

Wegen sympathieën zwaarder dan constitutionele zuiverheid?

Frank Vlemminx spreekt in zijn bijdrage in NJB af. 34 van dit jaar (p. 1699) zijn grote sympathie uit met homoseksuelen die zich beledigd achten door de uitspraken van Van Dijke over de verhouding die zijn mede-christenen - "wij christenen" - construeren tussen het vierde en het zevende gebod. Dit mededogen siert hem. Maar de sympathieën hebben zwaarder gewogen dan constitutionele zuiverheid. Anders dan Vlemminx suggereert, heeft de rechter in deze zaak op geen enkele manier het toetsingsverbod overtreden. Omdat over de reikwijdte van het toetsingsverbod zelfs bij docenten staatsrecht kennelijk zoveel misverstand mogelijk is (bij het wetsvoorstel tot wijziging van het toetsingsverbod wordt daaraan geen woord vuil gemaakt, zomin als in de notitie van het vorige kabinet over het toetsingsverbod), is het nuttig een en ander recht te zetten.

De constitutionele kwestie betreft vooreerst Vlemminx' stelling dat de HR het toetsingsverbod van artikel 120 van de Grondwet heeft geschonden door het begrip "(opzettelijk) beledigend uitlaten" in de zin van artikel 137 c en 137 e Sr uit te leggen in het licht van de vrijheid van godsdienst en meningsuiting. Het is volkomen duidelijk dat een uitleg van de wet in het licht van de grondwettelijke grondrechten, niets anders is dan grondwetsconforme uitleg. Net als andere gevallen van grondwetsconforme uitleg, valt dit niet onder het bereik van het toetsingsverbod. De Hoge Raad heeft zich daarom van oudsher, en terecht, van deze vorm van wetsuitleg bediend. Een dergelijke uitleg is uiteraard alleen mogelijk als er überhaupt ruimte voor uitleg is. Dit is het geval bij een begrip als "opzettelijk beledigend uitlaten". Hetzelfde geldt voor de 'beginsel-conforme' uitleg van de wet die de Hoge Raad wel 'ns bezigt, dat wil zeggen uitleg van de wet in het licht van ongeschreven rechtsbeginselen. Het is vreemd deze vormen van wetsuitleg te bestempelen als "truc". Als dit waar zou zijn, dan zouden rechters niet alleen in Nederland maar in nagenoeg alle ons omringende landen - waar soms een verbod bestaat om te toetsen aan sommige internationaal recht, maar ook waar er geen toetsingsverbod is - zich veelvuldig bezondigen aan "trucs".

Nu lijkt Vlemminx er vanuit te gaan dat de grondrechten die in de zaak Van Dijke aan de orde waren, alleen de grondwettelijke zijn. Daarbij vat hij deze grondrechten op als het grondrecht *minus* de beperkende bepalingen. De in casu aan de orde zijnde grondrechten van godsdienst- en meningsuiting kunnen blijkens de tekst van de Grondwet immers in meer of mindere mate bij of krachtens de wet worden beperkt. Met deze benadering wil Vlemminx bereiken dat er helemaal geen grondwetsconforme interpretatie mogelijk is van een wet, ook als de wet begrippen bevat welke op meerderlei wijze uitgelegd kunnen worden, en wel in die zin dat een uitleg ten gunste van een grondrecht en een ten nadele van een grondrecht mogelijk is. De vraag is of dit wel een gunstige benadering is, zeker voor wie eigenlijk voorstander is van een beperking van het toetsingsverbod (hoewel Vlemminx zich kennelijk nu pas bewust is geworden wat dit voor gevolgen zou kunnen hebben).

Nu kan het zo zijn dat de wetgever volstrekt ondubbelzinnig is geweest in het beperken van grondwettelijke grondrechten bij wet en daarbij allerlei samenloop en botsing van grondrechten zorgvuldig tegen elkaar heeft afgewogen, zodat voor een grondwetsconforme wetsuitleg door de rechter welke strijdig is met een grondwetsuitleg van de wetgever (uiteraard) geen ruimte meer is. Ten aanzien van de strafbepalingen die in de zaak Van Dijke speelden, is zo ongeveer het enige dat Vlemminx aanhaalt, enerzijds dat de minister het niet nodig vond een godsdienstige exceptie in de wet in te voeren, en dat de "oprechtheid" van een godsdienstige uiting geen criterium is voor de strafbaarheid. Uiteraard is oprechtheid geen doorslaggevend criterium. Wat wel of niet als omstandigheid kan gelden die maakt dat er sprake is van een opzettelijke belediging bij een godsdienstige uiting, is verder niet aan de orde geweest. Dit kunnen we betreuren, maar betekent dat de wetgever zich niet in de wet heeft uitgesproken over een geval als dat van Van Dijke, waarin een uiting over de opvatting

onder christenen over de verhouding van twee godsdienstige geboden onder christenen wordt besproken, op een wijze die tevens voor sommigen als beledigend wordt ervaren.

Daarbij komt dat niet alleen het grondwettelijk kader relevant is, maar tevens het verdragsrechtelijke. Anders dan Vlemminx (p. 1697, l.k.), meen ik dat de term “grondrechten”, niet uitsluitend en alleen duidt op de grondwettelijke grondrechten. Het is juist dat de Hoge Raad geheel ongespecificeerd spreekt over “de vrijheid van godsdienst en van meningsuiting”. Maar dit bevestigt eerder dat het *niet* slechts om de grondwettelijke grondrechtenbepalingen gaat. Bij de verdragen speelt het toetsingsverbod nog minder dan bij de Grondwet. De wet wordt echter helemaal niet “getoetst” aan relevante verdragsrechten, maar slechts uitgelegd in het licht van de genoemde vrijheden - het gaat dus om verdragsconforme interpretatie.

De vraag ‘waar de Hoge Raad de vrijheid van godsdienst en van meningsuiting vandaan haalt’ beantwoordt Vlemminx door teponeren dat we te maken hebben met een ongeschreven rechtsbeginsel. Dit is interessant, maar lijkt meer gepast in een traditionele *common law* of in de EG-rechtelijke benadering dan in de Nederlandse, te meer daar het arrest van de Hoge Raad weinig expliciete aanknopingspunten biedt om deze vrijheden als beginsel te zien. Hoe dit zij, opnieuw moet worden geconstateerd dat er geen enkel constitutioneel bezwaar is om een beginselconforme wetsuitleg te bezigen. Het is onjuist om het Harmonisatiewet-arrest zo te verstaan dat dit de rechter verbiedt om in geval een open begrip uitleg vergt, dit begrip uit te leggen in het licht van en in overeenstemming met een ongeschreven rechtsbeginsel. Zoiets was namelijk in het geheel niet aan de orde in dit arrest. De bepalingen van de Harmonisatiewet leenden zich immers niet voor een uitleg of toepassing die beginselconform kon zijn.

Kortom, op zich is er niet veel mis met het hebben sympathieën, behalve dat ze Vlemminx niet behoedt hebben voor een aantal constitutioneelrechtelijke misslagen.

Leonard F.M. Besselink