



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

**NJ 2017/451**

Dommering, E.J.

**Publication date**

2017

**Document Version**

Author accepted manuscript

**Published in**

Nederlandse Jurisprudentie

[Link to publication](#)

**Citation for published version (APA):**

Dommering, E. J. (2017). NJ 2017/451. 451. Case note on: EHRM, 15/10/15, ECLI:CE:ECHR:2015:1015JUD002751008 *Nederlandse Jurisprudentie*, 2017(51), 6819-6857.

**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.



**Annotatie bij EHRM 15 oktober 2015 (Perinçek / Zwitserland), *Nederlandse Jurisprudentie* 2017-51, nr. 451, p. 6854-6557.**

**E.J. Dommering**

1.

In deze zaak beslist de Grand Chamber met tien (Duitsland, Liechtenstein, Turkije, Slowakije, Finland, Zwitserland, Frankrijk, Zweden, Tsjechië, Bosnië-Herzegovina) tegen zeven (Luxemburg, Andorra, Malta, Monaco, Griekenland, Nederland, Litouwen) dat het recht van vrije meningsuiting van de Turkse politicus Perinçek is geschonden omdat Zwitserland hem heeft belemmerd in het uiten van zijn opvatting dat de Armeense genocide door Turkije in 1915 niet heeft plaatsgehad. Als je kijkt naar de deels dissenting en deels concurring opinion van de Duitse rechter Nussberger, zie je dat deze op een ander punt dan dat van de meerderheid meegaat met de schending van art. 10 EHRM. Zij vindt de Zwitserse strafbepaling die spreekt van een door de rechters in te vullen begrip ‘genocide’ te vaag. Dat is een rechtszekerheidsargument en niet een argument dat je de ontkenning van de Armeense genocide niet strafbaar zou kunnen maken. Dat is op het hoofdpunt een nipte meerderheid van negen tegen acht, waarbij zich onder de minderheid de president en de twee vicepresidenten van het Hof bevinden. Turkije en Armenië hebben zich in deze procedure als derde partijen gevoegd en de discussie bij het Hof als een Turks-Armeense kwestie ingekleurd. Bij de meerderheid bevond zich de Turkse rechter. Armenië is niet in het Hof vertegenwoordigd.

2.

Perinçek, gepromoveerd in de rechtsgeleerdheid, was ten tijde van de gebeurtenissen in Zwitserland in 2005 voorzitter van de Turkse Arbeiderspartij. Hij werd ongeveer tegelijkertijd met deze zaak in Turkije vervolgd wegens vermeende coup pogingen in 2005 (het zogenaamde *Ergenekon*-proces in 2008, zie overweging 27 van het Hof). Het gaat om zijn uitlatingen op drie persconferenties bij officiële gebeurtenissen die hij als Turkse politicus bijwoonde. Op de eerste in mei drukte hij zich het meest pregnant uit. Hij sprak Turks. Ik citeer de Engelse vertaling:

“Let me say to European public opinion from Bern and Lausanne: the allegations of the ‘Armenian genocide’ are an international lie. Can an international lie exist? Yes, once Hitler was the master of such lies; now it’s the imperialists of the USA and EU! Documents from not only Turkish but also Russian archives refute these international liars. The documents show that imperialists from the West and from Tsarist Russia were responsible for the situation boiling over between Muslims and Armenians. The Great Powers, which wanted to divide the Ottoman Empire, provoked a section of the Armenians, with whom we had lived in peace for centuries, and incited them to violence. The Turks and Kurds defended their homeland from these attacks. It should not be forgotten that Hitler used the same methods — that is to say, exploiting ethnic groups and communities — to divide up countries for his own imperialistic designs, with peoples killing one another. The lie of the ‘Armenian genocide’ was first invented in 1915 by the imperialists of England, France and Tsarist Russia, who wanted to divide the Ottoman Empire during the First World War. As Chamberlain later admitted, this was war propaganda.”

3.

Op de tweede persconferentie in juli deelde hij een geschrift van zijn hand uit waarin hij dit standpunt nader uiteenzette. Het geschrift was in het Turks, op de persconferentie had hij dit zowel in het Duits als het Turks toegelicht. Op de derde persconferentie in september herhaalde hij zijn opvatting over de geschiedenis in het Duits. Hij wordt in Zwitserland na een klacht van de Armeense gemeenschap vervolgd en veroordeeld wegens overtreding van het algemene haatzaai- en discriminatieartikel jegens ras, etnische herkomst of geloof dat in het Zwitserse wetboek van strafrecht strafbaar is gesteld (art. 261 bis, voor de tekst zie r.o. 32). Dat artikel noemt in het vierde lid expliciet genocide-ontkenning:

“any person who publicly denigrates or discriminates against a person or group of persons on the grounds of their race, ethnic origin or religion in a manner that violates human dignity, whether through words, written material, images, gestures, acts of aggression or other means, or any person who on the same grounds denies, grossly trivialises or seeks to justify a genocide or other crimes against humanity.”

4.

De veroordeling blijft tot en met het Federale Hof in stand. Daarbij verdient de uitleg die dat Federale Hof aan de bepaling geeft de aandacht (arrest r.o. 26, waarin de geciteerde overwegingen 3.4-7 van dat Federale Hof zijn te lezen) waarin het vaststelt dat het niet gaat om ontkenning van bepaalde historische feiten (zoals de anti-holocauststrafbepaling in Frankrijk, later aangevuld met de expliciet genoemde Armeense genocide), maar om een open bepaling, zodat de rechters moeten kijken wat op het moment van de berechting naar algemene opvatting als een genocide wordt beschouwd. De rechter moet daarbij afgaan op de gezaghebbende historici zonder dat het strafproces gebruikt mag worden als een instrument om het bewijs van de historische feiten vast te stellen. De feitelijke rechter is zo te werk gegaan (overwegingen 4.2-4.3 van het Federale Hof). Officiële vaststelling door een Internationaal Hof dat een bepaalde constellatie van feiten als genocide in de zin van het internationale recht moet worden beschouwd of (het ontbreken van) historische consensus binnen de VN is niet beslissend (4.4). Nu de appelland, gepromoveerd jurist en schrijver over geschiedenis, desbewust tegen de consensus van gezaghebbende historici is ingegaan en ook heeft verklaard zijn opvattingen niet te zullen wijzigen, heeft hij opzettelijk gehandeld en kunnen zijn uitlatingen niet gezien worden als een bijdrage aan het historische debat, maar veeleer als racistische uitingen (5.1-5.2). Nu evenmin betwijfeld kan worden dat de Armeniërs een gemeenschappelijke etnische oorsprong hebben, is er ook sprake van de bedreiging van de identiteit van een volk. Zoals onder 1 geconstateerd vindt rechter Nussberger in haar dissenting opinion deze aanpak te vaag; zij vindt dat de wetgever de historische genocides moet opsommen. Eigenlijk kiest ze voor het Franse systeem (de Franse rechter koos in deze zaak waarschijnlijk ook om die reden voor de meerderheid).

5.

Alvorens aan de bespreking van de klacht onder art. 10 toe te komen, vraagt het Hof zich af of het art. 17 van de Conventie moet toepassen. Dat artikel stelt, kort gezegd, dat geen misbruik van de vrijheden die de Conventie toekent mag worden gemaakt. Volgens inmiddels vaste jurisprudentie oordeelt het Hof dat deze bepaling slechts in zeer evidente gevallen mag worden toegepast, omdat de consequentie van toepassing is dat de klacht niet-ontvankelijk wordt verklaard en de zaak dus niet op haar merites wordt beoordeeld. Nu in deze zaak allerlei vragen

over de toepassing van art. 10 rijzen, onderzoekt het Hof eerst de merites van de zaak zelf; daaruit volgt dan vanzelf of een beroep op art. 17 mogelijk is. Rechter Silvis, gesteund door drie andere rechters schrijft op dit punt een dissenting opinion die een verhelderende analyse van de jurisprudentie van het Hof bevat. Eigenlijk komt die er op neer dat die nogal casuïstisch is.

6.

Het onderzoek van de klacht onder art. 10 EVRM neemt maar liefst 180 overwegingen in beslag. Meestal is het onderzoek naar de vraag of de beperking een legitiem doel diende een formaliteit, maar hier maakt het Hof een belangrijk punt waar het mijns inziens later niet de juiste consequenties uit trekt. In de overwegingen 146-154 verwerpt het 'de openbare orde' als beperkingsdoel, maar aanvaardt het in overweging 156 'de rechten van anderen' wel als beperkingsdoel. Ik citeer deze mijns inziens cruciale overweging:

“As noted by the Swiss Federal Court in point 5.2 of its judgment, many of the descendants of the victims of the events of 1915 and the following years — especially those in the Armenian diaspora — construct that identity around the perception that their community has been the victim of genocide (see paragraph 26 above). In view of that, the Court accepts that the interference with the applicant’s statements, in which he denied that the Armenians had suffered genocide, was intended to protect that identity, and thus the dignity of present-day Armenians. At the same time, it can hardly be said that by disputing the legal qualification of the events, the applicant cast the victims in a negative light, deprived them of their dignity, or diminished their humanity. Nor does it appear that he directed his accusation that the idea of the Armenian genocide was an ‘international lie’ towards those persons or their descendants; the overall tenor of his statements shows that this accusation was rather aimed at the ‘imperialists’ of ‘England, France and Tsarist Russia’ and “the [United States of America] and [the European Union]” (see paragraph 13 above). On the other hand, it cannot be overlooked that in his statements made in Köniz the applicant referred to the Armenians involved in the events as ‘instruments’ of the ‘imperialist powers’, and accused them of ‘carr[ying] out massacres of the ‘Turks and Muslims’ (see paragraph 16 above). In these circumstances, the Court can agree that the interference was also intended to protect the dignity of those persons and thus the dignity of their descendants.”

7.

Door deze terechte keuze van het beperkingsdoel komt de zaak te staan in de sleutel van een conflict tussen art. 8 en art. 10 EVRM, zie de overwegingen 198-199. In de overwegingen 200-228 somt het Hof al zijn relevante beslissingen voor de beslissing van deze zaak op, om daaruit beginselen te destilleren die het voor de oplossing van het conflict tussen de twee rechten zal hanteren. Ik citeer die beginselen:

“The Court will do so by looking at the nature of the applicant’s statements; the context in which they were interfered with; the extent to which they affected the Armenians’ rights; the existence or lack of consensus among the High Contracting Parties on the need to resort to criminal law sanctions in respect of such statements; the existence of any international law rules bearing on this issue; the method employed by the Swiss courts to justify the applicant’s conviction; and the severity of the interference.”

8.

Naar mijn mening gaat de meerderheid van het Hof bij de weging van deze beginselen in de fout. Het loont de moeite daar de heldere dissenting opinion van Spielmann c.s. naast te lezen. Op het punt van de aard van de uitlatingen van de klager weidt het Hof in de overwegingen 229-241 uit.

Het constateert dat klager als een politicus sprak en dat er over deze kwestie in Turkije een verhit debat was. Daarom mocht hij deze uitlatingen als Turkse politicus over een zaak van openbaar belang doen, temeer daar hij zich in zijn uitlatingen niet vijandig tegen Armeniërs had uitgelaten. Behalve dat het Hof een wel heel gekleurde interpretatie geeft aan de uitlatingen van de klager (zie de dissenting opinion), mist het mijns inziens het punt dat er consensus onder historici is over de Armeense genocide, maar dat de politieke meerderheid in Turkije die ampel gestaafde historische waarheid niet aanvaardt. De vraag is dan of een politicus de vrijheid heeft wetenschappelijke leugens te verkopen. Men zal zeggen: dat is de aard van de politiek, maar er past toch enige nuancering. Leugens over klimaat, werkgelegenheid of de betekenis van de EU, maken deel uit van de politiek. Bij gevaarzettende leugens is dat al een vraag. Het klassieke voorbeeld in de Amerikaanse literatuur is het ooit door rechter Holmes gebruikte voorbeeld dat je geen 'brand' mag roepen tijdens de voorstelling in een vol theater. Mag een politicus dat wel, omdat hij vindt dat de brandweervoorzieningen ter plaatse ontoereikend zijn? Meer toegespitst op de persoon van de door de leugen getroffen, geldt dunkt mij het beginsel dat het uiten van evidente leugens omtrent de oorzaken van iemands leed, de betrokken persoon diep kunnen treffen. Hoe moet de Armeniër die zijn (groot)vader bij de genocide heeft verloren, zich voelen als hij hoort dat de ware misdadiger zijn (groot)vader is die zijn dood aan zich zelf heeft te wijten? Dan komt dus het conflict tussen art. 8 en 10 EVRM in beeld dat het Hof als uitgangspunt neemt maar in de beoordeling buiten beschouwing laat.

9.

In de overwegingen 242-249 behandelt het Hof de context, die uiteenvalt in de lokale omstandigheden en het tijdsverloop. Kort gezegd komt het er op neer dat de Armeense genocide een kwestie is die te ver afstaat van het Zwitserse openbare leven. We kunnen met een kleine variatie naar de naam van het gebergte Pascal (bij hem de Pyreneeën) citeren: 'Wat aan deze zijde van de Alpen onrecht is, is aan gene zijde recht'. Zoals de dissenting opinions terecht stellen gaat dat niet op voor mensenrechten. Bovendien is het feitelijk onjuist. In de hiervoor geciteerde uitlating van de klager begint hij zijn verklaring op zijn eerste persconferentie met de mededeling: 'Let me say to *European public opinion* from Bern and Lausanne'. Hij sprak aan deze zijde van de Alpen dus de Europese publieke opinie aan en in Zwitserland bovendien de publieke opinie van de Armeense gemeenschap, want deze heeft zijn uitlatingen goed begrepen. Hun vertegenwoordigers hebben de zaak bij de Zwitserse autoriteiten aanhangig gemaakt. 1915 te lang geleden? Misdrijven tegen de mensheid verjaren niet.

10.

In de overwegingen 251-254 komt de meerderheid van het Hof tot de kern dat zij alleen de holocaust als per se emotioneel kwetsende historische leugen heeft aanvaard. De holocaust is dus een uitzondering. De Armeense gemeenschap is daarom onvoldoende door de uitlatingen getroffen. Ik citeer:

"The only cases in which the former Commission and the Court have accepted the opposite without specific evidence were those relating to Holocaust denial. But, as already noted, this can be regarded as stemming from the very particular context in which those cases unfolded, which has caused the former Commission and the Court to accept that Holocaust denial, even if dressed up as impartial historical research, must invariably be seen as connoting an antidemocratic ideology and anti-Semitism (see paragraphs 234 and 243 above), and must thus, at this stage, be regarded as particularly upsetting for the persons concerned."

11.

Ten slotte acht het Hof van belang dat er geen consensus onder de leden van de Raad van Europa en de VN is. Dit is eigenlijk een variant op het zwakke contextargument. Al met al vind ik het dus een weinig overtuigende beslissing die in het polariserende Europa het openbare debat er niet leuker op zal maken. Het zal er toe leiden dat het ‘verschil van mening’ een subjectief recht wordt evidente onwaarheden te verkondigen (zie voor een historische analyse van deze ontwikkeling mijn boek *Het Verschil van Mening*, Amsterdam: Prometheus 2016).