

Vrijheid van meningsuiting en homofobe uitlatingen

Rechtsvergelijkende bevindingen

Wetenschap

Aernout Nieuwenhuis*

De grens tussen strafwaardige en andere discriminatoire uitlatingen is niet makkelijk te trekken. Dat geldt ook ten aanzien van homofobe uitlatingen. Waar deze grens getrokken wordt, hangt niet alleen af van de aard van de uitlating maar ook van het gewicht dat aan de vrijheid van meningsuiting wordt toegekend, zo blijkt uit een vergelijking van Amerikaanse, Straatsburgse en Nederlandse jurisprudentie. Daarbij wordt in deze bijdrage ook ingegaan op enkele onduidelijkheden in het Nederlandse recht te dien aanzien.

Inleiding

Racistische uitlatingen nemen in het internationale recht een bijzondere positie in. Artikel 4 van het Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie verplicht immers tot strafbaarstelling van het verspreiden van denkbeelden die uitgaan van de superioriteit van een bepaald ras en van het bevorderen van rassenhaat. Een vergelijkbare bepaling ten aanzien van discriminatoire uitlatingen over godsdienstige minderheden kent het internationale recht niet. Wel kan gewezen worden op artikel 21 lid 2 IVBPR dat staten verplicht het propageren van op nationale afkomst, ras of godsdienst gebaseerde haatgevoelens, die aanzetten tot discriminatie, vijandigheid of geweld, te verbieden.¹

Deze bepaling ziet op haar beurt weer niet op uitlatingen gericht tegen andere minderheden, zoals uitlatingen gericht tegen homoseksuelen. Ook de door de Council of Ministers van de Raad van Europa opgestelde omschrijving van 'hate speech' noemt wel racistische, antisemitische, xenofobe en islamofobe uitlatingen, maar zwijgt over homofobe uitlatingen. Daar staat tegenover dat voornoemde omschrijving door zijn open formulering toepassing op andere uitlatingen niet uitsluit. Ook zijn er landen, zoals bijvoorbeeld Nederland en Zweden, die in strafbepalingen tegen groepsbelediging en/of het haatzaaien expliciet bescherming bieden tegen uitlatingen gericht tegen homoseksuelen.

De strafbaarstelling van discriminatoire uitlatingen roept als vanzelf de vraag op naar de betekenis van de vrijheid van meningsuiting. In Nederland is in de afgelopen tijd in het bijzonder aandacht besteed aan discriminatoire uitlatingen ten aanzien van godsdienstige minderheden; de zaak Wilders stond daarbij centraal.² Ook in geval van discriminatoire uitlatingen over homoseksuelen en homoseksualiteit kan men zich afvragen welke uitlatingen strafbaar zijn en welke uitlatingen beschermd dienen te worden door de vrijheid van meningsuiting.

In deze bijdrage zullen hierover enkele rechtsvergelijkende opmerkingen worden gemaakt. In de eerste plaats zal het vorig jaar gewezen arrest *Snyder/Phelps* van het Supreme Court van de VS³ over het voetlicht worden gebracht. In het verlengde daarvan wordt de grote bescherming geschetst, die het First Amendment aan grievende en verwerpelijk geachte bijdragen aan discussies over zaken van publiek belang biedt, geschetst. Deze bescherming geldt onverkort voor homofobe uitlatingen.

Vervolgens is er aandacht voor de recente uitspraak van het Hof in Straatsburg in de zaak *Vejdeland/Sweden*.⁴ In deze zaak heeft het Hof zich voor het eerst gebogen over homofobe uitlatingen. Daarbij mag het unanieme oordeel niet verhullen dat er binnen het Hof belangrijke verschillen van opvatting

* Dr. A.J. Nieuwenhuis is hoofddocent staatsrecht aan de UvA, gelieerd aan het IViR en redacteur van dit blad.

1 Voor een uitgebreide studie naar de verhouding tussen rechten van minderheden en de vrijheid van meningsuiting in het internationale recht: T. McGonagle, *Minority Rights, Freedom of Expression and of the Media. Dynamics and Dilemmas*, Antwerpen: Intersentia 2011.

2 Zie voor het vonnis van de Rechtbank Amsterdam van 23 juni 2011, *Mediaforum*

2011-9, nr. 24 m.nt. L.A. van Noorloos; zie voor de zaak Wilders in dit blad ook A.J. Nieuwenhuis en E. Jansen, 'De onduidelijke verhouding tussen vrijheid van meningsuiting en discriminatie: een analyse van de groepsbelediging en het haatzaaien,' *Mediaforum* 2011-4, p. 94-104; daarin ook uitgebreide literatuurverwijzingen.

3 Supreme Court VS 3 februari 2011, 09-751, *Snyder/Phelps*.

4 EHRM 9 februari 2012, 1813/07, *Vejdeland and others/Sweden*.

leven over het gewicht van de vrijheid van meningsuiting op dit gebied.

In het derde deel van het drieluik wordt de Nederlandse jurisprudentie op het gebied van homofobe uitlatingen onderzocht, mede in het licht van de eerdere bevindingen. Daarbij zal blijken dat de grens tussen strafbare en andere uitlatingen over homoseksuelen of homoseksualiteit niet steeds met zekerheid getrokken kan worden.

In deze inleiding resten nog twee opmerkingen. Het in de titel gebruikte begrip ‘homofobe’ uitlatingen is niet scherp omschreven. Gaandeweg het artikel wordt duidelijk wat voor soort uitlatingen daaronder kunnen vallen. Een laatste opmerking is dat deze bijdrage niet bedoeld is als een uitputtende analyse, maar veeleer enkele ontwikkelingen en knelpunten in de jurisprudentie wil belichten.

Verenigde Staten: voorrang voor de vrijheid van meningsuiting

De zaak *Snyder/Phelps* die een jaar geleden bij het Supreme Court van de VS diende, heeft de nodige aandacht getrokken, alleen al wegens het zeer kwetsende karakter van de uitlatingen. Het arrest van het Supreme Court bevestigt dat een op de inhoud gerichte beperking van bijdragen aan de maatschappelijke discussie niet snel mogelijk is zonder in strijd te komen met het First Amendment.

De feiten waren de volgende. De Westboro Baptist Church, een kleine groep zeer uitgesproken christenen onder leiding van Fred Phelps, protesteert al twintig jaar in de buurt van teraardebestellingen van militairen. Dat doen ze om hun geloof naar voren te brengen dat God de VS haat wegens de tolerante houding ten opzichte van homoseksuelen, in het bijzonder ook in het leger. Deze protestacties, waarvan er al zo’n 600 zijn gehouden, genereren regelmatig grote media-aandacht en hebben de Westboro Baptist Church een landelijke bekendheid gegeven.

De Westboro Baptist Church houdt ook een protestactie in de buurt van de katholieke kerk waar de begrafenis voor de in Irak omgekomen korporaal Snyder plaatsvindt. Op driehonderd meter van de kerk houden zij borden omhoog met teksten als ‘*Thank God for Dead Soldiers*’, ‘*Fags*’ (‘flikkers’, AJN) *Doom Nations*, ‘*You’re Going to Hell*’, en dit keer overigens ook ‘*Priests Rape Boys*’, aangezien de plechtigheid in een katholieke kerk plaatsvindt. Daarnaast worden er gezangen aangeheven en bijbelteksten voorgelezen.

De vader van de omgekomen militair start een civiele actie tegen Phelps c.s wegens opzettelijk toebrengen van ‘*emotional distress*.’ In eerste instantie acht de jury Phelps aansprakelijk en kent miljoenen dollars aan compensatoire en punitieve schadevergoeding toe. In hoger beroep worden deze bedragen enigszins getemperd. Vervolgens vernietigt het District Court de uitspraak, onder meer omdat de uitlatingen zaken van publiek belang betroffen en niet aantoonbaar onjuist waren.

Speech on matters of public concern

Het Supreme Court beoordeelt eerst of de uitlatingen als ‘*speech on matters of public concern*’ zijn te beschouwen. De omgrenzing daarvan niet scherp is afgebakend, aldus het Hof. Er kan echter van uitgegaan worden dat een uitlating als zodanig is te beschouwen wanneer deze redelijkerwijs in verband staat met een zaak van politiek, sociaal of ander belang voor de samenleving.⁵ Het Hof heeft ook wel de omschrijving gebruikt dat er sprake moet zijn van een ‘*subject of legitimate news concern*’, dat wil zeggen een onderwerp van algemeen belang dat van waarde is voor het publiek.⁶ In elk geval is het eventuele ongepaste of controversiële karakter van de uitlating niet relevant voor de beantwoording van deze vraag.⁷

In het onderhavige geval komt het Hof tot de conclusie dat de uitlatingen veeleer in verband staan met publieke kwesties dan met privé-aangelegenheden:

While these messages may fall short of refined social or political commentary, the issues they highlight – the political and moral conduct of the United States and its citizens, the fate of our Nation, homosexuality in the military, and scandals involving the Catholic clergy – are matters of public importance.

Zelfs als de teksten op sommige borden geacht zouden kunnen worden over een bepaald individu te gaan, verandert dat niet het dominante karakter van de protestactie.

De context van de uitlatingen, de gekozen plaats om ze naar voren te brengen, doen evenmin af aan het publieke karakter van de uitlatingen. Phelps cum suis hadden zich immers opgesteld op een openbaar toegankelijk stuk grond en de openbare weg is traditioneel gezien het publieke forum bij uitnemendheid.⁸ De enige dissenter binnen het Hof, rechter Alito, verzet zich tegen deze redenering. De aanleiding voor de demonstratie, de gekozen plaats en de tekst op bepaalde borden maken de uitlatingen volgens hem tot een op een niet publiek persoon gerichte actie. Gezien ook het unieke karakter van een begrafenis, verdient een dergelijke vorm van ‘*personal abuse*’ geen grote bescherming van de vrijheid van meningsuiting, aldus deze rechter.

Grote bescherming

Heeft het Hof eenmaal vastgesteld dat het om ‘*public speech*’ gaat, dan krijgt een uitlating onder de First Amendment doctrine een buitengewoon grote bescherming. Het Hof refereert hier aan een aantal eerdere uitspraken waarin dergelijke uitlatingen in het hart van het First Amendment worden geplaatst. De uitgangspunten van de democratie vereisen immers dat het debat over zaken van algemeen belang ‘*uninhibited, robust and wide-open*’ dient te zijn.⁹

Het First Amendment kan daarom ook een rol spelen in zaken die zien op het opzettelijk toebrengen van emotional distress. In elk geval kan het oordeel van een jury dat uitlatingen ‘*outrageous*’ zijn niet leiden tot een veroordeling. Dat zou een te groot risico met zich meebrengen, dat de jury Phelps zou straffen louter voor zijn standpunten over zaken van publiek

5 Onder verwijzing naar *San Diego/Roe* 543 U.S. 77 (2004).

6 Idem.

7 *Rankin/McPherson* 483 U.S. 378 (1987).

8 Zie *Frisby/Schultz* 487 U.S. 474 (1988).

9 *New York Times/Sullivan* 376 US 254 (1964).

belang. Het Hof herhaalt dat, als er al een harde kern van het First Amendment zou moeten worden aangewezen, dat het uitgangspunt zou zijn, dat de overheid het uiten van een idee niet mag verbieden louter omdat de samenleving het idee 'offensive or disagreeable' acht.¹⁰

Dit uitgangspunt ziet in het bijzonder op het grievend karakter van een uitlating. De meer algemene verwijzingen naar de kracht van het First Amendment doen terecht vermoeden dat ook andere beperkingsgronden betrekkelijk weinig gewicht hebben. Zo is de mogelijkheid dat uitlatingen over zaken van publiek belang de ontvangers van de boodschap tot handelingen kunnen brengen op zichzelf onvoldoende als grondslag voor een beperking. Pas als de discussie per direct dreigt over te gaan in onwettige actie, is dat anders. Het Hof heeft daarvoor een vast criterium ontwikkeld: slechts als er sprake is van 'incitement to imminent lawless action,' mag de vrijheid van meningsuiting beperkt worden.¹¹ Daar is bij een pleidooi om te discrimineren nog geen sprake van. Het Hof heeft in het verleden wel gesteld dat er onder het First Amendment geen onjuiste mening bestaat. Hoe verderfelijker een mening ook mag schijnen, het weerleggen ervan is niet aan rechters of jury's maar aan andere meningen.¹²

Een andere mogelijke beperkingsgrond voor homofobe uitlatingen of andere vormen van hate speech zou in theorie kunnen zijn dat ze als vorm van belediging – als groepsbelediging – verboden worden. Daar staan echter op zijn minst twee belangrijke hindernissen aan in de weg. In de eerste plaats kunnen waardeoordelen in de VS in beginsel geen belediging opleveren. In de tweede plaats worden negatieve uitlatingen over groepen al snel als waarde-oordelen in de maatschappelijke discussie beschouwd. En alle meningen krijgen in deze discussie dezelfde bescherming.

First Amendment en hate speech

De kracht van het First Amendment staat dus in het algemeen in de weg aan het verbieden van hate speech. Zowel nazi's die met hakenkruisvlaggen wensen te demonstrenen¹³ als leden van de Ku Klux Klan die op hun samenkomsten tegen tal van minderheden gerichte rituelen willen uitvoeren¹⁴ als het verketteren van godsdiensten¹⁵ of homoseksuelen wordt dus beschermd door het First Amendment.

Dat kan, afgezien van de mogelijkheid van incitement to imminent lawless action, pas anders zijn, wanneer een uitlating direct tot een bepaald persoon is gericht. 'Fighting words,' die degene tot wie men het woord richt provoceren erop te slaan, en intimiderende uitlatingen, zoals het verbranden van een kruis in de tuin van de woning waar een zwart gezin is komen wonen, mogen worden verboden. Zelfs dan mag de overheid zich overigens niet laten leiden door de wens een bepaalde minderheidsgroep te beschermen. Een verbod zal gericht moeten zijn op het intimiderende karakter.¹⁶

De conclusie ten aanzien van de Verenigde Staten is dan ook dat homofobe uitlatingen, die al snel deel uitmaken van de maatschappelijke discussie, nauwelijks te verbieden zijn. Het feit dat deze veelal godsdienstig geïnspireerd zijn is daarbij van ondergeschikt belang. De First Amendment doctrine biedt

een gereede bescherming aan alle discriminatoire uitlatingen. In de bewoordingen waarmee het Supreme Court in de zaak *Snyder/Phelps* zijn arrest afsluit wordt dat zo gerechtvaardigd:

Speech is powerful. It can stir people to action, move them to tears of both joy and sorrow and – as it did here – inflict great pain. On the facts before us, we cannot react to that pain by punishing the speaker. As a Nation we have chosen a different course – to protect even hurtful speech on public issues to ensure that we do not stifle public debate.

Straatsburg: enige verdeeldheid

In februari 2012 heeft het EHRM zich in de zaak *Vejdeland/Zweden* voor het eerst uitgesproken over homofobe uitlatingen.¹⁷ Eerder had het Hof al wel een arrest gewezen ten aanzien van feitelijke achterstelling in het leger op grond van homoseksuele gerichtheid.¹⁸ Het Hof trok in die zaak een vergelijking met discriminatie op andere gronden, zoals op grond van ras of geloof. In *Vejdeland* wordt deze vergelijking met andere vormen van discriminatie doorgetrokken naar uitlatingen. Alvorens de binnen het Hof bestaande verschillen van opvatting over de waarde van de vrijheid van meningsuiting weer te geven, eerst aandacht voor de feiten.

Vejdeland, een vierentwintigjarige aanhanger van de organisatie National Youth, verspreidt in 2004 op een middelbare school, samen met enkele anderen, van deze organisatie afkomstige pamfletten. Vejdeland noch de andere betrokkenen zitten zelf op deze school en de ongeveer honderd pamfletten worden in en op de lockers van de leerlingen gelegd. De pamfletten zien onder meer over de manier waarop scholen in het onderwijs aandacht besteden aan homoseksualiteit. Op dat punt heeft de laatste decennia een omslag plaatsgevonden, aldus de pamfletten: de oorspronkelijk afwijzende houding is nu eerder positief te noemen. De pamfletten spreken de leerlingen aan op hun anti-Zweedse leraren die homoseksualiteit als normaal voorstellen, ook al zijn zij op de hoogte van het moreel schadelijk effect op de samenleving. De pamfletten stimuleren de leerlingen om leraren duidelijk te maken dat AIDS zich in het begin vooral voordeed bij homoseksuelen, waarbij promiscuïteit een van de belangrijkste oorzaken voor de verspreiding van deze moderne plaag was. De pamfletten geven voorts aan dat de homoseksuele lobby pedofilie geoorloofd vindt en stimuleren de leerlingen aan hun leraren te vragen of pedofilie gelegaliseerd moet worden.

Vejdeland en de anderen worden in Zweden veroordeeld op grond van een strafbepaling die het ageren tegen bepaalde groepen verbiedt, meer in het bijzonder wegens het uitdrukking geven aan minachting voor een groep wegens hun seksuele gerichtheid. Uit de procedure in Zweden blijkt dat er binnen de Zweedse rechterlijke macht verschil van opvatting bestaat over het gewicht van de vrijheid van meningsuiting. In eerste instantie mag het argument van de verdachten, dat zij een discussie wilden beginnen over het gebrek aan objectiviteit in het onderwijs, niet baten. Het gewicht van de vrijheid van meningsuiting geeft echter wél de doorslag in hoger beroep: Vejdeland en de anderen worden dan vrijgesproken. Het Zweedse Supreme Court spreekt in hoogste instantie toch

10 *Texas/Johnson* 491 U.S. 397 (1989).

11 *Brandenburg/Ohio* 395 U.S. 444 (1969).

12 *Gertz/Welch* 418 U.S. 323 (1974).

13 *Skokie/National Socialist Party of America* 373 N.E. 2d 21 (1978).

14 Zie *Virginia/Black* 538 U.S. 545 (2003).

15 *Cantwell/Connecticut* 310 U.S. 296 (1940).

16 Vgl. *R.A.V./St Paul* 505 U.S. 377 (1992) en *Virginia/Black* 538 U.S. 545 (2003).

17 EHRM 9 februari 2012, 1813/07, *Vejdeland and others/Sweden*.

18 EHRM 27 september 1999, 33985/96 en 33986/96, *Smith and Grady/UK*.

een veroordeling uit, waarbij de setting van de verspreiding – de beschermde situatie op een school – een van de overwegingen vormt. Al even belangrijk is de overweging dat, aangenomen dat Vejdeland de bedoeling had een discussie te starten, de argumenten in de pamfletten waren vormgegeven op een voor homoseksuelen als groep grievende en kleinerende wijze. Het Zweedse Supreme Court overweegt in dit verband dat op artikel 10 EVRM ook de plicht gebaseerd kan worden om onnodig (*‘unwarrantly’*) grievende uitspraken zo veel mogelijk te vermijden. Vejdeland wordt veroordeeld tot een voorwaardelijke gevangenisstraf en een boete. De reeds uit de rechtsgang gebleken verschillen van opvatting doen zich overigens ook voor binnen het Zweedse Supreme Court zelf. Twee van de vijf hoogste rechters vinden dat de vrijheid van meningsuiting zwaarder moet wegen dan de belangen gemoeid met de beperking ervan.

Geen schending

Het Hof in Straatsburg komt in een betrekkelijk kort arrest tot de conclusie dat deze beperking van de vrijheid van meningsuiting geen schending van artikel 10 EVRM vormt. Daarin is het Hof zelfs unaniem. Uit de maar liefst drie *‘concurring opinions’* blijkt echter er dat er ook binnen dit Hof grote verschillen van opvatting bestaan over het gewicht van de vrijheid van meningsuiting. De unanimiteit is uiteindelijk gebaseerd op de specifieke setting, de verspreiding van de pamfletten in en op de lockers in een school.

Alvorens deze concurring opinions voor het voetlicht te brengen, eerst aandacht voor de overwegingen van het Hof. Bij de beoordeling van de noodzakelijkheid van de beperking moet volgens het Hof niet alleen gelet worden op de mogelijke bedoeling, het starten van een debat, maar zijn ook de bewoordingen van betekenis. Het Hof stelt dat de pamfletten de lezers weliswaar niet direct aanraden om over te gaan tot handelingen, maar wel ernstige en bevooroordeelde aantijgingen bevatten.

Onder verwijzing naar *Féret/Belgique*¹⁹ overweegt het Hof dat aanzetten tot haat niet noodzakelijkerwijs een oproep tot geweld of strafbare feiten omvat. Het feit dat het in *Féret* om uitlatingen over groepen op grond van afkomst of geloof ging, zo kan men de redenering van het Hof begrijpen, maakt geen verschil. Discriminatie op grond van seksuele gerichtheid is, aldus het Hof, even ernstig als discriminatie op grond van ras. Het streven om een einde te maken aan discriminatoire uitlatingen kan vóórgaan boven het belang van de vrijheid van meningsuiting, niet alleen bij het aanzetten tot handelingen maar ook bij het beledigen, bespotten en belasteren van een groep. Daarnaast overweegt het Hof dat de verspreiding van de pamfletten plaatsvond onder scholieren van een ontvankelijke leeftijd en de scholieren de pamfletten niet konden weigeren. Ter onderbouwing van de conclusie dat de inmenging niet disproportioneel was, wijst het Hof ten slotte ook op de aard en hoogte van de straf.

Uitlatingen en strafbare handelingen

De eerste concurring opinion, van de rechters Spielmann en Nußberger, richt zich in het bijzonder op de overweging dat er niet een duidelijk verband is vereist tussen uitlating en

strafbare handeling alvorens een inmenging in de vrijheid van meningsuiting gerechtvaardigd is. Het Hof is hier in casu vrij summier over, maar heeft daar in *Féret* uitgebreider overwegingen aan gewijd. Deze komen er kort gezegd op neer dat de uitlatingen van Féret bij de ontvanger, in het bijzonder ook de minder goed geïnformeerde ontvanger, allerlei zeer intolerante ideeën kunnen of zullen doen postvatten die – eventueel ook op langere termijn – kunnen resulteren in discriminatie dan wel bijdragen aan een intolerant klimaat dat de sociale vrede in gevaar brengt. De concurring opinion in de onderhavige zaak stelt zich net als de *‘dissenting opinion’* in *Féret* op het standpunt dat een dergelijk verband te onbestemd is om een beperking van het maatschappelijk debat te kunnen rechtvaardigen. Welk verband dan wel voldoende is, blijft overigens in het midden.

Er bestaat met andere woorden verschil van opvatting over de vraag of de door het Comité van Ministers van de Raad van Europa gegeven en door het Hof wel aangehaalde definitie van hate speech wel een juiste of goed toepasbare omschrijving geeft van strafwaardige uitlatingen. Deze definitie luidt: *‘all forms of expression which spread, incite, promote, or justify racial hatred, xenophobia, anti-Semitism or other forms of hatred based on intolerance.’*²⁰ Aan de omschrijving in deze, overigens in eerste instantie voor de media bedoelde, resolutie, kunnen op grond van het arrest *Vejdeland* dus ook homofobe uitlatingen worden toegevoegd.

Offend, shock and disturb

Daarnaast wijzen Spielmann en Nußberger in hun concurring opinion op het adagium van het Hof dat ook uitlatingen die *‘offend, shock and disturb’* beschermd zijn. Ze vragen zich af of dat wel voldoende in rekening is gebracht. Dat hun concurring opinion geen dissenting opinion is geworden, komt alleen door de setting in casu, de verspreiding in en op de lockers. Die setting leidt tot een relatief ruime appreciatiemarge voor de nationale autoriteiten.

Het uitgangspunt, dat ook grievende, choquerende en verontrustende uitlatingen binnen de reikwijdte van artikel 10 EVRM vallen, staat centraal in een andere concurring opinion, die van rechter Zupančič. Hij laat onder verwijzing naar het hierboven uiteengezette arrest *Snyder/Phelps* zien dat in de First Amendment doctrine het grievende karakter eigenlijk nooit een rechtvaardiging vormt voor een beperking. Het blijft overigens onduidelijk of hij de First Amendment doctrine op dit punt volledig wil omarmen, nu de uitkomst in *Snyder/Phelps* naar zijn mening wel heel ongevoelig is. De uitlatingen, verspreid door Vejdeland cum suis, acht hij echter van een ander kaliber; naar zijn oordeel zijn deze relatief onschuldig (*‘inoffensive’*) van aard. Ook zijn opinion is concurring en niet dissenting, nu hij de leerlingen in een bepaald opzicht als een *‘captive audience’* beschouwt, omdat zij niet vermochten de pamfletten te weigeren.²¹

De precieze betekenis van het adagium van het Hof, dat ook uitlatingen die kwetsen, choqueren of verontrusten beschermd zijn, heeft vaker vragen opgeroepen. Gaan we terug in de tijd, dan komen we bij het bekende arrest *Otto-Preminger-Institut/Oostenrijk*.²² Daarin moest het Hof oordelen over een inmenging wegens het voornemen de film *‘Das Liebeskonzil’* te vertonen. Deze film steekt de draak met het christendom en geeft een

19 EHRM 16 juli 2009, 15615/07, *Féret/Belgique*, *Mediaforum* 2009-10, nr. 29 m.nt. D. Voorhoof.

20 Appendix Recommendation R (97) 20, Committee of Ministers CoE.

21 In *Snyder/Phelps* was het Supreme Court van de VS overigens tot de conclusie gekomen dat Snyder niet als captive audience beschouwd kon worden.

22 EHRM 20 september 1994, 13470/87, *Otto-Preminger-Institut/Austria*.

satirisch beeld van God, Christus en Maria. Hier is met name de overweging van het Hof van belang dat een uitlating die onnodig ('*gratuitously*') kwetsend is, daarom geen bijdrage kan leveren aan een maatschappelijk debat, dat tot vooruitgang leidt. Een zelfde benadering vinden we wat meer recent terug in de zaak *İ.A./Turquie*.²³ Daarbij kan vermeld worden dat het Hof in beide zaken zeer verdeeld was. Het zal de lezer duidelijk zijn dat in elk geval de benadering van de meerderheid haaks staat op de First Amendment doctrine.

De benadering in *Vejdeland* komt op dit punt in zeker opzicht op hetzelfde neer als die in *Preminger*. Ook als wordt aangenomen, dat de bedoeling bestaat om bij te dragen aan het maatschappelijk debat, zijn onnodig grievende uitlatingen een stap te ver. De vraag wat onnodig grievend is, wordt zeker in casu niet uitgebreid beantwoord. Zo lijkt het Zweedse Supreme Court de nadruk te leggen op de gekozen bewoordingen, maar het is onduidelijk of *Vejdeland* zijn argumenten wel in andere, niet onnodig grievende bewoordingen had kunnen gieten, of dat toch de inhoud van zijn betoog onnodig grievend was. Het EHRM laat het in dezen eigenlijk bij de constatering dat het om ernstige en bevooroordeelde aantijgingen gaat. Daarbij worden de uitlatingen in de pamfletten ook en bloc beoordeeld, terwijl het niet onmogelijk is om onderscheid te maken tussen de verschillende uitlatingen pamfletten. Zo is er sprake van een moreel waardeoordeel, van een uitlating waarvoor in zoverre een feitelijke basis bestaat, dat de ziekte AIDS een relatief grote verspreiding onder homoseksuelen kende, en van het leggen van een suggestief verband tussen homoseksuelen en pedofilie. Uit het arrest blijkt niet of het Hof deze aantijgingen alle even ernstig acht.

Misbruik van recht²⁴

De twee tot nu toe vermelde concurring opinions verwijten het Hof in zijn overwegingen de vrijheid van meningsuiting te weinig gewicht te geven. De derde concurring opinion heeft evenwel een tegengestelde strekking. De rechters Yudkivska en Villiger zijn van oordeel dat de vrijheid van meningsuiting in deze zaak niet of nauwelijks gewicht toekomt. De grens tussen '*verbal abuse*' en het aanzetten tot geweld is namelijk zeer dun. De uitlatingen in de pamfletten zijn mede daarom zonder meer te beschouwen als hate speech. Dat betekent volgens hen dat een beroep op artikel 10 EVRM eigenlijk niet mogelijk is, omdat *Vejdeland* cum suis misbruik maken van recht. Zij verwijzen in dit verband naar de *Norwood* zaak. Deze betrof het direct na de aanslagen op de Twin Towers ophangen van een affiche met de woorden '*Islam out of Britain – Protect the British People*' en als achtergrond een foto van de brandende Twin Towers. Het EHRM nam de uitleg van de Britse rechter dat het affiche was te beschouwen als een heftige aanval op een godsdienstige groepering over. Daarom was er sprake van misbruik van recht in de zin van artikel 17 EVRM.²⁵ Dat is volgens de rechters Yudkivska en Villiger ook zo bij de uitlatingen in casu, die als heftige aanvallen op homoseksuelen begrepen kunnen worden.

Bij dat oordeel zijn wel enige kanttekeningen te plaatsen. Artikel 17 EVRM is mede in de Conventie opgenomen als

reactie op de ervaringen met nationaal-socialistische en communistische groeperingen. In het verleden is de bepaling door de Commissie inderdaad toegepast op extreem-rechtse en extreem linkse groeperingen. Dergelijke groeperingen kunnen gericht zijn op het daadwerkelijk te niet doen van de verdragsrechten.²⁶ Daar dient de democratie tegen beschermd te worden: '*The Court observes that the general purpose of Article 17 is to prevent totalitarian groups from exploiting in their own interests the principles enunciated by the Convention.*'²⁷

Daarnaast heeft het Hof misbruik van recht ook wel ruimer omschreven. De reikwijdte van artikel 17 strekt zich dan uit tot uitlatingen die '*ran counter to the text and the spirit of the Convention.*'²⁸ Uit een uitlating hoeft in dat geval niet expliciet een bepaald politiek streven te blijken om toch als misbruik van recht gekwalificeerd te kunnen worden. Ook in dat geval zou men kunnen zeggen dat er een bepaalde agenda wordt verondersteld door het Hof. Een goed voorbeeld vormt mogelijk-kerwijs de ontkenning van de holocaust, die volgens het Hof eigenlijk per definitie is verbonden met een anti-semitisch streven.²⁹

Daar staat tegenover dat het Hof hate speech niet per definitie als misbruik van recht beschouwd. Het heeft ook de heftigheid van de gebruikte bewoordingen in rekening gebracht om vast te stellen of islamofobe en tegen immigranten gerichte uitlatingen binnen de reikwijdte van artikel 17 EVRM vallen.³⁰ Een restrictieve uitleg van misbruik van recht verdient ook de voorkeur omdat bij toepassing van artikel 17 EVRM een beroep op artikel 10 EVRM niet meer mogelijk is en een beoordeling van een beperking op grond van het tweede lid niet meer nodig is. Overigens zal de motivering waarom een uitlating als misbruik van recht is te kwalificeren tot op zekere hoogte samen- vallen met de motivering waarom een beperking als noodzakelijk in een democratische samenleving is te beschouwen.

Positieve verplichtingen

Het EHRM heeft de afgelopen decennia de zogeheten positieve verplichtingen tot ontwikkeling gebracht: de in het Verdrag vastgelegde rechten dwingen de overheid niet alleen tot onthouding, maar eisen soms ook actief optreden van de overheid, bijvoorbeeld om de betreffende rechten te beschermen tegen derden. Dergelijke positieve verplichtingen kunnen leiden tot een verplichting de vrijheid van meningsuiting te beperken, onder meer ten behoeve van de door artikel 8 EVRM beschermde privacy.³¹ Het is de vraag of de bescherming van (minderheids)groepen tegen bepaalde uitlatingen ook als een positieve verplichting begrepen kan worden.

In het bovengenoemde *Preminger* arrest heeft het Hof overwogen dat de staat verantwoordelijk is voor het rustig genot van de vrijheid van godsdienst en dat de vrijheid van godsdienst ook het recht kan omvatten van bepaalde uitlatingen gevrijwaard te blijven. Daar zou een positieve verplichting op gebaseerd kunnen worden, hoewel het Hof deze term in casu niet gebruikt. Gezien ook de appreciatiemarge, zal naar mijn mening allereerst gedacht kunnen worden aan uitlatingen die aanzetten tot geweld tegen gelovigen. Bij een voor gelovigen

23 EHRM 13 september 2005, 42571/98, *İ.A./Turquie*.

24 Uitgebreid over misbruik van recht onder het EVRM: H. Cannie en D. Voorhoof, 'The Abuse Clause and Freedom Speech in the European Human Rights Convention, An Added Value for Democracy and Human Rights Protection', *NQHR* 2011, p. 54-83.

25 EHRM 16 november 2004, 23131/03, *Norwood/UK* (adm.).

26 Bijv. ECieRM 24 juni 1996, 31159/96, *Marais/France*.

27 EHRM 2 september 2004, *W.P. and others/Poland*, 42264/03 (adm.); vgl. ook EHRM (GC) 13 februari 2003, 41340/98, *Refah Partisi and others/Turkey* (par. 99).

28 EHRM 13 december 2005, 7485/03, *Witzsch/Germany* (adm.).

29 EHRM 24 juni 2003, 65831/01, *Garaudy/France* (adm.).

30 EHRM 10 juli 2008, 15948/03, *Soulas/France* (adm.).

31 EHRM 24 juni 2004, 59320/00, *Von Hannover/Germany*.

kwetsende satire bestaat er in elk geval nog geen positieve verplichting tot optreden.³²

Hoewel het Hof meermalen aan de *'vital importance of combating racial discrimination in all its forms'* heeft gerefereerd,³³ is er in de jurisprudentie weinig te vinden over op het EVRM te baseren positieve verplichtingen op dit gebied. Wél is hier sprake van een nieuwe ontwikkeling. De Grote Kamer van het EHRM heeft in de zaak *Aksu* vastgesteld dat de met de etnische afkomst verbonden identiteit beschermd wordt door artikel 8 EVRM en de staat op grond daarvan de verplichting kan hebben op te treden tegen uitlatingen gericht tegen groepen met een bepaalde etnische afkomst.³⁴ Wel zij gezegd dat in casu, ook gelet op het belang van de vrijheid van meningsuiting, deze positieve verplichting niet was geschonden en het Hof de nationale autoriteiten ook hier een bepaalde marge laat.

Desondanks laat het arrest de mogelijkheid open dat het Hof vaker zal moeten oordelen over de vraag of de overheid ten onrechte niet is opgetreden tegen bepaalde discriminatoire uitlatingen. Dat zal naar alle waarschijnlijkheid ook het geval kunnen zijn bij tegen homoseksuelen gerichte uitlatingen, nu de seksuele identiteit deel uitmaakt van hetgeen artikel 8 EVRM beschermt.³⁵

Concluderen we vooralsnog dat er in het Hof tal van meningsverschillen bestaan, zowel over de uitleg van artikel 17 EVRM, de misbruik van recht bepaling als over de omschrijving van het begrip hate speech, als over de betekenis van het adagium dat kwetsende, choquerende en verontrustende uitlatingen in beginsel ook bescherming krijgen van artikel 10 EVRM. In casu leidt de setting waarbinnen het verspreiden plaatsvond nog tot unanimititeit. In andere gevallen zal de beoordeling van homofobe uitlatingen wellicht met dissenting opinions gepaard gaan. Een laatste opmerking is dat positieve verplichtingen op dit gebied nog *in statu nascendi* verkeren.

Nederland: enige onduidelijkheid

Nederland kent ten aanzien van hate speech twee specifieke strafbepalingen. Artikel 137c Sr verbiedt het zich in het openbaar beledigend uitlaten over een groep wegens ras, godsdienst of levensovertuiging, homo- of heteroseksualiteit of handicap. Artikel 137d Sr verbiedt het aanzetten tot discriminatie, haat en gewelddadigheden tegen leden van de genoemde groepen en tegen een groep wegens geslacht. De bepalingen zijn ook wel bekend als het verbod van groepsbelediging respectievelijk het haatzaaien.

De grond 'hetero- of homoseksualiteit' werd in 1991 toegevoegd. In de Kamer werd enige bezorgdheid getoond over de mogelijkheid om nog op grond van godsdienstige motieven de homoseksuele praktijk af te keuren. Het antwoord van de regering kwam erop neer dat die mogelijkheid zou blijven bestaan, voor zover dat niet in onnodig grievende bewoordingen zou geschieden (*Kamerstukken I 1990/91, 20 239, 76c, p. 3*).

Het aantal succesvolle vervolgingen is relatief klein gebleven. Dat heeft onder meer te maken met de mogelijkheid dat de context van een uitlating het beledigend karakter aan een uitlating doet ontvallen. Bepalend daarvoor is een drietal arresten die de Hoge Raad begin deze eeuw wees ten aanzien van als homofob te kwalificeren uitlatingen. Het kamerlid Van Dijke van de RPF had in een interview met *Nieuwe Revu* de homoseksuele praxis met diefstal op één lijn had gesteld: 'Ja, waarom zou een homoseksueel beter zijn dan een dief.'³⁶ Het interview zag op dat moment op het beleid van de EO om geen praktiserende homo's aan te nemen. Een tweede zaak betrof een inspecteur van politie die een ingezonden brief in de *Justitiekant* had geschreven, naar aanleiding van een oproep vanwege de redactie om te reageren op het voorstel om het huwelijk ook open te stellen voor homo's. Ook in deze brief werd mede op grond van christelijke motieven een vergelijking tussen homoseksualiteit en diefstal getrokken.³⁷ In de derde zaak was de verdachte een dominee, die wederom in een ingezonden brief, homoseksualiteit 'een vieze, vuile zonde' noemde en haar op een lijn stelde met pedofilie en polygamie.³⁸ Een zaak die niet de Hoge Raad haalde, maar zeker ook grote bekendheid kreeg was die tegen El Moumni. Deze imam kwalificeerde in een interview in 'NOVA' homoseksualiteit als een ziekelijke afwijking en een bedreiging voor de samenleving.³⁹

Belediging en context

De Hoge Raad oordeelt steeds dat de gegeven context aan de op zichzelf beledigende uitlatingen het beledigend karakter kan ontnemen. Deze context heeft een tweeledig karakter. In de eerste plaats staan de uitlatingen in direct verband met de uiting van de geloofsovertuiging. De Hoge Raad wijst in de tweede plaats op de vrijheid van meningsuiting en legt een link met het maatschappelijk debat. De uitlatingen van Van Dijke zijn bijvoorbeeld 'voor hem van betekenis in het maatschappelijk debat.' Door deze tweeledigheid is er geen volstrekte duidelijkheid ontstaan over het antwoord op de vraag of het maatschappelijk debat los van de uiteenzetting van een geloofsovertuiging ook voldoende is om als context het beledigend karakter aan uitlatingen te doen ontvallen. Het Hof Amsterdam dat opdracht gaf tot vervolging van Wilders was daar allesbehalve van overtuigd.⁴⁰ In de lagere rechtspraak wordt overigens wel degelijk aangenomen dat de context van het maatschappelijk debat voldoende is en de jurisprudentie van de Hoge Raad wijst ook duidelijk in die richting.⁴¹

Zijn uitlatingen *onnodig of nodeloos* grievend, dan kan de context het beledigend karakter er niet aan doen ontvallen. Daarbij lijkt de boven aangehaalde jurisprudentie erop te wijzen dat daarbij niet zozeer de inhoud van de aantijgingen van belang is, maar eerder de gekozen bewoordingen. Zo beschouwd is 'vieze, vuile zonde' wellicht een grensgeval. In elk geval achtte het Hof Amsterdam de bewoordingen 'Homo's die wij vunzige flikkers noemen' onnodig grievend.⁴² De gekozen bewoordingen lijken in bepaalde gevallen dus van groot belang.

32 ECieRM 18 april 1997, 33490/96, *Dubowskav/Poland*.

33 O.a. EHRM 23 september 1994, 15890/89, *Jersild/Denmark*.

34 EHRM (GC) 15 maart 2012, 4149/04, *Aksu/Turkey*.

35 Bijv. EHRM 27 september 1999, 33985/96, *Smith and Grady/UK*.

36 HR 9 januari 2001, NJ 2001, 203, m.nt. J. de Hullu.

37 HR 9 januari 2001, NJ 2001, 204, m.nt. J. de Hullu.

38 HR 14 januari 2003, NJ 2003, 261, m.nt. P. Mevis.

39 Hof 's-Gravenhage 18 november 2002, NJ 2003, 24.

40 Hof Amsterdam 21 januari 2009, LJV BH0496.

41 HR 15 april 2003, NJ 2003, 334.

42 Hof Amsterdam 17 november 2006, LJV AZ3011, overigens in samenhang met de bewoordingen 'daarom hoeven de homo's niet meer onherroepelijk ter dood gebracht worden, indien ze op onreine wijze bij elkaar liggen, maar mag het wel'; het Hof lijkt hier er ook geen bijdrage aan enig debat in te zien; daar hoeft het echter niet apart op in te gaan gezien de 'onnodige grievendheid'.

De bewoordingen kunnen ook een rol spelen, wanneer we de eerder behandelde feiten uit *Vejdeland* en *Phelps/Snyder* op grond van artikel 137c Sr zouden trachten te beoordelen. De door Phelps cum suis gekozen bewoordingen ('flikkers') komen naar Nederlands recht als onnodig grievend over. Het feit dat er mogelijkwijze een bijdrage aan een maatschappelijk debat wordt geleverd kan hem in dat geval niet helpen; datzelfde geldt overigens voor zijn godsdienstige motieven.

Omgekeerd zijn in de zaak *Vejdeland* sommige bewoordingen eerder vergelijkbaar met die in de vermelde arresten van de Hoge Raad. Zo beschouwd zouden ze naar Nederlands recht niet onnodig grievend zijn. De jurisprudentie laat naar mijn mening overigens de mogelijkheid open dat ook in keurige bewoordingen gestelde aantijgingen als groepsbelediging strafbaar kunnen zijn. Dat zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn wanneer het gaat om apert onjuiste uitlatingen over de betrokkenheid van leden van een groep bij bepaalde delicten.

Civiele procedures

Uit een civiele procedure tegen het echtpaar Goeree blijkt dat het leggen van suggestieve verbanden in elk geval onrechtmatig kan zijn. De Goeree's publiceerden in hun blad *Evan* een artikel 'Sodom in Nederland'. In kort geding oordeelde de president van de rechtbank in Zwolle het artikel nodeloos kwetsend en grievend, omdat op ongenueanceerde wijze homoseksualiteit, de sterfte aan AIDS, bloedschuld en doodstraf waren verbonden. De vrijheid van godsdienst strekt zich volgens de rechtbank niet uit tot het propageren van een misleidend verband.⁴³ Het Hof acht de publicatie eveneens onrechtmatig jegens homoseksuelen. Het overweegt onder meer dat de verdachten in hoger beroep zelf hebben toegegeven dat de verbanden ongenueanceerd zijn weergegeven om indruk te maken op het publiek.⁴⁴

Een tegen bisschop Simonis gevoerde procedure verliep minder succesvol. Hij werd gedaagd wegens zijn opstelling tegenover homoseksualiteit. De eisers zetten hoog in door de rechter in kort geding te vragen om vast te stellen dat de katholieke leer over homoseksualiteit als verboden discriminatie aangemerkt moet worden en de wijze waarop Simonis die verkondigt als onnodig grievend – en daarom onrechtmatig – te verbieden. De rechtbank wijst de vorderingen af. De voorgelegde vragen zijn te ingewikkeld voor een kort geding. De uitlatingen in kwestie zijn in elk geval niet als het aanzetten tot discriminatie te beschouwen. Na een meer principiële benadering doet het Hof een vergelijkbare uitspraak.⁴⁵ Het is een delicaat onderwerp, aldus het Hof, waardoor mensen snel gekwetst worden. Het antwoord op de vraag of bepaalde opvattingen juist of onjuist zijn, is echter niet aan de burgerlijke rechter. Zolang er geen nodeloos grievende bewoordingen gebruikt zijn, is een voorziening niet mogelijk, ook als de uitlatingen voor veel mensen, waaronder homoseksuelen, pijnlijk zijn.

Onderscheid homoseksuelen – homoseksualiteit?

Keren we terug naar de strafwet. Het is de vraag of alle uitlatingen waaraan hierboven is gerefereerd überhaupt nog wel als belediging van een groep, in de zin van artikel 137c Sr, kunnen worden beschouwd. De Hoge Raad heeft in het zogeheten *Islam gewel*-arrest van 10 maart 2009 namelijk een strikt onder-

scheid gemaakt tussen uitlatingen die onmiskenbaar over een groep gaan en uitlatingen over – in casu – de godsdienst. Laatstgenoemde vallen buiten het bereik van art. 137c Sr. De Hoge Raad motiveerde dit onderscheid onder meer met een verwijzing naar Kamerstukken waaruit blijkt dat de wetgever niet kritiek op gedragingen of ideeën strafbaar wilde stellen. De Hoge Raad heeft zich echter niet uitgelaten over de relevantie van het onderscheid bij andere discriminatiegronden als ras of seksuele gerichtheid.

Nu is een onderscheid tussen gelovigen en godsdienst om twee redenen te verdedigen. Een godsdienst brengt vaak allerlei ideeën met zich over de moraal, de juiste levenswijze en de inrichting van de samenleving. Zulke ideeën nodigen soms bijna uit tot heftige kritiek. Een tweede reden is dat een gelovige geheel of gedeeltelijk van overtuiging kan veranderen.

Het zal duidelijk zijn dat deze redenen zich bij ras niet voordoen. Hoe dat bij homoseksualiteit zit, ligt mogelijkwijze minder eenvoudig. Voor zover de aanleg als onveranderlijk wordt beschouwd staat het dichterbij ras. Neemt men echter de opmerking in de Kamerstukken naar de letter, dan kan er wel degelijk een onderscheid gemaakt worden tussen de aanleg en de praktijk. Dat is precies wat veelal gebeurt in de traditioneel christelijke benadering van homoseksualiteit; in de wetgevingsgeschiedenis is ook vastgesteld dat de strafwet niet in de weg staat aan het verkondigen van de christelijke moraal in dezen. Sommige christenen gaan overigens een stap verder en menen dat een bekering tot het ware geloof ook de aanleg kan doen wijzigen.

Artikel 137d Sr

Artikel 137d Sr – het verbod aan te zetten tot haat, discriminatie of gewelddadig optreden – heeft uiteraard ook betekenis bij bepaalde homofobe uitlatingen. Pleidooien om homo's van de Westertoren af te gooien of te stenigen, zijn dan ook strafbaar.⁴⁶ In die context kon ook de uitlating van de verdachte tijdens de Canal Parade het een en ander in petto te hebben – 'laten we er een explosief feestje van maken' – door het Hof gekwalificeerd worden als het aanzetten tot gewelddadig gedrag tegen mensen en goed. Daarin was immers het voornemen van een bomaanslag te lezen.

De vraag in hoeverre uitlatingen zonder een dergelijke mate van concreetheid kunnen aanzetten tot haat of discriminatie is minder duidelijk. In de Wilders-zaak trok de rechtbank Amsterdam het ten aanzien van artikel 137c Sr bestaande onderscheid tussen geloof en groep ook door naar het aanzetten tot haat in art. 137d Sr, maar het is zeer de vraag of dat in zijn algemeenheid juist is.⁴⁷ De rechtbank eist bij het aanzetten tot haat bovendien een 'krachtversterkend' element. Ziet een dergelijke term vooral op de gekozen, al dan niet heftige, bewoordingen of juist (ook) op een duidelijke link met een strafbare handeling? In het laatste geval is er een overeenkomst aan te wijzen met de dissenting opinion in *Féret*.

Bij het aanzetten tot discriminatie eiste de rechtbank voor het vervullen van de delictomschrijving dat het aanzetten tot discriminatie 'grensoverschrijdend' is, zonder deze term echt nader uit te werken. En dergelijke eis hoeft overigens ook bij uitlatingen ten aanzien van homoseksuelen niet onzinnig te

43 Pres. Rb. Zwolle 6 mei 1987, *NJCM-bulletin* 1989, 317.

44 Hof Arnhem 9 februari 1988, *NJCM-bulletin* 1989, 322.

45 Hof Amsterdam 10 december 1987, *NJCM-bulletin* 1989, 305.

46 Hof Amsterdam 20 juni 2008, *LJN* BD7024.

47 A.L.J. Janssens en A.J. Nieuwenhuis, *Uitingsdelicten*, Deventer 2011, p. 211.

zijn. Zo is een pleidooi voor de afschaffing van het homohuwelijk tien jaar na de invoering ervan waarschijnlijk anders te kwalificeren dan een pleidooi om aan homoseksuelen het kiesrecht te ontnemen. Over het homohuwelijk is in Europa nog steeds een 'ongoing debate' gaande. Het is echter onduidelijk of die 'grensoverschrijdendheid' op deze manier zou kunnen worden ingevuld.

Individuele belediging

Deze uiteenzetting over artikel 137c en d Sr mag niet verhullen dat regelmatig andere bepalingen van de Strafwet toegepast worden op mondelinge uitlatingen gericht tot homoseksuelen. Vervolging vindt dan plaats op grond van art. 266 Sr waarin een verbod van eenvoudige belediging vastligt. Overigens wordt in veel zaken art. 267 Sr toegepast, omdat er sprake is van belediging van een ambtenaar in functie. Politieagenten worden namelijk met enige regelmaat voor bijvoorbeeld 'vuile homo' uitgemaakt.

Belangrijker, voor zover het gaat om de bescherming van homoseksuelen tegen discriminatie, is waarschijnlijk de vervolging van tegen hen gerichte uitlatingen in hun woonomgeving. Een goed voorbeeld vormt een recente zaak naar aanleiding van een aantal rond het middernachtelijk uur uit de tuin van de achterburen geschreeuwde uitlatingen.⁴⁸ De politierechter deelt het standpunt van de officier van justitie dat uitingen van intolerantie of discriminatie jegens homo's moeten worden tegengegaan uit oogpunt van algemeen maatschappelijk belang. Dat brengt hem zelfs tot het opleggen van een zwaardere straf (werkstraf) dan de officier had geëist (boete).

Afsluiting

Dit – beperkte – rechtsvergelijkende onderzoek leidt tot de volgende bevindingen. Bij het vaststellen van de grens tussen strafwaardige homofobe uitlatingen en anderen uitlatingen over homoseksuelen of homoseksualiteit dient onderscheid gemaakt te worden tussen verschillende soorten uitlatingen. Een afwijzing van homoseksualiteit op grond van de, al dan niet godsdienstige geïnspireerde, moraal is wat anders dan het aanzetten tot concreet aangeduide strafbare handelingen. Een suggestieve opmerkingen over een mogelijk verband tussen homoseksualiteit en AIDS is wat anders dan het permanent lastig vallen van de burens op grond van hun seksuele geaardheid.

Het maken van dergelijk onderscheid hoeft overigens nog niet te leiden tot overeenstemming over de ernst van bepaalde uitlatingen. Het arrest *Vejdeland/Sweden* maakt duidelijk dat dezelfde opmerkingen door minstens één rechter als relatief onschuldig en door twee ander rechters zelfs als misbruik van recht kunnen worden gekwalificeerd. Ook daarom is het jammer dat het Hof niet meer woorden heeft gewijd aan het verderfelijke karakter van de uitlatingen en het mogelijke onderscheid tussen de uitlatingen.

Een tweede belangrijke factor is uiteraard het gewicht van de vrijheid van meningsuiting. Wanneer dat zeer groot is, zullen niet veel homofobe uitlatingen strafbaar kunnen worden gesteld, zoals de behandeling van het Amerikaanse recht heeft aangetoond. Slechts in geval er tot imminent lawless action wordt aangezet of er sprake is van op de persoon gerichte intimidatie is een verbod in overeenstemming met het First Amendment.

Daarbij is ook van belang dat in de VS de grievendheid van een uitlating op zichzelf geen reden kan zijn om die uitlating niet als bijdrage aan het debat te beschouwen. Onder vigeur van art. 10 EVRM is dat anders. De meerderheid van het Hof lijkt uit te gaan van een plicht om zich niet onnodig grievend uit te laten. Gebeurt dat wel dan krijgt een uitlating, ook als deze bedoeld is als bijdrage aan het maatschappelijk debat, geen sterke bescherming van de vrijheid van meningsuiting. De eisen gesteld aan de verbinding tussen uitlating en mogelijk daarop volgende handelingen is eveneens veel minder strikt dan in de VS. Dat betekent dat homofobe uitlatingen veel sneller dan in de VS als hate speech verboden mogen worden.

Het Nederlandse recht is op sommige punten duidelijk. Het aanzetten tot geweld is strafbaar, ook als dat niet 'imminent' is. Op de persoon gericht belediging is eveneens verboden. Aan de andere kant is een afwijzing van homoseksualiteit op grond van de moraal niet onrechtmatig. Tussen deze polen in is het moeilijker de grens te trekken, waaruit bijvoorbeeld blijkt welke suggestieve opmerkingen en beschuldigingen, eventueel bedoeld als bijdrage aan het maatschappelijk, wel of niet onrechtmatig zijn. Daarbij speelt ook in het Nederlandse recht het begrip 'onnodig grievend' een belangrijke rol. Dat een dergelijk begrip niet haarfijn kan worden uitgewerkt is wellicht onontkoombaar.

Op andere punten is het Nederlandse recht wél 'onnodig onhelder'. In de eerste plaats kan gewezen worden op de vraag of het onderscheid tussen opmerkingen over godsdienst en over een groep mensen ook relevant is bij discriminatoire opmerkingen ten aanzien van homoseksualiteit dan wel over homoseksuelen. In de tweede plaats zijn de termen aanzetten tot haat en discriminatie, ook na het vonnis in de Wilders-zaak, niet duidelijk uitgekristalliseerd. Neemt men dit vonnis tot richtsnoer dan lijkt het versterken van bepaalde vooroordelen of een negatieve invloed op het maatschappelijk klimaat onvoldoende om de delictsomschrijving te vervullen.

De meerderheid van het Hof in Straatsburg geeft in dit opzicht een ruimere invulling aan het begrip hate speech. Daarom mag aangenomen worden dat de Nederlandse beperkingen gesteld aan homofobe uitlatingen de noodzakelijkheidstoets in Straatsburg met verve kunnen doorstaan. De nadere invulling en verduidelijking van de norm is dan ook in de eerste plaats een vraag van Nederlandse recht.

48 Rb. Maastricht 17 februari 2012, LJN BV6181.