



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## **Wilders II: Het onverdraagzaamheidscriterium toegepast door de Hoge Raad: of hoe de weerbare democratie het strafrecht binnentreedt**

Molier, G.; Rijpkema, B.R.; Stam, J.

### **Citation**

Molier, G., Rijpkema, B. R., & Stam, J. (2021). Wilders II: Het onverdraagzaamheidscriterium toegepast door de Hoge Raad: of hoe de weerbare democratie het strafrecht binnentreedt. *Nederlands Juristenblad*, 96(42), 3462-3470. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3278665>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3278665>

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

# Wilders II: Het onverdraagzaamheidscriterium toegepast door de Hoge Raad

Of hoe de weerbare democratie het strafrecht binnentreedt

Gelij Molier, Bastiaan Rijkema & Jip Stam<sup>1</sup>

Met het *Wilders II*-arrest heeft de Hoge Raad een verdere invulling gegeven aan het in het *Felter*-arrest geïntroduceerde onverdraagzaamheidscriterium. Helder is nu dat dit criterium geactiveerd wordt wanneer er sprake is van beledigende uitlatingen specifiek gericht tegen een minderheidsgroep. Dergelijke uitlatingen, in de specifieke wijze waarop deze gedaan werden in *Wilders II*, dienen binnen het toetsingskader van artikel 137c (en d) Sr als ‘onnodig grievend’ te worden beoordeeld. Een politicus verliest daarmee de bescherming die de discolperende context van het maatschappelijke debat hem of haar normaal gesproken kan bieden. In diezelfde beweging heeft de Hoge Raad de artikelen 137c en 137d Sr nu nog duidelijker in de sfeer van de weerbare democratie getrokken, dat wil zeggen: als bepalingen (mede) ter verdediging van de democratische rechtsstaat.

## 1. Inleiding

Op de kop af tien jaar na zijn vrijspraak bij de Rechtbank Amsterdam, is Geert Wilders door de Hoge Raad onherroepelijk veroordeeld voor groepsbelediging voor zijn ‘Minder Marokkanen’-uitspraak.<sup>2</sup> In de eerdere zaak tegen Wilders in 2011 leek de rechtbank voorrang te geven aan de bescherming van het publieke debat boven de minderhedenbescherming, ook wanneer het gaat om uitlatingen die volgens de rechtbank *op zichzelf* aanzetten tot haat of discriminatie.<sup>3</sup> Die prioritering lijkt nu andersom uit te vallen. In *Wilders II* heeft een politicus in beginsel een ruime uitingvrijheid binnen de context van het maatschappelijk debat, maar deze verspeelt hij wanneer hij aanzet tot onverdraagzaamheid jegens een minderheidsgroep.<sup>4</sup>

Hoewel het in 2011 om een andere categorie van groepsbelediging ging, ‘godsdienst’ tegenover ‘ras’ nu, lijkt dit verschil niet alles te kunnen verklaren.<sup>5</sup> Er lijkt tevens sprake te zijn van een trendbreuk. In dit artikel betogen wij dat de belangrijkste aanleiding hiervoor is dat de Hoge Raad de weerbare democratieopvatting van het EHRM (expliciet) heeft omarmd, met als gevolg dat de opiniedelicten 137c en 137d Sr mede in het licht van de weerbare democratietheorie begrepen dienen te worden.<sup>6</sup> Dit houdt in dat politici zich niet langer op de vrijheid van

meningsuiting kunnen beroepen wanneer hun uitlatingen de grondslagen van de democratische rechtsstaat aantasten, daaronder begrepen: het aanzetten tot onverdraagzaamheid.

In het navolgende bespreken we eerst hoe het Gerechtshof Den Haag in *Wilders II* een weerbare democratie-interpretatie van artikel 137c en d voorbereidt (par. 2) en hoe de Hoge Raad deze interpretatie vervolgens steviger verankert onder verwijzing naar de weerbare democratie-opvatting die spreekt uit artikel 17 EVRM. Het strafrecht wordt daarmee, zonder dat die termen expliciet genoemd worden, in de sfeer van de weerbare democratie getrokken (par. 3). De weerbare democratie-gedachte treffen we in Nederland met name aan in de sfeer van het Burgerlijk Wetboek. In het wijzigingsvoorstel van artikel 2:20 BW uit 2019 wordt het zelfs expliciet genoemd:

‘Het bestaande artikel 2:20 Burgerlijk Wetboek (BW) vormt onderdeel van de weerbare democratie, ter bescherming van de open democratische samenleving in den brede.’<sup>7</sup>

Vanuit deze sfeer, maar ook vanuit de aanstaande *Wet op de politieke partijen*, zo zal worden betoogd, is een toenadering richting het strafrecht waar te nemen. Opgeteld bij de

ontwikkelingen rondom artikel 137c en d Sr leidt dat tot een sterkere vervlechting van de weerbare democratie met het strafrecht (par. 4). In de conclusie wordt een aantal kanttekeningen geplaatst bij deze ontwikkelingen (par. 5).

## 2. Het hof in *Wilders II*: het onverdraagzaamheids criterium uitgelegd in het licht van de weerbare democratie

De artikelen 137c en 137d Sr stellen respectievelijk strafbaar het zich in het openbaar *opzettelijk beledigend uitlaten* over, en het *aanzetten tot discriminatie, haat of geweld* tegen, mensen wegens hun ras, godsdienst of levensovertuiging, seksuele geaardheid of handicap.<sup>8</sup> Bij het beoordelen van uitlatingen onder deze artikelen maakt de Hoge Raad gebruik van een in zijn jurisprudentie ontwikkeld toetsingskader.<sup>9</sup> In de eerste plaats moet worden nagegaan of een uitlating *op zichzelf* beledigend, haatdragend of discriminerend is. Is dat het geval, dan is de uitlating strafbaar, tenzij deze – bij de tweede stap van het model – kan worden gerechtvaardigd vanwege de context waarin die uitlating is gedaan. Een bijdrage aan het maatschappelijk debat en een artistieke expressie kunnen gelden als zo'n 'disculperende' context.<sup>10</sup> Daarvan is echter alleen sprake als de uitlating, en dat is de derde stap, niet *onnodig grievend* is. Dit houdt in dat

de beledigende of discriminerende opmerking proportioneel moet zijn in het licht van het doel van de uiting. Met name zeer provocerende of kwetsende bewoordingen ketsen op dit vereiste af.<sup>11</sup>

Als onderdeel van dit toetsingskader treffen we het begrip 'onverdraagzaamheid' voor het eerst aan in het *Felter*-arrest uit 2014 (inzake de uitlatingen van een Amsterdamse politicus over homoseksuelen).<sup>12</sup> Het begrip 'onverdraagzaamheid' zelf is niet nieuw in deze materie en jurisprudentie,<sup>13</sup> maar in het *Felter*-arrest heeft de Hoge Raad deze maatstaf voor het eerst expliciet in zijn toetsingsmodel voor de artikelen 137c en 137d Sr geïntegreerd. Om preciezer te zijn, in de genoemde derde stap van het toetsingskader:

'Bij de beoordeling van de vraag of een uitlating *onnodig grievend* is, dient, indien het gaat om een uitlating door een politicus in het kader van het publiek debat – het politieke debat daaronder begrepen – onder ogen te worden gezien enerzijds het belang dat de betreffende politicus daadwerkelijk in staat moet zijn zaken van algemeen belang aan de orde te stellen ook als zijn uitlatingen kunnen kwetsen, choqueren of verontrusten, maar anderzijds ook de verantwoordelijkheid die de politicus in het

### Auteurs

1. Mr. dr. G. Molier en mr. drs. J. Stam zijn als respectievelijk universitair hoofddocent en promovendus verbonden aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden. Prof. dr. B.R. Rijpkema is verbonden aan de faculteiten Geesteswetenschappen en Rechtsgeleerdheid van diezelfde universiteit, respectievelijk als bijzonder hoogleraar Verdraagzaamheid (Uytenbogaert-leerstoel) en universitair hoofddocent. De auteurs danken Wim Voermans en Ulli d'Oliveira voor hun nuttige commentaar op een eerdere versie van dit stuk.

### Noten

2. HR 6 juni 2021, ECLI:HR:2021:1036, nr. 20/03005 (*Wilders II*).

3. Rb. Amsterdam 23 juni 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ9001 (*Wilders I*); G. Molier, 'Politiek-correct vonnis', *NJB* 2011/1471, afl. 28 (Molier 2011a).

4. HR *Wilders II*, r.o. 3.9.2.

5. Destijds beriep de rechtbank zich op het zogeheten *Gezweel*-arrest van de Hoge Raad (HR 10 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BF0655) waarin werd gesteld dat opmerkingen over een geloof niet als beledigend voor gelovigen kunnen worden geïnterpreteerd in de zin van art. 137c Sr. Mede dankzij deze overweging ontsprong *Wilders de dans*, zie uitgebreid: Gelin Molier, 'De vrijheid van meningsuiting: "it's politics all the way down"', p.

205-242 (p. 221-224), in: Afshin Ellian, Gelin Molier & Tom Zwart (red.), *Mag ik dit zeggen? Beschouwingen over de vrijheid van meningsuiting*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011 (Molier 2011b).

6. Belangrijke vindplaatsen voor die weerbare democratie-opvatting zijn art. 17 EVRM (verlies van de bescherming van verdragsrechten wanneer deze ingezet worden tegen het verdrag zelf) en in de jurisprudentie o.a. EHRM 13 februari 2003 (*Refah Partisi/Turkije*), 41340/98, 41342/98 en 41344/98, §97-98. Zie over het EHRM en de weerbare democratie-idee uitgebreid: Bastiaan Rijpkema, *Weerbare democratie: de grenzen van democratische tolerantie*, Amsterdam: Nieuw Amsterdam 2015 (diss. Leiden), met name p. 166-175; Pauline de Morree, *Rights and wrongs under the ECHR: The prohibition of abuse of rights in Article 17 of the European Convention on Human Rights* (diss. Utrecht), Intersentia, 2016, p. 227 e.v.

7. Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter verruiming van de mogelijkheden tot het verbieden van rechtspersonen, *Kamerstukken II* 2019/20, 35 366, nr. 3, p. 2.

8. Art. 137d bevat ook nog de categorie: 'geslacht'. Groepsbelediging houdt, blijkens de wetgeschiedenis, meer concreet in: het aantasten van de eigenwaarde of het in diskrediet brengen van een groep mensen om de enkele reden dat die mensen in die groep te plaatsen zijn. Kritiek op opvattingen

en gedragingen valt buiten het bereik van de ontworpen strafbepaling. Zie *Kamerstukken II* 1969/70, 9724, MvA, nr. 6, p. 4. Bij aanzetten tot discriminatie of haat moet sprake zijn van een opruiende uitspraak die geschikt is om anderen ertoe aan te zetten de leden van een bepaalde bevolkingsgroep ongelijk te behandelen dan wel jegens hen een extreme emotie van diepe afkeer en vijandigheid te koesteren. Zie *Kamerstukken II* 1967/68, 9724, MvT, nr. 3, p. 5; HR 23 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM9135 (*Combat 18*). De definitie van discriminatie is te vinden in art. 90quater Sr.

9. Een recente weergave van het toetsingsmodel is te vinden in de conclusie van A-G Spronken, par. 4.2., bij HR 3 maart 2019 ECLI:NL:HR:2019:1816 (*'Moslims are terrorists'*), zie verder uitgebreid A.L.J. Janssens & A.J. Nieuwenhuis, *Uitingsdelicten*, Wolters Kluwer: Alphen a/d Rijn 2011, p. 109-114 en Molier 2011b, p. 208-209.

10. Zie over de vraag wanneer er sprake is van een bijdrage aan het maatschappelijk debat recent HR 3 maart 2019 ECLI:NL:HR:2019:1816 (*'Moslims are terrorists'*), r.o. 2.6, en in de conclusie van A-G Spronken met name 4.6.1., en ECLI:NL:HR:2019:1702 (*PEGIDA*), r.o. 4.3; zie ten aanzien van de artistieke expressie recent HR 26 juni 2018 ECLI:NL:HR:2018:1003 (*rapper Ismo*), r.o. 2.6. Incidenteel verschijnt in lagere rechtpraak de 'geloofsopvatting' als disculper-

rende grond, zo ook in de *'Moslims are terrorists'*-zaak, terwijl de Hoge Raad daar niet aan lijkt te willen (zie Molier 2011b, p. 216-217, vgl. Marloes van Noorloos, 'De Hoge Raad over de vrijheid van meningsuiting voor politici', *Tijdschrift Praktijkwijzer Strafrecht*, afl. 12, 2015, § 2).

11. A.J. Nieuwenhuis, *De grens van de vrijheid van meningsuiting*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015, p. 257.

12. HR 16 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3583 (*Felter*).

13. Zo zijn er aanknopingspunten te vinden in het Internationaal Verdrag ter Uitbanning van alle vormen van Rassendiscriminatie (1965), de aanleiding voor de Nederlandse artt. 137c en d (zie daarover: A.H.J. Swart, 'Rassendiscriminatie en de Nederlandse strafwet', *DD* 1970, p. 65-81); in art. 7 van dat verdrag wordt al gesproken over verdraagzaamheid in 'onderwijs, opvoeding, cultuur en voorlichting'. Daarnaast is er een duidelijke 'tweede' lijn in de EHRM-jurisprudentie die specifiek het tegengaan van onverdraagzaamheid aanroept ter beperking van de vrijheid van meningsuiting (naast een lijn die de uitingsvrijheid juist, met name voor politici, ruim trekt), voor het eerst naar de voorgrond tredend in EHRM 6 juni 2006, *Erbakan/Turkije*, 59405/00, r.o. 64; EHRM 16 juli 2009 en *Féret/België*, 15615/07. Zie op dit punt Rick Lawson, 'Schuifelend langs de afgrond: politici en de grenzen van de vrijheid van meningsuiting', p. 191-204 (197), in: Ellian, Molier & Zwart 2011.



© Shutterstock

publieke debat draagt om te voorkomen dat hij uitlatingen verspreidt die strijdig zijn met de *wet* en met de *grondbeginselen van de democratische rechtsstaat*. Daarbij gaat het niet uitsluitend om uitlatingen die aanzetten tot haat of geweld of discriminatie maar ook om uitlatingen die *aanzetten tot onverdraagzaamheid* (cursiveringen toegevoegd).<sup>14</sup>

De Hoge Raad heeft bij de ‘onnodig grievend’-toets aldus een ‘splitsing’ of ‘tweesprong’ gecreëerd.<sup>15</sup> Bij de derde stap in het toetsingskader dient voor politici een specifieke, *eigen* maatstaf aangelegd te worden. Wanneer het gaat om uitlatingen van *politici* geldt dat zij een ruime vrijheid genieten (wellicht zelfs *ruimer* dan die van niet-politici,

getoetst aan de reguliere ‘onnodig grievend’-maatstaf), met uitzondering van een specifieke categorie uitlatingen die ‘aanzetten tot onverdraagzaamheid’ (de *species*) of anderszins strijdig zijn met ‘de grondbeginselen van de democratische rechtsstaat’ (de *genus* van deze nieuwe norm). Bij dergelijke uitlatingen worden *juist* politici aangesproken op een bijzondere verantwoordelijkheid in het publieke debat.

Dat met het onverdraagzaamheids criterium een onderscheid is gecreëerd tussen de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van politici en niet-politici, is in een uitspraak van de Hoge Raad uit 2018 nog eens beklemtoond. In die zaak had het hof ten onrechte de beledigende uitspraken van een niet-politicus in een documentaire getiteld *Wilders the Movie* getoetst aan het onverdraagzaam-

# Deze weerbare democratie-rationale in de redenering van het hof opent bovendien de weg naar artikel 17 EVRM. Dit artikel ontzegt klagers verdragsrechtelijke bescherming wanneer ze de verdragsrechten tegen (de rechten in) het verdrag zelf in willen zetten

heidscriterium, hetgeen de Hoge Raad beschouwde als een onjuiste uitleg van het toetsingskader.<sup>16</sup>

Ondanks deze bevestiging van de tweesprong, is de Hoge Raad wat betreft de *nadere invulling* van het onverdraagzaamheidscriterium na *Felter* niet in de gelegenheid geweest om meer helderheid te verschaffen.<sup>17</sup> De precieze betekenis van deze toevoeging aan het toetsingskader bleef daarmee onduidelijk, zowel wat betreft wat er specifiek onder de *species* 'aanzetten tot onverdraagzaamheid' moet worden verstaan, als wat er, *daarnaast*, nog meer onder de *genus* 'grondbeginselen van de democratische rechtsstaat' zou kunnen vallen.<sup>18</sup>

Aanvankelijk leverde het tweede Wildersproces, dat enkele maanden na het *Felter*-arrest aanving, evenmin een verduidelijking op, aangezien de Rechtbank Den Haag in zijn veroordeling in eerste aanleg niet aan de derde stap in het toetsingskader is toegekomen. De rechtbank was namelijk van oordeel dat Wilders' uitlatingen geen onderdeel uitmaakten van het publieke debat, waardoor de vraag of zijn uitlatingen kwalificeerden als onnodig grievend, bleef liggen.<sup>19</sup> Het gerechtshof daarentegen beschouwde Wilders' uitlatingen wel als een bijdrage aan het publieke debat en kwam zodoende aan de 'onnodig grievend'-toets toe en daarmee ook aan een bespreking van het op politici toesneden onverdraagzaamheidscriterium.<sup>20</sup>

Het hof herhaalt de *genus*-norm uit het *Felter*-arrest in iets andere bewoordingen, wijzend op '(...) de verantwoordelijkheid die de politicus in het politieke/maatschappelijke debat draagt om te voorkomen dat hij uitlatingen verspreidt die strijdig zijn met de wet en met de grondbeginselen van de democratische rechtsstaat'.<sup>21</sup> Bovendien vult het hof die norm vervolgens nader in:

'De ruime uitingvrijheid ontbreekt in het bijzonder bij het belasteren van minderheidsgroepen, omdat daarmee de pluriforme democratische samenleving wordt ondergraven'.<sup>22</sup>

Om direct daarna, in bewoordingen nauw verwant aan het onverdraagzaamheidscriterium, te constateren:

'Verdraagzaamheid en respect voor de gelijkwaardigheid van alle mensen vormen immers het fundament van een democratische en pluriforme samenleving'.<sup>23</sup>

Het hof geeft aldus een nadere invulling aan de 'grondbeginselen van de democratische rechtsstaat' en impliciet ook aan het onverdraagzaamheidscriterium. Onder die norm(en) valt *in ieder geval* de wijze waarop politici minderheden in het publieke debat bejegenen. Het hof concludeert vervolgens dat binnen dit kader de uitlatingen van Wilders inderdaad als onnodig grievend gekwalificeerd moeten worden, waarbij het vooral belang hecht aan het feit dat de uitlating, in de specifieke wijze waarop deze werd gedaan, was gericht tegen 'een minderheidsgroep in Nederland'.<sup>24</sup>

Groepsbelediging wordt hier dus nadrukkelijk in de sfeer van de verdediging van de democratie getrokken – tegen het 'ondergraven' van 'de pluriforme democratische samenleving'. Deze weerbare democratie-rationale in de redenering van het hof opent bovendien de weg naar artikel 17 EVRM. Dit artikel ontzegt klagers verdragsrechtelijke bescherming wanneer ze de verdragsrechten tegen (de rechten in) het verdrag zelf in willen zetten; een artikel dat in de sleutel van de weerbare democratie wordt begrepen.<sup>25</sup> Toch zet het hof die stap niet. Het oordeelde dat artikel 17 EVRM in deze zaak 'niet aan de orde' is en dat de toepassing ervan in het kader van de vrijheid van meningsuiting alleen in 'bepaalde (extreme) gevallen' aangewezen is.<sup>26</sup>

## 3. De Hoge Raad in *Wilders II*: de verdere omarming van de weerbare democratiegedachte via artikel 17 EVRM

In grote lijnen sluit de Hoge Raad zich aan bij het oordeel van het hof. De Hoge Raad concludeert namelijk dat de uitlatingen onnodig grievend waren en dat artikel 10 EVRM niet aan een veroordeling in de weg staat. De wijze waarop de Hoge Raad die instemming formuleert verdient een nauwkeurige lezing:

14. HR 16 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3583 (*Felter*), r.o. 4.4.4.

15. Zie ook Jip Stam, 'Moet de strafrechter ook de scheidsrechter zijn van het publieke debat?', *NJLP* 2020, jrg. 49, nr. 2, p. 149-178 (p. 172-173).

16. HR 10 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:539 (*Wilders the Movie*), r.o. 4.5. Zie ook Hof Amsterdam 12 augustus 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2279)

(*'Nazi cops'*) waarin eveneens het onverdraagzaamheidscriterium ten onrechte toegepast lijkt te worden.

17. Ook het hof heeft dat na de terugverwijzing van *Felter* niet kunnen doen; zij kwam niet aan toepassing van het criterium toe, zie Hof Amsterdam 1 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:296, onder 'onverdraagzaamheid'.

18. Zie Van Noorloos 2015 par. 6.

19. Rb. Den Haag 9 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2016:15014 (*Wilders II*), par. 5.4.3.1.

20. Hof Den Haag 4 september 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1606 (*Wilders II*), par. 8.4.3.

21. *Ibidem*, r.o. 8.4.3.

22. *Ibidem*, r.o. 8.4.3.

23. *Ibidem*, r.o. 8.4.3.

24. *Ibidem*, r.o. 8.4.3.

25. Zie o.a. Rijkema 2015, p. 172-175, voor de duiding van art. 17 EVRM als een voor weerbare democratie relevante bepaling door reeds Van den Bergh zelf (een van de Nederlandse grondleggers van die gedachte), zie p. 48-49, zie verder uitgebreid: De Morree 2016.

26. Hof Den Haag 4 september 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1606 (*Wilders II*), r.o. 11.

'Deze oordelen van het hof, [...], geven gelet op wat onder 3.6 is vooropgesteld *en tevens in het licht van de in de conclusie van de procureur-generaal onder 53-58 besproken rechtspraak van het EHRM*, niet blijkt van een onjuiste rechtsopvatting en zijn toereikend gemotiveerd. De Hoge Raad neemt *hierbij in aanmerking dat het hof bij dit oordeel heeft betrokken* dat de verdachte als politicus daadwerkelijk in staat moet zijn zaken van algemeen belang aan de orde te stellen ook als zijn uitlatingen kunnen kwetsen, choqueren of verontrusten, maar ook dat hij in het publiek debat tevens de verantwoordelijkheid draagt om te voorkomen dat hij uitlatingen verspreidt die strijdig zijn met de wet en met de grondbeginselen van de democratische rechtsstaat, waaronder ook uitlatingen die – mede gelet op de wijze waarop en de context waarin die uitlatingen zijn gedaan – *direct of indirect aanzetten tot onverdraagzaamheid* (cursive-ringering toegevoegd).<sup>27</sup>

Aan het einde van de passage vinden we herhaling van de norm uit *Felter*, waarvan de Hoge Raad stelt dat het hof die 'betrokken' heeft bij zijn oordeel. Daarmee dus diens toepassing van het onverdraagzaamheidscriterium accorderend en steun gevend aan de (hierboven uiteengezette) concrete invulling van dat criterium aan de hand van minderhedenbescherming in het licht van een 'pluriforme democratische samenleving'. Kortom, de Hoge Raad stemt in met het weerbare democratie-aspect in de redenering van het hof.

Aan het begin van de hierboven geciteerde passage levert de Hoge Raad echter een aanvullende onderbouwing voor dat oordeel die een weerbare democratie-interpretatie van de *Felter*-norm nog sterker maakt. De Hoge Raad wijst namelijk niet alleen op overwegingen die al op basis van het *Felter*-arrest bekend waren (in rechtsoverweging 3.6, en met name 3.6.3), maar ook op een passage uit de conclusie van procureur-generaal Silvis. In die passage (paragraaf 53-58) wordt geconcludeerd dat de noodzakelijkheidstoets van artikel 10 lid 2 EVRM in het onderhavige geval moet worden begrepen in het licht van de strekking van artikel 17 EVRM.

De stap die het hof niet wilde zetten, zet de Hoge Raad dus wel. Met de verwijzing naar de conclusie van procureur-generaal Silvis stelt de Hoge Raad zich namelijk op het standpunt dat de 'misbruik van recht'-bepaling van het EVRM wel degelijk relevant is. Een extra weerbaar democratie-element wordt aldus ingebracht bij de interpretatie van artikel 137c en d Sr.

In de betreffende conclusie benadrukt procureur-generaal Silvis dat de vrijheid van meningsuiting van

groot belang wordt geacht in de EHRM-jurisprudentie en al helemaal voor politici. Tegenover deze lijn in de jurisprudentie plaatst hij, in aanvulling op het *Felter*-arrest van de Hoge Raad, de stelling dat de ruime uitingsvrijheid van politici ontbreekt bij het belasteren van minderheidsgroepen, omdat met dergelijke uitlatingen de pluriforme democratische samenleving wordt ondergraven.<sup>28</sup>

Ter toelichting van dit standpunt zet Silvis echter nog een stap. De procureur-generaal verwijst ook naar de volgende passage van oud-advocaat-generaal Knigge (bij het *Felter*-arrest):

'(...) de grote uitingsvrijheid die aan politici wordt toegekend, [wordt] door het EHRM (...) gemotiveerd met het nauwe verband dat het EHRM legt tussen de vrijheid van meningsuiting en een democratische samenleving. In een dergelijke samenleving moet onder meer ruimte zijn voor (scherpe) kritiek op de autoriteiten. (...) *Anders ligt het als het gaat om denigrerende uitlatingen met betrekking tot minderheidsgroepen. Daarvoor dient in een democratie juist heel weinig ruimte te zijn. Dergelijke uitlatingen dreigen namelijk de democratie en de daaraan inherente mensenrechten – waarvan het funderend principe de menselijke waardigheid is die aan ieder individu wordt toegedacht – te ondermijnen* (cursive-ringering toegevoegd).<sup>29</sup>

In deze passage klinkt al heel duidelijk een weerbare democratie-opvatting door ('heel weinig ruimte', om te beschermen tegen dreigende ondermijning), geschoeid op een ruime materieel-democratische leest: democratie is onlosmakelijk verbonden met mensenrechten, en mensenrechten vooronderstellen menselijke (gelijk)waardigheid.<sup>30</sup> Die menselijke (gelijk)waardigheid impliceert tolerantie of verdraagzaamheid tegenover individuen en groepen – in de zin van het *vermijden* van denigrerende uitlatingen, zeker wanneer deze worden gedaan op grond van kenmerken waarover 'niet meer kan worden geargumenteed' of die 'voor het menselijk bestaan van fundamentele waarde' zijn.<sup>31</sup>

Door deze materiële democratieopvatting (zoals geformuleerd door Knigge) tot uitgangspunt en vertrekpunt van zijn analyse te maken kan procureur-generaal Silvis vervolgens stellen dat zijns inziens er niet alleen sprake is van een gerechtvaardigde beperking in de zin van artikel 10 lid 2 EVRM ('noodzakelijk in een democratische samenleving'), maar dat in dit geval tevens artikel 17 EVRM aan de orde is: verdragsrechten mogen niet tegen (de geest van) het verdrag zelf worden ingezet.<sup>32</sup> Wanneer intolerante uitlatingen jegens een minderheid immers geacht worden in strijd te zijn met de menselijke waardigheid, en daarmee een wezenlijk beginsel van de democratie aantasten, komt artikel 17 in beeld.

De procureur-generaal gaat derhalve een stap verder dan het hof. De rechtvaardiging van de beperking van de vrijheid van meningsuiting wordt niet alleen ingegeven door de beperkingsgronden van artikel 10 lid 2 EVRM, maar óók door de strekking van artikel 17 EVRM. Daartoe wijst Silvis erop dat artikel 17 EVRM, naast de 'guillotine-benadering' die het hof in *Wilders II* aan het artikel toeschrijft (en *in casu* dus afwijst), ook

**Met de verwijzing naar de conclusie van procureur-generaal Silvis stelt de Hoge Raad zich op het standpunt dat de 'misbruik van recht'-bepaling van het EVRM wel degelijk relevant is**

nog een functie heeft als interpretatierichtsnoer voor de toepassing van artikel 10 EVRM.<sup>33</sup> Wilders' recht op vrijheid van meningsuiting mag onder artikel 10 lid 2 EVRM worden beperkt, *des te meer* omdat hij dit recht heeft misbruikt om de democratie en de daaraan inherente mensenrechten te ondermijnen.<sup>34</sup>

Het noodzakelijkheids criterium van artikel 10 lid 2 EVRM wordt hier dus mede ingevuld met artikel 17 EVRM als een interpretatierichtsnoer: wanneer de vrijheid van meningsuiting gebruikt wordt om de waarden die ten grondslag liggen aan de pluralistische democratische samenleving te ondermijnen, kan de beperking hiervan, gelet op de 'geest' van artikel 17 EVRM, de toets van het noodzakelijkheids criterium van artikel 10 lid 2 EVRM al gauw doorstaan. Als zodanig kunnen in ieder geval worden aangemerkt uitlatingen die voeding geven aan de negatieve beeldvorming ten aanzien van een minderheidsgroepering.<sup>35</sup> Daarmee introduceert de procureur-generaal, en in diens kielzog (impliciet) de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.9.2, een tweede weerbare democratie-aspect in de strafbare groepsbelediging.

Het gevolg is dat niet langer alleen politieke partij- en wier handelwijze in strijd is met de fundamentele beginselen van de democratische rechtsstaat voor een civielrechtelijk verbod in aanmerking komen, maar dat uitlatingen van politici die deze beginselen aantasten ook via het strafrecht niet ongemoeid gelaten hoeven te worden.<sup>36</sup> Dit op basis van de toetsing aan de *genus* 'grondbeginselen van de democratische rechtsstaat' en de *species* 'aanzetten tot onverdraagzaamheid', ingevuld in *ieder geval* als minderhedenbescherming, zo weten we door *Wilders II*. Die toets binnen de 'onnodig grievend'-stap in het 137c en d-toetsingskader, zo weten we ook na *Wilders II*, moet bovendien begrepen worden in het licht van de weerbare democratie-bepaling uit het EVRM, artikel 17.

Dit alles leidt tot de conclusie dat de artikelen 137c en 137d Sr naast zelfstandige opiniedelicten nu óók begrepen kunnen worden als verdedigingsinstrumenten van de weerbare democratie – zonder dat die term daarbij

direct gebruikt wordt.<sup>37</sup> Dit geldt voor beide artikelen, omdat het algemene toetsingskader van de Hoge Raad sinds *Wilders I* (2011) en – nog duidelijker – sinds *Felter* (2014) van overeenkomstige toepassing is op artikel 137d

## Dit alles leidt tot de conclusie dat de artikelen 137c en 137d Sr naast zelfstandige opiniedelicten nu óók begrepen kunnen worden als verdedigingsinstrumenten van de weerbare democratie

Sr.<sup>38</sup> Dit neemt natuurlijk niet weg dat ook na *Wilders II* nog steeds een ruimere uitingsvrijheid gereserveerd moet worden voor politici, maar dat deze ruime vrijheid ophoudt bij uitlatingen over een minderheidsgroep die de (gelijk)waardigheid van die groep miskent. Daarmee wordt een funderend principe van de democratie aangevallen en dat is waar de Hoge Raad nu expliciet een grens trekt.

### 4. De verdere vervlechting van de weerbare democratie en het strafrecht

De gevolgen van deze meer nadrukkelijke omarming van de weerbare democratie-opvatting in de jurisprudentie van de Hoge Raad rondom 137c en d Sr blijven niet beperkt tot deze artikelen. Herhaaldelijke strafrechtelijke veroordeling van een politicus voor deze feiten kan namelijk *bijdragen* aan de grondslag van een civielrechtelijk verbod op zijn of haar politieke partij, waarmee de beperkingen van de politieke uitingsvrijheid en organisatievrijheid in elkaar grijpen.

27. HR *Wilders II*, r.o. 3.9.2. Merk op dat de Hoge Raad hier spreekt van 'direct of indirect aanzetten tot onverdraagzaamheid' in plaats van het 'aanzetten tot onverdraagzaamheid' uit *Felter*. Steun daarvoor kan gevonden worden in de geciteerde EHRM-jurisprudentie in r.o. 3.6.2.

28. ECLI:NL:PHR:2021:487 (conclusie P-G Silvis bij *Wilders II*), par. 40-58.

29. ECLI:NL:PHR:2021:487 (conclusie P-G Silvis bij *Wilders II*), par. 41, onder verwijzing naar advocaat-generaal Spronken die deze passage aanhaalde in haar conclusie bij het *Wilders the Movie*-arrest. Zie voor de conclusie van Knigge:

ECLI:NL:PHR:2014:1479, par. 4.8-4.9.

30. Zie Rijkkema 2015, o.a. p. 19, 155-156.

31. Aldus de formulering in de memorie van antwoord, *Kamerstukken II* 1969/70, 9724, nr. 6, p. 4.

32. Zie uitgebreid Rijkkema 2015, p. 172-175 en De Morree 2016, in de context van 137c Sr wijst ook Jeroen ten Voorde, vóór de uitspraak van de Hoge Raad in *Wilders II*, onder verwijzing naar o.a. Rick Lawson, op de mogelijke rol van art. 17 EVRM, zie Jeroen ten Voorde, 'Commentaar op 137c Sr', in *Tekst en Commentaar Strafrecht*, via Kluwer Navigator, actueel tot 1 februari 2021, onder 'politieke overtuiging'.

33. ECLI:NL:PHR:2021:487 (conclusie P-G Silvis bij *Wilders II*), par. 51 en 58, over de verschillende rollen van art. 17 EVRM, zie Afshin Ellian, Gelin Molier & Bastiaan Rijkkema 'Weerbare democratie en het probleem van timing: de zaak tegen de NPD', *NJB* 2017/1279, afl. 24, p. 1650-1660 (p. 1656 en noot 70, met verdere verwijzingen) en De Morree 2016, p. 83-87.

34. ECLI:NL:PHR:2021:487 (conclusie P-G

Silvis bij *Wilders II*), par. 58.

35. *Ibidem*, par. 57-58.

36. Zie ook Stam 2020, p. 174-175, waarin de aansluiting van het onderhavige strafrechtelijke kader bij het bestaande civielrechtelijke verenigingsverbod reeds is aangestipt.

37. Zie ook A.J. Nieuwenhuis, 'Groepsbelediging en vrijheid van meningsuiting', *NTS* 2020, nr. 3, p. 183-190 (189), waarin eveneens een dergelijke verschuiving wordt opgemerkt (zij het in andere termen geduid), reeds op basis van het (op dit punt nog minder gearticuleerde) *Felter*-arrest: 'Het door 137c Sr te beschermen rechtsgoed is dan niet zozeer de goede naam van de leden van de groep, maar de bepaling lijkt in het bijzonder ook onverdraagzaamheid in de samenleving te willen voorkomen.' En A.L.J. Janssens & A.J. Nieuwenhuis, *Uitings-*

*delicten*, 2019, via Kluwer Navigator, '7.3 nodeloos grievend', eveneens op basis van *Felter*: 'Duidelijk is wel, naar onze mening, dat in deze overweging van de Hoge Raad "zijn visie op een fatsoenlijke samenleving" besloten ligt. Zo bezien kan deze overweging in de sleutel van een "materiële democratie" gezet worden: de uitlating – het zij herhaald: kennelijk enkel in het politieke discours – is slechts dan onnodig grievend indien daardoor of door de wijze waarop zij wordt gedaan, de instandhouding van de rechtstaat en haar uitgangspunten waarop een democratische samenleving is geschraagd, in gevaar worden gebracht.'

38. Voor *Wilders I*, zie: ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ9001, r.o. 4.3.1, voor *Felter*, zie: ECLI:NL:HR:2014:3583, r.o. 4.4.3.

In de partijverbodszaak tegen de extreemrechtse CP'86 in de jaren negentig vormden veroordelingen voor onder meer de delicten uit de artikelen 137c en d bouwstenen om de partij te beschouwen als handelend in 'strijd met de openbare orde' (artikel 2:20 BW) en op grond daarvan te verbieden.<sup>39</sup> Het begrip 'openbare orde' werd daarbij, aan de hand van de wetsgeschiedenis, ingevuld in een (brede) materieel-democratische zin als de 'algemeen aanvaarde grondvesten van ons rechtsbestel', passend in een weerbaar democratisch stelsel.<sup>40</sup> De rechter benadrukt in de CP'86-uitspraak bovendien dat het moet gaan om *meerdere* feiten/overtredingen die, de wetsgeschiedenis citerend, 'geworden zijn tot een schakel in de werkwijze'.<sup>41</sup> Een enkele veroordeling is *in ieder geval* niet voldoende, en meerdere veroordelingen leiden bovendien zeer waarschijnlijk niet *automatisch* tot een verbod, gezien de bredere partijcontext die gewogen wordt door de rechter. Veroordelingen voor de artikelen 137c en d zijn dus 'bouwstenen', maar geen voldoende voorwaarden.

In die systematiek konden veroordelingen op grond van 137c en d Sr, *zonder* de weerbare democratie-gronden zoals later ontwikkeld in *Felter* en *Wilders II*, reeds een eerste opmaat vormen naar een verbod van de politieke partij (artikel 2:20 BW) van de betrokkene(n) op weerbare democratie-gronden. De paragrafen 2 en 3 hebben laten zien dat, met de nadrukkelijke aansluiting bij de weerbare democratie-gedachte door het hof en de Hoge Raad in *Wilders II*, nu voorzichtig gesteld kan worden dat de vervlechting tussen de weerbare democratie en het strafrecht verder is toegenomen. Een uitlating van een politicus in het maatschappelijk debat kan immers, met de huidige stand van de jurisprudentie, op (expliciet) weerbare democratie-gronden in de 'onnodig grievend'-toets, onder verwijzing naar artikel 17 EVRM, tot een veroordeling op grond van 137c en d Sr leiden, waarna die veroordeling vervolgens een bouwsteen kan zijn voor het verbod van een politieke partij op weerbare democratie-gronden langs de weg van artikel 2:20 BW.

Des te interessanter is dat de meest recente wetgevingsontwikkelingen rondom de weerbare democratie en partijverboden, de wijziging van artikel 2:20 BW en de eerste contouren van de aankomende *Wet op de politieke partijen*, eveneens wijzen in de richting van een sterkere vervlechting tussen de weerbare democratie en het strafrecht. Die beweging is in de literatuur al langer waar te nemen.<sup>42</sup> Verschillende auteurs stellen dat het wenselijk zou zijn de verbinding tussen partijverboden en het strafrecht hechter te maken, bijvoorbeeld door een reeks van strafrechtelijke veroordelingen daadwerkelijk dwingend op te nemen als eis voor een partijverbod.<sup>43</sup>

Die lijn van verdere vervlechting heeft recent aan kracht gewonnen. Allereerst door de expliciete opneming van een aantal strafbare feiten, waaronder het 'aanzetten tot haat of discriminatie' (artikel 137d Sr), als vermoeden voor 'strijd met de openbare orde', in het nieuwe artikel 2:20 BW.<sup>44</sup> Dit nieuwe artikel 2:20 BW gaat uitsluitend gelden voor verenigingen, *niet-zijnde politieke partijen* – de gemaakte koppeling is daarmee slechts relevant voor (politieke) organisaties en niet voor politieke partijen.<sup>45</sup> Bovendien werd een koppeling met het aanzetten tot haat en discriminatie al gelegd in de wetsgeschiedenis van het oude artikel 2:20 BW en de reeds genoemde CP'86-uitspraak.<sup>46</sup> Toch is deze expliciete *wettelijke* ver-

ankering onmiskenbaar een stap in de richting van een nadere vervlechting van de weerbare democratie met het strafrecht.

Deze benaderingswijze lijkt daarnaast een vervolg te krijgen wanneer het daadwerkelijk om politieke partijen gaat, namelijk in de aanstaande *Wet op de politieke partijen*. In de brief waarmee de Minister van Binnenlandse Zaken deze wet aankondigt en de eerste contouren ervan schetst, wordt, in navolging van de Staatscommissie parlementair stelsel, een escalatieladder gesuggereerd waarbij een verbod 'pas aan de orde' komt na 'strafrechtelijke ver-

## Deze benaderingswijze lijkt daarnaast een vervolg te krijgen wanneer het daadwerkelijk om politieke partijen gaat, namelijk in de aanstaande *Wet op de politieke partijen*

volging van voorlieden' en 'het stopzetten van subsidie'.<sup>47</sup>

Ten aanzien van die escalatieladder is het uiteraard de vraag hoe *dwingend* de 'stappen' (in de termen van de Staatscommissie) op de escalatieladder worden gemaakt.<sup>48</sup> Zijn strafrechtelijke veroordelingen een (hard) *vereiste* voor het kunnen opleggen van het partijverbod,<sup>49</sup> of is er eerder een rechterlijke proportionaliteitsafweging vereist (had het strafrecht nog uitkomst kunnen bieden, in plaats van een verbod?),<sup>50</sup> of is het slechts een *voornemen* voor de overheid in de zin van voorgenomen beleid: eerst het strafrecht aanspreken, dan bestuurlijke maatregelen, om daarna pas naar het verbod te grijpen?<sup>51</sup>

Voorts zegt de minister de Staatscommissie ook te zullen volgen in het zoeken van aansluiting bij de richtlijnen van de Venetië-commissie. Daarbij verdient het vermelding dat de Staatscommissie die richtlijnen niet helemaal correct weergeeft, waardoor het lijkt alsof de Venetië-commissie enkel partijverboden acceptabel acht wanneer er sprake is van geweld of het prediken van geweld. In de woorden van de Staatscommissie:

'Een partijverbod kan alleen worden gerechtvaardigd wanneer een partij geweld predikt en gewelddadige middelen gebruikt om politieke doelen te verwezenlijken: het ontmantelen van de democratische constitutionele orde en het afschaffen van grondwettelijke rechten en vrijheden.'<sup>52</sup>

De passage van de Venetië-commissie waarnaar door de Staatscommissie lijkt te worden verwezen luidt:

'(...) the PACE stated in paragraph 11 that "restrictions on or dissolution of political parties should be regarded as exceptional measures to be applied in



cases where the party concerned uses violence or threatens civil peace and the democratic constitutional order of the country.” Thus, opportunity for a state to dissolve or prohibit a political party from forming should be exceptionally narrowly tailored and applied only in extreme cases.<sup>53</sup>

Die passage dient, in weerwil van de interpretatie van de Staatscommissie, begrepen te worden als het *nevenschikken* van het gebruik van geweld (als partijmiddel) *naast* de bedreiging van de democratisch-constitutionele orde (en de openbare orde) (als partijdoel) als twee afzonderlijke gronden voor een verbod. Dit in lijn met de klassieke uitspraak in dit kader, EHRM *Refah*, waarin het hof expliciet stelt dat zowel de *middelen* als *doelen* van partijen in overeenstemming met fundamentele democratische principes dienen te zijn.<sup>54</sup> Het is moeilijk voorstelbaar dat de minister de interpretatie van de Staatscommissie overneemt. Als dat wel gebeurt, zou dat de minister uiteraard nóg nadrukkelijker op het spoor van een vervlechting van het partijverbod met het strafrecht zetten.

## 5. Conclusies en discussie

Met het *Wilders II*-arrest heeft de Hoge Raad een verdere invulling gegeven aan het in het *Felter*-arrest geïntroduceerde onverdraagzaamheidscriterium. Helder is nu dat het onverdraagzaamheidscriterium geactiveerd wordt wanneer er sprake is van beledigende uitlatingen specifiek gericht tegen een minderheidsgroep. Dergelijke uitlatingen, in de

specifieke wijze waarop deze gedaan werden in *Wilders II*, dienen binnen het toetsingskader van 137c (en d) als ‘onnodig grievend’ te worden beoordeeld. Een politicus verliest daarmee de bescherming die de discolperende context van het maatschappelijke debat hem normaal gesproken kan bieden. Een lijn die door het hof in *Wilders II* bovendien expliciet in verband gebracht werd met de bescherming van de ‘pluriforme democratische samenleving’.

In diezelfde beweging heeft de Hoge Raad vervolgens de artikelen 137c en 137d Sr nu nog duidelijker in de sfeer van de weerbare democratie getrokken, dat wil zeggen: als bepalingen (mede) ter verdediging van de democratische rechtsstaat. De Hoge Raad maakt in *Wilders II* namelijk ook duidelijk dat het oordeel ‘onnodig grievend’ in het geval van politici op twee pijlers rust. Enerzijds was er al het *Felter*-arrest, met daarin de grond: strijd met de wet en met de grondbeginselen van de democratische rechtsstaat (als *genus*), en binnen die categorie het onverdraagzaamheidscriterium (als *species*). Anderzijds wijst de Hoge Raad, via een verwijzing naar de conclusie van P-G Silvis, op de richtsnoer-functie van artikel 17 EVRM, de ‘misbruik van recht’-bepaling – een als uiting van weerbare democratie opgevatte bepaling uit het Verdrag. Artikel 17 EVRM kleurt dan de toetsing of sprake is van een toegelaten beperking onder artikel 10 lid 2 EVRM.

Een en ander leidt tot de conclusie dat politici, ondanks dat zij bijdragen aan het maatschappelijk debat, beperkt kunnen worden in hun vrijheid van meningsuiting wanneer hun uitlatingen in strijd zijn met de grondbegin-

39. Rb. Amsterdam 18 november 1998, ECLI:NL:RBAMS:1998:AD2961 (*CP’86*), r.o. 1.8, 1.9 en 4.4.2. Zie reeds bij Tom Barkhuysen, ‘Politieke Participatie van Discriminerende Partijen: Ondersteunen, Gedogen of Bestrijden?’, *NJCM-Bulletin* 2004, vol. 29, nr. 4b, p. 602; zie verder W. van der Woude, *Democratische waarborgen*, Deventer: Kluwer 2009, p. 23; Molier 2016, p. 2445, noot 55; P.A.M. Mevis, ‘Van revolutionaire woelingen en motorbendes; organisatieverboden als risico voor de democratie en de betekenis en de rol van het materiële strafrecht’, p. 215-257 (p. 218), in: N.S. Efthymiou, J. Goossens & R. De Lange, *Democratie: nieuwe ontwikkelingen* (Staatsrechtconferentie 2018), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2018; Joep Koonstra, Berend Roorda & Jan Brouwer, ‘Antidemocratische rechtspersonen op ondemocratische wijze verbieden. Wetsvoorstel art. 2:20 BW innerlijk tegenstrijdig’, *NJB* 2019/1430, afl. 25, p. 1786-1795 (p. 1790); Ulli d’Oliveira, ‘De PVV is in strijd met de openbare orde’, *Het Parool*, 8 september 2021. De auteurs verschillen van inzicht over de vraag in hoeverre een strafrechtelijke veroordeling een noodzakelijke voorwaarde voor een verbod is, en dus altijd nodig is (vgl. bijvoorbeeld Mevis 2018, p. 218 en Van der Woude 2009,

p. 23 (ontkennend) en Barkhuysen 2004, p. 602 en Koonstra, Roorda & Brouwer 2019, p. 1790 (bevestigend)).

40. Rb. Amsterdam *CP’86*, r.o. 4.3; zie Gelin Molier, ‘Het verbod van een politieke partij: een anomalie in een democratie?’, *NJB* 2016/1754, nr. 34, p. 2438-2446 (p. 2444); het is de vertaling van de rechter van de invulling die in wetgeschiedenis is gegeven aan ‘openbare orde’, te weten: ‘de als wezenlijk ervaren beginselen van ons rechtsstelsel’, zie *Kamerstukken II* 1984/85, 17 476, nr. 5, p. 2.

41. Rb. Amsterdam *CP’86*, r.o. 4.4.1.

42. Uiteraard waren er bovendien al meerdere aanknopingspunten in het strafrecht te vinden, zie uitgebreid Mevis 2018; P.A.M. Mevis, ‘Strafrecht en het verbieden van rechtspersonen; misdrijven tegen de democratische rechtsorde’, *DD* 2019, vol. 40, nr. 7, p. 513-529 (p. 525-526).

43. Koonstra, Roorda & Brouwer 2019, p. 1790 en 1795, gaan het verst in die zin dat zij louter verboden zouden willen zien op basis van strafrechtelijke veroordelingen. Mevis 2018, p. 240-248, ziet een duidelijke toegevoegde waarde in een strakkere koppeling aan het strafrecht, maar wil daar geen uitsluitende drempel van maken, onder de expliciete erkenning dat er ook voor de democratie schadelijke gedragingen zijn die

zich niet laten dekken door huidige of toekomstige strafrechtelijke bepalingen (zie ook Mevis 2019, p. 525-529). Mevis 2018 schrijft over een regeling voor politieke partijen én (andersoortige) verenigingen tezamen (ante het art. 2:20 BW-voorstel en de voorgenomen *Wet op de politieke partijen*); de (vergelijkbare) overwegingen in Mevis 2019 zien alleen op organisaties *niet-zijnde politieke partijen* (post het art. 2:20 BW-voorstel en het voornemen tot een Wpp te komen). Koonstra, Roorda & Brouwer schreven in reactie op de internetconsultatieversie van het art. 2:20 BW-voorstel waarin politieke partijen nog niet uitgezonderd werden (zie internetconsultatie.nl/aanpassing220bw); hun voorstel voor de strafrechtelijke koppeling ziet dus op zowel organisaties *niet-zijnde politieke partijen* (art 2:20 BW nieuw), als op politieke partijen.

44. Wet van 23 juni 2021 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter verruiming van de mogelijkheden tot het verbieden van rechtspersonen, *Stb.* 2021, 310, p. 1, zie ook Mevis 2019, p. 525-526.

45. Een overgangsbepaling regelt dat de oude variant van art. 2:20 BW tot nader order blijft gelden voor politieke partijen (zie p. 3 bij de Wet van 23 juni 2021).

46. *Kamerstukken II* 1984/85, 17 476, 5, p. 2; zie uitgebreid Rijkema 2015, p. 58-60;

Rb. *CP’86*, r.o. 4.4.2 en 4.4.3.

47. ‘Voortgang voorbereiding Wet op de politieke partijen’, Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, 11 juni 2020, p. 2.

48. Eindrapport Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 222.

49. Zoals Koonstra, Roorda & Brouwer 2019 betogen, zij het niet nadrukkelijk ten aanzien van politieke partijen, maar ten aanzien van radicale rechtspersonen (zie noot 43 hierboven).

50. Zoals voorgesteld door Mevis 2019, p. 525, en expliciet onderdeel van de EHRM-jurisprudentie ten aanzien van partijverboden (maar niet beperkt tot louter strafrechtelijke middelen), zie Bastiaan Rijkema, *Lokale weerbare democratie*, Boom juridisch 2020, p. 80-86.

51. Zie ook de kanttekeningen bij Mevis 2018, p. 218-219.

52. Eindrapport Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 223.

53. European Commission for Democracy through Law (Venice-commission), *Compilation of Venice Commission Opinions and Reports concerning Political Parties*, 15 maart 2016, p. 55.

54. EHRM 13 februari 2003, 41340/98, 41342/98 en 41344/98 (*Refah Partisi*/Turkije), par. 97-98.

## Nu met *Felter* en *Wilders II* de strafrechtelijke aanpak van discriminatoire uitlatingen nadrukkelijker binnen de sfeer van de democratieverdediging gebracht wordt, begint zich een veelomvattender systeem af te tekenen als het gaat om beperkingen aan de vrijheid van politici en politieke partijen

selen van de democratische rechtsstaat (inclusief verdraagsaamheid) en daarmee hun vrijheid van meningsuiting gebruiken op een manier die deze en aanverwante vrijheden uit het EVRM, bedreigt. Het weerbare democratie-denken doet hier, zonder dat die term expliciet gebruikt wordt, onmiskenbaar haar (verdere) intrede in het strafrecht. Tegelijkertijd liet paragraaf 4 zien dat vanuit de traditionele habitat van de weerbare democratie, het partij- en organisatieverbod in het Burgerlijk Wetboek en de (aankomende) *Wet op de politieke partijen*, er aansluiting wordt gezocht bij het strafrecht. Een beweging die bovendien al langer in de literatuur zichtbaar is.

Een belangrijke vervolgvraag is daarom hoe deze verdere vervlechting van de weerbare democratie en het strafrecht beoordeeld zou moeten worden. De vervlechting laat het vrij licht ingestoken Nederlandse weerbare democratieregime verder groeien. De mogelijkheid tot het verbieden van politieke partijen is geopend via wat nu artikel 2:20 BW is, maar er lag geen heldere, overkoepelende visie over democratische zelfverdediging aan ten grondslag,<sup>55</sup> zoals wel aan te treffen is in het samenstel van weerbare democratiebepalingen in de Duitse Grondwet.<sup>56</sup> Nu echter met *Felter* en *Wilders II* de strafrechtelijke aanpak van discriminatoire uitlatingen nadrukkelijker binnen de sfeer van de democratieverdediging gebracht wordt, begint zich een veelomvattender systeem af te tekenen als het gaat om beperkingen aan de vrijheid van politici en politieke partijen.

Daarbij worden de grenzen van het politieke speelveld als het gaat om de vrijheid van *vereniging* bepaald door artikel 2:20 BW en de nieuwe *Wet op de politieke partijen*, en als het gaat om de vrijheid van *meningsuiting* tevens door de nieuwe weerbaar-democratische invulling van het criterium 'onnodig grievend' in *Felter* en *Wilders II*. Twee grenzen die bovendien, zoals wij hierboven getracht hebben inzichtelijk te maken, de nodige interactie-effecten hebben.<sup>57</sup> Het lijkt dan ook raadzaam om een meer integrale blik te ontwikkelen op *het geheel aan* zich vervlechtende grenzen van het politieke speelveld. Daartoe biedt de in voorbereiding zijnde *Wet op de politieke partijen* wat ons betreft een goede eerste gelegenheid.

Drie overwegingen zijn daarbij in ieder geval van belang. Ten eerste is een belangrijk uitgangspunt van de weerbare democratie dat getracht wordt de democratie te beschermen met zo min mogelijk inperking van rechten.<sup>58</sup> Daarom hebben de maatregelen idealiter een *preventief* karakter. Het civielrechtelijke karakter van het verbod in artikel 2:20 BW sluit daarbij aan: de leiders en leden van een verboden partij worden niet 'gestraft' (mits ze de partij na het verbod niet voortzetten, artikel 140 lid 2 Sr), het wordt ze enkel, in uitzonderlijke gevallen, onmogelijk gemaakt te

proberen hun ondemocratische doelen langs legaal-democratische weg te realiseren.<sup>59</sup> Een verdere vervlechting met het strafrecht zet dat preventieve karakter op het spel.

Ten tweede gaat de weerbare democratie-gedachte ervan uit dat er handelingen kunnen plaatsvinden die niet strafbaar zijn, maar toch, mits tot een succes gebracht, de democratie ernstige schade kunnen toebrengen.<sup>60</sup> Niet voor niets richtte George van den Bergh zich in zijn oratie over partijverboden in 1936 al op de *geweldloze* partijen en richt de Duitse Grondwet zich op het onmogelijk maken van *legale* revolutie.<sup>61</sup>

Ten derde valt te betwijfelen of het strafrecht de verdediging van de democratie daadwerkelijk (zoveel) meer 'vaste grond' onder de voeten geeft, zoals wel wordt betoogd.<sup>62</sup> De toets aan 'grondbeginselen van de democratische rechtsstaat' die sinds *Felter* wordt aangelegd bij het strafrechtelijk beoordelen van de meningsuitingen van politici in het publieke debat is niet op voorhand concreter dan toetsing aan de 'algemeen aanvaarde grondvesten van ons rechtsbestel' bij een partijverbod op basis van het oude (en nu nog voor politieke partijen geldende) artikel 2:20 BW. Daarbij is het bovendien de vraag of een verder concreet (strafrechtelijk) dichttimmeren van de weerbare democratie nog de juiste balans slaat tussen de door rechtszekerheid verlangde concreetheid en een, in het belang van een effectieve democratieverdediging vereiste, meer contextuele benadering.<sup>63</sup> ●

55. Zie reeds Van den Bergh in 1936, daarover Rijkema 2015, o.a. p. 52-60.

56. Zie het overzicht in Ellian, Molier & Rijkema 2017, p. 1650-1652.

57. Zie over interactie-effecten (in een andere context): Kim Lane Scheppelle, 'The Rule of Law and the Frankenstate': Why Governance Checklists Do Not Work', *Governance* 2013, vol. 26 nr. 4, p. 559-662.

58. Rijkema 2015, o.a. p. 143-144 en 198-199.

59. Dat houdt uiteraard de optie van het *niet*-legaal streven naar ondemocratische doelen, maar juist daar komt men het strafrecht tegen, zie Rijkema 2015, p. 71.

60. Zie ook Mevis 2018, p. 247 voor een erkenning dat het strafrecht niet alle normen kan dekken die wel relevant zijn voor de bescherming van de democratie; Koorstra, Roorda & Brouwer 2019, p. 1790 menen juist dat de strafwetgeving alles wat 'wezen-

lijk' is binnen 'de als wezenlijk ervaren beginselen van ons rechtsstelsel' beschermt.

Zie echter bijvoorbeeld ten aanzien van discriminatie, Van der Woude 2009, p.23:

'Antidemocratische partijen die niet discrimineren (die het kiesrecht voor iedereen willen afschaffen) worden door deze discriminatieverboden in principe niet geraakt. Het willen afschaffen van democratie zet – mits op vreedzame wijze – bovendien op zichzelf niet aan haat.'

61. Rijkema 2015, p. 48-49, 71, zie ook p. 15

62. Koorstra, Roorda & Brouwer 2019, p. 1790 en Mevis 2018, p. 241.

63. Zie Bastiaan Rijkema, 'Militant Democracy and the Detection Problem', p. 169-186, in: Anthonia Malkopoulou & Alexander Kirshner, *Militant Democracy and Its Critics: Populism, Parties, Extremism*, Edinburgh: Edinburgh University Press 2019.