

University of Groningen

Strafbare belediging

Janssens, Alfred Ludovicus Joannes Maria

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

1998

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Janssens, A. L. J. M. (1998). *Strafbare belediging*. [, Rijksuniversiteit Groningen]. s.n.

Copyright

Other than for strictly personal use, 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), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Deel III

Een verantwoord gebruik van de vrijheid van meningsuiting

Het EVRM en de strafbare belediging

13.1 Inleiding

In de afgelopen decennia is ruimschoots gebleken dat het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) een nauwelijks meer weg te denken factor is bij de ontwikkeling van het Nederlandse straf- en strafprocesrecht. Met name in het strafproces vervult het Verdrag, en de naar aanleiding daarvan door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) gegeven uitspraken, een rol van grote betekenis bij de rechtsvorming.¹

Ons materiële strafrecht is niet dikwijls onderworpen aan het oordeel van de Straatsburgse rechters. Dit wil evenwel niet zeggen dat het materiële recht niet wordt beïnvloed door uitspraken van het EHRM. De uitleg van de beledigingsbepalingen wordt mede bepaald door art. 10 EVRM, dat aan een ieder vrijheid van meningsuiting garandeert.²

Art. 10 lid 1 EVRM luidt in de Nederlandse vertaling:

'Een ieder heeft recht op vrijheid van meningsuiting. Dit recht omvat de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken, zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen. Dit artikel belet Staten niet radio- omroep-, bioscoop- of televisieondernemingen te onderwerpen aan een systeem van vergunningen'.

Art. 10 EVRM kan gezien worden als één van de door de aangesloten staten aanvaarde *'standards to which a State must conform if it is to deserve the name of democracy'*.³ Het EHRM houdt de vrijheid van meningsuiting hoog. Deze vrijheid

'Holds a prominent place in a democratic society. Freedom of expression constitutes one of the essential functions of a democratic society and one of the basic conditions for its progress

- 1 Zie hierover bijvoorbeeld P. van Dijk en G.J.H. van Hoof, *De Europese Conventie in theorie en praktijk*; 3e dr., Nijmegen, 1990; Anita den Hartog, *Artikel 6 EVRM; grenzen aan het streven de straf eerder op de daad te doen volgen*, Antwerpen etc., 1992 (diss. Groningen); D.J. Harris, M. O'Boyle en C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, London etc., 1995; A.E. Hartevelt, B.F. Keulen en H.G.M. Krabbe, *Het EVRM en het Nederlandse strafprocesrecht*; 2e dr., Groningen, 1996; L.C.M. Meijers, *Rechtsvormende taak van de rechter bij implementatie van Straatsburgse rechtspraak*, in: 45 jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (A.W. Heringa en E. Myjer, red.), Leiden, 1996, p. 117 e.v..
- 2 Zie voor een uitgebreid overzicht van de Straatsburgse jurisprudentie over art. 10 EVRM: D. Voorhoof, *De vrijheid van expressie en informatie en de rechtspraak van de ECRM en het EHRM betreffende artikel 10 EVRM (1958-1994)*, in: *Mediaforum* 1994, 11/12, p. 116 e.v.; vgl. ook Tomesen, o.c.; zie ook G.A.I. Schuijt, *Hoge Raad niet meer bang voor de uitingsvrijheid?*, in: *Informatierecht/AMI* 1996, nr. 2, p. 23 e.v.; A.J. Nieuwenhuis, *Over de grens van de uitingsvrijheid; een rechtsvergelijkende analyse van de regelgeving ten aanzien van pornografie en racistische uitlatingen*, Nijmegen, 1997, p. 324 e.v.
- 3 Aldus drukten de deelnemers aan het Congress of Europe (Den Haag, 1948) zich in een resolutie uit (vgl. hierover nader Van Dijk/Van Hoof, o.c., p. 1 e.v.).

and for the development of every man and woman' (EHRM 25-3-1987, NJ 87 900, m.n. E. Alkema (Barthold)).

Het publieke debat is voor de ontwikkeling van een democratische samenleving een *conditio sine qua non*. Die ontwikkeling kan immers alleen plaats vinden bij een vrije en publieke uitwisseling van meningen en ideeën. Deze uitwisseling, zo wordt te Straatsburg aangenomen, is de *'very core of the concept of a democratic society which prevails through the Convention'*.⁴ Bovendien wordt zij als voorwaarde gezien zonder welke de persoon zich niet of nauwelijks kan ontplooiën.⁵

Een nationale veroordeling wegens strafbare belediging kan die vrije uitwisseling frustreren en daarmee de ontwikkeling van de democratie. Als met de veroordeling geen ander te respecteren belang wordt gediend, neemt het EHRM in beginsel schending door de staat van art. 10 EVRM aan.

Zoals uit het navolgende blijkt, heeft het EHRM in een aantal concrete gevallen door middel van een eigen materiële normering de nationale (beledigings-) bepalingen buiten toepassing gesteld. Het gevolg hiervan is dat de reikwijdte van beledigingsdelicten in bepaalde omstandigheden kan worden ingeperkt: *'exceptions to freedom of expression must be interpreted narrowly'*, aldus het EHRM in zijn uitspraak van 1-7-1997, Mediaforum 9(1997), nr. 9, Bijlage, p. B113 (Oberschlick-II) .

In deze paragraaf geef ik een beknopt overzicht van de voor de strafbare belediging relevante rechtspraak van het EHRM. In paragraaf 13.2 geef ik in het kort aan wat onder de term (vrijheid van) meningsuiting valt. Nadat ik in paragraaf 13.3 het Straatsburgse toetsingskader en -model heb geschetst, volgt in paragraaf 13.4 een korte beschrijving van het leerstuk van de *margin of appreciation*, voor zover dat van belang is voor de beschrijving van de rechtspraak inzake art. 10 EVRM. In paragraaf 13.5 bespreek ik mede aan de hand van dit leerstuk de Europese rechtspraak over de reikwijdte van art. 10 EVRM. In paragraaf 13.6 trek ik enkele conclusies. De invloed van de Europese rechtspraak op de uitleg van de Nederlandse artt. 261 lid 3 en 266 lid 2 Sr (en op de interpretatie van de andere beledigingsbepalingen uit het WvSr) komt in de hoofdstukken 14 tot en met 16 aan bod.

13.2 Vrijheid van expressie

Art. 10 EVRM beschermt de vrijheid van meningsuiting. In het eerste lid wordt aangegeven wat het begrip mening omvat. Het gaat om meningen, inlichtingen of denkbeelden. De inhoud van 'mening' is irrelevant: zowel de waarheid als de leugen, zowel de welgevallige als de onwelgevallige boodschap wordt in beginsel door art. 10 beschermd.⁶

De in lid 1 voorkomende term meningsuiting wordt door het EHRM in ruime zin gebezigd. Dat wil zeggen dat niet alleen uitlatingen die een mening bevatten door art. 10 EVRM wordt beschermd, maar ook uitlatingen die feiten (inlichtingen) bevatten die de mening vormen. Ook

4 Vgl. Nieuwenhuis, o.c., p. 326.

5 Harris, et al., o.c., p. 373.

6 Harris et al., o.c., p. 373. Zie verder noot 64.

het inwinnen van informatie valt onder het begrip mening van art. 10 EVRM. Terecht stellen Van Dijk/Van Hoof dat zulks aan het uiten van een mening vooraf kan gaan.⁷

Voorts ziet het begrip mening niet alleen op een mening over publieke aangelegenheden. Ook geuite opvattingen over commerciële aangelegenheden vallen onder de bescherming van art. 10 EVRM. Dit bleek uit EHRM 20-11-1989, series A 165 (Markt Intern Verlag).⁸ In deze zaak stond een (Duitse) veroordeling wegens belediging centraal. De veroordeelde had een postorderbedrijf van onvriendelijk consumentengedrag beschuldigd. Het Hof overwoog dat *'such information cannot be excluded from the scope of Article 10 paragraaf 1 which does not apply solely to certain types of information or ideas or forms of expression'* (paragraaf 26).⁹ Zoals later zal blijken, volgt uit de Straatsburgse rechtspraak dat ook dergelijke uitlatingen een bijdrage aan de publieke meningsvorming over een publieke zaak bevatten.

Het behoeft derhalve weinig betoog dat smaad, laster en eenvoudige belediging uitlatingen zijn die onder de reikwijdte van art. 10 EVRM vallen. Dat dergelijke uitlatingen een verkeerde boodschap bevatten, is op zichzelf onvoldoende reden om deze de bescherming van die bepaling zonder meer te ontzeggen.¹⁰

Werken van kunst - of, anders uitgedrukt: artistieke uitingen - vallen blijkens de rechtspraak van het Hof evenzeer onder de bescherming van art. 10 EVRM. In EHRM 24-5-1988, NJ 91 685, m.n. E. Alkema (Müller), vat het Hof de vrijheid van meningsuiting ex art. 10 EVRM op als vrijheid van artistieke expressie en kent (derhalve) ook daaraan een bijzondere positie in het recht toe. *'Freedom of artistic expression would become devoid of substance if paintings (...) could not be shown to people interested in the arts of an exhibition of experimental contemporary art'*, zo stelde de klager in deze zaak. Het EHRM verwierp dit standpunt niet:

'Those who create, interpret, distribute or exhibit works of art contribute to the exchange of ideas and opinions which is essential for a democratic society'.

Op grond hiervan heeft de Staat de verplichting *'not to encroach unduly on [the] freedom of expression'* van de maker van het kunstwerk, aldus het EHRM (Müller, r.o. 33). Het Europese Hof had hierbij wellicht art. 19 van het Internationaal Verdrag inzake Burger- en politieke Rechten in gedachte; deze bepaling stelt dat het recht van vrijheid van meningsuiting mede het recht omvat om in de vorm van kunst inlichtingen en denkbeelden te ontvangen.¹¹

7 Van Dijk/Van Hoof, o.c., p. 457; Harris et al., o.c., p. 379..

8 Vgl. ook EHRM 24-2-1994, NJ 94 518 (Casado Coca); zie Tomesen, o.c., p. 20; Van Dijk/Van Hoof, o.c., p. 451; Nieuwenhuis, o.c., p. 327.

9 Art. 7 lid 4 GW sluit handelsreclame uit van het verbod van voorafgaand verlof. De uitspraak van het EHRM in de Markt Intern Verlag-zaak dwingt niet tot de stelling dat handelsreclame daarentegen onder de bescherming van art. 10 EVRM valt (vgl. conclusie A.-G. Machielsse voorafgaande aan HR 1-4-1997, NJ 97 457).

10 Zie T. Rosier, Vrijheid van meningsuiting en discriminatie in Nederland en Amerika, Nijmegen, 1997 (diss. Amsterdam), p. 260-261.

11 Vgl. ook art. 17 EVRM, dat aangeeft dat bepalingen in het Verdrag niet zodanig mogen worden uitgelegd dat burgers activiteiten aan de dag kunnen leggen die de rechten en vrijheden van derden teniet doen; vgl. ECRM 11-10-1979, NJ 80 525, m.n. E.A. Alkema: een beroep op art. 10 EVRM faalt, indien vastgesteld wordt dat de uiting van politieke ideeën die een beledigend karakter dragen, activiteiten in de zin van art. 17 EVRM zijn.

Bij de kunst wordt - naast de inhoud - ook het middel waarmee de mening naar voren wordt gebracht beschermd door art. 10 EVRM.¹² Kunst wordt door Straatsburg gezien als een middel waaraan een zelfstandige betekenis toekomt voor de expressie.¹³ In hoofdstuk 16.4 kom ik over die vrijheid, in het kader van een bespreking van de kunstexceptie, nader te spreken.

13.3 Het Straatsburgse toetsingskader en -model

De vraag of een veroordeling wegens belediging een schending van art. 10 EVRM oplevert, wordt vooral beantwoord aan de hand van de vraag of zo een veroordeling in een democratische samenleving noodzakelijk is. In dit verband is art. 10 lid 2 EVRM van groot belang. Dit luidt:

'Daar de uitoefening van deze vrijheden plichten en verantwoordelijkheden met zich brengt, kan zij worden onderworpen aan bepaalde formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties, die bij de wet zijn voorzien en die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de nationale veiligheid, territoriale integriteit of openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen, om de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen of om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen'.

Bij een nationale veroordeling¹⁴ wegens strafbare belediging is de kernvraag voor het Hof meestal of zij noodzakelijk is in een democratische samenleving in het belang van de bescherming van de goede naam of rechten van anderen. De noodzaak van de beperking van het grondrecht kan echter ook gelegen zijn in een andere beperkingsgrond dan die van de goede naam. Zo werd bijvoorbeeld in EHRM 26-4-1996, NJ 96 497 (Prager en Oberschlick) geoordeeld dat Oostenrijk niet in strijd met art. 10 EVRM had gehandeld door deze journalisten wegens belediging van de rechterlijke macht te veroordelen. Deze veroordeling werd noodzakelijk geacht in het belang van het waarborgen van het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht.¹⁵

- 12 Het lijkt mij toe dat de term expressie beter uitdrukt wat art. 10 EVRM beschermt dan het woord 'mening'. Ook films, afbeeldingen, radio-uitzendingen en vermoedelijk ook datgene dat langs de weg van de elektronische media op ons afkomt vallen onder de bescherming van art. 10 EVRM (zie Harris et al., o.c., p. 378). De Hoge Raad neemt aan dat het gooien van sinaasappels naar een wandkaart in het kader van een politieke actie tegen Zuid-Afrika onder de reikwijdte van de term expressie in de betekenis van art. 10 EVRM viel (HR 15-4-1975, NJ 76 273; vgl. Nieuwenhuis, o.c., p. 328). Met andere woorden: ook de middelen waarmee de mening wordt overgebracht vallen onder de reikwijdte van de bepaling.
- 13 Van Dijk/Van Hoof, o.c., p. 451.
- 14 Terecht overweegt Hof Amsterdam in zijn arrest van 2-6-1997, Mediaforum 1997, p. B150, dat de enkele instelling van een vervolging geen inbreuk op art. 10 EVRM is. Het instellen van een vervolging is immers een voorwaarde voor een rechterlijke toetsing van een uitlating. Zie hierover ook: P. Wiewel, Kan vervolging ter zake van belediging op zichzelf een inbreuk op het recht van vrije meningsuiting opleveren?, in: Mediaforum 1996, p. 113 e.v.
- 15 Zie ook EHRM 22-2-1989, NJ 91 686 m.n. E.A. Alkema (Barfod). Als een andere beperkingsgrond zou art. 17 EVRM kunnen worden beschouwd. Deze bepaling komt erop neer dat geen bepaling van het EVRM zo mag worden uitgelegd dat zij mag worden ingeroepen om de doelstellingen van het Verdrag te ontkennen. Met betrekking tot de vrijheid van meningsuiting houdt dit in dat deze vrijheid niet mag worden ingeroepen om met het Verdrag strijdende waarden te uiten. Zie hierover: Van Dijk/Van Hoof, o.c., p. 619 e.v.;

Het EHRM toetst niet de nationale regelgeving zelf aan art. 10 EVRM. Strafwetgeving inzake belediging strijdt zeker niet met art. 10 EVRM.¹⁶ Waar het de Europese rechter om gaat is de vraag of een nationale veroordeling wegens belediging in strijd met het grondrecht van art. 10 EVRM is. Proportionele beperkingen of inbreuken op het genot van de vrijheid van meningsuiting zijn in beginsel niet ontoelaatbaar. In EHRM 23-4-1992, NJ 94 102 (Castells), overwoog het Hof dat

'It remains open to the competent State authorities to adopt, in their capacity as guarantors of public order, measures, even of criminal law nature, intended to react appropriately and without excess to defamatory accusations devoid of foundation or formulated in bad faith' (§ 46).

Aan het genot van de vrijheid van meningsuiting mogen derhalve grenzen worden gesteld. De uitoefening van de in het eerste lid van art. 10 EVRM genoemde rechten impliceert namelijk dat de burger *'duties and responsibilities'* ter zake van de in het tweede lid van art. 10 EVRM genoemde belangen nakomt en op zich neemt.¹⁷ Het grondrecht, anders gezegd, kan worden uitgeoefend, tenzij daarmee plichten en verantwoordelijkheden ten aanzien van de in art. 10 lid 2 EVRM (limitatief) opgesomde belangen worden miskend.¹⁸

Hoe dit verband ligt is in zijn algemeenheid niet te zeggen. In elke concrete situatie zal het telkens opnieuw moeten worden vastgesteld. Hierbij is ook van belang wie de uitlating doet en in welke hoedanigheid hij die doet. Een journalist zal zijn *'duties and responsibilities'* anders moeten wegen dan een ambtenaar of een politicus. Een journalist dient nu eenmaal andere belangen dan een overheidsambtenaar.¹⁹ In een overweging van de Europese Commissie voorafgaande aan de uitspraak van het Hof in de Handyside-zaak²⁰ werd het volgende benadrukt:

'The proposition implied in art. 10 paragraaf 2 that an appreciation of this question must take into account the duties and responsibilities incumbent on everyone in the exercise of the right to freedom of expression. It is true that reference to such duties and responsibilities is alone

Nieuwenhuis, o.c., p. 330. Art. 17 EVRM moet in die zin beperkt worden uitgelegd, dat het slechts tegen die rechten kan worden ingezet, die door de betrokkene rechtstreeks worden misbruikt voor de hem verweten doelen (Van Dijk/Van Hoof, o.c., p. 622).

16 Vgl. HR 29-3-1983, NJ 83 532; vgl. in dit verband ook het later te noemen EHRM 23-9-1994, NJ 95 387, m.n. G. Knigge en E. Dommering (Jersild); EHRM 25-11-1996, NJCM-bulletin 1998, p. 37 (Wingrove). De uitspraak in de Wingrove-zaak betrof overigens het Engelse strafrechtelijke verbod van godslastering: *'The Court recognizes that the offense of blasphemy cannot by its very nature lend itself to precise legal definition. National authorities must be therefore afforded a degree of flexibility in assessing whether the facts of a particular case fall within the accepted definition of the offence'*(paragraaf 42). Vgl. ook HR 16-4-1996, NJ 96 527; zie ook Nieuwenhuis, o.c., p. 332.

17 Ik meen dat dit rechtstreeks uit de tekst van art. 10 EVRM voortvloeit: *'daar de uitoefening van [de vrijheid van expressie] plichten en verantwoordelijkheden met zich brengt, kan zij worden onderworpen aan ...'*

18 Art. 10 lid 2 EVRM noemt naast de mogelijkheid van het opleggen van beperkingen ook het voorschrijven van bepaalde formaliteiten, het stellen van voorwaarden en het opleggen van sancties. Veel betekenis schijnt deze uitbreiding van beperkingsgronden niet te hebben; de facto leiden zowel het voorschrijven van bepaalde formaliteiten als het stellen van voorwaarden tot beperkingen. Het zich niet houden aan de door de wet gestelde beperkingen leidt in beginsel tot het opleggen van sancties (vgl. Van Dijk/Van Hoof, o.c., p. 465).

19 Vgl. EHRM 23-9-1994, NJ 95 387 (Jersild; paragraaf 31); zie ook Harris et al., o.c., p. 388-389.

20 EHRM 7-12-1976, NJ 78 236

not sufficient to justify an interference with this right by the State, but such justification must be found in the grounds specifically listed in paragraph 2 of Article 10. However, the Commission, in assessing these grounds, must also have regard to the particular situation of the person exercising freedom of expression and to the duties and responsibilities which are incumbent on him by reason of this situation. Thus, different standards may be applicable to different categories of persons, such as civil servants, soldiers, policemen, journalists, publishers, politicians, etc., whose duties and responsibilities must be seen in relation to their function in society'.²¹

De koppeling van de uitoefening van de vrijheid van meningsuiting aan de plichten en de verantwoordelijkheden werd door het Hof als volgt tot uitdrukking gebracht:

'Whoever exercises his freedom of expression undertakes, in accordance with the express terms of that paragraph, 'duties and responsibilities'; their scope will depend on his situation and the means he uses. In considering whether the restriction was 'necessary in a democratic society', the Court cannot overlook this aspect of the matter' (EHRM 24-5-1988, NJ 91 685, m.n. E. Alkema (Müller)).²²

Of in een bepaalde concrete situatie sprake is van een aanvaardbare inbreuk, hangt derhalve mede af van wie de uitlating doet, in welke situatie en op welke wijze. De vraag of een veroordeling wegens belediging strijdt met art. 10 EVRM, wordt in dat licht beantwoord.

Het toetsen van de vraag of een Staat al dan niet in strijd met art. 10 EVRM heeft gehandeld, verloopt blijkens bestendige Straatsburgse rechtspraak volgens een vast model.²³

In de eerste plaats stelt het Europese Hof zich de vraag of de nationale veroordeling een inbreuk behelst op het recht op vrijheid van meningsuiting. Als daar sprake van is, luidt de tweede vraag of die inbreuk bij wet voorzien is.²⁴ Als dat inderdaad het geval is, wordt vervolgens de vraag beantwoord of de beperking één van de doelen omschreven in art. 10 lid 2 EVRM dient. Voor de strafbare belediging hebben met name de beperkingsgronden de bescherming van de goede naam en de rechten van anderen en het waarborgen van het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht relevantie.²⁵

Tenslotte, als het doel vastgesteld is en als legitiem doel kan worden omschreven, komt de vraag aan de orde of de inbreuk op de vrijheid van meningsuiting door middel van een veroordeling noodzakelijk is in een democratische samenleving. Hierbij wordt de vraag in ogen-schouw genomen of er een dringende maatschappelijke behoefte (*'pressing social need'*) aan

21 Rapport Commissie Handyside, 30-9-1975, series B, 22, p. 44.

22 Zie ook EHRM 7-12-1976, NJ 78 236 (Handyside).

23 Zie hierover o.a. Nieuwenhuis, o.c., p. 331.

24 De term wet moet men hier ruim uitleggen. Ook regelingen van lagere organen vallen hieronder. Voor de strafbare belediging is dit weinig relevant. Lagere regelingen die aan de belediging verwante gedragingen verbieden zijn door de Hoge Raad onverbindend verklaard wegens strijd met art. 7 GW (HR 10-11-1992, NJ 93 197; HR 9-2-1993, NJ 93 646). Vgl. verder Van Dijk/Van Hoof, o.c., p. 636 e.v. ; Rosier, Vrijheid van meningsuiting ..., o.c., p. 152 e.v.

25 Zie over de beperkingsgronden van de artt. 8-11 EVRM: Van Dijk/Van Hoof, p. 631 e.v.

de inbreuk is.²⁶ Opgemerkt zij dat de term noodzaak een zwaardere toets impliceert dan nuttig, redelijk of wenselijk (in een democratische samenleving). Laatstgenoemde termen zouden een inbreuk op opportunistische gronden mogelijk maken, hetgeen uiteraard niet in de rede ligt: een beperking op de vrijheid van expressie mag niet snel worden opgelegd, aldus EVRM 1-7-1997, Mediaforum 1997, p. B113 (Oberschlick II). Terecht merkt Nieuwenhuis op dat *'uit het democratische perspectief afgeleid [wordt] dat de vrijheid van het individu een zekere extra waarde heeft tegenover de wensen van de meerderheid.'* Dat zou *'in het bijzonder voor de publieke discussie'* gelden.²⁷

Onderdeel van de noodzakelijkheidstoets is de proportionaliteitstoets. Hierbij wordt beoordeeld of er tussen het benoemde doel en het door de Staat gebezigde middel van een veroordeling een redelijke verhouding is (proportionaliteit), gelet op de zwaarte van de inbreuk en het belang dat met de inbreuk wordt gediend, tegen (in het geval van de belediging) het belang van de vrijheid van expressie.

Het EHRM betracht in het algemeen een bepaalde mate van terughoudendheid met betrekking tot de belangenafwegingen die bij de noodzakelijkheidsvraag aan de orde komt. Het treedt in de meeste gevallen niet in een inhoudelijke beoordeling en de nationale staat behoudt een meer of minder grote discretionaire ruimte (*'margin of appreciation'*) om die afweging zelf te maken.²⁸ Deze eigen beslissingsruimte neemt in omvang af, zoals in de volgende paragraaf beschreven wordt, naarmate er zwaardere Europees-grondrechtelijke belangen op het spel staan.

13.4 Eigen beslissingsruimte of Europese norm?

13.4.1 Inleiding

Een belangrijk aspect van een Straatsburgse beslissing is dat het EHRM de nationale veroordeling als beperking van het in art. 10 EVRM omschreven grondrecht toetst tegen de feitelijke achtergronden van het concrete geval. Vervolgens wordt het eigen, Straatsburgse oordeel over de vraag of de veroordeling een *'pressing social need'* dient en over de vraag of zij proportioneel is, boven het nationale oordeel geplaatst.

26 Vgl. HR 17-11-1987, NJ 88 394 en HR 18-9-1989, NJ 90 94, beiden m.n. Th.W. van Veen. In laatstgenoemd arrest had de Hoge Raad overwogen dat de inbeslagneming van het voorwerp en de daarop volgende onttrekking aan het verkeer, gegrond op verdenking van overtreding van de artt. 98 en 98a Sr, tot de door art. 10 lid 2 EVRM toegelaten beperking inzake de bescherming van de nationale veiligheid te rekenen vielen. De Hoge Raad accepteerde de overweging van de Amsterdamse Rb, waarin deze vaststelde dat het in het weekblad *Bluf!* gepubliceerde materiaal om gegevens ging waarvan de geheimhouding door het belang van de *'nationale veiligheid'* geboden was, zoals dat tot uitdrukking wordt gebracht door de artt. 98 en 98a Sr. Naar mijn mening werd met deze overweging het concrete toetsingsvereiste miskend: hierdoor werd immers niet genoegzaam gemotiveerd dat de inbeslagneming en de onttrekking aan het verkeer in dit concrete geval en in een democratische samenleving noodzakelijk waren. Zie uitgebreid over HR 18-9-1989, NJ 90 94: Tomesen, o.c., p. 48 e.v.

27 Nieuwenhuis, o.c., p. 332.

28 Zie hierover nader: Th.L. Bellekom, *Het Hof voor de Rechten van de Mens en de beperkingsclausules van het EVRM*, in: *Veertig jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens; opstellen en ontwikkelingen van het EVRM in Straatsburg en in Nederland 1950-1990*, Leiden, 1990, p. 68 e.v.; ook: de hoofdstukken 4 en 5 uit: J.G.C. Schokkenbroek, *Toetsing aan de vrijheidsrechten van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens*, Zwolle, 1996 (diss. Leiden).

Het uitgangspunt is dat bij een zaak waarin de vrijheid van meningsuiting in het geding is, het EHRM aan de nationale Staat betrekkelijk weinig 'margin of appreciation' laat. Dit betekent dat waar dit grondrecht in het geding is, het EHRM zelf afweegt of de veroordeling wegens belediging noodzakelijk is een democratische samenleving.²⁹

Toch wordt in een aantal zaken waarin nationale veroordelingen wegens belediging centraal staan, aan de veroordelende Staat meer eigen beslissingsruimte gegund ten aanzien van de juridische beoordeling van de feiten. In paragraaf 13.4.2 bespreek ik een aantal zaken waarin de vrijheid van meningsuiting centraal stond, maar waarin Straatsburg desondanks van mening was dat de nationale staten de vastgestelde feiten op hun merites konden beoordelen. In paragraaf 13.4.3 formuleer ik aan de hand van een aantal uitspraken een criterium aan de hand waarvan het Europese Hof aan de staten meer of minder margin of appreciation gunt. Hierbij moet men zich overigens hoeden voor algemeen geldende gevolgtrekkingen uit de Straatsburgse jurisprudentie. Zij is te casuïstisch. Daardoor is *'moeilijk te voorspellen of aan de nationale autoriteiten een ruimere of engere beoordelingsvrijheid wordt toegestaan. De huidige stand van de Straatsburgse jurisprudentie laat wat dat betreft nog steeds een tamelijk grillig beeld zien'*.³⁰

13.4.2 Eigen beslissingsruimte

Bij de beoordeling van veroordelingen wegens strafbare belediging ligt de hiervoor geschetste werkwijze van het Europese Hof voor de hand. Als *'ultimate guarantor of the right to freedom of expression'*³¹ kan het Hof niet volstaan met het (marginaal) toetsen van de wijze waarop de nationale Staat het belang van de vrijheid van meningsuiting tegen het recht van derden op bescherming van de eer en de goede naam heeft gewogen. Het Hof zou zijn beschermende taak in dezen miskennen als het de door de nationale staat als beledigend geoordeelde uitlating niet in haar context zou bezien en in het licht daarvan zou beoordelen. De vragen naar de *'pressing social need'* en naar de proportionaliteit van de veroordeling kunnen slechts beantwoord worden als die uitlating in de context waarin zij is gedaan tegen het licht wordt gehouden.

Gezien het vanuit het perspectief van art. 10 EVRM vanzelfsprekend lijkende gegeven dat Straatsburg de nationale normering in deze zaken met zijn eigen normering 'corrigeert', valt het op dat het EHRM niet altijd het heft in eigen handen neemt. In een groot aantal gevallen waarin de vrijheid van meningsuiting in het geding is en waarin een veroordeling wegens strafbare belediging aanleiding is geweest om de gang naar Straatsburg te maken, heeft het Hof aan de nationale Staat enige eigen margin of appreciation gegeven. In bepaalde omstandigheden kan in de visie van het EHRM de Staat beter dan Straatsburg oordelen of de veroordeling door een *'pressing social need'* gerechtvaardigd is en of zij proportioneel is.³² Het Hof toetst dan

29 Zie hierover Van Dijk/Van Hoof, o.c., p. 644 e.v.; Harris et al., o.c., p. 411 e.v.; Nieuwenhuis, o.c., p. 334.

30 Van Dijk/Van Hoof, o.c., p. 649.

31 Aldus de Nederlandse rechter Martens over het EHRM in zijn dissenting opinion bij EHRM 26-4-1995, NJ 96 497 (Prager en Oberschlick).

32 Vgl. bijvoorbeeld EHRM 24-2-1994, NJ 94 518 (Casado Coca); EHRM 20-9-1994, NJ 95 366 (Otto-Preminger-Institut); EHRM 25-11-1996, NJCM-bulletin 1998, p. 37 (Wingrove). Zie voor kritische opmerkingen over met name de uitspraak over het Otto-Preminger-Institut: D. Voorhoof, Het Europese First Amendment; de vrijheid van expressie en informatie en de rechtspraak van het EHRM betreffende artikel 10 EVRM (1994-1995), in: Mediaforum 9 (1995), p. 131. Voorhoof meent dat het EHRM zich met dergelijke uitspraken verwijderd van zijn eigen uitgangspunt dat ook uitlatingen die 'offend, shock and disturb' onder

slechts de vraag of de nationale veroordeling in beginsel te rechtvaardigen is en of zij proportioneel is.³³

Het EHRM hecht aan de inhoudelijke merites van de uitlating kennelijk minder gewicht als niet zozeer het publieke debat in het geding is, maar primair andere belangen zoals het voorkomen van oneerlijke concurrentie. Een voorbeeld van een dergelijke uitspraak is EHRM 20-11-1989, series A, 165 (Markt Intern Verlag). Het Hof was, overigens niet unaniem, van oordeel dat de eigen nationale beoordelingsruimte moest prevaleren boven de beoordeling van het Hof. Het EHRM overwoog dat in zaken met een commerciële achtergrond, waarin het ingewikkelde materie als oneerlijke concurrentie betrof, het behoud van de margin of appreciation voor de staat van groot belang is (paragraaf 33). Het Hof overwoog voorts dat ook een bedrijf door de wijze waarop het met consumentenbelangen omgaat onderwerp kan zijn van kritiek door zijn concurrenten of de (gespecialiseerde) pers. Om deze taak naar behoren uit te kunnen voeren, moet die pers voor de consument van belang zijnde feiten kunnen onthullen en daardoor een bijdrage kunnen leveren aan de helderheid van zakelijke activiteiten.

'However, even the publication of items which are true and describe real events may under certain circumstances be prohibited: the obligation to respect the privacy of others or the duty to respect the confidentiality of certain commercial information are examples. In addition, a correct statement can be and often is qualified by additional remarks, by value judgments, by suppositions or even insinuations. It must also be recognised that an isolated incident may deserve closer scrutiny before being made public; otherwise an accurate description of one such incident can give the false impression that the incident is evidence of a general practice. All these factors can legitimately contribute to the assessment of statements made in a commercial context, and it is primarily for the national courts to decide which statements are permissible and which are not' (§ 35).

Het Hof concludeerde op grond van de bevindingen van de Duitse rechter dat de uitgeverij zonder de inhoud van de beweringen te hebben onderzocht tot publikatie was overgegaan. Bovendien stelde het Hof vast dat het artikel in een commerciële context was geschreven. In het licht van deze feiten en *'having regard to the duties and responsibilities attaching to the freedoms guaranteed by Article 10'*, oordeelde het EHRM dat de beslissing van de hoogste Duitse rechter niet de margin of appreciation overschreed. Hoewel men van mening kon verschillen over het oordeel dat de veroordeling van Markt Intern Verlag op zichzelf, gelet op het belang van de bescherming van de goede naam en rechten van anderen, *'appropriate'* was

het bereik van art. 10 EVRM vallen. Een voorbeeld van zo'n verwijdering is naar mijn mening de recente uitspraak EHRM 25-11-1997, Mediaforum 10 (1998), nr. 2, p. 54 (Zana). In deze zaak toetste het Hof de vraag naar de noodzakelijkheid van de inbreuk abstract, terwijl in EHRM 9-5-1995 (Mediaforum 1995, Bijlage, p. B30; Bluf!), waar de beperking van de vrijheid van meningsuiting door de onttrekking aan het verkeer van het tijdschrift Bluf! gegrond was op de Nederlandse nationale veiligheid, het Hof die vereiste noodzaak in concreto toetste.

33 In Harris et al. wordt gesproken van een hiërarchie van categorieën van uitlatingen: uitlatingen in een politieke context gedaan; expressievormen met een artistieke waarde en tenslotte uitlatingen die in een commerciële context zijn gedaan. Van een *'pressing social need'* zal minder sprake zijn indien de uitlating er een van de eerste categorie is; in het geval dat de uitlating een commerciële inhoud heeft, zal vast moeten staan dat de beperkingen niet onredelijk zijn (Harris et al., o.c., p. 414).

(paragraaf 37), voelde het Hof zich niet geroepen om in dit geval in de beslissing van de Duitse rechter te treden.³⁴

Ook in zaken waarin de goede zeden centraal staan oordeelt het EHRM dat de nationale staat beter dan Straatsburg in staat is om de noodzaak van een veroordeling aan de dringende maatschappelijke behoefte te toetsen.³⁵ In EHRM 24-5-1988, NJ 91 685 (Müller), liet het Hof de Zwitserse nationale autoriteiten een ruime mate van waardering met betrekking tot de vraag of een veroordeling wegens een zedendelict noodzakelijk was in een democratische samenleving. Het Hof overwoog namelijk dat

'The applicants' conviction on the basis of art. 204 Swiss Criminal Code was intended to protect morals. Today (...) it is not possible to find in the legal and social orders of the Contracting States a uniform European conception of morals. The view taken of the requirements

- 34 Zoals gezegd, was van unanimiteit in de zaak Markt Intern Verlag geen sprake. 's Hof's beslissing werd met negen tegen negen stemmen genomen, waarna de stem van de voorzitter de doorslag moest geven. De oorzaak van deze verdeeldheid, op grond waarvan overigens betrekkelijk weinig precedentwaarde mag worden gegeven aan deze uitspraak, lag in de verschillende visie op de reikwijdte van het leerstuk van de margin of appreciation. De (Nederlandse) rechter Martens stelde in zijn dissenting opinion dat in dit geval wel sprake was van schending van art. 10 EVRM. Hij betoogde dat bij de vrijheid van meningsuiting, die centraal stond bij deze toetsing, het dienen van het algemeen belang voorop stond. Het Hof had in dit geval ook aan de staat minder margin of appreciation moeten laten; het Hof had zelf kunnen toetsen of het belang van het postorderbedrijf zwaarder woog dan het algemeen belang; hij achtte de inbreuk derhalve niet noodzakelijk in een democratische samenleving. J.G.C. Schokkenbroek stelt, mijns inziens niet geheel ten onrechte, dat wat het Hof met de ene hand geeft (art. 10 EVRM ook van toepassing op commerciële uitlatingen), met de andere weer terugneemt door de nationale staat een ruime beoordelingsmarge te schenken (in: Commerciële informatie, margin of appreciation en de vrijheid van meningsuiting, in: NJCM-bulletin 15-1 (1990), p. 86). Het blijktens de uitspraak heersende verschil van mening speelde eveneens een rol in EHRM 23-6-1994, NJ 95 365 (Jacubowski). In deze qua feiten sterk aan Markt Intern Verlag verwante affaire constateerde het Hof geen schending van art. 10 EVRM. Ook hier werd aan de nationale staat de eigen beoordelingsruimte boven die van Straatsburg gesteld, gelet op het feit dat ook hier oneerlijke concurrentie-regelgeving in het geding was: het belang van de bescherming van de goede naam en rechten van anderen woog in dit geval zwaarder dan dat van de vrijheid om artikelen te verspreiden. Drie van de negen rechters overwogen in een gezamenlijke dissenting opinion dat, nu de inhoud van de gewraakte artikelen reeds bekend was, zij als bijdrage aan dat debat konden worden gezien en dat derhalve minder margin of appreciation op zijn plaats was.
- 35 Indien de voorkoming van wanordelijkheden centraal staat ('prevention of disorder') laat het EHRM de nationale staat meer eigen beoordelingsruimte: *'that margin of appreciation extends in particular to the choice of the - reasonable and appropriate - means to be used by the authorities to ensure that lawful manifestations can take place peacefully'*. (EHRM 25-8-1993, series A 266B (Chorherr, paragraaf 31)); zie ook EHRM 27-4-1995, NJ 96 498, m.n. E.J. Dommering (Piermont). In deze zaak overwoog het EHRM dat de vrijheid van het politieke debat niet absoluut is. In het geval Piermont was de beperking, anders dan bij de Chorherr-zaak, in strijd met art. 10 EVRM. Niet uitgesloten moet derhalve worden geacht dat deze vrijheid om wanordelijkheden te voorkomen kan worden beperkt. Dat was het geval in EHRM 25-11-1997, Mediaforum 10 (1998), nr. 2, p. 54 (Zana): de vrijheid van meningsuiting kon in de context van de op dat moment zeer dreigende situatie in Zuid-oost Turkije als onderdeel van de strijd tussen het Turkse leger en de Koerden niet onverkort worden toegepast en was beperking ervan door de veroordeling wegens opruiing een 'pressing social need' en daardoor niet strijdig met art. 10 EVRM. Het feit dat de betrokkene de PKK een 'nationale bevrijdingsbeweging' noemde op het moment dat enkele bloedige aanslagen waren gepleegd in dat gebied (zie paragrafen 59-61). Terecht kritisch over deze uitspraak toont zich G.A.I. Schuijt, annotatie onder de uitspraak in Mediaforum 10 (1998), nr. 2, p. 56. Een factor is ook het publiek waartoe men zich richt. Zo heeft de staat een grotere beoordelingsruimte in het geval dat bijvoorbeeld scholieren of argeloze bezoekers van een tentoonstelling geconfronteerd worden met een schokkende uitlating (vgl. Harris et al., o.c., p. 407).

of morals varies from time to time and from place to place, especially in our era, characterised as it is by a far-reaching evolution of opinions on the subject. By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements as well as on the "necessity" of a "restriction" or "penalty" intended to meet them' (§ 35).³⁶

Een andere categorie zaken die art. 10 EVRM betreffen en waarin de staat een eigen beoordelingsruimte behouden wordt vertegenwoordigd door de zaak-Worm (EHRM 29-8-1997, NJB 1997, p. 2070). De Oostenrijkse journalist Worm had in een artikel gedetailleerd verslag gedaan van een rechtszaak tegen een van belastingontduiking verdachte politicus. Worm was blijkens zijn verslag niet zonder meer overtuigd van de onschuld van de verdachte, hetgeen hij in klare taal tot uitdrukking bracht. Door de Oostenrijkse rechter werd de journalist veroordeeld wegens *Einflussnahme auf ein Strafverfahren* (art. 23 *Mediengesetz*). Het EHRM overwoog dat gedetailleerde verslaggeving van een (lopend) strafproces enerzijds geheel in overstemming is met de eis van openbaarheid zoals deze door art. 6 lid EVRM wordt gesteld. Dat geldt temeer in het geval van een strafzaak tegen een publiek persoon (paragraaf 50). Anderzijds leidt art. 6 EVRM tot de vaststelling dat ook personen die in het brandpunt van de publieke belangstelling staan, recht op een eerlijk proces hebben:

'However, public figures are entitled to the enjoyment of the guarantees of a fair trial set out in Article 6, which in criminal proceedings include the right to an impartial tribunal, on the same basis as every other person. This must be borne in mind by journalists when commenting on pending criminal proceedings since the limits of permissible comment may not extend to statements which are likely to prejudice, whether intentionally or not, the chances of a person receiving a fair trial or to undermine the confidence of the public in the role of the courts in the administration of criminal justice' (§ 50).

36 Vgl. EHRM 7-12-1976, NJ 78 236 (Handyside); EHRM 28-8-1986, series A, 105 (Kosiek). Het lijkt er overigens op dat het EHRM ten aanzien van het leerstuk der margin of appreciation er vanuit gaat dat naarmate er meer Europese overeenstemming is over bepaalde normen, er minder 'margin' voor de nationale staat is: *'accordingly, here a more extensive European supervision corresponds to a less discretionary power of appreciation'* (EHRM 26-4-1979, NJ 80 146, Sunday Times paragraaf 59; vgl. hierover: J.G.C. Schokkenbroek, De margin of appreciation-doctrine in de jurisprudentie van het Europees Hof, in: Veertig jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens; opstellen over de ontwikkelingen van het EVRM in Straatsburg en in Nederland 1950-1990 (A.W. Heringa et al., red.), Leiden, 1990, p. 55-56). Men kan zich de vraag stellen of, waar 'morals' gekenmerkt zouden worden door een gebrek aan Europese consensus en diensgevolge aan de nationale staat een grotere 'margin of appreciation' toekomt, dit bij de bescherming van de eer of goede naam evenzeer het geval zou zijn. Ook daarbij bestaat mijns inziens geen gemeenschappelijke norm. Tenzij men bij het vaststellen van die norm de nadruk legt op de consensus over de (ontwikkeling van een) democratische samenleving, waarin meningsvorming als *conditio sine qua non* wordt beschouwd. Als dit zo is (en er is grond om dat aan te nemen), valt mijns inziens niet goed in te zien waarom het EHRM ten aanzien van *'the protection of (...) morals'* zich enigszins terughoudender zou opstellen en aan de staat meer ruimte laat voor de eigen beoordeling dan in het geval van de eer of goede naam. Niet alleen zou ook ten aanzien van de goede zeden, in verband met de vrijheid van meningsuiting, het EHRM een bijdrage kunnen leveren aan een nadere Europees-rechtelijke normering. Ook kan de vraag gesteld worden of een beperking gebaseerd op de 'protection of morals' aldus nog 'narrowly interpreted' is, als de invulling daarvan aan de staat wordt overgelaten (vgl. EHRM 25-6-1992, Series A 239, Thorgeirson, paragraaf 63).

In deze zaak, waarin de vrijheid van expressie botste met het recht op een eerlijk proces,³⁷ gaf het Hof aan de nationale rechter een ruime *margin of appreciation*. Deze was namelijk beter in staat om te beoordelen dat het artikel een ongewenste invloed op de procedure zou hebben. Bovendien moest niet uitgesloten worden dat het publiek veel gewicht zou gaan hechten aan 'the regular spectacle of pseudo-trials in the news media'. Dit zou op den duur ten koste kunnen gaan van de erkenning dat een rechtbank het forum is waar de schuld of de onschuld van de verdachte wordt vastgesteld. Uiteindelijk kan zulks de aanvaarding van het rechterlijk gezag verminderen (paragraaf 54). Vanuit dit perspectief gezien was de inbreuk op de vrijheid van meningsuiting van de journalist niet buiten proporties. De beperking was noodzakelijk om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen.³⁸ Het EHRM oordeelde dat de staat - gelet op de beperkingsgrond - deze beslissing had kunnen nemen.³⁹

13.4.3 Bijdrage aan het publieke debat

Uit de hierboven geciteerde uitspraken van het EHRM volgt dat het Hof aan de nationale Staat meer eigen beslissingsruimte gunt indien de beperking van de vrijheid van meningsuiting stoelt op de bescherming van de goede zeden, op de bescherming tegen zaken als oneerlijke concurrentie of op het waarborgen van het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht. Men zou hieruit de conclusie kunnen trekken dat enkel de aard van de beperkingsgronden zoals die in het tweede lid van art. 10 EVRM staan geformuleerd bepalend is voor de mate waarin de Staat een eigen beslissingsruimte toekomt. Deze conclusie is te stellig.

In EHRM 25-3-1985, NJ 87 900, m.n. E. Alkema (Barthold) kwam het Hof in een met de Markt Intern Verlag-zaak vergelijkbare zaak tot een ander oordeel en constateerde een schending van art. 10 EVRM. De zaak was als volgt. Dierenarts Barthold betichtte zijn collega-dierenartsen van een gebrek aan bereidheid om buiten de normale uren in noodgevallen gewonde dieren te helpen. Op grond van de beschuldiging werd Barthold wegens onrechtmatige publiciteit en oneerlijke concurrentie verboden dergelijke uitlatingen te doen. Het EHRM overwoog naar aanleiding van dit verbod dat het mogelijke effect van reclame 'proved to be altogether secondary having regard to the principle content of the article and to the nature of the issue being put to the public at large'. Een strikt vasthouden aan het door de Duitse rechter gehanteerde criterium voor oneerlijke concurrentie strijdt, zo overwoog het EHRM, met de vrijheid van

37 Zo gezien geeft in de Worm-zaak het Straatsburgse Hof min of meer een Europees-rechtelijk kader aan waarin de journalist strafzaken kan verslaan.

38 Het feit dat in deze Oostenrijkse zaak in eerste aanleg ook door leken-rechters werd geoordeeld zal een belangrijke rol hebben gespeeld. Van beroepsrechters wordt immers verwacht dat zij zich niet laten beïnvloeden door (bijvoorbeeld) verslaggeving van lopende zaken. Mede daarom meen ik dat in Nederland weinig behoefte zal bestaan aan een bepaling als art. 23 van de Oostenrijkse mediawet. Iets anders is dat misdaad- of rechtbankverslaggevers hun artikelen zodanig zullen moeten redigeren dat met de eisen van een eerlijk proces rekening zal moeten worden gehouden.

39 Gewezen kan worden op een recente uitspraak: in EHRM 25-11-1997 (Grigoriades) overwoog het Hof dat, ondanks het feit dat art. 10 EVRM ook voor militair personeel geldt, de staat de beslissingsruimte heeft om de vrijheid van expressie te beperken zonder in strijd met het Verdrag te komen, indien het functioneren van de krijgsmacht op het spel staat. Dergelijke regels mogen echter niet ingeroepen worden met het enkele doel die vrijheid te frustreren, ook al wordt het leger sterk bekritiseerd. Het EHRM gunde in dit geval Griekenland weinig eigen beslissingsruimte (paragraaf 45).

meningsuiting en ontmoedigt vrije beroepsbeoefenaren van deelname aan de openbare discussie *'affecting the life of the community'*.

Anders dan bij Markt Intern Verlag, waarbij het EHRM expliciet aan de nationale staat een eigen beoordelingsruimte liet, plaatste het EHRM in de zaak-Barthold de uitlating primair in de context van het publieke debat en liet (daarom) aan de nationale rechter minder eigen beoordelingsruimte over. Het constateerde daarna dat de veroordeling van Barthold een schending van art. 10 EVRM opleverde.⁴⁰

Men kan hieruit afleiden dat de omvang van de margin of appreciation mede bepaald wordt door het gebruik dat van het grondrecht wordt gemaakt.⁴¹ De vaststelling dat een uitlating op een of andere wijze aan het publieke debat bijdraagt is voor Straatsburg, zo lijkt het, voldoende om de nationale Staat (veel) minder margin of appreciation te gunnen.⁴² Een veroordeling wegens belediging levert dan snel een met art. 10 EVRM strijdige beperking van de vrijheid van meningsuiting op, ongeacht de beperkingsgrond.⁴³

Toch is ook het criterium van de bijdrage aan het publieke debat niet absoluut. Uit EHRM 26-4-1995, NJ 96 497 (Prager en Oberschlick), m.n. E.J. Dommering, lijkt namelijk voort te vloeien dat het Hof niet altijd in zaken die onderdeel zijn van het publieke debat de eigen norm boven die van de nationale staat stelt. In deze zaak werd de journalist Prager en zijn uitgever Oberschlick door de Oostenrijkse strafrechter veroordeeld wegens smaad, gepleegd tegen de Weense strafrechter J. Deze zou zich volgens Prager schuldig hebben gemaakt aan *'mensenverachtende Schikane'*. Ook werd rechter J. onder meer beschuldigd van het opstellen van *'frauduleuze contracten'*.

Het EHRM overwoog ook in deze zaak dat de media een belangrijke rol vervullen in de rechtsstaat en dat op hen de plicht rust om informatie te geven en ideeën te verspreiden over zaken van politiek en maatschappelijk belang.⁴⁴ Het functioneren van de rechterlijke macht behoort zonder meer tot dergelijke zaken:

'The press is one of the means by which politicians and public opinion can verify that judges are discharging their heavy responsibility in a manner that is in conformity with the aim which is the basis of the task entrusted to them' (§ 34).

Maar deze rol van de media doet niet af aan de speciale positie die de rechterlijke macht in de rechtsstaat bekleedt. Het Hof overwoog:

40 In EHRM 20-9-1994, NJ 95 366, m.n. E.J. Dommering (Otto-Preminger-Institut), overwoog het Hof dat een nodeloos grievende uitlating (*'gratuitously offensive'*), gedaan in een religieuze context, daardoor al niet *'contribute to any form of public debate capable of furthering progress in human affairs'* (paragraaf 49). Centraal in deze zaak stond de inbeslagneming en de verbeurdverklaring van een film op grond van overtreding van het Oostenrijkse equivalent van ons art. 147 Sr (smalende godslastering). Het EHRM nam in meerderheid aan dat Oostenrijk door deze sanctie op te leggen art. 10 EVRM niet geschonden had.

41 Zie Nieuwenhuis, o.c., p. 334.

42 Vgl. Schokkenbroek, Toetsing ..., o.c., p. 117; hij meent dat hiermee de vrijheid van meningsuiting een absolute bescherming geniet, waardoor in feite een *'privileged position'* wordt gereserveerd door de erkenning van de essentiële taak van de pers in een democratische samenleving (o.c., p. 118); zie ook EHRM 25-11-1997, NJCM-bull.; 1998, p. 346 e.v. (Grigoriades), waarin wordt overwogen dat *'article 10 does not stop at the army barracks'* (paragraaf 45).

43 Vgl. Schokkenbroek, Toetsing ..., o.c., p. 118.

44 Vaste jurisprudentie; recent: EHRM 1-7-1997, Mediaforum 9(1997), nr. 9, Bijlage, p. B113 (Oberschlick-II); zie ook Nieuwenhuis, o.c., p. 326.

'As the guarantor of justice, a fundamental value in a law governed State, it must enjoy public confidence if it is to be succesful in carrying out its duties. It may therefore prove necessary to protect such confidence against destructive attacks that are essentially unfounded, especially in view of the fact that judges who have been criticised are subject to a duty of discretion that precludes them from replying' (§ 34).

De waardering van deze omstandigheden - onder meer de bijzondere positie van de rechter in de rechtsstaat - in het licht van de beoordeling van het strafbare karakter van de uitlating viel volgens Straatsburg binnen de vrije beoordelingsruimte van de nationale Staat. Dat gold ook voor de aanduiding van de uitlatingen als feitelijke beweringen en als waardeoordeel. Het EHRM oordeelde dat gelet op het feit dat de uitlatingen een rechter betroffen en dat Prager had nagelaten een gedegen onderzoek te doen naar de feitelijke grondslag van zijn ernstige beschuldiging, de veroordeling van Prager in het licht van de door de Oostenrijkse rechter vastgestelde omstandigheden niet buiten proporties was en daardoor *'necessary in a democratic society'*. Daarom nam het EHRM geen schending van art 10 EVRM aan.⁴⁵

13.5 Het publieke debat en de belediging

13.5.1 Inleiding

Uit de Straatsburgse rechtspraak kan worden afgeleid dat de ruimte die de nationale staat heeft om tot een veroordeling te komen wegens strafbare belediging in beginsel gering is, zodra de belediging een onderwerp van publiek belang betreft. Die ruimte is bijna afwezig als degene die de uitlating doet, daarmee bijdraagt aan een *'public debate on a political question of general interest'*. Het publieke debat vormt namelijk de *'bedrock of any democratic system'*, aldus EHRM 19-2-1998, Mediaforum 10(1998), nr. 4, p. 125 e.v. (Bowman).

In deze paragraaf volgt een overzicht van enkele zaken waarin een nationale veroordeling wegens belediging aanleiding was om de gang naar Straatsburg te maken. Uit de hier te bespreken uitspraken volgt dat indien uitlatingen bijdragen aan het publieke debat, een veroordeling wegens strafbare belediging al snel met art. 10 EVRM strijdt. Dat betekent voor Nederland dat het toepassingsbereik van de beledigingsdelicten uit het WvSr onder deze omstandigheid wordt verkleind. Ook zal blijken dat in het kader van het publieke debat niet alles kan worden gezegd: de toelaatbaarheid blijkt ook in die context haar grenzen te kennen.

De aandacht is met name gericht op zaken die zich in een politieke context hebben afgespeeld (paragraaf 13.5.2). Het publieke debat speelt zich ook af op gebieden die buiten de

45 De (Nederlandse) rechter Martens gaf, net zoals bij de Markt Intern Verlag-zaak (zie noot 34), in een uitgebreide dissenting opinion aan waarom hij zich tegen de meerderheid van het Hof keerde met betrekking tot het oordeel dat in zaken waar de (beledigende) uitlating de rechterlijke macht betreft de nationale Staat zijn eigen ruime beslissingsbevoegdheid behoudt. Martens meende dat het EHRM slechts na een volle toetsing van de feitelijke merites van de zaak tot de beantwoording van de vraag of art. 10 EVRM is geschonden had kunnen komen. Na een grondige toetsing van de betwiste uitlating concludeerde Martens dat de Oostenrijkse strafrechter in deze zaak door middel van een onjuiste afweging tot een veroordeling van Prager en Oberschlick was gekomen en dat (de meerderheid van) het EHRM ten onrechte aan de Oostenrijkse staat te veel eigen beslissingsruimte had gegund, waardoor de beschermingsfunctie van art. 10 EVRM niet volledig tot zijn recht was gekomen.

'politiek' staan (paragraaf 13.5.3). De grens van het rechtens toelaatbare wordt in paragraaf 13.5.4 besproken.

13.5.2 Strafbare belediging en politieke zaken: meningen zijn grotendeels vrij

In EHRM 23-4-1992, NJ 94 102 (Castells) stond de veroordeling wegens belediging van de (Spaanse) regering centraal. De journalist-politicus Castells had in een artikel de Spaanse regering beticht van laksheid bij de bestrijding van rechts-politiek geweld in Spaans Baskenland. Het Hof overwoog dat regeringen meer moeten kunnen verdragen dan private burgers:

'The limits of permissible criticism are wider with regard to the Government than in relation to a private citizen, or even a politician. In a democratic system the actions or omissions of the Government must be subject to the close scrutiny not only of the legislative and judicial authorities but also of the press and public opinion. Furthermore, the dominant position which the Government occupies makes it necessary for it to display restraint in resorting to criminal proceedings, particularly where other means are available for replying to the unjustified attacks and criticisms of its adversaries or the media' (§ 46).

Maar ook een individuele politicus moet als hoge boom veel wind kunnen vangen. Het EHRM overwoog in EHRM 8-7-1986, NJ 87 901, m.n. E.A. Alkema (Lingens) dat

'The limits of acceptable criticism are accordingly wider as regards a politician as such than as regards a private individual. Unlike the latter, the former inevitably and knowingly lays himself open to close scrutiny of every word and deed by both journalists and the public at large, and he must consequently display a greater degree of tolerance. No doubt, Art. 10 para. 2 enables the reputation of others - that is to say, of all individuals - to be protected, and this protection extends to politicians too, even when they are not acting in their private capacity; but in such cases the requirements of such protection have to be weighed in relation to the interests of open discussion of political issues' (§ 42).

De uitspraak van het EHRM in de Oberschlick-II zaak (EHRM 1-7-1997, Mediaforum 9 (1997), nr. 9, Bijlage, p. B113) bevatte een soortgelijke overweging⁴⁶:

'As to the limits of acceptable criticism, they are wider with regard to a politician acting in his public capacity than in relation to a private individual. A politician inevitably and knowingly lays himself open to close scrutiny of his very word and deed by both journalists and the public at large, and he must display a greater degree of tolerance, especially when he makes public statements that are susceptible of criticism. He is certainly entitled to have his reputation protected, even when he is not acting in his private capacity, but the requirements of that protection have to be weighed against the interests of open discussion of political issues, since exceptions to freedom of expression must be interpreted narrowly' (§ 29).

Ook al bevat dergelijke kritiek termen die *'offend, shock or disturb'*, beperking van het grondrecht is minder op haar plaats, want:

46 De Oostenrijkse journalist werd wegens belediging van een politicus wegens belediging vervolgd. Hij had van deze journalist gezegd dat deze, gelet op zijn provocerende uitspraken over de gedragingen van de Nazisoldaten, een 'Trottel' (idiot) was.

'Such are the demands of (...) pluralism, tolerance and broadmindedness, without which there is no "democratic society"',

aldus het EHRM in de Lingens-zaak. Zijn politici het onderwerp van dergelijke uitlatingen dan weegt, mits de uitlating het publieke debat dient, het belang van de vrijheid van meningsuiting zwaarder dan dat van de bescherming van hun eer of goede naam. Men kan het ook omdraaien: ook politici genieten het recht op bescherming van hun eer of goede naam. Als de uitlating geschiedt in het kader van de politieke discussie, dan is deze - ook al bevat zij schokkende of storende termen - echter niet snel beledigend.⁴⁷

Van doorslaggevend belang is niet of de uitlating de politicus privé dan wel publiek treft.⁴⁸ Waar het bij de bescherming van art. 10 EVRM om gaat, is dat de uitlating de mening over de publieke zaak (mede) vormt, ook al betreft de uitlating de politicus als persoon. In dat geval zal op Europees-rechtelijk niveau van strafbare belediging niet gauw sprake zijn. Dit is weer anders als de uitlating (ten onrechte) twijfel zaait omtrent zijn karakter en goede naam. Karaktermoord en erediefstal kunnen dan ook in Straatsburg niet door de beugel.

Uit EHRM 26-6-1992, series A 239 (Thorgeirson) valt af te leiden dat niet alleen regeringen en individuele politici een dikke huid moeten hebben, maar dat ook een ambtenaar in de rechtmatige uitoefening van zijn bediening tegen een stootje moet kunnen.

De zaak was de volgende. De IJslandse journalist Thorgeir Thorgeirson had in een artikel aandacht geschonken aan een zijns inziens gewelddadig optreden van de Reykjavíkse politie. Door het EHRM werd vastgesteld dat Thorgeirson niet de politie van Reykjavík in haar geheel of een individuele politiebeambte wilde beledigen, maar dat het hem ging om de (strafrechtelijke) verantwoordelijkheid van *"comparatively few individuals" (...) and that an independent investigation hopefully shows that a minority of policemen were responsible*. Daar kwam bij, zo overwoog het EHRM, dat Thorgeirson zijn uitlatingen baseerde op datgene wat hij van derden had vernomen over de gedragingen van de politie. Deze omstandigheden waren voor het Hof aanleiding om aan te nemen dat Thorgeirson *'was to urge the Minister of Justice to set up an independent and impartial body to investigate complaints of police brutality'* (§ 66).

Het Hof kwam tot de slotsom dat de onderhavige zaak *'a matter of serious public concern'* behelsde (paragraaf 68). De omstandigheid dat het artikel van de journalist in *'particularly strong terms'* was gegoten, deed aan dat oordeel niet af:

47 Voorafgaande aan de uitspraak van het Hof in de Lingens-zaak had de Commissie overwogen dat *'the democratic system requires that those who hold public power are subject to close control not only by their political adversaries in the institutions of the State or other organisations, but also by the public opinion which is to a large extent formed and expressed in the media'* (Rapport Commissie 11-10-1984, series A, p. 36-37 (Lingens)). Zie ook EHRM 1-7-1997, Mediaforum 9 (1997), nr. 9, Bijlage, p. B113 (Oberschlick-II); zie ook Schokkenbroek, Toetsing ..., o.c., p. 114; Nieuwenhuis, o.c., p. 328.

48 Vgl. Van Dijk/Van Hoof, o.c., p. 459. Ook in dit kader zijn de overwegingen van de Europese Commissie in de Lingens-zaak het citeren waard: zij voerde hieromtrent aan dat *'a politician must be prepared to accept even harsh criticism of his public activities and statements, and such criticism may not be understood as defamatory unless it throws a considerable degree of doubt on his personal character and good reputation'*. Verderop voerde de Commissie aan dat niet beslissend is of de uitlating ziet op bepaalde aspecten van zijn *'private morality'*. Een dergelijke uitlating kan namelijk een *'public relevance in the context of the political debate on the issue under consideration'* hebben (Rapport Commissie 11-10-1984, series A, p. 36-37 (Lingens)).

'However, having regard to their purpose and the impact which they were designed to have, the Court is of the opinion that the language used cannot be regarded as excessive' (§ 67).⁴⁹

De veroordeling van Thorgeirson wegens smaad aangedaan aan een ambtenaar (art. 108 Sr, IJsland) werd door het Hof als niet noodzakelijk in een democratische samenleving beschouwd en dientengevolge als schending van art. 10 EVRM beoordeeld.⁵⁰

13.5.3 Politieke kritiek of ook andere onderwerpen van maatschappelijk belang?

Uit de voorgaande paragrafen zou afgeleid kunnen worden dat *politieke* kritiek meer bescherming geniet dan uitlatingen die kwesties van algemeen maatschappelijk belang aansnijden. De tekst van art. 10 EVRM geeft voor die stelling geen aanleiding. Ook in de Straatsburgse rechtspraak wordt een dergelijk onderscheid niet gemaakt. Dit bleek uit EHRM 25-6-1992, series A 239 (Thorgeirson). Het Hof overwoog dat *'there is no warrant in its case-law for distinguishing (...) between political discussion and discussion of other matters of public concern'* (§ 64).⁵¹

Wat onder *'other matters of public concern'* moet worden verstaan is afhankelijk van het concrete geval. Duidelijk is wel dat zaken van publiek belang meer bestrijken dan alleen het terrein van het overheidsbeleid. Een discussie over het verschijnsel rechts-extremisme bijvoorbeeld is een *'public debate'*. Een nationaal debat over de wijze waarop Nederland zich van zijn koloniën heeft ontdaan, kan eveneens als *'public debate'* in de zin van de Straatsburgse rechtspraak worden aangeduid.⁵² Ook een verslag over een rechtszaak waarbij een publiek persoon is betrokken behoort tot het domein van het publieke debat⁵³; dat geldt evenzeer voor een algemene discussie over de kwaliteit van het leger.⁵⁴

De reikwijdte van het begrip *'public concern'* wordt geïllustreerd door de uitspraak van het EHRM in de Jersild-zaak (EHRM 23-9-1994, NJ 95 387, m.n. G. Knigge en E.J. Dommering). Deze Deense journalist, werkzaam ten behoeve van een nieuws- en actualiteitenprogramma

49 Vgl. ook EHRM 23-5-1991, NJ 92 456 (Oberschlick I).

50 Zie ook: G.A.I. Schuijt, Thorgeir Thorgeirson, in: *Ars Aequi* 42(1993), p. 687 e.v.

51 Vgl. ook Harris et al., o.c., p. 397.

52 In dit kader wijs ik op EHRM 22-5-1990, Series A 177 (Weber). Hierin stond centraal een veroordeling wegens, kort gezegd, schending van geheimen; de journalist Weber was in een artikel ingegaan op de stand van zaken in een door hem wegens smaad aangespannen gerechtelijke procedure. Het EHRM overwoog dat Weber alom bekend was wegens zijn inzet voor milieuzaken. In het kader hiervan had hij meer dan eens een bijdrage geleverd aan het publieke debat over dergelijke zaken. De publieke discussie die werd gevoerd over het strafproces betrof de handel van Weber. De discussie maakte volgens het EHRM dientengevolge evenzeer deel uit van het publieke debat. Voorts overwoog het Hof dat de informatie over dit proces bij het publiek reeds bekend was (paragrafen 47-51). Juist vanwege het publieke karakter van de uitlating en de bijdrage daarvan aan het publieke debat (zie m.n. paragraaf 48), liet het Hof de staat minder eigen beoordelingsruimte toe, dan wellicht het geval zou zijn indien de veroordeling zou berusten op de beperkingsgrond van de bescherming van het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht. Onder omstandigheden delft het laatstgenoemde belang het onderspit tegen dat van het publieke debat.

53 *'Restrictions on freedom of expression permitted by the second paragraph of Article 10 'for maintaining the authority and impartiality of the judiciary' do not entitle States to restrict all forms of public discussion on matters pending before the courts'* (paragraaf 50, EHRM 29-8-1997, NJB 1997, p. 2070, Worm). Art. 10 EVRM biedt derhalve ruimte om ook over lopende rechtszaken een debat te voeren.

54 EHRM 25-11-1997, NCJM-bull.,1998, p. 346 e.v. (Grigoriades).

van de Deense televisie, had in het kader van een uitzending over het verschijnsel racisme een aantal extreem-rechtse jongeren aan het woord gelaten. Deze jongeren werden veroordeeld wegens belediging van een groep mensen wegens hun ras.⁵⁵

Aan Jersild werd het Deense equivalent van ons art. 137e Sr telastegelegd: kort gezegd, het verspreiden van voor een groep mensen wegens hun ras beledigende opmerkingen.⁵⁶ Tot in hoogste (Deense) instantie werd Jersild hiervoor veroordeeld. Door de Deense regering werd aangevoerd dat in dit bijzondere geval, waarin de ingevolge het Verdrag inzake de uitbanning van rassendiscriminatie door Denemarken na te leven verplichting om elke vorm van rassendiscriminatie te bestrijden centraal stond, de Deense justitiële autoriteiten hun eigen beoordelingsruimte dienden te behouden. Zij waren immers het beste in staat om het effect dat het TV-programma had, te beoordelen. In dat licht streed volgens de Deense regering de veroordeling van Jersild niet met art. 10 EVRM.

Het EHRM dacht daar anders over. In zijn uitspraak verwees het Hof naar de publieke discussie die in Denemarken ten tijde van de betreffende uitzending werd gevoerd. Hierbij hechtte het Hof veel gewicht aan het feit dat dit programma werd ingeleid met de opmerking dat het een bijdrage wilde leveren aan dat debat door het tonen van de mentaliteit en de achtergrond van de geïnterviewde jongeren. Hieruit viel af te leiden, aldus het EHRM, dat de intentie van Jersild niet gelegen was in het verspreiden van beledigende uitlatingen. Jersild:

'On the contrary, (...) sought - by means of an interview - to expose, analyse and explain this particular group of youths, limited and frustrated, thus dealing with specific aspects of a matter that already then was of great public concern' (§ 33).

Nu hier sprake was van een bijdrage aan het publieke debat - wat er zij van het door Denemarken gevoerde verweer dat Jersild geen afstand had genomen van de inhoud van de uitlatingen⁵⁷ - liet het Hof aan de nationale staat in dit geval nauwelijks enige eigen beoordelingsruimte over.

55 Uit de publikatie van de uitspraak citeer ik de volgende uitlatingen: '... [the Northern states wanted that] the niggers [should] be free human beings, man, they are not human beings, they are animals'; 'just take a picture of a gorilla, man, and then look at a nigger, it's the same body structure and everything, man, flat forehead and all kinds of things'; 'a nigger is not a human being, it's an animal, that goes for all the other foreign workers as well, Turks, Yugoslavs and whatever they are called'; 'it is the fact that they are 'perkere', that's is what we don't like, right, we don't like their mentality ... what we don't like is when they walk around in those Zimbabwe-clothes and then speak this hula-hula language in the street'.

56 Opgemerkt zij dat de Deense bepaling niet het de strafbaarheid uitsluitende bestanddeel bevat, dat ons art. 137e Sr kenmerkt: het anders dan ten behoeve van zakelijke berichtgeving verspreiden etc.

57 Voor een minderheid van het EHRM was juist deze omstandigheid, in combinatie met het feit dat het ging om naleving van uit genoemd Verdrag voortvloeiende verplichtingen, aanleiding om aan te nemen dat de veroordeling van Jersild niet streed met de waarborgen van art. 10 EVRM. De meerderheid van het Hof nam aan dat van impliciete afstand tot het gebodene sprake was; uit een aantal vragen die Jersild de jongeren stelde sprak al een distantie; de inleider gaf aan wat het thema van het programma was in en welke context het moest worden gezien en ook stond het programma bekend als een serieus nieuwsprogramma. Overigens achtte het Hof het niet relevant dat Jersild niet expliciet had doen blijken van enige afstand: *'admittedly, the item did not explicitly recall the immorality, dangers and unlawfulness of the promotion of racial hatred and of ideas of superiority of one race. However, in view of the (...) counter-balancing elements and the natural limitation on spelling out such elements in a short item within a longer programme as well as the journalist's discretion as to the form of expression used, the Court does not consider the absence of such precautionary reminders to be relevant'* (§ 34).

Het kwam tot de slotsom dat, op grond van de uit de concrete omstandigheden voortvloeiende integriteit van Jersild, de veroordeling met art. 10 EVRM streed.⁵⁸

Uit een aantal uitspraken blijkt dat kritiek op de rechterlijke macht onder bepaalde voorwaarden onder de bescherming van art. 10 EVRM valt. Dit is echter niet zonder meer het geval. In EHRM 26-4-1995, NJ 96 497 (Prager en Oberschlick), overwoog het Hof expliciet dat het feit dat rechters een bijzondere positie bekleden een beoordelingsfactor is bij de vraag of de veroordeling wegens strafbare belediging met art. 10 EVRM strijdt. Kritiek op het functioneren van de rechterlijke macht acht het Hof op zichzelf onderdeel van het publieke debat, waarbij zeker de media een belangrijke rol vervullen. Wel moet rekening worden gehouden met het feit dat de leden van de rechterlijke macht een bijzondere positie bekleden. Tegen (ongefundeerde) aantijgingen kunnen zij zich niet altijd publiekelijk verdedigen.⁵⁹ Een veroordeling wegens belediging van de rechterlijke macht behoeft dan in beginsel niet met art. 10 EVRM te strijden.

Dit bleek uit de Barfod-zaak (EHRM 22-2-1989, NJ 91 686, m.n. E.A. Alkema). Deze zaak speelde zich in Groenland af. Zij betrof een journalist die door de hoogste Deense rechter was veroordeeld wegens belediging van twee Groenlandse (leken-) rechters. De journalist had in een door hem geschreven artikel geprotesteerd tegen de gang van zaken bij de rechterlijke behandeling van een omstreden belastingheffing van Deense onderdanen, werkzaam op een Amerikaanse legerbasis op Groenland (Barfod behoorde overigens niet tot die categorie van werknemers). In zijn artikel schreef Barfod dat hij van mening was dat de twee lekenrechters gewraakt hadden moeten worden. Bovendien stelde hij dat getwijfeld kon worden aan hun onpartijdigheid (beide lekenrechters waren ambtenaar) en schreef Barfod onder meer dat de beide rechters 'hun plicht hadden gedaan', hetgeen men nu eenmaal van ambtenaren kon verwachten. In dit geval oordeelde het Hof dat met de veroordeling van Barfod art. 10 EVRM niet geschonden was.

58 Van belang hierbij was ook dat - en dat is in het licht van de Nederlandse rechtspraak opmerkelijk te noemen - de intentie die Jersild met het geheel van zijn programma had, in 's Hof's overwegingen expliciet werd betrokken (vgl. HR 18-10-1988, NJ 89 476, m.n. G.E. Mulder; HR 11-12-1990 NJ 91 313, m.n. A.C. 't Hart). Deze uitspraak wordt gezien als een uitspraak die ruim baan geeft aan de citerende journalist en die in de Nederlandse rechtspraak navolging heeft gevonden (Zie bijvoorbeeld Hof Leeuwarden 26-1-1995, NJ 95 388. In hoofdstuk 14 ga ik nader in op de gevolgen van deze uitspraak voor de toepassing van art. 261 lid 3 Sr).

59 Zie de in de paragraaf 13.4.3 geciteerde paragraaf 34 over de bijzondere functie van de rechterlijke macht in de samenleving.

Het Hof overwoog dat

'The State's legitimate interest in protecting the two lay judges was (...) not in conflict with the applicant's interest in being able to participate in free public debate on the question of structural impartiality of the High Court'.

Op de stelling van Barfod dat zijn beschuldigingen moesten worden gezien in het licht van het publieke debat dat door de vrijheid van meningsuiting wordt beschermd, zodat deze kritiek niet beledigend kon worden geoordeeld, overwoog het Hof:

'The Court cannot accept this argument. The lay judges exercised judicial functions. The impugned statement was not a criticism of the reasoning in the judgment of 28 January 1981, but rather (...) a defamatory accusation against lay judges personally, which was likely to lower them in public esteem and was put forward without any supporting evidence. In view of these considerations, the political context in which the tax case was fought cannot be regarded as relevant for the question of proportionality' (§ 35).

Annotator Alkema en Van Dijk/Van Hoof bekritiseerden deze uitspraak van het Hof.⁶⁰ Alkema verweet het Hof een 'zwalkende koers' te volgen ten opzichte van eerdere, soortgelijke uitspraken. Hij zocht een verklaring voor deze uitspraak in politieke richting: het gevaar dat bij veroordeling van Denemarken/Groenland het laatstgenoemde territorium zich zou kunnen afscheiden van de verplichtingen opgelegd door het EVRM (vgl. art. 63 EVRM).

Van Dijk/Van Hoof vermochten niet in te zien wat het verschil was tussen de '*persoonlijke aanval op de beide rechters aangaande hun functioneren in een openbare functie en de kritiek op de Oostenrijkse kanselier in de Lingsen-zaak*'.⁶¹ Het Hof concludeerde in de Barfod-zaak dat Barfod's aanval de rechters persoonlijk trof. Kennelijk woog voor het Hof zwaar dat de kritiek van Barfod een aanranding behelsde van het vertrouwen dat de rechtspraak op Groenland, een qua inwoneraantal zeer kleine gemeenschap, voor het goed functioneren ervan dient te genieten. Bovendien zal de positie van een rechter een beoordelingsfactor zijn geweest voor het Hof. Anders dan bijvoorbeeld een politicus, kan een rechter zich in het publieke debat niet verdedigen tegen aantijgingen die zijn functioneren als rechter betreffen. Daar komt bij dat Barfod's bewering '*without any supporting evidence*' was: aan de beschuldiging ontbrak een feitelijke grondslag.

Daarenboven zal de andere beperkingsgrond van het tweede lid van art. 10 EVRM hier een rol hebben gespeeld bij de uitkomst. De veroordeling en derhalve de inbreuk op de vrijheid van meningsuiting van Barfod was gegrond op zowel de bescherming van de goede naam van anderen als '*the maintenance of the authority of the judiciary*': "*like the Commission, the Court*

60 De Commissie had een andere mening dan het Hof; zij oordeelde dat de belangenafweging tussen enerzijds het belang van bescherming van twee lekenrechters tegen onterechte aanvallen en anderzijds dat van het openbare debat over de integriteit van de rechtspraak, leidde tot de conclusie dat in dit geval het eerste zwaarder diende te wegen met het oog op de door art. 10 EVRM beschermde rechten (Rapport van 16-7-1987, Series A 149, p. 20).

61 Van Dijk/Van Hoof, o.c., p. 461.

has no cause to doubt that the interference satisfied the requirements of art. 10 paragraaf 2 in these respects” (§ 26).⁶²

In EHRM 27-2-1997, Mediaforum 9(1997), nr. 4, p. 68 (De Haes en Gijssels) stond eveneens een veroordeling wegens belediging van een rechter centraal. Het Hof overwoog dat de (civiele) veroordeling van twee Vlaamse journalisten wegens beschuldiging van een rechter van partijdigheid tot één frank geldboete alsmede tot publikatie van het nationale arrest niet noodzakelijk was in een democratische samenleving en derhalve met art. 10 EVRM streed.

De journalisten hadden in een artikel scherpe kritiek geleverd op een familierechtelijke uitspraak van de rechter. Hierin was sprake van toewijzing van de voogdij van kinderen aan de vader. De journalisten beweerden dat de vader zich in het verleden aan incest schuldig zou hebben gemaakt en dat daardoor de toewijzing van de kinderen aan hem niet in de rede had gelegen. Ook hadden beide journalisten de suggestie gewekt dat de uitspraak in deze zaak was ingegeven door extreem-rechtse opvattingen van de rechters, alsmede door de politieke verwantschap die de rechters met de vader zou voelen.

Het EHRM overwoog dat de rol van de media - ook bij de controle op het functioneren van de rechterlijke macht - prominent is in een democratie. Dat neemt echter niet weg, zoals het Hof het ook in de Barfod-zaak overwogen had, dat de rechterlijke macht in een bijzondere, beschermenswaardige, positie verkeert:

‘The courts - the guarantors of justice, whose role is fundamental in a State based on the rule of law - must enjoy public confidence. They must accordingly be protected from destructive attacks that are unfounded, especially in view of the fact that judges are subject to a duty of discretion that precludes them from replying to others’ (§ 37).

Vervolgens stelde het Hof andermaal vast dat de nationale Staat de bevoegdheid heeft zelf vast te stellen wanneer op de vrijheid van expressie een inbreuk mag worden gemaakt. Zijn beslissing is echter wel onder supervisie van het EHRM. In de onderhavige zaak werden de feiten waarop de veroordeling van De Haes en Gijssels steunde aan een strikte Straatsburgse toets onderworpen. Het Hof stelde vast dat het artikel was gegrond op gedegen onderzoek. Daarom kon van de journalisten niet gezegd worden dat zij in hun verantwoordelijkheden als verslaggevers tekort waren geschoten. Dat hierbij de journalisten tevens ernstige kritiek hadden geuit op de het functioneren van de magistratuur, kon hier worden gezien als een opmerking die gelezen moest worden in de context van de op dat moment gevoerde publieke debat over de verhouding tussen de Belgische rechterlijke macht en de media. (paragraaf 39). Van belang was ook de vaststelling van het Hof dat de rechters de feiten inzake de kinderen in de echtscheidingszaak niet hadden betwist. De *‘factual basis’* ontbrak niet (paragraaf 47). De bewering van de journalisten dat de vader van een der rechters *‘fout in de oorlog’* was geweest, was echter ook voor het Hof een overschrijding van de grens van toelaatbare kritiek:

62 Vgl. hierover Van Dijk/Van Hoof (o.c., p. 469); zij menen dat deze beperkingsgrond opgenomen lijkt te zijn met het oog op de Anglo-Saksische rechtsfiguur *‘contempt of court’*; deze figuur ziet op de voorkoming van de aantasting van het gezag en onafhankelijkheid van de rechter door publikaties en andere handelingen (vgl. ook de eerder aangehaalde Worm-zaak: EHRM 29-8-1997, NJB 1997, p. 2070). Nu de publikatie niet plaatsvond voorafgaande aan of tijdens de belastingrechtszaak, maar achteraf, naar aanleiding van die zaak, zou men kunnen stellen dat de beperkingsgrond een ruimer gebied bestrijkt dan de *‘contempt of court’*.

'It is unacceptable that someone should be exposed to opprobium because of matters concerning a member of his family. A penalty was justifiable on account of that allusion by itself' (§ 45).

Deze vaststelling van het Hof was evenwel onvoldoende om de veroordeling van De Haes en Gijssels niet in strijd met art. 10 EVRM te oordelen. De beschuldiging was namelijk één onderdeel van het totaal van de uitlatingen dat aan de basis van de veroordeling stond (paragraaf 46). Het Hof herhaalde zijn overweging dat niet alleen het geven van meningen, ideeën en informatie onder de vrijheid van expressie valt, maar dat zulks ook geldt voor het verspreiden van opvattingen die *'offend, shock and disturb'*. De journalistieke vrijheid *'also covers possible recourse to a degree of exaggeration, or even provocation'* (paragraaf 46). Gelet op het belang van de vermelde omstandigheden oordeelde het Hof de veroordeling van De Haes en Gijssels, ondanks de polemische en soms agressieve toon van het geheel, niet noodzakelijk in een democratische samenleving en daardoor in strijd met art. 10 EVRM.⁶³

Of deze uitspraak in vergelijking met de Barfod-zaak als een 'radicale trendbreuk' en als een 'ommekeer in de jurisprudentie van het Hof met betrekking tot de kritische rechtbankverslaggeving' moet worden gezien,⁶⁴ valt te betwijfelen. In de Barfod-zaak was de beschuldiging geuit dat de Groenlandse lekenrechters partijdig waren; een oordeel dat niet gestaafd werd. Het kritische oordeel over de Belgische rechters werd daarentegen onderbouwd.⁶⁵ Van meer gewicht acht ik dat de uitlatingen van De Haes en Gijssels gezien moeten worden in een breder perspectief van de breed gevoerde discussie over de verhoudingen tussen de Belgische rechterlijke macht en de media. Daardoor betrof, anders dan in 'Barfod', de kritiek van de verslaggevers eerder de rechterlijke beslissing dan de persoon van de rechter. De in paragraaf 37 weergegeven overweging van het EHRM dat de rechterlijke macht vanwege zijn onmogelijkheid om te reageren op 'destructive attacks' die 'unfounded' zijn moet worden beschermd, acht ik eerder een bevestiging van 'Barfod' dan een afwijking daarvan.

Een verschil met de Barfod-zaak is dat in de Belgische zaak de kritiek de beslissing van de rechter betrof en niet de persoon van de rechter. Dat maakt de overweging van het Hof wel begrijpelijk. Bovendien speelde in deze zaak mee dat de rechter ten onrechte stelde dat beide journalisten zonder enig bewijsmateriaal lasterlijke kritiek hadden gepubliceerd. Het EHRM stelde, anders dan in de Barfod-zaak, vast dat er wel degelijk gronden waren voor de stelling dat geloofwaardig bronnenmateriaal aanwezig was.

63 De beslissing dat art. 10 EVRM was geschonden werd door twee van de negen rechters niet ondersteund. Het feit dat de journalisten schreven dat de rechter vooringenomen zouden zijn, was voor de dissenters voldoende reden om de veroordeling niet in strijd met art. 10 EVRM te achten.

64 A. Borms, De betekenis van het arrest-De Haes en Gijssels voor de kritische gerechtsjournalistiek, in: NJCM-bulletin 22 (1997), nr. 7, p. 902 en p. 904. Zie hierover ook: D. Voorhoof, Het Humo-arrest: scherpe kritiek op rechters geoorloofd, in: Mediaforum 1997, nr. 4, p. 68-69.

65 In paragraaf 44 overwoog het EHRM: *'added to the information which the applicants had been able to gather about Mr X's behaviour towards his children, information which was in itself capable of justifying the criticism of the decisions taken by or with the aid of the judges and Advocate-General concerned, the facts which they believed they were in a position to allege concerning those persons' political sympathies could be regarded as potentially lending credibility to the idea that those sympathies were not irrelevant to the decisions in question'*.

13.5.4 Grenzen aan de vrijheid van meningsuiting in verband met belediging

De toelaatbaarheid van bijdragen aan het publieke debat kent, zoals ik eerder opmerkte, haar grenzen. Een gegrond beroep op art. 10 EVRM veronderstelt namelijk dat de uitlating binnen *'the limits of acceptable criticism in the context of public debate on a political question of general interest'* blijft (EHRM 28-8-1992, NJ 94 103, m.n. E.J. Dommering (Schwabe, § 29). Wanneer de kritiek binnen die grenzen blijft is in abstracto niet te zeggen. Uit de hier genoemde uitspraken van het EHRM valt evenwel een aantal aanwijzingen te destilleren.⁶⁶ Zo is een aspect de bedoeling van een uitlating Als bijvoorbeeld blijkt dat de bedoeling niet is gelegen in het aanranden van de goede naam van het slachtoffer, maar - zoals in de zaak-Thorgeirson - in het de overheid trachten te bewegen tot een onderzoek naar de gedragingen van enkele politie-beambten, zijn de *'particularly strong terms'*, waarin het artikel is gegoten, niet *'excessive'* en derhalve aanvaardbaar in het licht van art. 10 EVRM. Als een journalist een politicus voor 'Trottel' ('idiot') uitmaakt in een reactie op de in het openbaar gedane uitlating dat ook de nazi-soldaten voor de vrede en de vrijheid hadden gevochten en een bijdrage aan de huidige democratische samenleving hebben geleverd, is die term niet zonder meer *'disproportionate to the indignation knowingly aroused by mr Haider'* aldus het EHRM in zijn uitspraak van 1-7-1997, Mediaforum 9(1997), nr 9, Bijlage, p. B113 (Oberschlick-II). De veroordeling van de journalist wegens belediging was derhalve niet noodzakelijk en streed met art. 10 EVRM.⁶⁷

Als *'particularly strong terms'* geen bijdrage leveren aan het publieke debat, is het vermoeden daar dat aanranding van de goede naam wel in de bedoeling heeft gelegen. Het is dan denkbaar dat art. 10 EVRM niet in de weg staat aan een veroordeling wegens belediging. Een veroordeling wegens belediging in een geval waarin de dader een politicus ongefundeerd op grond van zijn gevoerd beleid uitmaakt voor een SS-er zal niet strijden met art. 10 EVRM.⁶⁸

Een andere wegingsfactor kan zijn de gegrondheid van de inhoud van de uitlating. Het EHRM maakt hierbij een belangrijk onderscheid tussen enerzijds *'value-judgments'* (waarde-

66 Hierover ook: J. van der Velde, Het publieke debat en de vrijheid van meningsuiting, in: NJCM-bulletin 1993, p. 433.

67 Veroordelingen wegens het ontkennen of het betwijfelen van de moord op de joden door de nazi's strijden niet met art. 10 EVRM. Dergelijke uitlatingen zijn als *'particularly strong'* geoordeeld en daarmee schokkend voor een groot deel van de bevolking. De veroordelingen die in Straatsburg voor de Europese Commissie ter beoordeling waren gelegd, werden noodzakelijk in een democratische samenleving geoordeeld (zie ECRM 5-2-1969; ECRM 11-1-1995. Deze betreffen weliswaar uitspraken van de Europese Commissie, maar men mag aannemen dat er weinig aanleiding is om te veronderstellen dat het Hof er anders over zal denken (hoewel met name bij art. 10-zaken het Hof, zij het sterk verdeeld, niet altijd het oordeel van de Commissie volgt; zie bijvoorbeeld EHRM 25-11-1997, Mediaforum 10(1998), nr.2, p. 54, Zana). Soms wordt in dergelijke gevallen direct aan art. 17 EVRM getoetst (vgl. Harris et al., o.c., p. 373-374; Nieuwenhuis, o.c., p. 344-345; ook: Vrijheid van meningsuiting, racisme en revisionisme (G.A.I. Schuijt en D. Voorhoof (red.), Gent, 1995). Zie in dit verband ook HR 25-11-1997, NJ 98 261.

68 Zie voor een helder overzicht van de Amerikaanse benadering inzake dergelijke kwesties: Rosier, Vrijheid van meningsuiting ..., o.c., p. 133 e.v.

oordelen) en anderzijds 'facts'.⁶⁹ 'Facts' zijn vatbaar voor het bewijs. Voor 'value-judgments' geldt zulks niet.⁷⁰ Het EHRM overwoog in de Schwabe-zaak⁷¹ dat

'The applicants' conviction for defamation stemmed (...) from the fact that he failed to prove the truth of his statement. [The Austrian courts] interpreted the words "while under the influence of alcohol", appearing in the press release, as meaning an alcohol content of 0.8 per mille or more, on the basis of the comparison made with X's accident (...). The Court does not, however, consider it established that the applicants' statement about Y's alcohol consumption was misleading. It moreover points out that the two accidents were not the subject of direct comparison but were mentioned only in relation of Z towards them. It is significant that the applicant described both accidents in completely different terms (...). He nevertheless concluded that they had enough features in common to warrant the resignation of both the politicians [X and Y] concerned. The impugned comparison thus essentially amounted to a value-judgment, for which no proof of truth is possible (...). The Court notes in this connection that the facts on which the applicant based his value-judgment were substantially correct and his good faith does not give rise to serious doubts. He cannot be considered to have exceeded the limits of freedom of expression' (§ 34).

Deze overweging van het Hof leidt tot de conclusie dat als de feiten waarop de uitlating berust gegrond zijn ('substantially correct'), van de dader niet mag worden gevegd dat hij de daaraan gekoppelde waarde-oordelen staft. Een dergelijke eis zou niet met art. 10 EVRM stroken, aldus het Hof. Van belang is wel of die waarde-oordelen in het licht van de feiten als een 'fair comment' geschetst kunnen worden (EHRM 25-4-1995, NJ 96 497, Prager en Oberschlick, paragraaf 37).

Als de uitlating alleen feiten bevat kan evenmin gezegd worden dat het EHRM het onderste uit de kan wil. Zolang niet vastgesteld is dat een bewering geheel onwaar en puur verzinsel ('altogether untrue and merely invented') is, wordt al gauw aangenomen dat de schrijver met betrekking tot de feiten de nodige zorgvuldigheid heeft betracht, ook al berust de inhoud van de uitlating op verklaringen van derden. Het eisen van het bewijs der waarheid is dan 'onredelijk, zoniet onmogelijk' (Thorgeirson, § 65).⁷²

Onder omstandigheden echter wordt van de dader wel meer onderzoek naar de gegrondheid van de feiten verwacht. Daarbij behoort het toepassen van het beginsel 'hoor en wederhoor'. Deze beginsel krijgen in de visie van het EHRM meer gewicht naarmate de beschuldigingen een ernstiger karakter dragen én de beschuldigten bepaalde posities in het maatschappelijk leven

69 Zie EHRM 8-7-1986, NJ 87 901, m.n. E.A. Alkema Lingens); zie voorts EHRM 23-5-1991, NJ 92 456, m.n. E.J. Dommering (Oberschlick), paragraaf 63; EHRM 28-8-1992, NJ 94 103 (Schwabe), § 34.

70 Dommering merkt in zijn annotatie onder de Oberschlick-zaak, zoals gepubliceerd in NJ 92 456, terecht op dat in één uitlating veelal beide aspecten aan bod komen.

71 De Oostenrijkse Schwabe had in een persbericht twee gevallen vergeleken waarin politici onder invloed van alcohol verkeersongevallen met dodelijke afloop zouden hebben veroorzaakt. Een door Schwabe genoemd geval betrof een verkeersongeluk dat in 1966 zou hebben plaatsgevonden. Tegen Schwabe werd een klacht wegens smaad ingediend door degene die dat ongeluk zou hebben veroorzaakt, een zekere Frühbauer. De Oostenrijkse rechter veroordeelde Schwabe wegens smaad. Hij overwoog dat, nu Schwabe niet had geschreven dat Frühbauer destijds niet was veroordeeld wegens het rijden onder invloed, de lezer uit Schwabe's persbericht zou kunnen afleiden dat Frühbauer de grens van een toelaatbaar alcoholpercentage had overschreden. Ook had Schwabe de waarheid van zijn uitspraken niet kunnen aantonen.

72 Vgl. ook EHRM 23-5-1991, NJ 92 456, m.n. E.J. Dommering, (Oberschlick, § 63).

bekleden, zoals rechters (EHRM 25-4-1995, NJ 96 497, Prager en Oberschlick, § 37; vgl. ook § 34).

13.6 Slotopmerkingen

Art. 10 EVRM beschermt de vrijheid van expressie. Het uitoefenen van dit recht kan niet los gezien worden van de uitoefening van plichten en verantwoordelijkheden die de burger heeft ten aanzien van de in het tweede lid genoemde gronden. Een en ander zou als volgt geformuleerd kunnen worden: geschiedt de uitoefening van de vrijheid met inachtneming van de in art. 10 lid 2 EVRM genoemde plichten en verantwoordelijkheden, dan kan gezegd worden dat van die vrijheid - in Europees-rechtelijk verband - een verantwoord gebruik is gemaakt. Een veroordeling wegens belediging strijdt dan met art. 10 EVRM, zo volgt uit de Straatsburgse rechtspraak.

In zaken waar het publieke debat in het geding is, beoordeelt het EHRM de aan de zaak ten grondslag liggende feiten en omstandigheden zelf. De beoordelingsruimte voor de staat is dan vrij gering. Als het Hof echter meent dat bij een nationale veroordeling het accent niet zozeer ligt op beperking van het publieke debat, maar op de handhaving van de openbare orde of de bescherming van de goede zeden, is het geneigd om aan de bij het Verdrag aangesloten staten met betrekking tot de vraag of een veroordeling noodzakelijk is in een democratische samenleving een eigen beslissingsruimte te geven. Aan de Staat wordt dan een betrekkelijk grote margin of appreciation gegund, dat wil zeggen dat hij zijn beoordelingsvrijheid behoudt ten aanzien van de feiten en omstandigheden in een bepaalde zaak en zelf kan beoordelen of de veroordeling in een democratische samenleving noodzakelijk is.

Het ijkpunt voor de beoordeling van de vraag of een veroordeling noodzakelijk is in een democratische samenleving lijkt te zijn de maat waarin een uitlating een bijdrage aan het publieke debat bevat. Uit de rechtspraak van het EHRM is naar mijn mening af te leiden dat er sprake is van een schending van art. 10 EVRM als de veroordeling wegens belediging een uitlating betreft waarvan het Hof heeft vastgesteld dat zij in het kader van en dienstig aan het publieke debat is gedaan.

De achterliggende gedachte van het EHRM is dat een dergelijk debat een *conditio sine qua non* is voor de ontwikkeling van een democratische samenleving. Het feit dat in dat debat uitlatingen worden gedaan die op zichzelf als beledigend kunnen worden beschouwd, is voor Straatsburg van minder gewicht. Een nationale veroordeling frustreert het debat en daarmee de ontwikkeling van de democratie. Een veroordeling is dan derhalve niet noodzakelijk in een democratische samenleving.

Toegespitst op de strafbare belediging zou men kunnen stellen dat als vastgesteld wordt dat de uitlating in het kader van en dienstig aan het publieke debat is gedaan, deze als een verantwoord gebruik van de vrijheid van expressie kan worden beschouwd. De uitlating valt dan onder de paraplu van art. 10 EVRM, dat wil zeggen dat een veroordeling met die bepaling strijdt. Dat impliceert dat de ruimte voor een veroordeling op grond van de beledigingsbepalingen van het WvSr onder omstandigheden danig is ingeperkt. In de navolgende hoofdstukken komt de vraag hoe de Europese rechtspraak zich verhoudt tot de artt. 261 lid 3 en 266 lid 2 Sr aan bod.