

Strafbaarstelling van groepsbelediging en haatzaaien afschaffen?

Kanttekeningen bij het wetsvoorstel-Van Klaveren ter verruiming van de vrijheid van meningsuiting

Esther Janssen¹

Binnenkort debatteert de Tweede Kamer over het initiatiefwetsvoorstel-Van Klaveren ter verruiming van de vrijheid van meningsuiting. Dit artikel beoogt een aanzet te geven voor de discussie en neemt de motivering van het wetsvoorstel kritisch onder de loep. Conclusie is dat het schrappen van de groepsbelediging en het aanzetten tot haat en discriminatie uit het Wetboek van strafrecht in strijd is met internationaal en Europees recht. Maar de gedachte achter het wetsvoorstel om de grenzen van de uitingsvrijheid te verduidelijken is gerechtvaardigd, want de strafbaarstellingen van haatuitingen in de artikelen 137c-e Sr geven aanleiding tot significante interpretatieverschillen. Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid is het daarom wenselijk dat de artikelen 137c-e Sr worden aangescherpt. Een mogelijkheid vormt een nadere precisering van artikel 137d.

Het wetsvoorstel-Van Klaveren: inhoud en argumentatie

Op 13 oktober 2014 diende tweede kamerlid Van Klaveren een initiatiefwetsvoorstel in, dat beoogt het groepsbeledigingsdelict van artikel 137c Sr en het aanzetten tot haat en discriminatie in artikel 137d Sr te schrappen, zodat alleen het aanzetten tot geweld nog strafbaar is. Het verspreidingsdelict in artikel 137e Sr dient overeenkomstig aangepast te worden.² Het wetsvoorstel is nagenoeg identiek aan het wetsvoorstel Driessen uit september 2012, dat na een advies van de Raad van State (ongepubliceerd), zonder gevolg bleef.³ Het wetsvoorstel rust op vier argumenten die ik in dit artikel als volgt zal behandelen: 1. a. verruiming van de vrijheid van meningsuiting en b. het bieden van een handreiking aan het EHRM bij het bepalen van de Europese consensus over het beschermen van het maatschappelijke debat; 2. het voorkomen van een conflict tussen op Nederland rustende verdragsverplichtingen; en 3. het verzekeren van het *lex certa*-beginsel. Ik betrek daarbij het zeer kritische advies van 5 december 2014 van de Raad van State.⁴ De analyse vormt de opmaat voor een reflectie over mogelijkheden om de artikelen 137c-e Sr nader te preciseren, die grotendeels op mijn proefschrift⁵ is gebaseerd.

Vrijheid van meningsuiting: een handreiking voor het EHRM

Een vrij maatschappelijk debat

Volgens de toelichting bij het wetsvoorstel is de bescherming van de vrijheid van meningsuiting de afgelopen jaren sterk in intensiteit toegenomen als gevolg van de jurisprudentie van het EHRM. Het Straatsburgse hof zou consistent een bevoorrechte positie toekennen aan politieke meningsuitingen die slechts in uitzonderingsgevallen beperkt mogen worden. De delicten groepsbelediging en het aanzetten tot haat en discriminatie zouden, met name door hun vage en onbestemde karakter, een onevenredige inbreuk vormen op de door artikel 10 EVRM beschermde vrijheid van meningsuiting. Door het schrappen van deze delicten beoogt het wetsvoorstel het EHRM een handreiking te bieden bij het bepalen van de 'Europese consensus over het beschermen van het maatschappelijke debat'. Onduidelijkheid die hierover zou bestaan dient weggenomen te worden, aldus het wetsvoorstel.

De vrijheid van meningsuiting neemt inderdaad een bijzondere positie binnen het EVRM in. Het EHRM noemt de vrijheid van meningsuiting een van de essentiële fun-

damenten van een democratische samenleving. Een democratie wordt gekenmerkt door het vermogen om problemen in een land op te lossen via de dialoog, zonder daarbij geweld te gebruiken. Zelfs uitingen die 'offend, shock or disturb' zijn beschermd,⁶ zolang zij niet 'gratuitously offensive' zijn.⁷ De staat moet namelijk zorgen dat een pluraliteit aan meningen bestaat en moet voldoende ruimte bieden aan het politieke en publieke debat, omdat 'freedom of political debate and free elections form the bedrock of any democratic system'.⁸ Met name de uitingsvrijheid van politici, parlementariërs en leden van de oppositie dient te worden gewaarborgd, want zij representeren het electoraat en komen op voor diens belangen. Volgens het Hof biedt artikel 10 lid 2 EVRM weinig ruimte voor beperkingen op politieke meningsuitingen en uitingen over kwesties van publiek belang.

Onderscheid uitingen gericht tegen de overheid of tegen minderheden

De vraag of een beperking op een politieke meningsuiting wel 'noodzakelijk is in een democratische samenleving' wordt dan ook zeer strikt door het Hof getoetst. Het Europese Hof maakt daarbij een belangrijk onderscheid tussen uitingen die gericht zijn tegen het handelen van de overheid en zijn gezagsdragers, die tegen een verbaal stootje moeten kunnen, en uitingen die gericht zijn tegen bepaalde minderheden in de samenleving. Het verbieden van heftige kritiek op de overheid past niet in een democratie. Maar een primaire taak van de overheid is wel om de veiligheid en stabiliteit te bewaren die nodig zijn om de rechten van burgers te verzekeren. Het Hof acht daarom de beperking van uitingen die opruien tegen de autoriteiten, aanzetten tot strafbare feiten of geweld of het omverwerpen van het staatsbestel legitiem. Die uitingen moeten dan wel een directe dreiging vormen voor anderen en voor schade aan de openbare orde, dus voldoen aan een streng 'imminent risk'-vereiste.

Dit ligt anders bij heftige kritiek op bepaalde minderheden die eerder als schadelijk beschouwd kan worden. De positie van minderheden in de samenleving is niet zo sterk verzekerd dat zij bescherming tegen racistische uitingen niet nodig hebben. Het EHRM overweegt dan ook dat het sanctioneren of voorkomen van haatuitingen, ook wel 'hate speech' genoemd, als noodzakelijk beschouwd kan worden, 'because tolerance and respect for the equal dignity of all human beings constitute the foundations of a democratic, pluralistic society'.⁹ Het EHRM omschrijft de term 'hate speech' vervolgens heel ruim als 'all forms of expression which spread, incite, promote or justify racial hatred, xenophobia, anti-Semitism or other

forms of hatred based on intolerance, including: intolerance expressed by aggressive nationalism and ethnocentrism, discrimination and hostility against minorities, migrants and people of immigrant origin'.¹⁰ Uit de Europese jurisprudentie blijkt helder dat uitingen die onder deze ruime definitie van 'hate speech' vallen onder artikel 10 lid 2 EVRM of op grond van artikel 17 EVRM (misbruik van recht) verboden mógen worden.¹¹

Verhouding tussen de artikelen 137c-e Sr en de EHRM jurisprudentie

De stelling in de toelichting bij het wetsvoorstel, dat 'opruiming' de enige categorie uitingen is waarvoor het Hof beperking van de uitingsvrijheid gerechtvaardigd acht en dat de 'hate speech' jurisprudentie van het Hof onduidelijkheid in deze consistente koers schept, is dus onjuist. Het Hof heeft nationale hate speechbepalingen steeds beschouwd als 'voorzien bij de wet', met het legitieme

Het EHRM heeft nationale hate speech bepalingen steeds beschouwd als 'voorzien bij de wet', met het legitieme doel om 'de reputatie en de rechten van anderen' te beschermen

doel om 'de reputatie en de rechten van anderen' te beschermen. Maar uiteindelijk gaat het om de beoordeling van een concreet geval. De toelichting verwijst naar het kernarrest *Féret vs. België*,¹² over de veroordeling van de leider van het Belgische Front National Daniel Féret voor uitlatingen waarin immigranten als crimineel worden voorgesteld en gepleit wordt tegen islamisering. Volgens het Hof mogen dergelijke uitingen verboden worden, omdat zij kunnen leiden tot een grotere mate van intolerantie. Een politicus draagt een grotere verantwoordelijkheid ten aanzien van het effect van zijn uitingen, maar staten hebben uiteindelijk wel een ruime beleidsvrijheid om zelf de grenzen van het immigratie- en integratiedebat te bepalen, omdat deze problematiek per land verschilt.

Auteur

1. Mr. dr. E.H. Janssen is juridisch onderzoeker en gepromoveerd aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit van Amsterdam op het proefschrift *Faith in Public Debate*.

Noten

2. Kamerstukken II 2014/15, 34051, 1-3.
3. Kamerstukken II 2011/12, 33369, 1-3.

4. Kamerstukken II 2014/15, 34051, 4.

5. E. H. Janssen, *Faith in Public Debate. On Freedom of Expression, Hate Speech and Religion in France and the Netherlands*, Cambridge: Intersentia 2015.

6. EHRM 7 december 1976, appl. nr. 5493/72 (*Handyside vs. United Kingdom*), para. 49.

7. EHRM 20 september 1994, appl. nr.

13470/87 (*Otto Preminger Institute vs.*

Austria).

8. EHRM (Grote Kamer) 19 februari 1998, appl. nr. 24839/94 (*Bowman vs. Verenigd Koninkrijk*), para. 42.

9. EHRM 4 december 2003, appl. nr. 35071/97 (*Gündüz vs. Turkije*), para. 40.

10. EHRM 4 december 2003, appl. nr. 35071/97 (*Gündüz vs. Turkije*), para. 40.

11. ECRM 11 oktober 1979, appl. nr. 8348/78 8406/78 (*Glimmerveen en*

Hagenbeek vs. Nederland); EHRM 20

februari 2007, appl. nr. 35222/04 (*Pavel*

Ivanov vs. Rusland); EHRM 16 november 2004, appl. nr. 23131/03 (*Norwood vs. Verenigd Koninkrijk*).

12. EHRM 16 juli 2009, appl. nr. 15615/07 (*Féret vs. België*).



© Shutterstock

Zo heeft het Hof de klacht tegen de vrijspraak in de vorige *Wilders*-zaak afgewezen,¹³ maar de verleende marge in de *Féret*-zaak leert dat een veroordeling in die zaak de toets aan artikel 10 2 EVRM wellicht ook had kunnen doorstaan. Dit illustreert dat het de Nederlandse rechter vrijstaat om de artikelen 137c-e Sr zowel eng als ruim te interpreteren en dat de toepassing van de delicten niet snel in strijd zal zijn met artikel 10 EVRM. Het Hof interpreteert de vrijheid van meningsuiting namelijk in lijn met het internationaal recht en verwijst regelmatig naar internationale en Europese instrumenten die de strafbaarstelling van hate speech adviseren of verplichten.¹⁴ Ter uitvoering van die verplichtingen hebben veel Europese landen hate speech bepalingen in hun wetgeving opgenomen. Van een 'Europese consensus over een preferred position van het politieke debat' op dit gebied is dus juist geen enkele sprake. Het is niet de taak van de Nederlandse wetgever (en ook niet mogelijk) om de Europese jurisprudentie die richting op te duwen. De Raad van State ziet in het EVRM daarom terecht geen aanleiding om de artikelen 137c-e Sr te herijken. Het is echter op basis van deze onjuiste lezing van de EHRM-jurisprudentie dat de toelichting bij het wetsvoorstel vervolgens een potentieel conflict met overige Nederlandse verdragsverplichtingen vaststelt.

Voorkoming van conflict tussen internationale verplichtingen

Internationale verplichtingen

Nederland heeft een aantal internationale verdragen ondertekend en geratificeerd die verplichten tot de strafbaarstelling van haatuitingen. In de toelichting bij het wetsvoorstel worden met name genoemd het EU-Kaderbesluit ter bestrijding van racisme en vreemdelingenhaat,¹⁵ het Additioneel protocol bij het Cybercrimeverdrag¹⁶ en het Internationaal Verdrag inzake Uitbanning van alle vormen van Rassendiscriminatie (IVUR).¹⁷ Nederland heeft deze verdragen geïmplementeerd via de artikelen 137c-e Sr. Volgens de toelichting bij het wetsvoorstel voldoet het Nederlandse recht al aan deze instrumenten via 'generieke' strafbaarstellingen zoals enkelvoudige belediging; smaad en laster; bedreiging en opruiing; aanzetten tot geweld; en feitelijke discriminatie. Het onmiskenbare doel van genoemde verdragen is echter om staten te verplichten uitingen van racisme en xenofobie expliciet en effectief strafbaar te stellen. De Raad van State oordeelt daarom naar mijn mening terecht dat het wetsvoorstel in strijd is met onze internationale verplichtingen, waaronder ook het Internationaal

Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVB-PR).¹⁸

Ingevolge die verplichtingen dient Nederland de volgende categorieën uitingen strafbaar te stellen:

Aanzetten tot haat / vijandigheid	art. 1 lid 1 sub a-b EU Kaderbesluit; art. 20(2) IVBPR niet per se een strafrechtelijk verbod; art. 4(a) IVUR strikt genomen het verspreiden van rassenhaat
Aanzetten tot discriminatie	art. 20(2) IVBPR niet per se een strafrechtelijk verbod; art. 4(a) IVUR
Vergoelijken, ontkennen of verregaand bagatelliseren van genocide, misdaden tegen de menselijkheid, oorlogsmisdaden en misdaden tegen de vrede, indien dit aanzet tot haat of geweld	art. 1 lid 1 sub c-d EU Kaderbesluit ¹⁹
Verspreiden of op andere wijze voor het publiek beschikbaar maken via computersystemen van al bovengenoemde categorieën uitingen	art. 3 en 6 Aanvullend Protocol Cybercrimeverdrag ²⁰
Verspreiden of op andere wijze voor het publiek beschikbaar maken via computersystemen van racistisch en xenofobisch gemotiveerde belediging met de mogelijkheid om als aanvullend vereiste te stellen dat men wordt blootgesteld aan haat, minachting of spot	art. 5 lid 1 en 2 Aanvullend Protocol Cybercrimeverdrag

Conclusie is dat er geen sprake is van conflicterende verdragsverplichtingen, maar van een met verdragsverplichtingen conflicterend wetsvoorstel. Althans, voor zover het 'aanzetten tot haat en discriminatie' in artikel 137d betreft. Dat staat los van de mogelijkheid die lidstaten soms geboden wordt om gedragingen pas dan strafbaar te stellen wanneer zij de openbare orde dreigen te

Er is geen sprake van conflicterende verdragsverplichtingen, maar van een met verdragsverplichtingen conflicterend wetsvoorstel

verstoren of wanneer zij bedreigend, kwetsend of beledigend zijn (artikel 1 lid 2 EU Kaderbesluit). Geen enkel bindend instrument verplicht echter ook 'groepsbeledigingen' in de zin van artikel 137c te verbieden of strafbaar te stellen op grond van hun direct negatieve effecten op leden van de targetgroep los van enig effect op derden en de openbare orde. Dat betekent niet dat de strafbaarstelling van dergelijke uitingen per se in strijd is met het internationaal recht. Dat recht gebiedt juist categorieën uitingen strafbaar te stellen zoals belediging, smaad en het ontkennen van grove misdaden, maar staat daarbij steeds de toevoeging van vereisten toe zoals het opzet of de waarschijnlijkheid dat uitingen aanzetten tot haat of geweld. Uit deze categorieën blijkt wel hoe veelvormig het verbod op 'hate speech' is onder internationaal en Europees recht.

Internationale richtlijnen

Toegegeven, het internationale en Europese recht biedt een wat onoverzichtelijke lappendeken aan standaarden over 'hate speech' van wisselende normatieve kracht. Verder zijn staten aan de verdragen gebonden ten aanzien van het te behalen resultaat; zij schrijven niet voor exact uniforme bepalingen te implementeren. Ook wordt staten een zekere ruimte geboden om het hate speechverbod in te bedden in de principes van hun nationale rechtssystemen. Dat geldt zelfs voor de instrumenten die zijn gericht op Europese harmonisatie van het strafrecht. Die marge heeft gevolgen voor de doorwerking van het internationale recht in de nationale rechtsorde. Het is in de eerste plaats aan de wetgever om de artikelen 137c-e Sr – binnen die marge – zodanig te definiëren dat zij een consequente rechtspraak bevorderen. Tussen 2008 en 2012 is daarom in VN verband onderzoek gedaan om de staatsverplichtingen ten aanzien van hate speech onder artikel 20(2) IVBPR te verhelderen. Uitkomst van dat onderzoek was dat het nationale recht heldere definities moet geven van termen zoals aanzetten, haat, discriminatie en geweld.²¹

13. Ongepubliceerd.

14. EHRM (Grote Kamer) 23 september 1994, appl. nr. 15890/89 (*Jersild* vs. Denemarken).

15. Art. 1 lid 1 sub a-d, Kaderbesluit 2008913/IBZ van 28 november 2008, PB L 328/55.

16. Art. 3, 5, 6, Aanvullend Protocol bij het Verdrag inzake de bestrijding van strafbare feiten verbonden met elektronische netwerken, betreffende de strafbaarstelling van handelingen van racistische en xenofobische aard verricht via computersystemen, Trb. 2003, 60 en Trb. 2010, 334 (inwer-

kingtrede Protocol), Trb. 2002, 18 en Trb. 2007, 10 (inwerkingtrede Verdrag).

17. Art. 4a, Internationaal verdrag inzake uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie, New York, 21 december 1965, inwerkingtrede 4 januari 1969, 660 UNTS 195; G.A. res. 2106 (XX), Annex, 20 U.N. GAOR Supp. (No. 14) at 47, U.N. Doc. A/6014 (1966).

18. Art. 20 lid 2 Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, New York, 16 December 1966, inwerkingtrede 23 maart 1976, GA res. 2200A (XXI), 21 UN GAOR Supp. (nr. 16) at 52,

UN Doc. A/6316 (1966); 999 UNTS 171; 6 ILM 368 (1967).

19. Bij de totstandkoming van het besluit heeft Nederland verklaard dat het vergoelijken, ontkennen of bagatelliseren van voregenoemde misdrijven valt onder artikel 137c-e Sr, voor zover dit gedrag aanzet tot haat of geweld. Document nr. 2001/0270 (CNS) en Kamerstukken I 2007/08, 23490, DH, p. 4.

20. Ten aanzien van de ontkenning van misdaden heeft Nederland het voorbehoud gemaakt dat dergelijke gedragingen slechts strafbaar zijn, voor zover zij aanzetten tot

haat, discriminatie of geweld wegens ras of godsdienst. Art. 2, Rijkswet tot goedkeuring van het Aanvullend Protocol, Trb. 2010, 334.

21. Rabat Plan of Action on the prohibition of advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence, Conclusions and recommendations emanating from the four regional expert workshops organized by OHCHR, in 2011, and adopted by experts in Rabat, Marokko op 5 oktober 2012.

Door te wijzen op de verschillende interpretaties van artikel 137c-e Sr door het OM, Hof en Rechtbank Amsterdam in de vorige Wilders-zaak illustreert de toelichting het meest interessante argument voor het wetsvoorstel: het herstel van het *lex certa* beginsel

Ook is een 6-stappen toets ontwikkeld voor het bepalen van de strafbaarheid voor 'aanzetten tot' haat, die de IVUR-commissie in zijn meest recente aanbeveling over 'racist hate speech' heeft overgenomen en die inhoudt dat er rekening gehouden moet worden met de volgende contextuele factoren: de inhoud en vorm van de uitlating; het economische, sociale en politieke klimaat waarin de uitlating wordt gedaan; de persoon van de spreker; het bereik van de uitlating; het doel van de uitlating; het opzet van de spreker; en het dreigend risico of de waarschijnlijkheid dat het door de spreker gewenste gedrag uit zijn uitlating zal resulteren.²² Dit zijn heldere parameters voor een consistente *toepassing* van nationale hatespeech bepalingen door nationale rechters.²³ In een eerdere *NJB*-bijdrage onderwierp ik de 'Minder Marokkanen' uitspraak van Wilders daarom al eens aan deze toets.²⁴ De toelichting bij het wetsvoorstel wijst echter op de verschillende interpretaties van de artikelen 137c-e Sr door het OM, hof en Rechtbank Amsterdam in de vorige *Wilders*-zaak om aan te tonen dat de bepalingen te onduidelijk zijn.²⁵ Hiermee illustreert de toelichting het meest interessante argument voor het wetsvoorstel: het herstel van het *lex certa* beginsel.

Herstel van het *lex certa* beginsel

Sobere delictomschrijvingen

Het *lex certa* of rechtszekerheidsbeginsel vloeit voort uit artikel 16 van de Grondwet en artikel 1 van het Wetboek van Strafrecht die allebei luiden 'geen feit is strafbaar dan uit kracht van een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling'. Het beginsel houdt in dat het recht duidelijk moet aangeven welke concrete handelingen strafbaar zijn. Daarom moet de delictomschrijving van een strafbepaling zo nauwkeurig en precies mogelijk omschreven en afgebakend zijn.²⁶ Volgens de toelichting voldoen het groepsbeledigingsdelict van artikel 137c en het bestanddeel 'aanzetten tot haat en discriminatie' in artikel 137d en e niet aan dit vereiste en moeten zij daarom geschrapt worden. Dat de artikelen 137c-e Sr moeilijk eenduidig uit te leggen zijn, daar is de literatuur het wel over eens. Maar waar zitten de pijnpunten nu precies? Allereerst wordt het Nederlandse recht gekenmerkt door 'open normen' die door de rechter verder 'ingekleurd' kunnen worden in concrete gevallen. De artikelen 137c-e Sr hebben dus relatief sobere delictomschrijvingen, waarin de gebruikte termen niet worden gedefinieerd. De betekenis van die termen vinden we in de wetgeschiedenis en jurisprudentie.²⁷

De jurisprudentie geeft een bonte verzameling weer van categorieën uitingen die als groepsbelediging of aanzetten tot haat en discriminatie strafbaar kunnen zijn: scheldwoorden; grove generalisering over een bepaalde

groep, zoals sterk negatieve waardeoordelen over een groep en feitelijke beschuldigingen aan hun adres; het ophitsen van burgers tot concrete handelingen of het doen van politieke voorstellen tot maatregelen tegen een groep; nazipropaganda; antisemitisme; en in sommige gevallen ook het ontkennen van de holocaust.²⁸ Hoewel deze categorieën uitingen dus in de delicten niet nader gespecificeerd zijn, heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de artikelen 137c-e Sr voldoende precies geformuleerd zijn voor de burger om zijn gedrag erop af te kunnen stemmen.²⁹ Vanuit het perspectief van de rechtszekerheid zouden de delictomschrijvingen beter wel nader kunnen specificeren welke categorieën uitingen onder hun bereik vallen.

Nadere afweging met de uitingsvrijheid

Onduidelijkheden lijken echter met name ook ingegeven doordat de rechter bij toepassing van artikel 137c en d Sr steeds meer belang is gaan hechten aan de vrijheid van meningsuiting. De vrijheid van meningsuiting wordt gegarandeerd in artikel 7 van onze Grondwet, maar ingevolge artikel 120 Grondwet mag de rechter niet toetsen of de wettelijke beperkingen op de uitingsvrijheid wel verenigbaar zijn met de grondwet. Daarom is de rechter de uitingsdelicten steeds meer gaan interpreteren en toepassen in het licht van artikel 10 EVRM. De invloed van de Europese standaard van het publiek debat op onze jurisprudentie is onmiskenbaar. De Hoge Raad heeft in 2001 een drie-stappen-toets ontwikkeld om de strafbaarheid van uitingen onder artikel 137c Sr te toetsen: 1. wanneer een uiting volgens zijn strekking en directe tekstuele context een strafbare belediging vormt, 2. kan het feit dat de uiting is gedaan in de context van een publiek debat zijn strafbaarheid ontnemen, 3. mits de uiting niet 'onnodig grievend' is.³⁰ In de *Wilders*-zaak heeft de rechtbank een vergelijkbare toets ontwikkeld om de strafbaarheid van uitingen wegens aanzetten tot discriminatie onder artikel 137d Sr te toetsen: 1. wanneer een uiting volgens zijn directe tekstuele context strafbaar aanzet tot discriminatie, 2. kan de context van het publiek debat zijn strafbaarheid ontnemen, 3. mits de uiting niet 'grensoverschrijdend' is.

Deze nadere belangenafweging door de rechter is in principe wenselijk, omdat zij zorgt voor een proportionele toepassing van de delicten met oog voor de omstandigheden van het geval. Negatieve opmerkingen over immigranten zullen bijvoorbeeld al gauw beledigend en provocatief zijn, maar kunnen gerechtvaardigd zijn om sociale problemen bloot te leggen in een discussie over integratie vraagstukken. Wanneer uitingen precies 'onnodig grievend' is onduidelijk. Bij grove generalisering over een groep lijkt de mate waarin een bewering een voldoende feitelijke

basis heeft impliciet een rol te spelen. Zo acht de rechter het afschilderen van Moslims en Marokkanen als van nature crimineel strafbaar,³¹ maar heeft hij het trekken van diezelfde conclusie onder verwijzing naar hoge criminaliteitscijfers toelaatbaar geacht.³² De rechter zou echter – juist bij een sobere delictsomschrijving – meer expliciet moeten motiveren of en hoe een uiting de waardigheid van mensen aantast en dus strafbaar is.³³ Anders blijft het ook onbegrijpelijk waarom bepaalde uitingen over de holocaust wel en over de islam niet ‘onnodig grieven’, terwijl beiden als kwetsend kunnen worden ervaren.

De uiterste grens van het publiek debat

Ook is onduidelijk wanneer uitingen nu ‘grensoverschrijdend’ zijn.³⁴ Uit de *Wilders*-zaak lijkt te volgen, dat het doen van politieke voorstellen tot het nemen van maatregelen tegen een bepaalde groep in de samenleving die

De rechter zou echter – juist bij een sobere delictsomschrijving – meer expliciet moeten motiveren of en hoe een uiting de waardigheid van mensen aantast en dus strafbaar is

verboden discriminatie opleveren (‘Alle Moslims het land uit’), niet per definitie strafbaar is. In de jaren tachtig en negentig leidden dergelijke politieke voorstellen nog tot veroordelingen. Artikel 137d was ook expliciet bedoeld om de ruimte voor politici om politieke veranderingen te propageren die tot discriminerende maatregelen zouden

leiden te beperken. In 2014 heeft de Hoge Raad de grenzen van het politieke debat aangescherpt in de *Delano Felter*-zaak over homofobe uitlatingen door te overwegen dat een politicus in het politieke debat de verantwoordelijkheid draagt te voorkomen dat hij uitlatingen verspreidt die strijdig zijn met de wet en met de grondbeginselen van de democratische rechtsstaat. Daarbij gaat het volgens de Raad niet uitsluitend om uitlatingen die aanzetten tot haat of geweld of discriminatie maar ook om uitlatingen die aanzetten tot onverdraagzaamheid.³⁵

De Hoge Raad volgt hiermee de heldere analyse van P-G Knigge over de verhouding tussen de artikelen 137c-e Sr en de hate speechjurisprudentie van het EHRM.³⁶ Onze eigen grondwet fungeert zelf nauwelijks als een kompas voor het stellen van heldere goed gemotiveerde uiterste grenzen aan het publiek debat. Immers, onze grondwet is ‘non-ideologisch’ in de zin dat het geen enkele grondwaarde, zoals de onschendbaarheid van de menselijke waardigheid, bepaalt, en er zit geen ‘slot’ op de grondwet middels een misbruik van recht artikel. Vanuit het perspectief van de rechtszekerheid zouden artikel 137c en d Sr dus beter ook het gewicht van het publiek debat nader kunnen preciseren; juist omdat een breder grondwettelijk kader dat dwingt tot een eenduidige interpretatie en toepassing van de bepalingen door de rechter ontbreekt.

De discriminatiegrond ‘ras’

Volgens de toelichting is schrapping van artikel 137c Sr en het aanzetten tot haat en discriminatie in artikel 137d Sr echter het enige effectieve middel om onduidelijkheden over de uitingsvrijheid weg te nemen; in de rechtspraktijk zouden de delicten zodanig worden opgerekt dat de door de wetgever beoogde restrictieve strafbaarstelling op losse schroeven wordt gezet. Het wetsvoorstel verwijst naar de ruime interpretatie door de Hoge Raad van de discriminatiegrond ‘ras’, waaronder ook zijn begrepen ‘Turken en Marokkanen, Joden, asielzoekers en vreemdelingen’,³⁷ terwijl de wetgever bewust een limitatief en geen enuntiatief stelsel gronden heeft opgenomen.

Uit de wetsgeschiedenis blijkt echter dat de term ‘ras’

22. Rabat Plan of Action, Outcome document, para. 22, p. 6.

23. E. H. Janssen, *Faith in Public Debate*, p. 155; 161; Nederlandse samenvatting, p. 624-625.

24. E.H. Janssen, ‘Wilders, waardigheid en de grenzen van het publiek debat’, *NJB* 2014/1336, afl. 14, p. 1814-1820.

25. E.H. Janssen & A.J. Nieuwenhuis, ‘De verhouding tussen vrijheid van meningsuiting en discriminatie in het Wilders-proces: Een analyse van “het proces van de eeuw”’, *NTM/NJCM-Bulletin*, 2012-2, p. 177-207.

26. J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, vijfde druk, Deventer: Kluwer 2012, p. 80-108; J.S. Nan, *Het lex certa-beginsel* (diss. Tilburg), Den Haag: Sdu 2011.

27. ‘Belediging’ betekent een uiting die de eigenwaarde of eer van een groep aantast of hen in diskrediet brengt. Het ‘kwetsen’

van gevoelens is niet strafbaar en kritiek leveren op religieuze overtuigingen en praktijken is toegestaan. ‘Aanzetten’ is ‘aansporen’. Van aanzetten tot ‘haat’ is sprake wanneer groepen tegen elkaar opgezet worden waardoor ‘een conflictueuze tweespalt’ in de samenleving ontstaat. Aanzetten tot ‘discriminatie’ betekent kort gezegd: aanzetten tot het maken van onderscheid op zodanige wijze dat grondrechten worden aangetast in de zin van art. 90quater Sr.

28. Rb. Amsterdam 27 januari 2005, ECLI:NL:RBAMS:2005:AS4126; HR 15 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI4739, *NJ* 2009/445; HR 18 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1538, *NJ* 1999/634; HR 21 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2483, *NJ* 2010/518; HR 5 november 2002,

ECLI:NL:HR:2002:AE8821.

29. HR 16 april 1996,

ECLI:NL:HR:1996:AD2525, *NJ* 1996/527, para. 7.5.

30. HR 9 oktober 2001,

ECLI:NL:HR:2001:ZD2776, *NJ* 2002/76 (m.nt. De Hullu).

31. Rb. Den Haag 12 mei 2011,

ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ4301.

32. Rb. Amsterdam 23 juni 2011,

ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ9001, *NJ* 2012/370 (m.nt. Mevis), AA 2012, p. 288-289 (m.nt. Rozemond); p. 290-294 (m.nt. Schutgens).

33. Kennelijk accepteert de rechter statistische correlaties als een voldoende basis voor het leggen van causale verbanden. Maar dergelijke conclusies hebben eerder een racistische strekking dan dat zij sociale problemen adresseren.

34. Janssen & Nieuwenhuis 2012, p. 177-207.

35. HR 16 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3583, *NJ* 2015/108 (m.nt. Rozemond).

36. Concl. P-G Knigge, 16 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3583, *NBSRAF* 2015/26.

37. 3HR 15 juni 1976, ECLI:NL:HR:1976:AB5842, *NJ* 1976/551 (m.nt. van Veen); HR 14 maart 1989,

ECLI:NL:HR:1989:AC3487, *NJ* 1990/29 (m.nt. Schalken); HR 21 februari 1995,

ECLI:NL:HR:1995:ZC9512, *NJ* 1995/452 (m.nt. Schalken); HR 2 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZD1119, *NJ* 1995/621;

HR 15 april 2003,

ECLI:NL:HR:2003:AF4778, *NJ* 2003/334.

uitgelegd moet worden volgens de strekking van artikel 1 IVUR waarin ‘ras, huidskleur, afkomst, nationale of etnische afstamming’ als discriminatiegronden worden opgesomd. De wetgever overwoog dat een dergelijke opsomming beter past in een internationaal politiek document dan in nationale bepalingen gericht tot burgers.³⁸ Alleen het maken van onderscheid op basis van nationaliteit, tussen Nederlanders en niet-Nederlanders, levert niet per definitie discriminatie op. Men denke aan het verlenen van stemrecht. Uitingen over boven genoemde groepen zijn dus pas strafbaar als zij een ‘racistische strekking’ hebben. Vanuit het perspectief van de rechtszekerheid zouden artikel 137c en d Sr beter toch de gronden uit artikel 1 IVUR volledig kunnen opsommen.

Nadere precisering van de art. 137c en d Sr

Onderscheid tussen artikel 137c en 137d Sr

Vanuit deze inzichten kunnen voorstellen voor verbetering worden gedaan.³⁹ Hier wil ik een concrete bijdrage aan de discussie leveren. Allereerst is een onderscheid tussen belediging (artikel 137c) en aanzetten tot haat en discriminatie (artikel 137d) wel op zijn plaats. Het verbod op ‘aanzetten tot haat en discriminatie’ in artikel 137d vereist ‘de activering van een triangulaire relatie tussen het subject (de spreker) en het object (de targetgroep) van de uitlating alsmede de toehoorders’. Het is juist deze triangulaire relatie waardoor de openbare orde in de zin van de

Kan de strafbaarheid van uitingen over bepaalde bevolkingsgroepen niet beter beperkt worden tot die situaties waarin zij duidelijk neerkomen op aanzetten tot haat, discriminatie of geweld?

publieke vrede in het geding komt, hetgeen strafbaarstelling rechtvaardigt. Verschillende instituties pleiten daarentegen voor afschaffing van de strafbaarstelling van belediging; zij wordt gezien als een verbale aanval van de ene persoon of groep op een andere, dus tussen burgers, en wordt daarom beschouwd als een civielrechtelijke aan gelegenheid. Op zijn minst zou belediging niet mogen worden gesanctioneerd met een gevangenisstraf of hoge boete.⁴⁰

Maar racistische beledigingen kunnen niet alleen de opmaat zijn voor rassenhaat, die weer tot discriminatie en racistisch geweld kunnen leiden; zij zijn op zichzelf ook een uiting van rassenhaat dus een vorm van ‘hate speech’. En het tegengaan van dergelijke uitingen die een fundamentele menselijke waardigheid aantasten dient ook een publiek belang: het behoud van wederzijdse erkenning van een ieders gelijke burgerschap.⁴¹ Dit is ook de gedach-

te van de wetgever geweest, die de strafbaarstelling van groepsbelediging in artikel 137c nodig achtte om aan het IVUR te voldoen, hoewel het verdrag daar strikt genomen niet toe verplicht.⁴² Gegeven de veelvormigheid van het hate speechverbod onder internationaal recht is het niet gek dat de wetgever de internationale verplichtingen heeft opgesplitst in twee verschillende strafartikelen. Uit de jaarlijkse discriminatiecijfers van het OM blijkt dat het overgrote deel van de discriminatiezaken artikel 137c betreft en niet artikel 137d.⁴³ In praktijk heeft artikel 137c een belangrijke functie in het tegengaan van het uitschelden, valselijk beschuldigen en grof diskwalificeren van bevolkingsgroepen, en vormen van Holocaustontkenning.

Maar de vraag is of er een specifieke noodzaak bestaat voor een apart artikel 137c. Kijken we naar het bereik van artikel 137c en artikel 137d, dan bestaat tussen de artikelen namelijk enige overlap en kunnen uitingen onder beide artikelen strafbaar zijn. Dit was het geval bij de uitspraken ‘Homo’s horen sowieso niet te bestaan, het is een ziekte die uitgeroeid moet worden; homo’s kunnen wat mij betreft ook vermoord worden’ en ‘nu zijn de moslims het rattenvolk; ik ben het eens met het voortplantingsverbod, dat zou een goede oplossing zijn om de islam in ons land uit te laten sterven’.⁴⁴ Men zou kunnen stellen dat ‘haatzaaien’ steeds ook een belediging van de aangevallen groep impliceert, maar dat niet elke belediging ook per se aanzet tot haat en discriminatie. Kan de strafbaarheid van uitingen over bepaalde bevolkingsgroepen niet beter beperkt worden tot die situaties waarin zij duidelijk neerkomen op aanzetten tot haat, discriminatie of geweld? Dat zou in ieder geval beter aansluiten bij onze internationale verplichtingen ten aanzien van ‘hate speech’.

Precisering artikel 137d Sr

Om de uitingsvrijheid – binnen die verplichtingen – zowel iets te verruimen als te verduidelijken, zou de wetgever de groepsbelediging in artikel 137c als zodanig kunnen schrappen en in de delictomschrijving van artikel 137d kunnen preciseren welke categorieën uitingen daaronder mede kunnen vallen. Dat moet geen eindeloze lijst worden natuurlijk. Die categorieën vloeien voort uit de besproken nationale jurisprudentie en het internationaal recht, maar worden nog het meest helder (niet limitatief) opgesomd in de recente aanbeveling over ‘racist hate speech’ van de IVUR-commissie.⁴⁵ Ten aanzien van het ‘aanzetten tot’ adviseert de IVUR-commissie aan lidstaten om bij wet strafbaar te stellen:

- aanzetten tot haat, minachting of discriminatie tegen leden van een groep op basis van hun ras, huidskleur, afstamming, nationale of etnische afkomst;
- aanzetten tot geweld tegen personen of groepen op bovengenoemde gronden;
- beledigingen, spot of laster van personen of groepen of de rechtvaardiging van haat, minachting of discriminatie op bovengenoemde gronden, wanneer zij duidelijk neerkomen op aanzetten tot haat of discriminatie;
- de ontkenning of pogingen tot rechtvaardiging van

genocidemisdaden en misdaden tegen de menselijkheid, zoals gedefinieerd door het internationaal recht, mits zij duidelijk aanzetten tot raciaal geweld of haat.

Deze precisering van categorieën uitingen onder artikel 137d maakt duidelijk dat niet strafbaar zijn uitingen die alleen kwetsen of grieven, maar uitingen die een fundamentele waardigheid aantasten omdat men het recht heeft te leven in een samenleving vrij van haat en discriminatie. Aan de eerste drie categorieën kunnen de bestaande discriminatiegronden van artikel 137d 'gods-

De gedachte achter het wetsvoorstel om de grenzen van de uitingsvrijheid te verduidelijken is gerechtvaardigd

dienst of levensovertuiging, geslacht, hetero- of homoseksuele gerichtheid, of lichamelijke, psychische of verstandelijke handicap' worden toegevoegd.

Met het opnemen van aanvullende vereisten, zoals een dreigende verstoring van de openbare orde of een risico op geweld, zou het haatzaai-delict naar mijn mening te veel opschuiven richting het opruiingsdelict van artikel 131 Sr. Los van de bewijsproblemen die daarvoor zouden kunnen ontstaan, moet er een oplossing gevonden worden binnen een en hetzelfde waardenconflict. Om ervoor te zorgen dat bij de toepassing van artikel 137d steeds voldoende rekening wordt gehouden met de uitingsvrijheid kan bij het artikel een clause worden gevoegd die bijdragen aan het publiek en politiek debat van vervolging vrijwaart, mits zij niet, in de woorden van de Hoge Raad, 'in strijd zijn met de wet en de beginselen van de democratische rechtsstaat'. Het zou mooi zijn als

die beginselen, zoals de onschendbaarheid van de menselijke waardigheid, niet uit het EVRM hoeven te worden gehaald, maar expliciet in de grondwet worden opgenomen; als de lens waardoor de artikelen 137c-e dienen te worden bekeken en de basis waarop het vrije debat dient te worden gevoerd.

Afronding

Conclusie is dat het initiatiefwetsvoorstel-Van Klaveren dat beoogt de groepsbelediging en het aanzetten tot haat en discriminatie uit het wetboek van strafrecht te schrappen in strijd is met internationaal en Europees recht. Maar de gedachte achter het wetsvoorstel om de grenzen van de uitingsvrijheid te verduidelijken is gerechtvaardigd, want de artikelen 137c-e Sr geven aanleiding tot significante interpretatieverschillen. Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid is het daarom wenselijk dat artikel 137c en d Sr worden aangescherpt. Uit analyse van de Nederlandse jurisprudentie en het internationaal recht volgt dat met name onduidelijk is welke categorieën uitingen onder de delictsomschrijvingen vallen, wat bij toepassing van de bepalingen het gewicht van het publiek debat is en wanneer de uiterste grenzen van het publiek debat zijn bereikt. Op basis daarvan is vervolgens een concreet voorstel gedaan voor nadere precisering van artikel 137d.

Daarmee is niet bedoeld om andere mogelijkheden – zoals het verduidelijken van de gebruikte termen in en/of het toevoegen van extra vereisten aan de artikelen 137c-e Sr, het verwijzen naar de menselijke waardigheid of het verbod van misbruik van recht in de bepalingen, en het invoegen van een racistisch motief als strafverzwarend omstandigheid in 'generieke' uitingsdelicten – bij voorbaat uit te sluiten. Het zou juist goed zijn om alle mogelijkheden eens helder op een rij te zetten en de voor- en nadelen daarvan te onderzoeken. Met aandacht voor de verhouding tussen het strafrecht en civielrecht en het nut van afwijking van de internationale norm in het licht van de moderne informatiemaatschappij. Dat inzicht en overzicht zijn nodig om te komen tot een duurzame oplossing. Uiteindelijk dient het samenstel van uitingsdelicten voldoende bescherming te bieden. •

38. Kamerstukken II 1967/68, 9724, 3, p. 4.

39. Zie uitgebreider: E. H. Janssen, *Faith in Public Debate*, p. 540-549.

40. *Defining Defamation, Principles of Freedom of Expression and Protection of*

Reputation, Article 19, juli 2000, toegankelijk op: www.article19.org; Resolutie

1577 (2007) *Towards decriminalization of defamation* van de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa, aangenomen op 4 oktober 2007.

41. E. H. Janssen, *Faith in Public Debate*, p. 48-55.

42. Kamerstukken II 1967/68, 9724, 3, p. 4.

43. Landelijk Expertise Centrum Discriminatie, LECD, *Cijfers in Beeld 2010-2013: over-*

zichten discriminatiecijfers Openbaar Ministerie 2007-2013, ongepubliceerd.

44. Rb. Haarlem 3 mei 2005, ECLI:NL:RBHAA:2005:BC6780.

45. Algemene Aanbeveling no. 35, 26 september 2013, CERD/C/GC/35, para. 13-14.