

een website met kinderporno zonder meer strafbaar is, zoals blijkt uit de beslissing van het Hof Den Haag in deze zaak.

Een argument voor een extensieve uitleg is dat het bezoeken van een website altijd gepaard gaat met een actieve handeling in de vorm van een zoekactie of het aanklikken van een link of het intikken van een internetadres, zonder dat die actieve handeling nader hoeft te worden gespecificeerd in de wet, de tenlastelegging of de bewijsmiddelen. Een dergelijke handeling is immers altijd noodzakelijk om een website te bezoeken, waarbij moeilijk te bewijzen valt welke actieve handeling de verdachte precies heeft verricht. Het enkele feit dat de verdachte zich 'door middel van een geautomatiseerd werk of met gebruikmaking van een communicatiedienst' toegang verschafft tot kinderporno is volgens de wettekst voldoende. De 'actieve handeling' waarmee dat wordt gedaan, hoeft daarom niet verder te worden gespecificeerd: de wettekst specificeert niet de handeling waarmee toegang wordt verschaft, maar het werk of de dienst waarmee dat gebeurt (te vergelijken met de valse sleutel en het valse kostuum uit art. 311 lid 1 onder 5° Sr). Deze uitleg volgt uit de tekst van de wet en uit de actieve aard van het bezoeken van websites met kinderporno, waardoor dat bezoeken verschilt van het bekijken van kinderporno. Het belang dat door art. 240b lid 1 Sr wordt beschermd, bekrachtigt deze uitleg. Dat belang bestaat uit de bescherming van kinderen tegen seksueel misbruik en seksuele exploitatie (zie hierover punt 23 en 55 van de conclusie van A-G Hofstee (ECLI:NL:PHR:2017:195) bij HR 28 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:524). Bezoekers van websites met kinderporno bevorderen de uitbuiting en het misbruik van kinderen en zij profiteren daarvan. Daarom handelen zij strafwaardig. Na het arrest van de Hoge Raad is het voor iedere burger duidelijk dat het bezoeken van websites met kinderporno zonder meer strafbaar is.

5. Het verschil tussen straffeloos en strafbaar bezoeken van een website met kinderporno komt bij een extensieve uitleg vooral tot uitdrukking in het vereiste opzet (zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 18 augustus 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3698). De verdachte die toevallig op een website met kinderporno stuit en vervolgens opzettelijk een kinderpornografische afbeelding bekijkt, is niet strafbaar. Zijn opzet is in een dergelijk geval niet gericht op het zich toegang verschaffen tot de afbeelding in de zin dat hij de website bewust heeft bezocht om kinderporno te bekijken of met de bewuste aanvaarding van de aanmerkelijke kans dat hij op die site kinderporno zou kunnen aantreffen.

Er moet dus bewijs zijn van opzet op het zich toegang verschaffen tot kinderporno op het moment dat de website wordt bezocht. De voorbeelden die de toelichting geeft, hebben de strekking om aan te geven wat bewijsindicaties van een dergelijk opzet zijn. Daarbij kan de kanttekening worden geplaatst dat het enkele feit dat de verdachte een wachtwoord voor een site heeft gebruikt nog

niet betekent dat zijn opzet was gericht op het zich toegang verschaffen tot kinderporno. Hij heeft zich met het wachtwoord wel opzettelijk toegang verschaffen tot de website, maar daarmee staat nog niet vast dat hij bewust op zoek was naar kinderporno. Daarvoor is op z'n minst vereist dat de verdachte bij het bezoeken van de website bewust de aanmerkelijke kans aanvaardde dat hij daar kinderporno zou kunnen aantreffen.

De overwegingen van het Hof Den Haag zijn te restrictief als het gaat om de vraag welke gedragingen onder het zich toegang verschaffen tot kinderporno vallen. Deze overwegingen zijn wel relevant voor de vraag of de verdachte opzet had om zich toegang tot kinderporno te verschaffen. Het hof stelt vast dat bepaalde indicaties daarvoor ontbreken (er is geen bewijs dat de verdachte versleutelings heeft gebruikt of dat het om besloten computernetwerken ging). Het gaat hier echter niet om limitatieve indicaties, zodat het bewijs van opzet ook uit andere indicaties kan worden afgeleid.

In dit geval heeft de verdachte blijkens het politieonderzoek 147 kinderpornografische afbeeldingen op het internet bekeken. Uit de grote hoeveelheid afbeeldingen zou kunnen worden afgeleid dat de verdachte de betreffende websites bewust heeft opgezocht om de afbeeldingen te bekijken. Uit het gerichte zoeken naar deze afbeeldingen op het internet kan worden afgeleid dat de verdachte zich via het internet opzettelijk toegang tot die afbeeldingen heeft verschaft. Bij een dergelijke hoeveelheid kan het geen toeval zijn dat de verdachte op de afbeeldingen is gestuit. Daarmee is de strafbaarheid van zijn doelgerichte zoekgedrag op het internet gegeven (zie bijvoorbeeld Rechtbank Midden-Nederland 23 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7441 en Rechtbank Overijssel 14 maart 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:1116, zie ook Stevens en Koops, *a.w.*, § 2.2.2).

N. Rozemond

NJ 2017/259

HOGE RAAD (STRAFKAMER)

14 februari 2017, nr. 16/00744

(Mrs. W.A.M. van Schendel, J. de Hullu, Y. Buruma, V. van den Brink, E.S.G.N.A.I. van de Griend; A-G mr. P.C. Vegter)

m.nt. E.J. Dommering

Art. 10, 17 EVRM; art. 137e Sr

RvdW 2017/274

NJB 2017/492

ECLI:NL:HR:2017:220

ECLI:NL:PHR:2016:1424

Ter verspreiding in voorraad hebben van 'Mein Kampf' en vrijheid van meningsuiting.

Bewezen is verklaard het ter verspreiding in voorraad hebben van antiquarische exemplaren van het boek 'Mein Kampf' in antiquariaat waarin, naar verdachte wist, uitlatingen staan die voor Joden beledigend zijn en aanzetten tot haat tegen en discriminatie van Joden. Ontslag van rechtsvervolgning omdat een veroordeling van verdachte niet noodzakelijk is in de zin van art. 10 lid 2 EVRM is toereikend gemotiveerd.

Vervolg op Hof Amsterdam 1 februari 2016, NJFS 2016/82.

1. *Het gaat om de uit art. 10 lid 2 EVRM voortvloeiende vraag of een in de wet voorziene beperking van het recht op vrijheid van meningsuiting door de verdachte te veroordelen wegens het ter verspreiding in voorraad hebben van 'Mein Kampf' in een democratische samenleving noodzakelijk is. Bij de beoordeling van de noodzaak om strafrechtelijk in te grijpen in de vrijheid van meningsuiting zijn de bijzondere omstandigheden van het geval van belang, waarbij gewicht kan worden toegekend aan de wisselwerking tussen de aard van de uitlating of informatie en het mogelijke effect dat die uitlating of informatie sorteert alsmede aan de context waarbinnen zo een uitlating is gedaan of informatie is verstrekt.*

Uitlatingen of andere informatieverstrekkingen gericht tegen de aan het EVRM ten grondslag liggende waarden kunnen, bij wijze van uitzondering en in extreme gevallen, de bescherming van art. 10 EVRM ontberen op grond van art. 17 EVRM.

2. *Het hof heeft geoordeeld dat een veroordeling van verdachte niet noodzakelijk is in de zin van art. 10 lid 2 EVRM, omdat zo een veroordeling onevenredig zou zijn in verband met het te beschermen doel van de beperking van het grondrecht van vrije meningsuiting, aangezien i) het boek van uitzondering en in extreme gevallen, de bescherming van art. 10 EVRM ontberen op grond van art. 17 EVRM. ii) het ging om enkele, louter originele exemplaren uit de jaren dertig van de vorige eeuw, iii) verdachte deze exemplaren slechts met het oog op de historische betekenis ter verspreiding in voorraad had en deze verkoopt aan belangstellenden voor historische exemplaren, iv) niet is gebleken dat verdachte het nazistische gedachtegoed aanhangt of propageert, v) de tekst van het boek in bibliotheken en op internet vrijelijk beschikbaar is en vi) al geruime tijd in binnen- en buitenland, met het oog op het belang van de vrije meningsuiting, het debat wordt gevoerd over de (wijze van) (vrije) verkoop en verspreiding van het boek. Ondanks het antisemitische karakter van het boek geeft dat oordeel geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is dat niet onbegrijpelijk.*

Arrest op het beroep in cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof Amsterdam van 1 februari 2016, nummer 23/004790-14, in de strafzaak tegen: E. Adv.: mr. G. Spong, te Amsterdam.

Cassatiemiddel:

Middel A-G Hof zie 2.1; (red.).

Conclusie A-G mr. P.C. Vegter:

1. Het Gerechtshof Amsterdam heeft bij arrest van 1 februari 2016 de verdachte ter zake van het bewezenverklaarde ontslagen van alle rechtsvervolgning, de teruggave gelast van een inbeslaggenomen voorwerp en de benadeelde partij in haar vordering tot schadevergoeding niet-ontvankelijk verklaard.

2. Mr. B.C.C. van Roessel, advocaat-generaal bij het hof, heeft beroep in cassatie ingesteld en mr. M.E. de Meijer, advocaat-generaal bij het ressortsparket, heeft bij schriftuur een middel van cassatie voorgesteld. Namens de verdachte heeft mr. G. Spong, advocaat te Amsterdam, het cassatieberoep schriftelijk tegengesproken.

3. Het middel klaagt over schending van het recht en/of verzuim van vormen "doordat het hof zijn uitspraak heeft gebaseerd op zijn oordeel dat – kortgezegd – art. 137e Sr, in verband met het bepaalde in artikel 94 van de Grondwet, buiten toepassing dient te worden gelaten nu toepassing daarvan in dit geval niet verenigbaar is met artikel 10 van het EVRM".

4. De bestreden uitspraak houdt onder meer in:

"6 Waardering van het bewijs

6.1. Zakelijke berichtgeving

Het hof volgt de rechtbank in haar oordeel dat de verdachte het boek *Mein Kampf* niet (slechts) ter verspreiding in voorraad had voor zakelijke berichtgeving, dat wil zeggen voor journalistieke of wetenschappelijke berichtgeving.

Hoewel de commerciële verkoop van het boek niet uitsluit dat daarmee tevens een voorlichtende of wetenschappelijk doel gediend wordt, kan in dit geval van 'zakelijke berichtgeving' niet gesproken worden. Ook in hoger beroep heeft de verdachte verklaard dat hij het boek *Mein Kampf* bij voorkeur en voornamelijk aan historici of verzamelaars verkoopt. Desgevraagd heeft de verdachte echter ter zitting verklaard niet zeker te weten wie het boek koopt en met welke reden.

Voor een 'creatieve' interpretatie van het bestanddeel 'zakelijke berichtgeving' zoals door de raadsman bepleit, in die zin dat de verdachte vrijgesproken dient te worden van het tenlastegelegde, ziet het hof gelet op de wetsgeschiedenis van art. 137e van het Wetboek van Strafrecht (Sr) geen ruimte.

Ook dit verweer wordt verworpen.

(...)

7 Bewezenverklaring

Het hof acht wettig en overtuigend bewezen dat de verdachte het ten laste gelegde heeft begaan, met dien verstande dat:

hij in de periode van 26 oktober 2013 tot en met 14 januari 2014 te Amsterdam, anders dan ten behoeve van zakelijke berichtgeving, exemplaren van een boek, getiteld 'Mein Kampf' van de

auteur Adolf Hitler, waarin naar hij wist uitlatingen waren vervat, te weten vertaald in het Nederlands op pagina 334:

'Hij is en blijft een typische parasiet, een profiteur die als een schadelijke bacil zich steeds verder verspreidt, zodra er een gunstige voedingsbodem toe uitnodigt. Het gevolg van zijn bestaan echter lijkt eveneens op dat van een parasiet: waar hij optreedt, sterft na korte of langere tijd de waardplant af.'

en op pagina 339:

'Zijn bloedzuigende tirannie wordt zo groot, dat het tot ongeregelheden tegen hem komt. Men begint de vreemdeling steeds nader te bezien en ontdekt telkens meer afstotende trekken en karaktereigenschappen aan hem, totdat de tegenstelling onoverbrugbaar wordt. In tijden van bittere nood breekt woede tegen hem uit en de leeggeplunderde en te gronde gerichte massa's gaan het recht in eigen hand nemen, om zich tegen de gesel Gods te verweren. Zij hebben hem in de loop van enige eeuwen leren kennen en ervaren alleen al zijn bestaan als even erg als de pest.'

die, naar hij wist voor een groep mensen, te weten Joden, wegens hun ras en/of hun godsdienst, beledigend zijn en die aanzetten tot haat tegen en discriminatie van Joden wegens hun ras en hun godsdienst, ter verspreiding in voorraad heeft gehad.

Hetgeen meer of anders is ten laste gelegd, is niet bewezen. De verdachte moet hiervan worden vrijgesproken.

Het hof grondt zijn overtuiging dat de verdachte het bewezen verklaarde heeft begaan op de feiten en omstandigheden die in de bewijsmiddelen zijn vervat.

8 Bewijsmiddelen

1. De verklaring van de verdachte, afgelegd ter terechtzitting in eerste aanleg van 31 oktober 2014.

Deze verklaring houdt in, voor zover van belang en zakelijk weergegeven:

Ik heb in de tenlastegelegde periode exemplaren van Mein Kampf van Adolf Hitler in voorraad gehad in mijn winkel, [...], aan a-sstraat te Amsterdam. Die boeken waren bestemd voor de verkoop en met dat doel had ik ze in voorraad. Ik wist dat Mein Kampf passages bevat die voor Joden wegens hun ras of godsdienst beledigend zijn en die aanzetten tot haat jegens Joden en tot discriminatie.

2. Een proces-verbaal met nummer 2013265420-1 van 27 oktober 2013, in de wettelijke vorm opgemaakt door de daartoe bevoegde opsporingsambtenaar [...] (doorgenummerde pagina 2 en 3). Dit proces-verbaal houdt in als verklaring van L., zakelijk weergegeven:

Ik wil aangifte doen namens het Kerkgenootschap Federatief Joods Nederland wegens het aanzetten tot haat. Mij is bekend dat verdachte, eigenaar van de winkel [...], het boek Mein Kampf verkoopt.

Deze winkel is gelegen aan het a-straat te Amsterdam.

3. Een geschrift, zijnde een vertaling van het Duits naar het Nederlands van een tweetal citaten uit *Mein Kampf* op de pagina's 334 en 339, door N., beëdigd vertaalster/tolk in de Duitse taal, van 30 oktober 2014.

Vertaling Duits-Nederlands van een citaat uit de tekst op pagina 334 uit 'Mein Kampf':

'(...)Hij is en blijft een typische parasiet, een profiteur die als een schadelijke bacil zich steeds verder verspreidt, zodra er een gunstige voedingsbodem toe uitnodigt. Het gevolg van zijn bestaan echter lijkt eveneens op dat van een parasiet: waar hij optreedt, sterft na korte of langere tijd de waardplant af.(...)'

Vertaling Duits-Nederlands van een citaat uit de tekst op pagina 339 uit 'Mein Kampf':

'(...)Zijn bloedzuigende tirannie wordt zo groot, dat het tot ongeregelheden tegen hem komt. Men begint de vreemdeling steeds nader te bezien en ontdekt telkens meer afstotende trekken en karaktereigenschappen aan hem, totdat de tegenstelling onoverbrugbaar wordt. In tijden van bittere nood breekt woede tegen hem uit en de leeggeplunderde en te gronde gerichte massa's gaan het recht in eigen hand nemen, om zich tegen de gesel Gods te verweren. Zij hebben hem in de loop van enige eeuwen leren kennen en ervaren alleen al zijn bestaan als even erg als de pest. (...)'

9 Strafbaarheid van het bewezenverklaarde

9.1. Overwegingen ten aanzien van artikel 10 EVRM

De vraag die het hof in dit kader allereerst zal beantwoorden is of een veroordeling van de verdachte, gelet op de omstandigheden van dit geval, in strijd is met zijn recht op vrije meningsuiting dat onder andere door artikel 10 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) wordt beschermd.

(...)

9.2. Inbreuk op verdachtes recht op vrije meningsuiting: aan te leggen toetsingscriterium

Naar het oordeel van het hof valt het ter verspreiding in voorraad hebben van het boek *Mein Kampf* door de verdachte onder de reikwijdte van het eerste lid van artikel 10 EVRM. Een daarmee in verband staande veroordeling van de verdachte zou derhalve een inbreuk op de vrijheid van meningsuiting zijn in de zin van artikel 10, tweede lid, van het EVRM.

Om te beoordelen of een inbreuk op de vrijheid van meningsuiting van de verdachte gerechtvaardigd is, dient te worden beoordeeld of de inbreuk bij wet is voorzien, daaronder begrepen de vragen of het verbod kenbaar en voorzienbaar was voor verdachte, of het verbod een le-

gitiem doel dient en tenslotte of de inbreuk (een veroordeling) in dit geval noodzakelijk is in een democratische samenleving.

De eerste twee vragen worden door het hof bevestigend beantwoord. Artikel 137e Sr is ingevoerd bij wet in formele zin en door of namens de verdachte is niet naar voren gebracht dat hij niet van het verbod op de hoogte was of kon zijn, of de reikwijdte daarvan niet kon overzien.

Tevens is sprake van een legitiem doel van deze inbreuk, te weten de bescherming (van de rechten) van anderen, namelijk het voorkomen van haat tegen en discriminatie van Joden wegens hun 'ras' en hun godsdienst.

9.2.1. *Is de beperking noodzakelijk in een democratische samenleving?*

Voor de beantwoording van de derde vraag dient te worden beoordeeld of een inbreuk (een veroordeling) in dit geval noodzakelijk is in een democratische samenleving.

Voorop wordt gesteld dat het EVRM een reactie was op de verschrikkingen van de Tweede Wereldoorlog waarbij miljoenen (Joodse) burgers zijn vermoord. Het verdrag is opgesteld in 1950 in navolging van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens van de Verenigde Naties (UVRM) uit 1948, waarin de vrijheid van meningsuiting wordt verkondigd als een van de hoogste idealen van iedere mens. De strekking van artikel 19 van het UVRM en van artikel 10 van het EVRM is dat ook – of beter: juist – onwettige opvattingen en meningen, die kunnen shockeren, kwetsen of verontrusten, zoveel mogelijk in de openbaarheid thuishoren. Zo kan (potentieel) onrecht in een vroeg stadium aan het licht komen, en wordt een goed geïnfomeerd en kritisch openbaar debat daarover bevorderd en kan de samenleving zich effectief verweren tegen onrecht.

In het belang van een democratische rechtsstaat moet daarom zeer omzichtig worden omgegaan met het verbieden van meningsuitingen. De lat wordt door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) hoog gelegd. Een beperking van het recht op vrije meningsuiting moet beantwoorden aan een *dwingende* maatschappelijke behoefte (een *pressing social need*) en evenredig zijn aan het beoogde doel.

In het algemeen moet voorkomen worden dat de vervolging van meningsuitingen leidt tot een *chilling effect* en bijdraagt aan een sfeer van maatschappelijke onverdraagzaamheid en aldus juist het tegenovergestelde bewerkstelligt van wat met het grondrecht van vrije meningsuiting beoogd wordt.

9.2.2. *Toepassing van deze uitgangspunten op het onderhavige geval*

Met de rechtbank is het hof van oordeel dat *Mein Kampf* binnen het kader van antisemitisme en de bestrijding daarvan in het maatschappelijk de-

bat, gezien inhoud en symboliekwerking van het boek, een belangrijke rol speelt als een van de historische bronnen van het antisemitische gedachtegoed. Een restrictie op het verspreiden van het boek moet ingevolge de jurisprudentie van het EHRM daarom aan hoge eisen voldoen.

Met een scherpe blik op het voorafgaande dient te worden beoordeeld of in dit geval sprake is van een zodanig dwingende maatschappelijke behoefte dat verdachte (reeds) wordt veroordeeld voor het in voorraad hebben van het boek *Mein Kampf* van de auteur Adolf Hitler. Die vraag wordt met de rechtbank ontkennend beantwoord.

Daarvoor is redengevend dat een veroordeling van verdachte voor het in voorraad hebben van enkele antiquarische exemplaren onevenredig is in verband met het te beschermen doel van de beperking van het grondrecht van vrije meningsuiting. Daarbij heeft het hof als bijzondere omstandigheden van dit geval in aanmerking genomen dat de exemplaren van *Mein Kampf* die verdachte in voorraad had in zijn antiquariaat louter originele exemplaren uit de jaren '30 van de vorige eeuw betroffen, waarvan verdachte – desgevraagd in hoger beroep – heeft verklaard dat hij deze exemplaren slechts met het oog op de historische betekenis ter verspreiding in voorraad had en niet met het oog op de gewraakte passages van het werk. De verdachte verkoopt deze boeken aan belangstellenden voor historische exemplaren en niet gebleken is dat de verdachte het nazistische gedachtegoed aanhangt of propageert.

Hierbij is mede bepalend – maar niet doorslaggevend – dat de tekst van het boek *Mein Kampf* in bibliotheken en op internet reeds vrijelijk beschikbaar is en dat reeds geruime tijd in binnen- en buitenland, met het oog op het belang van de vrije meningsuiting, het debat wordt gevoerd over de (wijze van) (vrije) verkoop en verspreiding van het boek *Mein Kampf*.

Bij deze stand van zaken is geen sprake van een zodanig dwingende behoefte als bedoeld in artikel 10, tweede lid, van het EVRM, dat de verdachte voor het in voorraad hebben van het boek *Mein Kampf* in de bewezenverklarde periode veroordeeld dient te worden.

Hieruit volgt dat artikel 137e Sr, in verband met het bepaalde in artikel 94 van de Grondwet, buiten toepassing dient te worden gelaten nu toepassing daarvan in dit geval niet verenigbaar is met artikel 10 van het EVRM.

Het voorgaande brengt mee dat het bewezen verklaarde feit reeds om die reden niet strafbaar is en dat de verdachte dient te worden ontslagen van alle rechtsvervolging.

Aan een bespreking van hetgeen overigens omtrent de strafbaarheid van het bewezenverklarde is aangevoerd komt het hof derhalve niet toe."

5. De volgende verdrags- en wettelijke bepalingen zijn van belang:

– art. 10 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM):

“1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.”

– art. 17 EVRM:

“Geen der bepalingen van dit Verdrag mag worden uitgelegd als zou zij voor een Staat, een groep of een persoon een recht inhouden enige activiteit aan de dag te leggen of enige daad te verrichten met als doel de rechten of vrijheden die in dit Verdrag zijn vermeld teniet te doen of deze verdergaand te beperken dan bij dit Verdrag is voorzien.”

– art. 94 Grondwet:

“Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.”

– art. 137e Sr:

“1. Hij die, anders dan ten behoeve van zakelijke berichtgeving:

1°. een uitlating openbaar maakt die, naar hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden, voor een groep mensen wegens hun ras, hun godsdienst of levensovertuiging, hun hetero- of homoseksuele gerichtheid of hun lichamelijke, psychische of verstandelijke handicap beledigend is, of aanzet tot haat tegen of discriminatie van mensen of gewelddadig optreden tegen persoon of goed van mensen wegens hun ras, hun godsdienst of levensovertuiging, hun geslacht, hun hetero- of homoseksuele gerichtheid of hun lichamelijke, psychische of verstandelijke handicap;

2°. een voorwerp waarin, naar hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden, zulk een uitlating is vervat, aan iemand, anders dan op diens verzoek, doet toekomen, dan wel verspreidt of ter openbaarmaking van die uitlating of verspreiding in voorraad heeft;

wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden of geldboete van de derde categorie.

2. Indien het feit wordt gepleegd door een persoon die daarvan een beroep of gewoonte maakt of door twee of meer verenigde personen wordt gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vierde categorie opgelegd.”

6. De rechterlijke beslissingen¹ over het ten verkoop aanbieden (ter verspreiding in voorraad hebben) van ‘Mein Kampf’ door een Amsterdamse galeriehoudster hebben zowel in de juridische wereld als daarbuiten tot debat geleid.² Tot op zekere hoogte is het cassatieberoep een voortzetting van dat debat, zij het dat de inhoud daarvan wordt beperkt door het middel. Bij een cassatieberoep van de kant van het openbaar ministerie wordt aan de beperking tot het middel steeds de hand gehouden.³ Zoals nog zal blijken vormt de inkleding van het voorgestelde middel nog een nadere beperking van het debat. Het voorgestelde middel geeft in de kern slechts aanleiding tot enkele opmerkingen die nu eenmaal voortvloeien uit de techniek van de cassatie. Ik benadruk hier met klem dat deze zaak niet gaat over het toelaten van de verkoop van ‘Mein Kampf’ in het algemeen. Daarover heeft het hof niet geoordeeld en zal ook ik niet oordelen. De beslissing van het hof sluit niet uit dat de feitelijke omstandigheden zodanig kunnen zijn dat art. 137e Sr wordt toegepast op het ter verspreiding in voorraad hebben van het boek. Dat de in de bewezenverklaring opgenomen passages uit ‘Mein Kampf’ voor Joden beledigend zijn wegens hun ras en/of hun godsdienst en aanzetten tot haat tegen en discriminatie van Joden wegens hun ras en hun godsdienst staat niet ter discussie.

Gelet op de aard van de problematiek lijkt het mij aangewezen alvorens over te gaan tot de bespreking van het middel een paar vooropmerkingen te maken. Een conclusie biedt nu eenmaal anders dan een arrest gelegenheid tot enige beschouwing.

Aan de bespreking van het middel voorafgaande beschouwing

7. Ik besteed hier enige aandacht aan de contextuele benadering bij de uitleg van de art. 137c t/m 137e Sr (nrs. 8 t/m 10), aan de beperking van de vrijheid van meningsuiting die dringend noodzakelijk kan zijn in een democratische samenleving (art. 10 lid 2 EVRM) (nrs. 11-17) en het misbruik dat een beroep op een grondrecht kan uitsluiten (art. 17 EVRM) (nrs. 18-20). Het bestreden arrest van het hof wordt daarbij betrokken.

1 Het hier bestreden arrest van het hof Amsterdam van 1 februari 2016 is te raadplegen op rechtspraak.nl onder nummer ECLI:NL:GHAMS:2016:299. Ook de rechtbank ontsloeg van alle rechtsvervolgning. Zie Rechtbank Amsterdam 21 november 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:7866.

2 Ik volsta met verwijzing naar J.G. Vrieling, ‘Het juridisch bekampen van Mein Kampf’ in: *NJB* 2015/205, afl. 4, p. 242-249.

3 Zie Van Dorst, *Cassatie in strafzaken*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 152.

8. Ten aanzien van voorwerpen waarin een beledigende, haatzaaiende of discriminerende uitlating in de zin van art. 137e Sr is vervat, kan een onderscheid worden gemaakt tussen voorwerpen die reeds op zichzelf bezien als zodanig kunnen worden aangemerkt en voorwerpen waarbij zulks niet het geval is omdat een dergelijke uitlating daarin of daarop niet letterlijk is opgenomen.⁴ Ook die laatste voorwerpen kunnen niettemin als zodanig worden aangemerkt, gegeven de omstandigheden van het geval en/of in het licht van mogelijke associaties die zij wekken. Het ontbreken van een dergelijke context of associaties kan dan meebrengen dat voorwerpen niet als een voorwerp in de zin van art. 137e, eerste lid onder 2°, Sr behoeven te worden aangemerkt. Zoals werd (en volgens de Hoge Raad mocht worden) geoordeeld ten aanzien van nazi-emblemen die ten verkoop aan verzamelaars van militaire curiosa in voorraad werden gehouden.⁵ Het oordeel van het hof in die zaak dat sprake is van een voorwerp dat reeds op zichzelf als voorwerp in de zin van art. 137e, eerste lid onder 2°, Sr kan worden aangemerkt, getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting en is – gelet op de in de bewezenverklaring aangehaalde passages – niet onbegrijpelijk.⁶

9. Anders dan (kennelijk) mijn voormalig ambtgenoot Jörg⁷ lees ik in HR 22 september 1987, NJ 1988/300 niet dat de nazi-emblemen (afbeeldingen van een adelaar met hakenkruis) waarom het in die zaak ging moeten worden aangemerkt als “naar hun aard discriminerende en haatzaaiende voorwerpen” die slechts in dat geval vanwege de context van het geval (de emblemen werden in een winkel-tje aangeboden ten behoeve van verzamelaars van militaire curiosa) dat discriminerende en haatzaaiende karakter verloren, althans in die context (toch) niet als “kwaadaardig” behoorden te worden aangemerkt. Het is, denk ik, veeleer andersom: het gebruik dat van dergelijke emblemen wordt gemaakt

kan aan die emblemen een bepaalde lading geven, zodat de context kan meebrengen dat die voorwerpen als voorwerpen in de zin van art. 137e Sr kunnen worden aangemerkt. Anders ligt het bij bepaalde voorwerpen waarin of waarop teksten zijn opgenomen die zonder meer (reeds) als discriminerend of haatzaaiend kunnen worden aangemerkt, in dat geval is het niet nodig dat – zoals in HR 12 mei 1987, NJ 1988/299 werd geoordeeld – het voorwerp op provocerende of aanstootgevende wijze wordt aangeboden, of dat blijkt van enig motief van politieke of discriminatoire aard bij de dader. Iets soortgelijks zal naar mijn oordeel kunnen gelden ten aanzien van zeer expliciete afbeeldingen. De in de toelichting op het middel geciteerde opmerking van Jörg dat laatstbedoelde voorwerpen “dermate kwaadaardig van aard” zijn dat de context van het geval “er niet toe doet”, lijkt mij dan ook juist voor zover het gaat om de vraag of sprake is van een voorwerp als bedoeld in art. 137e Sr. Met andere woorden, de omstandigheden van het geval doen aan het discriminerende of haatzaaiende karakter van de tekst in kwestie niet af. Dat uit de rechtspraak van de Hoge Raad en in het bijzonder de genoemde uitspraken uit 1987 moet worden afgeleid dat ten aanzien van die laatstbedoelde voorwerpen de context in het geheel geen rol kan spelen, lees ik daarin niet, althans een stellig standpunt daarover ontbreekt.

10. Dat de context van het geval een rol kan spelen en niet slechts kan worden betrokken bij de vraag of sprake is van een discriminerend of haatzaaiend karakter blijkt reeds uit de tekst van de wet, waarin – als gezegd – een uitzondering voor “zakelijke berichtgeving” is opgenomen.⁸ Het komt mij voor dat het hof geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de mogelijkheid open te houden dat zich gevallen voordoen waarin geen sprake is van “zakelijk berichtgeving” en een veroordeling op grond van art. 137e Sr wegens het ontbreken van dringende maatschappelijke noodzaak niettemin niet laat verenigen met art. 10 EVRM. Wanneer daarvan sprake is, zal zeer afhangen van de feitelijke omstandigheden van het geval. Een oordeel daarvoor komt dan ook in de eerste plaats toe aan de feitenrechter en zal in cassatie slechts op begrijpelijkheid kunnen worden getoetst.

11. Uit de rechtspraak van het EHRM kan worden afgeleid dat het in art. 10 EVRM gegarandeerde recht op vrijheid van meningsuiting mag worden beperkt wanneer het gaat om antisemitische uitlatingen. Op zichzelf is er dus niets mis met een strafbepaling als 137e Sr. Dat heeft het hof hier ook niet miskend. Het hof heeft immers niet geoordeeld dat art. 137e Sr gelet op art. 10 EVRM onverbindend

4 Mijn voormalig ambtgenoot Jörg kiest in zijn bij de bespreking van de eerste klacht nog te citeren conclusie voor HR 23 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM9132, NJ 2011/115 onder 12 voor een andere benadering. Volgens hem bestaan er voorwerpen die naar hun aard discriminerend of haatzaaiend zijn; Jörg spreekt van “kwaadaardige voorwerpen”. De context van het geval kan volgens Jörg meebrengen dat zij toch niet als voorwerpen zoals bedoeld in art. 137e Sr worden beschouwd. Voor bepaalde voorwerpen ligt dat z.i. anders: deze hebben te gelden als dermate “kwaadaardig” van aard dat de context er niet toe doet. Het (ten verkoop aanbieden van het) boek *Mein Kampf* noemt hij daarbij als voorbeeld.

5 Zie HR 22 september 1987, NJ 1988/299. Zie voorts en meer recent HR 23 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM9132, NJ 2011/115 (T-shirts met daarop de tekst “Combat 18” en “Whatever it takes”) en HR 29 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BP0478 (dolkens met (Nazi-)symbolen en teksten).

6 Zie voor een vergelijkbaar oordeel omtrent hetzelfde boek HR 12 mei 1987, NJ 1988/299. De Hoge Raad overwoog dat ten aanzien van een dergelijk voorwerp niet is vereist dat het op provocerende of aanstootgevende wijze wordt aangeboden, of dat blijkt van enig motief van politieke of discriminatoire aard bij de dader.

7 Conclusie voor HR 23 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM9132, NJ 2011/115.

8 Mogelijk moet uit HR 9 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9368, NJ 2001/203 en HR 15 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4778, NJ 2003/334 ten aanzien van art. 137c Sr worden afgeleid dat de context daar slechts bij de vraag naar het beledigend karakter van een uitlating kan worden betrokken. In art. 137c Sr ontbreekt een uitzondering voor zakelijke berichtgeving. Ik vraag mij overigens af of uit deze uitspraken een dergelijke algemene regel volgt.

moet worden verklaard, het heeft slechts geoordeeld dat deze strafbepaling in dit concrete geval buiten toepassing moet worden gelaten. De benadering van het hof brengt dan ook – zoals ik ook hierboven al eerder constateerde – mee dat het ter verspreiding in voorraad hebben van het boek 'Mein Kampf' onder andere omstandigheden nog steeds strafbaar kan zijn. Denk bijvoorbeeld aan de verkoop van (bepaalde hoofdstukken van) (op enigerlei wijze vermenigvuldigde) boeken door een politiek georiënteerde beweging.

12. Voor een beperking op de vrijheid van meningsuiting geldt het vereiste dat die beperking noodzakelijk is in een democratische samenleving en gerechtvaardigd is als voor die beperking een dringende maatschappelijke noodzaak ("pressing social need") bestaat.⁹ Ten aanzien van de vraag of daarvan sprake is laat het EHRM de lidstaten een grote 'margin of appreciation'. Wel toetst het EHRM de proportionaliteit en subsidiariteit van de genomen maatregelen in het licht van het daarmee beoogde doel.¹⁰

13. De advocaat-generaal bij het hof lijkt de benadering van het EHRM te willen omkeren en daaruit te willen afleiden dat op grond van het EVRM een plicht bestaat tot het strafbaar stellen van het verspreiden van 'Mein Kampf'.¹¹ Voor zover dat de stelling inderdaad is, merk ik op dat een dergelijke positieve verplichting uit de rechtspraak van het EHRM niet valt af te leiden. In dat verband wijs ik erop dat het verspreiden van dit boek of het ter verspreiding in voorraad hebben ervan in veel lidstaten bij het EVRM niet strafbaar is, met Duitsland¹² als het

meest in het oog springende voorbeeld. Verderop bij de bespreking van art. 17 EVRM kom ik hier nog op terug.

14. De zaak Jersild tegen Denemarken van het EHRM is voor de beoordeling van de onderhavige zaak van groot belang. Het ging het om een televisiejournalist die een item had gemaakt waarin door geïnterviewden racistische uitingen werden gedaan. Volgens het hof vormde de veroordeling van de journalist wegens verspreiding van racistische uitingen een ontoelaatbare inperking van het in art. 10 EVRM gegarandeerde recht op vrije meningsuiting. Er waren onvoldoende zwaarwegende redenen om te kunnen oordelen dat sprake was van een beperking die noodzakelijk is in een democratische samenleving in de zin van het tweede lid van die bepaling. Daartoe overwoog het hof dat het doel van het item niet was het verspreiden van racistisch gedachtegoed en dat journalisten in hun rol als "public watchdog" moeten kunnen bijdragen aan het publieke debat door het weergeven van standpunten van anderen, ook al wordt bij die weergave niet uitdrukkelijk afstand genomen van het gedachtegoed.¹³ De zaak Jersild illustreert mijns inziens duidelijk dat racistische uitingen niet een zo bijzondere categorie vormen dat daarbij de vraag naar de noodzaak van het verbod in een democratische samenleving niet aan de orde is.

15. Handelen als dat van Jersild zou in Nederland mogelijk kunnen worden gebracht onder de in art. 137e Sr opgenomen uitzondering voor "zakelijke berichtgeving". Die uitzondering is opgenomen om te voorkomen dat de vrijheid van voorlichting wordt beknot. De wetgever achtte het onwenselijk dat geen voorlichting kan worden gegeven, bestaande uit het aan het licht brengen van verschijnselen van rassendiscriminatie door het geven van citaten uit publicaties. Aangenomen mag worden dat naast wetenschappelijke publicaties ook journalistieke kunnen worden gebracht.¹⁴

16. Het hof heeft geoordeeld dat hier geen sprake is van zakelijke berichtgeving alsook dat strafbaarverklaring van het bewezenverklaarde hier in strijd komt met het in art. 10, eerste lid, EVRM gegarandeerde recht op vrijheid van meningsuiting. Volgens het hof kan niet worden geoordeeld dat sprake is van een dringende maatschappelijke noodzaak tot beperking van dat grondrecht. Daaraan heeft het hof ten grondslag gelegd dat de verdachte louter originele exemplaren van 'Mein Kampf' uit de jaren dertig in voorraad had, slechts met het oog op de historische waarde daarvan en niet met het oog op (verspreiding van) in de bewezenverklaring opgenomen passages. De verdachte verkoopt aan mensen die belangstelling hebben in

9 Vgl. HR 10 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG7750, NJ 2009/379 ("Reisbureau A."). Niet alleen van de rechter wordt gevergd af te wegen of een inbreuk noodzakelijk is in een democratische samenleving, maar een dergelijke afweging moet het bestuur eveneens maken bijvoorbeeld in het kader van het recht op betoging. Zie voor de beslissing van de burgemeester van Den Haag om een betoging toe te staan maar onder het voorschrift dat "het hakenkruis en daarop gelijkende tekens tijdens de demonstratie van verzoekster op 9 oktober 2016 in Den Haag in geen enkele uitingvorm zichtbaar zijn". Zie Rechtbank Den Haag 7 oktober 2016, ECLI:NL:RBDHA 2016:12148. Het betrof het logo van Pegida, weergegeven in een symbool van onder meer een hakenkruis dat in de prullenbak wordt gegooid. Het verbod wordt gezien als een gelet op art. 5, derde lid, van de Wet openbare manifestaties niet toegelaten inbreuk op het recht op betoging. Ik wijs ook op een persbericht van de gemeente Amsterdam van 11 maart 2016 in verband met een demonstratie van de Nederlandse Volks Unie (www.amsterdam.nl/bestuur-organisatie/college/burgemeester/persberichten-0/persberichten-2016/driehoek-verbint-0/).

10 Zie met verdere verwijzingen EHRM 16 juni 2015, nr. 64569/09, ECLI:CE:ECHR:2015:0616JUD006456909, rov. 131 (*Delfi AS vs. Estonia*).

11 Vgl. de een na laatste alinea van het requisitoir van de a-g bij het hof: "De wereld is veranderd, maar mensenrechten dienen nog steeds te worden gerespecteerd en als er ruimte is om de goede naam en rechten van anderen te beschermen en de democratische standaard uit het EVRM te handhaven, dan dient die ruimte te worden benut".

12 Een van commentaar voorziene heruitgave van 'Mein Kampf' verscheen begin 2016 in de BRD en de verkoopcijfers waren zodanig dat het boek – zo wordt ook in het verweerschrift vermeld – in april en mei van dat jaar de bestsellerlijst van Der Spiegel aanvoerde.

13 EHRM 23 september 1994, nr. 15890/89, ECLI:CE:ECHR:1994:0923JUD001589089 (*Jersild v. Denemarken*).

14 Zie daarover met verdere (literatuur)verwijzingen de al genoemde conclusie van Jörg voor HR 23 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM9132, NJ 2011/115 onder 13.

historische exemplaren en niet is gebleken dat de verdachte nazistisch gedachtegoed aanhangt of propageert. Daarbij heeft het hof voorts meegewogen dat (de tekst van) 'Mein Kampf' vrijelijk beschikbaar is in bibliotheken of is te raadplegen via internet, alsook dat de vrije verspreiding van het boek reeds geruime tijd voorwerp van debat vormt in binnen- en buitenland.

17. Zo doende heeft het hof een afweging gemaakt waarbij uiteenlopende factoren zijn betrokken. Daarbij heeft het hof in het midden gelaten welk (al dan niet doorslaggevend) gewicht aan de afzonderlijke factoren moet worden toegekend. Het gaat om een afweging van de factoren in hun onderlinge verband en samenhang. Natuurlijk is de in de onderhavige zaak niet voorliggende vraag naar het afzonderlijke gewicht van de afzonderlijke factoren een boeiende. Zo zal bijvoorbeeld de omstandigheid dat 'Mein Kampf' vrijelijk beschikbaar is in bibliotheken of is te raadplegen via internet of de omstandigheid dat de vrije verspreiding van het boek reeds geruime tijd voorwerp van debat vormt in binnen- en buitenland naar het mij voor komt noch op zich zelf noch in onderlinge samenhang voldoende grond vormen om te concluderen tot het ontbreken van noodzaak tot toepassing van een verbod. Meer gewicht komt toe aan de aard van het voorwerp (origineel exemplaar met historische waarde) en zwaarwegend is dat niet is gebleken dat verdachte het nazistische gedachtegoed aanhangt of propageert. Hoe dan ook gaat het hier om een aan de feitenrechter voorbehouden weging van alle genoemde factoren in onderling verband en samenhang. En overigens wijs ik erop dat naast de door het hof vermelde factoren er nog andere denkbaar zijn zoals bijvoorbeeld het voorzien van een uitgave van 'Mein Kampf' van commentaar. De aard van dat commentaar is dan te betrekken bij de vraag of een inbreuk op de vrijheid van meningsuiting door een verbod van het boek wel nodig is.

18. Art. 10 EVRM kan niet worden ingeroepen om uitingen te doen die in strijd zijn met de aan het EVRM ten grondslag liggende waarden.¹⁵ Zie het eerder hierboven geciteerde art. 17 EVRM dat een verbod van misbruik van het beroep op Europese grondrechten inhoudt. Wie een mening verkondigt die indruist tegen fundamentele principes van het EVRM kan zich in het kader van het uiten van die mening daarmee dus niet op het verdrag beroepen. Vanuit het perspectief van de overheid gaat het om een rechtvaardiging van een op het eerste gezicht niet verdragsconforme beperking van een grondrecht. Dat betekent dat ook als het verbod op het ter verspreiding in voorraad hebben van 'Mein Kampf' niet noodzakelijk is in een democratische samenleving verdachte op het ontbreken van die noodzaak geen beroep kan doen. Dat betreft uitzonderlijke gevallen waarin juist door het doen van dat beroep

(en het daarmee inroepen van het ontbreken van gelegitimeerde beperking) legitimatie zou worden gegeven aan uitingen van totalitaire en extremistische personen of groepen.¹⁶ In de Glimmerveen en Hagenbeekzaak¹⁷ oordeelde de Commissie:

"Article 17 covers essentially those rights which, if invoked, will facilitate the attempt to derive therefrom a right to engage personally in activities aimed at destruction of any rights and freedoms set forth in the Convention."

19. Uit de hierboven besproken zaak Jerskiid bleek al dat de enkele omstandigheid dat een geschrift van racistische aard is nog niet zonder meer betekent dat geen beroep op de vrijheid van meningsuiting en de niet noodzakelijke inperking daarvan kan worden gedaan. Voor 'Mein Kampf' lijkt mij het inroepen van art. 17 EVRM in het algemeen moeilijk verenigbaar met de omstandigheid dat het boek in veel lidstaten beschikbaar is voor het publiek. Zelfs indien met de advocaat-generaal in zijn requisitoir in hoger beroep¹⁸ wordt aangenomen dat er op grond van het Internationaal verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie¹⁹ een verplichting bestaat tot het strafbaar stellen van het ter verspreiding in voorraad hebben van 'Mein Kampf' sluit dat nog niet uit dat de toetsing van de noodzaak van het verbod in een concreet niet dwingend noodzakelijk is in een democratische samenleving.

20. Het criterium uit Glimmerveen en Hagenbeek is streng: zich persoonlijk bezighouden met activiteiten die de vernietiging (of afbraak) van verdragsrechten ten doel hebben. Te denken valt vooral aan personen die racistische of nazistische ideeën koesteren of propageren. In de onderhavige zaak heeft het hof nu juist vastgesteld dat niet is gebleken dat de verdachte het nazistische gedachtegoed aanhangt of propageert. In het requisitoir in hoger beroep zijn tal van 'Europese' zaken besproken waarin een beroep op het ontbreken van de voor het verbod dwingende noodzaak in een democratische samenleving nu juist faalde. Die zaken bieden geen ondersteuning voor de stelling dat verdachte in het onderhavige geval geen beroep op de vrijheid van meningsuiting toekomt, omdat in die zaken nu juist sprake is van het koesteren en propageren van

16 Zie D.J. Harris e.a., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press 2014, p. 852-857.

17 ECRM 11 oktober 1979, nrs. 8348/78 en 8406/78, ECLI:CE:ECHR:1979:1011DEC000834878 (*Glimmerveen en Hagenbeek tegen Nederland*), p. 195.

18 Zoals geciteerd in de cassatieschriftuur, p. 15.

19 Zie daarover in verband met de werkingsfeer van de art. 137c t/m 137e Sr A.L.J. Janssens en A.J. Nieuwenhuis, *Uitingsdelicten*, Deventer 2011, p. 196 e.v.

15 Vgl. ook (hoofdstuk 36 van) P. van Dijk e.a. (eds), *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2006, p. 1083 e.v.

allerlei ideeën die haaks staan op de waarden van het verdrag.²⁰

Vaststelling van de inhoud van het middel

21. Om aan de inhoudelijke bespreking van een middel te kunnen toekomen en daartoe in staat te zijn moet duidelijk zijn tegen welke specifieke beslissing het middel zich richt. Na de onder 3 geciteerde en in het algemeen tegen de uitspraak gerichte klacht vervolgt het middel met de grond voor de schending van het recht of het verzuim van vormen: “aangezien dat oordeel en de motivering daarvan, zoals hierna zal worden toegelicht, getuigt van een onjuiste rechtsopvatting en het Hof daarmee de grondslag van de tenlastelegging heeft verlaten, althans het Hof op ontoereikende en/of onbegrijpelijke gronden heeft beslist tot vrijspraak van het tenlastegelegde.” Die formulering wekt verbazing, omdat het hof niet heeft vrijgesproken, maar ontslagen van alle rechtsvervolgung.²¹ Of van een al dan niet kennelijke verschrijving sprake is, durf ik niet zonder meer te veronderstellen. Het middel spreekt immers ook van het verlaten van de grondslag van de tenlastelegging en die terminologie past slechts als de stelling wordt betrokken dat van iets anders is vrijgesproken dan is tenlastegelegd. Hoe dan ook zal duidelijk zijn dat wanneer uw Raad de advocaat-generaal van het ressortsparket strikt zou wensen te houden aan de gekozen bewoordingen²² het middel faalt, omdat het hof tot een bewezenverklaring is gekomen en niet heeft vrijgesproken.

22. Het middel kan gelezen worden in de context van de toelichting daarop. Die toelichting bestaat uit een citaat van de hierboven in mijn conclusie eveneens opgenomen passages uit het arrest van het hof alsmede de tekst van enkele (ook door mij vermelde) verdrags- en wetsbepalingen. Daarna volgt een citaat van bijna 22 pagina's uit het requi-sitoir van de advocaat-generaal bij het hof. De steller van het middel verwoerd vervolgens de klachten op de p. 30 t/m 35. De klachten – ik moet toegeven dat ze voor mij niet eenvoudig te doorgronden zijn –

zijn allereerst (klacht 1) gestoeld op een miskenning door het hof van het toetsingskader, c.q. duidelijke beslissingskader, beoordelingskader van art. 137e Sr, zoals dat naar voren komt uit HR 26 juni 2012, ECLI: NL:2012:BW9189, aldus punt 6 van de schriftuur. De toelichting richt zich in het bijzonder op het in art. 137e Sr gebezigde begrip ‘voorwerp’. Het moet een ‘kwalijk voorwerp’ betreffen; een voorwerp dat, zowel op zichzelf bezien als bezien in de context, een voorwerp is als bedoeld in art. 137e Sr. De toelichting vervolgt dat het bij beoordeling van die context onder meer gaat om de vraag of het uitlatingen betreft ‘die in democratie van publiek belang zijn’. Het hof had (naar ik aanneem in het kader van de bewezenverklaring van het begrip voorwerp) moeten uiteenzetten of er sprake was van een dringende maatschappelijke noodzaak (“pressing social need”) (klacht 1a) (zie punt 9 schriftuur). Min of meer in het verlengde daarvan begrijp ik hetgeen de schriftuur onder 9 daaraan toevoegt: het hof is kennelijk niet toegekomen aan de kwalificatiebeslissing en had in het kader van die beslissing bij de kwalificatie van ‘exemplaren van een boek (...)’ als voorwerp(en) in de zin van art. 137 e Sr aandacht moeten besteden aan de vraag of er sprake is van een kwalijk voorwerp en daarbij moeten betrekken of er een dringende maatschappelijke noodzaak (“pressing social need”) was (klacht 1b).

23. Met enige moeite valt in onderdeel 10 van de toelichting op het middel een tweede klacht te ontwaren over het oordeel van het hof dat er geen dringende maatschappelijke noodzaak (“pressing social need”) is om de vrijheid van meningsuiting te beperken. Allereerst wordt onder algemene verwijzing naar het requi-sitoir in hoger beroep opgemerkt dat uit rechtspraak van het EHRM nu juist niet zou blijken dat een restrictie op het verspreiden van het boek ‘Mein Kampf’ aan hoge eisen moet voldoen. Een beperking op de vrijheid van meningsuiting zou juist (altijd of gemakkelijk?) worden geaccepteerd waar het antisemitische uitlatingen betreft (klacht 2a). Bovendien weegt het hof “aspecten mee die niet doorslaggevend zouden moeten zijn” (klacht 2b). En ten overvloede wordt nog opgemerkt dat een actueel debat over de vrije verkoop van Mein Kampf geen argument kan vormen voor het oordeel dat er geen dringende maatschappelijke noodzaak is ter beperking van de vrijheid van meningsuiting.

Bespreking van de eerste klacht

24. Deze klachten dwingen mij tot enige in hoofdzaak technische opmerkingen in het kader van het rechtsmiddel cassatie. Klacht 1a betreft in de kern de motivering van de bewezenverklaring. Ik veronderstel dat de steller van het middel het ermee eens dat is bewezenverklaard “exemplaren van een boek, getiteld ‘Mein Kampf’ van de auteur Adolf Hitler”. Tegen de beslissing tot bewezenverklaring van dit deel van tenlastelegging kan het middel zich moeilijk richten en dat gebeurt, voor zover ik zie, ook niet. De steller van het middel pleipt (naar ik aanneem) geen vrijspraak op dit punt. Voor motive-

20 In het in de onderhavige cassatieprocedure ingediende verweerschrift wordt daar mijns inziens terecht op gewezen en worden die zaken uitvoerig besproken. Het betreft in het bijzonder de zaken ECRM 12 mei 1988, nr. 12194/86, ECLI:CE:ECHR:1988:0512DEC001219486 (Kühnen tegen Duitsland); EHRM 24 juni 2003, nr. 65831/01, ECLI:CE:ECHR:2003:0624DEC006583101 (Garaudy tegen Frankrijk); EHRM 20 februari 2007, nr. 35222/04, ECLI:CE:ECHR:2007:0220DEC003522204 (Pavel Ivanov tegen Rusland); EHRM 10 juli 2008, nr. 15948/03, ECLI:CE:ECHR:2008:0710JUD001594803 (Soulas e.a. tegen Frankrijk) en EHRM 12 juni 2012, nrs. 26005/08 en 26160/08, ECLI:CE:ECHR:2012:0612JUD002600508 (Tatar en Faber tegen Hongarije). Zie over deze problematiek voorts https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_ENG.pdf.

21 Het onderscheid tussen vrijspraak en ontslag van alle rechtsvervolgung is in deze zaak eerder veronachtzaamd. Het schriftelijke requi-sitoir in hoger beroep vermeldt dat de rechtbank heeft vrijgesproken, terwijl sprake is van een ontslag van alle rechtsvervolgung.

22 Van Dorst, Cassatie in strafzaken, Deventer 2015, p. 152 wijst er op dat bij een OM-beroep de beslissingsruimte wordt gedeeld door de middelen.

ringsklachten over beslissingen waarmee de steller van het middel het eens is, is in cassatie geen ruimte. Ik voeg wellicht enigszins ten overvloede nog toe dat deze als toelichting op het middel geuite klacht niet onmiddellijk wijst op de eerder gesignaleerde, mogelijk kennelijke, verschrijving in het middel zelf. De klacht betreft immers de eerste vraag van art. 350 Sv (vrijspraak of bewezenverklaring).

25. Voor zover het klacht 1b betreft, stel ik voorop dat er in het algemeen van uit mag worden gegaan dat termen in de tenlastelegging die zijn ontleend aan de delictomschrijving geacht kunnen worden te zijn gebezigd in dezelfde betekenis als in die delictomschrijving.²³ De constatering dat het arrest geen uitdrukkelijke kwalificatiebeslissing bevat is juist. Er is niet met zoveel woorden vastgesteld dat exemplaren van een boek (enz.) kunnen worden gekwalificeerd als voorwerpen als bedoeld in art. 137e Sr. Als ik de klacht goed begrijp, wordt betoogd dat het hof eerst had moeten kwalificeren en (tegelijktijd?) in het kader van die kwalificatiebeslissing de vraag naar de 'pressing social need' had moeten beantwoorden alvorens toe te komen aan de vraag of art. 137e Sr buiten toepassing diende te worden gelaten in verband met een 'pressing social need'. Dit is een halfslachtige klacht die veel weg heeft van het zoeken van spijkers op laag water. Het hof heeft immers in het kader van de vraag naar de strafbaarheid van het feit (waartoe de kwalificatie moet worden gerekend) de vraag naar de 'pressing social need' als eerste onderzocht. Beantwoording van die vraag stond in de weg aan kwalificatie. Niet valt in te zien dat daarmee enige rechtsregel is geschonden.

26. Hoe dan ook heeft het hof de vraag naar de aanwezigheid van een 'pressing social need' beantwoord. Dat lijkt mij het belangrijkste. Gelet op de tenlastelegging kan die vraag niet worden beantwoord in het kader van de bewezenverklaring en of het antwoord nu is gegeven in het kader van de tweede of de derde vraag van art. 350 Sv is meer een theoretisch punt dat mogelijk voor de wetenschap interessant is dan dat het praktisch belang heeft voor de rechtspraak. Het lot van de eerste klacht lijkt mij hiermee in alle onderdelen bezegeld, maar desondanks besteed ik nog aandacht aan het door de steller van het middel bedoelde beoordelingsschema van art. 137e Sr waarop de klacht is gestoeld.

27. De steller van het middel merkt op (schriftuur onder 6) dat de Hoge Raad in meer arresten een duidelijk beslissingsschema heeft geformuleerd "ten aanzien van art. 137e Sr" en verwijst naar een

drietal arresten van uw Raad.²⁴ Voor dat beslissingsschema zelf verwijst de steller van het middel niet naar een arrest, maar naar een conclusie²⁵ waarin ik dat schema eerder als volgt verwoordde:

"Voor de vraag of een uitlating als beledigend in de zin van art. 137c Sr moet worden aangemerkt is van belang a) de beoordeling van de uitlating op zichzelf, b) de context waarin de uitlating is gedaan en c) het al dan niet onnodig grievende karakter van de uitlating. Vooral de context is hierbij van groot belang. Zo ontvalt, indien zij niet onnodig grievend zijn, het strafbare karakter van op zichzelf beledigende bewoordingen indien zij zijn gedaan in het kader van een maatschappelijk debat of een uiting zijn van artistieke expressie. Anderzijds geldt dat op zichzelf niet (zonder meer) beledigende bewoordingen door de context waarin zij zijn geplaatst wel een beledigend karakter kunnen krijgen."

28. Ik wijs er op dat dit beslissingsschema het contextuele aspect bij art. 137c (en d) Sr beklemtoont. Zelfs als ik er zonder meer van uitga dat die context op gelijke wijze van toepassing is bij art. 137e Sr valt aan dit schema in strafvorderlijk opzicht niet veel meer te ontlenen dan dat gelet op de context het strafbare karakter van op zich zelf beledigende woorden kan (en dus niet: moet) wegvallen. Daaruit kan niet worden afgeleid dat de contextuele vraag of er sprake is van een 'pressing social need' als bedoeld in het tweede lid van art. 10 EVRM (uitsluitend) een vraag is met betrekking tot het vervullen van delictsbestanddelen. Het 'beslissingsschema' stelt die eis in ieder geval niet.

29. Voor het beoordelingskader (beslissingsschema) wordt vervolgens een beroep gedaan op de al eerder genoemde conclusie²⁶ van mijn voormalig ambtgenoot Jörg. Ik citeer twee onderdelen:

"11. Bij art. 137e Sr doen zich minder vaak bijzondere omstandigheden voor die aan strafbaarheid in de weg staan; de context lijkt gezegd minder van belang. 'De kern van het delict schuilt immers in de kwaadaardigheid van het bij de verweten handelwijze betrokken voorwerp en niet in de stijl van handelen van de dader of zijn beweegredenen', aldus Melai. (9) Indien a) het voorwerp gezien de context niet 'kwaadaardig' wordt geacht of b) daarmee in het kader van zakelijke berichtgeving wordt gehandeld, staat dat aan bewezenverklaring in de weg. Beide mogelijkheden zal ik met een voorbeeld toelichten, te beginnen met a).

12. Van een strafbaarheid uitsluitende context in de zin van art. 137e Sr kan sprake zijn bij historische nazistische emblemen. Dit zijn naar hun aard discriminerende, haatzaaiende

23 De wetgever stond een feitelijke uitleg van het woord "voorwerp" voor en koos voor een ruime benadering, die verder kan gaan dan wat strikt genomen onder het normale spraakgebruik valt. In de memorie van toelichting wordt gewezen op boeken, kranten, tijdschriften en afbeeldingen, alsook op films, televisieopnamen en geluidsbanden (TK 1967-1968, 9724, nr. 3, p. 5).

24 HR 26 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9189, NJ 2012/415, HR 14 januari 2003, LjN AE7632, NJ 2003/261 en HR 29 november 2011, LjN BQ6731, NJ 2012/37. Ik voeg nog toe: HR 9 januari 2001, LjN AA9367, NJ 2001/204, HR 9 oktober 2001, LjN ZD2776, NJ 2002/76.

25 ECLI:NL:PHR:2012:BW9189 onder 11.

26 ECLI:NL:PHR:2010:BM9132.

voorwerpen, maar de omstandigheid dat deze emblemen ten behoeve van verzamelaars van militaire curiosa in een winkeltje ten verkoop in voorraad worden gehouden kan ertoe leiden dat zij niet als voorwerpen zoals bedoeld in art. 137e Sr worden beschouwd (HR 22 september 1987, NJ 1988/300, m.nt. Melai). De wijze van gebruik kan derhalve als relevante context aan de 'kwaadaardigheid' van voorwerpen in de weg staan, met vrijspraak tot gevolg. Voor bepaalde voorwerpen zal dit altijd anders liggen omdat ze hebben te gelden als dermate 'kwaadaardig' van aard dat de context er niet toe doet. Daarbij denk ik aan het te koop liggen van de al genoemde vertaling van 'Mein Kampf'. De boekhandelaar in winkel 'Ratjetoe' wilde wellicht iemand met historische of politieke belangstelling bereiken, maar die mogelijke context deed aan de strafbaarheid van het in voorraad hebben van dat voorwerp niet af (zie noot 9)."

30. Ook hierin valt niet te lezen dat de (contextuele) vraag of er sprake is van een 'pressing social need' als bedoeld in het tweede lid van art. 10 EVRM (uitsluitend) een vraag is met betrekking tot het vervullen van delictbestanddelen.

31. Verborgen in een noot (nr. 99) wordt in de schrijftuur zonder verdere toelichting en met een verwijzing naar literatuur²⁷ een 'principeel' punt aangestipt dat mogelijk aan de eerste klacht ten grondslag ligt: verdragsconforme interpretatie van de bestanddelen van een delictomschrijving heeft voorkeur boven de vrijwel nooit in de strafrecht-spraak gevolgde weg van het buiten toepassing laten van een strafbepaling. Voor zover hier de aap uit de mouw komt, is dat niet slechts verrassend, maar ook nogal toevallig. Bovendien wordt door de steller van het middel geen rechtsregel onthuld die ertoe dwingt verdragsconforme interpretatie te stellen boven het buiten toepassing verklaren.

32. Dat art. 10 EVRM een ieder verbindende bepaling van een verdrag is als bedoeld in art. 94 Grondwet staat in deze zaak uiteraard niet ter discussie. Het rechtsgevolg daarvan is dat binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften, waaronder art. 137e Sr, geen toepassing vinden, indien deze toepassing niet verenigbaar is met art. 10 EVRM. Het primaat van het internationale recht is een gegeven en het rechtsgevolg van de toetsing in een concreet geval is dat voor dat geval de strafbepaling buiten toepassing blijft. De betreffende strafbepaling mist geen verbindende kracht en kan in andere gevallen worden toegepast.²⁸ Natuurlijk kan de rechter door verdragsconforme interpreta-

tie onder omstandigheden hetzelfde rechtsgevolg bewerkstelligen, maar ik zie niet in, ook niet met inachtneming van het 'beslissingsschema' inzake 137c e.v. Sr van de Hoge Raad, dat het is uitgesloten dat de rechter art. 137e Sr buiten toepassing laat, omdat hij moet kiezen voor verdragsconforme interpretatie van bestanddelen van de delictomschrijving.

33. Aan mijn vaststelling dat de eerste klacht in alle onderdelen faalt, voeg ik toe dat de klacht gestoeld is op stellingen die geen steun in het recht vinden.

Bespreking van de tweede klacht

34. Ik merk allereerst op dat deze toelichting niet of nauwelijks verband houdt met de in het middel zelf geformuleerde grond voor vernietiging van het arrest. Voor zover in klachtonderdeel 2a besloten ligt dat het ontbreken van een dringende maatschappelijke noodzaak bij antisemitisme onbestaanbaar is, wordt dat met een algemene verwijzing naar het requisitoir slechts onderbouwd door de stelling dat zulks uit de rechtspraak van het EHRM blijkt. In bovenstaande beschouwing bleek al dat ik dat niet onderschrijf, maar hoe dan ook is hier geen sprake van een stellige en onderbouwde klacht die voor beoordeling in cassatie in aanmerking komt. Er wordt niet veel meer dan een zoekplaatje gepresenteerd. De stelling dat bij antisemitisme het ontbreken van een dringende maatschappelijke noodzaak zich niet laten denken gaat veel te ver. Die stelling vindt geen steun in het recht. Zowel klachtonderdeel 2b als 2c faalt reeds op de grond dat het hof niet heeft beslist dat één bepaald aspect doorslaggevend is. Het gaat om een aantal factoren in hun onderlinge verband en samenhang. Waarom daarbij niet in aanmerking mag worden genomen dat er over de kwestie een debat gaande is, kan ik niet volgen. Deze klachten missen daarmee in hoofdzaak feitelijke grondslag en falen overigens.

35. De tweede klacht treft geen doel.

Hoge Raad:

2 *Bewezenverklaring en motivering van het ontslag van alle rechtsvervolging*

2.1. Ten laste van de verdachte is - overeenkomstig de tenlastelegging - bewezenverklaard dat:

"hij in de periode van 26 oktober 2013 tot en met 14 januari 2014 te Amsterdam, anders dan ten behoeve van zakelijke berichtgeving, exemplaren van een boek, getiteld 'Mein Kampf' van de auteur Adolf Hitler, waarin naar hij wist uitslatingen waren vervaardigd, te weten vertaald in het Nederlands op pagina 334:

'Hij is en blijft een typische parasiet, een profiteur die als een schadelijke bacil zich steeds verder verspreidt, zodra er een gunstige voedingsbodem toe uitnodigt. Het gevolg van zijn bestaan echter lijkt eveneens op dat van een parasiet: waar hij optreedt, sterft na korte of langere tijd de waardplant af.'

en op pagina 339:

27 Verwezen wordt naar (ik begrijp) M.G. Boekhorst, in: P.W.C. Akkermans e.a., (red.), De Grondwet een artikelsgewijs commentaar, tweede druk, Tjeenk Willink Zwolle 1992, p. 884. Daar lees ik echter dat verdragsconforme interpretatie naast buiten toepassing laten van de bepaling, ook een mogelijkheid is om het door art. 94 GW beoogde resultaat te bereiken. Zie ook de latere druk van dit werk uit 2000, p. 475-477.

28 Zie J.W.A. Fleuren, Een ieder verbindende bepalingen van verdragen, proefschrift RUN, 2004, p. 337-346.

‘Zijn bloedzuigende tirannie wordt zo groot, dat het tot ongeregeldeheden tegen hem komt. Men begint de vreemdeling steeds nader te bezien en ontdekt telkens meer afstotende trekken en karaktereigenschappen aan hem, totdat de tegenstelling onoverbrugbaar wordt. In tijden van bittere nood breekt woede tegen hem uit en de leeggeplunderde en te gronde gerichte massa’s gaan het recht in eigen hand nemen, om zich tegen de gesel Gods te verweren. Zij hebben hem in de loop van enige eeuwen leren kennen en ervaren alleen al zijn bestaan als even erg als de pest.’

die, naar hij wist voor een groep mensen, te weten Joden, wegens hun ras en/of hun godsdienst, beledigend zijn en die aanzetten tot haat tegen en discriminatie van Joden wegens hun ras en hun godsdienst, ter verspreiding in voorraad heeft gehad.”

2.2. Het Hof heeft de verdachte ontslagen van alle rechtsvervolgning. Het Hof heeft daartoe het volgende overwogen:

“9. *Strafbaarheid van het bewezenverklaarde*

9.1. *Overwegingen ten aanzien van artikel 10 EVRM*

De vraag die het hof in dit kader allereerst zal beantwoorden is of een veroordeling van de verdachte, geleet op de omstandigheden van dit geval, in strijd is met zijn recht op vrije meningsuiting dat onder andere door artikel 10 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) wordt beschermd.

(...)

9.2. *Inbreuk op verdachtes recht op vrije meningsuiting: aan te leggen toetsingscriterium*

Naar het oordeel van het hof valt het ter verspreiding in voorraad hebben van het boek *Mein Kampf* door de verdachte onder de reikwijdte van het eerste lid van artikel 10 EVRM. Een daarmee in verband staande veroordeling van de verdachte zou derhalve een inbreuk op de vrijheid van meningsuiting zijn in de zin van artikel 10, tweede lid, van het EVRM.

Om te beoordelen of een inbreuk op de vrijheid van meningsuiting van de verdachte gerechtvaardigd is, dient te worden beoordeeld of de inbreuk bij wet is voorzien, daaronder begrepen de vragen of het verbod kenbaar en voorzienbaar was voor verdachte, of het verbod een legitiem doel dient en tenslotte of de inbreuk (een veroordeling) in dit geval noodzakelijk is in een democratische samenleving.

De eerste twee vragen worden door het hof bevestigend beantwoord. Artikel 137e Sr is ingevoerd bij wet in formele zin en door of namens de verdachte is niet naar voren gebracht dat hij

niet van het verbod op de hoogte was of kon zijn, of de reikwijdte daarvan niet kon overzien.

Tevens is sprake van een legitiem doel van deze inbreuk, te weten de bescherming (van de rechten) van anderen, namelijk het voorkomen van haat tegen en discriminatie van Joden wegens hun ‘ras’ en hun godsdienst.

9.2.1. *Is de beperking noodzakelijk in een democratische samenleving?*

Voor de beantwoording van de derde vraag dient te worden beoordeeld of een inbreuk (een veroordeling) in dit geval noodzakelijk is in een democratische samenleving.

Voorop wordt gesteld dat het EVRM een reactie was op de verschrikkingen van de Tweede Wereldoorlog waarbij miljoenen (Joodse) burgers zijn vermoord. Het verdrag is opgesteld in 1950 in navolging van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens van de Verenigde Naties (UVRM) uit 1948, waarin de vrijheid van meningsuiting wordt verkondigd als een van de hoogste idealen van iedere mens. De strekking van artikel 19 van het UVRM en van artikel 10 van het EVRM is dat ook – of beter: juist – onwelgevallige opvattingen en meningen, die kunnen shockeren, kwetsen of verontrusten, zoveel mogelijk in de openbaarheid thuishoren. Zo kan (potentieel) onrecht in een vroeg stadium aan het licht komen, en wordt een goed geïnformeerd en kritisch openbaar debat daarover bevorderd en kan de samenleving zich effectief verweren tegen onrecht.

In het belang van een democratische rechtsstaat moet daarom zeer omzichtig worden omgegaan met het verbieden van meningsuitingen. De lat wordt door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) hoog gelegd. Een beperking van het recht op vrije meningsuiting moet beantwoorden aan een dwingende maatschappelijke behoefte (een pressing social need) en evenredig zijn aan het beoogde doel.

In het algemeen moet voorkomen worden dat de vervolging van meningsuitingen leidt tot een chilling effect en bijdraagt aan een sfeer van maatschappelijke onverdraagzaamheid en aldus juist het tegenovergestelde bewerkstelligt van wat met het grondrecht van vrije meningsuiting beoogd wordt.

9.2.2. *Toepassing van deze uitgangspunten op het onderhavige geval*

Met de rechtbank is het hof van oordeel dat *Mein Kampf* binnen het kader van antisemitisme en de bestrijding daarvan in het maatschappelijk debat, gezien inhoud en symboliek van het boek, een belangrijke rol speelt als een van de historische bronnen van het antisemitische gedachtengoed. Een restrictie op het verspreiden van het boek moet ingevolge de jurisprudentie van het EHRM daarom aan hoge eisen voldoen.

Met een scherpe blik op het voorafgaande dient te worden beoordeeld of in dit geval sprake is van een zodanig dwingende maatschappelijke behoefte dat verdachte (reeds) wordt veroordeeld voor het in voorraad hebben van het boek *Mein Kampf* van de auteur Adolf Hitler. Die vraag wordt met de rechtbank ontkennend beantwoord.

Daarvoor is redengevend dat een veroordeling van verdachte voor het in voorraad hebben van enkele antiquarische exemplaren onevenredig is in verband met het te beschermen doel van de beperking van het grondrecht van vrije meningsuiting. Daarbij heeft het hof als bijzondere omstandigheden van dit geval in aanmerking genomen dat de exemplaren van *Mein Kampf* die verdachte in voorraad had in zijn antiquariaat louter originele exemplaren uit de jaren '30 van de vorige eeuw betroffen, waarvan verdachte - desgevraagd in hoger beroep - heeft verklaard dat hij deze exemplaren slechts met het oog op de historische betekenis ter verspreiding in voorraad had en niet met het oog op de gewraakte passages van het werk. De verdachte verkoopt deze boeken aan belangstellenden voor historische exemplaren en niet gebleken is dat de verdachte het nazistische gedachtegoed aanhangt of propageert.

Hierbij is mede bepalend – maar niet doorslaggevend – dat de tekst van het boek *Mein Kampf* in bibliotheken en op internet reeds vrijelijk beschikbaar is en dat reeds geruime tijd in binnen- en buitenland, met het oog op het belang van de vrije meningsuiting, het debat wordt gevoerd over de (wijze van) (vrije) verkoop en verspreiding van het boek *Mein Kampf*.

Bij deze stand van zaken is geen sprake van een zodanig dwingende behoefte als bedoeld in artikel 10, tweede lid, van het EVRM, dat de verdachte voor het in voorraad hebben van het boek *Mein Kampf* in de bewezenverklarde periode veroordeeld dient te worden.

Hieruit volgt dat artikel 137e Sr, in verband met het bepaalde in artikel 94 van de Grondwet, buiten toepassing dient te worden gelaten nu toepassing daarvan in dit geval niet verenigbaar is met artikel 10 van het EVRM.

Het voorgaande brengt mee dat het bewezen verklaarde feit reeds om die reden niet strafbaar is en dat de verdachte dient te worden ontslagen van alle rechtsvervolging.

Aan een bespreking van hetgeen overigens omtrent de strafbaarheid van het bewezenverklarde is aangevoerd komt het hof derhalve niet toe.”

3 Beoordeling van het middel

3.1. Het middel komt op tegen het door het Hof gegeven ontslag van alle rechtsvervolging en klaagt in het bijzonder over de juistheid en de begrijpelijkheid van het oordeel van het Hof dat niet sprake is van een zodanig dringende maatschappelijke noodzaak als bedoeld in art. 10, tweede lid, EVRM dat de

verdachte veroordeeld dient te worden voor handelen in strijd met art. 137e, eerste lid, Sr wegens het ter verspreiding in voorraad hebben van het boek *Mein Kampf*.

3.2. Art. 10 EVRM luidt in de Nederlandse vertaling:

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

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

Art. 17 EVRM luidt in de Nederlandse vertaling:

“Geen der bepalingen van dit Verdrag mag worden uitgelegd als zou zij voor een Staat, een groep of een persoon een recht inhouden enige activiteit aan de dag te leggen of enige daad te verrichten met als doel de rechten of vrijheden die in dit Verdrag zijn vermeld teniet te doen of deze verdergaand te beperken dan bij dit Verdrag is voorzien.”

Art. 137e, eerste lid, Sr luidt:

“Hij die, anders dan ten behoeve van zakelijke berichtgeving:

1°. een uitlating openbaar maakt die, naar hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden, voor een groep mensen wegens hun ras, hun godsdienst of levensovertuiging, hun hetero- of homoseksuele gerichtheid of hun lichamelijke, psychische of verstandelijke handicap beledigend is, of aanzet tot haat tegen of discriminatie van mensen of gewelddadig optreden tegen persoon of goed van mensen wegens hun ras, hun godsdienst of levensovertuiging, hun geslacht, hun hetero- of homoseksuele gerichtheid of hun lichamelijke, psychische of verstandelijke handicap;

2°. een voorwerp waarin, naar hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden, zulk een uitlating is vervat, aan iemand, anders dan op diens verzoek, doet toekomen, dan wel verspreidt of ter openbaarmaking van die uitlating of verspreiding in voorraad heeft;

wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden of geldboete van de derde categorie.”

3.3. De vrijheid van meningsuiting is een van de pijlers van een democratische samenleving en een van de voorwaarden voor de ontwikkeling daarvan alsmede voor de zelfontplooiing van ieder individu. Het recht op vrijheid van meningsuiting – dat niet alleen het recht garandeert op het verstrekken van informatie, maar ook het recht van het publiek omvat informatie te ontvangen – is evenwel niet onbegrensd. In het EVRM is de begrenzing daarvan in het bijzonder geregeld in het tweede lid van art. 10 EVRM.

De daar bedoelde bij de wet voorziene beperkingen zijn naar Nederlands recht onder meer neergelegd in de art. 137c tot en met 137g Sr; die zien op strafbaarstelling van belediging, discriminatie, het aanzetten tot geweld en haat van mensen wegens hun ras, hun godsdienst, hun levensovertuiging, hun geslacht, hun hetero- of homoseksuele gerichtheid of hun lichamelijke, psychische of verstandelijke handicap, welke strafbaarstellingen zijn opgenomen in het hoofdstuk ‘misdriven tegen de openbare orde’ van het tweede boek van het Wetboek van Strafrecht.

3.4. Het Hof heeft in de onderhavige zaak bewezenverklaard dat de verdachte heeft gehandeld in strijd met art. 137e Sr. Bewezenverklaard is dat de verdachte exemplaren van ‘Mein Kampf’ ter verspreiding in voorraad had waarin naar hij wist uitlatingen staan die voor Joden beledigend zijn en die aanzetten tot haat en discriminatie van Joden. Die bewezenverklaring staat in cassatie niet ter discussie.

3.5. Het gaat in cassatie alleen om de uit art. 10, tweede lid, EVRM voortvloeiende vervolgvraag of in het onderhavige geval een in de wet voorziene beperking van het recht op vrijheid van meningsuiting door de verdachte ter zake van deze bewezenverklaring te veroordelen “in een democratische samenleving noodzakelijk” is. Bij de beoordeling van deze noodzaak om in te grijpen in de vrijheid van meningsuiting zijn de bijzondere omstandigheden van het geval van belang. Bij die beoordeling kan gewicht worden toegekend aan de wisselwerking tussen de aard van de uitlating of informatie en het mogelijke effect dat die uitlating of informatie sorteert alsmede aan de context waarbinnen zo een uitlating is gedaan of informatie is verstrekt (vgl. EHRM 15 oktober 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:1015JUD002751008, *Perincek v. Switzerland* [GC], para 220).

Uitlatingen of andere informatieverstrekkingen gericht tegen de aan het EVRM ten grondslag liggende waarden kunnen overigens, bij wijze van uitzondering en in extreme gevallen, de bescherming van art. 10 EVRM ontberen op grond van art. 17 EVRM.

3.6. Het Hof heeft geoordeeld dat een veroordeling van de verdachte voor het ter verspreiding in voorraad hebben van enkele antiquarische exemplaren niet noodzakelijk is in de in art. 10, tweede lid, EVRM bedoelde zin, omdat zo een veroordeling

onevenredig zou zijn in verband met het te beschermen doel van de beperking van het grondrecht van vrije meningsuiting.

Daarbij heeft het Hof vooropgesteld dat het boek *Mein Kampf* in het kader van het maatschappelijk debat over antisemitisme en de bestrijding daarvan, gezien de inhoud en symboolwerking van het boek, van belang is als een van de historische bronnen van het antisemitische gedachtegoed. Voorts heeft het Hof – kort gezegd – in aanmerking genomen dat het ging om enkele, louter originele exemplaren uit de jaren dertig van de vorige eeuw, dat de verdachte heeft verklaard dat hij deze exemplaren slechts met het oog op de historische betekenis ter verspreiding in voorraad had en deze verkoopt aan belangstellenden voor historische exemplaren. Het Hof heeft in dit verband ook vastgesteld dat niet is gebleken dat de verdachte het nazistische gedachtegoed aanhangt of propageert. Daarnaast heeft het Hof geconstateerd dat de tekst van het boek *Mein Kampf* in bibliotheken en op internet reeds vrijelijk beschikbaar is en dat al geruime tijd in binnen- en buitenland, met het oog op het belang van de vrije meningsuiting, het debat wordt gevoerd over de (wijze van) (vrije) verkoop en verspreiding van het boek.

3.7. Op basis van deze – met de waardering van de concrete feitelijke omstandigheden samenhangende – weging van de omstandigheden van het geval heeft het Hof tegen de achtergrond van hetgeen in 3.5 is vooropgesteld zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting kunnen oordelen dat “geen sprake [is] van een zodanig dwingende behoefte als bedoeld in artikel 10, tweede lid, van het EVRM, dat de verdachte voor het in voorraad hebben van het boek *Mein Kampf* in de bewezenverklarde periode veroordeeld dient te worden”. Dat oordeel is, ondanks het antisemitische karakter van het boek, op grond van de door het Hof in aanmerking genomen overige feiten en omstandigheden en mede gelet op de context waarbinnen de gedraging van de verdachte plaatsvond, niet onbegrijpelijk.

3.8. Het middel is tevergeefs voorgesteld.

4 Beslissing

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

Noot

1. De verdachte in deze zaak had in 2014 in Amsterdam een winkel die zich specialiseerde in de verkoop van voorwerpen en geschriften die verband hielden met ‘totalitaire samenlevingen’. De winkel heette dan ook ‘Totalitarian Art Gallery’. In de etalage werd daar eind 2013 een exemplaar van de Nederlandse vertaling van *Mein Kampf* te koop aangeboden. Dat wordt opgemerkt door het kerkgenootschap Federatief Joods Nederland dat de advocaat mr. Loonstein eind oktober 2013 opdracht geeft aangifte tegen de verkoper te doen voor overtreding van art. 137e lid 1 2e Sr. Dat artikel verbiedt, ‘anders dan ten behoeve van zakelijke berichtgeving’ voorwerpen in voorraad te hebben waarvan degene die

dat doet weet of kan vermoeden dat die mededelingen bevatten die beledigend, discriminerend of haatdragend zijn jegens een persoon of groep van personen op grond van godsdienst of ras. Volgens de tenlastelegging wist of moest de eigenaar vermoeden dat dit boek voor een groep mensen, te weten Joden wegens hun ras of godsdienst beledigend was of zou aanzetten tot haat en/of discriminatie. Het OM had daartoe uit de slechte Nederlands vertaling uit de jaren dertig twee passages geselecteerd (een tamelijk raadselachtige keuze als je in aanmerking neemt wat er allemaal voor verschrikkelijke passages over Joden in het boek staan) waarin Joden allereerst worden aangeduid als 'typische parasieten en profiteurs' en 'schadelijke bacillen die zich in gunstige voedingsbodem verspreiden' waar zij 'waardeplanten doen afsterven'. De volgende passage stelt dat 'hun bloedzuigende tirannie' groot is, 'hun karaktereigenschappen afstotende trekken vertonen' en dat de 'leegeplunderde massa's' het recht in eigen hand zullen nemen als de tegenstellingen met deze groep te groot worden waarvan het bestaan 'even erg is als de pest'. De verdachte wordt in drie instanties van rechtsvervolging ontslagen omdat met toepassing van art. 94 Gw artikel 137 e lid 1 2e Sr op grond van art. 10 EVRM in dit geval buiten toepassing wordt gelaten.

2. Eigenlijk begint deze zaak in 1985 in Sittard toen de eigenaar M. van het rariteitenwinkeltje 'Ratjetoe' dezelfde Nederlandse vertaling in zijn etalage te koop aanbood. Ook hij werd vervolgd wegens overtreding van art. 137e lid 1 2e Sr. En net als de eigenaar van de Totalitarian Art Gallery bijna zeventig jaar later voerde hij het verweer dat hij niets met het nazisme of Hitler had, maar een historisch exemplaar van een historisch belangwekkend boek te koop aanbood. De rechtbank in Maastricht hoondeerde dat verweer met de overweging 'de wijze waarop dit voorwerp in de winkel werd aangeboden, was op geen enkele wijze provocerend of aanspottend; bij M. is niet gebleken van enig motief van politieke, laat staan van discriminatoire aard. De Rb. is in het licht van vorengenoemde feitelijke omstandigheden van oordeel, dat niet is komen vast te staan dat het onderhavige inbeslaggenomen boek een voorwerp is als bedoeld in art. 137e lid 1 aanhef en onder 2e Sr.' De zaak had juridisch een iets ander jasje omdat het een vordering tot onttrekking aan het verkeer betrof, zodat de beschikking van de rechtbank vatbaar was voor cassatieberoep. De beschikking werd vernietigd, omdat de Hoge Raad oordeelde dat de door de Rechtbank vastgestelde omstandigheden irrelevant waren om vast te stellen of iets een verboden voorwerp was in de zin van dit artikel (HR 12 mei 1987, NJ 1988, 299, m.nt. ALM (Melai)). Zoals Melai het bondig in zijn noot samenvatte: 'De kern van het delict schuilt in de kwaadaardigheid van het bij de verweten handelwijze betrokken voorwerp, en niet in de stijl van handelen van de dader of zijn beweegredenen. In zoverre is er overeenkomst met de strafbaarheid van de omgang met gevaarlijke stoffen.(...) Kortom: het gaat in

de inmiddels meergenoemde bepaling niet om de bestrafing van de manifeste kwaadaardigheid van de dader, maar los van zijn motieven of specifieke kenmerken van zijn manier van doen – om zijn in de betrokken bepaling omschreven omgang met beledigende, haatzaaiende of discriminatoire voorwerpen c.a. Deze heldere stand van zaken dient niet te worden ondergraven.' Maar hij voelde ook wel aan dat er iets meer aan de knikker was want hij eindigde zijn noot met: 'Dat op de achterhand nog wat ongemakkelijke problemen liggen opgehoopt in verband met de literatuur (Céline) of de aanvallende politieke karikatuur wil hier niet worden miskend. Maar dat vergt wel een kantje meer papier.'

3. Is dit 'kantje meer papier' in zeventig jaar volgeschreven? Nee en een beetje ja. Nee omdat de feitelijke rechters in twee instanties in de zaak van de 'Totalitarian Art Gallery' gaan voor de constructie van 'ontslag van rechtsvervolging': het feit wordt dus bewezen geacht op grond van dezelfde redenering als in 1987. De advocaat-generaal heeft in haar breed onderbouwde cassatieschriftuur die bij dit arrest wordt afgedrukt uiteengezet dat de ratio voor de strafbaarheid van de verspreiding an sich nog steeds overeind staat. Ik parafreaser de advocaat-generaal die onder verwijzing naar de conclusie van Leijten bij HR 19 maart 1985, NJ 1985, 689 (verkoop van anti-joodse boeken) zegt: 'Leijten stelt dat men het bezwaarlijk kan vinden dat van sommige meningsuitingen in boekvorm geen kennis zal kunnen worden genomen, de wet dwingt wel tot die consequentie en de wet is weer uitvloeisel van het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van rassendiscriminatie. Hierin zit voor mij de crux van deze zaak. Het is een keuze van de wetgever als gevolg van internationale regelgeving waaruit verplichtingen voortvloeien. Men kan het daar niet mee eens zijn en inmiddels is er sprake van een tijdsverloop en ziet de wereld er anders uit dan in de jaren zeventig en zijn er de afgelopen jaren voorstellen ingediend om tot verruiming van de vrijheid van meningsuiting te komen (TK 33369 en 34051), maar op dit moment is de bestaande wetgeving en daarmee samenhangende wetsgeschiedenis nog steeds leidend.' Uit de conclusie van de A-G bij de Hoge Raad onder 8-10 moet worden afgeleid dat dit uitgangspunt niet is verlaten: de omstandigheden van het geval doen aan het discriminerende of haatzaaiende karakter van de tekst niet af. De bewezenverklaring van het feit is uitgangspunt in cassatie. In cassatie gaat het alleen over de vraag of de rechters artikel 137e lid 1 2e Sr op grond van art. 94 Gw en 10 lid 2 EVRM terecht buiten toepassing hebben gelaten (zie overweging 3.5 van het arrest van de Hoge Raad).

4. Er is ook een 'ja', maar hoe dat er precies uitziet is niet zo eenvoudig te omschrijven. De bepaling kent als element dat het de wederrechtelijkheid uitsluit als zij plaatsvindt 'ten behoeve van zakelijke berichtgeving'. Die voorwaarde van wederrechtelijkheid maakt het bijvoorbeeld mogelijk dat bibliotheken wel een voor het publiek beschikbaar exemplaar op de plank hebben staan. Toch is in dit

geval de voorwaarde niet vervuld, dat wil zeggen dat het te koop aanbieden van een afzonderlijk historisch exemplaar aan een (mogelijk) gespecialiseerd publiek door de feitelijke rechters niet is opgevat als 'zakelijke berichtgeving'. Het ontbreken van de wederrechtelijkheid wordt gevonden in het ontbreken van de noodzakelijkheid van de beperking in een democratische samenleving in de zin van artikel 10 EVRM. De Hoge Raad formuleert dat in overweging 3.7: op grond van de door het Hof vastgestelde omstandigheden ontbreekt die noodzaak, 'ondanks het antisemitische karakter van het boek'. De omstandigheden zijn (zie overweging 3.6): 1. Het belang van het boek als historische bron van het 'antisemitische gedachtegoed' in het maatschappelijk debat over antisemitisme en de bestrijding daarvan, gezien de inhoud en symbolwerking ervan; 2. Het gaat om enkele historische originele exemplaren die de verdachte slechts met het oog op de historische betekenis daarvan voor een speciale groep van belangstellenden in voorraad had; 3. De verdachte hangt het nazisme niet aan; 4. De ruime beschikbaarheid van het boek niet alleen in bibliotheken, maar vooral ook op internet; 5. De discussie in binnen- en buitenland over de (wijze) van vrije verkoop en verspreiding. Aan deze omstandigheden voegt de Hoge Raad in 3.7 dan nog toe 'en mede gelet op de context waarbinnen de gedraging van de verdachte plaatsvond.' Het contextargument komt uit de beslissing in de zaak over de T-shirts die de leuze bevatten 'Combat 18' in combinatie met 'what ever it takes, support', waarvan alleen in de context kon worden begrepen dat ze antisemitisch waren. De vraag was dus of het in voorraad hebben van die shirts onder artikel 137e lid 1 2e Sr strafbaar was, omdat er twijfel kon zijn aan de intrinsieke kwaadaardigheid van het voorwerp (HR 23 november 2010, NJ 2011, 115 m.nt. P.A.M. Mevis). Maar bij Mein Kampf wordt klaarblijkelijk nog steeds uitgegaan van de 'intrinsieke kwaadaardigheid' ongeacht de context.

5. Wat betekent het hier? Door de combinatie van omstandigheid 2 met omstandigheid 3 lijkt het er toch op dat de Hoge Raad de gezindheid van de dader en het feit dat hij alleen maar een gespecialiseerd historisch voorwerp aan het verkopen was, een argument dat in Ratjetoe was verworpen, langs de omweg van art. 10 lid 2 EVRM als element naar binnen smokkelt. Melai had in zijn noot gesteld dat het niet gaat om 'de stijl van handelen van de dader of zijn beweegredenen' en de Hoge Raad zegt nu dat het juist wel daar om gaat. Maar dat gebeurt dus in het kader van art. 10 EVRM door een toetsing van de beperking als geheel die door toepassing van art. 137e Sr aan de orde is, en niet in het kader van de vraag hoe de elementen van het delict moeten worden uitgelegd, dus of het voorwerp kwaadaardig was, de gezindheid van de dader relevant is, of de mededeling 'zakelijk'.

6. Men kan zich afvragen of dit een gelukkige oplossing is en een verdragsconforme uitleg van art. 137e Sr niet de voorkeur verdient. Dan had echter vrijspraak moeten volgen en was de uitlegvraag in

cassatie aan de orde geweest, hetgeen nu niet het geval was. Uit de conclusie van de A-G leid ik af (zie punt 32 van zijn conclusie) dat de rechter twee opties heeft: buiten toepassing laten of verdragsconforme uitleg. De eerste optie heeft het voordeel dat de bepaling alleen in het berechte geval buiten toepassing wordt gelaten. Ik vraag mij af of dat niet ook een groot nadeel is, zoals ik aan de hand van het volgende geval uiteen zal zetten.

7. Uitgeverij Prometheus heeft begin 2017 publiekelijk aangekondigd dat zij in navolging van het Duitse initiatief een nieuwe Nederlandse vertaling die wetenschappelijk geannoteerd wordt gaat uitbrengen. Omdat de staat Beieren 70 jaar na de dood van Hitler geen auteursrecht (dat zij op Mein Kampf bezat door naasting van de eigendommen van Hitler) kan claimen zou het uitgeverij nu 'vrij' zijn. Strafrechtelijk is dat dus niet zo. Omstandigheid 2 ('enkele historische exemplaren'; de A-G bij de Hoge Raad noemt dat in zijn conclusie onder 17 een gewichtige omstandigheid) valt namelijk weg; integendeel, gelet op het enorme succes van de Duitse uitgave (in één weekend uitverkocht) gaat het er om zoveel mogelijk exemplaren te verkopen. Het blijft dus in het kader van uitleg van art. 137e Sr een contra-indicatie, zeker als je denkt aan de mogelijkheid dat de oude (nu auteursrechtelijk 'vrije') vertaling in een vernieuwde versie zonder wetenschappelijk jasje op de markt komt. Blijven over de omstandigheden 1, 3, 4, 5 en het context argument. Die zijn zeker valide maar onvast, omdat de Hoge Raad ten aanzien van de uitleg van art. 137e Sr niet echt kon 'om' gaan. Bij de huidige stand van zaken zullen de uitgever en de boekhandel dus bewust eerst het strafbare feit van art. 137e lid 1 moeten plegen om in een proefproces op grond van artikel 10 lid 2 EVRM van rechtsvervolgving te worden ontslagen. De verkoop zal dat zeker bevorderen, maar de onzekerheid (het 'chilling effect' van art. 137e Sr) is er niet door weggenomen. En dat is ook in het licht van art. 10 EVRM een onwenselijke situatie. Nu wordt er altijd van uitgegaan dat ook een 'slechte' nationale wettelijke bepaling een 'wet' in de zin van het verdrag is (zie mijn noot onder 4 bij EHRM 21 oktober 2014, *Vural/Turkije*, NJ 2016, nr. 336). Maar als je een dergelijke wetsbepaling selectief gaat handhaven, hoe 'voorspelbaar' in de zin van het EVRM is zij dan nog? Dan zou verdragsconforme uitleg van het begrip 'zakelijke berichtgeving' of de ruimte van de 'context' in het kader van de uitleg en toepassing van art. 137e lid 1 Sr een betere oplossing zijn geweest.

8. Massaliteit van verspreiding is door de groei van hate speech op internet weer hoog op de politieke agenda gekomen, zoals ook de advocaat-generaal in zijn schriftuur al indiceerde. Maar de bijzondere problematiek daarvan (zie in het algemeen mijn noot bij EHRM 16 juni 2015, de zaak *Delfi/Estonia*, NJ 2016, nr. 457) vergt in het kader van art. 137e Sr wel 'een kantje meer papier' om met Melai te spreken.

E.J. Dommering