

De spanning tussen de vrijheid van meningsuiting en de strafbaarstelling van discriminerende uitingen

In rechtsvergelijkend perspectief

G.J.A.W.E. van de Kreeke
(ANR 130978)

Afstudeerscriptie Rechtsgeleerdheid
Master Nederlands Recht, accent strafrecht

In het openbaar te verdedigen ten overstaan van de examencommissie van de Faculteit Rechtsgeleerdheid van de Universiteit van Tilburg, bestaande uit mr. drs. B. van der Vorm en mevr. mr. S.B.G. Kierkels,

op

vrijdag 17 december 2010 om 11.00 uur

Voorwoord

Tijdens een van mijn eerste colleges als rechtenstudent werd het staatsrecht behandeld. Naar mijn smaak - toen en ook nu nog - een nogal taai en weinig tot de verbeelding sprekend rechtsgebied. Tijdens dit college kwam echter de vraag naar voren wat de rol van het recht zou moeten zijn indien democratische vrijheden worden gebruikt om de democratie zelf te ondermijnen, of zelfs af te schaffen. Een eenvoudig antwoord is moeilijk te geven, wat de vraag juist zo interessant maakte. Of het toeval is of niet, deze vraag dook opnieuw op aan het einde van mijn studie, namelijk bij het schrijven van deze scriptie. In het huidige politieke klimaat worden de tegenstellingen tussen bevolkingsgroepen meer en meer benoemd en zichtbaar gemaakt. Een discussie hieromtrent lijkt vaak te worden beïnvloed door ‘onderbuikgevoelens’ waarbij het gebruik van harde bewoordingen vaker regel dan uitzondering is. Met deze scriptie hoop ik een bijdrage te hebben geleverd aan het beantwoorden van de vraag hoe ver de vrijheid van meningsuiting moet reiken indien dit recht wordt aangewend om minderheden te discrimineren of te beledigen.

Deze masterscriptie vormt tevens het sluitstuk van mijn studie Nederlands recht en daarmee het einde van mijn studententijd. Naast het vergaren van kennis om zo uiteindelijk mijn droombaan als advocaat te bemachtigen, heb ik in deze periode ook ten volle genoten van het studentenleven en ervaringen opgedaan die mij persoonlijk hebben gevormd en verrijkt. Het met succes doorlopen van mijn studie en het feit dat ik voor de rest van mijn leven met een grote glimlach kan terugdenken aan deze geweldige periode, was niet mogelijk geweest zonder de steun van de mensen om mij heen. In het bijzonder wil ik mijn ouders bedanken. Ook deze mijlpaal in mijn leven is het directe resultaat van hun onvoorwaardelijke steun en rotsvaste vertrouwen.

Ten slotte wil ik mijn dank uitspreken naar Benny van der Vorm voor zijn begeleiding bij het schrijven van deze scriptie en aan Sandra Kierkels voor haar inspanningen als tweede lezer.

Greg van de Kreeke

Tilburg, december 2010

“Vrijheid is het recht om alles te doen wat de wet toestaat”

Montesquieu (1689 – 1755)

Inhoudsopgave

<u>Hoofdstuk 1 – Inleiding</u>	<u>7</u>
1.1 Achtergrond	7
1.2 Het onderzoek	8
1.3 Opzet	9
<u>Hoofdstuk 2 – De vrijheid van meningsuiting</u>	<u>10</u>
2.1 Inleiding	10
2.2 Artikel 7 Grondwet	10
2.2.1 <i>Verschillende uitingsvormen</i>	10
2.2.2 <i>De inhoud van de uiting</i>	11
2.2.3 <i>Preventieve beperkingen</i>	12
2.2.4 <i>Repressieve beperkingen</i>	14
2.3 Artikel 10 EVRM	14
2.3.1 <i>De werking van het verdrag</i>	14
2.3.2 <i>De bescherming van artikel 10 EVRM</i>	16
2.3.3 <i>De beperkingsmogelijkheden</i>	16
2.4 Artikel 19 IVBPR	19
2.4.1 <i>De bescherming van artikel 19 IVBPR</i>	19
2.4.2 <i>De beperkingsmogelijkheden</i>	19
2.4.3 <i>De invloed van het IVBPR</i>	20
2.5 Conclusie	20
<u>Hoofdstuk 3 – De strafrechtelijke beperking van discriminerende uitingen in relatie tot de uitingsvrijheid</u>	<u>22</u>
3.1 Inleiding	22
3.2 Totstandkoming en achtergrond van de strafbepalingen	23
3.2.1 <i>Eenvoudige belediging</i>	23
3.2.2 <i>Groepsbelediging</i>	24
3.2.3 <i>Een verdrag als basis voor de uitingsdelicten van Titel V</i>	26
3.2.4 <i>Toch een verdere uitbreiding</i>	28
3.3 De artikelen 266 en 137c Sr	29
3.3.1 <i>Discriminerende belediging</i>	29
3.3.2 <i>Het bestanddeel belediging</i>	30

3.3.3	<i>Formele belediging</i>	31
3.3.4	<i>Materiële belediging</i>	32
3.3.5	<i>De uitingsvrijheid als grens voor strafbaarheid in geval van belediging</i>	33
3.3.6	<i>In het openbaar mondeling of bij geschrift of afbeelding</i>	34
3.3.7	<i>Eenvoudige belediging in relatie tot groepsbelediging</i>	35
3.3.8	<i>Wanneer is er nu sprake van discriminerende belediging?</i>	37
3.4	Artikel 137d Sr	37
3.4.1	<i>Het aanzetten tot haat, discriminatie of geweld</i>	37
3.4.2	<i>De uitingsvrijheid als grens voor strafbaarheid in geval van artikel 137d Sr</i>	39
3.5	Conclusie	39
 <u>Hoofdstuk 4 – De vrijheid van meningsuiting in de Verenigde Staten</u>		 41
4.1	Inleiding	41
4.2	Relevante kenmerken van de Amerikaanse rechtsstaat	41
4.3	The First Amendment	43
4.3.1	<i>De werking van het eerste amendement</i>	43
4.3.2	<i>De Amerikaanse visie op de vrijheid van meningsuiting</i>	44
4.3.3	<i>The free marketplace of ideas</i>	45
4.3.4	<i>De doelen van de uitingsvrijheid</i>	47
4.3.5	<i>Achtergrond: gevaar voor ‘slippery slope’</i>	48
4.4	De omvang van de uitingsvrijheid	50
4.4.1	<i>Een absoluut recht op vrije meningsuiting?</i>	50
4.4.2	<i>(On)mogelijkheden tot beperking</i>	51
4.4.3	<i>Categorical balancing</i>	53
4.5	Conclusie	53
 <u>Hoofdstuk 5 – Discriminerende uitingen in de Verenigde Staten</u>		 55
5.1	Inleiding	55
5.2	Discriminatie in de Verenigde Staten	55
5.2.1	<i>Korte historie en achtergrond</i>	55
5.2.2	<i>Hate crime en hate speech</i>	57
5.3	Relevante beperkingsmogelijkheden	58
5.3.1	<i>Drie categorieën uitingen</i>	58
5.3.2	<i>Incitement to imminent lawless action</i>	58

5.3.3 <i>Libel</i>	61
5.3.4 <i>Fighting words</i>	63
5.4 Discriminerende uitingen onder The First Amendment	66
5.5 Conclusie	67
<u>Hoofdstuk 6 – Vergelijking, discussie en aanbevelingen</u>	<u>69</u>
6.1 Inleiding	69
6.2 De vergelijking	69
6.2.1 <i>De vrijheid van meningsuiting</i>	69
6.2.2 <i>De strafbaarstelling van discriminerende uitingen</i>	71
6.2.3 <i>De beoordeling van discriminerende uitingen door de rechter</i>	72
6.3 De Nederlandse uitingsdelicten getoetst aan The First Amendment	72
6.3.1 <i>Artikel 266 Sr: de eenvoudige belediging</i>	72
6.3.2 <i>Artikel 137c Sr: groepsbelediging</i>	75
6.3.3 <i>Artikel 137d Sr: aanzetten tot haat, discriminatie en geweld</i>	77
6.4 Discussie	78
6.4.1 <i>Relevante constatering</i>	78
6.4.2 <i>Absolute neutraliteit</i>	78
6.4.3 <i>Belediging onder The First Amendment</i>	79
6.4.4 <i>Materiële groepsbelediging als bijdrage aan het maatschappelijk debat</i>	80
6.4.5 <i>De clear and present danger test</i>	82
6.5 Aanbevelingen	83
6.5.1 <i>Beschouwing</i>	83
6.5.2 <i>De eenvoudige belediging van artikel 266 Sr</i>	83
6.5.3 <i>De groepsbelediging van artikel 137c Sr</i>	83
6.5.4 <i>Het aanzetten tot haat, discriminatie en geweld van artikel 137d Sr</i>	84
<u>Hoofdstuk 7 – Conclusie</u>	<u>85</u>
<u>Literatuur</u>	<u>88</u>
<u>Jurisprudentie</u>	<u>91</u>

Hoofdstuk 1 - Inleiding

1.1 Achtergrond

Het recht op vrijheid van meningsuiting is een van de bekendste grondrechten. Het vormt de kern van een vrije, democratische samenleving waarin iedere burger kan zeggen wat hij of zij vindt zonder daarbij bang te zijn voor represailles van de overheid. Dit grondrecht is vastgelegd in onze Grondwet en in verschillende internationale verdragen. Een andere belangrijke waarde van een democratie is de bescherming van de rechten van minderheden.¹ In een democratie kan immers iedereen genieten van een vrije samenleving en niet alleen zij die behoren tot de meerderheid van de bevolking. Na de verschrikkingen van de Tweede Wereldoorlog is internationaal veel werk verzet om discriminatie en achterstelling van bepaalde groepen in de toekomst te voorkomen. Zo blijkt uit de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens die in 1948 door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties werd aangenomen.² Deze verklaring is bovenal gebaseerd op het ideaal dat alle mensen gelijk zijn en discriminatie te allen tijde moet worden bestreden. Dit is later uitgewerkt in het Internationaal Verdrag inzake Uitbanning van alle vormen van Rassendiscriminatie welke in Nederland de basis vormde voor de huidige strafbaarstelling van discriminatie.³ Het verdrag rept niet alleen over de plicht feitelijke discriminatie (achterstellen) te bestrijden, maar ook over het strafrechtelijk verbieden van de verspreiding van racistische ideeën.⁴ Het Nederlandse Wetboek van Strafrecht bevat verschillende uitingsdelicten die hierop betrekking hebben.⁵ Vervolging van deze uitingsdelicten kan doorgaans rekenen op grote aandacht in de media.

Zo deed de arrestatie van de ‘haatzaaiende’ cartoonist werkend onder het pseudoniem Gregorius Nekschot veel stof opwaaien in zowel binnen- en buitenland.⁶ De meest in het oog springende, thans aanhangige zaak is echter die van politicus Geert Wilders, waartegen het Openbaar Ministerie, weliswaar na een artikel 12 Sv⁷ procedure bij het Hof Amsterdam,

¹ Burkens e.a. 2001, p. 197.

² Kooijmans 2008, p. 360.

³ Brants e.a. 2007, p. 52.

⁴ Brants e.a. 2007, p. 52.

⁵ Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 3.

⁶ RTL Nieuws WWW <[http://www.rtl.nl/\(/actueel/rtlnieuws/binnenland/\)/components/actueel/rtlnieuws/2008/05_mei/15/binnenland/0515_2315_gregorius_nekschot_cartoonist_opgepakt.xml](http://www.rtl.nl/(/actueel/rtlnieuws/binnenland/)/components/actueel/rtlnieuws/2008/05_mei/15/binnenland/0515_2315_gregorius_nekschot_cartoonist_opgepakt.xml)> (geraadpleegd op 25 september 2009) en NRC Handelsblad WWW <http://www.nrc.nl/binnenland/article1893279.ece/Veroordeling_tekenaar_Nekschot_onwaarschijnlijk> (geraadpleegd op 25 september 2009).

⁷ Artikel 12 Wetboek van Strafvordering. Wanneer het Openbaar Ministerie na een aangifte besluit niet tot vervolging over te gaan, kunnen klagers deze beslissing om niet te vervolgen voorleggen aan het Hof. Onder

alsnog vervolging heeft ingesteld omwille van zijn (vermeend) discriminerende uitlatingen.⁸ De inhoudelijke behandeling was live te volgen via televisie en internet. Hierdoor kon iedereen zien hoe de raadsman van de verdachte tot twee keer toe een wrakingsverzoek deed en uiteindelijk ook met succes.⁹ De zaak zal hierdoor volledig opnieuw moeten worden behandeld, waardoor er thans nog geen duidelijkheid is over de strafbaarheid van de betreffende uitlatingen. De verdachten en hun medestanders beroepen zich op de vrijheid van meningsuiting om hun uitingen te rechtvaardigen. De samenleving wordt door deze spraakmakende zaken geconfronteerd met de grenzen van de vrijheid van meningsuiting en de strafrechtelijke beperkingen op dit recht, hetgeen dan ook de nodige (maatschappelijke) discussie oproept over de vraag welk recht moet prevaleren.

Uit bovenstaande blijkt dat de twee belangrijke democratische waarden van vrije meningsuiting en het verbod op discriminerende uitlatingen potentieel conflicterend zijn. Sommigen spreken zelfs van een “natuurlijke discrepantie” tussen het recht op vrije meningsuiting en het verbod te discrimineren.¹⁰ De rol van de overheid is hierbij interessant omdat zij aan de ene kant het recht op vrije meningsuiting dient te waarborgen en aan de andere kant door middel van het strafrecht optreedt tegen discriminerende uitingen. De actuele maatschappelijke ontwikkelingen en de vraag hoe ver het strafrecht moet reiken ten opzichte van de uitingsvrijheid in geval van discriminerende uitlatingen vormen de aanleiding voor het schrijven van deze scriptie.

1.2 Het onderzoek

Om de gewenste reikwijdte van het strafrecht in geval van discriminerende uitlatingen te kunnen bepalen zal een rechtsvergelijkend onderzoek worden verricht, waarbij wordt gekeken naar de situatie in Nederland en in de Verenigde Staten. Er is gekozen voor de Verenigde Staten vanuit de hypothese dat in de Verenigde Staten het strafrecht niet of nauwelijks wordt gebruikt om op te treden tegen dergelijke uitlatingen. De vrijheid van meningsuiting wordt in de Verenigde Staten gezien als een groot goed wat niet mag worden beperkt door de overheid (*The First Amendment*). De Verenigde Staten kennen echter ook een geschiedenis waarin sprake is geweest van structurele discriminatie van minderheden.¹¹ Er is daarnaast gekozen voor Nederland vanwege de vele soorten uitingsdelicten die het Wetboek van Strafrecht bevat

bepaalde omstandigheden kan het Hof beslissen het Openbaar Ministerie een vervolgingsopdracht te geven, waardoor alsnog tot vervolging moet worden overgegaan.

⁸ Hof Amsterdam 1 januari 2009, *LJN* BH0496.

⁹ Rechtbank Amsterdam 5 oktober 2010, *LJN* BN9409 en Rechtbank Amsterdam 22 oktober 2010, *LJN* BO1532.

¹⁰ Van Schaik 2000, p. 1.

¹¹ Cortese 2006, p. 10.

(wat een relatief grote inbreuk op de uitingsvrijheid suggereert) en de eerder genoemde actuele maatschappelijke discussie over de vrijheid van meningsuiting. De volgende onderzoeksvraag staat hierbij centraal: *In hoeverre geeft de Amerikaanse benadering op de vrijheid van meningsuiting relevante argumenten om de huidige Nederlandse regelgeving ten aanzien van strafrechtelijke beperking van discriminerende uitingen, overeenkomstig de artikelen 137c, 137d en 266 van het Wetboek van Strafrecht , te herzien?*

1.3 Opzet

In de eerste twee hoofdstukken zal aandacht worden besteed aan de situatie in Nederland. Allereerst zal de uitingsvrijheid zoals deze is vastgelegd in de Grondwet (art. 7 GW), het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (art. 10 EVRM) en het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke rechten (art. 19 IVBPR) worden behandeld. Hierbij zal uiteen worden gezet onder welke voorwaarden het grondrecht mag worden beperkt. Vervolgens zullen in hoofdstuk 3 de uitingsdelicten worden behandeld die betrekking hebben op discriminerende uitlatingen. Door middel van literatuurstudie en jurisprudentieonderzoek zal een beeld worden verkregen van de daadwerkelijke reikwijdte van deze strafrechtelijke beperkingen van de uitingsvrijheid.

De hierop volgende hoofdstukken zullen betrekking hebben op de situatie in de Verenigde Staten. In hoofdstuk 4 zal inzicht worden verschaft in de wijze waarop de uitingsvrijheid in de Verenigde Staten grondwettelijk is verankerd en welke uitgangspunten hieraan ten grondslag liggen. In het volgende hoofdstuk zal worden gezien welke discriminerende uitlatingen in de Verenigde Staten in aanmerking komen voor strafbaarstelling. In hoofdstuk 6 zal de daadwerkelijke vergelijking worden gedaan en overeenkomsten en verschillen worden geanalyseerd. Op grond van deze bevindingen zullen een aantal aanbevelingen voor de strafrechtelijke beperking van discriminerende uitingen in Nederland worden geformuleerd. Er zal in hoofdstuk 7 worden afgesloten met een conclusie.

Hoofdstuk 2 – De vrijheid van meningsuiting

2.1 Inleiding

De vrijheid van meningsuiting is een klassiek grondrecht. Het beoogt de burger tegen de overheid te beschermen.¹² Het geeft de burger de garantie zonder tussenkomst of ingrijpen van de staat uiting te kunnen geven aan zijn gedachten. Indien de overheid dit recht niet respecteert heeft de burger de mogelijkheid zijn uitingsvrijheid via de rechter af te dwingen.¹³

Deze uitingsvrijheid is verankerd in artikel 7 van de Grondwet (GW). Daarnaast is het vastgelegd in verschillende internationale verdragen zoals het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (artikel 19 IVBPR) en het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (artikel 10 EVRM), welke beide door Nederland zijn geratificeerd.¹⁴ De status van grondrecht betekent niet dat de vrijheid van meningsuiting kan worden gezien als een absoluut recht. Een beperking op de uitingsvrijheid is mogelijk, mits het grondrecht zelf daar mogelijkheden toe biedt.¹⁵ In dit hoofdstuk zullen de omvang van de uitingsvrijheid en de voorwaarden op grond waarvan de uitingsvrijheid kan worden beperkt worden behandeld. Allereerst zal artikel 7 GW worden besproken om vervolgens artikel 10 EVRM nader te beschouwen. Daarna zal kort aandacht worden besteed aan artikel 19 IVBPR. Er zal worden afgesloten met een conclusie.

2.2 Artikel 7 Grondwet

2.2.1 Verschillende uitingsvormen

1. Niemand heeft voorafgaand verloop nodig om door de drukpers gedachten of gevoelens te openbaren, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.
2. De wet stelt regels omtrent radio en televisie. Er is geen voorafgaand toezicht op de inhoud van een radio- of televisieuitzending.
3. Voor het openbaren van gedachten of gevoelens door andere dan in de voorgaande leden genoemde middelen heeft niemand voorafgaand verloop nodig wegens de inhoud daarvan, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet. De wet kan het geven van vertoningen toegankelijk voor personen jonger dan zestien jaar regelen ter bescherming van de goede zeden.
4. De voorgaande leden zijn niet van toepassing op het maken van handelsreclame.

¹² Koekkoek e.a. 2000, p. 52.

¹³ Koekkoek e.a. 2000, p. 52.

¹⁴ Het EVRM is in Nederland op 31 augustus 1954 in werking getreden, het IVBPR op 11 maart 1979.

¹⁵ Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 10.

De eerste drie leden van het artikel beschermen elk verschillende onderdelen van de uitingsvrijheid. Het onderscheid ligt in de manier waarop (of beter: met welk middel) aan *gedachten of gevoelens* uiting wordt gegeven. Zo behandelt het eerste lid uitingen geopenbaard *door de drukpers* en het tweede lid de mediavormen *radio en televisie*. Het derde lid betreft een ‘vangnetbepaling’, aangezien hierin wordt gesproken over *andere dan in de vorige leden genoemde middelen*.¹⁶

De redactie van het eerste lid is sinds de grondwetswijziging van 1848 nagenoeg ongewijzigd gebleven.¹⁷ Er wordt dan ook verwezen naar een techniek, die thans niet meer de volledige lading dekt. Door de jaren heen is door de Hoge Raad een bredere invulling gegeven aan het begrip *door de drukpers*. Uit de jurisprudentie kan worden afgeleid dat alle meer ‘direct tastbare’ uitingsvormen onder de bescherming van artikel 7 lid 1 GW vallen.¹⁸ Hierbij kan worden gedacht aan geschriften, prentbriefkaarten, posters en foto’s.¹⁹ Uit de jurisprudentie en de wetsgeschiedenis van de grondwetswijziging van 1983 kan worden opgemaakt dat bandopnamen, videobanden, cd’s, uitingen gedaan via het internet en uitingsvormen als film, toneel, exposities, en het gesproken woord vallen onder het regime van het derde lid.²⁰ De begrippen *radio en televisie* uit het tweede lid van artikel 7 GW sluiten aan bij de definitie in artikel 1 van de Mediawet en omvatten daarom onder andere ook abonneeprogramma’s en teletekst, maar in principe niet het internet.²¹

De vraag of een uitingsvorm wordt beschermd op grond van het eerste lid of het derde lid is, aangezien het een invulling door jurisprudentie betreft, moeilijk algemeen te formuleren. Gezien de redactie van het derde lid is bescherming van iedere uitingsvorm echter gegarandeerd. De vraag onder welk lid de uitingsvorm bescherming geniet is daarentegen wel relevant voor de mate van bescherming (zie paragraaf 2.2.3).

2.2.2 De inhoud van de uiting

Naast de evolutie van het eerste lid in de jurisprudentie, is in de kamerstukken van de grondwetswijziging van 1983 ook een ruimere uitleg gegeven aan het begrip *gedachten en gevoelens* zoals geformuleerd in het eerste en derde lid.²² Dit begrip heeft geen betrekking op de manier waarop zaken worden geopenbaard (de uitingsvorm), maar verwijst naar de inhoud van de uiting. De nieuwe, ruime uitleg van het begrip *gedachten en gevoelens* bij de

¹⁶ Koekkoek e.a. 2000, p. 125.

¹⁷ Koekkoek e.a. 2000, p. 110.

¹⁸ Koekkoek e.a. 2000, p. 113.

¹⁹ Koekkoek e.a. 2000, p. 113.

²⁰ Koekkoek e.a. 2000, p. 113, 126 en 127.

²¹ Koekkoek e.a. 2000, p. 124.

²² *Kamerstukken II 1976/77*, 13 872, nr. 7, p. 26.

grondwetswijziging van 1983 zorgde ervoor dat ook zuiver feitelijke mededelingen onder dit begrip vallen, waardoor thans nagenoeg iedere uiting (ook naar zijn inhoud) de bescherming geniet van artikel 7 GW.²³ Slechts in uitzonderlijke gevallen, waarbij toepassing van artikel 7 GW *oneigenlijk* zou zijn, kunnen zuiver feitelijke mededelingen volgens de wetsgeschiedenis niet worden geschaard onder het begrip *gedachten en gevoelens*.²⁴ Hierbij werd door de minister gedacht aan bijvoorbeeld puur feitelijke productinformatie.²⁵ Daarnaast noemt het vierde lid een specifieke beperking ten aanzien van de inhoud, namelijk handelsreclame. Door de ruime interpretatie van het begrip *gedachten en gevoelens* is het echter mogelijk dat reclame wel degelijk wordt beschermd door het eerste of het derde lid.²⁶ Blijkens de wetsgeschiedenis bij de grondwetswijziging van 1983 wordt het onderscheid gemaakt tussen reclame die puur en alleen ziet op “het aanbod van goederen en diensten in de ruime zin des woords” en dus is uitgezonderd van bescherming op grond van het vierde lid, en reclame die wordt gebruikt voor het “propageren van ideële doeleinden”, welke wel onder de bescherming van artikel 7 GW valt.²⁷

2.2.3 Preventieve beperkingen

De eerste drie leden van artikel 7 GW bevatten allemaal een censuurverbod, hetgeen blijkt uit de zinsneden *zonder voorafgaand verlof* (lid 1 en 3) en *geen voorafgaand toezicht* (lid 2).²⁸ Dit houdt in dat de overheid niet preventief mag ingrijpen om te verhinderen dat een bepaalde uiting wordt geopenbaard. De passage *behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet* in het eerste en derde lid betekent niet dat voorafgaand verlof wegens de inhoud is toegestaan als deze regels door de formele wetgever zijn vastgesteld.²⁹ Het betekent slechts dat men achteraf voor zijn of haar uitingen verantwoordelijk kan worden gehouden op grond van een formele wet.³⁰ Het betreft dus alleen repressieve en geen preventieve maatregelen die door de formele wetgever kunnen worden vastgesteld (zie paragraaf 2.2.4).

Het censuurverbod is echter niet zo vergaand als het op het eerste gezicht lijkt. Bovendien heeft het, ondanks dat het in alle drie de leden is opgenomen, niet steeds dezelfde reikwijdte. De nuance ligt in het feit dat de Hoge Raad de term *openbaren* restrictief uitlegt.³¹ In het arrest ‘APV Tilburg’ wordt aangaande lid 1 een onderscheid gemaakt tussen het

²³ Koekkoek e.a. 2000, p. 114.

²⁴ *Kamerstukken II* 1976/77, 13 872, nr. 7, p. 26 en *Kamerstukken I* 1976/77, 13 872/13 873, nr. 55b, p. 37-38.

²⁵ Koekkoek e.a. 2000, p. 113-114.

²⁶ Koekkoek e.a. 2000, p. 130.

²⁷ Koekkoek e.a. 2000, p. 131.

²⁸ Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 25.

²⁹ Koekkoek e.a. 2000, p. 127.

³⁰ Koekkoek e.a. 2000, p. 115.

³¹ Koekkoek e.a. 2000, p. 114.

openbaren van een uiting en het verspreiden daarvan.³² Onder openbaren valt slechts “*het neerleggen van gedachten en gevoelens in druk*” en omvat daarmee niet “*het openbaar aan het publiek bekendmaken door het gedrukte te verspreiden*”.³³ Het grondwettelijke verbod preventieve maatregelen te nemen heeft alleen betrekking op het openbaren in enge zin, waardoor bijvoorbeeld onttrekking aan het verkeer van reeds gedrukte folders die nog niet zijn verspreid, weldegelijk mogelijk is.³⁴ Het openbaren heeft hier immers al plaatsgevonden waardoor er geen sprake meer is van preventief, maar van repressief optreden. Door het leerstuk van het verspreidingsrecht heeft het censuurverbod van deze bepaling aan reikwijdte ingeboet, aangezien het slechts absoluut geldt ten aanzien van de openbaringsvrijheid.

De Hoge Raad heeft ten aanzien van het verspreidingsrecht het censuurverbod nader uitgewerkt in zijn jurisprudentie.³⁵ De grootste reikwijdte heeft het censuurverbod onder het eerste lid. Verspreiding door middel van deze uitingsvormen mag niet aan algemene vergunningstelsels, algemene verboden of regels die betrekking hebben op de inhoud, worden onderworpen.³⁶ Dit is anders bij de uitingsvormen die worden beschermd door artikel 7 lid 3 GW. Algemeen geformuleerde verlofstelsels zijn hier wel toegestaan, zolang deze geen voorwaarden stellen aan de inhoud van de uitingen.³⁷ Zo is een vergunningstelsel aangaande bioscopen geoorloofd, zolang dit geen betrekking heeft op de inhoud van het getoonde.³⁸ Bovendien kent het derde lid een specifiek geclausuleerde uitzondering van het censuurverbod ingeval van vertoningen toegankelijk voor personen jonger dan zestien jaar.³⁹ Het censuurverbod van het tweede lid is het minst vergaand, aangezien hier een algemeen vergunningstelsel mogelijk is dat tevens ziet op de inhoud.⁴⁰ Voorafgaand toezicht op concrete programma’s is op grond van het tweede lid echter uitgesloten.⁴¹

³² HR 28 november 1950, *NJ* 1951, 137.

³³ Koekkoek e.a. 2000, p. 114.

³⁴ Koekkoek e.a. 2000, p. 115.

³⁵ Koekkoek e.a. 2000, p. 121.

³⁶ Koekkoek e.a. 2000, p. 119.

³⁷ Koekkoek e.a. 2000, p. 127.

³⁸ Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 25.

³⁹ Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 25.

⁴⁰ Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 25.

⁴¹ Koekkoek e.a. 2000, p. 124.

2.2.4 Repressieve beperkingen

In de vorige paragraaf is het door de Hoge Raad aangebrachte onderscheid tussen de openbaringsvrijheid enerzijds en het verspreidingsrecht anderzijds aan bod gekomen. Hierbij is gebleken dat het verspreidingsrecht aan verdergaande beperkingen is onderworpen dan de openbaringsvrijheid.⁴² Het verspreidingsrecht kan onder bepaalde voorwaarden, afhankelijk welke uitingvorm het betreft, zowel preventief als repressief worden beperkt. Deze regels kunnen zowel door de formele wetgever als door de lagere wetgever worden gesteld, aangezien het verspreidingsrecht volgens de Hoge Raad niet valt onder het grondwettelijke openbaringsrecht.⁴³ De zinsnede *behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet* ziet dan ook alleen op het openbaringsrecht, wat op grond hiervan alleen onderworpen kan worden aan repressieve maatregelen.⁴⁴ Uit de grondwettelijke terminologie blijkt dat deze repressieve wetten uitsluitend kunnen worden vastgesteld door de formele wetgever.⁴⁵ Volgens sommige auteurs mag ook een formele wet geen dusdanig vergaande repressieve beperkingen opleggen die disproportioneel zijn gezien de geest van artikel 7 GW.⁴⁶ Deze opvatting houdt echter moeilijk stand aangezien het de rechter op grond van artikel 120 GW verboden is een formele wet te toetsen aan de Grondwet.⁴⁷ Voor wat betreft het repressief beperken van de openbaringsvrijheid bij formele wet, lijkt de deur van artikel 7 GW dus volledig open te staan.

2.3 Artikel 10 EVRM

2.3.1 De werking van het verdrag

1. Een ieder heeft recht op vrijheid van meningsuiting. Dit recht omvat de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken, zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen. Dit artikel belet Staten niet radioomroep-, en bioscoop- of televisieondernemingen te onderwerpen aan een systeem van vergunningen.
2. Daar de uitoefening van deze vrijheden plichten en verantwoordelijkheden met zich brengt, kan zij worden onderworpen aan bepaalde formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties, die bij de wet zijn voorzien en die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de nationale veiligheid, territoriale integriteit of openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen, om de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen of om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen.

⁴² Koekkoek e.a. 2000, p. 118.

⁴³ Koekkoek e.a. 2000, p. 119.

⁴⁴ Koekkoek e.a. 2000, p. 118.

⁴⁵ Koekkoek e.a. 2000, p. 118.

⁴⁶ Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 26.

⁴⁷ Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 26.

Het EVRM is vorm gegeven binnen de Raad van Europa in een tijd (vlak na de Tweede Wereldoorlog) waarin veel behoefte was aan het internationaal waarborgen van mensenrechten.⁴⁸ Het verdrag bevat dan ook klassieke grondrechten die de burger tegen bepaalde vormen van overheidsoptreden beschermen.⁴⁹ Artikel 1 van het verdrag verplicht de verdragspartijen deze rechten te garanderen voor hun burgers.⁵⁰

Nederland kent een gematigd monistisch stelsel waarbinnen de burger een direct beroep kan doen op bepaalde verdragsbepalingen.⁵¹ Deze garantie wordt in het nationale recht geboden door de artikelen 93 en 94 GW. Verdragsbepalingen hebben op grond van artikel 93 GW verbindende kracht indien zij *'naar hun inhoud een ieder kunnen verbinden'*. Daarnaast kan de rechter op grond van artikel 94 GW wettelijke voorschriften buiten toepassing verklaren indien deze in strijd zijn met *'een ieder verbindende'* verdragsbepalingen. Hiermee heeft een dergelijke verdragsbepaling voorrang boven al het nationale recht, inclusief een wet in formele zin en de Grondwet.⁵² Om te bepalen of er sprake is van een *'een ieder verbindende bepaling'* dient te worden nagegaan of de bepaling in het leven is geroepen om een recht te verankeren waarop ook de burger zich kan beroepen.⁵³ Het recht omschreven in artikel 10 EVRM betreft een *'een ieder verbindende'* bepaling waardoor de rechter wettelijke voorschriften direct aan deze bepaling kan toetsen.⁵⁴

Door de rechtstreekse werking van de *'een ieder verbindende'* bepalingen uit het verdrag heeft het EVRM een grote invloed op ons nationale recht. Naast deze rechtstreekse werking, welke tot uiting komt in het nationale recht zelf, kent het EVRM ook een eigen, autonome rechtsgang, namelijk die van het Europees Hof van de Rechten van de Mens (EHRM).⁵⁵ Iedere burger kan gebruik maken van zijn individuele klachtrecht bij het Hof indien hij van mening is dat zijn, aan het verdrag ontleende, rechten door een verdragspartij zijn geschonden (art. 34 EVRM).⁵⁶ De rechtsgang naar het Hof is pas mogelijk wanneer alle nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput (art. 35 lid 1 EVRM). Het is dus allereerst aan de nationale rechterlijke instanties om de zaak te behandelen (en daarbij het verdragsrecht toe te passen), alvorens een zaak bij het EHRM aanhangig kan worden gemaakt. De verdragspartijen zijn gebonden aan de einduitspraak van het Hof (art. 46 EVRM). De interpretatie van een verdragsbepaling door het Hof heeft consequenties voor het nationale

⁴⁸ Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 10.

⁴⁹ Hartevelde e.a. 2004, p. 17.

⁵⁰ Hartevelde e.a. 2004, p. 13.

⁵¹ Kooijmans 2008, p. 89.

⁵² Koekkoek e.a. 2000, p. 465.

⁵³ Kooijmans 2008, p. 87.

⁵⁴ HR 18 april 1961, *NJ* 261, 273.

⁵⁵ Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 11.

⁵⁶ Nederland heeft het individuele klachtrecht erkend op 24 mei 1960.

recht van alle verdragspartijen. Discrepancies met deze interpretatie moeten worden weggelaten en de nationale rechter is gehouden aan de jurisprudentie van het EHRM.⁵⁷ Naast de verdragsbepalingen zelf heeft dus ook de rechtspraak van het EHRM een vergaande invloed op het nationale recht.

2.3.2 De bescherming van artikel 10 EVRM

De vrijheid van meningsuiting ligt besloten in het eerste lid van artikel 10 EVRM. Het betreft hier een breed geformuleerde bepaling. Zo wordt er in de redactie geen onderscheid gemaakt op grond van de inhoud van de uiting. Het recht omvat alle *inlichtingen en denkbeelden*, inclusief bijvoorbeeld handelsreclame.⁵⁸ Uit de jurisprudentie van het EHRM kan worden opgemaakt dat het grondrecht ook de gekozen uitingsvorm beschermt.⁵⁹ De reikwijdte van artikel 10 lid 1 EVRM omvat zo ook radio, televisie en bioscopen. Het eerste lid vermeldt echter wel uitdrukkelijk dat deze specifieke uitingsvormen door Staten kunnen worden onderworpen aan een vergunningstelsel. Dit neemt niet weg dat ook deze beperkingen moeten voldoen aan de vereisten van het tweede lid (zie paragraaf 2.3.3).⁶⁰ Artikel 10 lid 1 EVRM beschermt niet alleen het recht om *inlichtingen en denkbeelden te verstrekken*, maar ook om deze te *ontvangen* en de *vrijheid een mening te koesteren*. De *ontvangstvrijheid* gaat niet zo ver dat het een verplichting omvat inlichtingen ook daadwerkelijk te verstrekken, het behelst slechts het recht op ontvangen.⁶¹

2.3.3 De beperkingsmogelijkheden

Op grond van artikel 10 lid 2 EVRM brengt het breed geformuleerde grondrecht van het eerste lid *plichten en verantwoordelijkheden* met zich mee en kan onder omstandigheden dit recht worden beperkt.⁶² Deze omstandigheden zijn te vervatten in drie cumulatieve vereisten, namelijk a) de beperking moet bij wet voorzien zijn, b) een van de in artikel 10 lid 2 EVRM genoemde doelen dienen en c) noodzakelijk zijn in een democratische samenleving.⁶³ Uit de jurisprudentie van het EHRM valt op te maken dat, indien een beperking van het grondrecht is geconstateerd, er steeds getoetst zal worden aan de hand van dit 'stappenplan' om te bepalen of de beperking rechtmatig is.⁶⁴

⁵⁷ Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 11.

⁵⁸ Koekkoek e.a. 2000, p. 133.

⁵⁹ Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 13.

⁶⁰ Koekkoek e.a. 2000, p. 134.

⁶¹ Koekkoek e.a. 2000, p. 133.

⁶² Korthedshalve wordt steeds gesproken over de term *beperkingen*, dit omvat hier tevens de in het tweede lid genoemde begrippen *formaliteiten, voorwaarden* en *sancties*.

⁶³ Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 15.

⁶⁴ Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 15.

Allereerst dient de beperking op het recht van vrije meningsuiting ‘bij wet voorzien’ (*prescribed by law*) te zijn. Het begrip *law* heeft echter een ruimere betekenis dan de Nederlandse vertaling doet vermoeden. De beperking hoeft niet te zijn vastgesteld bij wet in formele zin, ook lagere regelingen en zelfs ongeschreven regels kunnen volgens de vaste jurisprudentie van het EHRM onder de definitie vallen, mits de regel voldoende toegankelijk (*accessible*) en voorzienbaar (*foreseeable*) is.⁶⁵ Aan dit vereiste is doorgaans snel voldaan, tenzij de burger redelijkerwijs niet had kunnen weten van de beperking.

Vervolgens dient te worden bepaald of de beperking een van de in het tweede lid genoemde doelen dient. Uit dit lid blijkt dat het grondrecht in het belang van een groot aantal doelen kan worden beperkt, variërend van de nationale veiligheid tot het beschermen van de goede naam en rechten van anderen.⁶⁶ Bij dit vereiste speelt de zogenaamde *margin of appreciation* een rol. Deze houdt in dat het EHRM een zekere beoordelingsruimte laat aan de nationale autoriteiten bij het bepalen of er sprake is van een rechtmatige beperking.⁶⁷ In het geval van dit tweede vereiste behelst dit de ruimte die het Hof overlaat aan de nationale instanties om te bepalen of er sprake is van een in het tweede lid genoemde beperkingsgrond. Het Hof gaat in sommige gevallen uit van fundamentele waarden die gelden in alle Staten die partij zijn bij het verdrag. In deze gevallen zal het Hof de beperking zelf strikt toetsen. Bij de beoordeling van andere, meer lidstaat afhankelijke waarden, laat het Hof echter ruimte voor specifiek nationale opvattingen en tradities, bijvoorbeeld in geval van beoordeling of er sprake is van een toegestane beperking op grond van ‘de goede zeden’.⁶⁸ In deze gevallen zal het Hof de beoordeling van toepasbaarheid van deze beperkingsgrond in grotere mate overlaten aan de nationale instanties.⁶⁹ Gezien de ruime (weliswaar limitatieve) opsomming van beperkingdoeleinden en de mate van beoordeling die soms aan de nationale instanties zelf wordt overgelaten, zal ook het tweede vereiste relatief weinig belemmeringen opleveren om het grondrecht te kunnen beperken.

De kern van de beoordeling of een beperking van het grondrecht als rechtmatig aangemerkt kan worden ligt in de toets van het derde vereiste.⁷⁰ De betreffende beperking moet *noodzakelijk* zijn in een *democratische samenleving*. Uit de preambule van het verdrag blijkt dat het EVRM nauw is verbonden met de democratie als staatsvorm en de daarbij horende fundamentele vrijheden.⁷¹ De nadruk ligt in geval van artikel 10 lid 1 EVRM dan ook

⁶⁵ Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 16

⁶⁶ Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 16

⁶⁷ Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 20.

⁶⁸ Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 20.

⁶⁹ Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 20.

⁷⁰ Koekkoek e.a. 2000, p. 134.

⁷¹ Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 11

sterk op het beschermen van het, in een democratie onmisbare, maatschappelijk debat.⁷² Een beperking van dit maatschappelijke debat is daarom slechts toegestaan wanneer deze beperking noodzakelijk is binnen de grenzen van de democratie. Er dient sprake te zijn van een *pressing social need* (noodzakelijkheid) die noopt tot de beperking.⁷³ De waarde van de uitlating voor het maatschappelijk debat is bij de beoordeling van de rechtmatigheid van een beperking van belang. De relatie tussen de noodzakelijkheid en de maatschappelijke waarde van de uitlating is door het EHRM gegoten in een proportionaliteitstoets, waarbij de beperking evenredig dient te zijn ten opzichte van het beoogde doel.⁷⁴ Een beperking van handelsreclame wordt daarom eerder aanvaard dan een beperking van politieke verslaggeving.⁷⁵ Politieke verslaggeving of andere uitingen van kritiek op de overheid, politici of bestuurders vormen een belangrijk onderdeel van het democratisch proces. Evenals andere, niet politieke, onderwerpen die als onderdeel kunnen worden gezien van het publieke debat.⁷⁶ Beperkingen op deze uitlatingen zullen dan ook snel door het Hof als disproportioneel worden aangemerkt, zelfs wanneer de uitlatingen shockerend of kwetsend zijn.⁷⁷ De proportionaliteitseis is ook van invloed op de *margin of appreciation* die het Hof aan de nationale instanties laat. Bij ingrijpende beperkingen op maatschappelijk belangrijke uitingen zal het EHRM een mindere mate van beoordelingsvrijheid laten aan de nationale instanties en zelf strikt toetsen.⁷⁸ Daarnaast wordt de proportionaliteitseis door het EHRM ook toegepast bij de beoordeling van de beperking zelf. Een (naar het oordeel van het Hof) te zware sanctie als beperking van een bepaalde uitlating zal daarom eveneens een schending van artikel 10 EVRM opleveren.⁷⁹

⁷² Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 13.

⁷³ Janssens 1998, p. 288.

⁷⁴ Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 17.

⁷⁵ Koekkoek e.a. 2000, p. 134.

⁷⁶ Janssens 1998, p. 299.

⁷⁷ Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 17.

⁷⁸ Janssens 1998, p. 289.

⁷⁹ Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 20.

2.4 Artikel 19 IVBPR

2.4.1 De bescherming van artikel 19 IVBPR

1. Een ieder heeft het recht zonder inmenging een mening te koesteren.
2. Een ieder heeft het recht op vrijheid van meningsuiting; dit recht omvat mede de vrijheid inlichtingen en denkbeelden van welke aard ook te garen, te ontvangen en door te geven, ongeacht grenzen, hetzij mondeling, hetzij in geschreven of gedrukte vorm, in de vorm van kunst, of met behulp van andere media naar zijn keuze.
3. Aan de uitoefening van de in het tweede lid van dit artikel bedoelde rechten zijn bijzondere plichten en verantwoordelijkheden verbonden. Deze kan derhalve aan bepaalde beperkingen worden gebonden, doch alleen beperkingen die bij de wet worden voorzien en nodig zijn:
 - a.) in het belang van de rechten of goede naam van anderen;
 - b.) in het belang van de nationale veiligheid of ter bescherming van de openbare orde, de volksgezondheid of de goede zeden.

Het IVBPR is opgesteld door de Commissie voor de Rechten van de Mens van de Verenigde Naties en bevat de klassieke vrijheden voortvloeiend uit de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens. Het IVBPR bevat normen die, in tegenstelling tot de Universele Verklaring, bindend zijn voor de Staten die het verdrag hebben geratificeerd.⁸⁰ Algemeen kan worden gesteld dat de rechten in het verdrag "ruim en globaal" zijn geformuleerd.⁸¹ Zo ook artikel 19 IVBPR waarin het recht op vrije meningsuiting is vastgelegd. Het artikel bepaalt in het eerste lid dat iedereen het recht heeft *een mening te koesteren* zonder enige vorm van inmenging. In het tweede lid is het recht een mening te *uiten*, alsmede het recht *informatie of ideeën te vergaren en te ontvangen*, vastgelegd. Er wordt hier geen onderscheid gemaakt op grond van de gebruikte uitingsvorm. Het tweede lid spreekt over mondelinge uitingen, schriftelijke uitingen, kunstuitingen en uitingen gedaan door welke andere mediavorm dan ook.

2.4.2 De beperkingsmogelijkheden

Op grond van het derde lid kunnen slechts de rechten van het tweede lid worden beperkt, waardoor het recht een mening te koesteren (lid 1) op grond van het IVBPR van absolute aard lijkt te zijn. Het uitoefenen van de rechten in het tweede lid echter, brengen volgens het derde lid *plichten en verantwoordelijkheden* met zich mee. Deze rechten mogen daarom worden beperkt, doch slechts indien deze beperkingen voortvloeien uit de wet (*provided by law*) en noodzakelijk zijn (*necessary*) voor ofwel a) het beschermen van de rechten en de reputatie van anderen of; b) het beschermen van de nationale veiligheid, de openbare orde, de volksgezondheid of de goede zeden.

⁸⁰ Kooijmans 2008, p. 360.

⁸¹ Hartevelde e.a. 2004, p. 18.

2.4.2. De invloed van het IVBPR

Zoals eerder beschreven hebben ‘een ieder verbindende verdragsbepalingen’ op grond van artikel 93 jo. 94 GW, rechtstreekse werking en voorrang op het nationale recht. Het recht op vrije meningsuiting kan (en dus ook op grond van artikel 19 IVBPR) naar zijn aard worden gezien als een ‘een ieder verbindende bepaling’, waardoor burgers zich rechtstreeks bij de nationale rechter op deze verdragsbepaling kunnen beroepen. Het IVBPR kent tevens een individueel klachtrecht op grond van het Eerste Facultatieve Protocol IVBPR, welke door Nederland is geratificeerd.⁸² Op basis van dit individueel klachtrecht kan een inbreuk op één van de aan het verdrag ontleende rechten worden voorgelegd aan het VN Comité van de Rechten van de Mens dat op grond van het verdrag is opgericht. Er kan pas een beroep op dit Comité worden gedaan wanneer alle nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput.⁸³ De uitspraken van het Comité zijn echter niet bindend.⁸⁴ De invloed van het IVBPR en het Comité dient echter niet tot nul gebagatelliseerd te worden aangezien aangenomen mag worden dat Staten doorgaans de zienswijze van het Comité zullen volgen en, indien zij dit nalaten, de nationale rechter bij toekomstige gevallen dit vaak alsnog zal doen.⁸⁵

2.5 Conclusie

Uit bovenstaande valt te concluderen dat het recht op vrije meningsuiting breed ligt verankerd in het recht, zowel op nationaal als op Europees en mondiaal niveau. Het grondrecht biedt echter niet op al deze niveaus dezelfde bescherming. De bescherming van onze Grondwet kan als het minst vergaand worden beschouwd gezien door de restrictieve uitleg van de Hoge Raad de bescherming slechts geldt voor het ‘openbaringsrecht’ en niet voor het ‘verspreidingsrecht’. Alleen voor het openbaringsrecht geldt dat censuur is uitgesloten. De bescherming door de beide verdragen is omvangrijker aangezien hier naast de uitingsvrijheid ook de ontvangstvrijheid onderdeel uitmaakt van het recht op vrije meningsuiting. Bovendien omschrijven de verdragsbepalingen, naast het vereiste van noodzakelijkheid, een limitatief aantal doeleinden op grond waarvan het grondrecht mag worden beperkt. De Grondwet mist een dergelijk toetsingskader door als enige voorwaarde te stellen dat het recht slechts (repressief) mag worden beperkt door een wet in formele zin.

Het EVRM heeft een grote invloed op ons nationale rechtssysteem. Zoals beschreven werken niet alleen de bepalingen rechtstreeks door, maar is ook de jurisprudentie van het EHRM van invloed op het nationale recht. Het IVBPR heeft tevens een eigen autonome

⁸² Kooijmans 2008, p. 367.

⁸³ Kooijmans 2008, p. 368.

⁸⁴ Kooijmans 2008, p. 368.

⁸⁵ Kooijmans 2008, p. 368.

rechtsgang, maar de uitspraken van het Comité hebben geen bindende kracht. Door het gebrek aan harde, bindende jurisprudentie ten aanzien van het IVPBR wordt aan dit verdrag doorgaans minder waarde gehecht dan aan het EVRM. Al met al kan gesteld worden dat de verdragsbepalingen in zekere mate een grotere invloed hebben dan de Grondwet. De rechter is op grond van artikel 120 GW immers niet bevoegd een wet in formele zin te toetsen aan de Grondwet, terwijl een 'een ieder verbindende verdragsbepaling' voorrang heeft boven al het nationale recht, inclusief de Grondwet en een wet in formele zin.

Hoofdstuk 3 – De strafrechtelijke beperking van discriminerende uitingen in relatie tot de uitingsvrijheid

3.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is beschreven hoe de bescherming van de uitingsvrijheid in Nederland is geregeld en onder welke voorwaarden dit grondrecht kan worden beperkt. In dit hoofdstuk zal worden gezien hoe aan de strafrechtelijke beperking van discriminerende uitingen invulling is gegeven en hoe dit zich verhoudt tot de uitingsvrijheid.

Het Wetboek van Strafrecht kent verschillende soorten uitingsdelicten welke zijn te onderscheiden naar de aard van de uitlating, de wijze waarop de uitlating is gedaan of tegen wie deze is gericht. Een aantal strafbepalingen (artikelen 137c en 137d Sr) richten zich specifiek op discriminerende uitlatingen. De aandacht zal dan ook uitgaan naar deze uitingsdelicten. Artikel 137e Sr verbiedt de uitingen waar deze bepalingen betrekking op hebben te verspreiden of ter openbaarmaking voor handen te hebben. Aangezien deze bepaling dus betrekking heeft op dezelfde soorten uitingen, zal deze bepaling niet afzonderlijk worden behandeld. De eenvoudige belediging van artikel 266 Sr zal daarentegen wel worden besproken aangezien ook uitingen die onder deze bepaling vallen een discriminatoir karakter kunnen hebben.⁸⁶ Allereerst zal uitgebreid aandacht worden besteed aan de totstandkoming en achtergrond van deze strafbepalingen. Op deze manier zal inzicht worden verschaft in het motief van de wetgever om deze uitingen strafbaar te stellen. Tevens zijn in de loop der tijd enkele wetswijzigingen aangebracht waarbij een verdere spanning met de uitingsvrijheid door de wetgever werd geaccepteerd. Deze overwegingen zijn relevant om de spanning van deze uitingsdelicten met het recht op vrije meningsuiting te kunnen duiden en te verklaren. In de paragrafen 3 en 4 zullen de delictsomschrijvingen worden besproken aan de hand van de literatuur en de relevante jurisprudentie, waarbij wordt onderzocht welke soorten en vormen van discriminerende uitingen strafbaar zijn. Hierbij zal invulling worden gegeven aan de uitleg van de delictsbestanddelen. Tevens zal bij iedere strafbepaling de relatie met de uitingsvrijheid worden gelegd. Er zal worden afgesloten met een conclusie.

⁸⁶ Brants e.a. 2007, p. 80.

3.2 Totstandkoming en achtergrond van de strafbepalingen

3.2.1 Eenvoudige belediging

Sinds de invoering van het Wetboek van Strafrecht in 1881 wordt in Nederland uitgegaan van twee basisvormen van belediging, te weten smaad(schrift) (artikel 261 Sr) en eenvoudige belediging (artikel 266 Sr).⁸⁷ Deze bepalingen zijn, samen met andere bepalingen inzake belediging zoals de laster (artikel 262 Sr) en de strafverzwarende ambtsbelediging (artikel 267 Sr), ondergebracht in Titel XVI *Belediging* wat met zich meebrengt dat er slechts na een klacht van het slachtoffer vervolging van deze delicten kan plaatsvinden (artikel 269 Sr). De twee basisbepalingen sluiten elkaar uit, aangezien eenvoudige belediging volgens de tekst van artikel 266 Sr elke opzettelijke belediging betreft die niet het karakter van smaad of smaadschrift draagt. Het is dan ook van belang eerst te bepalen welke gedragingen smaad opleveren om vervolgens de eenvoudige belediging te kunnen definiëren. Van smaad is slechts sprake indien de uitlating een beschuldiging van een bepaald feit betreft, terwijl de eenvoudige belediging ook beledigende uitlatingen strafbaar stelt die insinuaties of minder concrete beschuldigingen omvatten.⁸⁸ Daarnaast bestaat er een verschil in het belang dat beide delicten beogen te beschermen. Zowel de strafbaarstelling van smaad als van de eenvoudige belediging beoogt de eer en goede naam van het individu te beschermen.⁸⁹ De smaad richt zich echter meer op de reputatie van het individu, terwijl de eenvoudige belediging vooral is gericht op de maatschappelijke waardigheid die ieder individu toekomt en daarmee verplicht tot een respectvolle behandeling in algemene zin.⁹⁰ Door de brede formulering en de grote omvang van het te beschermen belang, kan de eenvoudige belediging volgens sommigen worden gezien als een ‘restbepaling’.⁹¹ Door deze eigenschap bestrijkt de eenvoudige belediging ook discriminatoire uitingen (zie hierover verder paragraaf 3.3.8).

Eind jaren ‘60 van de twintigste eeuw werden de beledigingsdelicten grondig onder de loep genomen door de Commissie Langemeijer. Deze Commissie was ingesteld om onderzoek te doen naar de werking van artikel 117 (oud) Sr, welke de belediging van een bevriend staatshoofd strafbaar stelde, maar betrok in haar onderzoek ook Titel XVI van het Wetboek van Strafrecht.⁹² De Commissie sprak in haar rapport over de spanning tussen de strafbare belediging en het recht op vrije meningsuiting. Zij kwam tot de conclusie dat de beledigingsbepalingen terughoudend toegepast dienen te worden, omdat deze “*bijzonder*

⁸⁷ Smidt II 1881, p. 366-367 en Hazendonk 1946, p. 22.

⁸⁸ Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 77.

⁸⁹ Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 33.

⁹⁰ Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 43.

⁹¹ Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 67.

⁹² Janssens 1998, p. 56.

gemakkelijk belangen [kunnen] treffen, die de rechtsorde dient te ontzien” maar dat tegelijkertijd *“een duidelijk betere regeling niet voor de hand ligt”*.⁹³ In het parlement ontstond hierop de discussie over het schrappen van de (eenvoudige) belediging uit het Wetboek van Strafrecht.⁹⁴ Enkele parlementsleden achtten het strafrecht een te zwaar middel om *“niet zulk een essentieel rechtsgoed”* als iemands *“eer en goede naam”* te beschermen.⁹⁵ De regering dacht daar anders over, zo bleek uit de Memorie van Toelichting waarin zij aangaf de bepaling noodzakelijk te achten om eigenrichting door de beledigde te voorkomen.⁹⁶ Zij voegde daar in de Memorie van Antwoord nog aan toe dat het schrappen van de bepaling zou kunnen leiden tot een *“ongewenste verruwing van de politieke en maatschappelijke zeden”*.⁹⁷ Tevens vond de regering een civiele procedure in dergelijke gevallen te omslachtig waardoor het gebruik van het strafrecht de voorkeur verdiende.⁹⁸ Uiteindelijk, na onderzoek van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) waaruit bleek dat er terughoudend werd omgesprongen met vervolging op grond van artikel 266 Sr, werd besloten de bepaling te behouden.⁹⁹ Er werd wel een exceptie (in de vorm van een tweede lid) aan de bepaling toegevoegd die kritiek op de behartiging van openbare belangen, mits niet nodeloos grievend, buiten het bereik van de eenvoudige belediging bracht.¹⁰⁰

3.2.2 Groepsbelediging

Het Wetboek van Strafrecht bevat sinds 1934 bepalingen die specifiek betrekking hebben op discriminerende uitlatingen. In artikel 137c (oud) Sr werd de groepsbelediging strafbaar gesteld, artikel 137d (oud) bevatte het bijbehorende verspreidingsdelict.¹⁰¹ De directe aanleiding voor het opnemen van deze strafbepalingen was de roerige maatschappelijke en politieke situatie die was ontstaan door de opkomst van het nationaalsocialisme welke ook in Nederland resulteerde in een toenemende Jodenhaat.¹⁰² De nadruk binnen het motief van de wetgever om tot deze strafbaarstelling te komen lag dan ook vooral op de handhaving van de openbare orde in gevallen waarbij bevolkingsgroepen tegen elkaar op werden gezet, en slechts in mindere mate op de bescherming van de eer en goede naam van individuen.¹⁰³ Zo getuige

⁹³ *Kamerstukken II* 1970/71, 11249, nr. 4, p. 2 en 3.

⁹⁴ Janssens 1998, p. 58 en 59.

⁹⁵ *Kamerstukken II* 1975/76, 11249, nr. 5, p. 2.

⁹⁶ *Kamerstukken II* 1970/71, 11249, nr. 3, p. 4.

⁹⁷ *Kamerstukken II* 1975/76, 11249, nr. 6-8, p. 3.

⁹⁸ Janssens 1998, p. 59.

⁹⁹ Janssens 1998, p. 59.

¹⁰⁰ Janssens 1998, p. 60.

¹⁰¹ Janssens 1998, p. 65.

¹⁰² Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 147.

¹⁰³ Janssens 1998, p. 65.

ook de plaats van deze artikelen in het Wetboek van Strafrecht; onder Titel V *Misdrijven tegen de openbare orde*. Dit brengt met zich mee dat voor deze bepalingen niet het klachtvereiste geldt van artikel 269 Sr. Voor het begin van de Tweede Wereldoorlog heeft artikel 137c (oud) Sr geleid tot verschillende veroordelingen van ondermeer de NSB.¹⁰⁴ Na de Tweede Wereldoorlog is de bepaling echter nog nauwelijks toegepast.¹⁰⁵

Artikel 137c (oud) Sr bevatte een algemeen geformuleerde delictomschrijving die het *zich in het openbaar, mondeling of bij geschrift of afbeelding, opzettelijk in beledigden vorm over eene groep van de bevolking of over eene ten deele tot de bevolking behorende groep van personen uitlaten*, strafbaar stelde.¹⁰⁶ Alhoewel in de Memorie van Toelichting werd aangegeven dat verschillende groepen zich kunnen onderscheiden door godsdienst of ras, beperkte deze bepaling zich niet tot deze groepen.¹⁰⁷ De ruime interpretatie van het begrip ‘groep’ werd door de Hoge Raad bevestigd in zijn oordeel aangaande Indische planters.¹⁰⁸ In dit arrest werd gesteld dat ook hier sprake was van een groep in de zin van artikel 137c (oud) Sr zonder dat deze groep zich specifiek onderscheidde van anderen door hun religie of ras.¹⁰⁹ De kern van artikel 137c (oud) Sr ligt in de formulering van de strafbare gedraging, namelijk het *in beledigden vorm uitlaten*. De uitlating was hierdoor slechts strafbaar indien dit een formele belediging opleverde.¹¹⁰ Hiervan is sprake indien de uitlating is gedaan door bijvoorbeeld het gebruik van scheldwoorden.¹¹¹ Een materiële belediging daarentegen ziet op de inhoud van de uitlating.¹¹² De Minister achtte dit onderscheid bij invoering van de bepaling noodzakelijk met het oog op de vrijheid van meningsuiting. Door slechts formele belediging strafbaar te stellen valt geen enkele kritiek op een bevolkingsgroep onder het bereik van artikel 137c (oud), mits gedaan in zakelijke, naar hun aard niet grievende bewoordingen.¹¹³ Dit wezenlijke uitgangspunt werd echter niet altijd door de rechter gevolgd. In een uitspraak van de rechtbank in Rotterdam inzake uitlatingen die de Nieuw-Malthusianistische Bond tot het aanzetten van moord beschuldigen, werd in 1937 het begrip ‘beledigende vorm’ ruim geïnterpreteerd.¹¹⁴ Ondanks dat de aantijgingen naar hun vorm geen formele belediging opleverde achtte de rechtbank de insinuaties die de Bond tot het aanzetten van moord beschuldigen toch dusdanig ”nodeloos krenkend” dat een veroordeling op grond van artikel

¹⁰⁴ HR 19 februari 1940, *NJ* 1940, 754.

¹⁰⁵ Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 147.

¹⁰⁶ Janssens 1998, p. 65.

¹⁰⁷ Janssens 1998, p. 66.

¹⁰⁸ HR 17 april 1939, *NJ* 1939, 927.

¹⁰⁹ Janssens 1998, p. 67.

¹¹⁰ Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 147.

¹¹¹ Janssens 1998, p. 67.

¹¹² Sackers 2005, p. 531.

¹¹³ Rosier 1997, p. 14.

¹¹⁴ Rb Rotterdam 16 juli 1937, *NJ* 1938, 736.

137c (oud) Sr volgde.¹¹⁵ In deze zaak werd daarmee het strikte onderscheid tussen de formele belediging en de materiële belediging, dat artikel 137c Sr met zich meebracht, door de rechter verlaten.

3.2.3. Een verdrag als basis voor de uitingsdelicten van Titel V

In 1971 heeft de wetgever Titel V van het Wetboek van Strafrecht herzien naar aanleiding van het Internationaal Verdrag inzake Uitbanning van alle vormen van Rassendiscriminatie (*The Convention on the Elimination of all forms of Racial Discrimination – CERD*).¹¹⁶ Het verdrag ziet ondermeer op het verbod van discriminatie bij de uitoefening van politieke rechten en burgerrechten, als ook op het terrein van arbeid, onderwijs en gezondheidszorg.¹¹⁷ Dit uitgangspunt van gelijke behandeling en daarmee het verbod op feitelijke discriminatie is tevens verankerd in artikel 1 GW. Op grond van artikel 4 sub a CERD verplichten de Staten zich tot de strafbaarstelling van *het verspreiden, op welke wijze ook, van denkbeelden die zijn gegrond op rassuprioriteit of rassenhaat, aanzetten tot rassendiscriminatie, zomede alle daden van geweld of aanzetting daartoe, die zijn gericht tegen een ras of een groep mensen van een andere huidskleur of etnische afstamming, alsook het verlenen van steun aan tegen bepaalde rassen gerichte activiteiten, waaronder begrepen de financiering daarvan*.¹¹⁸ Het betreft hier dus ondermeer een verplichting tot het strafbaar stellen van discriminerende uitingen. De besluitvorming naar aanleiding van dit verdrag heeft geresulteerd in de uitingsdelicten zoals deze bij wet van 18 februari 1971 zijn vastgesteld.¹¹⁹ Het betreft hier de groepsbelediging (artikel 137c Sr), het aanzetten tot haat, discriminatie of geweld (artikel 137d Sr) en het verspreidingsdelict ten aanzien van deze delicten (artikel 137e Sr).

Bij de totstandkoming van de CERD bestond veel kritiek op de zinsnede die het strafbaar stellen van het verspreiden van bepaalde denkbeelden verplichtte. Een dergelijke strafbaarstelling zou in strijd zijn met de vrijheid van meningsuiting. Een voorstel van de Colombiaanse afvaardiging om deze zinsnede te schrappen had de steun van de Nederlandse afvaardiging, maar werd niet met meerderheid aangenomen.¹²⁰ Vreemd genoeg, ging de Nederlandse regering in haar wetsontwerp, en uiteindelijk ook de wetgever, ter implementatie van het verdrag verder dan de verdragsbepaling verplichtte. Zo werden ook levensovertuiging en godsdienst als grond bij de nieuwe artikelen 137c-e Sr betrokken, terwijl het verdrag alleen

¹¹⁵ Janssens 1998, p. 67.

¹¹⁶ De CERD is in Nederland op 9 januari 1972 in werking getreden.

¹¹⁷ Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 148.

¹¹⁸ Brants e.a. 2007, p. 52.

¹¹⁹ Rosier 1997, p. 35.

¹²⁰ Rosier 1997, p. 34.

rept over onderscheid op grond van ras.¹²¹ De regering dacht hier te anticiperen op een toekomstig verdrag waarin ook discriminatie ten aanzien van deze gronden zou worden opgenomen, maar een dergelijke internationale verplichting is er nooit gekomen.¹²² Daarnaast verplicht het verdrag niet tot het strafbaar stellen van *belediging* op grond van ras.¹²³ Op grond van de verdragsverplichting had de wetgever kunnen volstaan met het nieuwe artikel 137d Sr.¹²⁴ De regering voelde zich, naar aanleiding van een advies van de Raad van Europa, echter toch genoodzaakt vast te houden aan de strafbaarheid van groepsbelediging.¹²⁵ De regering greep hierbij de besluitvorming aangaande de verplichtingen van de CERD aan om het oude artikel 137c Sr, dat als gelegenheidswetgeving uit 1934 werd gezien, te wijzigen.¹²⁶ Het voorstel van de regering aangaande het nieuwe artikel 137c Sr resulteerde in een uitgebreide parlementaire behandeling. Deze discussie overschaduwde de beraadslagingen ten aanzien van artikel 137d, aangezien deze laatste bepaling min of meer als een vertaling van de verdragsverplichting werd gezien en het parlement van mening was dat het strafbaar stellen van het aanzetten tot haat, discriminatie of geweld geen bedreiging vormde voor de vrijheid van meningsuiting.¹²⁷

Het nieuwe artikel 137c Sr verschilde op twee belangrijke punten ten opzichte van de oude bepaling. Allereerst werd het ruime begrip ‘bevolkingsgroep’ vervangen door de limitatieve opsomming van ‘een groep mensen wegens hun ras, godsdienst of levensovertuiging’ waarmee het in lijn werd gebracht met de nieuwe bepalingen 137d en 137e Sr.¹²⁸ Ten tweede werd het vereiste van de formele belediging over boord gegooid. Vooral dit laatste kreeg veel kritiek vanuit het parlement omdat het een verruiming van de bepaling betekende wat door sommigen als een aantasting van de uitingsvrijheid werd gezien.¹²⁹ De toenmalige Minister bepleitte echter dat de nieuwe bepaling, door het limitatief opgenomen aantal groepen, in vergelijking met de oude bepaling juist een beperking van de strafbaarheid opleverde en dus geen grotere inbreuk op de vrijheid van meningsuiting met zich meebracht.¹³⁰ De Minister stelde in de Memorie van Antwoord tevens dat het nieuwe artikel niet “*elke belediging van de genoemde groepen zowel naar vorm als naar inhoud strafbaar zou willen stellen*” maar dat “*het voorgestelde artikel 137c (...) slechts [is] gericht tegen*

¹²¹ Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 149.

¹²² Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 149.

¹²³ Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 148.

¹²⁴ Rosier 1997, p. 37.

¹²⁵ Janssens 1998, p. 68.

¹²⁶ Rosier 1997, p. 36.

¹²⁷ Rosier 1997, p. 95.

¹²⁸ Janssens 1998, p. 69.

¹²⁹ Rosier 1997, p. 36.

¹³⁰ *Handelingen II* 1969/70, p. 4348.

krenking op punten waarop niet meer kan worden geargumenteed en tegen aantasting in hetgeen voor het menselijk bestaan van fundamentele waarde is."¹³¹ Daarnaast wees de Minister op de manco's die zijns inziens kleefden aan de formele belediging van artikel 137c (oud) Sr en het verspreidingsdelict van 137d (oud) Sr:

*“Nu vind ik dat juist de bestaande artikelen lijden aan de kwaal, waarop men heeft gewezen. De man die een lelijk scheldwoord ge-bruikt, valt er nu onder; de man die zich wat keuriger uit-drukt, maar misschien veel ernstiger beledigt, valt er niet onder. Dat is een grief die al lang tegen deze artikelen is aangevoerd en die toch wel ernstig is.”*¹³²

Hiermee sloot de Minister aan bij de redenering die de rechtbank Rotterdam al in 1937 volgde inzake de geuite beledigingen aan het adres van de Nieuw-Malthusianistische Bond (zie paragraaf 3.2.2). Door te wijzen op de limitatieve opsomming in de bepaling, de te betrachten terughoudendheid in de toepassing ervan, en de noodzaak om het formele beledigingsvereiste te verlaten, overtuigde de regering het parlement van haar standpunt, waarop het wetsvoorstel aangaande het nieuwe artikel 137c Sr werd aangenomen.

3.2.4 Toch een verdere uitbreiding

In de opmars van antidiscriminatie wetgeving, die betrekking had op het tegengaan van feitelijke discriminatie, werden uiteindelijk ook de uitingsdelicten betrokken waardoor de reikwijdte van deze bepalingen toch verder werd verruimd.¹³³ Bij wet van 14 november 1991 zijn de gronden van de artikelen 137c-e Sr uitgebreid waardoor ‘een groep wegens hun hetero- of homoseksuele gerichtheid’ onder de werkingssfeer van de bepalingen werd gebracht. Het motief voor deze wijziging lag in het tegengaan van verbale agressie tegen homoseksuelen en daarmee het voorkomen van fysieke agressie tegen deze bevolkingsgroep.¹³⁴ Vervolging van het in het openbaar beledigen van homoseksuelen diende volgens de regering niet afhankelijk te zijn van een klacht van het slachtoffer omdat deze gedragingen dienden te worden gezien als een aantasting van de openbare orde.¹³⁵ De grond ‘geslacht’ is, na een advies van de Emancipatieraad aan de Minister, tevens opgenomen in de artikelen 137d en 137e Sr om hiermee agressie tegen vrouwen en feitelijke discriminatie van

¹³¹ *Kamerstukken II* 1969/70, 9724, nr. 6, p. 4.

¹³² *Handelingen II* 1969/70, p. 4348.

¹³³ Rosier 1997, p. 75.

¹³⁴ Janssens 1998, p. 73-74.

¹³⁵ Janssens 1998, p. 74.

vrouwen te voorkomen.¹³⁶ Deze grond werd niet in artikel 137c Sr opgenomen. Vrouwen zouden volgens de wetgever niet tot een ‘minderheidsgroep’ behoren die een dergelijke vergaande strafrechtelijke bescherming tegen belediging behoeft, waardoor strafbaarstelling een onnodige beperking van de vrijheid van meningsuiting met zich mee zou brengen.¹³⁷ Bij wet van 11 maart 2005 vond de laatste uitbreiding plaats van de bepalingen 137c-e Sr door het toevoegen van de grond ‘lichamelijke, psychische of verstandelijke handicap’. Ook deze toevoeging stond in relatie met breder antidiscriminatiebeleid op andere gebieden dan het strafrecht.¹³⁸

3.3 De artikelen 266 en 137c Sr

3.3.1 Discriminerende belediging

In de vorige paragraaf is de achtergrond besproken van de bepalingen die discriminerende uitingen strafbaar stellen. In twee van deze bepalingen staat belediging centraal, te weten de groepsbelediging (artikel 137c Sr) en de eenvoudige belediging (artikel 266 Sr).

Artikel 266 Sr luidt als volgt:

1. Elke opzettelijke belediging die niet het karakter van smaad of smaadschrift draagt, hetzij in het openbaar mondeling of bij geschrift of afbeelding, hetzij iemand, in zijn tegenwoordigheid mondeling of door feitelijkheden, hetzij door een toegezonden of aangeboden geschrift of afbeelding, aangedaan, wordt, als eenvoudige belediging, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste drie maanden of een geldboete van de tweede categorie.
2. Niet als eenvoudige belediging strafbaar zijn gedragingen die ertoe strekken een oordeel te geven over de behartiging van openbare belangen, en die er niet op zijn gericht ook in ander opzicht of zwaarder te grieven dan uit die strekking voortvloeit.

Artikel 137c Sr luidt:

1. Hij die zich in het openbaar, mondeling of bij geschrift of afbeelding, opzettelijk beledigend uitlaat over een groep mensen wegens hun ras, hun godsdienst of levensovertuiging, hun hetero- of homoseksuele gerichtheid of hun lichamelijke, psychische of verstandelijke handicap, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de derde categorie
2. Indien het feit wordt gepleegd door een persoon die daarvan een beroep of gewoonte maakt of door twee of meer verenigde personen wordt gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vierde categorie opgelegd.

Zoals naar voren gekomen zijn deze beledigingsdelicten in verschillende titels van het Wetboek van Strafrecht opgenomen waarmee het accent op verschillende belangen wordt gelegd. De invulling van het bestanddeel ‘belediging’ of ‘beledigend’ is echter voor beide bepalingen gelijk.¹³⁹ Tevens omvatten beide strafbepalingen beledigingen gedaan ‘in het

¹³⁶ Rosier 1997, p. 88.

¹³⁷ Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 149.

¹³⁸ Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 150.

¹³⁹ Sackers 2005, p. 516.

openbaar mondeling of bij geschrift of afbeelding'. Allereerst zullen dan ook deze gemeenschappelijke bestanddelen worden behandeld, om vervolgens de verschillen tussen beide bepalingen te bespreken. Aan het eind zal kort worden ingegaan op de vraag wanneer nu sprake is van discriminerende belediging.

3.3.2 *Het bestanddeel belediging*

De meest gangbare definitie van belediging is de aanranding van iemands eer en goede naam.¹⁴⁰ Strikt genomen heeft belediging primair betrekking op de eer van de beledigde en is er pas sprake van aanranding van de goede naam wanneer de aanranding van de eer bij anderen bekend wordt.¹⁴¹ In de huidige rechtspraak zijn de begrippen *eer* en *goede naam* echter onafscheidelijk en lijken deze dezelfde betekenis te worden toegekend.¹⁴² Dit begrippenpaar kan worden gedefinieerd als de erkenning van iemands morele integriteit.¹⁴³ Deze morele integriteit moet uiterlijk waarneembaar zijn; een aanranding van enkel iemands “eigenwaarde” of “zelfrespect” is onvoldoende om te kunnen spreken van belediging in strafrechtelijke zin.¹⁴⁴ In de jurisprudentie wordt vaak de formule aangehaald dat een uitlating “*beledigend is wanneer zij de strekking heeft een ander bij het publiek in een ongunstig daglicht te stellen en hem aan te randen in zijn eer en goede naam*”.¹⁴⁵ Het is hierbij voor het beledigingsbegrip niet van belang of ten tijde van de uitlating ook daadwerkelijk andere personen aanwezig waren. Voor het bestanddeel belediging is slechts relevant of de uitlating er de strekking toe had om het slachtoffer bij anderen in een ongunstig daglicht te stellen.¹⁴⁶ Het gaat bij strafbare belediging dan ook om “iemands eer in andermans ogen”.¹⁴⁷

Zowel in de gevallen van artikel 137c Sr als artikel 266 Sr is opzet op de belediging vereist. Het bewijzen van de opzet levert in beginsel weinig problemen op aangezien het aantonen van voorwaardelijk opzet op de belediging voldoende is.¹⁴⁸ Hiermee is degene die “*zich bewust blootstelt aan de aanmerkelijke kans dat het gebruik van de gebezigde term jegens de daarmee aangeduide personen een beledigend karakter draagt*” strafbaar.¹⁴⁹ De opzet zal dan ook meestal uit de aard van de uitlating kunnen worden afgeleid.¹⁵⁰

¹⁴⁰ Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 33.

¹⁴¹ Hazendonk 1946, p. 20.

¹⁴² Sackers 2005, p. 516.

¹⁴³ Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 34.

¹⁴⁴ Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 35.

¹⁴⁵ HR 30 oktober 2001, *NJ* 2002, 129.

¹⁴⁶ Sackers 2005, p. 517. Zie ook HR 6 januari 2004, *NJ* 2004, 201 incl. conclusie A-G Wortel.

¹⁴⁷ Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 35.

¹⁴⁸ Janssens 1997, p. 217.

¹⁴⁹ HR 21 november 1989, *DD* 1990, 130.

¹⁵⁰ Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 85.

3.3.3 Formele belediging

De aanranding van de eer en goede naam geschiedt door een uiting die enige vorm van minachting uitdrukt.¹⁵¹ Deze minachting kan blijken uit het gebruik van woorden die geen ander doel hebben dan te beledigen, de zogenaamde formele belediging. Naar algemeen taalgebruik erkende scheldwoorden leveren strafbare belediging op.¹⁵² Het enkele feit dat iemand een term bezigt met de bedoeling om te beledigen is echter onvoldoende om te kunnen spreken van een strafbare belediging, de gebruikte term dient ook geschikt te zijn om te beledigen.¹⁵³ Dit uitgangspunt komt naar voren in oude jurisprudentie van de Hoge Raad, het zogenaamde ‘Kraai-arrest’. De Hoge Raad oordeelde hierin dat *“een objectief vereiste van alle belediging is een uitdrukking waardoor iemands eergevoel kan worden gekwetst of in de ogen van anderen kan worden verminderd en hij alzoo in zijn goeden naam kan worden aangerand”*.¹⁵⁴ De term ‘kraai’ voldeed hier volgens de Hoge Raad niet aan, ondanks dat de term wel bedoeld was om te beledigen.¹⁵⁵ Naar hun aard ongeschikte termen kunnen wel strafbare belediging opleveren indien deze worden voorzien van een minachtend bijvoeglijk naamwoord.¹⁵⁶ Een illustratief voorbeeld uit de jurisprudentie is het gebruik van het woord ‘homo’ als scheldwoord. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat dit woord op zichzelf niet beledigend is, maar dat dit, indien gebruikt in combinatie met andere woorden, wel het geval kan zijn.¹⁵⁷ Zo vond veroordeling plaats voor het uitschelden van politieagenten (artikel 266 jo. 267 Sr) voor ‘vuile homo’s’.¹⁵⁸ Maar ook een veroordeling voor het uitmaken van een agent voor ‘homofiel’, zonder minachtend bijvoeglijk naamwoord, werd door de Hoge Raad in stand gelaten.¹⁵⁹ In deze zaak uitte de beschonken verdachte zijn ongenoegen nadat hij door de politie op de bon was geslingerd wegens wildplassen. De Hoge Raad oordeelde dat *“het gebruik van een woord dat in een bepaalde context - bijvoorbeeld bij sexuele voorlichting of in een vriendschappelijk gesprek - niet de strekking heeft iemands integriteit aan te tasten, dat wel degelijk kan doen, indien het wordt gebruikt als scheldwoord en dus met het opzet om te beledigen”*.¹⁶⁰ Afhankelijk van de context kan de term ‘homofiel’ dus geschikt zijn om te beledigen. Ook zonder het gebruik van scheldwoorden kan er echter sprake zijn van strafbare belediging. De minachting ligt bij dergelijke uitlatingen niet in de termen zelf besloten, maar

¹⁵¹ Sackers 2005, p. 518.

¹⁵² Sackers 2005, p. 519.

¹⁵³ Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 70.

¹⁵⁴ HR 21 april 1902, W. 7764.

¹⁵⁵ Janssens 1997, p. 193.

¹⁵⁶ Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 72.

¹⁵⁷ Sackers 2005, p. 520.

¹⁵⁸ HR 19 december 2000, NJ 2001, 101.

¹⁵⁹ Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 72.

¹⁶⁰ HR 6 januari 2004, NJ 2004, 201.

“in de context waar de uitlating deel van uitmaakt”.¹⁶¹ Op grond van artikel 137c Sr vond veroordeling plaats voor de volgende gepubliceerde uitlating: *“het invoegen van buitenlanders in onze gezags- en bestuursorganen vind ik even onbeschaamd als na het tafelschuimen de vrouw van de gastheer aanranden”*.¹⁶² In deze passage worden in het geheel geen scheldwoorden gebruikt, maar gezien de context en de strekking van de boodschap werd deze uitlating door de rechter toch als beledigend gezien voor een groep mensen wegens hun ras.¹⁶³ Het spreekt voor zich dat in dergelijke gevallen het beledigende karakter minder evident is dan bij het gebruik van scheldwoorden, maar deze kan, afhankelijk van de context, dus weldegelijk aanwezig zijn.

3.3.4 Materiële belediging

Naast de formele belediging valt ook de materiële belediging binnen de werkingssfeer van artikel 137c Sr (zie paragraaf 3.2.3) en artikel 266 Sr. Het betreft hier insinuaties of vage beschuldigen aan het adres van het slachtoffer die betrekking hebben op diens “vermeende en als negatief beschouwde karaktertrekken”.¹⁶⁴ De uitlatingen die hier worden bedoeld vallen niet onder het delict smaad omdat er geen beschuldiging plaatsvindt van een nader geconcretiseerd feit.¹⁶⁵ Een recent voorbeeld hiervan is de zaak waarin iemand werd veroordeeld voor belediging van het openbaar gezag (artikel 266 jo. 267 Sr) *“door in zijn winkel, zichtbaar vanaf de openbare weg, T-shirts met de term “corrupt” in combinatie met het gespiegelde politielogo ter verkoop aanwezig te hebben”*.¹⁶⁶ De rechter achtte de term ‘corrupt’ gecombineerd met het politielogo een statement welke insinueerde dat de politie corrupt is en daarmee de strekking heeft de eer en goede naam van de politie aan te tasten. Een ander voorbeeld betreft een uitlating die werd gedaan in het licht van een discussie waarom de vraag of de Holocaust heeft plaatsgevonden nog actueel is.¹⁶⁷ Het antwoord van de verdachte hierop was: *“Voor de holocaust-supporters betekent het: aanzienlijke financiële steun voor de staat Israël, een eindeloze bron van inkomsten voor de overlevenden en hun nakomelingen, maar vooral een moreel vrijspel voor het zionisme in het Middenoosten”*.¹⁶⁸ Hiermee werd gesuggereerd dat de nabestaanden de ‘mythe’ van de Holocaust hoog houden

¹⁶¹ Janssens 1997, p. 199.

¹⁶² HR 14 maart 1989, *NJ* 1990, 29.

¹⁶³ Janssens 1997, p. 200.

¹⁶⁴ Janssens 1997, p. 201.

¹⁶⁵ Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 77.

¹⁶⁶ Hof 's-Gravenhage 23 januari 2009, *LJN* BH0733.

¹⁶⁷ Janssens 1997, p. 205.

¹⁶⁸ HR 25 november 1997, *NJ* 1998, 261.

om er zelf beter van te worden, hetgeen door de rechter beledigend werd geacht voor een groep mensen wegens hun ras (artikel 137c Sr).¹⁶⁹

3.3.5 De uitingsvrijheid als grens voor strafbaarheid in geval van belediging

De besproken strafbepalingen inzake belediging voldoen beide aan de eerste twee vereisten van de artikelen 10 EVRM en 19 IVBPR. Beide bepalingen zijn immers *prescribed by law* en voldoen aan een van de in de verdragsbepalingen genoemde doelen. Ingeval van artikel 266 Sr kan hierbij worden gewezen op het beschermen van de goede naam en rechten van anderen dat in beide verdragsbepalingen als doel is opgenomen. Ingeval van artikel 137c Sr kan worden gewezen op het voorkomen van wanordelijkheden (artikel 10 EVRM) of het beschermen van de openbare orde (artikel 19 IVBPR). Het vereiste van noodzakelijkheid van artikel 10 EVRM is relevant voor de vraag of een concrete uiting in het licht van de uitingsvrijheid strafbaar kan zijn. De uitingsvrijheid fungeert in deze ‘noodzakelijkheidstoets’ als grens voor de strafbaarheid van de concrete uiting.

Om te bepalen of veroordeling van een specifieke uiting op grond van de artikelen 137c of 266 Sr is toegestaan, is in de rechtspraak een drie stappen toets ontwikkeld. Hierin wordt het ‘noodzakelijkheidsvereiste’ van artikel 10 EVRM meegenomen. Allereerst dient te worden bepaald of de uitlating als beledigend is aan te merken, vervolgens dient te worden beoordeeld of de uitlating bijdraagt aan het publieke debat en is dit laatste het geval dan zal moeten worden bepaald of de uitlating als onnodig grievend te kenmerken is.¹⁷⁰ De eerste stap heeft betrekking op de vraag of de uitlating op zichzelf beschouwd onder het bestanddeel valt (zie hierboven). De noodzakelijkheidstoets gebiedt vervolgens dat er tevens gekeken moet worden naar de bijdrage van de uiting aan het publieke debat. Er dient, met andere woorden, beoordeeld te worden of de uitlating kritiek bevat waarmee men een discussie op gang wil brengen of iets aan de kaak wil stellen. Als uit de context blijkt dat de uitlating een bijdrage levert aan het maatschappelijk debat dan komt het beledigende karakter te vervallen.¹⁷¹ Er is dan geen sprake van strafbare belediging, tenzij de kritiek in disproportioneel grove bewoordingen is verrat. Het EHRM laat veroordeling toe indien de kritiek is geuit in ‘*particular strong terms*’.¹⁷² Door het gebruik van dergelijke termen kan er geen sprake meer zijn van een bijdrage aan het publieke debat, maar blijft slechts de bedoeling om te beledigen over. Volgens het EHRM is hiervan echter niet snel sprake, aangezien uitingen die ‘*offend*,

¹⁶⁹ Janssens 1997, p. 206.

¹⁷⁰ Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 84.

¹⁷¹ Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 80.

¹⁷² EHRM 21 januari 1999, nr. 25716/94.

shock or disturb’ weldegelijk van waarde kunnen zijn voor het publieke debat en daarom onder de bescherming vallen van artikel 10 EVRM.¹⁷³

In het tweede lid van artikel 266 Sr is een bijzondere strafuitsluitingsgrond opgenomen, waardoor een belediging die de strekking heeft om een oordeel te geven over de behartiging van openbare belangen, buiten de strafbaarstelling van artikel 266 lid 1 kan vallen.¹⁷⁴ Deze uitzondering geldt mede ten aanzien van gedragingen die een oordeel geven over personen die publieke belangen behartigen, maar dan slechts voor zover de uiting geen betrekking heeft op de privé aangelegenheden van de persoon.¹⁷⁵ De kritische uiting dient proportioneel te zijn. Slechts een oordeel dat niet in een ander opzicht of zwaarder grieft dan uit de strekking van de kritiek voortvloeit, valt onder de exceptie van het tweede lid van artikel 266 Sr.¹⁷⁶ Het EHRM geeft een ruimere uitleg ten aanzien van het maatschappelijk debat dan artikel 266 lid 2 Sr, waardoor ook niet-politieke kritiek onder de bescherming van de uitingsvrijheid kan vallen. Het EHRM formuleerde dit in een van haar arresten als volgt: “*there is no warrant in its case-law for distinguishing (...) between political discussion and discussion of other matters of public concern*”¹⁷⁷ Dit is tevens van belang voor artikel 137c Sr, aangezien voor deze bepaling geen bijzondere, wettelijke strafuitsluitingsgrond is opgenomen en dus uitsluitend is aangewezen op de bescherming van het EVRM.

3.3.6 In het openbaar mondeling of bij geschrift of afbeelding

Zowel artikel 137c Sr als artikel 266 Sr bestrijken beledigingen *in het openbaar* geuit, indien deze *mondeling, bij geschrift of afbeelding* zijn aangedaan. Het opzetvereiste heeft bij beide bepalingen ook betrekking op de openbaarheid, dit ondanks het feit dat het bestanddeel ‘opzettelijk’ na het bestanddeel ‘in het openbaar’ staat vermeld in de delictomschrijving van artikel 137c Sr.¹⁷⁸ Een verderfelijke mening koesteren is immers niet strafbaar, het verwijt ligt in het openbaar maken ervan waar dus ook het opzet op moet zijn gericht.¹⁷⁹ Voorwaardelijk opzet is hierbij voldoende, wat betekent dat de verdachte bewust de aanmerkelijke kans moet hebben aanvaard dat derden van zijn beledigende uitlating kennis konden nemen.¹⁸⁰

Mondelinge belediging betreft uiteraard het gesproken woord, maar ook het maken van geluiden kan hier onder vallen.¹⁸¹ Zo vond op grond van artikel 137c Sr ondermeer

¹⁷³ Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 79.

¹⁷⁴ Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 123.

¹⁷⁵ Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 124.

¹⁷⁶ Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 124.

¹⁷⁷ EHRM 25 juni 1992, series A 239.

¹⁷⁸ Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 89 en 154.

¹⁷⁹ HR 30 september 2003, *NJ* 2004, 189 m.nt. Mevis.

¹⁸⁰ Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 89 en 154.

¹⁸¹ Janssens 1997, p. 233.

veroordeling plaats voor het maken van ‘oerwoudgeluiden’ richting een Afrikaanse familie.¹⁸² Het wat ouderwets aandoende begrip ‘geschrift’ wordt in de jurisprudentie ruim geïnterpreteerd, waardoor hiertoe alle “informatie” kan worden gerekend “die op duurzame en leesbare wijze is vastgelegd” en dit bestanddeel dus ook digitale bestanden omvat.¹⁸³ Een geschrift richt zich op leesbare informatie, terwijl een afbeelding een op enigerlei wijze vastgelegd beeld betreft. Het kan hier gaan om tekeningen, foto’s of symbolen.¹⁸⁴ Maar ook video of film kan onder dit begrip worden geschaard.¹⁸⁵ Een gebaar valt echter buiten het bereik van het begrip ‘afbeelding’.¹⁸⁶ Zo oordeelde de Hoge Raad dat het brengen van de Hitlergroet niet als ‘afbeelden’ gezien kan worden.¹⁸⁷ Een dergelijk gebaar kan onder omstandigheden wel een feitelijke belediging zijn in de zin van artikel 266 Sr (zie verder).

3.3.7 Eenvoudige belediging in relatie tot groepsbelediging

Artikel 137c Sr is specifiek gericht op discriminerende belediging. Uitingen die onder het bereik van dit artikel vallen miskennen de waardigheid van mensen omdat zij behoren tot een bepaalde groep.¹⁸⁸ De personen moeten zich onderscheiden op grond van de specifieke, limitatief in de delictsomschrijving genoemde, kenmerken. In de Memorie van Toelichting wordt voor de invulling van het begrip ‘ras’ verwezen naar de ruime omschrijving ervan in het CERD verdrag, waardoor het begrip nationale en etnische afstamming, huidskleur en afkomst omvat.¹⁸⁹ Belediging enkel op grond van iemands nationaliteit valt hier buiten.¹⁹⁰ De gronden godsdienst en levensovertuiging moeten ruim worden opgevat. ‘Godsdienst’ omvat stromingen die een hogere macht aanvaarden en ‘levensovertuiging’ betreft een fundamentele overtuiging over de betekenis van het bestaan, politieke overtuigingen daarbij niet inbegrepen.¹⁹¹ Bij de grond ‘handicap is het van belang dat de handicap in het ‘maatschappelijk verkeer’ ook als handicap wordt aangemerkt, het is derhalve onvoldoende wanneer iemand zich alleen gehandicapt voelt.¹⁹² Artikel 266 Sr kan daarentegen worden gezien als een ruim geformuleerde restbepaling aangaande belediging. Naast dit accentverschil tussen beide bepalingen zijn er nog vier verschillen tussen deze twee bepalingen te herkennen.

¹⁸² Rb. Breda 24 april 2008, *LJN* BD2544.

¹⁸³ Jansens & Nieuwenhuis 2008, p. 60.

¹⁸⁴ Jansens & Nieuwenhuis 2008, p. 87.

¹⁸⁵ Janssens 1997, p. 234.

¹⁸⁶ Jansens & Nieuwenhuis 2008, p. 153.

¹⁸⁷ HR 11 maart 1986, *NJ* 1987, 462.

¹⁸⁸ Brants e.a. 2007, p. 69.

¹⁸⁹ Jansens & Nieuwenhuis 2008, p. 152.

¹⁹⁰ Jansens & Nieuwenhuis 2008, p. 152. Zie ook HR 14 maart 1989, *NJ* 1990, 29 m.nt. Schalken.

¹⁹¹ Jansens & Nieuwenhuis 2008, p. 152 – 153.

¹⁹² Jansens & Nieuwenhuis 2008, p. 153.

Allereerst vallen onder artikel 137c Sr alleen beledigingen die in het openbaar mondeling of bij geschrift of afbeelding zijn aangedaan, terwijl artikel 266 Sr naast deze uitingsvormen ook beledigingen omvat die in de tegenwoordigheid van het slachtoffer (mondeling of door feitelijkheden) of doormiddel van een toegezonden of aangeboden geschrift zijn aangedaan. Iemand in het gezicht uitschelden is een evident voorbeeld van een mondelinge belediging gedaan in de tegenwoordigheid van het slachtoffer. Bij de feitelijke belediging wordt de minachting niet verbaal geuit, maar door middel van daden.¹⁹³ Voorbeelden hiervan zijn iemand bespuwen¹⁹⁴, het opsteken van de middelvinger¹⁹⁵ en het brengen van de Hitlergroet.¹⁹⁶ Aangezien artikel 137c Sr geen belediging door feitelijkheden omvat kan het brengen van de Hitlergroet op zichzelf geen groepsbelediging opleveren. Het gebaar kan echter wel worden meegewogen om de context van de uitlatingen te verduidelijken.¹⁹⁷ De belediging in de tegenwoordigheid van het slachtoffer moet ook specifiek tegen die persoon zijn gericht.¹⁹⁸ Een relevant voorbeeld in dit verband is een zaak waarbij een verdachte op het politiebureau, in het bijzijn van een agent, zijn vader belde en tijdens dit telefoongesprek woorden bezigde als ‘teringpolitie’ en ‘kankerpolitie’.¹⁹⁹ Het Hof achtte de agent niet in zijn tegenwoordigheid beledigd, aangezien de woorden niet rechtstreeks tot de agent waren gericht, maar op de politie in zijn algemeen betrekking hadden.²⁰⁰

Ten tweede richt artikel 137c Sr zich op groepsbelediging, terwijl artikel 266 Sr is gericht op individuele belediging. Dit brengt met zich mee dat de uitlating op grond van artikel 137c Sr beledigend moet zijn voor meerdere personen. Een uitlating in het openbaar gedaan gericht tot één persoon kan slechts groepsbelediging opleveren indien deze persoonlijke belediging ook beledigend is voor een in de delictsomschrijving opgenomen bevolkingsgroep en de dader dit ook wist of redelijkerwijs kon vermoeden.²⁰¹ Een voorbeeld in dit verband zijn de volgende passages afkomstig uit het rechts-nationalistische blad *De Storm van de Nederlandse Volks Unie*: “*Barendregt ... die gehuwd is met een Duitse — jodin — die dus blijkbaar ook niet is vergast — en zelf een naam heeft die vaak onder joden voorkomt en een joods uiterlijk heeft*” en “*De agressieve en kijvende Duitse jodin — waarmee hij is getrouwd — moet van het volksnationalisme niets weten.*”²⁰² Deze

¹⁹³ Sackers 2005, p. 523.

¹⁹⁴ Rb. Zwolle 22 juni 2009, *LJN* BJ0421.

¹⁹⁵ Hof Arnhem 12 juli 2007, *LJN* BA9186.

¹⁹⁶ Rb. Zwolle 9 juni 2009, *LJN* BI9987.

¹⁹⁷ Rb. Breda 24 april 2008, *LJN* BD2544. Zie ook HR 11 maart 1986, *NJ* 1987, 462 m.nt. Mulder.

¹⁹⁸ Janssens & Nieuwehuis 2008, p. 91.

¹⁹⁹ Janssens & Nieuwehuis 2008, p. 90.

²⁰⁰ Hof 's-Gravenhage 14 augustus 2007, *LJN* BB7047.

²⁰¹ Janssens & Nieuwehuis 2008, p. 152.

²⁰² HR 26 juni 1984, *NJ* 1985, 40.

opmerkingen aan het adres van één persoon waren volgens de Hoge Raad weldegelijk aan te merken als beledigend voor de hele joodse bevolkingsgroep.

Ten derde is voor de eenvoudige belediging in artikel 266 lid 2 Sr een bijzondere strafuitsluitingsgrond opgenomen, terwijl artikel 137c Sr geen bijzondere exceptie kent (zie hierboven). Ten slotte is in paragraaf 2 reeds naar voren gekomen dat artikel 266 Sr een klachtdelict betreft, terwijl voor artikel 137c Sr, als misdrijf tegen de openbare orde, geen klacht van het slachtoffer is vereist.

3.3.8 Wanneer is er nu sprake van discriminerende belediging?

Om te kunnen spreken van discriminerende belediging dient te worden uitgegaan van de gronden in artikel 137c Sr. In het geval van artikel 137c Sr is er immers per definitie sprake van discriminerende belediging. Een individuele belediging (artikel 266 Sr) heeft dan ook een discriminatoir karakter wanneer de uitlating de waardigheid van de betreffende persoon aantast door te refereren aan diens ras, godsdienst of levensovertuiging, hetero- of homoseksuele gerichtheid of handicap.²⁰³ In dit kader kan bijvoorbeeld worden gewezen op een veroordeling op grond van artikel 266 Sr wegens de uitlatingen ‘vuile zwarte’ en ‘kankerzwarte’.²⁰⁴ Het onderscheid tussen een gewone belediging en een discriminerende belediging (tegen een groep of individu) behelst primair dat in het laatste geval de geuite minachting betrekking heeft op iemands ras, godsdienst of levensovertuiging, hetero- of homoseksuele gerichtheid of handicap.

3.4 Artikel 137d Sr

3.4.1 Het aanzetten tot haat, discriminatie of geweld

Artikel 137d Sr luidt als volgt:

1. Hij die in het openbaar, mondeling of bij geschrift of afbeelding, aanzet tot haat tegen of discriminatie van mensen of gewelddadig optreden tegen persoon of goed van mensen wegens hun ras, hun godsdienst of levensovertuiging, hun geslacht, hun hetero- of homoseksuele gerichtheid of hun lichamelijke, psychische of verstandelijke handicap, wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de derde categorie.
2. Indien het feit wordt gepleegd door een persoon die daarvan een beroep of gewoonte maakt of door twee of meer verenigde personen wordt gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vierde categorie opgelegd.

De redactie van artikel 137d Sr komt grotendeels overeen met artikel 137c Sr. Zo omvatten de delicten dezelfde uitingsvormen en dezelfde specifiek genoemde groepen (uitgezonderd de grond ‘geslacht’ bij artikel 137c Sr). Anders dan bij artikel 137c Sr richt deze bepaling zich

²⁰³ Brants e.a. 2007, p. 80.

²⁰⁴ Hof Arnhem 6 juli 2009, *LJN* BJ4293.

niet op beledigende uitlatingen, maar op uitlatingen die aanzetten tot haat, discriminatie of geweld. Het bestanddeel ‘aanzetten’ bevat een ingeblikt opzetvereiste dat ook voorwaardelijk opzet omvat, waardoor relatief snel aan dit vereiste zal zijn voldaan.²⁰⁵ Het opzetvereiste heeft, ondanks de plaats van het bestanddeel ‘aanzetten’ in de delictsomschrijving, eveneens betrekking op de openbaarheid.²⁰⁶ Voor de invulling van de openbaarheid en de opzet hierop wordt verwezen naar hetgeen hierover reeds ter sprake is gekomen.

Artikel 137c Sr vertoont een nauwe verwantschap met het delict opruiing (artikel 131 Sr).²⁰⁷ In de rechtspraak wordt het bestanddeel ‘opruien’ ook wel ingevuld met termen als ‘ophitsen, opstoken, aanzetten of aansporen’.²⁰⁸ Artikel 131 en 137d Sr zijn beide gevaarzettingsdelicten, wat met zich mee brengt dat het voor de strafbaarheid niet relevant is of aan de opruiing of het aanzetten ook daadwerkelijk gehoor wordt gegeven. Voldoende is dat de oproep ervoor zorgde dat het gevaar had kunnen plaatsvinden.²⁰⁹ Het aanzetten hoeft niet te worden gedaan door middel van een directe oproep. Ook het gebruik van indirecte bewoordingen, bijvoorbeeld het stellen van een vraag, kan strafbaarheid opleveren.²¹⁰ Een treffend voorbeeld hiervan is de veroordeling van een politicus die zich tijdens een congres had uitgelaten over Zuid-Molukkers, naar aanleiding van een gijzelingsactie in het provinciehuis Assen. Hij zei hierover: *“Wanneer zal onze regering het niet langer tolereren, dat een stelletje volstrekt ongeregeld terreurdaden op weerlozen pleegt? Wanneer zal onze regering uitspreken: dit was de laatste keer; bij de volgende keer pakken wij alle jonge Zuid-Molukkers tot een bepaalde leeftijd op en brengen ze ver buiten het land?”*.²¹¹ De rechter oordeelde dat hier sprake was van aanzetten tot discriminatie op grond van ras.

Het duiden van de term ‘gewelddadig optreden’ levert weinig problemen op. De delictsomschrijving omvat zowel het aanzetten tot geweld tegen personen als tegen goederen. Wat daarentegen wordt bedoeld met het aanzetten tot ‘haat tegen’ en ‘discriminatie van’ mensen ligt minder voor de hand en behoeft dan ook enige toelichting. De term ‘haat’ vloeit rechtstreeks voort uit de verdragsverplichting van artikel 4 CERD en kan worden omschreven als *“een houding van vergaande vijandigheid, een gevoel van diepe afkeer voor een groep, gepaard gaande met de wens daartoe behorende personen nadeel toe te brengen”*.²¹² Het aanzetten tot haat gaat dus duidelijk verder dan belediging. Met het aanzetten tot discriminatie wordt het aanzetten tot feitelijke discriminatie bedoeld. Voor de betekenis hiervan kan worden

²⁰⁵ Jansens & Nieuwenhuis 2008, p. 202.

²⁰⁶ Jansens & Nieuwenhuis 2008, p. 158.

²⁰⁷ Jansens & Nieuwenhuis 2008, p. 146.

²⁰⁸ Jansens & Nieuwenhuis 2008, p. 198.

²⁰⁹ Jansens & Nieuwenhuis 2008, p. 195.

²¹⁰ Rosier 1997, p. 96.

²¹¹ Rb. Rotterdam 19 februari 1980, NJ 1980, 372.

²¹² Brants e.a. 2007, p. 70.

aangesloten bij de omschrijving gegeven in artikel 90quater Sr, die grotendeels overeenkomt met de beschrijving gegeven in artikel 1 CERD: *“Onder discriminatie (...) wordt verstaan elke vorm van onderscheid, elke uitsluiting beperking of voorkeur, die ten doel heeft of ten gevolge kan hebben dat de erkenning of de uitoefening op voet van gelijkheid van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden op politiek, economisch, sociaal of cultureel terrein of op ander terreinen van het maatschappelijk leven wordt teniet gedaan of aangetast”*.²¹³

3.4.2 De uitingsvrijheid als grens voor strafbaarheid in geval van artikel 137d Sr

Evenals artikel 137c Sr voldoet artikel 137d aan de eerste twee vereisten van de artikelen 10 EVRM en 19 IVBPR. Bij de beoordeling van specifieke uitingen aangaande artikel 137d Sr komt de uitingsvrijheid minder snel in het gedrang dan bij de beledigingsdelicten. Deze strafbepaling verbiedt immers uitingen die aanzetten tot ongewenst en doorgaans ook strafbaar gedrag, terwijl het bij belediging alleen bij uitingen blijft. Uitingen die aanzetten tot dergelijke gedragingen zullen niet snel aangemerkt kunnen worden als een bijdrage aan het maatschappelijk debat. Bij de noodzakelijkheidstoets wordt door het EHRM in geval van dergelijke uitingen dan ook vaak verwezen naar artikel 17 EVRM, waarin het verbod tot misbruik van de in het verdrag genoemde grondrechten is opgenomen; het materiële democratie beginsel.²¹⁴ Dit houdt in dat de grondrechten niet gebruikt kunnen worden om andere grondrechten of democratische waarden als pluralisme en tolerantie te ondermijnen.²¹⁵ Het, omwille van de uitingsvrijheid, tolereren van uitingen die rassenhaat of discriminatie propageren is daarom niet mogelijk. Een beroep op de uitingsvrijheid bij het propageren van nationaal-socialistische ideeën vindt bij het EHRM dan ook geen steun en wordt bij voorbaat niet-ontvankelijk verklaard.²¹⁶

3.5 Conclusie

Sinds de invoering van het Wetboek van Strafrecht zijn de oorspronkelijke beledigingsdelicten aangevuld met uitingsdelicten die specifiek betrekking hebben op discriminatoire uitlatingen. In dit verband kunnen twee soorten delicten worden onderscheiden te weten de discriminatoire beledigingsdelicten en het aanzetten tot haat, discriminatie of geweld. Artikel 137d Sr kan worden gezien als een verbijzondering van de opruiing van artikel 131 Sr en vormt de directe implementatie van de verdragsverplichting

²¹³ Jansens & Nieuwenhuis 2008, p. 158.

²¹⁴ Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 168.

²¹⁵ Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 14 en 168.

²¹⁶ EHRM 1 februari 2000, nr. 32307/96.

van artikel 4 CERD. De beledigingsdelicten kunnen worden onderscheiden in de eenvoudige (individuele) belediging en de groepsbelediging. Bij de groepsbelediging is altijd sprake van een discriminatoir karakter, terwijl bij de individuele belediging dit niet per se het geval hoeft te zijn. Naar voren is gekomen dat beide bepalingen (sinds de wetswijziging in 1971) zowel de formele als de materiële belediging omvatten. De context waarin de beledigende uiting is gedaan is leidend om te bepalen of er sprake is van strafbare belediging, hetgeen een grote beoordelingsruimte van de rechter met zich meebrengt. De uiting wordt immers afgewogen in relatie met de omstandigheden waarin deze is gedaan. Daarnaast is het ook aan de rechter om te beoordelen of een uiting als een bijdrage aan het maatschappelijk debat kan worden gezien. Dit brengt met zich mee dat moeilijk is te duiden wat nu in het algemeen als beledigend is aan te merken. De grens is, met name in geval van de materiële belediging, moeilijk te trekken.

Bij de totstandkoming en wijzigingen van deze uitingsdelicten is de gespannen verhouding tussen de beledigingsdelicten en de uitingsvrijheid altijd onderwerp van debat geweest. Er valt te concluderen dat door de jaren heen (onder invloed van internationaal beleid en wetgeving) de uitingsvrijheid hierbij vaak heeft moeten inleveren. De wetgever heeft, ondanks dat zij, omwille van de uitingsvrijheid, steeds heeft aangedrongen op een terughoudende toepassing van deze uitingsdelicten, het toepassingsbereik van de bepalingen in Titel V door de jaren heen vergroot door het aantal gronden in deze delictsomschrijvingen verder uit te breiden. De meest terugkomende argumenten hiervoor waren het tegengaan van eigenrichting, het voorkomen van geweld tegen minderheden en het voorkomen van degradatie van bevolkingsgroepen tot tweederangs burgers. Artikel 137d Sr is in het licht van de uitingsvrijheid minder problematisch aangezien hierbij gemakkelijk kan worden verwezen naar het materiële democratiebeginsel van artikel 17 EVRM.

Hoofdstuk 4 – De vrijheid van meningsuiting in de Verenigde Staten

4.1 Inleiding

In de vorige hoofdstukken is de strafrechtelijke beperking van discriminerende uitingen en de uitingsvrijheid in Nederland aan bod gekomen. In dit hoofdstuk zal de bescherming van de uitingsvrijheid in de Verenigde Staten worden besproken.

De Verenigde Staten en Nederland zijn beide moderne westerse democratieën, maar kennen desondanks veel verschillen in rechtssysteem en staatsinrichting. Deze verschillen zijn van invloed op de manier waarop de uitingsvrijheid in de Verenigde Staten is gewaarborgd en zijn derhalve ook relevant voor de manier waarop in hoofdstuk 6 een vergelijking kan worden gemaakt met de in de vorige hoofdstukken besproken Nederlandse situatie. Alvorens de uitingsvrijheid onder de loep te nemen zal dan ook eerst kort aandacht worden besteed aan de relevante kenmerken van het Amerikaanse rechtssysteem. Vervolgens zal de werking van de uitingsvrijheid in de Verenigde Staten aan bod komen en zal tevens aandacht worden besteed aan de Amerikaanse visie op de uitingsvrijheid. Mede aan de hand hiervan zal uiteindelijk worden geprobeerd de omvang van de uitingsvrijheid in de Verenigde Staten te bepalen. Er zal worden afgesloten met een conclusie.

4.2 Relevante kenmerken van de Amerikaanse rechtsstaat

De Verenigde Staten vormen een federatieve staat waarbij, naast federale wetgeving, iedere deelstaat eigen wetgeving kent en beschikt over een eigen rechterlijke organisatie.²¹⁷ Hierdoor is het moeilijk om te spreken over het Amerikaanse recht in zijn algemeenheid. Het recht en de geldende normen verschillen immers per afzonderlijke deelstaat. Enige uniformiteit kan worden ontleend aan het feit dat geen enkele normstelling, statelijk of federaal, in strijd mag zijn met de grondwet.

Het rechtssysteem in de Verenigde Staten is een *common law* systeem, wat een sterke nadruk op rechterlijke precedents met zich meebrengt. Zoals hieronder naar voren zal komen hebben rechterlijke uitspraken in de Verenigde Staten een groter rechtsvormend karakter dan in niet-*common law* landen.²¹⁸ Om een beeld te verkrijgen van het Amerikaanse recht, en in dit geval de uitingsvrijheid in het bijzonder, is dan ook voornamelijk de jurisprudentie van de hoogste federale gerechtelijke instantie, het *Supreme Court*, interessant. Het *Supreme Court*

²¹⁷ Nieuwenhuis 1997, p. 83.

²¹⁸ Peters 1981, p. 166.

interpreteert in haar uitspraken de invulling en reikwijdte van de grondrechten.²¹⁹ Daarnaast ontwikkelt het Hof juridische uitgangspunten en heeft zij ook de bevoegdheid eerdere uitspraken te herroepen.²²⁰ Het *Supreme Court* bestaat uit meerdere rechters en de uitspraken bevatten zowel meerderheids- als minderheidsopvattingen (respectievelijk *concurring-* en *dissenting opinions*) waaruit vaak een ontwikkeling in valt te bespeuren, omdat de rechters zijn benoemd en hun afzonderlijke overwegingen daardoor vaak politiek zijn gekleurd.²²¹ Door deze individuele opvattingen is het echter ook vaak lastig een harde, eenduidige lijn te ontdekken in de jurisprudentie. Uitspraken van individuele rechters kunnen ver af staan van de meerderheidsopvatting.

Het *Supreme Court* heeft de bevoegdheid om federale wetten ongrondwettelijk te verklaren. Deze bevoegdheid heeft het *Supreme Court* zichzelf in 1803 toegeëigend in de zaak *Marbury v. Madison*.²²² Het *Supreme Court* redeneert hierin dat een dergelijke bevoegdheid blijkt uit de grondwet zelf:

*"No person,' says the Constitution, 'shall be convicted of treason unless on the testimony of two witnesses to the same overt act, or on confession in open court.' Here, the language of the Constitution is addressed especially to the Courts. It prescribes, directly for them, a rule of evidence not to be departed from. If the Legislature should change that rule, and declare one witness, or a confession out of court, sufficient for conviction, must the constitutional principle yield to the legislative act? From these and many other selections which might be made, it is apparent that the framers of the Constitution contemplated that instrument as a rule for the government of courts, as well as of the Legislature."*²²³

Deze uitspraak beperkt zich tot constitutionele toetsing van *federale* wetgeving. Vanaf 1816 verklaarde het *Supreme Court* zich echter, vanuit de redenering dat het ook de bevoegdheid had om uitspraken van statelijke rechters te herzien en daarmee ook over de grondwettelijkheid van statelijke wetgeving moest kunnen oordelen, ook bevoegd tot constitutionele toetsing van lagere wetgeving.²²⁴ Door deze ontwikkelingen kan gesproken worden van enige uniformiteit van wetgeving indien deze wetgeving de grondwet raakt. Hier

²¹⁹ Nieuwenhuis 1997, p. 96.

²²⁰ Nieuwenhuis 1997, p. 85.

²²¹ Nieuwenhuis 1997, p. 85.

²²² Rosier 1997, p. 133.

²²³ *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 5 U.S. 137 (1803).

²²⁴ Rosier 1997, p. 133.

wordt in de Verenigde Staten doorgaans snel vanuit gegaan; juridische problemen worden snel gepresenteerd als een grondrechten kwestie.²²⁵ Dit gegeven maakt het dan ook mogelijk om in dit verband het Amerikaanse recht als geheel te behandelen zonder de wetgeving van de afzonderlijke staten uitvoerend te bezien.

4.3 The First Amendment

4.3.1 De werking van het eerste amendement

Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances.

De uitingsvrijheid maakt geen onderdeel uit van de Amerikaanse grondwet uit 1787.²²⁶ Aanvankelijk was de bescherming van de uitingsvrijheid afhankelijk van de wetgeving binnen de afzonderlijke staten. Zo was al in 1776 de persvrijheid vastgelegd in de *Declaration of Rights* van de staat Virginia.²²⁷ Sommige statelijke overheden weigerden echter in te stemmen met de constitutie, tenzij deze zou worden aangevuld met meer grondrechten.²²⁸ Deze amendementen werden uiteindelijk in 1791 vastgelegd in *The Bill of Rights*.²²⁹ Het eerste amendement waarborgt onder andere de vrijheid van meningsuiting. Zoals uit de tekst van het amendement blijkt was het grondrecht bedoeld als waarborg tegen de federale overheid; het amendement verbiedt immers het Congres wetten te maken die in strijd zijn met de in de bepaling genoemde grondrechten.²³⁰ Het *Supreme Court* toetst dan ook (na *Marbury v. Madison*) federale wetgeving aan de amendementen.²³¹ De uitspraken van het *Supreme Court* uit 1816 die ertoe leidden dat ook regelgeving van lagere wetgevers door de rechter konden worden getoetst aan de grondwet hadden echter geen betrekking op *The Bill of Rights*, maar slechts op de grondrechten vastgelegd in de constitutie van 1787. Indien staten wetten maakten die in strijd waren met de uitingsvrijheid miste de rechter dus de bevoegdheid om deze ongrondwettelijk te verklaren.²³²

In 1868 werd echter het veertiende amendement geratificeerd.²³³ De invoering van dit amendement zag erop om de onlangs bevrijdde slaven ook juridisch als volwaardig burger aan

²²⁵ Peters 1981, p. 169.

²²⁶ Nieuwenhuis 1997, p. 83.

²²⁷ Nieuwenhuis 1997, p. 83.

²²⁸ Nieuwenhuis 1997, p. 83-84.

²²⁹ Rosier 1997, p. 133.

²³⁰ Rosier 1997, p. 133.

²³¹ Rosier 1997, p. 133.

²³² Rosier 1997, p. 133.

²³³ National Archives and Records Administration WWW <http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_amendments_11-27.html> (geraadpleegd op 12 augustus 2010).

te merken.²³⁴ Het *Supreme Court* achtte zich, op grond van de *due-process* bepaling in dit amendement, bevoegd om ook niet-federale wetgeving te toetsen aan dit amendement, waardoor met name economische vrijheden voortaan werden beschermd tegen ongeoorloofde inperking door statelijke wetgeving.²³⁵ De *due-process* bepaling garandeert een eerlijk proces, maar werd door het *Supreme Court* tevens uitgelegd als een recht op rechtvaardige wetgeving.²³⁶ In 1925 oordeelde het *Supreme Court* in *Gitlow v. New York* dat:

*“For present purposes, we may and do assume that freedom of speech and of the press which are protected by the First Amendment from abridgment by Congress are among the fundamental personal rights and ‘liberties’ protected by the due process clause of the Fourteenth Amendment from impairment by the States.”*²³⁷

Door ook de uitingsvrijheid en de persvrijheid (andere onderdelen van het eerste amendement volgden pas later) als een van de persoonlijke vrijheden aan te merken die worden bestreken door het veertiende amendement en de *due-process* bepaling, werd het mogelijk ook lagere regelgeving te toetsen aan deze grondrechten.²³⁸ Hierdoor kan met behulp van de jurisprudentie van het *Supreme Court* worden geprobeerd een analyse te maken van de omvang van het recht op vrije meningsuiting zoals deze voortvloeit uit het eerste amendement.

4.3.2 De Amerikaanse visie op de vrijheid van meningsuiting

Het eerste amendement kent geen beperkingsclausule, waardoor grondwettelijke voorwaarden voor een mogelijke beperking ontbreken. Bij het bepalen of een uiting mag worden beperkt is dan ook in beginsel slechts relevant of de uiting onder de reikwijdte van *The First Amendment* valt.²³⁹ Deze traditionele redenering wordt de *two-level theory* genoemd.²⁴⁰ Er zijn echter weinig stukken bewaard gebleven die spreken over de totstandkoming van het eerste amendement, waardoor er weinig duidelijkheid is over de oorspronkelijke bedoeling van de grondwetgever.²⁴¹ De grenzen van de uitingsvrijheid kunnen daarom slechts worden gedestilleerd uit de jurisprudentie. De rechterlijke opvattingen aangaande de uitingsvrijheid

²³⁴ Rosier 1997, p. 134.

²³⁵ Rosier 1997, p. 134.

²³⁶ Rosier 1997, p. 134.

²³⁷ *Gitlow v. New York* 268 U.S. 652 (1925).

²³⁸ Rosier 1997, p. 135.

²³⁹ Nieuwenhuis 1997, p. 90.

²⁴⁰ Nieuwenhuis 1997, p. 121.

²⁴¹ Nieuwenhuis 1997, p. 85.

hebben een enorme ontwikkeling doorgemaakt en zijn vaak afhankelijk geweest van het politieke klimaat.²⁴² De uitleg over de reikwijdte van de uitingsvrijheid is daarom nogal diffuus en dus moeilijk eenduidig uiteen te zetten. In de ontwikkeling binnen de jurisprudentie van het *Supreme Court* zijn echter wel fundamentele overtuigingen te ontdekken die aan de huidige invulling van de uitingsvrijheid ten grondslag liggen. Om enigszins een beeld te kunnen vormen van de omvang van het eerste amendement is het dan ook noodzakelijk eerst aandacht te besteden aan de Amerikaanse gedachte achter het recht op vrije meningsuiting.

4.3.3 *The free marketplace of ideas*

De Amerikaanse visie op de uitingsvrijheid is gebaseerd op de filosofie van John Stuart Mill waarbij wordt uitgegaan van een vrije markt waar ideeën, opvattingen en meningen aan de man kunnen worden gebracht.²⁴³ Deze visie kwam voor het eerst in de jurisprudentie naar voren in de *dissenting opinion* van rechter Holmes in de zaak *Abrams v. United States*²⁴⁴ en werd later overgenomen in onder andere *Schaefer v. United States*²⁴⁵ door rechter Brandeis.²⁴⁶ In het latere *Gitlow v. New York*²⁴⁷ trekken Holmes en Brandeis in hun *dissenting opinions* gezamenlijk ten strijde om de liberale opvattingen van Mills te verdedigen.²⁴⁸ In deze zaak werd Gitlow vervolgd voor zijn *Left Wing Manifesto* waarin hij schreef dat “de gevestigde orde zo nodig met onwettige middelen omvergeworpen moest worden”.²⁴⁹ Bij de visie van Mill staat centraal dat in een democratie alle opvattingen op de markt aangeboden en afgenomen moeten kunnen worden, waardoor er concurrentie tussen de verschillende opvattingen ontstaat.²⁵⁰ Vanuit deze gedachte hoeven ‘slechte’ ideeën niet door de overheid te worden verboden, aangezien deze opvattingen op de markt worden weggeconcurrereerd door ‘juiste’ ideeën.²⁵¹ Met de woorden van Holmes: “*the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market*”.²⁵² De overheid dient zich op deze markt dan ook neutraal op te stellen.²⁵³

Het waarborgen van de ‘vrije markt’ brengt met zich mee dat wordt uitgegaan van het formele democratiebeginsel. Iedereen heeft op deze markt immers het recht alles te zeggen

²⁴² Peters 1981, p. 168.

²⁴³ Nieuwenhuis 1997, p. 85.

²⁴⁴ *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919).

²⁴⁵ *Schaefer v. United States* 251 U.S. 466 (1920).

²⁴⁶ Rosier 1997, p. 136.

²⁴⁷ *Gitlow v. New York* 268 U.S. 652, 667 (1925).

²⁴⁸ Rosier 1997, p. 135 en 136.

²⁴⁹ Rosier 1997, p. 135 en 136.

²⁵⁰ Nieuwenhuis 1997, p. 85.

²⁵¹ Nieuwenhuis 1997, p. 85.

²⁵² *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919).

²⁵³ Rosier 1997, 140.

wat men wil, zelfs indien dit in strijd is met andere grondrechten of democratische waarden, en zelfs wanneer men pleit voor afschaffing van de democratie zelf.²⁵⁴ Op grond van het formele democratie beginsel kunnen grondrechten ook worden aangewend om andere grondrechten of democratische waarden te ondermijnen. Doordat ook deze opvattingen toegang hebben tot de markt bestaat daardoor ook de kans dat deze door een meerderheid worden aangenomen.²⁵⁵ Holmes is zich hiervan bewust en kwam zelfs tot de volgende, vergaande overweging:

*“If, in the long run, the beliefs expressed in proletarian dictatorship are destined to be accepted by the dominant forces of the community, the only meaning of free speech is that they should be given their chance and have their way”.*²⁵⁶

In de zaak *Gitlow v. New York* werd de visie van Holmes en Brandeis (nog) niet door een meerderheid van de rechters gedeeld, maar werd aangeknoopt bij het oudere arrest *Toledo Newspaper Co v. United States* waarin werd geoordeeld dat de overheid de bevoegdheid heeft uitingen te bestraffen indien deze de kern van de rechtsstaat aantasten.²⁵⁷ Dit arrest volgt hiermee het materiële democratiebeginsel:

*“The safeguarding and fructification of free and constitutional institutions is the very basis and mainstay upon which the freedom of the press rests, and that freedom, therefore, does not and cannot be held to include the right virtually to destroy such institutions”.*²⁵⁸

Vanuit dit gezichtspunt kunnen grondrechten niet worden aangewend ten nadele van andere grondrechten, democratische waarden of de democratie als staatsvorm.

Later kregen Holmes en Brandeis meer steun voor hun standpunten. Na *Gitlow v. New York* is in de jurisprudentie van het *Supreme Court* gaande weg een ontwikkeling te zien waarbij het uitgangspunt van de ‘vrije markt van ideeën’ in steeds meer gevallen door een meerderheid wordt omarmd.²⁵⁹ Deze visie wortelde zich pas daadwerkelijk in de jaren ’60 toen de angst voor communistische ideeën in de maatschappij enigszins begon af te nemen en

²⁵⁴ Nieuwenhuis 1997, p. 86-87.

²⁵⁵ Nieuwenhuis 1997, p. 86.

²⁵⁶ *Gitlow v. New York* 268 U.S. 652, 667 (1925).

²⁵⁷ Rosier 1997, p. 159.

²⁵⁸ *Toledo Newspaper Co v. United States*, 247 U.S. 402 (1918).

²⁵⁹ Rosier 1997, p. 218.

het *Supreme Court* tevens een einde maakte aan statelijke wetgeving die de uitingsvrijheid van de burgerrechtenbeweging beperkte.²⁶⁰ *Gitlow v. New York* vormt in dit geheel echter een ‘kentering’ in de jurisprudentie aangaande de invulling van het grondrecht op vrije meningsuiting. Niet alleen achtte het *Supreme Court* zich in dit arrest voor het eerst bevoegd statelijke wetgeving aan de uitingsvrijheid te toetsen, maar ook werd in dit arrest een belangrijke stap gezet in de ontwikkeling van de visie die uitgaat van de uitingsvrijheid als waarborg voor een ‘vrije markt van ideeën’.

4.3.4 De doelen van de uitingsvrijheid

In de visie van de *the free marketplace of ideas* is de uitingsvrijheid gericht op het bevorderen van het maatschappelijk debat en daarmee het democratisch proces.²⁶¹ Uitingen die hierop betrekking hebben worden ook wel aangeduid als *public speech*.²⁶² Uit onder andere *Garrison v. Louisiana* blijkt dat het maatschappelijk debat als cruciaal onderdeel van de democratie wordt gezien:

“speech concerning public affairs is more than self-expression; it is the essence of self-government”.²⁶³

Naast de waarde voor het maatschappelijk debat is het waarborgen van de uitingsvrijheid ook van betekenis voor het individu.²⁶⁴ Burgers moeten vrijelijk hun talenten kunnen ontwikkelen door te ontdekken welke belangen en inzichten het best bij hen passen.²⁶⁵ Het doel van de staat moet volgens Brandeis dan ook zijn: *“to make man free to develop their faculties.”*²⁶⁶ Ook vanuit dit gezichtspunt is het niet aan de overheid om te bepalen welke ideeën als onjuist of onaanvaardbaar aangemerkt moeten worden. De burger is in deze beslissing soeverein en de overheid is er alleen om de burger te dienen in zijn zoektocht naar de waarheid.²⁶⁷ Uit de jurisprudentie van het *Supreme Court* kan dan ook worden afgeleid dat het eerste amendement vooral moet toezien op een overheid die zich ‘neutraal’ opstelt ten aanzien van geuite ideeën, opvattingen en meningen, ten behoeve van zowel het maatschappelijk debat als

²⁶⁰ Rosier 1997, p. 136.

²⁶¹ Nieuwenhuis 1997, p. 86.

²⁶² Peters 1981, p. 171.

²⁶³ *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64 (1964).

²⁶⁴ Nieuwenhuis 1997, p. 85.

²⁶⁵ Rosier 1997, p. 145.

²⁶⁶ *Whitney v. California*, 271 U.S. 357 (1927).

²⁶⁷ Rosier 1997, p. 145.

de ontwikkeling van het individu. Een veelvuldig aangehaald citaat uit de jurisprudentie is dan ook: “*under the First Amendment there is no such thing as a false idea.*”²⁶⁸

4.3.5 Achtergrond: gevaar voor ‘slippery slope’

Naar voren is gekomen dat volgens de heersende leer het eerste amendement de overheid verplicht tot neutraliteit in haar wetgeving ten aanzien van alle ideeën en opvattingen om zo de *free marketplace of ideas* haar werk te kunnen laten doen. Dit ideaal komt voort uit een bepaalde gedachte over de macht van de overheid.

De Amerikaanse cultuur kenmerkt zich door een vooropgezet wantrouwen tegen de overheid.²⁶⁹ Dit wantrouwen kan wellicht historisch worden verklaard, aangezien bij de stichting van Verenigde Staten door Europese kolonisten immers steeds moest worden gezocht naar een zorgvuldige verdeling van de macht.²⁷⁰ Vertrouwen in de andere partij was niet vanzelfsprekend. Maar ook de vergaande beperkingen van communistische ideeën in de eerste helft van de twintigste eeuw kunnen in dit wantrouwen een rol hebben gespeeld.²⁷¹ Een goed voorbeeld van ingrijpende beperkingen voor deze categorie ‘verwerpelijke’ ideeën betreft een zaak uit 1931. In Californië werd een negentienjarige vrouw tot vijf jaar gevangenisstraf veroordeeld omdat zij, als lid van de communistische jeugdbeweging, op een zomerkamp kinderen een rode vlag met hamer en sikkel had laten hijsen.²⁷² Het *Supreme Court* verklaarde de betreffende strafbaarstelling een te vergaande beperking van de uitingsvrijheid en daarmee ongrondwettig.²⁷³ De belangrijkste werking van het eerste amendement moet volgens veel auteurs dan ook zijn om de overheid te controleren en machtsmisbruik te voorkomen.²⁷⁴ In *Gitlow v. New York* redeneren Holmes en Brandeis dat de overheid met de betreffende strafbaarstelling geen uitingen onderdrukt die gevaarlijk zijn, maar optreedt tegen ideeën waar zij het niet mee eens is.²⁷⁵ Dit laatste is een gevaar voor de democratie omdat de overheid op deze manier haar macht gebruikt om politiek andersdenkenden het zwijgen op te leggen. Het verschil tussen beide motieven is echter vaak moeilijk vast te stellen. Daarom, is de gedachte, dient de uitingsvrijheid strikt geïnterpreteerd te worden. Indien men immers beperkingen toelaat voor ‘slechte’ uitingen staat de deur open voor beperkingen betreffende uitingen waar de overheid ook niet van is gediend en daarmee is

²⁶⁸ *Gertz v. Welch*, 418 U.S. 323 (1974).

²⁶⁹ Rosier 1997, p. 182.

²⁷⁰ Rosier 1997, p. 182.

²⁷¹ Rosier 1997, p. 183.

²⁷² Rosier 1997, p. 219.

²⁷³ *Stromberg v. California*, 283 U.S. 359 (1931).

²⁷⁴ Nieuwenhuis 1997, p. 89.

²⁷⁵ Rosier 1997, p. 136.

het einde zoek. Deze redenering staat bekend als het *slippery slope* argument.²⁷⁶ Door het vooropgezette wantrouwen gaat men ervan uit dat de overheid altijd meer zal willen beperken om zo haar macht te behouden.²⁷⁷ Om dergelijk ‘afglijden’ te voorkomen verdienen alle uitingen bescherming, ook de meest afkeurenswaardige. In de woorden van de Amerikaanse rechtsgeleerde Harry Kalven Jr.: “*Freedom of speech is indivisible; unless we protect it for all, we will have it for none*”.²⁷⁸

Het voorgaande ziet op de wetgevende macht; aan de rechter wordt in dit verband voorbijgegaan. Indien de overheid immers ruime delictsomschrijvingen maakt die ‘afglijden’ mogelijk maken is er altijd nog de rechter die dit in individuele zaken kan voorkomen.²⁷⁹ Zo overwoog rechter Frankfurter in 1952 in zijn meerderheidsoordeel, waarbij een vergaande beperking (namelijk *group libel*, zie hierover verder paragraaf 5.3.3) werd toegestaan, het volgende:

*“Every power may be abused, but the possibility of abuse is a poor reason for denying Illinois the power to adopt measures against criminal libels sanctioned by centuries of Anglo-American law. While this Court sits it retains and exercises authority to nullify action which encroaches on freedom of utterance under the guise of punishing libel.”*²⁸⁰

De bescherming van de rechter wordt in de huidige, dominante opvatting echter niet als een voldoende waarborg gezien om beperkingen van de uitingsvrijheid te rechtvaardigen.²⁸¹ De gang naar de rechter vindt immers pas plaats als het ‘kwaad’ al is geschied. De overheid heeft dan al ingegrepen door vervolging in te stellen. De burger wordt ter verantwoording geroepen voor zijn uitingen en wordt daardoor gestigmatiseerd, waardoor hij en anderen in het vervolg wellicht minder snel geneigd zullen zijn vrijuit te spreken.²⁸² De beperking zou hierdoor nog steeds een *chilling effect* hebben op de vrijheid van meningsuiting.²⁸³ Deze dreiging van overheidsingrijpen vormt, in de Amerikaanse opvatting, op zichzelf een gevaar voor de uitingsvrijheid, ook wanneer de burger uiteindelijk bij de rechter zijn gelijk krijgt.

²⁷⁶ Nieuwenhuis 1997, p. 89.

²⁷⁷ Nieuwenhuis 1997, p. 89.

²⁷⁸ Geciteerd in Rosier 1997, p. 178.

²⁷⁹ Rosier 1997, p. 188.

²⁸⁰ *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952).

²⁸¹ Rosier 1997, p. 190.

²⁸² Rosier 1997, p. 189.

²⁸³ Van Stokkom e.a 2007, p. 175.

4.4 De omvang van de uitingsvrijheid

4.4.1 Een absoluut recht op vrije meningsuiting?

Uit de vorige paragraaf zou geconcludeerd kunnen worden dat het Amerikaanse recht op vrijheid van meningsuiting als een absoluut recht kan worden gezien en dus op geen enkele manier door de overheid mag worden beperkt. Voor Amerikaanse rechtsgeleerden en rechters die het absolute karakter van het grondrecht bepleiten is slechts relevant of een bepaalde uitlating onder de reikwijdte van het eerste amendement valt. Is dit het geval dan mogen dergelijke uitlatingen onder geen beding worden beperkt. Indien dit niet het geval is, is er geen sprake van grondwettelijke bescherming en zijn beperkingen wel toegestaan, aangezien in deze gevallen *the freedom of speech* in het geheel niet in het geding is.²⁸⁴ Ook deze opvatting (de *two-level theory*) brengt dus met zich mee dat niet *alle* uitingen gevrijwaard zijn van beperkingen. Volgens Black en Douglas (de twee bekendste *Supreme Court* rechters die aanhanger zijn van de absolute visie op de vrijheid van meningsuiting) vallen bijvoorbeeld *symbolic speech* en emotionele uitlatingen niet onder de bescherming van het eerste amendement.²⁸⁵ Een voorbeeld van *symbolic speech* is het opzettelijk vernietigen van een *draft card* (kaart voor dienstplichtigen) tijdens de oorlog in Vietnam.²⁸⁶

Zoals eerder naar voren gekomen is de jurisprudentie aangaande de uitingsvrijheid pas echt tot ontwikkeling gekomen sinds *Gitlow vs. New York*. In de loop van de jaren is de reikwijdte van het eerste amendement in omvang toegenomen.²⁸⁷ Aanvankelijk werd bijvoorbeeld het vertonen van films buiten de grondwettelijke bescherming gehouden²⁸⁸, maar 33 jaar later werd geredeneerd dat het onderscheid tussen informeren en amuseren moeilijk is vast te stellen waardoor film weldegelijk onder de bescherming van het eerste amendement kwam te vallen.²⁸⁹ Deze uitbreidingen hebben er echter ook toe geleid dat er een onderscheid is aangebracht in de mate van bescherming van verschillende soorten uitlatingen.²⁹⁰ Binnen de huidige opvatting van het *Supreme Court* wordt voor uitingen die thans binnen de reikwijdte van het eerste amendement vallen een onderscheid gemaakt tussen *high value speech* en *low value speech*.²⁹¹ In dit onderscheid speelt de waarde van de uiting voor het maatschappelijk debat (*public speech*) een belangrijke rol. Naar mate de uiting meer het karakter heeft van *public speech* wordt deze eerder als *high value speech* beschouwd en verdient deze doorgaans

²⁸⁴ Nieuwenhuis 1997, p. 93.

²⁸⁵ Nieuwenhuis 1997, p. 93.

²⁸⁶ *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968).

²⁸⁷ Nieuwenhuis 1990, p. 90.

²⁸⁸ *Mutual Film Co. V. Industrial Commission of Ohio*, 236 U.S. 230 (1915).

²⁸⁹ *Winters v. New York*, 333 U.S. 502 (1948).

²⁹⁰ Nieuwenhuis 1990, p. 94.

²⁹¹ Nieuwenhuis 1997, p. 94.

meer bescherming.²⁹² Uitingen “*without redeeming social importance*” worden aangemerkt als *low value speech* en zijn daarmee in mindere mate beschermd waardoor enige vorm van beperking onder omstandigheden is toegestaan.²⁹³ Een voorbeeld van *low value speech* betreft *commercial speech* (reclame).²⁹⁴ Door het aanbrengen van een dergelijk onderscheid heeft men het uitgangspunt van een ‘alles of niets bescherming’, die de *two-level theory* met zich meebrengt, grotendeels verlaten. De dominante leer is dan ook dat de vrijheid van meningsuiting, ook in de Verenigde Staten, niet als een absoluut recht kan worden gezien.²⁹⁵ De uitingsvrijheid heeft echter, ten aanzien van het uitgangspunt van neutraliteit, weldegelijk een absoluut tintje. Dit zal hieronder worden aangestipt.

4.4.2 (On)mogelijkheden tot beperking

Het eerste amendement laat beperkingen toe die zich niet richten op de inhoud van de uiting (*content-neutral*) en daarmee slechts zien op *time, place and manner* van uitingen.²⁹⁶ Deze vormen van beperking worden door het *Supreme Court* toegestaan indien zij 1) een *important government interest* dienen, 2) geen *suppression of free expression* betreffen (dus niet oneigenlijk worden gebruikt en toch de inhoud raken) en 3) niet verder reiken dan strikt noodzakelijk (proportionaliteit).²⁹⁷ Het wordt anders indien de beperking wel de inhoud raakt. Indien er sprake is van een inhoudelijke beperking dient allereerst te worden onderzocht of de betreffende uiting onder de reikwijdte valt van het eerste amendement (*two level theory*). Is dit niet het geval dan zijn beperkingen in beginsel toegestaan. Een duidelijke ondergrens van het eerste amendement valt echter moeilijk te trekken, maar in ieder geval is de vraag van belang of de uiting een bijdrage levert aan een van de doelen van het recht op vrije meningsuiting.²⁹⁸ Valt de uiting binnen de reikwijdte, dan wordt door het *Supreme Court* gekeken naar de waarde van de uiting voor het maatschappelijk debat om de mate van bescherming te bepalen (‘high’ of ‘low value speech’). Uit de jurisprudentie kunnen verschillende categorieën van uitingen worden gedestilleerd die minder of geen enkele bescherming genieten onder het eerste amendement, namelijk *obscenity* en *indecenty*, *incitement to imminent lawless action*, *fighting words* en *libel*, maar ook bedreigingen en

²⁹² Peters 1981, p. 173.

²⁹³ Peters 1981, p. 174.

²⁹⁴ Nieuwenhuis p. p. 95.

²⁹⁵ Nieuwenhuis 1997, p. 93.

²⁹⁶ Nieuwenhuis 1997, p. 93.

²⁹⁷ Nieuwenhuis 1997, p. 93.

²⁹⁸ Nieuwenhuis 1997, p. 92.

intimidatie.²⁹⁹ Aan enkele van deze categorieën zal aan het volgende hoofdstuk uitgebreid aandacht worden besteed.

Het *Supreme Court* staat beperking van bepaalde categorieën uitingen toe, mits is voldaan aan een aantal aanvullende vereisten. Allereerst moet de beperking een *compelling state interest* dienen en het minst vergaande middel zijn (subsidiariteit).³⁰⁰ Daarnaast mag de bepaling niet te ‘vaag’ zijn geformuleerd, omdat moet worden voorkomen dat de burger niet goed weet welke uitingen zijn strafbaar gesteld aangezien hem er dit van kan weerhouden een nuttige bijdrage te leveren aan het maatschappelijk debat.³⁰¹ Tevens mag de bepaling niet te breed (*overbroad*) zijn geformuleerd, omdat dit met zich mee kan brengen dat ook beschermde uitingen onder de bepaling kunnen vallen.³⁰² Vervolgens is ook de aard van de beperking relevant voor de grondwettelijke toetsing.³⁰³ Als het motief van de overheid om te beperken betrekking heeft op het doordrukken van een bepaald standpunt, en daarmee dus tot doel heeft de markt van ideeën te beïnvloeden, krijgen ook deze vormen een uitgebreide bescherming.³⁰⁴ Dit is zelfs het geval indien de gedane uitingen volledig buiten de reikwijdte van het eerste amendement vallen. In *R.A.V. v. St. Paul*³⁰⁵ oordeelde het *Supreme Court* dat ook bij uitingen die geen grondwettelijke bescherming genieten, het de overheid niet is toegestaan een standpunt te verbieden of onderscheid naar opvattingen te maken.³⁰⁶ Het is de overheid dus ook in deze gevallen niet toegestaan bepaalde uitingen te verbieden op grond van de uitgedragen boodschap (zie hierover verder paragraaf 5.3.4). Men zou kunnen zeggen dat op dit punt de uitingsvrijheid een absoluut karakter heeft, omdat dit uitgangspunt dus geldt voor *alle* soorten uitingen.

Het bovenstaande heeft steeds betrekking op repressieve maatregelen die de inhoud raken. Preventieve inhoudelijke beperkingen zijn in het licht van het eerste amendement niet uitgesloten, maar zijn slechts onder zeer strikte voorwaarden mogelijk; het uitgangspunt is dat dergelijke beperkingen ongrondwettig zijn.³⁰⁷ Een voorbeeld van, onder voorwaarden, toegestane preventieve beperking is het voorkomen van verspreiding van staatsgeheimen.³⁰⁸

²⁹⁹ Van Stokkom e.a. 2007, p. 161.

³⁰⁰ Nieuwenhuis 1997, p. 93.

³⁰¹ Nieuwenhuis 1997, p. 95.

³⁰² Nieuwenhuis 1997, p. 95.

³⁰³ Nieuwenhuis 1997, p. 96.

³⁰⁴ Nieuwenhuis 1997, p. 96.

³⁰⁵ *R.A.V. v. St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992).

³⁰⁶ Nieuwenhuis 1997, p. 94.

³⁰⁷ Nieuwenhuis 1997, p. 94.

³⁰⁸ Nieuwenhuis 1997, p. 94.

4.4.3 Categorical balancing

In paragraaf 4.3.3 is aan bod gekomen dat het gevaar van ‘afglijden’ (*slippery slope*) een belangrijk argument is binnen de Amerikaanse visie op de vrijheid van meningsuiting. Dit komt ook naar voren in de wijze waarop de rechter een belangenafweging dient te maken in gevallen waarbij het grondrecht van vrije meningsuiting in het geding is. De redenering is dat de ‘abstracte’, principiële waarde van de uitingsvrijheid in concrete gevallen gemakkelijk terzijde kan worden geschoven, aangezien de door de overheid opgelegde beperkingen doorgaans zullen zijn gericht op concrete, kwalijke uitingen.³⁰⁹ In de Amerikaanse opvatting wordt “*a balancing by the courts of the competing private and public interests at stake in the particular circumstances shown*”³¹⁰ aangaande *The First Amendment* dan ook als gevaarlijk gezien.³¹¹ Wanneer de rechter in concrete gevallen gaat beoordelen of bepaalde beperkingen aangaande die specifieke uiting gerechtvaardigd zijn, zou dit opnieuw kunnen leiden tot afglijden. Zo kan immers iedere keer stukje bij beetje meer van de vrijheid van meningsuiting worden afgebrokkeld. Rechters kunnen daarbij niet alleen vergissingen maken, maar ook, met name in het Amerikaanse, politiek gekleurde benoemingsstelsel, bezwijken onder politieke druk.³¹² Deze vorm van afwegen door de rechter wordt *ad hoc-balancing* genoemd en is binnen de Amerikaanse doctrine dan ook niet toegestaan.³¹³ De Amerikaanse rechter is in dit verband gehouden aan *categorical balancing*, wat inhoudt dat alle uitlatingen binnen een bepaalde categorie van uitlatingen (bijvoorbeeld politieke uitspraken) dezelfde waarde en bescherming genieten.³¹⁴ Binnen dezelfde categorie uitingen wordt geen onderscheid gemaakt in de mate van bescherming, ook niet wanneer de concrete uitlatingen verwerpelijk zijn.³¹⁵ Naast de wetgevende macht, is het dus ook de rechter uitdrukkelijk niet toegestaan een standpunt door te drukken of te verbieden of vooringenomen te zijn.

4.5 Conclusie

Uit het bovenstaande kan worden geconcludeerd dat men zich voor de uitleg van de uitingsvrijheid in de Verenigde Staten uitsluitend moet wenden tot de jurisprudentie. Doordat het ‘*Supreme Court* zichzelf bevoegd acht zowel federale als statelijke wetgeving te toetsen aan het grondrecht op vrije meningsuiting is het mogelijk de uitleg van het eerste amendement uniform te bezien. In de huidige Amerikaanse visie op de vrijheid van meningsuiting wordt

³⁰⁹ Rosier 1997, p. 190.

³¹⁰ *Barenblatt v. United States*, 360 U.S. 109 (1959).

³¹¹ Rosier 1997, p. 190.

³¹² Rosier 1997, p. 189.

³¹³ Rosier 1997, p. 190.

³¹⁴ Nieuwenhuis 1997, p. 59.

³¹⁵ Nieuwenhuis 1997, p. 61.

uitgegaan van een markt van ideeën, waarbij alle ideeën en opvattingen met elkaar kunnen concurreren. Het eerste amendement dient de toegang van alle ideeën tot deze markt te garanderen en gebiedt daarmee de overheid om zich neutraal op te stellen. Dit uitgangspunt komt voor uit argwaan tegen de overheid die door het onderdrukken van bepaalde ideeën haar macht zou kunnen behouden of uitbreiden. Beperkingen op de uitingsvrijheid betekenen binnen deze visie dan ook per definitie een gevaar voor ‘afglijden’. Dit betekent echter niet dat de uitingsvrijheid als een absoluut recht kan worden gezien. Het *Supreme Court* heeft in de loop der tijd de reikwijdte van het eerste amendement verruimd, maar tegelijkertijd ook een classificatie aangebracht in verschillende categorieën uitingen en de mate waarin deze bescherming genieten. Binnen eenzelfde categorie wordt echter geen onderscheid meer aangebracht tussen concrete uitingen. Hiermee wordt voorkomen dat de overheid of de rechter bepaalde standpunten kan verbieden of doordrukken. De uitingsvrijheid is in de Amerikaanse visie van belang voor zowel het maatschappelijk debat als het individu. Een ondergrens van het eerste amendement is thans moeilijk te trekken, maar de uitingen moeten in ieder geval een van deze doelen dienen. In het onderscheid tussen de verschillende categorieën uitingen die binnen de reikwijdte van het eerste amendement vallen blijkt de waarde voor het maatschappelijk debat doorslaggevend te zijn.

Hoofdstuk 5 – Discriminerende uitingen in de Verenigde Staten

5.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is aan bod gekomen op welke wijze de uitingsvrijheid in de Verenigde Staten is gewaarborgd. In dit hoofdstuk zal worden gezien in hoeverre het eerste amendement ruimte biedt voor strafbaarstelling van discriminerende uitingen. Gezien de aard van het eerste amendement en het feit dat de verschillende Amerikaanse staten ieder verschillende wetgeving hanteren zal bij deze bespreking vooral worden geredeneerd vanuit het grondrecht en niet vanuit concrete strafbepalingen. Door een analyse van de jurisprudentie van het *Supreme Court* zal worden getracht duidelijkheid te verschaffen over de mogelijkheden van strafrechtelijke beperkingen van discriminerende uitingen. Uiteraard zullen hierbij wel concrete bepalingen aan bod komen die door het *Supreme Court* zijn getoetst.

Allereerst zal kort worden ingegaan op de rol van discriminatie in de Amerikaanse geschiedenis en maatschappij. Hierbij wordt aandacht besteed aan grondwettelijke en internationale verplichtingen aangaande het bestrijden van discriminatie. Vervolgens worden de relevante beperkingsmogelijkheden ten aanzien van discriminerende uitingen besproken. Dit zal steeds worden verduidelijkt aan de hand van relevante voorbeelden uit de jurisprudentie. Daarna wordt uiteengezet in hoeverre discriminerende uitingen in de Verenigde Staten beperkt kunnen worden. Er zal worden afgesloten met een conclusie.

5.2 Discriminatie in de Verenigde Staten

5.2.1 Korte historie en achtergrond

De Verenigde Staten kennen een racistisch verleden.³¹⁶ Slavernij was in de Nieuwe Wereld alom aanwezig, wat met zich meebracht dat mensen met een donkere huidskleur (als slaaf of later als afstammeling van slaven) lange tijd niet als volwaardig burger werden aangemerkt. Slaven werden in de achttiende eeuw gezien als vee en het ontbeerde hen dan ook aan fundamentele rechten. Zo mochten zij zich niet vrij bewegen, geen getuigenissen afleggen in de rechtbank en ontbrak het hen aan het recht op vergadering.³¹⁷ In 1787 werd de slavernij in de noordelijke staten afgeschaft, maar niet op grond van de overtuiging dat discriminatie onjuist is.³¹⁸ De bevrijde slaven werden gezien als een gevaar; voor hen gold een hoger belastingtarief en een hogere strafmaat indien zij zich schuldig maakten aan het plegen van

³¹⁶ Cortese 2006, p. 10.

³¹⁷ Dierenfield 2008, p. 3.

³¹⁸ Nieuwenhuis 1997, p. 122.

een strafbaar feit.³¹⁹ Racistische uitgangspunten klonken ook in de negentiende eeuw door in de jurisprudentie van het *Supreme Court*, waardoor de juridisch en maatschappelijk inferieure positie van zwarten in stand kon blijven.³²⁰ Een kentering in deze opvattingen vond plaats na afloop van de Amerikaanse burgeroorlog toen het dertiende, veertiende en vijftiende amendement werden aangenomen en respectievelijk zorgden voor afschaffing van de slavernij, het burgerrecht toekende aan alle in de Verenigde Staten geboren personen en het kiesrecht onafhankelijk maakte van ras.³²¹

Deze grondwettelijke waarborgen zorgden er echter niet voor dat alle vormen van feitelijke discriminatie verleden tijd waren. De amendementen hebben betrekking op de overheid en niet op discriminatie aangedaan door burgers onderling.³²² Daarnaast was de interpretatie van het *Supreme Court* ten aanzien van het veertiende amendement er niet op gericht om segregatie te voorkomen of tegen te gaan, maar ging het uit van het standpunt *separate but equal*.³²³ In het arrest *Plessy v. Ferguson*³²⁴ kwam dit standpunt het eerst naar voren en hield in dat rassenscheiding (i.c. in het openbaar vervoer) niet werd gezien als achterstelling en daarmee niet in strijd met de grondwet.³²⁵ ‘Zwarten’ werd immers niet de toegang tot het openbaar vervoer geweigerd, ze moesten ‘slechts’ achterin plaatsnemen. Pas in 1954 werd de *separate but equal* doctrine verlaten.³²⁶ In de jaren zestig van de twintigste eeuw begon de federale overheid, in lijn met internationale ontwikkelingen en onder druk van de burgerbeweging, zich ook actief op te stellen om feitelijke discriminatie tegen te gaan, hetgeen resulteerde in anti-discriminatie wetgeving op het gebied van het aanbieden van goederen, diensten en werk waardoor ook burgers werden verplicht zich te onthouden van discriminatie.³²⁷ Deze ontwikkelingen kunnen als een definitieve kentering in de Amerikaanse opvatting ten aanzien van discriminatie worden gezien, waarbij de Verenigde Staten daadwerkelijk gewicht hebben toegekend aan het veertiende amendement.

³¹⁹ Dierenfield 2008, p. 3.

³²⁰ Nieuwenhuis 1997, p. 122. (zie bijvoorbeeld *Dredd Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1856)).

³²¹ Nieuwenhuis 1997, p. 122.

³²² Nieuwenhuis 1997, p. 122.

³²³ Nieuwenhuis 1997, p. 122.

³²⁴ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

³²⁵ Nieuwenhuis 1997, p. 122.

³²⁶ Nieuwenhuis 1997, p. 122. (namelijk in het arrest *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954)).

³²⁷ Nieuwenhuis 1997, p. 123.

5.2.2 Hate crime en hate speech

Uiteindelijk werd ook het strafrecht (zijdelings) betrokken in de strijd tegen discriminatie. Sinds de jaren tachtig van de twintigste eeuw wordt in de Verenigde Staten de term *hate crime* officieel erkend.³²⁸ Deze term (ook wel *bias crime*) omvat (gewelds)misdrijven die worden gepleegd met een ‘haatdragend’ motief.³²⁹ Indien de dader tot zijn daad werd gedreven door een dergelijk motief levert dit in sommige staten een strafverzwarende omstandigheid op.³³⁰ Aanvankelijk zag deze classificatie alleen op gepleegde misdrijven ingegeven door racistische motieven, maar thans worden in sommige staten ook misdrijven die worden gepleegd uit haat tegen vrouwen of homoseksuelen gedefinieerd als *hate crime*.³³¹ Het strafrecht komt hier echter pas in beeld als de dader zijn motieven heeft omgezet in geweldsdelicten; het heeft geen betrekking op het uiten van discriminerende ideeën alleen.³³² Primair wordt de daad bestraft en niet de gedachte erachter.³³³ Het discriminatoire motief is daarmee enkel relevant voor de strafmaat en niet voor de strafbaarheid. Het *Supreme Court* acht een strafverzwaring op deze gronden niet in strijd met het eerste amendement.³³⁴ Voor haatdragende en discriminerende uitingen, die niet worden omgezet in het plegen van commune delicten tegen bepaalde bevolkingsgroepen, wordt wel de term *hate speech* gebruikt.

Op 21 oktober 1994 hebben de Verenigde Staten de CERD geratificeerd.³³⁵ Zoals reeds in hoofdstuk 3 naar voren gekomen verbiedt dit verdrag discriminatie bij de uitoefening van politieke rechten en burgerrechten, maar gebiedt het ook het tegengaan van verspreiding van racistische denkbeelden en het aanzetten tot rassendiscriminatie (artikel 4 CERD). Strafrechtelijke beperking van *hate speech* stuit echter al snel op de grondwettelijke bescherming van *The First Amendment*, waardoor de Verenigde Staten de CERD dan ook hebben geratificeerd met een groot voorbehoud.³³⁶ Ondanks dat ratificatie onder het Amerikaanse recht betekent dat het verdrag wordt gezien als *supreme law of the land* behelst het voorbehoud dat het verdrag niet rechtstreeks doorwerkt maar implementatie behoeft door het Congres.³³⁷ Daarnaast hebben de Verenigde Staten specifiek een voorbehoud gemaakt ten aanzien van artikel 4 CERD voor zover deze bepaling verplichtingen met zich meebrengt die

³²⁸ Brants e.a. 2007, p. 11.

³²⁹ Brants e.a. 2007, p. 12.

³³⁰ Brants e.a. 2007, p. 12 (in voetnoot).

³³¹ Brants e.a. 2007, p. 21.

³³² Brants e.a. 2007, p. 14.

³³³ Van Stokkom e.a. 2007, p. 175.

³³⁴ *Wisconsin v. Mitchell*, 508 U.S. 476 (1993).

³³⁵ Harris 2008, p. 62.

³³⁶ Nieuwenhuis 1997, p. 121.

³³⁷ Harris 2008, p. 63.

in strijd zijn met *The First Amendment*.³³⁸ In de volgende paragrafen zal getracht worden een inzicht te verschaffen in hoeverre het eerste amendement inderdaad wetgeving in de weg staat die op deze bepaling betrekking heeft.

5.3 Relevante beperkingsmogelijkheden

5.3.1 Drie categorieën uitingen

In het vorige hoofdstuk is aan bod gekomen dat sommige categorieën uitingen van het *Supreme Court* geen bescherming krijgen. Voor een analyse van de beperkingsmogelijkheden ten aanzien van discriminerende uitingen zijn drie van deze categorieën relevant, namelijk 1) *incitement to imminent lawless action*, 2) *libel* en 3) *fighting words*.³³⁹ In deze paragraaf zal uiteen worden gezet op welke uitingen deze categorieën betrekking hebben en zal tevens de reikwijdte van deze beperkingsmogelijkheden worden onderzocht.

5.3.2 *Incitement to imminent lawless action*

De eerste belangrijke grens van de vrijheid van meningsuiting ligt wanneer uitingen oproepen tot een onwettige actie.³⁴⁰ De jurisprudentie aangaande dit leerstuk heeft een grote ontwikkeling doorgemaakt, waarbij door het *Supreme Court* nogal eens van koers is veranderd. Hieronder zullen een aantal concrete zaken worden besproken om duidelijkheid te verschaffen in de materie.

Aan het einde van de Eerste Wereldoorlog werd de heer Schenck, op grond van de Espionage Act, veroordeeld tot zes maanden gevangenisstraf, wegens verspreiding van een geschrift waarin werd gesteld dat de dienstplicht in strijd was met het verbod op slavernij.³⁴¹ Een week later werd de socialistische presidentskandidaat Debs veroordeeld tot 10 jaar (!) gevangenisstraf omdat hij in een rede sympathie toonde voor pacifisten die onder de Espionage Act waren veroordeeld voor het veroorzaken van insubordinatie of het belemmeren van wervingsactiviteiten van het leger.³⁴² In zowel de zaak van Schenck als van Debs oordeelde het *Supreme Court* dat de veroordelingen niet in strijd waren met het eerste amendement.³⁴³ Ook rechter Holmes was in *Schenck v. United States* van mening dat de veroordeling niet in strijd was met de grondwet en wel met name gezien het feit dat het geschrift was verspreid in oorlogstijd.³⁴⁴ Hij overwoog in zijn *concurring opinion* het volgende:

³³⁸ Harris 2008, p. 63 (in voetnoot).

³³⁹ Nieuwenhuis 1997, p. 123.

³⁴⁰ Nieuwenhuis 1997, p. 123.

³⁴¹ Rosier 1997, p. 196.

³⁴² Rosier 1997, p. 197.

³⁴³ *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919) en *Debs v. United States*, 249 U.S. 211 (1919).

³⁴⁴ Rosier 1997, p. 196.

*“The question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent. It is a question of proximity and degree”.*³⁴⁵

Deze overweging staat sindsdien bekend als de *clear and present danger test* en is een belangrijke rol gaan spelen in de jurisprudentie aangaande *The First Amendment*.³⁴⁶ Indien uitingen op grond van de *clear and present danger test* als een oproep tot onwettig handelen kunnen worden bestempeld genieten zij geen bescherming onder het eerste amendement. Deze test kon echter op meerdere manieren worden geïnterpreteerd en, vaak afhankelijk van het politieke klimaat, werd hier ook vaak door het *Supreme Court* gebruik van gemaakt.³⁴⁷

In *Abrams v. United States* stond een veroordeling centraal voor het verspreiden van communistische pamfletten die opriepen tot stakingen in de wapenindustrie ten einde de Amerikaanse militaire activiteiten overzee te dwarsbomen.³⁴⁸ De meerderheid van rechters van het *Supreme Court* achtten de veroordeling, met een verwijzing naar *Schenck v. United States*, niet in strijd met het eerste amendement.³⁴⁹ Maar rechter Holmes achtte de veroordeling wel strijdig en verwees in zijn overweging, opmerkelijk genoeg, ook naar *Schenck v. United States*.³⁵⁰ Hij overwoog:

*“It is only the present danger of immediate evil or an intent to bring it about that warrants Congress in setting a limit to the expression of opinion where private rights are not concerned”.*³⁵¹

In deze redenering gebruikte Holmes zijn *clear and present danger test* juist als argument voor een strikte toepassing van de uitingsvrijheid.

Het *Supreme Court* heeft zich vaak laten leiden door het specifieke gevaar waar de uiting toe opriep. In de jurisprudentie valt te bespeuren dat het *Supreme Court* de grens van het toelaatbare in de loop der tijd vaak heeft verschoven afhankelijk van de tijdsgeest. Zo werd op het hoogtepunt van de Koude Oorlog de test vooral gebruikt om beperkingen op de

³⁴⁵ *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919).

³⁴⁶ Rosier 1997, p. 196.

³⁴⁷ Van Stokkom e.a. 2007, p. 161.

³⁴⁸ Rosier 1997, p. 198.

³⁴⁹ Rosier 1997, p. 198.

³⁵⁰ Rosier 1997, p. 199.

³⁵¹ *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919).

uitingsvrijheid – met name ten aanzien van communistische meningsuiting - te rechtvaardigen, terwijl de test later juist werd gebruikt om de reikwijdte van het eerste amendement op te rekken.³⁵² Dat de *clear and present danger test* niet eenduidig werd toegepast werd in *Dennis v. United States*³⁵³ door het *Supreme Court* benadrukt door te stellen dat de *clear and present danger test* niet als een rigide rechtsregel moest worden gezien.³⁵⁴ In deze zaak stond het *Supreme Court* vergaande beperking toe, waardoor de veroordeling van leden van de Communistische Partij wegens het verkondigen van een staatsgevaarlijke doctrine in stand bleef.³⁵⁵

In *Brandenburg v. Ohio* wordt voor het eerst een duidelijke omschrijving van de test gegeven die ook in latere arresten wordt bevestigd en als de huidige leer kan worden betiteld.³⁵⁶ Uitingen vallen slechts buiten de reikwijdte van het eerste amendement indien deze zich richten op 1) het aanzetten tot imminent (direct) onwettig handelen en tevens (2) ook daadwerkelijk dergelijke acties tot gevolg kunnen hebben.³⁵⁷ Met andere woorden: er moet sprake zijn van “*incitement to imminent lawless action*”³⁵⁸ met daarmee gepaard gaand een werkelijk gevaar op het moment dat de uiting wordt gedaan.³⁵⁹ Uitingen die wel oproepen tot onwettige actie, maar desondanks niet voldoen aan deze vereisten, kunnen op grond van het eerste amendement niet worden beperkt. Dit betreffen doorgaans uitingen die weliswaar de toepassing van geweld ‘prediken’, maar daar niet direct toe aanzetten.³⁶⁰ Uitingen die alleen aanleiding geven voor spanningen of onrust genieten bescherming van het eerste amendement.³⁶¹ Een belangrijk kenmerk van uitingen die aanzetten tot *imminent lawless action* is dat er geen ruimte meer bestaat voor tegenargumenten.³⁶² Uitingen die spanningen of onrust teweegbrengen kunnen daarentegen weldegelijk van waarde zijn voor het publieke debat. De *clear and present danger test* kent thans dan ook een zeer strikte interpretatie.

³⁵² Nieuwenhuis 1997, p. 125.

³⁵³ *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951).

³⁵⁴ Nieuwenhuis 1997, p. 125.

³⁵⁵ Rosier 1997, p. 228.

³⁵⁶ Nieuwenhuis 1997, p. 125.

³⁵⁷ Rosier 1997, p. 235.

³⁵⁸ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

³⁵⁹ Nieuwenhuis 1997, p. 125.

³⁶⁰ Nieuwenhuis 1997, p. 125.

³⁶¹ Rosier 1997, p. 242.

³⁶² Van Stokkom e.a. 2007, p. 162.

5.3.3 Libel

De categorie *libel* omvat vormen van belediging, smaad en laster en is door het *Supreme Court* aanvankelijk geheel buiten de reikwijdte van het eerste amendement gehouden.³⁶³ In *Chaplinsky v. New Hampshire*³⁶⁴ beargumenteerde het *Supreme Court* dit door te stellen dat enkele categorieën uitlatingen, waaronder *libel*, geen uitingen zijn die van belang zijn in het licht van de doelen van de uitingsvrijheid.³⁶⁵ Dit uitgangspunt is in de huidige opvatting echter, zoals hieronder aan bod zal komen, grondig genuanceerd. De categorie *libel* heeft in de jurisprudentie van het *Supreme Court* twee gezichtspunten, namelijk die vanuit de handhaving van de openbare orde en die vanuit de bescherming van de eer en goede naam van individuen.³⁶⁶

Vanuit het eerste gezichtspunt is het arrest *Beauharnais v. Illinois* relevant.³⁶⁷ Hierbij vond veroordeling plaats op grond van “*een wet die het belasteren van door ras of godsdienst gekenmerkte groepen strafbaar stelde*” (zogenaamde *group libel*).³⁶⁸ *Beauharnais* had pamfletten verspreid waarin, kort gezegd, de zwarte bevolking de schuld werd gegeven van allerlei ernstige vormen van criminaliteit en waarbij de blanke bevolking alsmede het gemeente bestuur werd opgeroepen hier tegen op te komen.³⁶⁹ De strafbepaling was er op gericht om dergelijke uitlatingen te beperken om zo wanordelijkheden en ongeregeldeheden te voorkomen.³⁷⁰ *Group libel* kent hiermee een nauwe verwantschap met uitingen die oproepen tot onwettige actie, maar zit daar nog ‘voor’, aangezien er in deze gevallen immers (nog) geen sprake is van het aanzetten tot geweld. Toepassing van de *clear and present danger test* is bij dergelijke uitlatingen volgens het *Supreme Court* niet aan de orde.³⁷¹ Het *Supreme Court* verwees in *Beauharnais v. Illinois* slechts naar *Chaplinsky v. New Hampshire* en achtte de wet niet strijdig met de grondwet, aangezien *libel* niet wordt beschermd door *The First Amendment*.³⁷² Het feit dat de *libel* die in *Chaplinsky v. Illinois* werd bedoeld gericht was op individuen en niet op groepen, deed hier volgens het *Supreme Court* niets aan af.³⁷³ Het *Supreme Court* redeneerde dat ook *libel* gericht tegen groepen geen waarde hebben voor het maatschappelijk debat.³⁷⁴ In latere jurisprudentie werden strafbaarstellingen van *group libel*

³⁶³ Nieuwenhuis 1997, p. 127.

³⁶⁴ *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).

³⁶⁵ Rosier 1997, p. 229.

³⁶⁶ Rosier 1997, p. 237.

³⁶⁷ *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952).

³⁶⁸ Rosier 1997, p. 230.

³⁶⁹ Rosier 1997, p. 230.

³⁷⁰ Rosier 1997, p. 231.

³⁷¹ Nieuwenhuis 1997, p. 130.

³⁷² Rosier 1997, p. 233.

³⁷³ Rosier 1997, p. 231.

³⁷⁴ Van Stokkom e.a. 2007, p. 173.

echter wel degelijk in strijd geacht met de grondwet omdat dergelijke delictsomschrijvingen te ‘vaag’ omschreven waren om de grondwettelijke toets te kunnen doorstaan (zie ook paragraaf 4.4.2).³⁷⁵ *Beauharnais v. Illions* is door het *Supreme Court* echter nooit herroepen.³⁷⁶

Vanuit het gezichtspunt dat uitingen beperkt moeten kunnen worden ter bescherming van de goede naam van individuen, wordt in de Verenigde Staten voornamelijk een actie uit het civiele recht gebruikt (*defamation*).³⁷⁷ Strafrechtelijke bepalingen die een dergelijke bescherming beogen worden door het *Supreme Court* echter niet in strijd geacht met de uitingsvrijheid, aangezien ook *libel* vanuit dit gezichtspunt geen bescherming geniet van het eerste amendement wegens de geringe bijdrage aan het maatschappelijk debat.³⁷⁸ Hier kwam verandering in door het arrest *New York Times v. Sullivan* waarin werd geoordeeld dat sommige vormen van *libel* wel degelijk worden beschermd door het eerste amendement.³⁷⁹ De zaak betrof een advertentie van de burgerrechtenbeweging waarin kritiek werd geuit op het optreden van de politie bij een protest van zwarte studenten in Alabama.³⁸⁰ In deze advertentie stonden ook enkele aantijgingen die niet (volledig) juist waren.³⁸¹ De verantwoordelijke politiecommissaris, Sullivan, spande een proces aan tot schadevergoeding omdat hij zich voelde aangetast in zijn goede naam.³⁸² Het *Supreme Court* oordeelde echter dat vormen van *libel* waarbij kritiek wordt geuit op *public officials* van waarde is voor het publieke debat en dus bescherming geniet van *The First Amendment*.³⁸³ In deze gevallen valt *libel* niet buiten de reikwijdte van het eerste amendement “*unless [the public official] proves that the statement was made with ‘actual malice’ - that is, with knowledge that it was false or with reckless disregard of whether it was false or not*”.³⁸⁴ Daarmee wordt de grens in deze gevallen gelegd bij een vorm van *libel* die enigszins overeenkomt met de Nederlandse definitie van laster. Deze zware, omgekeerde bewijslast is in latere jurisprudentie uitgebreid naar *public figures* waardoor ook kritiek op bekende personen, zonder publieke taak, onder de reikwijdte van het eerste amendement valt.³⁸⁵ Alleen *libel* gericht tegen *private persons* blijft volledig verstoken van grondwettelijke bescherming wat met zich meebrengt dat de bewijslast

³⁷⁵ Rosier 1997, p. 234 (zie bijvoorbeeld *Ashton v. Kentucky*, 384 U.S. 195 (1966)).

³⁷⁶ Nieuwenhuis 1997, p. 130.

³⁷⁷ Rosier 1997, p. 237.

³⁷⁸ Rosier 1997, p. 237.

³⁷⁹ Nieuwenhuis 1997, p. 128.

³⁸⁰ Rosier 1997, p. 238.

³⁸¹ Nieuwenhuis 1997, p. 128.

³⁸² Rosier 1997, p. 238.

³⁸³ Nieuwenhuis 1997, p. 128.

³⁸⁴ *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

³⁸⁵ Nieuwenhuis 1997, p. 128.

ten aanzien van de waarheid van de uitlatingen ligt bij degene die ze heeft geuit.³⁸⁶ De exceptie op grond van de waarheid vloeit echter voort uit de *common law* en niet uit *The First Amendment*.³⁸⁷

Het arrest *New York Times v. Sullivan* is ook van vergaande betekenis voor het strafbaar stellen van *group libel* dat, zoals aan bod gekomen, eerder in *Beauharnais v. Illinois* door het *Supreme Court* werd toegestaan. Het arrest sloot namelijk aan bij de *dissenting opinion* van rechter Black in *Beauharnais v. Illinois*, waarin hij erop wijst dat de strafbaarstelling van *group libel* uitingen kunnen raken die betrekking hebben op publieke vraagstukken en dus de bescherming moeten genieten van het eerste amendement.³⁸⁸ Kritiek op bevolkingsgroepen behelst volgens deze redenering haast per definitie kritiek op de maatschappij en dus een bijdrage aan het publieke debat. Aangezien in *New York Times v. Sullivan* de categorie *libel* niet langer buiten de reikwijdte van het eerste amendement werd geplaatst indien de betreffende uitingen een bijdrage leveren aan het publieke debat, kan worden gesteld dat, ondanks het feit dat *Beauharnais v. Illinois* nooit formeel is herroepen, de strafbaarstelling van *group libel* onder het eerste amendement niet langer is geoorloofd.³⁸⁹ Slechts kritiek op een specifiek persoon valt, mits deze persoon geen *public figure* betreft, nog buiten de reikwijdte van het eerste amendement.

5.3.4 *Fighting words*

Een andere categorie van uitingen die in *Chaplinsky v. New Hampshire* werd uitgesloten van bescherming betreft de categorie *fighting words*.³⁹⁰ Allereerst zal uiteen worden gezet waarom *fighting words* buiten de bescherming van het eerste amendement worden gehouden. Vervolgens zullen er belangrijke nuances worden aangebracht.

Chaplinsky had in de betreffende zaak een politieagent uitgescholden voor “*God-damned racketeer*” en “*damned fascist*”.³⁹¹ Het *Supreme Court* oordeelde dat dergelijke termen geen bijdrage leveren aan het maatschappelijk debat en derhalve buiten de reikwijdte van het eerste amendement vallen. Dergelijke uitingen zijn immers niet van waarde op de ‘vrije markt van ideeën’, omdat “*fighting words - those which by their very utterance inflict injury or tend to incite an immediate breach of the peace (...) are no essential part of any exposition of ideas*”.³⁹² De categorie *fighting words* moet niet te ruim worden genomen.

³⁸⁶ Nieuwenhuis 1997, p. 129.

³⁸⁷ Nieuwenhuis 1997, p. 128.

³⁸⁸ Rosier 1997, p. 241.

³⁸⁹ Rosier 1997, p. 230.

³⁹⁰ Rosier 1997, p. 229.

³⁹¹ Nieuwenhuis 1997, p. 126.

³⁹² *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).

Uitingen die woede veroorzaken of provoceren genieten de bescherming van het eerste amendement.³⁹³ Een belangrijk kenmerk van *fightings words* is echter dat dergelijke uitingen geen ruimte meer bieden voor het geven van tegenargumenten.³⁹⁴ Van het individu tegen wie dergelijke uitlatingen zijn gericht kan nagenoeg geen fatsoenlijke tegenreactie worden verwacht.³⁹⁵ *Fighting words* worden slechts gebezigd “*met het doel leed toe te brengen of een gevecht uit te lokken*”.³⁹⁶ Deze redenering brengt met zich mee dat het in het geval van *fighting words* vereist is dat de uitingen in de tegenwoordigheid van het slachtoffer zijn gedaan.³⁹⁷ In *Cohen v. California* stond een veroordeling centraal wegens het dragen van een jas met de tekst “*Fuck the draft*”.³⁹⁸ De veroordeling werd door het *Supreme Court* ongrondwettig verklaard, omdat de uiting niet onmiddellijk tot iemand persoonlijk was gericht.³⁹⁹

Een zeer belangrijk arrest in de jurisprudentie aangaande *The First Amendment*, en het leerstuk aangaande *fighting words* en discriminerende uitingen in het bijzonder, betreft *R.A.V. v. St. Paul*.⁴⁰⁰ Hierin bepaalde het *Supreme Court* dat *fighting words* bepaalde ideeën of opvattingen tot uiting kunnen brengen.⁴⁰¹ In deze zaak werd een minderjarige veroordeeld voor het plaatsen van een brandend kruis – een bekend ritueel van de racistische Ku Klux Klan – in de tuin van een zwarte familie.⁴⁰² Dit betrof een overtreding van een bepaling uit een gemeentelijke verordening, de Bias Motivated Crime Ordinance.⁴⁰³ Hierin was het volgende strafbaar gesteld:

*“Whoever places on public or private property a symbol, object, appellation, characterization or graffiti, including, but not limited to, a burning cross or Nazi swastika, which one knows or has reasonable grounds to know arouses anger, alarm or resentment in others on the basis of race, color, creed, religion or gender commits disorderly conduct and shall be guilty of a misdemeanor”.*⁴⁰⁴

³⁹³ Nieuwenhuis 1997, p. 126.

³⁹⁴ Van Stokkom e.a. 2007, p. 162.

³⁹⁵ Nieuwenhuis 1997, p. 126.

³⁹⁶ Rosier 1997, p. 276.

³⁹⁷ Nieuwenhuis 1997, p. 126.

³⁹⁸ *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971).

³⁹⁹ Nieuwenhuis 1997, p. 127.

⁴⁰⁰ Van Stokkom e.a. 2007, p. 174.

⁴⁰¹ Nieuwenhuis 1997, p. 134.

⁴⁰² Rosier 1997, p. 141.

⁴⁰³ Rosier 1997, p. 141.

⁴⁰⁴ Nieuwenhuis, p. 133.

Ondanks dat het *Supreme Court* het strafbaar gestelde onder de categorie *fighting words* plaatste en ondanks dat zij bevestigde dat deze categorie buiten de reikwijdte van *The First Amendment* valt, achtte het hof de strafbepaling toch ongrondwettig.⁴⁰⁵ Het *Supreme Court* oordeelde dat de verordening niet 'neutraal' was. De verordening zag immers op racistische, religieuze of seksistische uitingen en hiermee verbood de overheid uitingen op grond van hun boodschap.⁴⁰⁶ Hiermee is de onbeschermdede categorie *fighting words* echter niet volledig overboord gegooid. Volgens het *Supreme Court* mag de categorie *fighting words* wel in zijn geheel worden verboden, maar er mag in de strafbepaling geen onderscheid worden gemaakt tussen bepaalde *fighting words*.⁴⁰⁷ Het punt in *R.A.V. v. St. Paul* is dat uitingen gericht op bijvoorbeeld iemands politieke voorkeur of seksuele gerichtheid, alsmede andere denkbare opvattingen die bevolkingsgroepen onderscheiden, door de bepaling niet werden verboden.⁴⁰⁸ Dit arrest brengt met zich mee dat ook uitingen die volledig buiten de reikwijdte van het eerste amendement vallen, enige bescherming genieten.

Om een beter inzicht te verkrijgen in deze gedachtegang van het *Supreme Court* is nog een ander arrest interessant. In *Virginia v. Black* achtte het *Supreme Court* veroordeling op grond van een kruisverbranding niet in strijd met het eerste amendement.⁴⁰⁹ De betreffende strafbepaling luidde:

*"for any person (...), with the intent of intimidating any person or group (...), to burn (...) a cross on the property of another, a highway or other public place," and specifies that "[a]ny such burning (...) shall be prima facie evidence of an intent to intimidate a person or group."*⁴¹⁰

Het betrof hier om te beginnen een ander delict dan in *R.A.V. v. St. Paul*, namelijk intimidatie. Ingeval van een *true threat*, wat intimidatie met zich meebrengt, biedt het eerste amendement, volgens eerdere jurisprudentie, geen bescherming.⁴¹¹ Daarnaast wordt er in deze betreffende strafbepaling volgens het hof geen standpunt ingenomen dat bepalend is voor de strafbaarheid. Het *Supreme Court* verwijst in dit verband rechtstreeks naar *R.A.V. v. St. Paul*:

⁴⁰⁵ Nieuwenhuis, p. 134.

⁴⁰⁶ Rosier 1997, p. 141.

⁴⁰⁷ Nieuwenhuis, p. 134.

⁴⁰⁸ Nieuwenhuis, p. 134.

⁴⁰⁹ Van Stokkom e.a. 2007, p. 175.

⁴¹⁰ *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 (2003).

⁴¹¹ *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 (2003) waarin wordt verwezen naar *Watts v. United States*, 394 U.S. 705 (1969).

*“Unlike the statute at issue in R. A. V., the Virginia statute does not single out for opprobrium only that speech directed toward ‘one of the specified disfavored topics’ (...) It does not matter whether an individual burns a cross with intent to intimidate because of the victim’s race, gender, or religion, or because of the victim’s “political affiliation, union membership, or homosexuality”.*⁴¹²

De strafbaarstelling was daarmee wel toegestaan, want er werd geen onderscheid gemaakt in opvattingen. De beperking is daarom niet in strijd met het neutraliteitsbeginsel en dus niet met het eerste amendement. Het Supreme benadrukt dat dit arrest daarom volledig in overeenstemming is met *R.A.V. v. St. Paul*:

“A ban on cross burning carried out with the intent to intimidate is fully consistent with our holding in R. A. V. and is proscribable under the First Amendment”.

5.4 Discriminerende uitingen onder The First Amendment

Zoals in de vorige paragraaf naar voren is gekomen wordt in de huidige opvatting het recht op vrije meningsuiting door het *Supreme Court* zeer strikt geïnterpreteerd. Deze interpretatie werpt een ingrijpende barrière op voor de strafrechtelijke beperking van discriminerende uitingen.

De belangrijkste consequentie van deze strikte interpretatie is dat onder het eerste amendement beperkingen, die zich specifiek richten op discriminerende uitingen, niet zijn toegestaan. Discriminerende uitingen, hoe verwerpelijk ook, krijgen dezelfde bescherming als andere vormen van meningsuiting.⁴¹³ Het is niet aan de overheid om te bepalen of het maken van een dergelijk onderscheid toelaatbaar is. Beperkingen van uitingen die zijn gericht tegen bepaalde bevolkingsgroepen onder het eerste amendement zijn dan ook uitgesloten. In de paragraaf aangaande *libel* is aan bod gekomen dat dergelijke uitingen als maatschappijkritiek worden gezien en dus van waarde zijn voor het publieke debat en daarmee bescherming genieten van het eerste amendement. Discriminerende uitingen kunnen daarom alleen worden beperkt indien deze onder een bredere beperkingscategorie kunnen worden geschaard. Hiervoor kan worden aangesloten bij de categorieën *fighting words* en uitingen die oproepen tot onwettige actie. Krachtige, schofferende bewoordingen gericht tegen individuen kunnen in

⁴¹² *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 (2003).

⁴¹³ Nieuwenhuis 1997, p. 142.

zijn algemeenheid worden beperkt. Het is evident dat hier ook bewoordingen met een discriminatoir karakter onder kunnen vallen, maar dit mag niet expliciet in de strafbepaling zijn opgenomen. Het betreft hier bijvoorbeeld uitlatingen als ‘spleetoo’ of ‘Hitler had jullie allemaal dood moeten maken’.⁴¹⁴ Onder de categorie *fighting words* kunnen, zeggend, deze vormen van discriminerende uitingen worden ‘gevangen’. Deze categorie biedt dus ook na *R.A.V. v. St. Paul* mogelijkheden om bepaalde discriminerende uitingen in de praktijk te beperken. Daarnaast kunnen discriminerende uitingen worden beperkt indien deze aanzetten tot onwettige actie.⁴¹⁵ De huidige invulling van de *clear and present danger test* wordt echter ook zeer restrictief en al snel ten gunste van de uitingsvrijheid uitgelegd. Ook hier geldt dat discriminerende uitingen onder deze categorie zijn te ‘vangen’, zij het wanneer er een direct verband bestaat tussen de discriminerende uiting en de werkelijke mogelijkheid dat er een strafbaar feit wordt gepleegd.⁴¹⁶

Zoals in paragraaf 5.2.2 aan bod is gekomen hebben de Verenigde Staten de CERD met groot voorbehoud geratificeerd, met name ten aanzien van artikel 4 CERD. Deze bepaling verplicht in sub a tot strafbaarstelling van *het verspreiden, op welke wijze ook, van denkbare beelden die zijn gegrond op rassuprioriteit of rassenhaat, aanzetten tot rassendiscriminatie, zomede alle daden van geweld of aanzetting daartoe, die zijn gericht tegen een ras of een groep mensen van een andere huidskleur of etnische afstamming, alsook het verlenen van steun aan tegen bepaalde rassen gerichte activiteiten, waaronder begrepen de financiering daarvan*. Deze verdragsverplichting gebiedt de overheid een standpunt in te nemen ten aanzien van rassendiscriminatie en is daarmee per definitie in strijd met het eerste amendement. In de praktijk kunnen sommige van deze uitingen wel degelijk vallen onder toegestane beperkingen, maar het is voor de Amerikaanse overheid, statelijk of federaal, onder de huidige invulling van het eerste amendement niet mogelijk om deze uitingen expliciet strafbaar te stellen.

5.5 Conclusie

Uit bovenstaande kan worden geconcludeerd dat er op het gebied van het tegengaan van discriminatie in de Verenigde Staten veel is veranderd. Na een lange periode van maatschappelijke, politieke en juridische aanvaarding van discriminatie en racisme kwam ook in de Verenigde Staten anti-discriminatie wetgeving op gang. Hierbij werd zijdelings ook het strafrecht betrokken, zij het alleen op het gebied van *hate crime*. Het strafbaar stellen van *hate speech* levert echter grote grondwettelijke bezwaren op. Indien de overheid strafbepalingen

⁴¹⁴ Rosier 1997, p. 276.

⁴¹⁵ Nieuwenhuis 1997, p. 143.

⁴¹⁶ Nieuwenhuis 1997, p. 143.

maakt die expliciet discriminerende uitingen strafbaar stellen, neemt zij hiermee een standpunt in ten opzichte van bepaalde opvattingen en dit is onder het eerste amendement niet toegestaan. Neutraliteit van de overheid vormt de kern van *The First Amendment* en geldt zelfs ten aanzien van uitingen die buiten de reikwijdte vallen van het eerste amendement. Dit neemt niet weg dat bepaalde discriminerende uitingen in de praktijk toch geen bescherming genieten van het eerste amendement indien zij vallen onder een onbeschermd categorie van uitingen. Dit kan het geval zijn indien de discriminerende uiting onder de categorie *fighting words* geschaard kan worden of wanneer deze oproept tot onwettige actie.

Hoofdstuk 6 – Vergelijking, discussie en aanbevelingen

6.1 Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken is uiteengezet hoe de strafrechtelijke beperking van discriminerend uitingen zich verhoudt met de vrijheid van meningsuiting in zowel Nederland als de Verenigde Staten. In dit hoofdstuk zullen deze bevindingen tegen elkaar worden afgezet.

Allereerst zal de beschreven regelgeving in Nederland en de Verenigde Staten met elkaar worden vergeleken. Achtereenvolgens zullen de verschillen in de invulling van de uitingsvrijheid, strafbaarstelling van discriminerende uitingen en de beoordeling van uitingsdelicten door de rechter aan bod komen. Vervolgens zal worden bezien of de behandelde Nederlandse strafbepalingen onder *The First Amendment* toelaatbaar zouden zijn. De veronderstelling is dat deze toets de effectieve verschillen en overeenkomsten zal blootleggen tussen de Amerikaanse en de Nederlandse werking van de uitingsvrijheid ten opzichte van de strafrechtelijke beperking van discriminerende uitingen. Daarna zal worden besproken welke constatering uit de Amerikaanse benadering relevant kunnen zijn voor een eventuele herziening van de besproken Nederlandse uitingsdelicten. Deze bespreking zal resulteren in een aantal aanbevelingen.

6.2 De vergelijking

6.2.1 De vrijheid van meningsuiting

In Nederland geven zowel de relevante verdragsbepalingen als de grondwet verschillende gronden voor beperking. De grondwettelijke waarborg voor de uitingsvrijheid in de Verenigde Staten kent echter geen enkele beperkingsgrond. Voor de uitleg van deze bepaling – en daarmee de mogelijkheden voor beperking - dient men zich te richten tot de jurisprudentie van het *Supreme Court* dat bevoegd is zowel federale als statelijke wetten aan deze bepaling te toetsen. In Nederland is een dergelijke grondwettelijke toetsing, op grond van artikel 120 GW, niet toegestaan. Het is de rechter wel toegestaan wetgeving te toetsen aan internationale verdragen.

Voor de vergelijking is vooral artikel 10 EVRM interessant, aangezien dit artikel de meeste voorwaarden verbindt aan mogelijke beperkingen van de uitingsvrijheid en daarmee de vereisten uit artikel 7 GW en artikel 19 IVBPR als het ware ‘overschaduw’d’. Om meer duidelijkheid te verschaffen is het toetsingskader dat het *Supreme Court* op grond van het

eerste amendement heeft geformuleerd enerzijds en de vereisten die artikel 10 EVRM met zich meebrengt anderzijds, hieronder schematisch weergegeven.

Schema: vereisten voor beperking

First Amendment		Artikel 10 EVRM	
Two-level-theory	Is de uitingsvrijheid in het geding?	Prescribed by law	‘Law’ is een ruim begrip, maar op grond van artikel 7 GW moet de beperking zijn geregeld bij wet in formele zin.
High of Low Value Speech	Waarde maatschappelijk debat: valt de uiting onder een van de uitgezonderde categorieën?	Doelbinding	De beperking moet een van de in het artikel limitatief genoemde doelen dienen.
Compelling State Interest	Noodzakelijk doel.	Necessary in a democratic society 1. Pressing social need 2. Proportionaliteit	Waarde maatschappelijk debat.
Minst vergaande middel	Subsidiariteit.		
Niet te vaag	De bepaling mag geen <i>chilling effect</i> met zich meebrengen.		
Niet te breed	Er mogen geen beschermde categorieën onder de bepaling kunnen vallen.		
Neutraal	Ook van toepassing wanneer de uitingsvrijheid niet in het geding is.		

Artikel 10 EVRM gebiedt dat een beperking op de uitingsvrijheid is *prescribed by law* en een van de in de bepaling omschreven doeleinden dient. Het *Supreme Court* geeft geen specifieke doelen als voorwaarde voor beperking van de uitingsvrijheid, maar gebiedt dat de beperking een *compelling state interest* dient. Dit vereiste lijkt daarmee het noodzakelijkheidvereiste en de geboden doelbinding van artikel 10 EVRM als het ware met elkaar te verbinden, zij het dat

in geval van het eerste amendement de doelen niet limitatief vaststaan. Daarnaast speelt de waarde van de uiting voor het maatschappelijk debat voor zowel artikel 10 EVRM als *The First Amendment* een zeer belangrijke rol. Beide bepalingen brengen met zich mee dat de waarde voor het publieke debat de mate van bescherming van de uiting bepaalt. *The First Amendment* gebiedt bovendien dat de beperking het minst vergaande middel mogelijk moet zijn en niet te vaag of *overbroad* mag zijn geformuleerd. Op grond van artikel 10 EVRM dient de beperking proportioneel te zijn ten opzichte van het beoogde doel, deze bepaling laat hier dus iets meer ruimte. Dat de beperking proportioneel is, wil immers nog niet zeggen dat het ook subsidiair is.

Tevens gebiedt de Amerikaanse visie op de uitingsvrijheid de wetgever tot neutraliteit. Het neutraliteitsbeginsel brengt, zoals gezien, met zich mee dat de overheid het publieke debat niet mag beïnvloeden door bepaalde opvattingen of ideeën de toegang tot dit debat te weigeren. In de Verenigde Staten wordt dit neutraliteitsbeginsel echter vergaand geïnterpreteerd: ook uitingen met geen of een geringe waarde voor het maatschappelijk debat mogen niet worden beperkt op grond van de uitgedragen boodschap. Deze vergaande interpretatie is het gevolg van de Amerikaanse visie op de democratie, aangezien in de Verenigde Staten wordt uitgegaan van het formele democratiebeginsel. In Nederland wordt uitgegaan van het materiële democratiebeginsel (artikel 17 EVRM) waardoor geen sprake is van een verplichting tot vergaande neutraliteit. Beperking is in Nederland toegestaan indien aan de genoemde vereisten van de beperkingsclausule is voldaan, ongeacht of daardoor een standpunt wordt ingenomen.

6.2.2 De strafbaarstelling van discriminerende uitingen

Het Internationale Verdrag inzake Uitbanning van alle vormen van Rassendiscriminatie (CERD) is tevens door beide landen geratificeerd. De Verenigde Staten hebben dit verdrag echter geratificeerd met een groot voorbehoud wegens strijd met *The First Amendment*. Het neutraliteitsbeginsel verbiedt de wetgever immers een standpunt in te nemen, waardoor strafbaarstelling van uitingen op grond van hun boodschap in strijd is met het eerste amendement. Specifieke strafbaarstelling van discriminerende uitingen betekent per definitie dat uitingen worden verboden op grond van hun uitgedragen boodschap. De absolute interpretatie van het neutraliteitsbeginsel onder *The First Amendment* vormt hiermee het cruciale verschil tussen de Amerikaanse en de Nederlandse opvatting aangaande de strafbaarstelling van discriminerende uitingen. Nederland heeft de CERD zonder enig voorbehoud geratificeerd en aan deze verdragsverplichtingen invulling gegeven in de vorm van de artikelen 137c-e van het Wetboek van Strafrecht. De in Nederland geldende

regelgeving ten aanzien van de uitingsvrijheid vormt geen belemmering voor dergelijke strafbepalingen. Artikel 17 EVRM verbiedt expliciet dat grondrechten worden gebruikt om andere grondrechten of democratische waarden (zoals non-discriminatie) te misbruiken en gebied de wetgever daarmee haast een standpunt in te nemen.

6.2.3 De beoordeling van discriminerende uitingen door de rechter

Een fundamenteel verschil in de toepassing van de uitingsvrijheid in Nederland en in de Verenigde Staten betreft de wijze van afwegen door de rechter in geval van beoordeling van een concrete uiting.

In de Verenigde Staten krijgen uitingen binnen dezelfde categorie gelijke mate van bescherming. Indien de rechter eenmaal heeft vastgesteld dat een term onder de categorie *fighting words* valt, geniet deze uiting geen bescherming van het eerste amendement. Hierbij staat de waarde voor het maatschappelijk debat en het grievende karakter per categorie van uitingen vast. Indien de rechter een onderscheid zou maken in uitingen binnen eenzelfde categorie neemt hij al snel een standpunt in ten aanzien van de uitgedragen boodschap en dit is, ook de rechter, op grond van het First Amendment niet toegestaan. De rechter is hiermee, zoals gezien, gehouden aan *categorical balancing*. In hoofdstuk drie is aan de orde gekomen dat de rechter in Nederland ten aanzien van de beledigingsdelicten een grote beoordelingsruimte heeft. De uitingen worden immers getoetst binnen de context waarin zij zijn gedaan. Dit brengt met zich mee dat de rechter iedere uiting, binnen de omstandigheden waarin deze heeft plaatsgevonden, afzonderlijk afweegt. Bij deze afweging bepaalt de rechter de waarde voor het maatschappelijk debat van de specifieke uiting en weegt hij af in hoeverre de uiting als onnodig grievend kan worden bestempeld. De Nederlandse rechter hanteert geen categorieën als toetsingskader, maar gaat uit van de concrete uiting. Hiermee maakt de Nederlandse rechter gebruik van *ad hoc balancing*, wat in de Amerikaanse doctrine niet is toegestaan.

6.3 De Nederlandse uitingsdelicten getoetst aan The First Amendment

6.3.1 Artikel 266 Sr: de eenvoudige belediging

In het licht van het eerste amendement zou deze bepaling kunnen vallen onder het bereik van de onbeschermden categorie *fighting words*. Dit gaat echter op voor zover het eenvoudige belediging betreft die in de tegenwoordigheid van het slachtoffer is aangedaan. *Fighting words* genieten immers geen bescherming van het eerste amendement omdat zij direct een hevige reactie teweegbrengen en daarvoor is aanwezigheid van het slachtoffer vereist. Eenvoudige belediging aangedaan in het openbaar zonder dat het slachtoffer daarbij aanwezig

is, valt daarom niet onder de categorie *fighting words*. Hierdoor zou men kunnen stellen dat de bepaling door het *Supreme Court* als *overbroad* zou worden aangemerkt. Het is aannemelijk dat ook afbeeldingen of geschriften onder de categorie *fighting words* kunnen vallen. In het arrest *Cohen v. California* stond immers de op een jas gedrukte tekst ‘*”Fuck the draft”*’ centraal (zie paragraaf 5.3.4). De uitingvorm stond hier niet ter discussie; de veroordeling werd slechts ongrondwettelijk verklaard vanwege het feit dat de belediging niet tegen iemand persoonlijk was gericht. Hetzelfde geldt voor belediging door feitelijkheden, aangezien er bij het *Supreme Court* in *R.A.V. v. St. Paul* geen discussie bestond of een brandend kruis onder de categorie *fighting words* valt. Daarnaast kenmerken *fighting words* zich door het feit dat zij geen ruimte meer bieden voor tegenargumenten. Dit brengt met zich mee dat onder deze categorie alleen de formele belediging valt, zoals (grove) scheldwoorden. De materiële belediging is echter niet onder de categorie *fighting words* te scharen. De materiële belediging behelst immers uitingen van insinuaties of vage beschuldigingen en dergelijke uitingen bieden weldegelijk ruimte voor tegenargumenten. Uitingen die enigszins provoceren of woede veroorzaken, vallen niet onder de categorie *fighting words* en dit is nu juist het geval bij een materiële belediging. Voor de categorie *fighting words* is echter meer nodig.

Voor de materiële belediging kan wellicht aansluiting worden gevonden bij de categorie *libel*. Insinuaties en vage beschuldigingen maken, zoals opgemaakt kan worden uit *New York Times v. Sullivan*, enigszins onderdeel uit van deze categorie onbeschermde uitingen. *Libel* omvat echter ook de Nederlandse delicten smaad (artikel 261 Sr) en laster (artikel 262 Sr). Indien een eenvoudige materiële belediging is gedaan tegen een *private person* geldt in de Verenigde Staten dat de uiting niet strafbaar is indien de dader kan aantonen dat de insinuaties waar zijn. In Nederland is dit ook van toepassing in het geval van smaad (telastelegging van een concreet feit). Dergelijke uitingen zijn niet strafbaar indien de dader te goeder trouw en in het algemeen belang heeft gehandeld (artikel 261 lid 3 Sr). Dit geldt echter niet voor artikel 266 Sr. Ingeval van beledigende insinuaties of vage beschuldigingen biedt de waarheid in Nederland geen bescherming, omdat het beledigende karakter ingeval van artikel 266 Sr immers de strafbaarheid bepaalt en niet de waar- of onwaarheid van de uiting.

Indien de insinuaties of vage beschuldigingen zijn gericht tegen een *public figure* wordt de bewijslast in de Verenigde Staten omgedraaid en dient de beledigde (of beter: het Openbaar Ministerie) aan te tonen dat de dader ten tijde van de uiting wist of kon weten dat deze in strijd was met de waarheid. Deze formulering raakt de Nederlandse definitie van laster (artikel 262 Sr). Kort gesteld: in dergelijke gevallen is de kritiek alleen strafbaar als deze als

laster kan worden gekwalificeerd. Het gegeven dat de uitingsvrijheid ten aanzien van *libel* ruimer wordt uitgelegd indien het slachtoffer kan worden aangemerkt als een *public figure* komt overeen met de geldende regelgeving in Nederland. Het beledigen van openbare lichamen, ambtenaren en bevriende staatshoofden (artikel 266 lid 1 jo. 267 Sr) is in Nederland strafbaar. Artikel 266 lid 2 geeft echter een bijzondere strafuitsluitingsgrond indien de belediging ertoe strekt *een oordeel te geven over de behartiging van openbare belangen*. Dit komt grotendeels overeen met hetgeen het *Supreme Court* in *New York Times v. Sullivan* bepaalde ten aanzien van *public officials*. In de Verenigde Staten geldt in deze gevallen echter een omgekeerde, zwaardere bewijslast, terwijl in Nederland dergelijke kritiek op de overheid in het geheel niet strafbaar is tenzij deze is vervat in onnodig grievende bewoordingen. In latere jurisprudentie heeft het *Supreme Court* dit leerstuk uitgebreid naar *public figures* wat overeenkomt met de opvatting van het EHRM die een bijdrage aan het maatschappelijk debat niet beperkt tot politieke discussie, maar ook *other matters of public concern* daaronder schaaft (zie paragraaf 3.5).

Naast de vraag of de bepaling onder een van de uitgezonderde categorieën kan worden geschaard is tevens de vraag aan de orde of de beperking van artikel 266 Sr een *compelling state interest* dient en of hiervoor het minst vergaande middel wordt gebruikt. In Nederland wordt hiervoor onder andere het tegengaan van eigenrichting als noodzakelijk belang voor de staat aangevoerd. Dit komt grotendeels overeen met de reden waarom de categorie *fighting words* niet wordt beschermd door het eerste amendement. Zowel in Nederland als in de Verenigde Staten wordt het gebruik van het strafrecht in dit geval dus niet gezien als een te ingrijpend middel. Daarnaast mag de bepaling niet te vaag of te breed zijn geformuleerd. Hierboven is aan bod gekomen dat de bepaling als te breed (*overbroad*) aangemerkt kan worden. Het is tevens niet ondenkbaar dat de bepaling als te vaag zou worden beoordeeld. Het is immers niet evident wat als beledigend aangemerkt kan worden. Voor iedereen persoonlijk gelden hier immers andere maatstaven en de bepaling geeft geen concrete invulling aan dit bestanddeel, het beledigende karakter is in Nederland immers afhankelijk van de context waarin de uitlating is gedaan. Deze rechtsonzekerheid zou een *chilling effect* met zich mee kunnen brengen.

Er kan worden geconcludeerd dat artikel 266 Sr onder *The First Amendment* ongrondwettig zou worden verklaard. De reden hiervoor is dat er te veel uitingsvormen onder het bereik van het artikel vallen, terwijl in de Verenigde Staten een formele belediging alleen in de tegenwoordigheid van het slachtoffer kan worden aangedaan. Hierdoor is de bepaling te breed geformuleerd. De materiële eenvoudige belediging zou daarentegen geen strijd opleveren met het eerste amendement. De materiële belediging in Nederland kent geen

strafuitsluiting op grond van de waarheid, terwijl dit in de Verenigde Staten wel het geval is. Deze exceptie in de Verenigde Staten vloeit echter niet voort uit *The First Amendment*, maar betreft een beginsel uit de common law waardoor deze constatering in het licht van deze scriptie van ondergeschikt belang is.

6.3.2 Artikel 137c Sr

Voor de materiële belediging in het licht van artikel 137c Sr zou de categorie *libel*, evenals bij de eenvoudige belediging, mogelijkheden kunnen bieden. Al snel moet echter worden geconcludeerd dat dit sinds *New York Times v. Sullivan* niet meer het geval kan zijn. Een strafbepaling die *group libel* strafbaar stelt, is immers niet meer uitgesloten van bescherming van het eerste amendement. Volgens rechter Black's *dissenting opinion* in *Beauharnais v. Illinois*, waar *New York Times v. Sullivan* bij lijkt aan te sluiten, maakt kritiek op bevolkingsgroepen immers deel uit van het maatschappelijk debat, waardoor bescherming van het eerste amendement is geboden.

De formele belediging van artikel 137c Sr levert eveneens problemen op in het licht van het eerste amendement. De categorie *fighting words* biedt immers alleen bescherming indien de belediging in de tegenwoordigheid van het slachtoffer is aangedaan en is gericht tot een individu, terwijl artikel 137c Sr alleen rept over belediging in het openbaar gericht tegen een groep. Daarnaast brengen de gronden in artikel 137c Sr per definitie met zich mee dat de strafbepaling ongrondwettig zou zijn in het licht van het eerste amendement, aangezien de overheid hiermee een bepaald standpunt inneemt. De strafbepaling geldt immers alleen voor beledigingen van groepen die zich onderscheiden naar de specifiek in de delictsomschrijving genoemde kenmerken. Hiermee beperkt de overheid alleen *fighting words* ten aanzien van deze opvattingen. Een dergelijke vooringenomenheid is volgens *R.A.V. v. St. Paul* niet toegestaan, aangezien het First Amendment gebiedt tot neutraliteit van de overheid. De aard van de beperking levert hier dus strijdigheid op met het eerste amendement.

Met *R.A.V. v. St. Paul* en *New York Times v. Sullivan* in het achterhoofd is het interessant om te bezien of artikel 137c (oud) Sr de toets van het eerste amendement zou hebben doorstaan. Deze bepaling uit 1934 stelde het strafbaar om *zich in het openbaar, mondeling of bij geschrift of afbeelding, opzettelijk in beleedigden vorm over eene groep van de bevolking of over eene ten deele tot de bevolking behorende groep van personen uitlaten* (zie paragraaf 3.2.2). In deze strafbepaling wordt geen onderscheid gemaakt naar groepen op grond van bepaalde kenmerken. De bepaling spreekt daarentegen over *eene groep van de bevolking of eene ten deele tot de bevolking behorende groep van personen*. In *R.A.V. v. St. Paul* was het bezwaar van het *Supreme Court* dat de bepaling niet alle *fighting words*

strafbaar stelde, maar onderscheid maakte tussen bepaalde *fighting words* waardoor uitingen die zich richten op groepen die zich onderscheiden naar *race, color, creed, religion or gender* wel door de bepaling werden gesanctioneerd en uitingen die zich richten op andere groepen (bijvoorbeeld homoseksuelen) niet. Hieruit bleek volgens het *Supreme Court* vooringenomenheid van de overheid.

Virginia v. Black betreft een voorbeeld van een bepaling waarin geen onderscheid werd gemaakt. De formulering van artikel 137c (oud) Sr lijkt ook aan dit vereiste van het *Supreme Court* tegemoet te komen. Door in het algemeen over ‘bevolkingsgroepen’ te spreken neemt de overheid geen standpunt in ten opzichte van bepaalde groepen of bepaalde uitingen. Daarnaast wordt in artikel 137c (oud) Sr alleen de formele belediging strafbaar gesteld (*in beledigden vorm*), waardoor de bezwaren van rechter Black en het *Supreme Court* in *New York Times v. Sullivan* niet op kunnen gaan, omdat deze slechts betrekking hebben op *group libel* en niet op *fighting words*. De materiële belediging (*libel*) kan immers wel een bijdrage leveren aan het maatschappelijk debat, terwijl de formele belediging een dergelijke bijdrage niet kan leveren. Ondanks dat artikel 137c (oud) Sr een stuk dichterbij de buurt komt, zal ook deze bepaling onder het eerste amendement ongrondwettig worden verklaard.

Fighting words dienen zich immers te richten tot een individu en moeten in diens tegenwoordigheid worden gebezigd terwijl ook artikel 137c (oud) Sr zich alleen richt op een groep van personen waartegen de uiting in het openbaar is gedaan. Opmerkelijk is wel dat de minister bij de wijziging van artikel 137c (oud) Sr het ruime begrip ‘bevolkingsgroep’, juist omwille van de uitingsvrijheid, wijzigde in een beperkt aantal groepen die zich onderscheiden naar een limitatief aantal opgesomde kenmerken. De minister wilde in het nieuwe artikel ook de materiële belediging betrekken, terwijl dit volgens een aantal parlementariërs – haast in de geest van rechter Black - een te grote inbreuk op de uitingsvrijheid met zich mee zou brengen. De minister pareerde dit door te stellen dat de nieuwe bepaling juist een minder grote inbreuk op de uitingsvrijheid zou zijn, gezien het limitatief aantal groepen dat werd opgenomen (zie paragraaf 3.2.3). In de Verenigde Staten levert juist deze enge invulling strijd op met de uitingsvrijheid en het ruime begrip ‘bevolkingsgroep’ niet.

Als *compelling state interest* geldt hier de bescherming van de openbare orde. In de Verenigde Staten is voorafgaand ingrijpen ter bescherming van de openbare orde naar aanleiding van enkel uitingen echter alleen toegestaan indien de beperking de toets kan doorstaan van de *clear and present danger test*. Groepsbelediging zet niet aan tot imminent onwettig handelen, waardoor dit belang van de overheid hier niet op kan gaan. Het strafrecht kan daarom ook niet gezien worden als een gerechtvaardigd middel. Aangezien de bepaling onder geen enkele uitgezonderde categorie valt, doet de vraag of de bepaling te breed is

geformuleerd niet langer ter zake. Over de vraag of de bepaling te vaag is, kan worden verwezen naar hetgeen hierover in het licht van de eenvoudige belediging aan de orde is gekomen.

Er kan worden geconcludeerd dat een bepaling die groepsbelediging strafbaar stelt, gezien zijn aard, per definitie in strijd is met *The First Amendment*.

6.3.3 Artikel 137d Sr

In de Verenigde Staten zou deze bepaling kunnen vallen onder de onbeschermdere categorie van uitingen die oproepen tot onwettige actie, waardoor de *clear and present danger test* van toepassing is. Allereerst kan worden vastgesteld dat het aanzetten tot haat, in de Verenigde Staten onder de bescherming valt van het eerste amendement. Indien mensen hun haat ventileren tegen bepaalde groepen hebben zij daar onder het eerste amendement het recht toe, tenzij deze uitingen oproepen tot imminent onwettig handelen en deze uitingen dergelijke acties ook daadwerkelijk tot gevolg kunnen hebben (zie paragraaf 5.3.2). Het is de overheid echter niet toegestaan een standpunt in te nemen ten aanzien van bepaalde opvattingen, hoe afkeurenswaardig deze ook zijn. Haat in de Verenigde Staten is daarom niet strafbaar en dus niet onwettig. Hetzelfde kan gelden voor feitelijke discriminatie voor zover dit al dan niet in de betreffende staat is strafbaar gesteld. Het is echter haast onmogelijk dat uitingen op kunnen direct oproepen tot feitelijke discriminatie en daarmee ook een gevaar kunnen vormen dat binnen de reikwijdte valt van de *clear and present danger test*. Het aanzetten tot haat en discriminatie alleen voldoet daarom niet aan de vereisten, waardoor deze bepaling als *overbroad* kan worden aangemerkt. Slechts het aanzetten tot gewelddadig optreden tegen mensen of goederen zou in sommige gevallen de *clear and present danger test* kunnen doorstaan. Echter, ook de gronden in artikel 137d Sr geven, evenals in artikel 137c Sr, blijk van vooringenomenheid van de overheid, waardoor ook de aard van deze bepaling zich omwille van het neutraliteitsbeginsel verzet tegen toepassing onder het eerste amendement. Het basisdelict van artikel 137c Sr, de opruiing (artikel 131 Sr), maakt geen onderscheid naar verschillende groepen waardoor deze bepaling op dit punt wel de *clear and present danger test* zou kunnen doorstaan, mits deze bepaling restrictief wordt toegepast. Alleen uitingen die direct oproepen tot onwettig handelen vallen buiten de bescherming van het eerste amendement.

De *compelling state interest* behelst in dit geval de bescherming van de openbare orde. Ook in de Verenigde Staten wordt dit belang aangedragen om de categorie van uitingen die oproepen tot onwettig handelen buiten de bescherming van het eerste amendement te brengen. Ook in de Verenigde Staten wordt het gebruik van het strafrecht in dit geval dus niet gezien

als een te ingrijpend middel. Zoals gezien kan de bepaling als te breed geformuleerd worden beschouwd, aangezien naast het aanzetten tot geweld tevens het aanzetten tot haat en discriminatie is opgenomen. Deze term ‘haat’ zou tevens als ‘te vaag’ kunnen worden beschouwd.

Uit bovenstaande valt te concluderen dat ook artikel 137d Sr gezien de aard van de bepaling, niet de toets van het eerste amendement zou kunnen doorstaan.

6.4 Discussie

6.4.1 Relevante constatering

Uit de vorige paragraaf kunnen vier constatering worden gedaan die voor het beantwoorden van de onderzoeksvraag relevant zijn. Dit betreft allereerst het uitgangspunt van absolute neutraliteit. Ten tweede de bezwaren tegen het bestanddeel ‘belediging’, die het eerste amendement met zich meebrengt. Ten derde de materiële groepsbelediging als bijdrage aan het maatschappelijk debat en tenslotte de toepassing van de *clear and present danger test*. In deze paragraaf zal worden bezien in hoeverre deze argumenten ‘hout snijden’ en relevant kunnen zijn voor de invulling van de besproken Nederlandse uitingsdelicten.

6.4.2 Absolute neutraliteit

De plicht van de overheid om neutraal te zijn ten opzichte van alle opvattingen of ideeën komt op zichzelf over als een evident kenmerk van een vrije samenleving. Een dictatuur kenmerkt zich immers door opvattingen die strijdig zijn met de hare te verbieden. De toepassing van dit beginsel heeft in de huidige Amerikaanse opvatting echter vergaande vormen aangenomen die, zoals gezien, terug vloeien op een formeel democratiebeginsel.

Het formeel democratiebeginsel is, mijns inziens, echter niet realistisch of wenselijk. Indien het er echt op aan komt zal de overheid de democratie en bepaalde democratische waarden altijd beschermen door middel van wetgeving. Dit valt enigszins af te leiden uit het feit dat dit beginsel pas gestalte kon krijgen toen de Koude Oorlog over zijn hoogtepunt heen was. Het is de vraag of het *Supreme Court* het neutraliteitsbeginsel nog steeds zo vergaand zal interpreteren en toepassen indien zich opnieuw een ideologie opwerpt die de potentie heeft om de huidige inrichting van de staat omver te werpen. De overheid ontkomt er niet aan om ergens stelling te nemen en het materiële democratiebeginsel erkent dit. Indien de overheid de democratie en vrijheden van haar burgers beschermt door de opvattingen die deze waarden ondermijnen, te verbieden, kan dit nooit betekenen dat de overheid dit doet om haar macht verder uit te breiden. Een dergelijke overheid is juist alles behalve dan een dictatuur. Zij staat open voor alle opvattingen, maar wil daar ook voor open kunnen blijven staan. Het gevaar

voor afglijden van de wetgever dient dan ook te worden voorkomen door middel van het democratische proces, machtscheiding en *checks and balances* en niet door middel van vergaande neutraliteit dat de overheid geen gelegenheid biedt om democratische waarden te beschermen. Een beperking van de uitingsvrijheid indien dit grondrecht wordt misbruikt om andere grondrechten of democratische waarden te ondermijnen, lijkt me dan ook een zeer toelaatbare grens om de bescherming van de uitingsvrijheid te laten ophouden. Tevens dient in ogenschouw te worden genomen dat ook wetgeving dat een bepaald standpunt inneemt is gestoeld op democratische legitimatie. Het absolute karakter van het neutraliteitsbeginsel in de Verenigde Staten is dan ook een te vergaande waarborg om afglijden van de wetgever of de rechter te voorkomen. Artikel 10 EVRM beidt hiervoor voldoende waarborgen.

6.4.3 Belediging onder *The First Amendment*

In de vorige paragraaf is naar voren gekomen dat de categorie *fighting words* slechts formele belediging betreft die in de tegenwoordigheid van het slachtoffer is aangedaan. In de artikelen 137c en 266 Sr behelst de formele belediging echter (ook) andere uitingsvormen. De gedachte hierachter is dat *fighting words* een hevige reactie teweegbrengen bij het slachtoffer en onder andere daarom uitgesloten zijn van bescherming van het eerste amendement. Mijns inziens verdient het slachtoffer echter ook bescherming indien de uitingen niet in zijn of haar tegenwoordigheid zijn gedaan. De hevige reactie hoeft in dit verband er niet minder om te zijn, zij ontstaat alleen niet direct. Daarnaast moet, mijns inziens, het feit dat de formele belediging geen ruimte biedt voor tegenargumenten het belangrijkste argument zijn voor strafbaarstelling. Hoe de formele belediging is geuit doet in dit verband niet terzake. Aangezien het bestanddeel ‘belediging’ ook de materiële belediging omvat zou dit kunnen opleveren dat de bepaling als te vaag kan worden bestempeld. Hier wordt immers door de rechter in concrete gevallen invulling aangegeven en is minder duidelijk dan de ‘pure’ formele belediging. In relatie tot de groepsbelediging, zal op dit bezwaar nader worden ingegaan in de volgende paragraaf. Ten aanzien van de eenvoudige belediging denk ik dat dit bezwaar niet op gaat. Insinuaties of vage beschuldigingen gericht tegen een individu kunnen immers nooit een bijdrage zijn aan het maatschappelijk debat. De invulling door de rechter is hierdoor niet moeilijk te voorspellen. Er is pas sprake van een waarde voor het maatschappelijk debat indien deze insinuaties nader worden geconcretiseerd en in overeenstemming met de waarheid zijn. In dit geval valt de uiting echter onder het begrip smaad en geniet deze op grond van artikel 261 lid 2 Sr bescherming, mits de uiting tevens is gedaan in het kader van het algemeen belang. De vaagheid van de materiële belediging, en de invulling door de rechter, kan echter wel van belang zijn in het kader van groepsbelediging.

6.4.3 Materiële groepsbelediging als bijdrage aan het maatschappelijk debat

Uitingen die de formele belediging omvatten kenmerken zich, zoals beschreven, doordat deze enkel en alleen betrekking hebben op het uitdrukken van minachting en geen ruimte bieden voor tegenargumenten. Dit is anders in het geval van de materiële belediging. Uitingen van vage beschuldigingen of insinuaties bieden immers wel ruimte voor tegenargumenten, bijvoorbeeld door te aan te tonen dat de beschuldigingen onjuist zijn. Er kan niet worden gesteld dat deze uitingen enkel en alleen bedoeld zijn om te beledigen. Materiële belediging kenmerkt zich immers doordat het iets aan de kaak wil stellen: het is een vooronderstelling van zaken die volgens de zender niet in de haak zijn. Indien deze kritiek zich niet beperkt tot particuliere personen, maar tot bevolkingsgroepen kan wel degelijk over maatschappijkritiek worden gesproken. Ingeval van materiële groepsbelediging (*group libel*) redeneert rechter Black in *Beauharnais v. Illinois* dan ook dat dergelijke uitingen haast per definitie van waarde zijn voor het maatschappelijk debat. Deze redenering kan niet zomaar ter zijde worden geschoven.

Dit gegeven stond ook bij de totstandkoming van artikel 137c Sr centraal (zie paragraaf 3.2.3). De minister onderkende deze kritiek en zegde toe de bepaling terughoudend toe te passen. Deze terughoudendheid brengt met zich mee dat de overheid een keuze maakt welke uitingen zij vervolgt. Hierin schuilt het gevaar dat het Openbaar Ministerie bij bepaalde opvattingen en standpunten eerder het beledigende karakter zal aannemen en wel tot vervolging over zal gaan dan bij uitingen die ingegeven zijn door andere opvattingen. Hierin bestaat het gevaar dat bepaalde uitingen omwille van de uitgedragen boodschap worden geweigerd. Het gevaar voor 'afglijden' ten aanzien van bepaalde opvattingen is hierdoor reëel. Dit komt tevens de rechtszekerheid niet ten goede, het is immers onduidelijk waar het Openbaar Ministerie de grens trekt. Het is daarom voor de burger moeilijk om in te schatten welke kritiek hij wel mag uiten en welke niet, hierdoor kan hij zich genoodzaakt voelen de kritiek voor zich te houden (*chilling effect*).

Hetzelfde geldt voor de beoordeling door de rechter. In de toets van de Hoge Raad, onder invloed van artikel 10 EVRM, zijn dergelijke uitingen immers niet strafbaar indien zij daadwerkelijk een bijdrage leveren aan het publieke debat en niet onnodig grievend zijn geformuleerd. Deze toetsingscriteria zijn echter vaag en de invulling wordt geheel aan de rechter overgelaten en in iedere casus afzonderlijk beoordeeld. Hierdoor bestaat ruimte voor 'afglijden' door de rechter. Dit kan het beste worden geïllustreerd aan de hand van het gegeven voorbeeld uit paragraaf 3.3.2 waarin een uitlating wordt aangehaald die antwoord geeft op de

vraag of de Holocaust echt heeft plaatsgevonden al dan niet relevant is. Het antwoord hierop was:

*“Voor de holocaust-supporters betekent het: aanzienlijke financiële steun voor de staat Israël, een eindeloze bron van inkomsten voor de overlevenden en hun nakomelingen, maar vooral een moreel vrijspel voor het zionisme in het Middenoosten”.*⁴¹⁷

Zoals naar voren gekomen maakt de Nederlandse rechter gebruik van *ad hoc balancing* waardoor hij ieder afzonderlijk geval in de betreffende context beoordeelt. Belediging is echter een moeilijk te objectiveren begrip en dergelijke verwerpelijke ideeën zullen al snel als irrelevant voor het maatschappelijk debat worden aangemerkt. De uitlating uit het voorbeeld is dan ook door de Hoge Raad beledigend geacht voor een groep mensen wegens hun ras. Voorop staat dat deze uitlating inderdaad verwerpelijk is en beledigend is voor Joden en Holocaustoverlevenden. Maar deze uitlating brengt ook een discussie op gang. De uitlating probeert immers een in de ogen van de zender bestaand “onrecht” aan de kaak te stellen. Deze uiting kan daarop worden bestreden met tegenargumenten. Doordat de rechter invulling geeft aan de waarde van de uitlating voor het maatschappelijk debat en beoordeelt of de uiting onnodig grievend is, kan hij een dergelijk standpunt de toegang tot het publieke debat ‘weigeren’. De beoordeling van het beledigende karakter in geval van de materiële groepsbelediging hangt daarmee nauw samen met de beoordeling van de uitgedragen boodschap. Hierbij kan men zich afvragen of een dergelijke uiting, als zo in het voorbeeld, ten aanzien van een andere bevolkingsgroep ook tot strafbaarheid zou hebben geleid. In de huidige toepassing schuilt dus een niet te onderschatten gevaar voor afglijden. Kritiek op bepaalde bevolkingsgroepen zorgt snel voor (vaak terechte) verontwaardiging, maar dit betekent niet dat enkel het uiten van deze opvattingen ook een gevaar oplevert waar tegen de overheid op moet treden. We kunnen van het Amerikaanse stelsel leren dat deze kritiek niet geweerd moet worden uit het publieke debat.

De exceptie van artikel 266 lid 2 Sr brengt met zich mee dat kritiek op openbare belangen (lees: de overheid) buiten het bereik valt van het eerste lid. Deze bijzondere exceptie heeft, zoals gezien, geen betrekking op artikel 137c Sr, maar dit wordt ondervangen door artikel 10 EVRM. Het EHRM gaat daarnaast verder door ook niet politieke kritiek bescherming te bieden, maar lijkt niet zo ver te gaan dat het ook kritiek op bevolkingsgroepen

⁴¹⁷ HR 25 november 1997, NJ 1998, 261.

hier onder schaaft. Naast een bescherming van kritiek op de overheid komt, mijns inziens, dus ook kritiek op de samenstelling van de maatschappij of de invloed van bepaalde bevolkingsgroepen hiervoor in aanmerking. Hiermee sluit ik grotendeels aan bij de *dissenting opinion* van rechter Black. Het EHRM staat uitingen toe die *offend, shock or disturb* en laat slechts beperking toe ingeval van *particular strong terms*. Deze ‘sterke termen’ kunnen, zoals gezien, thans ook de materiële belediging omvatten. Mijns inziens dient de grens van deze *particular strong terms* ingeval van groepsbelediging echter te worden gelegd bij de formele belediging, overeenkomstig de Amerikaanse redenering dat *fighting words* geen ruimte bieden voor tegenargumenten. Op deze manier wordt voorkomen dat beledigende maatschappijkritiek die wel ruimte biedt voor tegenargumenten buiten het publieke debat kan worden gehouden door de rechter. De rechter wordt op deze manier gedwongen tot een vorm van *categorical balancing*: indien de uitingen onder de formele belediging vallen genieten zij geen of minder bescherming, de materiële belediging daarentegen geniet volledige bescherming door het grondrecht op vrije meningsuiting (zie paragraaf 6.4.3). De rechter dient dus te toetsen of de uiting een materiële of een formele belediging behelst. Op deze manier kan er geen onderscheid meer worden gemaakt tussen bepaalde vormen van materiële belediging en wordt het de rechter onmogelijk gemaakt onderscheid te maken naar bepaalde standpunten. Tevens wordt hiermee de invulling van het bestanddeel belediging ‘minder vaag’, wat de rechtszekerheid ten goede komt.

De keerzijde hiervan is dat bevolkingsgroepen zich diep gekwetst kunnen voelen door bepaalde uitlatingen. Zij kunnen deze kritiek echter pareren door tegenargumenten aan te dragen. Daarnaast wordt hen gegarandeerd dat de kritiek geen bescherming geniet indien de uiting de bedoeling heeft om enkel en alleen te beledigen (formele belediging) of aanzet tot haat, discriminatie of geweld (zie onderstaande). Pas in deze gevallen dient de overheid echter stelling te nemen.

6.4.4 De *clear and present danger test*

Naar aanleiding van de vergelijking kan men zich afvragen of de *clear and present danger test* argumenten biedt om het huidige artikel 137d Sr te herzien. Het antwoord dient hierop, mijns inziens, ontkennend te zijn. De *clear and present danger test* staat geen beperking van haatuitingen toe en brengt met zich mee dat uitingen pas beperkt kunnen worden indien zij direct oproepen tot onwettig handelen indien de uitingen dit gevolg ook daadwerkelijk teweeg kunnen brengen. Deze strikte interpretatie verhindert de overheid om spanningen en oproer binnen de samenleving vroegtijdig de kop in te kunnen drukken. Deze interpretatie komt opnieuw voort uit het strikte neutraliteitsbeginsel waar de Amerikaanse overheid aan is

gehouden. Eerder is beargumenteerd waarom dit beginsel geen steekhoudende argumenten op kan leveren.

Haatuitingen kunnen moeilijk met tegenargumenten worden bestreden, waardoor dergelijke uitingen geen bijdrage kunnen leveren aan het maatschappelijk debat. Discriminatie en geweld is strafbaar waardoor propaganda hiervoor ook geen bijdrage aan het maatschappelijk debat kan zijn. Daarnaast moeten minderheden erop kunnen vertrouwen dat de overheid hen tegen dergelijke uitingen beschermt. In dergelijke gevallen dient de overheid, zoals eerder besproken in relatie tot het materiële democratiebeginsel, stelling te nemen om een fundamentele democratische waarde als het non-discriminatiebeginsel te beschermen. Het belang van de bescherming van de openbare orde prevaleert hier tevens boven dat van de uitingsvrijheid, aangezien dergelijke uitingen niet alleen een opvatting ventileren maar ook aanzetten tot ontoelaatbaar handelen die dergelijke ideeën kracht bij moeten zetten. In het licht van mijn betoog in paragraaf 6.4.3 dient de overheid een grens te trekken zodra uitingen aanzetten tot haat, discriminatie of geweld, of uitsluitend beledigend zijn tegen bevolkingsgroepen.

6.5 Aanbevelingen

6.5.1 Beschouwing

In de vorige paragraaf is naar voren gekomen dat de Amerikaanse benadering van de uitingsvrijheid wel degelijk enige relevante argumenten aandraagt die aanleiding geven om een of meerdere van de besproken uitingsdelicten te herzien. Hieronder zullen hiertoe enkele aanbevelingen worden gedaan.

6.5.2 De eenvoudige belediging van artikel 266 Sr

Uit de vergelijking en de discussie is naar voren gekomen dat de Amerikaanse benadering op de uitingsvrijheid geen argumenten met zich meebrengt die nopen tot wijziging van artikel 266 Sr. Er zullen ten aanzien hiervan dan ook geen aanbevelingen worden gedaan.

6.4.3 De groepsbelediging van artikel 137c Sr

In paragraaf 6.2.4 is naar voren gekomen dat artikel 137c Sr geen toepassing kan vinden onder het eerste amendement. In de discussie is beargumenteerd dat sommige argumenten hiervoor wel degelijk relevant zijn. Materiële groepsbelediging omvat immers maatschappijkritiek die niet de toegang tot het publieke debat dient te worden onttrokken. De rechter dient door de strafbepaling te worden gedwongen tot *categorical balancing*, waardoor alleen de formele groepsbelediging strafbaar moet worden gesteld. Om dit te bewerkstelligen

kan worden aangeknoopt bij artikel 137c (oud) dat immers ook alleen de formele belediging omvatte. Deze bepaling miste tevens het onderscheid in bepaalde groepen. In de discussie is beargumenteerd dat de Amerikaanse argumenten (absolute neutraliteit) om een dergelijk onderscheid niet te maken niet worden overgenomen. Dit geldt tevens voor de Amerikaanse benadering dat de formele belediging uitsluitend in de tegenwoordigheid van het slachtoffer kan worden gedaan. De gronden zullen dan ook in onderstaande aanbeveling blijven staan evenals de uitingsvorm. Artikel 137c Sr zou als volgt kunnen worden gewijzigd om de materiële groepsbelediging uit te sluiten (wijzigingen staan cursief):

Artikel 137 c Sr

Hij die zich in het openbaar, mondeling of bij geschrift of afbeelding, opzettelijk *in beledigende vorm* uitlaat over een groep mensen wegens hun ras, hun godsdienst of levensovertuiging, hun hetero- of homoseksuele gerichtheid of hun lichamelijke, psychische of verstandelijke handicap, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de derde categorie

6.4.4 *Het aanzetten tot haat, discriminatie en geweld van artikel 137d Sr*

In de vergelijking en de discussie is naar voren gekomen dat de *clear and present danger test* geen aanleiding geeft tot het herzien van artikel 137d Sr. Deze bepaling behelst tevens de implementatie van artikel 4 CERD, waardoor een wijziging ook mogelijk strijd op kan leveren met deze verdragsverplichting, aangezien Nederland bij de ratificatie van dit verdrag geen voorbehoud heeft gemaakt. Ten aanzien van dit artikel zullen dan ook geen aanbevelingen worden gedaan.

Hoofdstuk 7 - Conclusie

De uitingsvrijheid vormt een van de belangrijkste waarborgen van een democratie, aangezien dit recht het mogelijk maakt kritiek te geven op de samenleving en de overheid. Daarnaast zijn er veel uitingen die als verwerpelijk worden beschouwd en afschuw oproepen. De Nederlandse wetgever heeft dergelijke uitingen strafbaar gesteld ter bescherming van de eer en goede naam van het individu of van de openbare orde. Deze strafbaarstellingen brengen een spanning met het recht op vrije meningsuiting met zich mee. Met name discriminerende uitingen worden snel als verwerpelijk gekwalificeerd. De twee democratische waarden van vrije meningsuiting en non-discriminatie zijn in deze gevallen conflicterend met elkaar. In deze scriptie is gezocht naar argumenten die in dit dilemma richting kunnen geven. Hiervoor is aangeknoopt bij de regelgeving in de Verenigde Staten vanuit de hypothese dat in dit rechtsstelsel de uitingsvrijheid een groter toepassingsbereik heeft dan in Nederland. De volgende onderzoeksvraag stond hierbij centraal:

In hoeverre geeft de Amerikaanse benadering op de vrijheid van meningsuiting relevante argumenten om de huidige Nederlandse regelgeving ten aanzien van strafrechtelijke beperking van discriminerende uitingen, overeenkomstig de artikelen 137c, 137d en 266 van het Wetboek van Strafrecht, te herzien?

Naar voren is gekomen dat zowel in Nederland als in de Verenigde Staten de uitingsvrijheid niet absoluut is. In beide rechtstelsels kunnen bepaalde uitingen strafbaar worden gesteld. In de Verenigde Staten wordt de uitingsvrijheid echter strikter geïnterpreteerd dan in Nederland. Hierbij ligt een sterkere nadruk op de waarde van de uiting voor het maatschappelijk debat en kent het Amerikaanse recht op vrijheid van meningsuiting, anders dan in Nederland, een absoluut neutraliteitsbeginsel ten aanzien van de uitgedragen boodschap. Deze verschillen zijn te herleiden naar een fundamenteel verschillende opvatting over de werking van grondrechten binnen een democratie, namelijk het formele en het materiële democratiebeginsel.

De Amerikaanse argumenten die pleiten voor absolute neutraliteit zijn naar mijn mening niet overtuigend. Het materiële democratiebeginsel biedt een meer realistische en wenselijke kijk op de werking van grondrechten en de democratie. Indien de democratie en democratische waarden worden bedreigd door gebruik te maken van de uitingsvrijheid dient de staat hiertegen op te komen, ook wanneer hiervoor beperking van de uitingsvrijheid noodzakelijk is. Hier kan niet aan worden ontkomen. De overheid dient daarom juist niet

neutraal te blijven om zo haar burgers, en minderheden in het bijzonder, te beschermen tegen ondermijning van democratische waarden.

Ondanks dat de Amerikaanse gedachte achter de werking van de uitingsvrijheid mijns inziens geen steekhoudende argumenten heeft kunnen bieden, biedt de Amerikaanse benadering wel aanknopingspunten om de Nederlandse strafbaarstellingen van discriminerende uitingen kritisch te bekijken. Het Amerikaanse onderscheid tussen *fighting words* en *libel* heeft aan deze analyse bij kunnen dragen. Het gevaar voor 'afglijden', waar de huidige invulling van *The First Amendment* voornamelijk op is gebaseerd, dwingt tevens tot een kritische blik naar de uitingsdelicten. Uit de vergelijking is naar voren gekomen dat artikel 137c Sr in zijn huidige vorm en toepassing de ruimte laat tot zeer vergaande beperking van de uitingsvrijheid. Hierdoor kunnen waardevolle bijdragen aan het maatschappelijk debat voor strafbaarheid in aanmerking komen en dus aan dit debat worden onttrokken of tot deelname worden weerhouden (*chilling effect*). De rechter heeft in deze gevallen een ruime beoordelingsvrijheid, omdat de uiting wordt getoetst in de context waarin deze is gedaan. Hierdoor is het niet ondenkbaar dat bepaalde uitingen, die een bijdrage leveren aan het maatschappelijk debat, omwille van de uitgedragen boodschap, toch worden beperkt. De aanbeveling die ten aanzien van dit artikel is gedaan is erop gericht dit bezwaar weg te nemen door alleen de formele groepsbelediging strafbaar te stellen. De overheid dient pas op te treden in geval van formele groepsbelediging of indien uitingen aanzetten tot haat, discriminatie of geweld. Ten aanzien van artikel 137c Sr kan dan ook worden geconcludeerd dat de Amerikaanse benadering van de uitingsvrijheid, mijns inziens, wel degelijk relevante argumenten biedt om deze strafbepaling te herzien. In geval van artikel 137d Sr en 266 Sr heeft de analyse van de Amerikaanse benadering van de uitingsvrijheid, mijns inziens, geen relevante argumenten opgeleverd die nopen tot herziening van deze bepalingen.

Van het Amerikaanse rechtstelsel kunnen we leren dat de vrijheid van meningsuiting een groot goed is, waar niet lichtzinnig mee mag worden omgesprongen. De geschiedenis leert daarentegen dat er in discriminatie een groot potentieel gevaar schuilt dat eveneens niet onderschat mag worden. Het grote goed van de vrijheid van meningsuiting zal daarom soms moeten wijken om het precaire uitgangspunt om discriminatie tegen te gaan, te beschermen. De wetgever, de rechter en rechtsgeleerden zullen de toepassing en reikwijdte van de uitingsdelicten echter altijd kritisch in de gaten moeten houden om te voorkomen dat dergelijke wetgeving haar doel voorbij schiet. Het is te makkelijk om, zoals in de Amerikaanse benadering, te kiezen voor zekerheid en geen enkele specifieke beperking ten aanzien van discriminerende uitingen toe te staan. Beide grondwettelijke principes zullen daarentegen met elkaar in balans moeten worden gebracht. In Nederland is deze balans

nagenoeg aanwezig, met soms echter een kleine voorkeur te bespeuren voor de bescherming van de tolerantie en daarmee het tegengaan van discriminatie.

Literatuur

Boeken

Belinfante e.a. 2008

A.D. Belinfante e.a., *Beginselen van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

Brants e.a. 2007

C. Brants e.a., *Strafbare discriminatie*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007.

Burkens e.a. 2001

M.C. Burkens e.a., *De beginselen van de democratische rechtsstaat*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.

Cleiren 2006

Cleiren & Nijboer, *Tekst & Commentaar Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2006.

Cortese 2006

A.J.P. Cortese, *Opposing hate speech*, Westport: Praeger 2006.

Dierenfield 2008

B. J. Dierenfield, *The civil rights movement*, Harlow: Pearson Education Limited 2008.

Harteveld e.a. 2004

A.E. Harteveld e.a., *Het EVRM en het Nederlandse strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2004.

Hazendonk 1946

P. Hazendonk, *De aanranding van eer of goeden naam*, 's-Gravenhage: N.V. Drukkerij De Residentie 1946.

Janssens 1998

A.L.J. Janssens, *Strafbare belediging*, Groningen: Universiteit Groningen 1998.

Janssens & Nieuwenhuis 2008

A.L.J. Janssens & A.J.Nieuwenhuis, *Uitingsdelicten*, Deventer: Kluwer 2008.

Koekkoek 2000

A.K. Koekkoek, *De Grondwet*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.

Kooijmans 2008

P.H. Kooijmans, *Internationaal publiekrecht in vogelvlucht*, Deventer: Kluwer 2008.

Nieuwenhuis 1997

A.J. Nieuwenhuis, *Over de grens van de uitingsvrijheid*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997.

Peters 1981

J.A. Peters, *Het primaat van de vrijheid van meningsuiting*, Nijmegen: Ars Aequi 1981.

Rosier 2007

Th. E. Rosier, *Vrijheid van meningsuiting en discriminatie in Nederland en Amerika*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2007.

Smidt II 1881

H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht Deel II*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1881.

Tijdschriftartikelen

Harris 2008

H. Harris, 'Race Across Borders: The U.S. and ICERD', *Harvard Blackletter Law Journal* (24) 2008, p. 62-67.

Van Schaik 2000

F. van Schaik, 'Vrijheid van meningsuiting en godsdienst versus het non-discriminatiebeginsel', *Potchefstroomse Elektroniese Regsblad* 2000-2, p. 1-19.

Sackers 2005

H.J.B. Sackers, 'Wat je zegt ben je zelf. Naar aanleiding van enige "gewichtige rechtsgedingen" inzake belediging', *Delikt en Delinkwent* (35) 2005, p. 511-532.

Rapporten

Van Stokkom e.a. 2007

B.A.M. van Stokkom e.a., *Godslastering, discriminerende uitingen wegens godsdienst en haatuitingen*, Den Haag: WODC 2007, p. 160

Parlementaire stukken

Kamerstukken II 1969/70, 9724

Kamerstukken II 1970/71, 11249

Kamerstukken II 1975/76, 11249

Kamerstukken II 1976/77, 13 872

Kamerstukken I 1976/77, 13 872/13 873.

Handelingen II 1969/70, p. 4348.

Elektronische bronnen

National Archives and Record Administration

The Constitution: Amendments 11-27, WWW<http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_amendments_11-27.html> (geraadpleegd 12 augustus 2010)

NRC Handelsblad

Binnenland, WWW<http://www.nrc.nl/binnenland/article1893279.ece/Veroordeling_tekenaar_Nekschot_onwaarschijnlijk> (geraadpleegd 25 september 2009)

RTL Nieuws

Binnenland, WWW<[http://www.rtl.nl/\(/actueel/rtlnieuws/binnenland/\)/components/actueel/rtlnieuws/2008/05_mei/15/binnenland/0515_2315_gregorius_nekschot_cartoonist_opgepakt.xml](http://www.rtl.nl/(/actueel/rtlnieuws/binnenland/)/components/actueel/rtlnieuws/2008/05_mei/15/binnenland/0515_2315_gregorius_nekschot_cartoonist_opgepakt.xml)> (geraadpleegd 25 september 2009)

Jurisprudentie

NEDERLAND

Rechtbank

- Rb. Rotterdam 16 juli 1937, *NJ* 1938, 736.
Rb. Rotterdam 19 februari 1980, *NJ* 1980, 372.
Rb. Breda 24 april 2008, *LJN* BD2544.
Rb. Zwolle 9 juni 2009, *LJN* BI9987.
Rb. Zwolle 22 juni 2009, *LJN* BJ0421.
Rb. Amsterdam 5 oktober 2010, *LJN* BN9409.
Rb. Amsterdam 22 oktober 2010, *LJN* BO1532.

Gerechtshof

- Hof Arnhem 12 juli 2007, *LJN* BA9186.
Hof 's-Gravenhage 14 augustus 2007, *LJN* BB7047.
Hof Amsterdam 1 januari 2009, *LJN* BH0496.
Hof 's-Gravenhage 23 januari 2009, *LJN* BH0733.
Hof Arnhem 6 juli 2009, *LJN* BJ4293.

Hoge Raad

- HR 21 april 1902, *W.* 7764.
HR 17 april 1939, *NJ* 1939, 927.
HR 19 februari 1940, *NJ* 1940, 754.
HR 28 november 1950, *NJ* 1951, 137.
HR 18 april 1961, *NJ* 261, 273.
HR 26 juni 1984, *NJ* 1985, 40.
HR 11 maart 1986, *NJ* 1987, 462.
HR 14 maart 1989, *NJ* 1990, 29.
HR 21 november 1989, *DD* 1990, 130.
HR 25 november 1997, *NJ* 1998, 261.
HR 19 december 2000, *NJ* 2001, 101.

HR 30 oktober 2001, *NJ* 2002, 129.

HR 30 september 2003, *NJ* 2004, 189.

HR 6 januari 2004, *NJ* 2004, 201.

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 25 juni 1992, series A 239.

EHRM 21 januari 1999, nr. 25716/94.

EHRM 1 februari 2000, nr. 32307/96.

VERENIGDE STATEN

Supreme Court

Marbury v. Madison, 1 Cranch 5 U.S. 137 (1803).

Dredd Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1856).

Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896).

Mutual Film Co. V. Industrial Commission of Ohio, 236 U.S. 230 (1915).

Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919).

Debs v. United States, 249 U.S. 211 (1919).

Abrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919).

Schaefer v. United States 251 U.S. 466 (1920).

Gitlow v. New York 268 U.S. 652 (1925).

Whitney v. California, 271 U.S. 357 (1927).

Stromberg v. California, 283 U.S. 359 (1931).

Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942).

Winters v. New York, 333 U.S. 502 (1948).

Beauharnais v. Illinois, 343 U.S. 250 (1952).

Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954).

Barenblatt v. United States, 360 U.S. 109 (1959).

New York Times v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

Garrison v. Louisiana, 379 U.S. 64 (1964).

Ashton v. Kentucky, 384 U.S. 195 (1966).

United States v. O'Brien, 391 U.S. 367 (1968).

Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969).

Cohen v. California, 403 U.S. 15 (1971).

Gertz v. Welch, 418 U.S. 323 (1974).

R.A.V. v. St. Paul, 505 U.S. 377 (1992).

Wisconsin v. Mitchell, 508 U.S. 476 (1993).

Virginia v. Black, 538 U.S. 343 (2003).