Staat moet de uitoefening van het klassieke grondrecht dan actief faciliteren. Zo is de politie binnen de grenzen van het redelijke verplicht om demonstranten actief te beschermen tegen agressieve medeburgers die hun het demonstreren onmogelijk dreigen te maken.²⁰ Daarnaast verplichten talloze supranationale bepalingen tot het uitvaardigen van wetgeving, bijvoorbeeld: de wet moet roken in cafés verbieden.²¹ Bovendien zijn er uit het inter-

16 Zie HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928, AA 2015, p. 305 (AA20150305) (*Rookverbod*).

17 Korte samenvatting van de vereisten van het tweede lid van art. 10, gehanteerd in Gerechtshof Amsterdam 1 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:299 (*Mein Kampf*).

2016:299 (*Mein Kampf*).

18 Gerechtshof Amsterdam 1 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:299 (*Mein Kampf*), r.o. 9.2.2.

19 Art. 9 IVESC en art. 12 ESH.

20 EHRM 21 juni 1988, 10126/82 (*Ärzte für das*

Leben i. Oostenrijk).

21 HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928, AA 2015, p. 305 (AA20150305) (*Rookverbod*).

nationale recht vaak voorwaarden af te leiden waaraan het nationale recht moet voldoen, vooraleer een bepaalde nationale regel of praktijk door de beugel kan (de jurisprudentie over levenslang is hiervan een voorbeeld).

Deze ‘modernere’ internationale verplichtingen voor de overheid leveren ook ‘modernere’ patronen van botsing met het nationale recht op. Vaak variëren die op het thema ‘internationaal recht eist dat de overheid iets dóet/het nationale recht verzekert dat onvoldoende’. De Rotterdamse dissertatie van Joke de Wit geeft hiervan uiteenlopende voorbeelden, die mooi illustreren hoe het vertrouwde artikel 94 Gw tekort kan schieten om het nationale recht bij de internationale standaard te brengen.²²

Het probleem met de hier beschreven, buiten het standaardpatroon van artikel 94 Gw gelegen gevallen is dat zij vaak nopen tot *rechtsvorming* teneinde overeenstemming met het internationale recht te bereiken. Er moet dan een bestaande nationale regel worden aangepast of er moet een nieuwe bijkomen. Soms kan de rechter daar zelf voor zorgen, door bestaand recht verdragsconform te interpreteren of door zelf een ongeschreven rechtsregel te formuleren. Optreden van de wetgever is echter noodzakelijk als (a) duidelijk is dát er een nieuwe regel moet komen, maar onduidelijk is hoe die precies moet luiden. De wetgever is eveneens aan zet (b) als de (door het internationale recht vereiste) nieuwe nationale regel een geschreven regel moet zijn. In beide gevallen stuit de rechter op grenzen als hij het internationale recht tegenover de wetgever probeert te handhaven.

1.3 Jurisprudentiële grenzen aan de handhaving van internationaal recht

De Hoge Raad heeft zichzelf de afgelopen jaren beperkingen gesteld bij het anders dan via artikel 94 Gw ‘afdwingen’ van het internationale recht ten opzichte van de wetgever. Twee springen er in het oog: (a) de ‘grens van de rechtsvormende taak’ en (b) de onmogelijkheid van wetgevingsbevelen. Zoals onder 1.4 zal blijken, zoekt de Hoge Raad met het hier besproken arrest de ruimte op die beide leerstukken nog net laten.

a. Grens van de rechtsvormende taak

In *Arbeidskostenforfait* constateerde de Hoge Raad dat het betreffende forfait belastingplichtigen met geringe arbeidskosten ongerechtvaardigd benadeelde ten opzichte van belastingplichtigen met hogere kosten. De betrokken wetgeving botste daarom met het gelijkheidsbeginsel van artikel 14 EVRM jo. artikel 1 Eerste Protocol en artikel 26 IVBPR. Voor het wegnemen van deze *Vertragswidrigkeit* bestonden echter – zoals meestal bij het wegnemen van ongerechtvaardigd onderscheid – minstens twee²³ oplossingen: de benadeelden bevoordelen of de bevoordeelden benadelen.

Beide oplossingen zijn rechtmatig; het recht zegt niets over de vraag welke de voorkeur geniet. Omdat de keuze tussen de varianten niet op juridische gronden viel te maken, oordeelde de Hoge Raad dat zij de rechtsvormende taak van de rechter te buiten ging.²⁴ Een keus tussen *rechtmatige* opties vergt namelijk een politieke afweging en daar is de wetgever voor. Daarom bleef de Hoge Raad het bestaande, onrechtmatige arbeidskostenforfait (in strijd met het internationale recht) in arren moede toepassen in afwachting van een keuze van de wetgever. Hij voegde daar overigens aan toe dat niet viel uit te sluiten dat hij zelf de knoop zou doorhakken als de wetgever te lang stil zou blijven zitten.

Algemener gezegd: als het nationale recht moet worden aangepast om het met het internationale recht in overeenstemming te brengen, maar er voor die aanpassing verschillende rechtmatige varianten bestaan, is de keuze in eerste instantie aan de wetgever.

b. Geen wetgevingsbevelen

In *Nitraatrichtlijn* vorderde een reeks natuurorganisaties een rechterlijk bevel aan de Staat om de Nitraatrichtlijn correct in Nederlandse wetgeving om te zetten. Deze richtlijn beoogde ter bescherming van mens en milieu de nitraatconcentratie in het oppervlaktewater aan banden te leggen. Om dat te bereiken was *wetgeving* nodig: concrete, straf- of bestuursrechtelijk te handhaven normen die de nitraatuitstoot maximeren, wellicht gekoppeld aan een vergunningsstelsel. De supranationale²⁵ plicht kon hier niet worden vervuld door (conform art. 94 Gw²⁶) simpelweg bestaande wetgeving buiten toepassing te laten; het formuleren van ongeschreven rechtersrecht bood evenmin soelaas omdat de supranationale regelgeving noopte tot invoering van een wettelijk handhavingssysteem dat veel krachtiger en repressiever is dan met ongeschreven rechtersrecht valt te bereiken.²⁷ Kortom: er *moest* wetgeving komen. De rechter had het supranationale recht hier dus het beste kunnen afdwingen met een bevel tot wetgeving.

Een dergelijk bevel is volgens de Hoge Raad echter constitutioneel onmogelijk:

‘Ook ingeval de wetgever heeft nagelaten binnen de implementatietermijn van een richtlijn wetgeving vast te stellen om het vereiste resultaat te bereiken, en indien moet worden aangenomen dat de Staat daarmee onrechtmatig handelt, kan de rechter niet een bevel geven binnen een door hem te bepalen termijn alsnog die wetgeving vast te stellen. Ook dan geldt nog steeds dat de vraag of wetgeving tot stand moet worden gebracht en zo ja welke inhoud deze moet hebben, (...) een politieke beoordeling vergt, waarin de rechter niet kan treden.’

Algemener gezegd: zelfs als de wetgever het internationaal of Unierecht evident geschonden heeft, mag de rechter nooit het dictum uitspreken dat de wetgever wetgeving moet uitvaardigen, aanpassen of intrekken.

22 J.C. de Wit, *Artikel 94 Grondwet toegepast. Een onderzoek naar de betekenis, de bedoeling en de toepassing van de woorden ‘vinden geen toepassing’ in artikel 94 van de Grondwet* (diss. Rotterdam), Den Haag: BJu 2012.

23 Voor de filosofisch ingestelden: vaak zijn er

oneindig veel verschillende oplossingen, zij het dat veel denkbare varianten praktische relevantie ontberen.

24 HR 12 mei 1999, NJ 2000/170 (*Arbeidskostenforfait*).

25 Strikt genomen: Unierechtelijke plicht. In dit

verband doet het verschil tussen internationaal recht en Unierecht echter niet ter zake.

26 Of hier: conform het patroon van *Costa / E.N.E.L.*

27 Vgl. ook art. 16 Gw en art. 5:4 Awb: publiekrechtelijke handhaving behoeft een wettelijke grondslag.

1.4 *Het arrest* Levenslang in de ban

Ook de hier besproken casus lijkt mij een geval waarbij het klassieke artikel 94 Gw niet volstond om het nationale met het internationale recht in overeenstemming te brengen.

Toegegeven: buiten toepassing laten was wel degelijk een mogelijke oplossing. Immers, het Nederlandse rechtsregime rond levenslang strijdt met artikel 3 EVRM en de Hoge Raad had dat probleem eenvoudig kunnen verhelpen door de betrokken wetsbepalingen niet meer toe te passen. Vanwege de grote straftoemettingsvrijheid van de Nederlandse strafrechter was daarvoor artikel 94 Gw niet eens nodig geweest: de Hoge Raad had eenvoudigweg een tijdelijke gevangenisstraf kunnen opleggen,²⁸ en het daarbij kunnen laten. In feite kan het hele Wetboek van Strafrecht 'EVRM-conform' geïnterpreteerd worden door in plaats van levenslang voortaan maximaal 30 jaar op te leggen.

Opvallend genoeg heeft de Hoge Raad dat niet gedaan. Ik sluit niet uit dat hij het opleggen van een tijdelijke gevangenisstraf in de hier geannoteerde zaak geen gepaste sanctie vindt.²⁹ Maar ook als dat vermoeden niet juist is, lijkt het mij nogal wat om als hoogste rechtscollage categorisch af te kondigen dat voorlopig geen levenslang meer wordt opgelegd wegens strijd met artikel 3 EVRM. Je weet (zeker nu) maar nooit wat er zich nog aan gruwelijke misdrijven zal aandienen. Categorisch buiten toepassing laten van de levenslange gevangenisstraf was hier dus een oplossing, maar een met een weinig bevredigend resultaat.

Nu had de Hoge Raad ook nog enige ruimte voor een andere oplossing dan het 'afschaffen' van de levenslange gevangenisstraf. Het Straatsburgse Hof heeft die straf als zodanig namelijk niet volledig in de ban gedaan. Zij mag echter uitsluitend worden opgelegd als het nationale recht aan enkele voorwaarden voldoet. De straf moet na uiterlijk 25 jaar periodiek herbeoordeeld worden en ingeval zij geen redelijk doel meer dient (preventie, voorkomen van recidive, rehabilitatie, vergelding) moet de veroordeelde vrijkomen. Bovendien moet het de veroordeelde van meet af aan duidelijk zijn hoe hij aan zijn rehabilitatie kan werken en moet hij daarbij ondersteund worden. Het vervullen van deze voorwaarden kan niet met jurisprudentierecht verzekerd worden; daarvoor is wetgeving nodig.

Als de Hoge Raad inderdaad niet wilde uitspreken dat de levenslange gevangenisstraf buiten toepassing wordt gelaten, maar de mogelijkheid daartoe in deze en andere zaken voorlopig wilde openlaten, dan waren zijn opties

beperkt. Hij had de redenering uit *Arbeidskostenforfait* kunnen volgen: wij passen de *vertragswidrige* wetgeving voorlopig nog maar even toe omdat voor de reparatie daarvan een wetgevingsoperatie nodig is. Daar is terecht van afgezien. Het is wellicht nog wel te aanvaarden als iemand ten onrechte een tijdje wat teveel belasting betaalt, maar bij de beslissing over een levenslange sanctie wordt deze benadering van 'u heeft gelijk maar u krijgt niet' echt onverteerbaar.

De Hoge Raad stelt de beslissing een jaar uit. Voldoet Nederland tegen die tijd nog steeds niet aan de voorwaarden waaronder oplegging van levenslang niet botst met artikel 3 EVRM, dan zal de verdachte alsnog een tijdelijke gevangenisstraf krijgen. De Hoge Raad zegt dat laatste niet met zoveel woorden, maar zijn overwegingen laten nauwelijks een andere conclusie toe. Van de beslissing gaat dus een nauw verholen dwangmiddel uit: als de wetgeving niet voor september in orde is, dan is het gedaan met de oplegging van levenslang, ook bij feiten waarvoor die straf gepast is, of door politici gepast geacht zou worden.

Dit roept de vraag op of de Hoge Raad hier niet eigenlijk een wetgevingsbevel geeft: een opdracht om het wettelijke regime rond levenslang aan te passen?

Ik kan drie argumenten verzinnen waarom hier geen sprake zou zijn van een 'echt' wetgevingsbevel. Ten eerste behoudt de wetgever hier enige keuzevrijheid omdat hij de levenslange straf ook kan afschaffen, hetzij door de strafwet in die zin aan te passen, hetzij door niets te doen.³⁰ Strikt genomen wordt hem immers niets verplicht; hij kan stil blijven zitten zonder een hem door de rechter opgelegde verplichting te schenden. Ten tweede blijkt de quasi-plicht om de wet aan te passen niet uit het dictum,³¹ maar slechts uit de overwegingen van het arrest. Ten derde wordt er niet met zoveel woorden een sanctie aan het niet naleven van deze quasi-plicht verbonden, zoals bij een bevel met een dwangsom wel het geval zou zijn: de Hoge Raad suggereert slechts dat deze verdachte bij niets doen een tijdelijke straf zal krijgen.

De vraag is hoe overtuigend deze argumenten zijn. De verschillen zijn in ieder geval erg subtiel. Materieel lijkt er weinig verschil met een echt wetgevingsbevel.³² Omdat het in de lijn der verwachtingen ligt dat de wetgever de levenslange gevangenisstraf niet zal willen afschaffen, heeft hij *de facto* immers geen keus: hij moet de wet aanpassen, en daar geeft de Hoge Raad hem een duidelijke termijn voor.

²⁸ De maximale tijdelijke gevangenisstraf is in Nederland 30 jaar; interessant is dat de Hoge Raad en het Straatsburgse Hof de uiterste termijn voor de eerste herbeoordeling van een levenslange gevangenisstraf bij 25 jaar leggen. Dat roept de vraag op, of niet ook een tijdelijke gevangenisstraf van 30 jaar – als vervroegde invrijheidsstelling is uitgebleven – na omekomst van de eerste 25 jaar daarvan herbeoordeeld moet worden. De vraag zal in de jurisprudentie ongetwijfeld een keer aan de orde gaan komen. Omdat iemand die tot 30 jaar is veroordeeld, van meet af aan een

duidelijke 'prospect of release' heeft, zou mijn inschatting zijn dat zo'n 'review' in dat geval niet nodig is; bovendien kan de beoordeling van vervroegde invrijheidsstelling in mijn ogen ook al als een review worden gezien. Hier kan echter ook anders over gedacht worden.

²⁹ Dat is overigens niet zeker; hij zou deze zaak ook aangegrepen kunnen hebben om de kwestie op de agenda van de wetgever te krijgen. Zou hij een tijdelijke gevangenisstraf voldoende hebben gevonden, dan had dat echter op een veel minder invasieve wijze gekund, door de straf op pro-

portionaliteitsgronden te verlagen en in een obiter dictum de kwestie van levenslang aan te snijden.

³⁰ Overigens kan een 'echt' bevel ook wel geformuleerd worden als een bevel om tussen twee opties te kiezen.

³¹ Zoals bij een toepassing van art. 3:296 BW wel het geval zou zijn.

³² Boogaard introduceert voor zaken als deze dan ook de term 'materieel wetgevingsbevel': naar de letter wordt er niets bevolen, maar *de facto* laat de rechter de wetgever geen keus. Zie Boogaard 2013.

1.5 Blijver of eendagsvlieg?

De hier toegepaste constitutionele remedie is verwant aan rechtsfiguren in buitenlandse constituties, waarbij de rechter de bevoegdheid krijgt om wetgeving die in strijd is met de grondwet aan de wetgever terug te spelen.³³ Interessant genoeg wordt deze remedie hier nu in de beste Nederlandse traditie ingevoerd zonder dat er een letter aan de Grondwet verandert.

Spannend is of de Hoge Raad ons staatsrecht hier blijvend heeft veranderd, of dat wij hier met een eendagsvlieg van doen hebben. Ik hoop het eerste. Deze remedie is een aantrekkelijk alternatief voor de ‘grens van de rechtsvormende taak-jurisprudentie’. Het onbevredigende – soms onaanvaardbare – van die jurisprudentie is dat de justitiabele niet zelden na jaren procederen van de rechter hoort dat hij gelijk heeft, zonder dat hij het krijgt.³⁴ Het lijkt mij veel ‘rechtsstatelijker’ om de beslissing op te schorten en de wetgever op termijn te stellen waarna de justitiabele in beginsel wél krijgt waar hij recht op heeft – althans als de wetgever binnen de hem vergunde termijn met een oplossing komt.³⁵

De mogelijkheden van deze nieuwe constitutionele tool moeten echter niet worden overschat. Hij lijkt mij eigenlijk alleen inzetbaar als de overheid ‘belang’ heeft bij aanpassing van de bestaande wetgeving. Bijvoorbeeld: een fiscale regel strijdt met internationaal recht; de belastingplichtige vecht zijn aanslag aan; de rechter schort zijn uitspraak op totdat de belastingwet is aangepast. De wetgever zal dan wel vaart maken, want de overheid is gebaat bij spoedige duidelijkheid over haar belastinginkomsten. Of: een particulier lijdt schade door niet-omzetting van een richtlijn; de burgerlijke rechter spreekt uit dat de Staat onrechtmatig handelt, maar schort de begroting van de schade een jaar op zodat de wetgever het oplossen daarvan kan stoppen.

In een zaak als *Nitraatrichtlijn* levert de nieuwe remedie weinig op. Milieuorganisaties vorderden daar correcte omzetting van een richtlijn. Het viel de Staat (kennelijk) erg zwaar om dit politiek gevoelige dossier tot een goed einde te brengen. In feite kwam ‘de politiek’ er gewoon niet uit, en in zekere zin had de Staat wellicht zelfs belang bij het rekken van de zaak. Het opschorten van een rechterlijke einduitspraak had hier waarschijnlijk ook geen schot in de zaak gebracht.

Een tweede probleem van deze remedie is dat zij de rechter er onder omstandigheden toe zal nopen om de ‘reparatiewet’ retroactief toe te passen, of althans de oude wetgeving anticiperend te interpreteren. Deze rechtsvindingsstechnieken hebben hun eigen rechtsstatelijke beperkingen.

Bovendien zet deze remedie, hoewel *stricto sensu* geen bevel, de wetgever *de facto* sterk onder druk. De rechter zal dat vermoedelijk slechts willen doen als dat echt de moeite waard is. In de hier besproken zaak was bovendien de eerste stap voor een politiek debat al gezet door een brief van de staatssecretaris aan de Tweede Kamer (zie r.o. 3.5 van de Hoge Raad). Dat zal voor de Hoge Raad de drempel hebben verlaagd om tot politieke besluitvorming te (quasi-)bevelen.

Tot slot zullen lagere rechters deze remedie slechts spaarzaam toepassen: zij lopen immers het risico de wetgever te ‘dwingen’ de wet aan te passen, terwijl de hoogste rechter dat mogelijk niet nodig zou vinden. Het ligt voor de hand dat lagere rechters de nieuwe remedie slechts inzetten voor zover zij de rechtsvraag óf de wet moet worden aangepast, via een prejudiciële vraag aan de relevante hoogste rechter kunnen voorleggen.³⁶

Om deze redenen zal het aantal toepassingen van de nieuwe remedie naar mijn verwachting gering blijven. Toch sluit ik niet uit dat zij af en toe van stal gehaald zal worden, en dan in gevallen die maatschappelijk en politiek van groot gewicht zijn. Kwantitatief is dit dus geen belangrijk arrest, kwalitatief kan het dat wel degelijk zijn.

2 Over vergelding en clementie

Tot slot enkele opmerkingen over de kwestie waar deze zaak eigenlijk om draaide: de houdbaarheid van de levenslange gevangenisstraf. Dit arrest prikkelt de echte juridische student natuurlijk tot de vraag: wat te denken over de Straatsburgse jurisprudentie die de mogelijkheid om levenslang te straffen aan banden legt?

Voor wat het waard is: deze auteur vindt het verstandige rechtspraak, die het evenwicht bewaart tussen de toenemende ‘vermensentelijkheid’ van ons strafstelsel enerzijds en de blijvende menselijke behoefte aan vergelding van ernstige misdrijven anderzijds.

Het strafstelsel van Europese landen heeft in de afgelopen eeuwen langzaam maar gestadig zijn meest barbaarse trekken verloren. In het toenemend besef dat zelfs de zwaarste crimineel een menswaardige behandeling verdient, hebben wij in de loop der geschiedenis allerlei vormen van bestraffing achter ons gelaten. Verbanning, brandmerking en andere lijfstraffen, confiscatie van gehele vermogens, publieke vernedering en de doodstraf zijn wij successievelijk als onmenselijk gaan beschouwen. Ook het Straatsburgse Hof heeft in dat beschavingsproces een rol gespeeld, en doet dat nog steeds. Zo verklaarde het eind jaren zeventig bestraffing door het slaan met een roe³⁷ en eind jaren tachtig het plaatsen van veroordeelden op *death row* in afwachting van hun doodstraf³⁸ in strijd met artikel 3 EVRM en is er

33 Zie voor verschillende varianten J.J.J. Sillen, *Rechtsgevolgen van toetsing van wetgeving* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2010, hfdst. 7. De remedie doet verder denken aan de door Uzman bepleite ‘constitutionele lus’ (Uzman 2013, p. 622).

34 Overigens: bij vergelijkbare buitenlandse constitutionele remedies (zie de in de vorige noot genoemde dissertaties van Sillen en Uzman) is

het niet uitzonderlijk dat de rechtzoekende met lege handen staat zodra de vraag aan de wetgever wordt teruggespeeld.

35 Is dat niet het geval, dan zal de Hoge Raad alsnog zelf moeten gaan schipperen.

36 Voor zover de lagere burgerlijke rechter de nieuwe remedie toepast, zou hij het initiatief overigens ook bij partijen kunnen leggen door zijn besluit in een tussenuitspraak te vervatten en ten aanzien

daarvan verlot te verlenen voor het instellen van een rechtsmiddel. In het strafrecht zijn tegen tussenuitspraken echter in beginsel geen rechtsmiddelen mogelijk, en evenmin bestaat er een procedure voor het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad. Dit beperkt de inzetbaarheid van het middel voor de lagere strafrechter aanzienlijk.

37 EHRM 25 april 1978, 5856/72 (*Tyrer t. V.K.*).

38 EHRM 7 juli 1989, 14038/88 (*Soering t. V.K.*).

een recentere jurisprudentielijn waarin het ontnemen van het stemrecht aan gevangenen sterk aan banden wordt gelegd.³⁹ Op zeker moment móest deze beschavingsevolutie welhaast de vraag oproepen hoe menselijk het eigenlijk nog is om iemand levenslang op te sluiten en hem daarmee vrijwel zijn gehele persoonlijke autonomie te ontnemen. De uitzichtloosheid daarvan moet nauwelijks te verdragen zijn. Sommige landen hebben dan ook uit clementie de levenslange straf volledig afgeschaft.

Het Straatsburgse Hof echter is nooit zo ver gegaan om de oplegging van levenslang categorisch in strijd met artikel 3 EVRM te verklaren. Dat lijkt mij verstandig. Sommige misdrijven veroorzaken helaas zulk onnoemelijk leed dat – volgens mij – alleen het uitspreken van een levenslange gevangenisstraf daaraan (nog enigszins) recht doet. Straffen dienen niet alleen ter preventie, maar ook ter vergelding. Het gepaste antwoord op een euveldaad is, dat de overheid de euveldoener op een proportionele wijze laat boeten voor het leed dat hij heeft veroorzaakt. In dat licht ben ik ervan overtuigd dat er gevallen zijn waarin het opleggen van een *tijdelijke* gevangenisstraf niet rechtvaardig is te noemen.

Daar valt wel een waarheid als een koe tegenover te stellen: de tijd heelt alle wonden. Al moge levenslang *bij oplegging* daarvan een gepaste reactie op sommige euveldade[n] zijn, dat wil nog niet zeggen dat ook decennia na het misdrijf, in een andere tijd en andere omstandigheden, met een veroordeelde die door de tijd een ander mens is geworden en met nabestaanden wier leed door de tijd is verzacht, het onverminderd zinvol blijft om die straf maar te laten voortduren. Hoewel de oplegging van de straf niet altijd het juiste moment voor clementie is, zal clementie vele jaren later heel vaak wel aan de orde moeten zijn. Daarom hoort de levenslange gevangenisstraf na verloop van tijd opnieuw te worden beoordeeld, en moet de veroordeelde vrijkomen als blijkt dat voortzetting van zijn straf geen zinvol doel meer dient. Niet het opleggen van levenslang, maar wel de Nederlandse gewoonte om de betrokkenen vrijwel zonder uitzondering voor de rest van hun leven te laten vastzitten en hen nauwelijks te ondersteunen bij hun rehabilitatie, kan niet meer door de beugel. Het is een goede zaak als dit arrest dat gaat veranderen. ■

³⁹ EHRM 6 oktober 2005, 74025/01 (*Hirst t. V.K.*)
Deze jurisprudentielijn berust overigens niet

op het verbod op onmenselijke bestraffing maar
op het kiesrecht, gecodificeerd in art. 3 van het

Eerste Protocol bij het EVRM.