

MOGEN ZE NU MEER OF MINDER ZEGGEN?

Over de wankelende positie van volksvertegenwoordigers met betrekking tot de vrijheid van meningsuiting

Jip Stam*

De afgelopen jaren lijkt de onduidelijkheid over de reikwijdte van de vrijheid van meningsuiting van volksvertegenwoordigers te zijn toegenomen. Volgens de auteur is dat een onwenselijke trend, die niet alleen het open en vrije politieke debat kan schaden, maar ook een deuk in het vertrouwen in de rechterlijke macht kan slaan.

In mei 2011, een maand voordat er een einde kwam aan het eerste strafproces tegen parlementariër Geert Wilders,¹ pleitte Nehmelman in dit tijdschrift voor een uitbreiding van de parlementaire immuniteit.² Zijn pleidooi was deels ingegeven door de constatering dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) geen duidelijke lijn hanteert waar het gaat om de uitsingsvrijheid van volksvertegenwoordigers. Integendeel, het hof zaaide vooral verwarring op dit punt, hetgeen volgens Nehmelman aanleiding moest zijn om de beoordeling van politieke uitlatingen (deels) uit het domein van de strafrechter te trekken.³ In dit artikel borduur ik voort op deze stellingname, waarbij ik recente jurisprudentie van Hoge Raad betrek. Daaruit blijkt dat de hoogste Nederlandse rechter – helaas – is meegegaan in de ambivalentie en onduidelijkheid waarvoor Nehmelman destijds al waarschuwde.

Om de jurisprudentie van het EHRM en de Hoge Raad op haar merites te kunnen beoordelen, dient eerst de nodige achtergrond te worden geschetst. Daarbij is van belang dat de vrijheid van meningsuiting in Nederland in feite twee juridische categorieën kent: de *parlementaire* meningsuiting en de *buiten-parlementaire* meningsuiting. Onder de eerste categorie vallen uitlatingen die worden gedaan tijdens de vergadering van de Staten-Generaal. Parlementariërs genieten ingevolge artikel 71 Gw absolute immuniteit voor vervolging binnen die context.⁴ Alle uitlatingen die buiten de par-

lementaire vergadering worden gedaan vallen niet onder de immuniteit, maar onder het in artikel 7 Gw en artikel 10 EVRM vastgelegde recht op vrijheid van meningsuiting. Het essentiële verschil tussen deze categorieën is dat de politieke discussie in het parlement volledig van strafrechtelijke interventie is afgeschermd, terwijl de meningsuitingen daarbuiten aan allerlei wettelijke beperkingen onderhevig zijn.

Het scherp gedefinieerde onderscheid tussen parlementair debat enerzijds en buiten-parlementair debat anderzijds markeert op het eerste gezicht een heldere grens voor politici. Bovendien is het een grens die door de rechter wordt gerespecteerd.⁵ Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat artikel 71 Gw ertoe bijdraagt dat de rechter niet zomaar bij politieke controverses betrokken raakt, hetgeen door verschillende staatsrechtgeleerden als de belangrijkste rechtsgrond voor de regeling wordt gezien.⁶ Tegelijkertijd kan de vraag worden opgeworpen of de parlementaire immuniteit nog wel trefzeker is, nu het politieke debat door de intrede van moderne communicatiemiddelen zoals radio, televisie en bovenal internet steeds makkelijker en dieper in de samenleving doordringt.⁷ In toenemende mate spelen politieke discussies zich af buiten het parlement, met als onvermijdelijk gevolg dat de rechterlijke macht zich vaker met dergelijke controverses zal moeten bemoeien. De strafprocessen tegen Geert Wilders zijn hier voorbeelden van.⁸

Om zulke precare procedures in de toekomst te voorkomen, zou in navolging van Nehmelman kunnen worden gepleit voor uitbreiding van de parlementaire immuniteit. De regeling zou, met het oog op de bijzondere taak van de volksvertegenwoordiger, niet langer aan tijd en plaats gebonden moeten zijn maar gekoppeld aan het ambt.⁹ De uitsingsvrijheid van het Kamerlid wordt dan ook buiten de parlementaire vergadering gewaarborgd, opdat hij zich ook in die omgeving niet terughoudend hoeft op te stellen bij het uitdragen van politieke standpunten.¹⁰ Heeft een Kamerlid zich vermoedelijk toch op strafbare wijze uitgelaten, dan kan de immuniteit op last van een gekwalificeerde meerderheid van het parlement worden opgeheven.¹¹ Dit heeft als belangrijkste voordeel dat aan een eventuele vervolging van een politicus in ieder geval reeds een politiek besluit ten grondslag ligt, waardoor de onpartijdigheid van de rechter minder snel ter discussie staat.

Hoewel aan met name dat laatste element ook voor de hand liggende nadelen kleven, verdient Nehmelmans voorstel een serieuze heroverweging. Niet in de laatste plaats omdat de jurisprudentie van het EHRM over deze thematiek inderdaad nogal ambivalent is. Lange tijd hanteerde het Europees hof de lijn uit het arrest *Castells t. Spanje* (1992), waarin met betrekking tot de uitsingsvrijheid van politici wordt benadrukt dat 'while freedom of expression is important for everybody, it is especially so for an elected representative of the people'.¹² Sinds de

zaak *Féret t. België* (2009) belast het hof de hoedanigheid van volksvertegenwoordiger echter ook met een verzwarende van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid; een verantwoordelijkheid die vooral gewichtig is wanneer de verdachte met zijn uitlatingen de 'intolerantie' in de samenleving kan voeden.¹³

De dubbelzinnigheid die de bovengenoemde uitspraken in het leven roepen is onmiskenbaar: het hof onderstreept enerzijds dat de strafrechter terughoudend moet zijn ten aanzien van gekozen volksvertegenwoordigers, maar meet zich als het gaat om racistische, xenofobe of anderszins 'onverdraagzame' opmerkingen juist extra ruimte aan om in te grijpen.¹⁴ Dit roept de vraag op waar precies de grens ligt tussen oorbare kritiek op bijvoorbeeld het immigratie- en integratiebeleid van een regering en het zich op 'onverdraagzame' wijze uitlaten over kwetsbare minderheden. Nog prangender is de vraag wie uiteindelijk bepaalt – zoals Nehmelman het treffend formuleerde – wanneer spreken zilver is en zwijgen goud.

Afgaand op de jurisprudentie van de Hoge Raad die na de *Féret*-uitspraak tot stand is gekomen, lijkt het voornaamste antwoord op deze vraag te zijn: de rechter.¹⁵ Dit komt duidelijk naar voren in het *Felter*-arrest (2014) dat door de Hoge Raad is aangegrepen om de *Féret*-doctrine

in de zogeheten contextuele toetsing voor groepsbelediging (art. 137c Sr) en het aanzetten tot haat en discriminatie (art. 137d Sr) te verwerken.¹⁶ Deze contextuele toetsing, die de strafrechter in staat moet stellen om de context van een uitlating – zoals een politiek debat – in zijn oordeel te betrekken, is daarbij aangepast op het punt van de proportionaliteit.¹⁷ Waar de rechter aanvankelijk alleen nog toetste of een uitlating die dienstig is aan een maatschappelijk debat toch 'onnodig grievend' is en daarom strafbaar, stelt de Hoge Raad nu dat tevens moet worden bezien of een uitlating die gedaan is door een politicus 'aanzet tot onverdraagzaamheid' of anderszins strijdig is met 'de grondbeginselen van de democratische rechtsstaat'.¹⁸

Wat de Hoge Raad met deze toevoeging precies voor ogen heeft, anders dan het integreren van Straatsburgse rechtspraak, is onduidelijk. Het gevolg is in ieder geval dat zijn ingreep allerlei nieuwe vragen oproept. Om te beginnen: wat is 'onverdraagzaamheid' en welke invloed heeft de toevoeging van dit begrip aan het contextuele toetsingskader op het toepassingsbereik van de strafwet? Hetzelfde geldt voor 'de grondbeginselen van de democratische rechtsstaat'. Voorts rijst de vraag waarom alléén politici zich niet tegen deze uitgangspunten mogen verzetten. Leidt een dergelijke clausulering

niet tot terughoudendheid (chilling effect) bij diegenen van wie we juist het tegendeel verwachten?¹⁹ Terugkomend op het leerstuk van de parlementaire immuniteit kunnen bovendien vraagtekens worden gezet bij (het vertrouwen in) de rechterlijke onafhankelijkheid. Want is het vanuit constitutioneel oogpunt wel wenselijk dat de rechter zich mogelijk steeds uitvoeriger zal mengen in de beoordeling van de toelaatbaarheid van politieke uitlatingen? Wordt daarmee geen afbreuk gedaan aan zowel de scheiding als de balans tussen de rechterlijke en wetgevende macht?

Afgaand op de primaire doelstelling van de immuniteitsregeling, namelijk het beschermen van het politieke debat tegen de invloedssfeer van de rechter, lijkt mij dat een terecht punt van zorg. Of de uitbreiding van de parlementaire immuniteit, zoals voorgesteld door Nehmelman, deze zorg kan wegnemen, of dat de oplossing eerder ligt in de aanpassing van de strafwet, is een belangrijke vraag voor zowel onderzoek als politieke discussie.²⁰ Duidelijk is in ieder geval wel dat de onderhavige problematiek alleen kan worden opgelost als de wetgever – het parlement in het bijzonder – het voortouw neemt. Immers, in een parlementaire democratie bepalen de parlementariërs in de eerste plaats zelf wanneer spreken zilver is en zwijgen goud. ■

* Mr.drs. J. Stam is als promovendus verbonden aan de afdeling Encyclopedie van het Recht van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden.

1 Rb. Amsterdam 23 juni 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ9001 (*Wilders I*).

2 R. Nehmelman, 'Spreken is zilver, maar wie bepaalt wanneer zwijgen goud is', AA 2011, p. 355-360 (AA20110355).

3 Nehmelman 2011, p. 359.

4 Zie voor een beknopte beschrijving van de Nederlandse regeling D.J. Elzinga, 'Parlementaire onschendbaarheid voor volksvertegenwoordigers', in: D.J. Elzinga, *De staat van het recht: opstellen over staatsrecht en politiek*, Zwolle: Tjeenk Willink 1990, p. 116-134.

5 Enkele voorbeelden zijn HR 2 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8693, *NJ* 2002/421, m.nt. P.A.M. Mevis; HR 17 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ2302, *NJ* 2001/450, m.nt. E.J. Dommering; HR 16 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:883, *NJ* 2017/320, m.nt. redactie.

6 Van der Pot brengt het mijns inziens het duidelijkst onder woorden: 'Haar rechtsgrond valt nu te zien in de wens, dat niemand bij het parlementair debat in de vrije uiting van zijn gedachten zal worden belemmerd door de vrees, dat een of andere uitlating hem met de rechter in aanraking zou kunnen brengen.' C.W. van der Pot/D.J. Elzinga & R. de Lange, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 572. Zie ook een interessante gedachteswisseling tussen Nehmelman en Schutgens in: *Immuniteiten* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 143e jaargang/2013-2), Deventer: Kluwer 2014, p. 17 e.v.

7 Een illustratie van dit punt is vinden in J.A. Peters, 'Immuniteit ook buiten het parlementair debat', *TvCR* 2010, afl. 3, p. 327-329.

8 Rb. Amsterdam, 23 juni 2011, ECLI:NL:RBAMS:

2011:BQ9001 (*Wilders I*); Rb. Den Haag, 9 december 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:15014 (*Wilders II*).

9 Nehmelman 2011, p. 359.

10 Nehmelman plaatst daarbij nadrukkelijk de kanttekening dat de uitgebreide immuniteit alleen van toepassing moet zijn op *politieke uitlatingen*; alles wat een politicus als privé-persoon zegt valt hier niet onder. In de Franse en Belgische grondwetten, waar de uitgebreide immuniteit een gevestigde constitutionele norm is, vinden we een dergelijk onderscheid ook terug. Zo is de immuniteit in België slechts toepasselijk op 'een mening of een stem, in de uitoefening van zijn functie uitgebracht'. Zie voor een nadere toelichting op dit punt R. Nehmelman, 'Uitbreiding van de parlementaire immuniteit', in: A. Elian, G. Molier & T. Zwart (red.), *Mag ik dit zeggen: beschouwingen over de vrijheid van meningsuiting*, Amsterdam: BJu 2013, p. 248-250.

11 Nehmelman 2011, p. 359-360.

12 EHRM 23 april 1992, *NJ* 1994/102, m.nt. E.J. Dommering (*Castells t. Spanje*).

13 EHRM 16 juli 2009, 15615/07 (*Féret t. België*), par. 54, 73, 75. Zie ook D. Verhoof, 'Politicus die haat zaait is strafbaar', *Mediaforum* 2009, afl. 10, p. 373-378.

14 Nehmelman 2011, p. 359. Deze uitzondering op het recht op vrijheid van meningsuiting vinden we ook terug in twee aanbevelingen van de Raad van Europa die door het EHRM in grote lijnen zijn overgenomen. Zie Council of Europe, Committee of Ministers, *Recommendations No. R(97) 20 on 'Hate Speech'*, 30 oktober 1997; Council of Europe, Committee of Ministers, *Declaration on freedom of political debate the media*, 12 februari 2004.

15 In zekere zin heeft de rechtbank Den Haag het antwoord ook al gegeven in zijn vonnis tegen Geert Wilders: 'Uit de jurisprudentie valt ook af te leiden dat

de omstandigheden van het geval maken of de ene dan wel de andere lijn wordt gevolgd.' Nu de omstandigheden van het geval in het kader van de artikelen 137c en 137d Sr echter voor een belangrijk deel door de rechter moeten worden geduid en ingevuld – en omdat de wetgever over de invulling van het begrip 'verdraagzaamheid' nauwelijks heeft gerept – komt ook de vaststelling van wat wel of niet van 'onverdraagzaamheid' dan wel 'intolerantie' getuigt voor goedgevoel voor rekening van de rechter. Rb. Den Haag, 9 december 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:15014 (*Wilders II*), par. 5.4.3.

16 HR 16 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3583.

17 Zie voor een beknopte toelichting op deze proportionaliteitsstoets A.J. Nieuwenhuis, *Over de grens van de vrijheid van meningsuiting*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015, p. 257-258.

18 HR 16 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3583, par. 4.4.4.

19 Heinze kenschetst dit effect als volgt: 'The point of the "chilling effect" concern here [...] is that, as long as the law draws hazy lines [...] speakers and writers remain unsure about what they may and may not say. Where clear law silences them directly, unclear law has the same effect by causing them to self-censor.' E. Heinze, *Hate speech and democratic citizenship*, Oxford: Oxford University Press 2016, p. 31-32. Zie ook A.L.J. Janssens & A.J. Nieuwenhuis, *Uitingsdelicten*, Deventer: Kluwer 2011, p. 249.

20 Voor beide doeleinden is, naast de reeds aangehaalde literatuur, de bundel T. Herrenberg (red.), *De grenzen van het publieke debat: over verdraagzaamheid en de vrijheid van meningsuiting in de democratische samenleving*, Amsterdam: Boom juridisch 2019 een nuttige bron van inzichten.