



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## **Rechtspraak inzake groepsbelediging: van verbod naar verlof**

Smith, C.E.; Feteris, E.T.; Kloosterhuis, H.; Plug, H.J.; Pontier, J.A.

### **Citation**

Smith, C. E. (2012). Rechtspraak inzake groepsbelediging: van verbod naar verlof. In E. T. Feteris, H. Kloosterhuis, H. J. Plug, & J. A. Pontier (Eds.), *Gewogen Oordelen. Bijdragen aan het Zesde Symposium Juridische Argumentatie* (pp. 193-203). Den Haag: Boom Juridische Uitgeverij. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/20410>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/20410>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

## Rechtspraak inzake groepsbelediging: van verbod naar verlov

Carel E. Smith

### 1. Inleiding

Niet het bevel, maar de overeenkomst lijkt mij de grondvorm van de wet, hoezeer wij de wet soms ook ervaren als een van hogerhand opgelegde order. Nog afgezien van de problemen die een dergelijk antropomorfisme stelt aan de figuur van de wetgever – houdt de wet dan op bevel, en dus wet, te zijn als de soeverein sterft, of als het parlement in een nieuwe samenstelling aantreedt?<sup>1</sup> – gaat deze voorstelling voorbij aan het gegeven dat het wettelijk voorschrift niet is uitgevaardigd voor de regulering van één concreet geval, maar dat het een regeling is voor de toekomst. Een decreet is eenzijdig, een wilsdaad van de soeverein, dat degene tot wie het is gericht uitsluitend bindt voor de betreffende kwestie. De wet daarentegen neemt bezit van de toekomst en bindt niet alleen de justitiabelen, maar ook de soeverein, die middels de bepalingen verklaart wat vanaf het moment van inwerkingtreding geldt als gebod of verbod – en die daaraan kan worden gehouden, ook als dat niet meer strookt met diens actuele wil. Daarin ligt de vergelijkbaarheid met de overeenkomst, dat de juridische uitdrukking is van de *belofte*. En de belofte is, zoals Nietzsche treffend omschrijft, het *geheugen van de wil*, waarbij tussen de oorspronkelijke verklaring en de eigenlijke ontlading van de wil, de *wilsdaad*, zonder bezwaar een wereld van nieuwe omstandigheden en wilsdaden kan worden ingevoegd, zonder dat deze lange wilsketen stukspringt.<sup>2</sup>

De soeverein is aan de wet zowel negatief als positief gebonden, precies zoals dat bij de overeenkomst het geval is. Als we ons hier beperken tot het strafrecht – dat deel van het recht dat ons het gemakkelijkste verleidt om op te vatten als bevel – dan kan men in de wet allereerst de positieve verplichting lezen dat de overheid tot vervolging *moet* overgaan bij kennisname van een strafbaar feit. Een dergelijk uitgangspunt staat weliswaar niet met zoveel woorden in de wet, maar kan worden afgeleid uit het opportuniteitsbeginsel, omdat de aan het OM toegekende bevoegdheid om soms niet tot vervolging over te gaan, de gelding van de hoofdregel bevestigt.<sup>3</sup> Maar de wet verbindt de soeverein ook in omgekeerde zin. Zoals de schuldeiser kan beloven *geen* schadeloosstelling te eisen als de schuldenaar in gebreke blijft, zo belooft de strafwetgever met de uitvaardiging van de wet dat de onderdaan *niet* kan worden veroordeeld voor de *niet* in de wet genoemde misdrijven.<sup>4</sup> Als de wet al een bevel zou zijn, dan is het ook een bevel aan degene die beveelt, en dus een vorm van zelfbinding, precies zoals wij deze zien bij de belofte. De wet dus als belofte.

Dat de belofte bindt – hoe is dat eigenlijk mogelijk? Het vereist in ieder geval, schrijft Nietzsche, dat de mens tot op zekere hoogte *berekenbaar* wordt gemaakt, en wel met behulp van de dwangbuis van de conventionele zedelijkheid.<sup>5</sup> De grootste sociale conventie is ongetwijfeld die van de taal. Met taal ordenen wij de wereld, vormen wij begrippen en roepen zo, om opnieuw Nietzsche aan te halen, een piramidale ordening naar rangen en standen op:

een nieuwe wereld van wetten, privileges, onderafdelingen, duidelijk afgebakende grenzen (...) die nu als vastere, algemenere, bekendere, menselijkere, en derhalve als

---

<sup>1</sup> Zie voor deze bezwaren tegen de bevelsleer: Hart (1994), hfst. V.

<sup>2</sup> Nietzsche (1980), p. 56.

<sup>3</sup> Art. 167 lid 2 Sv.

<sup>4</sup> Art. 1 Sr.

<sup>5</sup> Nietzsche (1980), p. 56/7.

het regulerende en imperatieve tegenover die andere zichtbare wereld van de eerste indrukken wordt geplaatst.<sup>6</sup>

Wat wij de werkelijkheid noemen, is de door ons *geconstrueerde* werkelijkheid – uiteraard niet in de zin dat wij de zichtbare wereld, inclusief onszelf, *ex nihilo* zouden hebben geschapen, maar in de betekenis dat wij de externe werkelijkheid alleen kennen via de ordeningen die wij er met behulp van de taal in hebben aangebracht.<sup>7</sup> In dit licht bezien, is het niet verwonderlijk dat woorden ons kunnen binden, al zijn het niet zozeer de woorden zelf, maar is het de betekenis die daaraan door socialisering wordt gehecht en de respons die volgt op afwijking van die conventies, waardoor het gegeven woord bindt – een socialisering die zo rigoureuus is, dat afwijking van de regel meestal wordt gezien als een *rechtvaardiging* voor correctie en sanctie.<sup>8</sup> De macht van woorden is dus groot. We creëren er, bovenop de stoffelijke wereld van *brute facts*, de sociale werkelijkheid mee, en het is pas in deze ‘bovenbouw’ dat instituties als staat, recht en religie bestaan.<sup>9</sup>

Als wij met woorden een wereld kunnen scheppen, dan kunnen wij die er ook door ontregelen. Niet voor niets zijn meened, laster en plagiaat strafbaar gesteld, gedragingen die parasiteren op het vaste, door conventies bepaalde gebruik van woorden in een specifiek discours of taalspel. Die strafbaarheid kan alleen worden verklaard door de erkenning van het performatieve karakter van taaluitingen, dat wil zeggen, door het gegeven dat het gebruik van taal gevolgen heeft in de sociale wereld. Zo kan meened de gelding aantasten van juridisch bewijs, leidt laster tot de aantasting in iemands eer of goede naam en wordt een schrijver door plagiaat ten onrechte voor de oorspronkelijke auteur gehouden. Woorden hebben dus effect en het is op grond van het normatieve oordeel over de wenselijkheid of onwenselijkheid van het effect dat het recht grenzen stelt aan taaluitingen. De strafbaarstelling van groepsbelediging (art. 137c Sr.) moet in dit licht begrepen worden. De bepaling is een inperking op het door sommigen als absoluut opgevatte grondrecht van de vrijheid van meningsuiting.

In deze bijdrage zal ik ingaan op de recente rechtspraak inzake het delict groepsbelediging. Voor de vaststelling of sprake is van groepsbelediging heeft de rechter een vast argumentatieschema ontwikkeld dat het karakter heeft van een driestappenplan. Dit driestappenplan, zo luidt mijn conclusie, leidt ertoe dat de bepaling van 137c Sr. feitelijk obsoleet geworden is. Deze uitleg strookt met de politieke wind die de laatste jaren in Nederland en Europa waait, maar is in strijd met de billijkheid, krachtens welke de meerderheid zich terughoudend dient op te stellen, waar een minderheid zich een bepaalde uitingsvrijheid in het publieke debat kan veroorloven.

## 2. Beperking van grondrechten: drie gronden

Ook de meest fundamentele rechten, de zogenoemde grondrechten, gelden niet onverkort en absoluut – en dit om tenminste twee redenen, die rechtstreeks kunnen worden afgeleid uit hun codificatie zelf. Allereerst valt uit hun opsomming in grondwet en verdragen geen prioriteit af te leiden, op grond waarvan het ene grondrecht fundamenteeler zou zijn dan het andere. Indien in een concreet geval twee grondrechten botsen, komt aan het ene grondrecht dus niet een groter gewicht toe uit

<sup>6</sup> Nietzsche (1980), p. 125.

<sup>7</sup> Een Kantiaans thema. Zie verder o.a. Arbib & Hesse (1986).

<sup>8</sup> Vrij naar Hart (1994), p. 90.

<sup>9</sup> Vgl. Searle (1995).

hoofde van *rangorde*, maar op grond van een *afweging* van de betrokken belangen. De werking van een grondrecht kan dus worden beperkt op grond van de werking van een ander grondrecht. Daarnaast bevatten de gecodificeerde grondrechten clausuleringen die de werking ervan inperken. Zo zijn wettelijke inperkingen op de fundamentele vrijheden gerechtvaardigd, indien de uitoefening van die vrijheden gevaar oplevert voor de openbare orde en veiligheid of de rechten en vrijheden van anderen aantast. De laatste twee clausuleringen – een beperking van een grondrecht in verband met de rechten of vrijheden van een ander – bevestigt dat de grondrechten geen onderlinge rangorde kennen: de vrijheid van godsdienst of meningsuiting kan botsen met het gelijkheidsbeginsel en kan een grond zijn tot inperking van die vrijheid.

Een derde inperking op de grondrechten is subtieler en houdt verband met het onderscheid tussen recht (wet) en billijkheid – een onderscheid dat ten grondslag ligt aan de figuur van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Het onderscheid vinden wij al bij Aristoteles terug, als hij de vraag behandelt waarom de billijkheid een superieure vorm van recht is. Zijn antwoord luidt, dat de billijkheid een correctie van de wet is, voor zover bepaalde gevallen ten onrechte onder de werking van de regel vallen als gevolg van de algemeenheid van de wet. De billijkheid vereist in dat geval, zegt Aristoteles, dat men dan niet vasthoudt aan zijn wettelijke recht, maar met minder genoegen neemt.<sup>10</sup>

De bovengenoemde drie gronden voor beperking vinden wij terug in het delict groepsbelediging: inperking van een grondrecht op grond van een ander grondrecht en wel via de wet (clausulering). Ook de derde inperking, die op grond van de billijkheid, vinden wij terug in de door de rechtspraak ontwikkelde toetsingscriteria bij groepsbelediging. Maar de invulling die aan de billijkheidscorrectie door de rechtspraak is gegeven, zo zal ik hieronder betogen, maakt het delict groepsbelediging, indien het althans de uitspraken van politici betreft, tot een dode letter. In deze gevallen bepaalt de norm niet langer wat kan worden gezegd, maar zijn het de uitlatingen die de norm bepalen.

### 3 Rechtspraak inzake groepsbelediging: het driestappenplan

Het delict groepsbelediging is zowel een omstrede als actuele strafbepaling, met de zaak Wilders als voorlopig dieptepunt in wat, vanaf een afstand bekeken, misschien wel beter de wederwaardigheden van een controversiële strafbepaling kan worden genoemd, dan van de poging om via het strafrecht bij te dragen aan tolerantie en respect in de samenleving voor andersdenkenden. Want *die* gedachte ligt aan het huidige artikel 137c ten grondslag. De bepaling stamt oorspronkelijk uit 1934 ter bestrijding van antisemitisme uit nationaalsocialistische en fascistische hoek, alsmede ter bescherming van katholieke bevolkingsgroepen.<sup>11</sup> In 1971, bij de implementatie van het Internationaal Verdrag van New York (1966), is de redactie van het artikel gewijzigd en zijn de discriminatiegronden uitgebreid, zodat niet alleen strafbaar is het zich in het openbaar beledigend uitlaten over een groep mensen wegens hun ras, maar ook wegens hun geestelijke of lichamelijke handicap, hun levensovertuiging, hun seksuele gerichtheid of hun geloof.<sup>12</sup> Met de uitbreiding van de gronden naar godsdienst en levensovertuiging, aldus de regering, werd geanticipeerd op het tot

<sup>10</sup> Aristoteles (1999), Boek V, 14.

<sup>11</sup> Zie hierover Van Stokkom et. al. (2006), p. 69,

<sup>12</sup> Cleiren en Nijboer (2008), commentaar op art. 137c Sr.

stand komen van een internationaal verdrag inzake de uitbanning van elke vorm van godsdienstige onverdraagzaamheid.<sup>13</sup>

Uit de plaatsing van de bepaling in titel V van het Tweede Boek van het Wetboek van Strafrecht (Misdrijven tegen de openbare orde) zou kunnen worden afgeleid dat de strafbepaling is opgesteld om een verstoring van het maatschappelijk leven af te wenden en de samenleving te beschermen tegen wanordelijkheden,<sup>14</sup> maar zoals Mevis opmerkt, is het aspect van tolerantie en respect de laatste jaren belangrijker geworden dan het element van de openbare orde:

[D]e openbare orde-achtergrond [is] in de loop der wetswijzigingen steeds minder verbonden met dreigende verstoringen van de openbare orde, maar – eerder en abstracter – met het feit dat belediging van bepaalde groepen op bepaalde gronden hun maatschappelijk functioneren onder druk kan zetten of de respectvolle verhoudingen tussen mensen van verschillende godsdiensten en levensovertuigingen (kan) ontwrichten.<sup>15</sup>

De recente rechtspraak van dit delict heeft vooral betrekking op het zich in het openbaar beledigend uitlaten over een groep mensen wegens hun *geloof* en wegens hun *homoseksuele gerichtheid*. Daarbij hanteert de rechtspraak het zogenoemde ‘driestappenplan’. Eerst dient te worden beoordeeld of de uitlating *op zichzelf* een beledigend karakter heeft. Indien dit het geval is – en dit zal al snel door de rechter worden aangenomen – dan kan deze het beledigend karakter verliezen in verband met de *context* waarin die uitlating is gedaan. Maar een (op zichzelf) beledigende uitspraak die door de context waarin deze is gedaan niet langer beledigend is te achten, kan dat karakter weer wél krijgen, indien de uitlating *onnodig grievend* is. Een taaluiting kan dus eerst wél, dan niet en vervolgens toch weer wél beledigend zijn, een staaltje gedaantewisselingen die in de *Metamorfosen* van Ovidius niet zou hebben misstaan.

Samengevat is de hoofdregel dat de onrechtmatigheid van een op zichzelf bezien beledigende uitspraak door de context waarin deze wordt gedaan kan worden opgeheven (de rechter spreekt in dit geval, nogal verwarrend, van een beledigende uitspraak die daardoor niet langer beledigend is te achten). Dit is anders, indien de bewoordingen ‘*onnodig grievend*’ zijn: de uitspraak is dan toch onrechtmatig (beledigend).

#### 4 Vorm en inhoud van de uitlating

De bepaling van groepsbelediging is gebaseerd op een onderscheid van een uitlating naar *vorm* en *inhoud*. Naar de inhoud is de meningsuiting in beginsel vrij (art. 7 Gw., art. 11 EVRM).<sup>16</sup> De restrictie van art. 137c betreft de *vorm* van de uitlating: de

<sup>13</sup> MvT, Kamerstukken 9724, nr. 3, p. 4.

<sup>14</sup> Eén van de clausuleringsgronden van art. 10 EVRM.

<sup>15</sup> Noot P.A.M. Mevis onder HR 10 maart 2009, *NJ* 2010, 19 (onder verwijzing naar Janssens/Nieuwenhuis, *Uitingsdelecten*, 2e druk, p. 150 en Kamerstukken II, 2008-2009, 31 700 VI, 128, p. 2).

<sup>16</sup> Zie voor de ratio van de vrijheid van meningsuiting O.W. Holmes *dissenting opinion* in *Abrahams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919): ‘Persecution for the expression of opinions seems to me perfectly logical. If you have no doubt of your premises or your power and want a certain result with all your heart you naturally express your wishes in law and sweep away all opposition...But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas...that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out. That at any rate is the theory of our Constitution’.

uitlating mag niet in zodanig beledigende bewoordingen zijn gedaan, dat hiervoor gevaar voor discriminatie is te duchten (art. 137c is een implementatie van het Verdrag van New York). De derde trap van het door de rechtspraak ontwikkelde drietrapsmodel benadrukt het *vormcriterium*, door te stellen dat de uitlating niet *onnodig grievend* dient te zijn.

Het onderscheid tussen vorm en inhoud impliceert dat dezelfde boodschap zowel op een niet-beledigende manier als een beledigende manier kan worden geuit. Het volgende voorbeeld kan dit verduidelijken. Als een politicus in verband met de financiële crisis roept dat de “knoflooklanden niet te vertrouwen zijn”, en daarmee zijn opvatting of idee uitdrukt dat de Zuid-Europese landen een beduidend minder sterke begrotingsdiscipline hebben dan de Noord-Europese landen, doet hij dat in bewoordingen die voor de betreffende landen een beledigend karakter hebben. Zou de spreker deze gedachte in strikt zakelijke bewoordingen hebben uitgedrukt, dan kan de uiting van die gedachte voor de betreffende landen nog steeds een beledigend karakter hebben (stap 1 van het drietrapsmodel), maar in het licht van de context (bijvoorbeeld om de lidstaten van de EU te waarschuwen voor bepaalde risico's) bestaat voor de uitlating een rechtvaardiging (stap 2), die bovendien niet onnodig grievend is (stap 3) en dus niet onrechtmatig. Hoewel men dus het recht heeft zijn opvattingen te openbaren, zelfs als men hierdoor bepaalde groepen mensen krenkt, mag men dat niet in elke vorm doen.

Aldus gaat art. 137c uit van een publieke standaard van fatsoen dat men anderen niet *onnodig* behoort te krenken (stap 3). We zitten met deze standaard in het ongeschreven recht, bij de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer jegens anderen betaamt.<sup>17</sup>

## 5 De wending naar het subjectieve: de zaak Herbig

De uitspraken van hof en Hoge Raad in de zaak Herbig bieden inzicht in de wijze waarop de criteria van het driestappenplan in het recht zijn geoperationaliseerd.<sup>18</sup> In deze zaak ging het om een ingezonden brief in de rubriek “Lezers schrijven” van De Twentsche Courant Tubantia van de hand van dominee Herbig, waarin deze onder meer schreef:

Ik kan niet zwijgen. Pedofilie, homofilie en polygamie (dit was op de tv over een groep in Amerika, een paar dagen geleden) zijn niet goed te praten. Naar eigen gedachten en gevoelens spreekt men dit goed, zelfs met boosheid in het hart. Maar God verbiedt dit in de Bijbel. De Bijbel is Gods woord en hiernaast is er geen andere waarheid. De Bijbel zegt dat de ongerechtigheid zal vermenigvuldigen. Zonde is geen zonde meer en men moet maar tolerant zijn in de richting van vieze en vuile zonden.

Hantering van het drietrapsmodel door het hof leverde de volgende beoordeling op. Allereerst was volgens het hof voldaan aan het vereiste dat sprake was van een uitlating die op zichzelf, los van de context, voor homoseksuelen, een beledigend karakter heeft, aangezien de uitspraak de waardigheid van de betreffende groep mensen miskent. Maar de uitlating, aldus het hof, verliest haar beledigend karakter,

<sup>17</sup> Het gebruik van open normen in het strafrecht lijkt in strijd met het legaliteitsbeginsel, maar men kan ook redeneren dat de norm in de wet strenger is (iedere groepsbelediging wordt gestraft), terwijl stap 2 van het stappenplan een groot aantal groepsbeledigingen rechtmatig verklaart, terwijl stap 3 dan een nuancering inhoudt die het gevolg is van toepassing van het toetsingscriterium van stap 2.

<sup>18</sup> HR 14 januari 2003, NJ 2003, 262 (met noot P.A.M. Mevis).

omdat deze in direct verband staat met zijn geloofsopvatting en het zijn bedoeling was om de mensheid te waarschuwen. De door verdachte gekozen bewoordingen ('een vieze en vuile zonde') maken de uitlating niet tóch beledigend, aangezien in de Bijbel homofilie wordt aangemerkt als een 'gruwel(daad)' of een 'gruwelijke zonde' (Leviticus 18:22).

Volgens de Hoge Raad heeft het hof met dit oordeel geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, al formuleert hij de tweede stap iets anders dan het hof:

Het [hof] heeft vervolgens geoordeeld dat die uitlating, beschouwd in haar context, kenbaar in direct verband stond met de geloofsuiting van de verdachte en dat diens bedoeling de mensheid te waarschuwen duidelijk was, *in welke laatste vaststelling ligt besloten dat die uitlating voor de verdachte van betekenis is voor het maatschappelijk debat.*<sup>19</sup>

De herformulering van de Hoge Raad wijst er volgens annotator Mevis op dat de geloofsovertuiging geen zelfstandige disculpatiegrond is voor het doen van grievende uitlatingen. Beslissend is niet de geloofsovertuiging van de spreker, maar diens persoonlijke oordeel dat het maatschappelijk debat is gediend met deze uitlating.

De derde stap, het oordeel of de uitlating ook binnen de context niet onnodig grievend is, is feitelijk van aard, en blijft dus buiten de beoordeling van de Hoge Raad. Maar door deze overweging van het hof aan te halen, maakt de Hoge Raad niet alleen duidelijk dat de derde stap van het stappenplan onderdeel uitmaakt van de beoordeling of sprake is van groepsbelediging, maar ook dat het door het hof gekozen criterium geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting: de vraag of de bewoordingen onnodig grievend zijn, dient te worden beantwoord aan de hand van het religieuze of levensbeschouwelijke referentiekader van de spreker of auteur zelf. Dat kan dus de steile leer van een dominee zijn, of de wereldbeschouwing van een politicus die in zijn samenleving alle voortekenen ziet van een 'clash of civilizations'.

## **6 Groepsbelediging: een wet die niet langer bindt**

De invulling die de rechtspraak aan het delict groepsbelediging heeft gegeven, levert de volgende paradox op: dat, naar mate de spreker een radicaler geloof of wereldbeschouwing heeft, minder snel sprake zal zijn van groepsbelediging, terwijl juist bij een radicale of fundamentalistische wereldbeschouwing de kans op voor groepen van mensen beledigende uitlatingen groot is. De gelovige die vanuit orthodoxe geloofsovertuiging ernstige bezwaren heeft tegen homofilie, heeft alle redenen om dit tot maatschappelijk debat te maken, terwijl die geloofsovertuiging op zijn beurt weer een rechtvaardiging biedt voor de 'tale Kanaäns' die hij over de groep van homoseksuelen uitstort. Hetzelfde geldt voor de politicus die overtuigd is van de gevaren die bepaalde minderheidsgroepen vormen voor de nationale veiligheid en cultuur: diens uitlatingen dienen – men zou zeggen: per definitie – het maatschappelijk debat, zullen in hogere mate krenkend en grievend zijn naar mate zijn denkbeelden radicaler zijn, terwijl die denkbeelden vervolgens weer als disculpatiegrond werken voor het beledigende karakter van de uitlatingen.

Men kan zich naar aanleiding hiervan afvragen op wie het uitingsdelict van groepsbelediging dan nog eigenlijk van toepassing is. Want wie zijn dat die zich krenkend uitlaten over groepen van mensen – katholieken, Turken en Marokkanen, socialisten of bankiers – *zonder* dat zij daarmee een bijdrage willen leveren aan de

<sup>19</sup>

Mijn cursivering.

manier waarop de samenleving tegen deze groepen aankijkt? Een enkele verdoelde geest misschien, een kunstenaar die wil provoceren, een boze burger die zijn gemoed lucht door te schelden, een cabaretier die ten koste van anderen grappen denkt te kunnen maken, meer schiet mij niet te binnen. Het wordt pas ernst, als men zich krenkend uitlaat over groepen met als doel om over de rechten van dergelijke groepen een discussie op te starten of het debat daarover te sturen. En juist met het oog op de mogelijke, onwenselijke effecten van groepsbelediging – effecten die alleen mogelijk zijn indien en voor zover daarover een maatschappelijk debat plaatsvindt – is deze strafbepaling opgesteld.

Begrijpt men de hantering van dit uitingsdelict met het oog op deze strekking – het voorkomen van wanordelijkheden en het bevorderen van tolerantie – dan valt de uitspraak in de zaak Herbig nog wel te begrijpen. Aan het begin van het nieuwe millennium vormt de groep orthodoxe Christenen in Nederland nog maar een kleine groep, die maatschappelijk en politiek weinig meer in de melk heeft te brokkelen. Hun spartelend verzet tegen het dominante gelijkheidsdenken is eerder aandoenlijk – een relict uit het verleden – dan een serieuze aanval op het gelijkheidsbeginsel, de ingezonden brief van dominee Herbig niet meer dan een preek voor eigen parochie. Nu hiervan geen wanordelijkheden zijn te duchten, is het juist een teken van tolerantie om de kleine groep orthodoxen niet het woord te ontnemen – zij zijn dan weliswaar niet tolerant naar de homoseksuelen toe, maar waar de gelijke positie van de laatsten bij wet, en gesteund door de overgrote meerderheid in Nederland, is gewaarborgd, kunnen wij het ons veroorloven, zo stel ik mij de gedachtegang van de rechters voor, tegen de dominee en de zijnen niet op te treden.

In de geest van Aristoteles is dit een vorm van billijkheid, dat op zijn beurt een superieure vorm van rechtvaardigheid is. Men neemt hierbij, als meerderheid, met minder genoeg dan waarop men strikt genomen recht heeft:

[W]ie kiest en doet wat billijk is en niet ten nadele van een ander rigoureuus op zijn recht staat, maar veeleer geneigd is minder dan zijn deel te nemen, al staat de wet aan zijn kant, die is billijk.<sup>20</sup>

Die benadering strookt bovendien met het uitgangspunt bij de wetsherziening van 1971, waarbij het primair ging om de bescherming van *minderheidsgroepen* tegen krenking. Ook de homoseksuelen vormen een minderheidsgroep, maar niet waar het hun positie in het *mainstream* maatschappelijk en juridisch debat betreft. Hier zijn het juist de kleine orthodoxe groeperingen die in de marge staan en de billijkheid vereist dat de meerderheid zich de speldenprikken van de kleine groepen orthodoxen laat gezeggen.

Hoewel de beslissing in de zaak Herbig materieel tot op zekere hoogte dus nog wel te verdedigen is, valt op de wijze waarop de beslissing is onderbouwd het nodige af te dingen. Door de invulling die de Hoge Raad aan de kwalificatie van groepsbelediging heeft gegeven, heeft hij de strafbepaling immers feitelijk obsoleet gemaakt. Dat is wellicht in overeenstemming met de politieke wind die in Nederland waait, maar botst met de strekking van de regeling. Ernstiger is, dat de toepassing van de regel zozeer afhankelijk is gemaakt van het subjectieve oordeel van de spreker of auteur zelf, dat de regel hem niet langer normeert, maar hem in dit opzicht ‘lui-même la règle’ maakt. Maar een wet die niet bindt – is dat nog wel een wet?

## 7 De zaak Wilders: belediging als boodschap

<sup>20</sup> Aristoteles (1999), p. 171.

Het door de rechter ontwikkelde argumentatieschema bij groepsbelediging maakt de invulling van de derde stap – de beantwoording van de vraag of sprake is van ‘onnodig grievende’ bewoordingen – afhankelijk van wat kennelijke de boodschap is die in de uitlating ligt vervat. Die boodschap zelf is, dankzij het verdragsrechtelijk en grondwettelijk gewaarborgde recht op de vrijheid van meningsuiting, in beginsel vrij van beperkingen. Volgt men het stappenplan, dan zal de rechter, nadat hij heeft vastgesteld dat men met de uitspraak de bedoeling heeft gehad een bijdrage te leveren aan het maatschappelijk debat, vervolgens dienen vast te stellen wat de *eigenlijke* boodschap is van de uitlating – in de zaak Herbig zou die kunnen zijn: “Ik, dominee Herbig, keur homofilie op grond van de Bijbel ten zeerste af”. Op grond hiervan kan vervolgens worden vastgesteld of de bewoordingen waarin hij de boodschap heeft verpakt *onnodig* grievend zijn.

Dat de rechter de beoordeling daarvan ten onrechte afhankelijk heeft gesteld van het referentiekader van de spreker (een letterlijke lezing van Leviticus 18:22), heb ik hierboven uiteen gezet. Toch vormt dit niet het wezenlijke probleem van het drietrapsmodel. Het echte probleem is dat, óók indien men de vraag of de bewoordingen nodeloos grievend zijn zou vaststellen aan de hand van maatschappelijke, en dus objectieve, normen, de belangrijkste groep van groepsbeledigingen buiten het toepassingsbereik van de regeling vallen, en wel de *politieke* variant ervan.

De zaak Wilders is in dit opzicht illustratief, omdat de mogelijke strafbaarstelling van de gewraakte uitlatingen (‘Ik heb genoeg van de Koran in Nederland: verbied dat fascistische boek. Ik heb genoeg van de islam in Nederland: geen moslimimmigrant er meer bij’) volgens Wilders een schending zou betekenen van de vrijheid van meningsuiting. Maar deze stelling is alleen aannemelijk, als de boodschap niet op een minder grievende manier kan worden verwoord. Dat laatste betekent dat de grievende bewoordingen klaarblijkelijk een deel van de boodschap vormen. Dit lijkt bij Wilders inderdaad het geval te zijn. Voor degene die, zoals Wilders, meent gegijzeld te worden door het politiek correcte discours van de multiculturele samenleving, door ‘die laffe lieden’ uit Den Haag, die de hand boven het hoofd van de bonte stoet minderheidsgroepen houden en die onmiddellijk naar de antidiscriminatiewetgeving grijpen als de ‘gewone’ Nederlander het waagt deze groepen te kritiseren, is het politiek incorrecte taalgebruik – de belediging – niet alleen een politiek wapen tegen de heersende mores en elite, maar bovenal de uiting van een *andere* politiek en de uitdrukking van *andere* waarden.

Zijn de uitlatingen van Wilders ‘onnodig grievend’? Dat zijn ze uiteraard niet in het licht van Wilders wereldbeschouwing, net zomin als de bewoordingen van dominee Herbig dat waren in het licht van diens Oudtestamentische wereldbeeld. Maar met dit antwoord zijn we eigenlijk al een stap verder gegaan dan volgens het driestappenplan nodig is. De belediging *is* de boodschap en dus kunnen de beledigende, grievende en krenkende bewoordingen volgens het driestappenplan onmogelijk *onnodig* beledigend zijn.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> Aldus inderdaad de Rechtbank Amsterdam van 23 juni 2011 in de zaak ‘Wilders’: “De rechtbank stelt vast dat in de periode, waarin de uitlatingen zijn gedaan, de multiculturele samenleving en immigratie een prominente rol hadden in het maatschappelijk debat. Naarmate dit debat heviger is, komt aan de vrijheid van meningsuiting meer ruimte toe. Zoals gezegd, mogen uitlatingen dan zelfs kwetsen, choqueren en verontrusten.”

## 8 Meerderheid en minderheid: het gelijke, ongelijk!

Recht is politiek – niet in de zin van partijpolitiek, zoals Wilders ons gedurig voorhoudt, maar in de zin dat het recht de uitdrukking is van de normen die de samenleving naar ons oordeel dienen te beheersen. Art. 137c geeft uitdrukking aan het ideaal van de tolerante samenleving waar de meerderheid qua ras, geloof, taal, seksuele oriëntatie en culturele achtergrond de minderheden met respect behandelt. Dat betekent niet dat meningsverschillen niet uitgesproken mogen worden, maar dat men dit niet op zo'n krenkende wijze doet dat hierdoor gevaar voor discriminatie is te duchten. De achtergrond van deze bepaling is dat woorden er toe doen. Wie meent dat de vrijheid van meningsuiting een absoluut recht is en ook het recht omvat om groepen welbewust te beledigen, is *of* naïef – doordat de performatieve kracht van taalgebruik wordt miskend – *of* heeft een politieke agenda – omdat men zich al te zeer bewust is van de performatieve kracht van woorden.

De normen die gelden voor de meerderheid, gelden uiteraard ook voor de minderheden. Ook zij zullen de anderen met respect dienen te behandelen. Maar het overwicht dat de politieke meerderheid heeft, geeft deze een andere positie in het debat dan de minderheden. Waar de meerderheid zijn denkbeelden met kracht kan doorzetten, dient zij zich, juist waar het de positie van minderheden betreft, terughoudend op te stellen. Dat dit soms conflicteert met de vrijheid die de minderheden zich in dit opzicht permitteren, is niet een vorm van onrecht, maar de hoogste vorm van rechtvaardigheid, zoals Aristoteles betoogt, waarbij men met minder genoeg neemt dan waarop men strikt genomen recht heeft.

### Bibliografie

Michael A. Arbib & Mary B. Hesse (1986), *The Construction of Reality*, Cambridge: Cambridge University Press

Aristoteles (1999), *Ethica Nicomachea*, vert. door Ch. Pannier en Jean Verhaege, Groningen: Historische Uitgeverij

C.P.M. Cleiren en J.F. Nijboer (red.) (2008), *T & C Strafrecht*, Deventer: Kluwer

H.L.A. Hart (1994), *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press [1961]

F. Nietzsche (1980), *Genealogie van de moraal. Een polemisch geschrift*, vert. door Th. Graftdijk van *Zur Genealogie der Moral, ein Streitschrift* [1887], Amsterdam: De Arbeiderspers

Nietzsche (1980), 'Over waarheid en leugen in buiten-morele zin', in: *Waarheid en cultuur. Een keuze uit het vroege werk* [vert. door T. Ausma uit *Kritische Studienausgabe*

J.R. Searle (1995), *The Construction of Social Reality*, London: Penguin Group

B. van Stokkom, H. Sackers & J-P Wils (2006), *Godslastering, discriminerende uitingen wgens godsdienst en haatuitingen. Een inventariserende studie*, M.v.J., WODC

