



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

De verhouding tussen vrijheid van meningsuiting en discriminatie in het Wilders-proces: een analyse van 'het proces van de eeuw'

Janssen, E.; Nieuwenhuis, A.

Publication date
2012

Published in
NJCM-Bulletin

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Janssen, E., & Nieuwenhuis, A. (2012). De verhouding tussen vrijheid van meningsuiting en discriminatie in het Wilders-proces: een analyse van 'het proces van de eeuw'. *NJCM-Bulletin*, 37(2), 177-207. http://www.ivir.nl/publicaties/janssen/NJCM_2012_2_pdf.pdf

General rights

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

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

DE VERHOUDING TUSSEN VRIJHEID VAN MENINGSUITING EN DISCRIMINATIE IN HET WILDERS-PROCES

Een analyse van 'het proces van de eeuw'

Esther Janssen & Aernout Nieuwenhuis *

Samenvatting | Uitkomst van het *Wilders*-proces is dat de rechter verscherpte criteria heeft gesteld aan de toepassing van artikel 137d Sr op uitlatingen over gelovigen en/of hun godsdienst. De rechter hanteert in navolging van het OM een strikt onderscheid tussen een discriminatoire meningsuiting en een discriminatoire handeling en eist voor strafbaarheid van een meningsuiting dat die meningsuiting gericht is op bepaalde handelingen. Dat uitgangspunt volgt niet zonder meer uit de keuzes die de Nederlandse wetgever en de Hoge Raad in het verleden hebben gemaakt. Het EHRM eist evenmin een dergelijk verband tussen meningsuiting en handeling om een beperking van de vrijheid van meningsuiting te rechtvaardigen.

Trefwoorden | Wilders, vrijheid van meningsuiting, discriminatie, aanzetten tot haat, discriminatie en geweld/haatzaaien, groepsbelediging.

[art. 137c Sr en 137d Sr]

1 Inleiding – Het belang van het *Wilders*-proces

Het *Wilders*-proces besloeg (vanaf de aangiften in 2007) vijf jaar en kende een onstuimig verloop: drie verzoeken tot wraking van de rechtbank,¹ twee verzoeken tot cassatie in het belang der wet² en een kort-gedingprocedure tegen de Staat.³ Wie de rechtszaak in de media volgde, moet de indruk hebben gekregen dat in de zaak twee thema's centraal stonden: de (on)partijdigheid van de rechter in een politiek proces en het bewijs van de waarheid over de Islam. Immers, de publieke discussie concentreerde zich op een etentje (het diner), tijdens welke raadsheer Schalken van het hof dat het bevel tot vervolging van Wilders had gegeven, had gesproken over de juistheid van die beslissing met Islamdeskundige Jansen. De rechter had de rechter-commissaris opdracht gegeven de deskundige in de rechtszaak te horen over de kern van de Islam, waarmee Wilders zijn onschuld beoogde te bewijzen.⁴

■ Mr. E.H. Janssen is promovenda vrijheid van meningsuiting en discriminatie op grond van godsdienst aan de Universiteit van Amsterdam, Instituut voor Informatierecht (IViR). Dr. A.J. Nieuwenhuis is hoofddocent staatsrecht aan de Universiteit van Amsterdam, en is gelieerd aan het IViR.

1 Rb. Amsterdam 5 oktober 2010, *LJN* BN9409; Rb Amsterdam 22 oktober 2010, *LJN* BO1532; Rb Amsterdam 18 april 2011, *LJN* BQ1648.

2 J.W. Fokkens, 'Zaak Wilders, persbericht inzake afwijzing verzoek mr. Moszkowicz cassatie belang der wet', Den Haag, 20 mei 2009, zie: <http://advocatenkantoorgijsen.nl/news/item/zaak_Wilders_persbericht_inzake_afwijzing_verzoek_mr._Moszkowicz_cassatie_belang_der_wet/317>; 'Spong vraagt visie Hoge Raad op zaak-Wilders', 13 juli 2011, zie: <<http://www.nu.nl/binnenland/2564570/spong-vraagt-visie-hoge-raad-zaak-wilders.html>>.

3 Vzr. 's-Gravenhage 26 november 2010, *LJN* BO5107.

4 Rb. Amsterdam 3 februari 2010, *LJN* BL1868.

Toch is het van zeker zo groot belang dat de rechter uiteindelijk de materiële rechtsvragen in de zaak beantwoordde, namelijk de vragen over de strafbaarheid van Wilders' uitlatingen over de Islam en Moslims in verschillende media en in zijn film *Fitna* op grond van het verbod van groepsbelediging (artikel 137c Sr) en haatzaaien (artikel 137d Sr).

Over die rechtsvragen bestond groot verschil van mening binnen de gelederen van de rechterlijke macht. Na het advies ingewonnen te hebben van drie rechtswetenschappers en overleg gepleegd te hebben met de toenmalige Minister van Justitie Hirsch Ballin, seponerde het OM alle aangiften tegen Wilders. In de visie van het OM zou een vervolging noodzakelijkerwijs eindigen in een vrijspraak.⁵ Uit een reconstructie van het proces bleek later dat de kwestie het OM intern verdeeld hield.⁶ Acht aangevers dienden een klacht in ex artikel 12 Sv bij het Hof Amsterdam tegen de beslissing om niet te vervolgen. De A-G bij het hof adviseerde het hof tot ongegrondverklaring van de klachten,⁷ maar het hof kwam tot een tegengestelde conclusie en gelastte het OM Wilders te vervolgen ter zake van aanzetten tot haat en discriminatie (artikel 137d Sr) alsmede ter zake van groepsbelediging voor zover het betrof diens vergelijkingen tussen de Islam en het nazisme (artikel 137c Sr).⁸ Na ruim tien maanden voorbereiding, gaf het OM gevolg aan dat bevel maar eiste vervolgens tweemaal – voor de strafkamer in eerste samenstelling, en na de wraking voor de strafkamer in tweede samenstelling – algehele vrijspraak.⁹ De rechtbank sprak Wilders uiteindelijk op alle punten vrij.¹⁰

De adviezen van de drie rechtswetenschappers die het OM inwon naar aanleiding van de tientallen aangiften tegen Wilders waren evenmin eenduidig geweest. Sackers en De Roos achtten vervolging niet opportuun,¹¹ maar Lawson achtte vervolging naar normen van het internationaal recht juist geboden.¹² De beslissingen van de rechterlijke instanties leidden vervolgens tot hevige polemieken in de rechtswetenschappelijke literatuur en de pers.¹³

5 Sepotbrief OM aangiften tegen Wilders, 28 juni 2008, Openbaar Ministerie, ongepubliceerd.

6 *Het proces Wilders*, deel twee: *Ingrep van hogerhand* (documentaire), zie: <<http://www.human.nl/hetproceswilders>>.

7 *Verslag aan het Gerechtshof Amsterdam betreffende klachten ex art. 12 Sv. K08/0277; K08/0309; K08/0310; K08/0328; K08/0329; K08/0330; K08/0353; K08/0374; K08/0444*, 27 november 2008, mr. P. van Kesteren, A-G bij het Gerechtshof Amsterdam.

8 Hof Amsterdam 21 januari 2009, LjN BH0496, NJ 2009, 191 (m.nt. Buruma), *Strafblad* 2009, p. 198-208 (m.nt. Fennema), *Mediaforum* 2009, 8 (m.nt. A. J. Nieuwenhuis).

9 Requisitoir 12 en 15 oktober 2010, zaak Wilders, parketnummer 13/425046-09, mr. P. Velleman en mr. B. van Roessel, Officieren van justitie; Requisitoir 25 mei 2011, zaak Wilders, parketnummer 13/425046-09, mr. P. Velleman en mr. B. van Roessel, Officieren van justitie. Voor een kritiek op het OM zie: E.J. Dommering, 'Zwijgen is zilver, wraken is goud. De tunnelvisie van het OM in het Wilders-proces' (essay), *De Groene Amsterdammer* 4 November 2010.

10 Rb. Amsterdam 23 juni 2011, *Mediaforum* 2011, p. 280-282 (m.nt. van Noorloos); *Ars Aequi* 2012, P. 288-289 (m.nt. Rozemond); p. 290-294 (m.nt. Schutgens).

11 'Deze vervolging past niet bij een beschaafd land', Interview met De Roos, Sackers, Zwart & Ellian in: *De Pers*, 22 september 2010.

12 R.A. Lawson, 'WILD, WILDER, WILDST. Over de ruimte die het EVRM laat voor de vervolging van kwetsende politici', *NJCM-bulletin* 2008, p. 469-484.

13 Voor een overzicht van publicaties in het *NJB* zie voetnoot 95 in: A.J. Nieuwenhuis en E.H. Janssen, 'De onduidelijke verhouding tussen vrijheid van meningsuiting en discriminatie: een analyse van de groepsbelediging en het haatzaaien', *Mediaforum* 2011, p. 102. Zie ook: L.C. Groen en M.C. Stronks, *Entangled rights of freedom. Freedom of speech, freedom of religion and the non-discrimination principle in the Dutch Wilders-case*, Den Haag: Eleven International Publishing 2010.

Uit het voorgaande blijkt al dat er veel onduidelijkheid en verschil van mening bestaat over de interpretatie en toepassing van genoemde strafbepalingen.¹⁴ In deze bijdrage proberen we de vraag te beantwoorden wat het precieze belang is van de rechtszaak tegen Wilders voor de interpretatie en toepassing van de uitingsdelicten groepsbelediging en haatzaaien en de verhouding tussen vrijheid van meningsuiting en discriminatie in Nederland.¹⁵ Daartoe vergelijken wij het vonnis van de Rechtbank Amsterdam, het requisitoir van het OM en het vervolgingsbevel van het Hof Amsterdam op een aantal punten, die ons inziens samen de – materiële – kern van het proces vormen. Het hof en de rechtbank hadden weliswaar verschillende taken, respectievelijk het beoordelen van een sepotbeslissing door het OM en het oordelen over de bewezenverklaring van een tenlastelegging, waardoor de twee beslissingen niet één op één vergelijkbaar zijn, maar dit doet nog niet af aan het verschil in interpretatie van de strafbepalingen.¹⁶ Ook besteden wij aandacht aan de toelichting door de benadeelden.¹⁷ Zij waren weliswaar geen partij bij het strafproces, waardoor zij zich in principe niet uit mochten laten over de strafbaarheid van Wilders uitlatingen; ook zij gaven hun visie op de bepalingen. Voor het gemak spreken we hierna steeds van ‘partijen’ bij het *Wilders*-proces.¹⁸

We hopen hier ook een bijdrage te leveren aan het bredere debat over de toelaatbaarheid van kwetsende uitlatingen over god, godsdienst, en godsdienstigen. De discussie daarover is immers nog steeds gaande.¹⁹

In het proces verwezen partijen uitgebreid naar de wetsgeschiedenis van artikelen 137c en d Sr. We beginnen daarom met een bespreking van de achtergrond en ontstaansgeschiedenis van het verbod van groepsbelediging en haatzaaien (par. 2), te weten de vereisten van het Internationaal verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie (IVUR) (par. 2.1) en de implementatie van artikel 4a van het IVUR door de Nederlandse wetgever (par. 2.2). Vervolgens behandelen we de interpretatie en toepassing van de bepalingen door partijen in de *Wilders*-zaak (par. 3). We bespreken eerst de visies op de ratio van beide bepalingen (par. 3.1) en vervolgens de visies op de reikwijdte van de delictsomschrijving van de bepalingen en de vereisten aan de delictsbestanddelen. Voor de helderheid bespreken we het verbod van groepsbelediging (par. 3.2) en van haatzaaien (par. 3.3) apart. Hierbij gaan we ook in op relevante

14 Zie voor een uitgebreid overzicht van de delicten en de jurisprudentie: A.L.J. Janssens en A.J. Nieuwenhuis, *Uitingsdelicten*, Deventer: Kluwer 2011, p. 194 e.v. Zie ook L.A. van Noorloos, ‘Haatuitingen heroverwogen’, *NTM/NJCM-bull.* 2012, p. 7-23.

15 Zie ook bijdragen in: A. Ellian, G. Molier, T. Zwart (red.), *Mag ik dit zeggen? Beschouwingen over de vrijheid van meningsuiting*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2011. Voor een rechtsfilosofische analyse zie: C. Maris, ‘Wilders’ vrijheid’, *Filosofie & Praktijk* 2011, p. 52-73.

16 Vgl. Th. De Roos, ‘Het kan niet gauw te gek zijn’, in: Ellian, Molier en Zwart (red.) 2011 (*supra* noot 15), p. 305. Over rechterlijke toetsing in artikel 12 Sv zaken zie: T. Schalken, ‘Over volle of marginale toetsing van OM-beleid in 12-Sv-zaken: haalbaarheid, opportuniteit of opportunisme?’ in: P.H.P.H.M.C. van Kempen e.a. (red.), *Levend strafrecht, strafrechtelijke vernieuwingen in een maatschappelijke context, Liber amicorum Ybo Buruma*, Deventer: Kluwer 2011, p. 481-490.

17 Ter noodzakelijke inperking concentreren wij ons op: Toelichting zittingen 18 oktober 2010 en 27 mei 2011 op de vordering van benadeelde partijen tegen G. Wilders, parketnummer 13/524 046-09, mr. T. Prakken.

18 De dossiers van de partijen zijn toegankelijk op het internet. Rb. Amsterdam: <<http://dossier.rechtspraak.nl/ResultPage.aspx>>; Openbaar Ministerie: <http://www.om.nl/actueel-0/strafzaken/strafzaak_tegen/>; benadeelden: <<http://www.bohler.eu/nl/zoeken/&q=wilders>>; Geert Wilders: processtukken zijn niet openbaar.

19 B. Vermeulen, ‘Strafbare belediging van God, godsdienst, godsdienstigen’, in: Van Kempen e.a. (red.) 2011 (*supra* noot 16), p. 653-666.

rechtspraak over artikelen 137c en d Sr, met name de toepassing van het zogenoemde gezwel-arrest van de Hoge Raad in de *Wilders*-zaak.

Ten derde onderzoeken we het verschil in opvatting over de vraag in welke context de uitlatingen van Wilders moeten worden gezien bij de waardering van hun strafbaarheid op grond van artikelen 137c en d Sr (par. 4). We onderscheiden de directe tekstuele context (par. 4.1) van de context van het publiek debat (par. 4.2). In de tweede paragraaf bespreken we de toepassing van de drie-stappen-toets uit de 'context-arresten' van de Hoge Raad in de *Wilders*-zaak.

Ten vierde gaan we na welke verschillen en overeenkomsten er bestaan tussen de discriminatiegronden ras en godsdienst. We besteden in dit kader aandacht aan de verschillende interpretaties door partijen bij het *Wilders*-proces van het Combat 18-arrest van de Hoge Raad (par. 5).

Tot slot spiegelen we het vonnis van de rechtbank aan de artikel 10-jurisprudentie van het EHRM over zogenaamde 'hate speech' (par. 6). De rechtspraak van het EHRM is immers zowel door voorstanders als door tegenstanders van de vervolging van Wilders aangehaald. Dat doet de vraag opkomen in hoeverre deze jurisprudentie een rol speelde of had moeten spelen in de *Wilders*-zaak. We besluiten met een overzicht van de kernpunten in het *Wilders*-proces (par. 7).

2 Achtergrond en ontstaansgeschiedenis van artikel 137c en d Sr

De directe aanleiding voor invoering van de huidige artikelen 137c en d Sr in 1971 waren de verplichtingen van het Internationaal Verdrag inzake uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie (IVUR) (par. 2.1). De Nederlandse wetgever heeft de verplichtingen ruim opgevat, maar de bepalingen weinig precies gedefinieerd (par. 2.2).

2.1 Het IVUR

De ratio van het IVUR, zo blijkt uit zijn considerans, is 1) het nemen van alle maatregelen die nodig zijn om snel een einde te maken aan alle vormen en alle uitingen van rassendiscriminatie; 2) het voorkomen en bestrijden van op rassendiscriminatie berustende leerstellingen en praktijken.

Ingevolge artikel 4 IVUR dienen de Staten die partij zijn bij het IVUR de verplichting op zich te nemen onverwijld positieve maatregelen te nemen die erop zijn gericht aan elke vorm van aanzetting tot of aan elke uiting van een zodanige discriminatie een einde te maken, met inachtneming van de beginselen vervat in de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens en van de rechten die uitdrukkelijk worden genoemd in artikel 5 van dit verdrag. Daaronder vallen onder andere het recht op vrijheid van gedachte, geweten, en godsdienst en het recht op vrijheid van mening en meningsuiting (artikel 5d, sub vii en viii IVUR).

Artikel 4a IVUR verplicht staten vervolgens:

'strafbaar bij wet te verklaren het verspreiden, op welke wijze ook, van denkbeelden die zijn gegrond op rassensuperioriteit of rassenhaat, aanzetting tot rassendiscriminatie, zomede alle daden van geweld of aanzetting daartoe, die zijn gericht tegen een ras of een groep personen van een andere huidskleur of etnische afstamming, als ook het verlenen van steun aan tegen bepaalde rassen gerichte activiteiten, waaronder begrepen de financiering daarvan.'

Het CERD-Comité, ingesteld op grond van het IVUR, heeft in het verleden onderstreept dat de verspreiding van denkbeelden die zijn gegrond op rassensuperioriteit of rassenhaat een op zichzelf staand delict is, en heeft de aanwezigheid ervan in nationale wetgeving van verdragsstaten geprezen of juist de afwezigheid ervan betreurd.²⁰ Het comité keurde het eveneens af, wanneer staten bij de implementatie van artikel 4a IVUR met het oog op de vrijheid van meningsuiting extra bestanddelen invoegen, zoals het vereiste van de verstoring van de openbare orde of het risico dat het tot geweld komt.²¹ Verschillende verdragsstaten hebben bij de implementatie van het verdrag echter alsnog een afweging gemaakt met de vrijheid van meningsuiting.²²

2.2 Implementatie door de Nederlandse wetgever

Ter implementatie van artikel 4a IVUR heeft de Nederlandse wetgever drie delicten geïntroduceerd: 1) het verbod van groepsbelediging in artikel 137c Sr; 2) het verbod van aanzetten tot discriminatie, haat en geweld in artikel 137d Sr; en 3) in artikel 137e Sr het verbod op de openbaarmaking van uitlatingen, die beledigend zijn voor een groep of aanzetten tot discriminatie, haat of geweld, en het verbod op de verspreiding, het doen toekomen of het in voorraad hebben van een voorwerp waarin een dergelijke uitlating zit vervat. Artikel 137e Sr betreft dus het verspreidingsverbod van uitlatingen die tevens strafbaar zijn in de zin van artikelen 137c of d Sr. Artikel 137c Sr spreekt overigens van 'beledigend óver een groep mensen', terwijl artikel 137e Sr de formulering 'beledigend vóór een groep mensen' kent.

De artikelen zijn opgenomen in Boek II Sectie V van het Wetboek van Strafrecht betreffende 'misdrijven tegen de openbare orde'. Volgens de memorie van toelichting zijn dit 'gedragingen die een gevaar opleveren voor 'het maatschappelijk leven' en 'de natuurlijke orde der maatschappij'.²³ Zo beschouwd heeft de wetgever met name willen voorkomen dat onenigheid tussen groepen leidt tot wanordelijkheden die de openbare orde verstoren.²⁴ Een verbod op het aanzetten tot gewelddadigheden past naadloos binnen dit kader.

Voor het aanzetten tot haat en het aanzetten tot discriminatie ligt dat gecompliceerder. Artikel 4a IVUR verplicht overigens niet tot strafbaarstelling van het aanzetten tot haat, maar tot de 'verspreiding van ideeën gebaseerd op haat'.²⁵ Deze verplichting werd in het IVUR opgenomen vanuit de gedachte, dat het bestaan van rassenhaat de opmaat kan vormen tot rassendiscriminatie en racistisch geweld.²⁶ Hoewel het IVUR in het geheel niet tot strafbaarstelling van groepsbeledi-

20 Rapport van de tweede Wereldconferentie tegen racisme en rassendiscriminatie, Genève, 1-12 augustus 1983, *United Nations publication*, No. E.83.XIV.4 en corrigendum, nr. 83, p. 3 par. 15; p. 4, par. 16; p. 6, par. 23; p. 7, par. 28; p. 8, par. 32 en 35, etc.

21 D. Mahalic & J. Mahalic, 'The Limitation Provisions of the ICERD', *Human Rights Quarterly* 1987, p. 98.

22 Mahalic & Mahalic 1987 (*supra* noot 21), p. 13.

23 C.P.M. Cleiren & J.F. Nijboer, *Strafrecht, Tekst en Commentaar*, Deventer: Kluwer 2008, p. 745.

24 Nieuwenhuis en Janssen 2011 (*supra* noot 13), p.97. Van Kempen komt tot de conclusie dat het bereik van art. 137 c en d Sr beperkt moet blijven tot situaties waarin een reëel risico op verstoring van de openbare orde bestaat. Zie: P.H. van Kempen, 'Religie in het Wetboek van Strafrecht', in: H. Broeksteeg en A. Terlouw (red.), *Overheid, Recht en Religie*, Kluwer: Deventer 2011, p. 193.

25 De term komt ook voor in de preambule van het verdrag.

26 N. Lerner, *The U.N. Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, Alphen aan den Rijn: Sijthoff & Noordhoff 1980, p. 52.

ging verplicht achtte de Nederlandse wetgever de introductie van groepsbelediging op grond van ras nodig om volledig aan de verplichtingen van het IVUR te voldoen.²⁷ Ook voor racistische beledigingen kan het argument zijn dat zij de opmaat kunnen zijn voor rassenhaat, die weer tot discriminatie en geweld op grond van ras kan leiden. Het verband tussen de uitlating en een mogelijke verstoring van de openbare orde lijkt wel weer zwakker dan bij het aanzetten.

Gezien haar karakter, zou de strafbaarstelling van de racistische belediging, wellicht beter passen binnen Boek II Sectie XVI van het Wetboek van Strafrecht betreffende ‘belediging’. Uit de wetgeschiedenis blijkt dat de wetgever beoogde met het artikel de eer en goede naam van groepen te beschermen en slechts strafbaar te stellen het aantasten van de eigenwaarde of het in diskrediet brengen van de groep, omdat die van een bepaald ras is of een bepaalde godsdienst belijdt of levensovertuiging is toegedaan (etc.).²⁸ Kritiek op opvattingen en gedragingen – in welke vorm ook – diende buiten het bereik van de strafbepaling te vallen.²⁹ Het artikel beschermt de groep mensen waartegen de belediging zich richt tegen het effect van de groepsbelediging op derden; de eer en goede naam en het diskrediet van de groep bestaat immers in de ogen van anderen. Het delict kent echter niet het vereiste dat de belediging wordt gedaan met het oogmerk tot haatzaaien. Dit mogelijke effect op derden is buiten de delictomschrijving gehouden. Daarnaast kan het artikel ook geacht worden die groep te beschermen tegen het effect van de belediging op de groep zelf (eigenwaarde).

Artikel 137d Sr geeft geen definitie van ‘aanzetten’. Ook de wetgeschiedenis besteedt geen aandacht aan de vraag hoe men derden aanzet tot discriminatie, haat of geweld. Er valt aan te nemen dat het aanzetten als aansporen begrepen mag worden.³⁰ Aanzetten sluit het opzet in. Voorwaardelijk opzet is ook mogelijk.³¹ De wetgever gaf als criterium daarvoor: een spreker dient willens en wetens de aanmerkelijke kans te hebben aanvaard dat zijn uitlating derden aanzet tot discriminatie, haat of geweld.³² Aanknopingspunt voor het verband tussen de uitlating en het gevolg van het bestaan van discriminatie, haat of geweld is daarmee de uitlating zelf.

De term discriminatie in artikel 137d Sr verwijst naar artikel 90 quater Sr.³³ Daarin is een algemene definitie van discriminatie opgenomen, die op artikel 1 IVUR is geïnspireerd, en die, kort gezegd, elke vorm van onderscheid, uitsluiting, beperking of voorkeur betreft die de gelijke erkenning, het genot of de uitoefening van fundamentele rechten schaadt. Discriminatie is echter nergens in het Wetboek van Strafrecht in zijn algemeenheid strafbaar gesteld. De term ‘haat’ wordt nergens in de wet gedefinieerd. Verschil van mening over de betekenis is mede daarom niet uitgesloten, zoals nog zal blijken.

Artikel 137d Sr toont verwantschap met artikel 131 Sr, dat de opruiing tot strafbare feiten strafbaar stelt, maar kan daar niet mee gelijkgeschakeld worden. In tegenstelling tot artikel 131 Sr, vereist de delictomschrijving van artikel 137d Sr niet dat wordt aangespoord tot een in een delict specifiek omschreven strafbare gedraging. Een overeenkomst is wél dat artikel 137d Sr

27 De Nederlandse wetgever heeft de verplichtingen van het IVUR dus ruim opgevat.

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

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

30 Vgl. Janssens en Nieuwenhuis 2011 (*supra* noot 14), p. 215.

31 Zie ook Janssens en Nieuwenhuis 2011 (*supra* noot 14), p. 231 e.v.

32 *Kamerstukken II, 1969/70, 9724*, nr. 6, p. 5.

33 Ten Voorde, commentaar op artikel 137d Sr, aant.6, C.P.M. Cleiren & J.F. Nijboer, *Strafrecht, Tekst en Commentaar*, Deventer: Kluwer 2010.

het doen van de uitlating als zodanig strafbaar stelt; er hoeft niet te worden bewezen dat het gevolg (discriminatie, haat of geweld) daadwerkelijk is ingetreden.³⁴

In de visie van de Nederlandse wetgever is de ratio van artikelen 137c of d Sr wel het voorkomen van discriminatie, maar vormen uitlatingen die strafbaar zijn op grond van de bepalingen zelf geen discriminerende handelingen. Zo stelde de Nederlandse wetgever tijdens de totstandkoming van de bepalingen: 'Het feitelijke element van de achterstelling brengt mede, dat uitlatingen, geschriften en afbeeldingen geen discriminatie in de zin van de definitie kunnen bevatten.'³⁵

Bij de implementatie van het IVUR nam de Nederlandse wetgever, naast de discriminatiegrond ras, eveneens de grond 'godsdienst en levensovertuiging' in artikel 137c en d Sr op. Het IVUR betreft slechts 'ras' in ruime zin, waaronder de discriminatiegronden ras, huidskleur, nationale of etnische afstamming en afkomst vallen. Het IVUR verplicht niet tot het opnemen van de discriminatiegrond godsdienst. De wetgever meende zo echter alvast te voldoen aan de verplichtingen van een internationaal verdrag ter bestrijding van alle vormen van religieuze intolerantie en discriminatie, dat in voorbereiding was maar nog tot stand moest komen.³⁶ Dit verdrag is echter nooit verwezenlijkt.³⁷

Resumé: ter implementatie van artikel 4a IVUR heeft de Nederlandse wetgever artikel 137c-e Sr opgenomen. De Nederlandse wetgever heeft de verplichtingen ruim opgevat door ook de groepsbelediging op te nemen en de discriminatiegrond godsdienst gelijk te schakelen met de discriminatiegrond ras. De wetgever heeft geen precieze uitleg gegeven van de in de wet niet nader gedefinieerde bestanddelen van artikelen 137c en d Sr en welk gewicht bij hun toepassing aan de vrijheid van meningsuiting toekomt. De delicten bevatten, conform de vereisten van het IVUR, geen bestanddelen, die vereisen dat bepaalde gevolgen, zoals verstoring van de openbare orde of geweld, ook daadwerkelijk zijn ingetreden of dreigen in te treden.

3 Interpretatie en toepassing van artikel 137c en d Sr door partijen in het *Wilders*-proces

In de *Wilders*-zaak hield de vraag naar de strafwaardigheid van Wilders' uitlatingen partijen hoogst verdeeld. De visies van partijen op de ratio van de bepalingen (par. 3.1) bepaalden hun visie op de vereisten aan de delictomschrijving van het verbod van groepsbelediging (par. 3.2) en van haatzaaien (par. 3.3).

3.1 Ratio

Het OM achtte de rubricering van de artikelen in de titel 'Misdrijven tegen de openbare orde' van zeer groot belang voor de ratio van artikel 137c en d Sr. Volgens het OM zijn de artikelen

34 Ten Voorde, commentaar op artikel 137d Sr, aant.6, C.P.M. Cleiren & J.F. Nijboer, *Strafrecht, Tekst en Commentaar*, Deventer: Kluwer 2010.

35 *Kamerstukken II*, 1969/70, 9724, nr. 6 (MvA), p. 4.

36 *Kamerstukken II*, 1969/70, 9723, nr. 3, p. 4.

37 D. Keane, 'Addressing the aggravated meeting point of race and religion', *University of Maryland Law Journal of Race, Religion, Gender & Class* 2006, p. 367-406.

allereerst bestemd tot bescherming van de openbare orde, ten tweede tot bescherming van de eer en goede naam van de daarin genoemde groepen en pas ten derde, en slechts indirect, van individuele personen die deel uitmaken van deze groepen. Het OM benadrukte dat de wetgever met beide artikelen het ontstaan van negatieve beelden over de beschermde groepen bij derden heeft willen voorkomen, omdat deze derden op grond daarvan over kunnen gaan tot handelen (discriminatie en maatschappelijke achterstelling van de personen die tot die groepen behoren). Volgens het OM kan pas het optreden van discriminatie en maatschappelijke achterstelling de openbare orde in gevaar brengen. Als er geen negatieve werking op derden is, ontbreekt daarmee de ratio voor de toepassing van de (beide) artikelen, aldus het OM.³⁸ Voor de beoordeling van strafbaarheid op grond van 137c of d Sr achtte het OM het enkele gekwetst zijn van gevoelens van de groep, en met name hun godsdienstige gevoelens, in het geheel niet relevant.³⁹

Het Gerechtshof Amsterdam zocht in zijn opdracht tot vervolging ex artikel 12 Sv de ratio van de bepalingen juist in de negatieve werking op de individuele personen die deel uitmaken van de groep waartegen de uitlating zich richt, niet op derden. Zo overwoog het hof ten aanzien van de kern van de strafwaardigheid dat de uitlatingen van Wilders een zodanige blokkade in het maatschappelijk debat opwerpen dat moslimgelovigen feitelijk van deelname aan dat debat worden uitgesloten, alleen vanwege hun geloof. Wie, volgens het hof, een ander van de maatschappelijke discussie buitensluit, plaatst hem ook buiten de democratische rechtsorde.⁴⁰ In de ogen van het hof beogen de bepalingen dus het bestaan van de uitlatingen, de negatieve beelden over de beschermde groepen, te voorkomen, omdat de spreker zelf daarmee de groep discriminatoir behandelt en niet omdat derden naar aanleiding van de uitlatingen over kunnen gaan tot discriminatie. Anders dan het OM, ziet het hof bepaalde uitlatingen in het publiek debat dus qualitate qua als een feitelijke verstoring van de openbare orde.

De benadeelden zaten op eenzelfde lijn. Hun vordering tot schadevergoeding was enkel gebaseerd op aanzetten tot haat en discriminatie. Ingekleurd door normen die uit het internationaal recht voortvloeien en die hun grondslag vinden in de menselijke waardigheid, behoorde artikel 137d Sr volgens hen niet slechts als een openbare orde- en een gevaarzettingsdelict te worden beschouwd, maar diende het geacht te worden de intrinsieke waarde te beschermen van het recht te leven in een samenleving die vrij is van intolerante, haatdragende en discriminerende uitlatingen.⁴¹ Wie, volgens de benadeelden, kwetsende uitlatingen doet, doet immers veel meer dan een boodschap doorgeven of een mening uiten: hij verricht een schadelijke handeling.⁴²

Conclusie: waar het OM meningsuitingen pas strafbaar acht wegens een nauw verband met de mogelijk daarop volgende discriminatie en/of gewelddadigheden door derden, achten het hof en de benadeelden het bestaan van discriminatoire uitlatingen op zichzelf al strafbaar wegens hun direct effect op de leden van de groep. Ten grondslag aan het verschil in opvatting tussen OM enerzijds en hof en benadeelden anderzijds over de ratio van de bepalingen ligt een fundamenteel verschil in opvatting over de werking van taal. Het OM maakte een strikt onderscheid

38 Requisitoir OM 25 mei 2011, p. 15-18; 34-36.

39 Requisitoir OM 25 mei 2011, p. 40.

40 Hof Amsterdam 21 januari 2009, *LJN* BH0496, r.o. 13.2.

41 Toelichting benadeelden 27 mei 2011, p. 21-22.

42 De reductie van meningsuitingen tot hun rationale betekenisinhoud miskent volgens hen de haatdragende en stokende communicatie die erin zit, *idem*, p. 15.

tussen een meningsuiting en een handeling. Een meningsuiting kan alleen strafbaar zijn wegens zijn nauwe – *consecutieve* – verband met een daarop volgend handelen, dat pas de openbare orde kan schaden. Het hof en de benadeelden zagen juist een zekere overlap tussen taal en handeling. De *constructieve* werking van taal maakt de simpele meningsuiting een ‘taalhandeling’, die al de openbare orde kan schaden.

3.2 Groepsbelediging

In het arrest van 10 maart 2009, bekend als het ‘gezwel-arrest’, overwoog de Hoge Raad dat gezien de beperkte reikwijdte van artikel 137c Sr die door de wetgever is beoogd, een uitlating *onmiskenbaar* betrekking moet hebben op een bepaalde *groep mensen* die door hun *godsdiens*t wordt gekenmerkt.⁴³ De zaak betrof een poster voor het venster van een huis met de tekst ‘Stop het gezwel dat Islam heet (...)’. Op de poster kwamen moslims in het geheel niet voor. De rechtbank en het hof achtten de poster echter beledigend voor aanhangers van de Islam.⁴⁴ De Hoge Raad sprak verdachte vrij, omdat de enkele omstandigheid dat grievende uitlatingen over een godsdiens ook de aanhangers van die godsdiens krenken niet voldoende is om die uitlatingen te kunnen gelijkstellen met uitlatingen over die aanhangers, dus over een groep mensen wegens hun godsdiens.⁴⁵

Het arrest bevestigt de visie van de wetgever dat gekwetste religieuze gevoelens geen criterium vormen voor strafbaarheid op grond van artikel 137c Sr. Die ratio geldt alleen voor de godslastering strafbaar gesteld in artikel 147 Sr en is beperkt tot de categorie uitingen die het Godsbegrip door smalende godslastering neerhalen.⁴⁶ De Hoge Raad heeft dus vooral de groepsbelediging afgebakend van de godslastering. Na wijzing van het arrest zag de minister van Justitie dan ook af van zijn voorstel voor wetswijziging; er bestond geen ruimte meer om de groepsbelediging te ‘verduidelijken’ door de aanvulling ‘middellijk of onmiddellijk’ onder gelijktijdige schrapping van het godslasteringsdelict,⁴⁷ dat sinds het beroemde ‘Ezel-arrest’ van de Hoge Raad een slapend bestaan leidt en slechts een symboolfunctie vervult.⁴⁸

Volgens Vermeulen veronderstelt het in het gezwel-arrest gemaakte onderscheid tussen godsdiens en godsdienstigen een gesecculariseerd mensbeeld, waarin het geloof van mensen nog maar een beperkt onderdeel van hun identiteit betreft, zodat kritiek op hun godsdiens weinig zegt over de waardering van hen als persoon. Dat mensbeeld zou geen recht doen aan mensen die wel tot in het diepste van hun ziel geloven, vaak kwetsbare orthodox-religieuze minderheden. De beperkte bescherming die artikel 137c hun kan bieden, zou slechts aanvaardbaar zijn als het samenstel van bepalingen (artikel 137c-e Sr) voldoende bescherming biedt.⁴⁹ Naar

43 HR 10 maart 2009, *LJN* BF0655, *NJ* 2010, 19 (m.nt. Mevis).

44 Rb. ‘s Hertogenbosch 19 juli 2005, *LJN* AT9494; Hof ‘s Hertogenbosch 10 november 2006, *LJN* BH3383.

45 HR 10 maart 2009, *LJN* BF0655, *NJ* 2010, 19 (m.nt. Mevis).

46 Het blasfemiedelict is voor het laatst toegepast in het zogenaamde *Ezel*-proces tegen Gerard van het Reve: HR 2 april 1968, *NJ* 1968, 373.

47 *Kamerstukken II* 2008/09, 31700, nr. 6, p. 128.

48 Recent is een initiatiefwetsvoorstel tot schrapping van het godslasteringsdelict ingediend, met het oog op de vrijheid van meningsuiting. Zie: *Kamerstukken II* 2009/10, 32 203, nr.3. De Raad van State adviseerde tot nadere onderbouwing van het voorstel. Zie: *Kamerstukken II* 2009/10, 32 203, nr. 4.

49 Vermeulen 2011 (*supra* noot 19), p. 662-663.

onze mening dienen ook de gekwetste religieuze gevoelens van diepgelovigen echter op zichzelf geen grond voor strafbaarheid van uitlatingen op grond van 137c-e Sr te vormen. Dat kan immers neerkomen op het beschermen van persoonlijke godsdienstige opvattingen van bepaalde godsdienstigen tegen – heftige – kritiek daarop, hetgeen indruist tegen de vrijheid van meningsuiting, de godsdienstvrijheid en het gelijkheidsbeginsel.

Dat doet niet af aan enkele mogelijk problematische kanten van – een strikte toepassing van – het vereiste uit het gezwel-arrest dat uitlatingen *onmiskenaar* betrekking moeten hebben op een groep mensen wegens hun godsdienst (hierna het ‘onmiskenaarheidsvereiste’), die tot op zekere hoogte ook door de *Wilders*-zaak worden geïllustreerd.

Ten aanzien van groepsbelediging van moslims op grond van hun godsdienst had het OM vier uitlatingen aan Wilders ten laste gelegd. Drie daarvan zijn afkomstig uit een artikel in de Volkskrant van 8 augustus 2007 met de titel ‘Genoeg is genoeg; verbied de Koran’, waarin Wilders de Islam met het nazisme en de Koran met Mein Kampf vergeleek.⁵⁰ De vierde uitlating ‘De Islam wil overheersen, onderwerpen en is uit op de vernietiging van onze beschaving. In 1945 werd in Europa het nazisme overwonnen. In 1989 werd in Europa het communisme overwonnen. Nu moet de islamitische ideologie worden overwonnen. Stop de islamisering. Verdedig onze vrijheid’ komt uit de film Fitna.

Het vervolgingsbevel van het hof dateert van voor het gezwel-arrest. Het hof achtte het taalkundige onderscheid tussen ‘beledigend voor een groep’ en ‘beledigend over een groep’ nog gekunsteld. Volgens het Hof Amsterdam wordt juist het uit de godsdienstvrijheid voortvloeiende recht om niet in godsdienstige gevoelens te worden gekwetst in het Wetboek van Strafrecht beschermd door strafbaarstelling van bepaalde uitingsdelicten, zoals vervat in de artikelen 137c, 137d, 137 e, 147, 261 en 266 Sr.⁵¹ Deze laatste visie van het hof heeft de Hoge Raad dus inmiddels verworpen.

Het OM en de rechtbank pasten de criteria van het gezwel-arrest van de Hoge Raad toe. Het OM was van mening dat in de uitlatingen geen negatieve conclusies over moslims worden getrokken, maar kritiek op hun godsdienst wordt geleverd. Volgens het OM ziet ook de uitlating uit Fitna niet onmiskenaar op moslims, ook al worden in de rest van de film moslims in een negatieve setting neergezet.⁵² De Rechtbank Amsterdam oordeelt eveneens dat alle vier uitlatingen betrekking hebben op de Islam en niet op moslims. De rechtbank en het OM passen het onmiskenaarheidsvereiste van de Hoge Raad dus strikt toe. In de *Wilders*-zaak was ten aanzien van de groepsbelediging slechts een uitlating over islamisering uit Fitna ten laste gelegd, maar in de rest van film komen moslims wel degelijk voor. Daarin verschilt de *Wilders*-zaak dus van de gezwel-zaak. In zijn conclusie bij de gezwel-zaak had A-G Machielse nog terloops opgemerkt dat de uitlatingen van Wilders over de Islam hem ernstiger en grievender voor Moslims leken dan de inhoud van de poster.⁵³ Annotator bij het gezwel-arrest Mevis waarschuwde al dat een strikte toepassing van het onmiskenaarheidsvereiste als een voorvraag wel eens tot een

50 Het betreft een citaat van Oriana Fallaci, waarin de Koran met Mein Kampf wordt vergeleken, een uitlating over de fascistische Islam en de islamitische Mein Kampf, en de zin ‘Je zult zien dat al het kwade dat de zoons van Allah tegen ons en henzelf begaan, uit dat boek afkomstig is’.

51 Hof Amsterdam 21 januari 2009, *LJN* BH0496, r.o. 10.

52 Requisitoir OM 25 mei 2011, p. 31.

53 Conclusie A-G mr. Machielse, r.o. 3.8, bij: HR 10 maart 2009, *LJN* BF0655, *NJ* 2010, 19 (m.nt. Mevis). Machielse hecht vervolgens waarde aan het feit, dat de *Wilders*-zaak anders dan de gezwel-zaak door slachtoffers was geïnitieerd.

erg abstracte toets op basis van de letterlijke tekst kan leiden, waarbij die tekst helemaal niet in zijn specifieke tekstuele en maatschappelijke context wordt geplaatst.⁵⁴ Uit de *Wilders*-zaak lijkt te volgen dat de precieze tenlastelegging door het OM inderdaad van groot belang kan zijn.⁵⁵

Hoewel tijdens de totstandkoming van 137c Sr onderscheid werd gemaakt tussen de belediging van een godsdienst en de belediging van een groep mensen op grond van hun godsdienst, bleek namelijk ook dat er mengvormen bestaan.⁵⁶ Zo stelde de minister tijdens de parlementaire behandeling dat de mogelijke strafbaarheid van de uitlating 'deze sekte is zó zot, dat alleen geestelijk gestoorden er met vreugde lid van kunnen zijn', afhankelijk is van de vraag of de spreker bedoeld heeft om een oordeel te geven over de aanhangers of over de overtuiging: zijn de aanhangers idioot of de overtuiging?⁵⁷

Gaat het niet om dergelijke mengvormen, dan heeft een strikte toepassing van het onmiskenbaarheidsverseiste het voordeel van de eenvoud. Daarmee is ook de rechtszekerheid gediend. De vraag blijft dan wel of bepaalde uitlatingen over een godsdienst toch niet zo vilein en agressief kunnen zijn, dat zij als aanzetten tot haat tegen gelovigen in de zin van artikel 137d Sr zijn te beschouwen. Daarop komen wij hieronder nog terug.

3.3 Haatzaaien

In de *Wilders*-zaak, introduceerde de rechtbank een aantal nieuwe, verscherpte vereisten aan het verbod op haatzaaien. We bespreken eerst de toepassing van de criteria van het gezwel-arrest op 137d Sr (par. 3.3.1), vervolgens het 'aanzetten tot' haat (par. 3.3.2) en tot slot het aanzetten tot 'discriminatie' en het opzet daartoe (par. 3.3.3).

3.3.1 Het gezwel-arrest analoog toegepast op artikel 137d Sr in de *Wilders*-zaak

In het gezwel-arrest benadrukte de Hoge Raad dat de kwestie artikel 137c Sr en niet artikel 137d Sr betrof. De Hoge Raad suggereerde hiermee dat het ophangen van de poster wellicht wél strafbaar zou kunnen zijn op grond van artikel 137d Sr.⁵⁸ Die vraag stond in cassatie niet ter discussie, dus daarover kon de Hoge Raad zich niet expliciet uitlaten. Een eerste vraag die in de *Wilders*-zaak nog openstond was daarmee of het onderscheid tussen uitlatingen over een godsdienst en uitlatingen over een groep mensen wegens hun godsdienst ook gelden voor artikel 137d Sr.

54 Annotatie P.A.M. Mevis bij: HR 10 maart 2009, *LJN* BF0655, *NJ* 2010, 19. Zie ook: W. Veraart, 'Beledigen kan alleen in context, Kanttekeningen bij het "belediging islam"-arrest van 10 maart 2009', *NJB* 26 maart 2010, p. 724-730.

55 De benadeelden verzochten eerst het OM en vervolgens de voorzieningenrechter in een KG-procedure tegen de staat om aanpassing van de tenlastelegging, omdat zij het niet eens waren met de keus welke uitlatingen precies tenlastegelegd waren. Zie: Brief benadeelden aan OM, 7 oktober 2010; Vzr. 's Gravenhage 26 november 2010, *LJN* BO5107.

56 De vraag of een beledigende aanval op een godsdienst niet *eo ipso* een aanval betekende op de personen, die die godsdienst aanhangen en die zich met die godsdienst identificeren, werd wel ontkennend beantwoord.

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

58 Vgl. Annotatie P.A.M. Mevis bij: HR 10 maart 2009, *LJN* BF0655, *NJ* 2010, 19. en: W. Veraart, 'Beledigen kan alleen in context, Kanttekeningen bij het "belediging islam"-arrest van 10 maart 2009', *NJB* 26 maart 2010, nr. 12, p. 724-730.

Vermeulen beantwoordt die vraag ontkennend. Een eerste reden daarvoor is de tekst van artikel 137d Sr, dat in tegenstelling tot artikel 137c Sr niet spreekt van ‘over een groep mensen’, maar van aanzetten tot haat *tegen* en discriminatie *van* mensen of gewelddadig optreden *tegen* persoon of goed wegens hun godsdienst. Daarnaast acht Vermeulen het bij scherpe beledigende kritiek op geloofsinhouden nog voorstelbaar dat daarmee de aanhangers van het betreffende geloof op zichzelf nog in hun waarde worden gelaten, maar geldt dat niet bij het aanzetten tot haat, discriminatie of geweld, omdat naar de aard van de zaak dat aanzetten zich richt – ook en juist – *tegen* de personen die het zo gehate geloof aanhangen. Het zou ongelooftwaardig zijn om oproepen tot haat, discriminatie, geweld jegens de Islam als godsdienst op te vatten als louter gericht tegen het collectieve gedachtegoed, en niet – ook, en juist – gericht tegen de personen die door uitvoering van dergelijke oproepen zullen getroffen worden. Evenzo zouden haatzaaiende oproepen, die smalend krenkend oproepen tot bestrijding van God of Allah, opgevat kunnen worden als gericht tegen degenen die in God of Allah geloven. Artikel 137d Sr zou dan in zekere mate de functie van artikel 147 Sr over kunnen nemen.⁵⁹

Naar onze mening kan er in beginsel wel degelijk een onderscheid gemaakt worden tussen uitlatingen die bepaalde godsdienstige opvattingen en gedragingen als volstrekt verwerpelijk en hatelijk voorstellen enerzijds en uitlatingen over personen anderzijds. Het zou bovendien vreemd zijn, wanneer de Hoge Raad vaststelt dat de wetgever heeft gewild dat artikel 137c voldoende ruimte laat voor ook heftige kritiek maar deze kritiek wel weer binnen de reikwijdte van artikel 137d Sr zou vallen. Aan de andere kant zijn er situaties denkbaar waarin uitlatingen over een godsdienst wel degelijk als aanzetten tot haat strafbaar kunnen zijn. Een voorbeeld zou een actie kunnen zijn met posters met de teksten ‘Islam oprotten’ en ‘dood aan de Islam’ in een buurt, waar net een moslim gezin is komen wonen.⁶⁰

Naar het oordeel van de rechtbank is het merendeel van de ten laste gelegde uitlatingen gericht tegen het geloof en niet tegen moslims. Zij past de criteria van het gezwel-arrest daarmee analoog toe op artikel 137d Sr. Dit is nieuw. De vraag of de restrictieve uitleg van de discriminatiegrond godsdienst ook voor artikel 137d geldt, beantwoordt de rechtbank dus bevestigend. Het OM verklaarde het onderscheid geloof – gelovigen eveneens van belang voor 137d Sr.⁶¹

Ten aanzien van aanzetten tot haat tegen en discriminatie van moslims op grond van hun godsdienst had het OM 28 uitlatingen van Wilders aan hem ten laste gelegd. Het betreft uitlatingen afkomstig uit verschillende interviews en artikelen in dagbladen en op het internet en de film *Fitna*.⁶²

Volgens de rechtbank valt zelfs de uitlating van Wilders, waarin hij het feit dat een op de vijf Marokkaanse jongeren als verdachte bij de politie staat geregistreerd toerekent aan hun religie

59 Vermeulen 2011 (*supra* noot 19), p. 663-664.

60 Men vergelijk ook de uitleg van de tekst van de poster in de *Norwood*-zaak, EHRM 19 november 2004, appl.no. 23131/03 (Norwood/VK). (par. 6.1 *infra*).

61 Requisitoir OM 25 mei 2011, p. 38-39.

62 Het interview ‘De Paus heeft volkomen gelijk’, *Volkskrant* 7 oktober 2006, (1-8); De internetcolumn ‘Mohammed deel II: de islamitische invasie’ 6 februari 2007 op geenstijl.nl en pvv.nl (9-14); De aankondiging van de ingezonden brief van Wilders ‘Wilders: verbied de Koran, ook in moskee’, *Volkskrant* 8 augustus 2007 (15-16); de ingezonden brief van Wilders ‘Genoeg is genoeg: verbied de Koran’, *Volkskrant* 8 augustus 2007 (17-23); ‘Wilders wil vernieuwde mini Koran’ op de website van de Wereldomroep. (24); het interview met Wilders ‘Islam is mijn Fitna’, *De Limburger-Limburgs Dagblad*, 9 februari 2008 (25-26); het artikel ‘Het hoeft niet meer maar De Film komt er’, *Volkskrant* 11 februari 2008 (27); en *Fitna* (28).

en cultuur, niet onder artikel 137d Sr, omdat de Islam een gewelddadige religie is en de problemen dus in die gemeenschap zelf zitten. De rechtbank interpreteert de discriminatiegrond 'godsdienst' hier wel erg eng, want de uitlating gaat naar zijn bewoordingen duidelijk over de groep van Marokkanen in verband met hun godsdienst. Wanneer kritiek op *alle* gedragingen van een genoemde groep personen die aan haar wordt toegerekend op grond van haar godsdienst – niet alleen kritiek op ritueel slachten of besnijdenis, maar ook op het inherent criminele gedrag van moslims – in het geheel niet onder de discriminatiegrond godsdienst kan vallen, dan wordt de *reikwijdte* van de delictsomschrijving in belangrijke mate ingeperkt.

De *Wilders*-zaak illustreert met andere woorden dat de overweging van wetgever en Hoge Raad dat kritiek op gedragingen niet strafbaar is, nadere uitleg vraagt. Gaat het daarbij om feitelijk gedragingen van algemene bekendheid? Gaat het om het leggen van een – mogelijk – verband tussen godsdienst en asociale gedragingen? Moeten alle leden van een groep een bepaalde gedraging vertonen of is het voldoende dat er een statistisch verband is? Gaat het alleen om het inschatten van bepaalde risico's? In een aantal eerdere rechtszaken werden wel degelijk veroordelingen wegens aanzetten tot haat en discriminatie op grond van ras en/of godsdienst uitgesproken in verband met uitlatingen waarin Marokkanen, Antillianen, en moslims als crimineel werden afgeschilderd, waaronder de uitlatingen 'Als je het objectief bekijkt dan hebben we het meeste last van Marokkanen en Antillianen. Dit zijn de crimineelste rassen.' en 'En als de moslims hier niet waren gekomen, of zich in ieder geval niet zouden voortplanten als in de mate waarin ze dat nou doen, zou Nederland niet zo eraan toe zijn zoals nu, een grote criminele bende.'⁶³ Om Wilders de gelegenheid te bieden een van zijn toekomstige verweren feitelijk te onderbouwen, had de rechtbank de rechter-commissaris opdracht gegeven om drie deskundigen op het gebied van de Islam en de Koran te horen.⁶⁴ Opvallend is dat de rechtbank uiteindelijk nergens Wilders' bewijsvoering middels getuigenverklaringen over de Islam betreft in haar beoordeling.⁶⁵

3.3.2 *Aanzetten tot haat en verhouding tot de opruiing*

De rechtbank stelt vervolgens hoge eisen aan het strafbaar aanzetten tot haat. Zij stelt 'aanzetten tot' min of meer gelijk aan het 'opruien' uit artikel 131 Sr. Daaruit volgt dat in beginsel in de uitlating sprake moet zijn van een opruiend, '*krachtversterkend element*'. Dit vereiste is nieuw; het was eveneens opgenomen in het requisitoir van het OM, dat het vereiste afleidde uit de jurisprudentie.⁶⁶ Het OM hield daarbij vast aan de visie van de A-G in zijn advies aan het Hof Amsterdam. Die meende dat 'aanzetten', als een vertaling van de term *incitement* uit het IVUR, eerder de betekenis van opruien dan van propageren heeft en beschouwde het opruien als een – te bewijzen – onderdeel van de beschuldiging tot 'aanzetten'.⁶⁷ Wel achtte de A-G de opvatting

63 Rb. 's Gravenhage 12 mei 2011, LJN BQ4301. Zie ook: Hof Amsterdam 11 september 2003, LJN AK8302.

64 Rb. Amsterdam 3 februari 2010, LJN BL1868.

65 De benadeelden achtten het waarheidsbewijs irrelevant met betrekking tot aanzetten tot haat en discriminatie. Zie: Toelichting benadeelden 18 oktober 2010, p. 10; p. 12.

66 Hof Amsterdam 23 december 1996, RR, 416, geciteerd in: Requisitoir OM 25 mei 2011, p. 50-51. Voor de gelijkstelling met de opruiing zie: p. 41-42.

67 Verslag aan het Gerechtshof Amsterdam, 27 november 2008, mr. P. van Kesteren, A-G bij het Gerechtshof Amsterdam, p. 16. Zie daarvoor ook: M. Vrins e.a., 'Van openbaar debat naar openbaar ministerie: de strafrechtelijke aanpak van discriminatie', *Strafblad* 2009, 19 juni 2009, p. 255-270.

mogelijk dat de Nederlandse jurisprudentie op dit punt niet concludent is en dat het recht deze eis niet kent.⁶⁸

Het merendeel van Wilders' uitspraken gericht tegen gelovigen bevat volgens de rechtbank geen krachtversterkend element en kan daarom niet aangemerkt worden als aanzettend tot haat tegen moslims. Dat is slechts anders bij twee uitspraken. Uitspraak 14 (o.a. '(...) Er is een strijd gaande en we moeten ons verdedigen.') betreft volgens de rechtbank mede door haar scherpe bewoordingen een aansporing met een opruiend karakter. De film *Fitna* was ten aanzien van artikel 137d Sr in zijn geheel ten laste gelegd en betreft naar het oordeel van de rechtbank in eerste instantie wél moslims.⁶⁹ De beelden in *Fitna* die een Nederland laten zien, waarin steeds meer moslims komen wonen, hebben volgens de rechtbank in combinatie met de begeleidende muziek die dreigend klinkt, eveneens een opruiend karakter. Het krachtversterkende element betreft daarmee kennelijk vooral de vorm van de uitspraak die het beoogde effect kan genereren. Volgens het OM werden in de film echter de gewelddadige Islam en de Koran tegenover het Westen gezet, waarvan ook moslims de dupe zijn. Daarom zette de film niet aan tot haat in de zin van artikel 137d Sr.⁷⁰

Volgens het Hof Amsterdam vormden alle uitspraken van Wilders daarentegen wel degelijk een strafbare vorm van haatzaaien, niet alleen vanwege de inhoud, maar ook door de wijze van presenteren, namelijk in een vaak gebiedende en militante stijl, gekenmerkt door eenzijdige, sterk generaliserende formuleringen met een radicale strekking, niet aflatende herhaling en toenemende felheid.⁷¹ Het hof meende dat aan de uitspraken daarom een opruiend element niet ontbrak.

Volgens het hof bevatte de selectie van beelden en informatie in *Fitna* de nauwelijks verholten suggestie dat het moslimgelof met moslimextremisme gelijk moet worden gesteld, en dat er een verband bestaat tussen de toename van moslims in Nederland en de toename van gewelds-extremisme of criminaliteit in het algemeen.⁷²

De benadeelden achtten de combinatie van de vreselijke beelden van de aanslagen in New York en Madrid en beelden van gewone moslims op straat en flatgebouwen met schotelantennes zo suggestief, dat alle moslims daarmee afgeschilderd worden als terroristen en als een gewelddadige bedreiging van de samenleving. Wilders zou zich daarnaast schuldig maken aan *framing*, een gesprekstechniek waarbij de spreker door een uitgekiende woordkeuze het debat naar zijn hand zet: de term 'islamisering' wekt de associatie met criminaliteit en dus met mensen; wat als simpele islamkritiek wordt voorgesteld, gaat in wezen over moslims.⁷³

In jurisprudentie over 137d Sr heeft de rechter de term haat ook wel omschreven als een 'gevoel van diepe afkeer tegen iemand, samen met de wens om die persoon te zien neergaan, al dan niet samen met het verlangen hem ook te schaden'⁷⁴ en het aanzetten tot haat zo gekarakteriseerd dat een uitspraak groepen tegenover elkaar plaatst en hierdoor voor een 'intrinsiek

68 Verslag aan het Gerechtshof Amsterdam, 27 november 2008, mr. P. van Kesteren, A-G bij het Gerechtshof Amsterdam, p. 16.

69 Requisitoir OM 25 mei 2011, p. 120.

70 Requisitoir OM 25 mei 2011, p. 62.

71 Hof Amsterdam 21 januari 2009, L/JN BH0496, r.o. 12.1.2.

72 Hof Amsterdam 21 januari 2009, L/JN BH0496, r.o. 12.1.2.

73 Toelichting benadeelden 18 oktober 2010, p. 7; Toelichting benadeelden 27 mei 2011, p. 9.

74 Rechtbank Rotterdam 10 maart 2006, L/JN AV5108.

conflictueuze tweespalt' zorgt.⁷⁵ In de *Wilders*-zaak verschillen het OM en de rechtbank van mening over de vraag in hoeverre de uitlating zelf uitdrukking dient te geven aan de haat, de tweedeling, waartoe wordt aangespoord. Anders dan het OM acht de rechtbank het niet nodig dat in de uitlating letterlijk beide groepen worden genoemd die tegenover elkaar worden gezet.⁷⁶

Een ander verschil is dat voor het OM tevens richtinggevend is dat het moet gaan om een dreigende verstoring van de openbare orde. Het stelde daarom aan het bestanddeel haat het extra vereiste dat de tweedeling, de belangenkloof waartoe wordt aangespoord, kan leiden tot ernstige en vaak gewelddadige conflicten.⁷⁷ Daarmee brengt het OM artikel 137d Sr wel heel erg dicht in de buurt van de opruiing van artikel 131 Sr. De *reikwijdte* van de delictsomschrijving – nog los van beantwoording van de vraag naar haar *proportionele toepassing* – zou hierdoor sterk worden ingeperkt en ook niet stroken met de verplichtingen op grond van het IVUR.

3.3.3 *Aanzetten tot discriminatie*

Ook aan het aanzetten tot discriminatie stelt de rechtbank hoge eisen. Zij definieert discriminatie als 'een concreet beschreven gedraging'⁷⁸ en kwalificeert vervolgens slechts die uitlatingen als aanzetten tot discriminatie die zelf een concrete handeling tot uitdrukking brengen waartoe wordt aangespoord: 'De grenzen gaan nog diezelfde dag dicht voor alle niet-westerse allochtonen'; 'Iedereen past zich aan onze dominante cultuur aan. Wie dat niet doet, is hier over twintig jaar niet meer. Die wordt het land uitgezet'; 'We hebben een gigantisch probleem met moslims, het loopt aan alle kanten de spuigaten uit, en we komen met oplossingen waarmee je een muis nog niet het hok in krijgt'; en 'We willen genoeg. De grenzen dicht, geen islamieten meer Nederland in, veel moslims Nederland uit, denaturalisatie van Islamitische criminelen (...)'.⁷⁹ Grenzen dicht; het land uitzetten; en denaturalisatie: het zijn inderdaad allemaal concrete maatregelen gericht tegen moslims.

Volgens de rechtbank vallen alleen deze vier van de 28 uitlatingen onder de delictsomschrijving van artikel 137d Sr. De overige uitlatingen – zoals '(...) Ik heb het over wat er naar Nederland komt en wat zich hier voortplant. Als je naar de cijfers kijkt en de ontwikkeling daarin (...) Moslims zullen van de grote steden naar het platteland trekken. We moeten de tsunami van de islamisering stoppen(...)' – vallen er niet onder. De oproep om de tsunami van de islamisering te stoppen verwoordt inderdaad geen concrete maatregel gericht tegen moslims, maar geeft wel blijk van Wilders' algemeen politiek streven naar een vermindering van het aantal moslims in Nederland.

De interpretatie door de rechtbank van aanzetten tot discriminatie lijkt sterk geïnspireerd door de analyse van het OM, dat het aanzetten tot een gedraging, het discriminatoir oftewel ongelijk behandelen, scherp onderscheidde van het aanzetten tot discriminatoir denken of het aanzetten tot een discriminatoire visie. Slechts dat eerste is volgens het OM strafbaar. Het bijdragen aan een discriminatoire voedingsbodem als zodanig, door het bezigen van uitdrukkin-

75 HR 2 april 2002, *LJN* AD8693, *NJ* 2002, 421 (m.nt. P.A.M. Mevis).

76 De rechtbank verwijst naar de arresten van de Hoge Raad Janmaat en Combat 18 betreffende uitlatingen waarin niet uitdrukkelijk wordt gesproken over een conflictueuze tweedeling, maar die wel een strafbaar aanzetten tot haat opleverden.

77 Requisitoir OM 25 mei 2011, p. 54.

78 *Idem*.

79 Respectievelijk uitlating 1; 5; 6; 11.

gen die negatieve beeldvorming in de hand werken en ertoe geëigend zijn om mensen tot discriminerende overtuigingen en attitudes te brengen, is dat niet, aldus het OM.⁸⁰

Ten aanzien van het opzetvereiste van verdachte en waarop dat gericht dient te zijn, bestaat vervolgens weer een belangrijk verschil in opvatting. Het Hof Amsterdam hanteerde het criterium van het voorwaardelijk opzet, dat door de minister van Justitie tijdens de wetsgeschiedenis werd genoemd⁸¹ en ook in de rechtspraak wordt toegepast.⁸² Volgens het hof ging het om de vraag of Wilders wist of had moeten begrijpen dat het risico op het intreden van het gevolg zich zou kunnen voordoen.⁸³

Het OM en de rechtbank verhoogden het opzetvereiste. Het OM citeerde uit het proefschrift van Rosier, dat een kritische verhandeling betreft over de verhouding tussen vrijheid van meningsuiting en discriminatie in Nederland in het licht van een rechtsvergelijking met Amerika.⁸⁴ Een spreker hoeft geen rekening te houden met wat 'gefrustreerden, bevooroordeelden en zulthoofden naar te verwachten wel eens uit hun uitlatingen zouden kunnen halen.'⁸⁵ Het OM achtte het criterium dat uitlatingen 'geëigend of geschikt zijn om anderen tot discriminerende handelingen te bewegen' ongelukkig, juist omdat zij de kans op het intreden van een bepaald gevolg lijkt te verwoorden. Die kans en het op verwezenlijking daarvan gerichte opzet achtte het OM in het geheel niet relevant. Volgens het OM dienen uitlatingen 'gericht' te zijn op discriminatie door derden. Bewustheid van het tot discriminatie aanzettende karakter van de uitlating is daarvoor voldoende, aldus het OM.⁸⁶

De rechtbank deelt de visie van het OM. Zo overwoog de rechtbank ten aanzien van Fitna: 'De film bevat geen uitlatingen of fragmenten die erop *gericht* zijn het idee bij anderen te wekken om te gaan discrimineren. Evenmin kan worden gezegd dat de film in zijn geheel erop *gericht* is dit idee bij anderen te wekken [curs. EHJ & AJN]'.⁸⁷

Conclusie: Overwegende dat meningsuitingen alleen strafbaar zijn wegens hun negatief effect op derden en hun nauw verband met het gevolg van discriminatie en geweld, vereist de rechtbank, in navolging van het OM, voor strafbaarheid op grond artikel 137d Sr, dat uitlatingen min of meer letterlijk, direct en in krachtige termen aansporen tot haatdragende gedragingen of gericht zijn op concreet omschreven discriminatoire handelingen onmiskenbaar tegen een groep gelovigen. Voor het hof en de benadeelden is daarentegen suggestief taalgebruik, waarin verbanden worden gelegd tussen islamisering van, moslimimmigratie naar en verhoogde criminaliteitscijfers in Nederland al strafbaar, omdat het bestaan van dergelijke uitlatingen een voedingsbodemp kan zijn voor discriminatie. Sterker nog, door dergelijk taalgebruik (*associaties/framing*) wordt volgens hen de menselijke waardigheid en positie van gelovigen in de samenleving al aangetast.

80 Requisitoir OM 25 mei 2011, p. 57.

81 *Kamerstukken II*, 1969/70, 9724, nr. 6, p. 5.

82 Hof 's Gravenhage 23 januari 2008, *LJN* BC4171.

83 Hof Amsterdam 21 januari 2009, *LJN* BH0496, r.o. 12.1.4.

84 Th. Rosier, *Vrijheid van meningsuiting en discriminatie in Nederland en Amerika* (diss. VU), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997.

85 Rosier 1997 (*supra* noot 84), p. 105; Requisitoir OM 25 mei 2011, p. 67.

86 Requisitoir OM 25 mei 2011, p. 57-58; p. 66-68.

87 Rb. Amsterdam 23 juni 2011, *LJN* BQ9001, r.o. 4.3.2.

4 Context

Volgens de rechtbank dienden de uitlatingen van Wilders bij de waardering van hun strafbaarheid op grond van artikelen 137c en d Sr allereerst gezien te worden in hun directe tekstuele context (par. 4.1) en vervolgens in de bredere context van het publiek debat (par. 4.2).

4.1 Directe tekstuele context

Uit de vorige paragrafen bleek dat het OM en de rechtbank bij de waardering van Wilders' uitlatingen uitgingen van hun rationele letterlijke betekenis, terwijl uitgangspunt voor het hof en de benadeelden was Wilders' beeldspraak en gebruik van de ambiguïteit van taal. Het verschil in interpretatie van artikel 137d Sr als een verbod op het engere begrip 'aanzetten tot discriminatie, haat of geweld' of op het bredere begrip 'haatzaaien' blijkt voorts helder uit het verschil in opvatting over de vraag welke samenhang er tussen de uitlatingen van Wilders gezien mag worden – met de kanttekening dat het verschil in taak tussen het hof, het OM en de rechtbank hier mogelijk een rol speelt.

Het Hof Amsterdam oordeelde dat de uitlatingen van Wilders, gedaan op verschillende data, in samenhang gezien geschikt zijn om in zijn geheel haat te zaaien en aan te zetten tot discriminatie.⁸⁸ Het OM wees deze visie expliciet van de hand. Het achtte het strafrechtelijk gezien fundamenteel onjuist om verschillende uitlatingen uit hun directe tekstuele context te halen, om zo een nieuwe samenhang te creëren met uitlatingen uit andere uitingen. De strafrechtelijke samenhang beperkte zich volgens het OM in beginsel bij elke uitlating tot één boek, één interview, één bijeenkomst. Wanneer een uitlating niet aanzet tot haat of discriminatie kan zij niet door loutere herhaling wel die betekenis krijgen.⁸⁹

De rechtbank kiest een middenweg en acht de context van de overige uitlatingen van Wilders die op de materie zien en die in het dossier zijn opgenomen mede relevant voor de vraag of de afzonderlijke uitlatingen aanzetten tot haat.⁹⁰ Volgens de rechtbank moeten Wilders' uitlatingen dus gewaardeerd worden in het licht van zijn politieke discours over de Islam en moslims-immigratie. Uitlating 14 (o.a. '(...) Er is een strijd gaande en we moeten ons verdedigen.') zet vanwege de context niet aan tot haat, omdat Wilders in het interview ook zegt niets tegen de moslims, maar iets tegen de Islam te hebben. Eenzelfde soort redenering geldt voor Fitna. Wilders heeft herhaaldelijk benadrukt dat de boodschap van de film in zijn geheel de kwalijke invloed van de Islam is, hetgeen ook blijkt uit Wilders' conclusie dat moslims haatdragende pagina's uit de Koran dienen te scheuren.⁹¹

88 Hof Amsterdam 21 januari 2009, *LJN* BH0496, r.o. 12.1.2.

89 Requisitoir OM 25 mei 2011, p. 43-45; 48-49.

90 Rb. Amsterdam 23 juni 2011, *LJN* BQ9001, r.o. 4.3.1.

91 Het OM meende dat voor zover er in de film wordt aangezet tot een bepaald handelen, dat een handelen is tegen de Islam. Daarom zette de film niet aan tot discriminatie. Requisitoir OM 25 mei 2011, p. 121-122.

4.2 Context van het politiek en publiek debat: de driestapstoets analoog toegepast op 137d Sr

Wij zagen dat de rechtbank de uitingsvrijheid gewicht gaf door hoge vereisten te stellen aan de delictsomschrijving van artikel 137d Sr. Ten aanzien van die uitlatingen van Wilders die zij als een aanzetten tot haat of discriminatie kwalificeert, maakt de rechtbank vervolgens een nadere afweging met de vrijheid van meningsuiting (ten aanzien van de groepsbelediging komt de rechtbank hier niet aan toe), die met name hier gewicht krijgt. Het gaat dan dus om het bepalen van de *proportionele toepassing* van artikel 137d Sr.

De rechtbank acht de artikelen 137c en 137d Sr van gelijksoortig karakter en past daarom – net als het OM⁹² – de driestapstoets die de Hoge Raad in een aantal arresten heeft ontwikkeld voor artikel 137c Sr toe op artikel 137d Sr. De arresten van de HR betroffen alle de vraag of uitlatingen over homoseksuelen gedaan vanuit de geloofsovertuiging in het publieke debat strafbare groepsbelediging opleverden. De eerste vraag is of de uitlating op zichzelf beledigend is; de tweede of de context – het uiteenzetten van de geloofsovertuiging en het willen leveren van een bijdrage aan het maatschappelijk debat, dit beledigend karakter er niet aan kan doen ontvallen; de derde of de uitlating niet onnodig grievend is, wat tot gevolg heeft dat zij – ook in die context – toch strafbaar is.⁹³ Er is overigens ook een arrest van de HR dat erop wijst dat deze stappentoets ook uitgevoerd kan worden wanneer er een bijdrage geleverd wordt aan het publiek debat die niet voortvloeit uit de godsdienstige overtuiging.⁹⁴

Ook in de lagere rechtspraak wordt de toets zo gehanteerd.

Het Hof Amsterdam achtte een analoge toepassing echter onjuist, omdat Wilders niet vanuit een geloofsovertuiging sprak maar uiting gaf aan zijn politieke overtuigingen.⁹⁵ De rechtbank daarentegen meent dat het regime voor religieuze en politieke overtuigingen gelijk is. Dat is naar onze mening terecht, omdat niet valt in te zien waarom in het publieke debat religieuze overtuigingen een ruimere bescherming zouden genieten dan politieke overtuigingen en de context van het publieke debat het beledigende karakter aan beide soorten overtuigingen niet op dezelfde wijze zou kunnen ontnemen.⁹⁶

Een andere vraag is in hoeverre de stappentoets relevant is bij toepassing van artikel 137d Sr. Hoewel de Hoge Raad de context ook hier een rol laat spelen, heeft de Hoge Raad voor deze bepaling niet een dergelijke driestapstoets gehanteerd. Dat ligt in zijn algemeenheid ook niet voor de hand. Zo mag men aannemen dat het expliciet aanzetten tot gewelddadigheden nog steeds strafwaardig is, indien dat gebeurt als onderdeel van het publiek debat.⁹⁷ Ten aanzien

92 Requisitoir OM 15 oktober 2010 deel 2, p. 29-31.

93 HR 9 januari 2001, *NJ* 2001, 203; HR 9 januari 2001, *NJ* 2001, 204 (m.nt. de Hullu); HR 14 januari 2003, *NJ* 2003, 261 (m.nt. Mevis).

94 HR 15 april 2003, *NJ* 2003, 334.

95 Hof Amsterdam 21 januari 2009, *LJN* BH0496, r.o. 12.1.3.

96 Zie daarvoor: A.J. Nieuwenhuis, *Godsdienstvrijheid en bijdragen aan het maatschappelijk debat*, *NJCM-Bulletin* 2004, p. 154-166. Vgl. echter: B.P. Vermeulen, 'De Goerees en de kardinaal, ofwel: vrijheid van godsdienst versus discriminatieverbod', in: L. Heyde e.a. (red.), *Begrensde vrijheid*, Zwolle: Tjeenk Willink 1989; B.P. Vermeulen, Artikel 6, in: P.W.C. Akkermans en A.K. Koekkoek, *De Grondwet. Een artikelsgewijs commentaar*. Zwolle: Tjeenk Willink 1992, p. 127-128 en p. 131-133.

97 Zo kon een poster met een afbeelding van een kerk en de tekst 'Burn the' worden opvat als een aansporing om een kerk in brand te steken, waardoor die poster geen bijdrage aan het publieke debat of maatschappelijke kwestie opleverde. Rb. Utrecht 26 april 2010, *LJN* BM8138.

van het aanzetten tot discriminatie heeft de rechtbank de toets wel toegepast, maar slechts in beperkte mate duidelijkheid geschapen over de betekenis ervan.

De rechtbank acht de driestapstoets evenmin van toepassing op het aanzetten tot haat: zij acht het moeilijk voorstelbaar dat wanneer een uitlating aanzet tot haat, de context van het publiek debat het karakter van het aanzetten tot haat relativeert of wegneemt. De rechtbank acht het eerder denkbaar dat wanneer een uitlating aanzet tot discriminatie, de context van het publiek debat het karakter van het aanzetten tot discriminatie relativeert of wegneemt.⁹⁸ Algemeen gesteld, ontvalt de strafbaarheid volgens de rechtbank aan de vier uitlatingen die zij in eerste instantie als een aanzetten tot discriminatie kwalificeert, als gevolg van de werking van het argument van het vrije politieke en maatschappelijke debat over de problematiek van de multiculturele samenleving, immigratie en Islam. De rechtbank hecht veel belang aan de hevigheid van het bestaande debat over de multiculturele samenleving en immigratie ten tijde van het doen van de uitlatingen, die volgens haar ruimere grenzen aan de uitingsvrijheid creëert 'to offend, shock or disturb'. Deze redenering heeft veel kritiek ontvangen; omdat Wilders zelf mede de hevigheid van het debat zou hebben bepaald of ertoe zou hebben bijgedragen, leidt de redenering ertoe, dat een spreker eigenlijk zijn eigen grenzen zou kunnen bepalen.

De rechtbank geeft vervolgens een erg 'subjectieve uitleg' van het karakter van de uitlatingen. In navolging van de 'context' arresten van de Hoge Raad hecht de rechtbank veel waarde aan het perspectief van Wilders die zijn uitlatingen noodzakelijk acht om maatschappelijke problemen aan de kaak te stellen. De rechtbank beschouwt Wilders' uitlatingen als kritiek op regeringsbeleid en politieke plannen van anderen of politieke voorstellen in het kader van dit publieke debat, die Wilders hoopt te verwezenlijken nadat hij op democratische wijze aan de macht is gekomen. De rechtbank verleent een politicus dus de ruimte om concrete politieke maatregelen voor te stellen die, indien prompt uitgevoerd, wellicht in strijd zijn met een bestaand wettelijk discriminatieverbod. Volgens de rechtbank zijn uitlatingen pas strafbaar indien zij 'grensoverschrijdend' zijn. De rechtbank introduceert hiermee een nieuwe term, die wellicht vergelijkbaar is met de term 'onnodig grievend' bij de uitleg van artikel 137c Sr. Op drie van de vier uitlatingen die aanzetten tot discriminatie past de rechtbank deze proportionaliteitstoets toe, maar zij motiveert niet waarom die uitlatingen niet grensoverschrijdend zijn, waardoor de nieuwe term niet verder wordt ingevuld.⁹⁹

Weer lijkt de interpretatie van de rechtbank sterk geïnspireerd door de analyse van het OM.¹⁰⁰ Volgens het OM, moet de vrije meningsuiting een correctie vormen op de definitie van discriminatie in artikel 90 quater, omdat daar volgens het OM ook het maken van gerechtvaardigd onderscheid onder kan vallen. Het aanzetten tot die gedragingen behoort niet strafbaar te zijn.¹⁰¹ Slechts voorstellen tot maatregelen die in een wanverhouding staan tot het onderliggende maatschappelijke probleem zijn 'buitensporig'. Het OM benadrukte daarbij niet ook te beoordelen of de maatregel indien uitgevoerd discriminatie zou opleveren.¹⁰² Het OM lijkt hier de kool en de geit te willen sparen. Ter rechtvaardiging van een correctie van het bestanddeel discriminatie door het belang van de vrije meningsuiting, nam het OM de discriminatiegrond

98 Rb. Amsterdam 23 juni 2011, *LJN* BQ9001, r.o. 3.2.1.

99 Bij uitlating 1;5;6 wel, bij uitlating 11 niet.

100 Requisitoir OM 25 mei 2011, p. 62.

101 Requisitoir OM 25 mei 2011, p. 61-62.

102 Requisitoir OM 25 mei 2011, p. 63.

handicap als voorbeeld: het voorstel tot het onttrekken van kinderen aan de opvoeding door hun verstandelijk zeer gehandicapte ouders zou toch niet strafbaar moeten zijn.¹⁰³

In de ogen van het OM en de rechtbank mag een politicus dus in een publiek debat politieke voorstellen doen tot overheidsmaatregelen die, indien uitgevoerd, misschien in strijd zouden zijn met het discriminatieverbod van artikel 1 Grondwet. Het beoordelen van de 'grensoverschrijdendheid' of buitensporigheid van dergelijke voorstellen voor maatregelen lijkt ons een lastige exercitie; wat vormt hiervoor de maatstaf? Te denken valt weer aan de mogelijke verstoring van de openbare orde door het risico op gewelddadige conflicten. Het OM en de rechtbank betrokken bij hun beoordeling van de uitlatingen echter slechts de directe tekstuele context en de context van het publiek debat, en niet ook de context van het maatschappelijke klimaat waarin discriminatie en geweld tegen moslims in min- of meerdere mate voorkomt.

Het vonnis laat zich op dit punt moeilijk rijmen met het Janmaat-arrest van de Hoge Raad. Politicus Janmaat werd veroordeeld voor zijn uitlating 'Zodra we de mogelijkheid en de macht hebben, schaffen we de multiculturele samenleving af', die hij had geroepen tijdens een demonstratie van de CD en CP'86. Andere demonstranten hadden 'Vol is vol', 'Eigen volk eerst' en 'Nederland voor de Nederlanders' geroepen. De uitlating van Janmaat, in samenhang met deze andere uitlatingen, kon volgens de rechter niet anders begrepen worden dan te zijn gericht op de verwijdering van etnische minderheden uit de Nederlandse samenleving.¹⁰⁴ Dat het hier slechts een weinig concreet politiek voorstel betrof dat men hoopte te verwezenlijken nadat men op democratische wijze aan de macht zou zijn gekomen, ontnam de strafbaarheid aan de uitlating niet. Met weinig woorden wees de Hoge Raad het cassatieverzoek af. In haar annotatie bij het vonnis in de *Wilders*-zaak, stelt Van Noorloos terecht dat de rechtbank in haar interpretatie van aanzetten tot discriminatie grotendeels het 'militante democratie'-idee dat in eerdere rechtspraak naar voren kwam verlaat.¹⁰⁵ De Hoge Raad heeft zijn jurisprudentie op dit punt echter nog niet gewijzigd.

Conclusie: Volgens de rechtbank zijn uitlatingen die aanzetten tot haat niet minder strafwaardig, indien zij onderdeel van het publiek debat vormen. De rechtbank waardeert hun strafbaarheid op grond van 137d Sr daarom vooral in hun directe tekstuele context. De context van het publiek debat kan daarentegen wél de strafbaarheid ontnemen aan uitlatingen die aanzetten tot discriminatie in de zin van artikel 137d Sr, mits zij niet 'grensoverschrijdend' zijn. Volgens de rechtbank zijn politieke voorstellen tot maatregelen die mogelijk een verboden vorm van discriminatie opleveren niet per definitie 'grensoverschrijdend'. Dit uitgangspunt volgt niet zonder meer uit de keuzes die de Nederlandse wetgever en de Hoge Raad in het verleden hebben gemaakt (Janmaat).

De rechtbank voert de toets van de 'grensoverschrijdendheid' echter niet consequent en gemotiveerd uit, maar lijkt eerder het tot discriminatie aanzettende karakter van uitlatingen steeds tegen het belang van de vrije meningsuiting weg te strepen.

103 Requisitoir OM 25 mei 2011, p. 61-62.

104 Annotator 't Hart is erg kritisch op de eigen interpretatie van het begrip multiculturalisme waaruit hof en Hoge Raad een wel erg indirecte vorm van aanzetten tot haat en discriminatie in de uitlating van Janmaat lazen: HR 18 mei 1999, *NJ* 1999, 634 (m.nt. 't Hart).

105 Rechtbank Amsterdam, 23 juni 2011, *Mediaforum* 2011 (m.nt. van Noorloos), p. 282.

5 Ras versus godsdienst

Omdat de vier uitlatingen van Wilders die ten laste gelegd zijn wegens aanzetten tot haat tegen en discriminatie van niet-westerse allochtonen en Marokkanen op grond van hun ras, volgens de rechtbank überhaupt niet een ras betreffen – net als volgens het OM¹⁰⁶ en de verdediging¹⁰⁷ – komt zij niet aan een beoordeling toe. Het vonnis kan daarom geen antwoord geven op de vraag of het onderscheid tussen kritiek op een godsdienst en kritiek op godsdienstigen ook zou gelden ten aanzien van ras. De Hoge Raad had die vraag in het gezwel-arrest nadrukkelijk opengelaten.

De vraag komt op welke verschillen er bestaan tussen de discriminatiegronden ras en godsdienst. De beide discriminatiegronden zijn in het internationale recht tot op zekere hoogte gelijkgesteld.¹⁰⁸ Zo verplicht artikel 20, tweede lid IVBPR staten om het propageren van op nationale afkomst, ras of godsdienst gebaseerde haatgevoelens die aanzetten tot discriminatie, vijandigheid of geweld, bij de wet te verbieden. De vraag is echter hoever de gelijkschakeling van de beide discriminatiegronden kan gaan. Het IVUR verplicht tot strafbaarstelling van de verspreiding van denkbeelden gegrond op rassensuperioriteit. Een uitlating als ‘het zwarte ras staat lager dan het blanke ras’ is strafbaar, omdat een dergelijke uitlating over een ras per definitie gaat over personen van dat ras, die die biologische eigenschap niet kunnen afleggen.

Het is daarentegen minder goed voorstelbaar dat een verdragsbepaling zou verplichten de verspreiding van denkbeelden gegrond op de superioriteit van een bepaalde godsdienst strafbaar te stellen. De verkondiging van de superioriteit van een bepaalde godsdienst is immers eigen aan zoveel godsdiensten en dient niet strafbaar te zijn, maar juist onder de godsdienstvrijheid te vallen. Dergelijke uitlatingen over een godsdienst kunnen ook bedoeld zijn om de aanhangers van een andere godsdienst te bekeren. Meer in het algemeen kan iemand van godsdienst veranderen of zijn geloof afleggen.¹⁰⁹

Aan de andere kant beperkt het IVUR zich niet tot discriminatie op grond van biologische karakteristieken zoals ras en huidskleur, maar strekt het zich uit tot andere onderscheidingsmerken, waaronder nationale en etnische afstamming. Godsdienst vormt weliswaar geen aparte discriminatiegrond, maar kan als een centrale component van etnische groepsidentiteit gezien worden en daarom een belangrijke rol spelen bij xenofobie, racisme en groepschaat.¹¹⁰ Vanwege de nexus tussen ras en godsdienst, is ook wel gepleit voor uitbreiding van de reikwijdte van het IVUR tot de mengvorm van ‘aggravated discrimination’, discriminatie op grond van ras én godsdienst.¹¹¹

106 Requisitoir OM 25 mei 2011, p. 123-125.

107 De rechtbank wees het bezwaar van de verdediging tegen de tenlastelegging van feit 4 en 5 echter af. Zie: Rb. Amsterdam 13 januari 2010, *LJN* BK9121.

108 Zie uitgebreid: Themanummer Gelijke behandeling en nondiscriminatie, *NTM/NJCM-Bull.* 2011, met name: H.M.T. Holtmaat en G.Th. Terpstra, ‘Leve de pluriformiteit bij discriminatiebestrijding. Een kritiek op het ideaal van een uniforme aanpak van verschillende discriminatiegronden’, p. 159-173.

109 Vgl. Vermeulen 2011 (*supra* noot 19), p. 661-662.

110 N. Lerner, ‘The Nature and Minimum Standards of Freedom of Religion or Belief’, *Brigham Young University Law Review* 2000, p. 905-932.

111 Keane 2006 (*supra* noot 37), p. 367-406; J.A. Lindgren Alves, Race and Religion in the United Nations Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *University of San Francisco Law Review* 2008-42, p. 941-982.

In de *Wilders*-zaak lijkt de vraag naar het onderscheid tussen de discriminatiegronden ras en godsdienst ten grondslag te liggen aan het twistpunt tussen partijen over de vraag in hoeverre Wilders' uitlatingen, en met name Fitna, zijn te kwalificeren als 'associatieve uitlatingen' in de zin van onder andere het Combat 18-arrest. Het arrest betrof de vraag naar de strafbaarheid van een aantal t-shirts met daarop 'Combat 18' en de woorden 'whatever it takes' en 'support' op grond van 137e Sr. Combat 18 is de naam van een racistische beweging in Engeland, voortgekomen uit de rechts-extremistische groepering Blood&Honour. De cijfers verwijzen naar de eerste en achtste letter van alfabet, A en H, en daarmee naar Adolf Hitler. Het hof had verdachte vrijgesproken omdat deze uitlatingen 'op zichzelf bezien' niet beschouwd konden worden als aanzetten tot haat en discriminatie. Volgens de Hoge Raad was dat een te beperkte uitleg van artikel 137e Sr en diende de betekenis van deze uitlatingen te worden bepaald 'in de gegeven omstandigheden van het geval en in het licht van mogelijke associaties die deze uitlatingen wekken'. De Hoge Raad vernietigde de uitspraak van het hof op dit punt en verwees de zaak terug naar het Hof Den Haag.¹¹²

Voor het hof en de benadeelden, zo zagen we, vormde de associatie van Wilders' uitlatingen over de Islam met moslims een juridisch argument zowel voor het bewijs van het bestanddeel 'een groep wegens hun godsdienst', als voor het haatzaaiende karakter van de uitlatingen. Het vervolgingsbevel van het hof dateert van voor het Combat 18-arrest, maar de benadeelden verwezen daarbij expliciet naar het Combat 18-arrest.¹¹³ De reductie van meningsuitingen tot hun rationele betekenisinhoud miskent volgens de benadeelden de haatdragende en stokende communicatie die erin zit.¹¹⁴ Het OM verklaarde het Combat 18-arrest daarentegen geheel niet van toepassing op de *Wilders*-zaak. Volgens het OM dient een 'associatieve uitlating' namelijk te refereren aan iets dat buiten de uitlating bestaat en ziet de term niet op suggestieve (beeld)taal binnen eenzelfde uitlating, dus niet op Wilders' uitlatingen.¹¹⁵ De rechtbank verwijst in zijn vonnis eveneens naar het Combat 18-arrest en overweegt, dat Wilders' uitlatingen niet alleen op zichzelf dienen te worden bekeken, maar dat de associaties die zij wekken een relevante context vormen voor het bewijs van hun haatzaaiende karakter.¹¹⁶ De rechtbank betreft deze context echter vervolgens niet in de motivering van zijn waardering van de uitlatingen. Daardoor blijft de betekenis van de verwijzing (welke associatie?) door de rechtbank onduidelijk. Druist het meewegen van de context van de associatieve kracht van uitlatingen niet in tegen de eerdere gestelde vereisten dat uitlatingen onmiskenbaar over een groep wegens hun godsdienst moeten gaan en min of meer direct moeten aansporen tot haat en discriminatie?

De vraag komt op hoe het gezwel-arrest zich nu verhoudt tot het Combat 18-arrest. Volgens Vermeulen zou het doortrekken van het in het gezwel-arrest gemaakte onderscheid tussen godsdienst en godsdienstigen naar artikel 137d en e Sr niet in lijn zijn met het Combat 18-arrest, omdat daarin de begeleidende omstandigheden en de context meegewogen werden, zodanig dat teksten die op zichzelf niet rechtstreeks verwijzen naar een specifieke groep, niettemin (*gegeven* die omstandigheden en context) toch in de zin van artikel 137e Sr strafbaar kunnen zijn. Het zou voor de hand liggen dat dat ook geldt als de betreffende groep niet door het

112 HR 23 november 2010, *LJN* BM9135.

113 Toelichting benadeelden 27 mei 2011, p. 9.

114 Toelichting benadeelden 27 mei 2011, p. 15.

115 Requisitoir OM 25 mei 2011, p. 46-49.

116 Rb. Amsterdam 23 juni 2011, *LJN* BQ9001, r.o. 4.3.1.

behoren tot een bepaald ras (waar het hier om ging) maar door het aanhangen van een bepaalde godsdienst wordt gekarakteriseerd.¹¹⁷

Wij menen echter dat het zojuist gemaakte onderscheid tussen ras en godsdienst het verschil tussen beide arresten kan verklaren. Het Combat 18-arrest past in een vaste lijn in de jurisprudentie van de Hoge Raad, waarin hij het propageren van racistische ideologieën door de verspreiding van nazi-symbolen als een vorm van strafbaar aanzetten tot haat en discriminatie tegen de Joodse bevolkingsgroep op grond van hun ras en/of godsdienst in de zin van artikel 137d of e Sr heeft aangenomen.¹¹⁸ Bij dergelijke uitlatingen werden derden niet min of meer direct aangespoord tot een welomschreven handelen of gevoel onmiskenbaar tegen de Joodse bevolkingsgroep, maar de uitlatingen zaaiden wel haat tegen die groep vanwege de associaties die zij wekten met het nazisme, de Tweede Wereldoorlog en de Holocaust.

Daarnaast heeft de rechter de ridiculisering, ontkenning of trivialisering van de Tweede Wereldoorlog en de Holocaust als een indirecte vorm van strafbare groepsbelediging van de Joodse bevolkingsgroep op grond van hun ras en/of godsdienst aangenomen in de zin van artikel 137c of e Sr, onder andere omdat deze uitlatingen 'de gevoelens van de groep kwetsen'.¹¹⁹ Dergelijke beledigende uitlatingen gingen naar hun bewoordingen eveneens niet direct over de Joodse bevolkingsgroep, maar waren voor hen wel beledigend, doordat die uitlatingen over een onderwerp gingen waarmee de groep zich identificeert of doordat die uitlatingen een bepaalde associatie wekten. Zo kreeg een bijzondere groep met een bijzondere geschiedenis een bijzondere bescherming, aldus Rosier.¹²⁰

Naar onze mening is deze jurisprudentie niet zonder meer van toepassing op de *Wilders*-zaak, omdat bij Wilders' uitlatingen over de Islam of islamisering de associatie met een racistische ideologie als het nazisme en historische gebeurtenissen als de Tweede Wereldoorlog en de Holocaust in principe ontbreekt, althans een ander karakter heeft. De associatie met het nazi-dom kan voor de joodse bevolkingsgroep als den wezenlijk bedreigend opgevat worden, omdat zij vanuit nazi-perspectief worden bejegend. Wilders maakt daarentegen een vergelijking tussen twee boeken, de Koran met *Mein Kampf*, en suggereert daarmee dat er een overeenkomst bestaat tussen moslims en de nazi's. Daaraan ligt geen dreiging vanuit nazi-perspectief besloten. Wanneer de eerst genoemde associatie te gauw in uitlatingen worden ingelezen, komt de vrijheid van meningsuiting onder druk te staan.¹²¹

117 Vermeulen 2011 (*supra* noot 19) p. 664.

118 HR 6 december 1983, *NJ* 1984, 601 (m.nt. Mulder); HR 11 maart 1986, *NJ* 1987, 462 (m.nt. Mulder) HR 22 maart 1988, *RR* 1995, p. 297 (m.nt. Pattipawae); HR 21 februari 1995, *RR* 1995-2000, p. 43-46 (m.nt. Schalken); HR 21 september 2010, *LJN* BM2483.

119 HR 18 oktober 1989, *NJ* 1989, 476 (m.nt. Mulder); HR 11 december 1990, *NJ* 1991, 313 (m.nt. 't Hart; Hof Arnhem 19 augustus 2010, *LJN* BN4204; *NJFS* 2010, 294. Recent verwierp de Hoge Raad nog het beroep tegen een veroordeling door het Hof op grond van artikel 137 c en e Sr wegens het plaatsen van een onnodig grievende 'Auschwitzcartoon' op het internet. Zie: HR 27 Maart 2012, *LJN* BV5623.

120 Rosier 1997 (*supra* noot 84), p. 54-56.

121 Vgl. echter ten aanzien van cartoons: E.J. Dommering, 'De dubbele moraal van het groepsbeledigen in cartoons: Een fictieve redevoering ter gelegenheid van het niet op 30 september gevierde vijfjarige jubileum van de Deense cartoonrellen' (9/30), *NJB* 2010, p. 2264-2268.

6 'Hate speech' jurisprudentie van het EHRM

De referentie naar de EHRM-jurisprudentie door de rechtbank in zijn motivering van de beoordeling van de uitlatingen blijft beperkt tot het uitgangspunt, dat de vrije meningsuiting er ook is 'to offend, shock or disturb'. De rechtbank besteedt geen enkele overweging aan de volgende vraag, die in een aantal recente arresten van het EHRM centraal stond: in hoeverre heeft een politicus nu een speciale verantwoordelijkheid om in een dergelijk hevig debat te voorkomen dat zijn uitlatingen aanzetten tot religieuze intolerantie en op godsdienst gegronde haat en discriminatie?¹²² Dat is opmerkelijk te noemen, omdat het een van de twistpunten in de zaak vormde. Het OM meende dat in de tweede stap van de contextuele toets plaats is om de EHRM-jurisprudentie mee te wegen, maar achtte die jurisprudentie toch van secundair belang.¹²³ Voor de benadeelden bepaalde de genoemde EHRM-jurisprudentie juist met name de uitleg van artikel 137d Sr.¹²⁴ Het Amsterdamse Hof zag het beroep van Wilders op de uitingsvrijheid ten aanzien van sommige uitlatingen in het licht van de EHRM-jurisprudentie als misbruik van recht.¹²⁵ Wij behandelen daarom in beknopte vorm een drietal elementen van de Straatsburgse jurisprudentie: de misbruik van recht-constructie (par. 6.1); de beoordeling van de strafbaarstelling van *hate speech* en de verplichting tot vervolging daarvan (par. 6.2), en de positie van de politicus in het openbaar debat (par. 6.3).

6.1 Misbruik van recht

Artikel 17 EVRM bepaalt dat de verdragsbepalingen niet het recht inhouden om activiteiten te verrichten met als doel de in het Verdrag vastgelegde rechten en vrijheden te niet te doen. Het Hof heeft zelf als algemeen doel van de bepaling geformuleerd het voorkomen dat totalitaire bewegingen de uitgangspunten van het verdrag ten eigen nutte misbruiken.¹²⁶ In overeenstemming daarmee is de toepassing van de bepaling op klachten van communistische en extreem rechtse partijen.¹²⁷ Ook anti-semitische uitlatingen¹²⁸ en holocaustontkenning¹²⁹ vallen binnen de reikwijdte van de bepaling. Het Hof heeft de reikwijdte ten aanzien van uitlatingen ook wel ruimer omschreven als uitlatingen die 'ran counter to the text or spirit of the Convention'.¹³⁰ Artikel 17 EVRM kan volgens het Hof in het geding zijn wanneer uitlatingen een racistische,

122 EHRM 10 juli 2008, appl.no. 15948/03 (Soulas/Frankrijk), *ECHR* 2008/112 (m.nt. Gerards); EHRM 16 juli 2009, appl.no. 15615/07 (Féret/België), *ECHR* 2009/111 (m.nt. Voorhoof), *NJ* 2009, 412, 4055-4058 (m.nt. Dommering), *Mediaforum* 2009 (m.nt. Voorhoof); EHRM 20 april 2010, appl.no. 18788/09 (Le Pen/Frankrijk) (rec.), *NJ* 2010, 429 (m.nt. Dommering); *NTM/NJCM-Bull.* 2010, p. 533-540 (m.nt. Lawson); annotatie Voorhoof op: <http://www.psw.ugent.be/dv/page.aspx?id=5>.

123 Requisitoir OM 12 oktober 2010 deel 1, p. 13-19.

124 Toelichting benadeelden 18 oktober 2010, p. 20-24. Toelichting benadeelden 27 mei 2011, p. 12-14.

125 Hof Amsterdam 21 januari 2009, *LJN* BH0496, r.o. 12.2.2.

126 EHRM 1 juli 1961, appl.no. 332/57 (Lawless/Ierland), r.o. 6; EHRM 2 september 2004, appl.no. 42264/98 (W.P./Polen).

127 ECRM 11 oktober 1979, appl.no. 8348/78 en 8406/78 (Glimmerveen en Hagenbeek/Nederland).

128 EHRM 20 februari 2007, appl.no. 35222/04 (Ivanov/Rusland), *ECHR* 2007/68.

129 EHRM 23 september 1998, appl.no. 24662/94 (Lehideux & Isorni/Frankrijk), *Mediaforum* 1999 (m.nt. Nieuwenhuis); EHRM 24 juni 2003, appl.no. 65831/01 (Garaudy/Frankrijk), *ECHR* 2003/69.

130 EHRM 13 december 2005, appl.no. 7485/03 (Witzsch/Duitsland).

antisemitische of islamofobe strekking hebben, waarbij ook de heftigheid van de gebruikte bewoordingen van belang kan zijn.¹³¹

Indien een uitlating als misbruik van recht wordt gekwalificeerd dan hoeft de beperking niet meer getoetst te worden aan de beperkingsclausule in het tweede lid van artikel 10 EVRM. Dat wil overigens niet zeggen dat een dergelijke toets snel tot de conclusie zou kunnen leiden dat de beperking niet noodzakelijk is in een democratische samenleving.

De overweging van het EHRM dat bepaalde islamofobe uitlatingen misbruik van recht op kunnen leveren, kan geïllustreerd worden aan de hand van de zaak *Norwood*. Het betrof een vlak na 9/11 opgehangen poster met een afbeelding van de brandende Twin Towers en de tekst 'Islam out of Britain – Protect the British People'. Het EHRM vat dit – in navolging van de nationale rechter – op als een 'public expression of attack on all Muslims in the United Kingdom'. Deze is in strijd met de door het verdrag gegarandeerde waarden van in het bijzonder 'tolerance, social peace and non-discrimination'.¹³² Daarom komt *Norwood* geen beroep toe op het recht op vrijheid van meningsuiting.

Tegenover deze toepassing van artikel 17 EVRM op uitlatingen ten aanzien van een godsdienst of gelovigen, staat dat het Hof in enkele andere gevallen uitdrukkelijk overwogen heeft dat de uitlatingen buiten het bereik van de misbruik van recht bepaling vielen. Dat gold zowel voor een tegen de Islam gericht boek waarin de noodzaak van een gewapende strijd tussen autochtonen en immigranten werd aangekondigd (*Soulas t. Frankrijk*¹³³) als voor een reeks uitlatingen van een politicus over voorrang voor Belgen, tegen immigratie van profiteurs en islamisering, en over de terroristische couscoussclan (*Féret t. België*¹³⁴). In deze gevallen was dus wel een beroep op het recht op vrijheid van meningsuiting mogelijk. In beide gevallen achtte het Hof overigens de sancties naar aanleiding van deze uitlatingen toelaatbaar, waarover hieronder meer.

De uitlatingen van Wilders laten zich naar onze mening nog het best – uiteraard tot op zekere hoogte – vergelijken met de uitlatingen in de zaak *Féret*. Daardoor komt de overweging van het Hof Amsterdam dat er bij de uitlatingen van Wilders in enkele gevallen sprake is van misbruik van recht, enigszins in de lucht te hangen, ook al omdat het hof niet aangeeft om welke uitlatingen het precies gaat. Mogelijkerwijs heeft het Hof bepaalde uitlatingen begrepen als een pleidooi voor de uitzetting van alle moslims uit Nederland, net zoals de posteractie van *Norwood* door het EHRM werd begrepen.

Overigens is het antwoord op de vraag of de uitlatingen als misbruik van recht zijn aan te merken niet onmiddellijk beslissend voor de strafbaarheid naar Nederlands recht. Weliswaar is er geen beroep op de vrijheid van meningsuiting meer mogelijk en ligt een interpretatie van de strafbepalingen in het licht daarvan minder voor de hand; een interpretatie van de strafbepaling op grond van de wil van de wetgever hoeft niet per se tot andere resultaten te leiden. Uit de jurisprudentie van het EHRM valt ook niet simpelweg de verplichting af te leiden om uitlatingen die als misbruik van recht zijn te beschouwen strafbaar te stellen.

131 EHRM 2 oktober 2008, appl.no. 36109/03 (*Leroy/Frankrijk*), *EHRC* 2008/134, *NJ* 2009, 378 (m.nt. Dommering), *NJCM-Bulletin* 2008, p. 41-55 (m.nt. van Sasse van Ysselt), r.o. 27.

132 EHRM 19 november 2004, appl.no. 23131/03 (*Norwood/VK*).

133 EHRM 10 juli 2008, appl.no. 15948/03 (*Soulas/Frankrijk*), *EHRC* 2008/112 (m.nt. J.H. Gerards).

134 EHRM 16 juli 2009, appl.no. 15615/07 (*Féret/België*), *EHRC* 2009/111 (m.nt. D. Voorhoof), *NJ* 2009, 412, p. 4055-4058 (m.nt. Dommering), *Mediaforum* 2009, (m.nt. Voorhoof).

Daar staat tegenover dat de regering in het verleden wel heeft opgemerkt dat Nederland geen behoefte heeft aan een misbruik van recht-bepaling in de Grondwet nu onder meer artikel 137d Sr een afdoende bescherming kan bieden tegen uitlatingen die de democratie willen aantasten.¹³⁵ Bij de toepassing van artikel 137d Sr op het aanzetten tot discriminatie kan het dan toch nuttig zijn om vast te stellen of er sprake is van misbruik van recht. Het lijkt zelfs mogelijk de door de Rechtbank Amsterdam gebruikte term ‘grensoverschrijdend’ zo nader in te vullen, los van het antwoord op de vraag of deze zo is bedoeld.

6.2 Beperkingen van de vrijheid van meningsuiting

Vallen uitlatingen niet in de categorie misbruik van recht, dan onderzoekt het EHRM de beperking in kwestie op grond van het tweede lid van artikel 10 EVRM, waarbij de hamvraag is of de beperking als noodzakelijk in een democratische samenleving kan worden beschouwd. Daarbij wijst het EHRM enerzijds op het grote belang van een grote ruimte voor de politieke discussie in een democratie. Deze ruimte geldt in beginsel ook voor het bespreken van problemen gemoeid met immigratie en integratie (Soulas) en ook de verhouding tussen bepaalde groepen moslims en het terrorisme is een zaak van algemeen belang (Brunet le Compte en Lyon Mag/Frankrijk¹³⁶).

Uitlatingen die haat propageren, rechtvaardigen of ertoe aanzetten mogen echter gesanctioneerd worden. Dat gold voor de eerder genoemde gevallen *Soulas* en *Féret*. In de zaak *Soulas* is het daarbij opmerkelijk dat het EHRM de nationale autoriteiten op dit punt een tamelijk ruime appreciatiemarge geeft, terwijl dat in het algemeen niet gebruikelijk is ten aanzien van beperkingen die de politieke discussie raken. De problematiek ten aanzien van immigratie en integratie verschilt echter zodanig per land dat het volgens het Hof aanvaardbaar is dat aan de discussie daarover niet in ieder land dezelfde grenzen wordt gesteld.

In de zaak *Féret* acht het Hof de beperking geoorloofd nu zijn uitlatingen de gemeenschappen van immigranten als criminogeen en belachelijk voorstellen. Dergelijke uitlatingen wekken bij het publiek, in het bijzonder dat deel van het publiek dat het minst goed op de hoogte is, gevoelens van minachting en afwijzing en bij sommigen ook haat. Uitlatingen die aanzetten tot haat op grond van godsdienstige en etnische vooroordelen houden een gevaar in voor de sociale vrede en de politieke stabiliteit.

In de dissenting opinion komt een andere opvatting naar voren. Drie van de zeven rechters menen dat uitlatingen die deel uitmaken van het publiek debat pas gesanctioneerd mogen worden indien zij oproepen tot bepaalde handelingen of vormen van discriminatie.¹³⁷ Daarbij leggen zij een zekere nadruk op het verschil tussen uitlatingen die zien op ras en uitlatingen die zien op godsdienst. Ook achten zij het idee dat relatief onnozele burgers beschermd moeten worden tegen minder rationele geluiden niet stroken met de uitgangspunten van de democratie.

De vaak gehanteerde term ‘hate speech’ vormt niet als vanzelf de oplossing voor de binnen het Hof bestaande onenigheid. Uit de jurisprudentie van het Hof valt weliswaar op te maken

135 *Kamerstukken II* 1975/76, 13872, nr. 7, p. 4.

136 EHRM 6 mei 2010, appl.no. 17265/05 (Brunet Lecompte en Lyon Mag/Frankrijk).

137 Zij baseerden hun definitie van hate speech op artikel 4 IVUR en verwierpen de definitie van de Aanbeveling No. R (97) 20 over hate speech aangenomen door de Raad van Europa op 30 oktober 1997.

dat 'hate speech' verboden mag worden, maar de term zelf is niet zonder meer duidelijk.¹³⁸ Het Hof heeft 'hate speech' enkele malen omschreven als: 'all forms of expression which spread, incite, promote or justify hatred based on intolerance (including religious intolerance)'.¹³⁹ Een belangrijke vraag daarbij is of uitlatingen ook als 'hate speech' verboden kunnen worden, alleen omdat zij kunnen leiden tot een grotere mate van intolerantie, of dat er een duidelijker verband aangegeven moet kunnen worden tussen de uitlating en concrete vormen van discriminatie of geweld. Voor de meerderheid in de zaak *Féret* is de kwalijke invloed op het maatschappelijk klimaat voldoende om een beperking te rechtvaardigen; de dissenting opinion eist een duidelijker band tussen uitlating en daarop volgende handelingen. De verschillende benaderingen zijn tot op zekere hoogte ook terug te vinden in de meerderheids- en minderheidsopinie in de zaak *Gündüz*.¹⁴⁰ Bij afzien van andere verschillen spiegelt zich daarin het onderscheid in benadering tussen het Hof Amsterdam en benadeelden enerzijds en het OM en de Rechtbank Amsterdam anderzijds.

De benadering van de dissenters in de *Féret*-zaak is niet terug te vinden in de recente ontvankelijkheidsbeslissing *Le Pen*/Frankrijk.¹⁴¹ *Le Pen* was in Frankrijk veroordeeld wegens zijn uitlatingen over de dag waarop er in Frankrijk geen 5 maar 25 miljoen moslims zullen zijn, de Fransen de straten moeten schoonmaken en zich onderdanig moeten gedragen of anders een pak slaag kunnen krijgen. Het EHRM stelt wederom – onder verwijzing naar *Soulas* – dat er juist ten aanzien van uitlatingen over het immigratiedebat een zekere appreciatiemarge bestaat. De denigrerende uitlatingen van *Le Pen* schilderen een verontrustend beeld van de hele moslim-gemeenschap en pleiten voor het verdwijnen ervan. Daarmee zetten ze bevolkingsgroepen tegenover elkaar. Artikel 10 EVRM is niet geschonden.

Op grond van de jurisprudentie van het EHRM valt te verdedigen dat een veroordeling van *Wilders* niet apert in strijd geweest zou zijn met artikel 10 EVRM. Die overweging van het Hof Amsterdam komt dan ook als juist voor. Dat wil echter niet zeggen dat de Nederlandse strafbepalingen ook zo uitgelegd moeten worden dat de uitlatingen van *Wilders* onder de reikwijdte ervan vallen. In de eerste plaats bepaalt het EHRM ook in de zaken *Soulas*, *Féret* en *Le Pen* niet welke beperkingen zijn voorgeschreven maar alleen welke beperkingen wel of niet in strijd zijn met artikel 10 EVRM. Dat blijkt eens te meer uit het feit dat het EHRM in *Soulas* de nationale autoriteiten op dit punt een relatief ruime appreciatiemarge toekent.

138 Zie uitgebreid A. Weber, *Manual on Hate Speech*, Council of Europe 2009; T. McGonagle, *Minority rights, freedom of expression and the media: dynamics and dilemmas*, (diss. UvA) School of Human Rights Research series, vol. 44, Cambridge: Intersentia 2011.

139 EHRM 4 december 2003, appl.no. 35071/97 (*Gündüz*/Turkije), *EHRC* 2004/5, *NJ* 2005, 176 (m.nt. Dommering), r.o. 40; EHRM 6 juli 2006, appl.no. 59405/00 (*Erbakan*/Turkije), *EHRC* 2006/110, r.o. 56. Vooralsnog is onduidelijk of 'homophobic speech' ook als 'hate speech' is aan te merken. Zie ook de omschrijving van Aanbeveling No. R (97) 20 over hate speech aangenomen door de Raad van Europa op 30 oktober 1997.

140 In de zaak *Gündüz*, achtte het Hof een veroordeling wegens een publieke verdediging van de sharia in een televisieprogramma zonder daarbij op te roepen tot het invoeren daarvan op gewelddadige wijze wél in strijd met artikel 10 EVRM. De 'dissenters' meenden daarentegen dat de beperking op de uitingsvrijheid was gerechtvaardigd, omdat hate speech ook het aanzetten tot haat op grond van godsdienst en andere vormen van haat gebaseerd op religieuze intolerantie omvatte. Zie: EHRM 4 december 2003, appl.no. 35071/97 (*Gündüz*/Turkije), *EHRC* 2004/5, *NJ* 2005, 176 (m.nt. E.J. Dommering).

141 EHRM 20 april 2010, appl.no. 18788/09 (*Le Pen*/Frankrijk) (rec.), *NJ* 2010, 429 (m.nt. Dommering), *NTM/NJCM-Bull.* 2010, p. 533-540 (m.nt. Lawson), annotatie D. Voorhoof op: <http://www.psw.ugent.be/dv/page.aspx?id=5>.

Uit de jurisprudentie van het EHRM valt ook geen verplichting voor staten af te leiden om hate speech te vervolgen. Het EHRM benoemde tot nog toe een mogelijke positieve verplichting van de Staat om de rechten voortvloeiend uit 9 EVRM te verzekeren vooral in zijn algemeenheid.¹⁴² Het Verenigd Koninkrijk, Polen en Denemarken waren in specifieke gevallen echter niet verplicht op te treden tegen bepaalde beledigend ervaren uitlatingen over een godsdienst.¹⁴³ Wanneer een staat echter een individu geen enkele bescherming biedt tegen religieus geïnspireerd geweld en in het geheel geen stappen onderneemt om de discriminatoire motieven van dergelijk geweld te onderzoeken, schendt die Staat een positieve verplichting op grond van artikel 3 jo 14 EVRM.¹⁴⁴

In een recent arrest overweegt het EHRM dat er op grond van artikel 8 EVRM een verplichting kan bestaan om stigmatisering van een persoon op grond van zijn etnische identiteit tegen te gaan.¹⁴⁵ Een verdeeld Hof is echter van mening dat er in casu niet een verplichting bestond de gewraakte uitlatingen tegen te gaan, hoewel de overheid zelf deze uitlatingen faciliteerde. De zaak is doorverwezen en ligt ter beoordeling bij de Grote Kamer.

6.3 Positie volksvertegenwoordiger

De meerderheid van het EHRM lijkt in *Féret* ook van de mening te verschillen met de ‘dissenters’ over de wijze waarop in rekening moet worden gebracht dat degene die de uitlatingen heeft gedaan een politicus en meer in het bijzonder een parlementariër is. De minderheid is van mening dat politieke kritiek, zeker die van een volksvertegenwoordiger van de oppositie, bij uitstek voor bescherming van de vrijheid van meningsuiting in aanmerking komt. Het Hof lijkt in meerderheid er juist vanuit te gaan dat een volksvertegenwoordiger die zich uitlaat een grotere verantwoordelijkheid toekomt en beperkingen daarom eerder te rechtvaardigen zijn.

Dit meningsverschil is in zoverre begrijpelijk dat in de jurisprudentie van het Hof beide overwegingen aangetroffen kunnen worden. Een rode draad in de jurisprudentie is immers dat het maatschappelijke en het politieke debat in het bijzonder beschermd is.¹⁴⁶ Dat geldt in beginsel voor bijdragen van alle mogelijke deelnemers daaraan. Wel heeft het EHRM de uitingsvrijheid van bepaalde actoren uitgelicht. Men denke in de eerste plaats aan de pers. Maar wellicht nog meer dan de pers, die door het Hof meermalen als *public watchdog* is aangemerkt, hoort een volksvertegenwoordiger – van de oppositie – de ruimte te hebben om deel te nemen aan de maatschappelijke discussie en om kritiek op de regering uit te oefenen.¹⁴⁷ Dat ligt in het hart van de democratische samenleving, of een volksvertegenwoordiger er nu voor kiest om

142 EHRM 20 september 1994, appl.no. 13470/87 (Otto Preminger Instituut/Oostenrijk), *NJ* 1995, 366 (m.nt. Dommering), *NJCM-Bulletin* 1995, p. 188-191 (m.nt. de Winter).

143 ECRM 5 maart 1991, appl.no. 17439/90 (Choudhury/Verenigd Koninkrijk); ECRM 18 april 1997, appl.no. 33490/96 (Dubowska en Skup/Polen); EHRM 11 december 2006, appl.no. 5853/06 (Ben El Mahi e.a./Denemarken), *EHRC* 2007/28 (m.nt. den Heijer).

144 EHRM 14 december 2010, appl.no. 44614/07 (Milanoviæ/Servië), *EHRC* 2011-39, (m.nt. Henrard).

145 EHRM 27 juli 2010, appl.no. 4149/04 en 41029/04 (Aksu/Turkije), *NJ* 2011, 346 (m.nt. Dommering); *NTM/NJCM-bull.* 2011, p. 725-737 (m.nt. Rosier).

146 EHRM 26 april 1979, appl.no. 6538/74 (Sunday Times/VK).

147 EHRM 23 april 1992, appl.no. 11798/85 (Castells/Spanje), *NJ* 1994, 102 (m.nt. Dommering).

zijn uitlatingen in een vergadering van het vertegenwoordigend orgaan te doen,¹⁴⁸ of niet. Volgens het EHRM dient een beperking opgelegd aan een gekozen volksvertegenwoordiger dan ook zeer strikt beoordeeld te worden.¹⁴⁹ Deze rode draad leidt overigens niet tot de conclusie dat de vrijheid van meningsuiting van een volksvertegenwoordiger nooit beperkt zou mogen worden,¹⁵⁰ maar daar zullen bij uitstek zwaarwegende redenen voor moeten zijn.

In andere arresten schrijft het Hof aan politici soms tegelijkertijd een speciale verantwoordelijkheid toe. Wel lijkt hier enig onderscheid op zijn plaats. Uitlatingen van politieke gezagdragers als een burgemeester¹⁵¹ hebben als vanzelf een extra impact. De overwegingen van het Hof betreffende leden van het parlement hebben een enigszins ander karakter. Het EHRM lijkt vooral mee te wegen dat politici erop gericht zijn om aanhang te verwerven; mede daarom dienen ze zich van de effecten van hun woorden bewust te zijn.¹⁵² Voorts moeten zij bij uitstek geschikt geacht worden rekening te houden met de uitgangspunten van de democratie, nu zij streven naar macht.¹⁵³

De verhouding tussen speciale vrijheid en de mogelijkerwijs bestaande speciale verantwoordelijkheid is diffuus.¹⁵⁴ Sluiten we aan bij de laatste zin van de vorige alinea, dan valt te verdedigen dat uitlatingen van een politicus eerder misbruik van recht op kunnen leveren dan van een gewone burger, juist omdat de misbruik van recht bepaling bij uitstek ziet op een politiek streven. De daaraan voorafgaande overwegingen lijken eerder te vertalen naar het opzetvereiste. Soms schijnen de overwegingen ten aanzien van de specifieke positie van de politicus vooral bijkomende argumenten te zijn in geval het Hof tot de conclusie is gekomen dat een beperking niet of juist wel geoorloofd is.

Keren we terug naar de zaak *Wilders*. Het Hof Amsterdam legde de nadruk op de speciale verantwoordelijkheid van de politicus die hem tot een grotere terughoudendheid zou verplichten. Het OM en de rechtbank refereren eerder aan de andere invalshoek, de speciale vrijheid van de politicus. Daarbij is het overigens niet duidelijk in hoeverre hun overwegingen zien op het politieke debat in het algemeen of dat zij daarbinnen de politicus nog een geprivilegieerde positie willen toekennen. Men vergelijk hier het arrest van 11 november 2011 van de Hoge Raad. Daarin volgt de Hoge Raad het hof, dat had overwogen dat in een democratie het politieke debat in beginsel op het scherpst van de snede gevoerd moet kunnen worden en dat het bovendien om

148 EHRM 2 februari 2010, appl.no. 571/04 (Kubaszewski/Polen).

149 EHRM 20 april 2010, appl.no. 18788/09 (Le Pen/Frankrijk) (rec.), *NJ* 2010, 429 (m.nt. Dommering), *NTM/NJCM-Bull.* 2010, p. 533-540 (m.nt. Lawson), annotatie D. Voorhoof op: <http://www.psw.ugent.be/dv/page.aspx?id=5>. Zie ook: EHRM 27 februari 2001, appl.no. 26958/95 (Jerusalem/Oostenrijk), *EHRC* 2001/27 (m.nt. Heringa), r.o. 35; EHRM 11 april 2006, appl.no. 71343/01 (Brasiliër/Frankrijk), r.o. 42.

150 Zie EHRM 13 mei 2004, appl.no. 74245/01 (Öllinger/Austria) (dec.) en EHRM 4 april 2006, appl.no. 33352/02 (Keller/Hongarije) (dec.), *EHRC* 2006/90.

151 Het oordeel in het arrest *Karatepe t. Turkije* is daar mede op gebaseerd: EHRM 31 juli 2007, appl.no. 41551/98 (Karatepe/Turkije).

152 EHRM 6 oktober 2006, appl.no. 59405/00 (Erbakan/Turkije), *EHRC* 2006/110.

153 EHRM 16 juli 2009, appl.no. 15615/07 (Féret/België), *EHRC* 2009/111 (m.nt. D. Voorhoof), *NJ* 2009, 412, p. 4055-4058 (m.nt. Dommering), *Mediaforum* 2009, 10, nr. 29 (m.nt. Voorhoof); uit deze zaak blijkt overigens dat er binnen het Hof verschil van mening bestaat over welke grenzen aan de vrijheid van meningsuiting van politici gesteld kunnen worden.

154 Men kan zich overigens afvragen of het in een democratie te verdedigen is dat in een politiek debat een politicus een andere mate van vrijheid toekomt dan een gewone burger, zie hiervoor A.J. Nieuwenhuis, 'Tussen grondrechtelijke vrijheid en parlementaire onschendbaarheid; de vrijheid van meningsuiting van de parlementariër', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2010, p. 4-23.

uitlatingen van een volksvertegenwoordiger ging. Deze uitgangspunten van het hof geven volgens de Hoge Raad niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting.¹⁵⁵

Resumé: In de discussie over de uitleg en toepassing van artikel 137c en d Sr speelt het EVRM en de daarop gebaseerde jurisprudentie een rol van betekenis. Zo is de invloed op de 'context van het maatschappelijk debat' onmiskenbaar. Meer in het algemeen dient de Nederlandse rechter ervoor te waken dat de toepassing van de strafbepalingen niet een schending van artikel 10 EVRM vormt. Daar staat tegenover dat het hem vrij staat om de strafbepalingen, bijvoorbeeld op grond van wetshistorische argumenten, beperkt uit te leggen (onmiskenbaarheidsvereiste), ook al zou een ruimere uitleg niet in strijd zijn met de jurisprudentie van het EHRM. Pas wanneer uit deze jurisprudentie duidelijk omschreven verplichtingen tot strafbaarstelling zouden voortvloeien, zou dat anders kunnen zijn. Vooralsnog geldt dat zelfs niet voor misbruik van recht.

7 Besluit – Kernpunten in het Wilders-proces

In het *Wilders*-proces heeft de rechtbank, in navolging van het OM, verscherpte criteria gesteld aan de toepassing van artikel 137d Sr op uitlatingen over gelovigen en/of hun godsdienst. De rechtbank trekt het strikte onderscheid tussen uitlatingen over een godsdienst en daarmee samenhangende gedragingen en praktijken enerzijds en uitlatingen over gelovigen anderzijds (het gezwel-arrest), dat van toepassing is op 137c Sr, door naar 137d Sr. Dat onderscheid behoeft echter nadere uitleg, zodat duidelijk wordt wanneer gedragingen van een groep op grond van hun godsdienst onder de reikwijdte van de discriminatiegrond godsdienst kunnen vallen. Daarentegen dient mogelijk suggestieve godsdienstkritiek niet licht op een lijn gesteld te worden met racistische propaganda die associaties wekt met het nazisme en de Holocaust (Combat 18-arrest).

De rechtbank in de zaak *Wilders* vereist voor strafbaarheid op grond van artikel 137d Sr, dat uitlatingen min of meer letterlijk, direct en in krachtige termen aansporen tot haatdragende gedragingen of gericht zijn op concreet omschreven discriminatoire handelingen tegen een groep gelovigen. De rechtbank past de contextuele toetsing die van toepassing is op artikel 137c Sr analoog toe op artikel 137d Sr. Zij acht in een publiek debat gedane politieke voorstellen tot maatregelen die mogelijk een verboden vorm van discriminatie opleveren niet per definitie 'grensoverschrijdend', hetgeen zich moeilijk laat rijmen met eerdere jurisprudentie. Ook deze laatste term behoeft nadere uitleg. De rechtbank lijkt op de heftigheid van de uitlatingen te duiden. Wanneer deze toets erop neerkomt dat bepaalde gevolgen, zoals verstoring van de openbare orde of geweld, ook daadwerkelijk moeten zijn ingetreden of dreigen in te treden, dan zou aanknoping voor strafbaarheid niet alleen de uitlating zelf dienen te zijn, maar dient ook gekeken te worden naar de maatschappelijke context waarin discriminatie en geweld tegen de betreffende groep in min- of meerdere mate voorkomt. Een andere maatstaf voor de 'grensoverschrijdendheid' zou kunnen zijn of er sprake is van misbruik van recht. Daarvan zou sprake kunnen zijn, indien uitlatingen gericht zijn op de vernietiging van andermans grondrechten die in de Nederlandse rechtsstaat zonder onderscheid naar ras of godsdienst bestaan.

155 HR 11 november 2011, L/JN BU3917.

De interpretatie van artikel 137d Sr door de rechtbank in de *Wilders*-zaak zorgt voor een beperkt toepassingsbereik. Zeker niet alle uitlatingen, die het EHRM als *hate speech* omschrijft en waartegen het EHRM optreden gerechtvaardigd acht vallen daaronder. In de jurisprudentie van het Hof ligt ook meer nadruk op de speciale verantwoordelijkheid van een politicus om niet aan te zetten tot religieuze intolerantie (*Soulas, Féret, Le Pen*). Toch lijkt het vonnis van de rechtbank binnen de *margin of appreciation* te vallen die het EHRM staten verleent met betrekking tot het stellen van beperkingen aan heftige uitlatingen gedaan in een politiek debat over immigratie- en integratieproblematiek. Pas wanneer uit deze jurisprudentie duidelijk omschreven verplichtingen tot strafbaarstelling zouden voortvloeien, zou dat anders kunnen zijn. De *Wilders*-zaak zou een rol van betekenis kunnen spelen in de ontwikkeling daarvan.¹⁵⁶ Een ontvankelijkheidsverklaring door het EHRM van een klacht van de benadeelden wegens schending van artikel 8 of 9 jo 14 EVRM is niet geheel ondenkbaar, nu Wilders' uitlatingen bijzonder negatieve kwalificaties over moslims bevatten.

Het *Wilders*-proces maakt duidelijk, dat er zeer verschillende interpretaties van de strafbepalingen 137c en d Sr op grond van de Nederlandse wetsgeschiedenis en jurisprudentie en de rechtspraak van het EHRM mogelijk zijn. Het lijkt daarom wenselijk dat de Nederlandse wetgever de uitingsdelicten beter omschrijft, juist omdat zij grenzen stellen aan het publiek en politiek debat.¹⁵⁷ Het *Wilders*-proces kan als geruchtmakende en publieke rechtszaak een bijzondere precedentwerking hebben. Zo sprak de Rechtbank Den Haag, onder verwijzing naar de uitspraak in de *Wilders*-zaak, recentelijk nog een verdachte vrij van artikel 137c-e Sr in verband met diverse verstuurde uitingen en e-mails, waarin hij Moslims als leugenaars en een gevaar voor onze Westerse vrijheden bestempelde; de uitingen hadden niet een meer beledigend of haatzaaiend karakter dan de uitingen die Wilders had gedaan in dezelfde periode.¹⁵⁸

156 Het is zo beschouwd jammer dat de benadeelden een klacht indienden bij het VN Mensenrechtencomité, dat geen bindende uitspraken doet, en niet bij het EHRM. Reden daarvoor was dat het IVBPR in tegenstelling tot het EVRM expliciet stelt dat een staat zijn burgers dient te beschermen tegen haatzaaien. Zie: 'Klacht bij VN tegen Nederlandse Staat over Wilders', 17 november 2011, op: www.nrc.nl. De klacht is toegankelijk op: <<http://www.bohler.eu/nl/nieuws-overzicht/klacht-tegen-vrijspraak-wilders-ingediend/>>. Vgl. Th. Rosier, 'Kunnen de klagers in de Wilders-zaak een beroep doen op artikel 8 EVRM?', *NTM/NJCM-bull.* 2011, p. 725-737.

157 Zie: A.J. Nieuwenhuis, 'Na de Wilders zaak. Is nu de wetgever aan zet?', *Ars Aequi* december 2011, p. 866-869.

158 Rb. 's Gravenhage 11 november 2011, *LJN* BU3944.