

Vergaderjaar 2016–2017

34 466

Voorstel van wet van het lid Keijzer tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met de strafbaarstelling van de verheerlijking van terrorisme

Nr. 4

ADVIES VAN DE AFDELING ADVISERING VAN DE RAAD VAN STATE EN REACTIE VAN DE INITIATIEFNEEMER

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 27 juni 2016 en de reactie van de initiatiefneemster d.d. 27 februari 2017, aangeboden aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Het advies van de Afdeling advisering is cursief afgedrukt.

Bij brief van de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 2 mei 2016 heeft de Tweede Kamer, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet van het lid Keijzer tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met de strafbaarstelling van de verheerlijking van terrorisme, met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel maakt het tot een misdrijf om terroristische misdrijven te verheerlijken, welke verheerlijking de openbare orde ernstig verstoort of kan verstoren.¹

Volgens de toelichting is het voorstel aanhangig gemaakt omdat de samenleving beledigende, haat zaaiende en verontrustende uitlatingen over terroristische misdrijven niet hoeft te tolereren en over haar kant te laten gaan. De terroristische aanslagen van de afgelopen twee jaar hebben diepe wonden en sporen achtergelaten. Het verheerlijken van terroristische misdrijven kan burgers diep kwetsen, haat zaaien, ontwrichting in de samenleving teweeg brengen en een voedingsbodem scheppen voor het opnieuw begaan van deze misdrijven. De inzet van het strafrecht is sluitstuk van het zelfreinigende vermogen in de samenleving

¹ Met het voorstel is aangesloten bij het conceptwetsvoorstel dat in 2005 door de regering is opgesteld. Dat conceptvoorstel stelde strafbaar het verheerlijken, vergoelijken, bagatelliseren en ontkennen van zeer ernstige misdrijven strafbaar. Het voorliggende voorstel betreft alleen de strafbaarstelling van verheerlijking van terroristische misdrijven en is in zoverre beperkter.

om het publieke debat op orde en binnen de perken te houden, aldus de toelichting.²

De Afdeling advisering van de Raad van State onderkent de ingrijpendheid van de gevolgen die terroristische aanslagen de afgelopen jaren hebben gehad, voor de slachtoffers en nabestaanden alsook voor de samenleving als geheel. De Afdeling deelt dan ook de zorg om de gevolgen van uitingen die een verheerlijking van terroristische misdrijven zijn. De Afdeling merkt echter op dat de noodzaak van de voorgestelde strafbepaling in de toelichting onvoldoende aannemelijk is gemaakt gelet op de thans reeds voorhanden zijnde strafrechtelijke instrumenten. Daarnaast maakt de Afdeling opmerkingen met betrekking tot de onbepaaldheid van een aantal elementen uit de delictsomschrijving: «verheerlijken», «openbare orde», «kan verstoren» en «terroristisch misdrijf.» De Afdeling concludeert dat het element van de potentiële openbare ordeverstoring niet aan het uit het legaliteitsvereiste voortvloeiende «bepaaldheidsgebod» voldoet en het voorstel met betrekking tot de overige elementen op gespannen voet staat met dat vereiste.

Initiatiefneemster dankt de Afdeling voor het uitgebrachte advies. Zij gaat graag in op de gestelde vragen over de door haar voorgestelde strafbaarstelling.

Initiatiefneemster neemt er met gepaste deugd kennis van dat de Afdeling de zorgen deelt omtrent de gevolgen van de verheerlijking van terrorisme. Gepast, omdat de ingrijpendheid van de gevolgen terroristische aanslagen, daags na het ontvangen het advies van de Afdeling helaas wereldwijd, maar ook in de Nederlandse samenleving sterk is toegenomen. Aanslagen en daden van geweld en terreur zorgen voor onrust en angst onder de bevolking, ook hier in Nederland. Het past daarbij volgens initiatiefneemster om als wetgever het strafrechtelijk instrumentarium kritisch te bezien om waar nodig dit aan te vullen en te verbeteren, zodat ook in de nasleep van terrorisme de overheid zich maximaal inspant om de gevolgen voor de samenleving zo beperkt mogelijk te houden en hiermee ook het maatschappelijk klimaat positief beïnvloed om nieuwe aanslagen te voorkomen. Die gevolgen kunnen zijn dat een uiting burgers diep kan kwetsen, groepen van burgers tegen elkaar kan opzetten, haat kan zaaien, tot grote onrust in het maatschappelijke verkeer kan leiden, ontwrichting in de samenleving teweeg kan brengen, radicalisering kan bevorderen en dus een voedingsbodem kan scheppen voor het opnieuw begaan van deze misdrijven. Initiatiefneemster neemt daarom met dit wetsvoorstel krachtig afstand van iedere verheerlijking van terreur die publiekelijk wordt geuit.

1. Noodzaak

Voorgesteld wordt in het Wetboek van Strafrecht een bepaling op te nemen (artikel 137ga) waarvan het eerste lid luidt: «Hij die in het openbaar, mondeling of bij geschrift of afbeelding, een terroristisch misdrijf verheerlijkt welke verheerlijking de openbare orde ernstig verstoort of kan verstoren, wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vierde categorie».³ De toelichting besteedt aandacht aan de reeds bestaande mogelijkheden om strafrechtelijk op te treden tegen verheerlijking van terroristische

² Toelichting, paragraaf 1 (Strafbaarstelling van de verheerlijking van terroristische misdrijven), Inleiding.

³ Het voorgestelde tweede lid luidt: «Indien het feit wordt gepleegd door een persoon die daarvan een beroep of gewoonte maakt of door twee of meer verenigde personen wordt gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vierde categorie opgelegd». Voorts wordt eveneens het Wetboek van Strafrecht BES gewijzigd.

misdrijven. Gewezen wordt op het delict opruiing en delicten als belediging, discriminatie en haatzaaien.⁴ Gesteld wordt dat de voorgestelde strafbepaling hierbij een belangrijke toegevoegde waarde heeft. Vergeleken met de genoemde bestaande strafbepalingen kan de voorgestelde strafbepaling los gezien worden van de vraag of personen wegens hun ras, godsdienst et cetera worden beledigd of gediscrimineerd en los van de vraag of zij opruien tot het plegen van strafbare feiten of tot gewelddadig optreden jegens het openbare gezag.⁵ De toelichting verwijst in dat verband naar de zogeheten Contextzaak van de rechtbank Den Haag.⁶ De rechtbank overweegt in het vonnis dat het verheerlijken van (terroristische) misdrijven op zichzelf niet strafbaar is en komt dientengevolge aangaande enkele ten laste gelegde feiten tot de conclusie dat deze niet strafbaar zijn en vrijspraak moet volgen. De uitspraak toont aan dat het strafrechtelijke instrumentarium tekort lijkt te schieten, aldus de toelichting.⁷

De Afdeling merkt over de noodzaak van het voorstel het volgende op.

Verschillende adviserende instanties hebben gevraagd aan te geven waarin de toegevoegde waarde van de voorgestelde strafbepaling gelegen is.⁸ In het advies van het College van Procureurs-Generaal is met klem geadviseerd de toelichting aan te vullen met concrete voorbeelden van strafwaardige uitingen waarbij een strafvervolging wel wenselijk maar niet mogelijk is gebleken.⁹ De toelichting vermeldt ter illustratie van strafwaardige verheerlijkende uitingen: het in het openbaar zwaaien met IS-vlaggen; het geven van lezingen, onderhouden van websites en plaatsen van filmpjes met jihadistisch verheerlijkende inhoud (zoals filmfragmenten van een door IS uitgevoerde onthoofding); het online steun betuigen aan IS.¹⁰ De Afdeling merkt op dat met het geven van deze concrete voorbeelden verduidelijkt is op welk type uitingen de strafbaarstelling ziet.

Deze algemene opsomming van bepaalde uitingen bevat echter geen antwoord op de vraag van het College. Niet duidelijk is immers welke van deze feiten niet tot vervolging hebben geleid of hebben kunnen leiden terwijl dat ingevolge de voorgestelde strafbepaling wel had gekund en moeten. De voorgestelde strafwaardigheid geldt namelijk niet de genoemde uitingen als zodanig, maar uitingen die de openbare orde ernstig hebben verstoord of hebben kunnen verstoren.

Dit laatste is ook van belang bij de verwijzing in de toelichting naar feiten waarvan verdachten in de genoemde Contextzaak werden vrijgesproken.¹¹ Nog daargelaten dat voornoemde uitspraak van de rechtbank Den Haag niet onherroepelijk is,¹² volgt de gestelde ontoereikendheid van het bestaande strafrechtelijke instrumentarium niet uit het vonnis. De rechtbank overweegt dat verheerlijking op zich zelf niet strafbaar is, maar

⁴ Toelichting, paragraaf 1 (Strafbaarstelling van de verheerlijking van terroristische misdrijven), onder «Bestaande wetgeving».

⁵ Toelichting, paragraaf 1 (Strafbaarstelling van de verheerlijking van terroristische misdrijven), onder «Voorgestelde strafbaarstelling».

⁶ Rechtbank Den Haag 10 december 2015, ECLI:NL:RBDNA:2015:14365

⁷ Toelichting, paragraaf 1 (Strafbaarstelling van de verheerlijking van terroristische misdrijven), onder «Bestaande wetgeving».

⁸ Op het voorontwerp hebben gereageerd de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, de Raad voor de Rechtspraak, het College van Procureurs-Generaal en de Nederlandse Orde van Advocaten.

⁹ Advies van het College van Procureurs-Generaal van 18 februari 2016, blz. 9.

¹⁰ Toelichting, paragraaf 1 (Strafbaarstelling van de verheerlijking van terroristische misdrijven), onder «Bestaande wetgeving» en «Voorgestelde strafbaarstelling», en de toelichting bij Artikel I, onderdeel A.

¹¹ Overigens werden in die zaak straffen tot zes jaar opgelegd.

¹² Er is (ook door het Openbaar Ministerie) beroep ingesteld.

dat bijkomende omstandigheden dat anders kunnen maken.¹³ Zo leidt het enkele gebruik van een bepaalde vlag zonder bijkomende omstandigheden naar het oordeel van de rechtbank tot vrijspraak. Het gebruik van eenzelfde vlag in een bepaalde context (een lezing), werd echter wel als verheerlijking met «bijkomende omstandigheden» beschouwd en om die reden gekwalificeerd als strafbare opruiing.¹⁴ De Afdeling merkt op dat in de toelichting naar aanleiding van genoemd vonnis het niet strafbaar zijn van verheerlijking als zodanig wordt gemaakt: «Het kan volgens initiatiefneemster niet zo zijn dat de overheid machteloos toekijkt bij het in het openbaar zwaaien met IS-vlaggen, geven van lezingen, onderhouden van websites en het plaatsen van filmpjes met jihadistisch verheerlijkende inhoud». Het voorstel brengt echter, zoals gezegd, geen wijziging in het niet strafbaar zijn van verheerlijking op zich zelf aangezien verheerlijking ingevolge het voorstel immers pas strafbaar is indien de openbare orde ernstig wordt verstoord of kan worden verstoord. Niet goed valt dan ook in te zien dat het vonnis een lacune toont die met de voorgestelde strafbaarstelling ongedaan wordt gemaakt.¹⁵

De Afdeling acht voorts van belang dat de instanties die in de rechtspraktijk te maken hebben met de gedragingen waar de voorgestelde strafbaarstelling op ziet, in de consultatieronde hebben aangegeven de bestaande wettelijke bepalingen toereikend te achten. Het College van Procureurs-Generaal vermeldt dat bij een daadwerkelijk, ernstige verstoring van de openbare orde reeds op diverse manieren kan worden geïntervenieerd en dat de meerwaarde van de voorgestelde strafbepaling daarom vooral gelegen zou zijn in uitlatingen die de openbare orde ernstig kunnen verstoren.¹⁶ Het College meent echter dat gedragingen die de verstoring van de openbare orde slechts als denkbaar gevolg hebben, als te onbepaald moeten worden aangemerkt om een vervolging mogelijk te maken.¹⁷ Op dit laatste gaat de Afdeling bij het hiernavolgende punt 2 onder c nader in.

De Afdeling concludeert naar aanleiding van het voorgaande dat in de toelichting onvoldoende aannemelijk is gemaakt dat de voorgestelde strafbepaling noodzakelijk is. Dat is ook problematisch in het licht van artikel 10, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) dat de vrijheid van meningsuiting beschermt. Ingevolge het tweede lid van dit artikel is immers voor een beperking van de vrijheid van meningsuiting vereist dat sprake is van «dwingende maatschappelijke noodzaak».¹⁸

¹³ Rechtbank Den Haag 10 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:14365, In r.o. 1.7 maakt de rechtbank duidelijk dat niet strafbaar is «het openlijk sympathiseren met de doelen en daden van terroristische organisaties, zoals IS en al-Qaeda, ook als dit gebeurt op tentatieve websites.»

¹⁴ Rechtbank Den Haag 10 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:14365, bijvoorbeeld r.o. 12.10–12.11, 12.41, 12.60–12.69.

¹⁵ Het advies van de Nederlandse Orde van Advocaten van 1 juni 2016 vermeldt dat de uitspraak in de Contextzaak toont dat de rechterlijke macht in staat is op het scherpst van de snede onderscheid te maken tussen net wel en net niet strafbare uitingen (blz. 3).

¹⁶ Advies van het College van Procureurs-Generaal, blz. 4. Zie ook het advies van de Nederlandse Orde van Advocaten van 19 februari 2016, waarin wordt gesteld dat er geen noodzaak is voor deze wetgeving nu de thans bestaande uitingsdelicten al voldoende strafbaarstelling vormen (blz. 8) en het advies van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak van 31 mei 2016, dat verwijst naar het advies over het eerdere wetsvoorstel uit 2005, waarin zij stelt dat niet is gebleken dat in de praktijk een lacune wordt ervaren waaraan het wetsvoorstel tegemoet zou komen (blz. 2).

¹⁷ Advies van het College van Procureurs-Generaal, blz. 4.

¹⁸ Artikel 10, tweede lid, EVRM vereist dat een beperking «noodzakelijk in een democratische samenleving» moet zijn, wat betekent dat er voor de beperking van de vrijheid van meningsuiting een «pressing social need» (dringende maatschappelijke behoefte) moet zijn, zie o.a. EHRM 7 december 1976 (Handyside / VK, nr. 5493/72) en EHRM 26 april 1979 (Sunday Times / VK, nr. 6538/74).

De Afdeling adviseert in de toelichting op het voorgaande in te gaan en alsnog in een dragende motivering van de noodzaak van de voorgestelde strafbepaling te voorzien en indien dat niet mogelijk is van het voorstel af te zien.

Initiatiefneemster gaat graag in op de handreiking van de Afdeling om nogmaals de noodzakelijkheid van onderhavig wetsvoorstel toe te lichten. Behalve het bestaan van een vergelijkbare strafbaarstelling in andere EU-landen, waar initiatiefneemster in het vervolg nog op terugkomt, hecht zij veel waarde aan de duidelijkheid die in eerste aanleg in de zogeheten Contextzaak is gegeven over de vrijheid van meningsuiting.

De rechtbank heeft in dit vonnis expliciet aandacht besteed aan het ontbreken van de strafbaarstelling van het verheerlijken van terrorisme. Het is in de ogen van initiatiefneemster niet goed denkbaar dat een dergelijk helder signaal in een rechterlijke uitspraak niet op enigerlei wijze gevolg zou krijgen in een wetsvoorstel dat hierover aanhangig is gemaakt. Die opinie is niet alleen initiatiefneemster toegedaan. Klaarblijkelijk vormde deze uitspraak voor de vicepremier en tevens Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid ook de reden om zich uit te laten over de vraag of een dergelijke strafbaarstelling niet aan het Wetboek van Strafrecht moet worden toegevoegd.

Daarnaast is de Contextzaak juridisch interessant omdat de rechtbank ingaat op de inhoudelijke vereisten om te komen tot «strafbare opruiing». Geconcludeerd mag worden dat de bewijslast bij verheerlijking van geweld lager zou komen te liggen dan bij strafbare opruiing het geval is. Anders gezegd, zoals ook in de memorie van toelichting is verwoord: het strafrechtelijk optreden bij verheerlijking van terrorisme blijft thans achterwege bij gebreke van een voldoende onderbouwde verdenking van opruiing. Er moet in dat laatste geval namelijk, zoals de Afdeling terecht refereert aan de uitspraak, sprake zijn van «bijkomende omstandigheden». Initiatiefneemster vindt echter dat helemaal geen sprake zou zijn van bijkomende omstandigheden om tot strafbaarheid van de genoemde feiten te komen. Het verheerlijken van terreur zou enkel niet strafbaar moeten zijn indien deze uiting niet openbaar is geworden. In gevallen waarin wel een openbare uiting is gedaan, kan diegene in beginsel (gelet op het opportuniteitsbeginsel van het Openbaar Ministerie) worden vervolgd.

De reden hiervoor is dat iemand die een videoboodschap stuurt of een bericht *liked* waaruit onomstotelijk sympathie met terrorisme blijkt, hiermee andere burgers diep kan kwetsen, groepen van burgers tegen elkaar kan opzetten, haat kan zaaien, tot grote onrust in het maatschappelijke verkeer kan leiden, ontwrichting in de samenleving teweeg kan brengen, radicalisering kan bevorderen en dus een voedingsbodem kan scheppen voor het opnieuw begaan van deze misdrijven.

Een dergelijke uiting geldt, behalve uitingen via sociale media, ook voor iemand die besluit een IS-vlag uit zijn raam te hangen, hiermee op straat te gaan lopen of op straat IS-leuzen te roepen, óók al is er op dat moment nog geen onrust in diezelfde straat of buurt. Deze bestaande «vrijheid» van meningsuiting wordt in de ogen van initiatiefneemster misbruikt in plaats van dat strafbedreiging boven het hoofd hangt bij dergelijke uitingen. Daarmee verlaagt initiatiefneemster inderdaad de drempel om strafrechtelijk in te grijpen, nu de rechtbank bijvoorbeeld concreet heeft geoordeeld dat het enkele gebruik van een IS-vlag moet leiden tot vrijspraak.

Ingrijpen in een dergelijk geval is volgens initiatiefneemster gerechtvaardigd, omdat, juist in tijden waarin door aanslagen de maatschappelijke onrust toeneemt, dergelijke uitingen kunnen leiden tot de hierboven

genoemde ernstige gevolgen voor de samenleving. Initiatiefneemster meent dat de vrijheid van meningsuiting een groot goed is, maar dat deze vrijheid niet het recht behelst om álles te mogen roepen en uiten. Het is een vrijheid om je volwassene en met respect in het publieke debat te mengen. Op geen enkele wijze ziet initiatiefneemster in waarom het zwaaien met een vlag van IS of het online bejubelen van een bericht over onthoofde christenen, in Nederland onbestraft zou mogen blijven.

Hierbij zij opgemerkt dat de uitspraak in de genoemde Contextzaak inderdaad nog niet onherroepelijk is geworden. De vrijheid die in onderhavig wetsvoorstel wordt genomen om hierop desalniettemin te reflecteren, is volgens initiatiefneemster gerechtvaardigd omdat de uitleg omtrent strafbare opruiing niet afwijkt van eerdere jurisprudentie, zoals ook blijkt uit de uitspraak. Het unieke aan deze Contextzaak en daarmee ook vermeldingswaardig voor onderhavig wetsvoorstel is juist de koppeling in de ten laste gelegde feiten en het vonnis met de sympathie voor IS, discussie over de vrijheid van meningsuiting en het expliciet benoemen van het ontbreken van strafbaarstelling van de verheerlijking van terrorisme.

De Afdeling benoemt voorts de mogelijke problematiek van onderhavig wetsvoorstel in relatie tot artikel 10 van het EVRM. Met een verwijzing naar bovenstaande reactie stelt initiatiefneemster nogmaals dat ontsporing van de openbare orde en vergiftiging van het maatschappelijk debat, in haar ogen absoluut een dwingende maatschappelijke noodzaak vormt voor de overheid om een inbreuk op de vrijheid van meningsuiting te legitimeren. Initiatiefneemster verwijst ook naar de wijze waarop de verheerlijking van terrorisme al jaren in de wet is opgenomen en (met name in Frankrijk de afgelopen twee jaar) leidt tot vervolging en veroordeling. In Frankrijk, Engeland, Wales, Denemarken en Spanje is de verheerlijking van terrorisme strafbaar gesteld. Hoewel niet iedere vervolging (logischerwijs) tot veroordeling leidt, is initiatiefneemster niet gebleken – en de ontvangen consultaties bevestigen haar daarin – dat de uitleg van het EVRM in jurisprudentie afbreuk heeft gedaan aan de legitimiteit van deze strafbaarstellingen. Ook wijst initiatiefneemster op een akkoord tussen lidstaten en het Europees Parlement in februari 2017 over een nieuwe richtlijn terrorismebestrijding. Een van de daarin vastgestelde minimumnormen betreft de verheerlijking van terreur. Nederland is als lidstaat gehouden deze norm te implementeren en om te zetten naar wetgeving. Dit wetsvoorstel geeft hier invulling aan.

Na de aanslagen op Charlie Hebdo werden in Frankrijk in twee maanden tijd ruim vijftig personen vervolgd op basis van Article 421-2-5 van de Franse strafwet en werden vijf personen al halverwege januari veroordeeld tot celstraffen. Een van de verdachte had geschreeuwd op straat: «ik ben er trots op een moslim te zijn, ik hou niet van Charlie, ze hadden het recht om dat te doen». Ook werd later een man veroordeeld die een foto van een geweer op Facebook had geplaatst met het bijschrift «kusjes uit Syrië, bye bye Charlie» veroordeeld tot een celstraf. Laatstgenoemde zou dat «voor de grap» hebben gedaan. Initiatiefneemster vindt dergelijke uitingen allesbehalve ludiek, het zijn uitlatingen die gevaarlijk kunnen zijn voor de openbare orde en het maatschappelijk debat.

In een vrije samenleving waarin zoveel mag en kan, hecht initiatiefneemster waarde aan een overheid die ook grenzen stelt omtrent de vrijheid van meningsuiting, net zoals dat al wettelijk is ingekaderd bij delicten als belediging, opruiing en discriminatie. Met bovenstaande uitleg hoopt initiatiefneemster nogmaals duidelijk te hebben gemaakt waar het verschil ligt in de voorgestelde strafbaarstelling ten opzichte van het bestaande delict opruiing.

2. Bepaaldheidsgebod (legaliteitsbeginsel)

*De voorgestelde strafbaarstelling moet voldoen aan het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel en het daaruit voortvloeiende vereiste dat een strafbepaling zo duidelijk mogelijk moet zijn (lex certa-beginsel of «bepaaldheidsgebod»).*¹⁹ *Met het oog op dit beginsel, maakt de Afdeling opmerkingen over de volgende elementen uit de delictomschrijving: «verheerlijken», «de openbare orde», «kan verstoren» en «terroristisch misdrijf».*

a. Opzet als onderdeel van «verheerlijken»

*Bij de vraag wat onder «verheerlijken» moet worden begrepen is van belang of degene die verheerlijkt ook de opzet moet hebben de openbare orde ernstig te verstoren. Uit de tekst van de voorgestelde strafbepaling kan niet worden opgemaakt of van opzet sprake moet zijn. De toelichting vermeldt dat de opzet van het delict besloten ligt in de delictshandeling «verheerlijkt», met als ondergrens voorwaardelijk opzet. Strafbaarheid kan intreden als iemand bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat hij met zijn gedane uitlating de openbare orde kan verstoren of daadwerkelijk ook verstoort, aldus de toelichting.*²⁰

*De Afdeling merkt op dat de toelichting onvoldoende duidelijk maakt of de opzet gericht moet zijn op het (mogelijk) ernstige verstoren van de openbare orde. Voor de strafbaarheid is volgens de toelichting vereist dat bewust de aanmerkelijke kans wordt aanvaard dat deze ordeverstoring (mogelijk) plaatsvindt.*²¹ *Met deze formulering sluit de toelichting aan bij de criteria van voorwaardelijk opzet.*

De toelichting lijkt er echter voor het overige naar te tenderen dat met de verheerlijkende uitingen als zodanig de aanvaarding van het risico op verstoring van de openbare orde reeds gegeven is: «Personen die naar aanleiding van de terreurdaden in Syrië zwaaien met IS-vlaggen of via sociale media hun waardering uiten voor het genoemde filmfragment van een door IS uitgevoerde onthoofding aanvaardden de kans / het risico dat ze met deze verheerlijking de openbare orde ernstig kunnen verstoren, zoals ook daadwerkelijk is gebeurd tijdens ongeregelheden in de Schilderswijk (augustus 2014).»²² Ook wordt vermeld dat een spreker die een verheerlijkende uiting doet tijdens een lezing, «het risico blijkbaar op de koop toe neemt dat de toehoorders deze boodschap via sociale media verder verspreiden.»²³ Bij deze voorbeelden is niet voldaan aan de vereisten van (voorwaardelijke) opzet, waarbij bewust de aanmerkelijke kans op openbare ordeverstoring wordt aanvaard. In de genoemde voorbeelden wordt enkel verondersteld dat degene die verheerlijkt het risico heeft aanvaard dat met zijn lezing de openbare orde wordt verstoord. Dan is echter onduidelijk wat nog de inhoudelijke betekenis is van het elders in de toelichting genoemde vereiste dat de verheerlijker zich «bewust» moet zijn van het aanmerkelijke risico van ordeverstoring.

¹⁹ Het legaliteitsbeginsel is vastgelegd in artikel 1 Wetboek van Strafrecht. In HR 31 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7954, r.o. 3.4, bevestigde de Hoge Raad dat «het zogenaamde bepaaldheidsgebod» in art. 1 Sr besloten ligt. Dat werd bevestigd in HR 28 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE1490, NJ 2002, 483. Zie voor het lex certa-beginsel ook aanwijzing 144 van de Aanwijzingen voor de regelgeving. Het lex certa-beginsel overlapt voor een deel met het vereiste van «foreseeability» dat voortvloeit uit artikel 10, tweede lid, EVRM.

²⁰ Toelichting, paragraaf 3 (Consultaties), zesde tekstblok.

²¹ Toelichting, paragraaf 3 (Consultaties), zesde tekstblok.

²² Toelichting, (paragraaf 1, Strafbaarstelling van de verheerlijking van terroristische misdrijven, onder «voorgestelde strafbaarstelling»).

²³ Toelichting (paragraaf 3, Consultaties, een na laatste tekstblok).

Gelet op het voorgaande acht de Afdeling het aangewezen te expliciteren dat de opzet gericht moet zijn op het verstoren van de openbare orde.²⁴ Dat voorkomt bovendien, zoals de Raad voor de Rechtspraak in zijn advies terecht opmerkt, dat ook journalistieke en wetenschappelijke publicaties onder de delictomschrijving gebracht kunnen worden.²⁵

De Afdeling adviseert de toelichting aan te vullen en zo nodig het voorstel aan te passen.

b. «de openbare orde»

Het voorstel stelt strafbaar verheerlijking van een terroristisch misdrijf die de openbare orde ernstig verstoort of kan verstoren. De term «openbare orde» is in het Wetboek van Strafrecht niet opgenomen in enige strafbepaling. De betekenis van het begrip «openbare orde» is volgens de toelichting: «het maatschappelijk leven» of «de natuurlijke orde der maatschappij».²⁶

De Afdeling merkt op dat het begrip «openbare orde» vaag en weinig bepaald is, terwijl de toelichtende termen «maatschappelijk leven» en «de natuurlijke orde der maatschappij» geen verheldering bieden. Bovendien heeft het begrip «openbare orde» een gevestigde betekenis in de context van het gemeenterecht (de taak van de burgemeester om de openbare orde te handhaven) en als omschrijving van een van de hoofdtaken van de politie.²⁷ In die context verwijst het begrip «openbare orde» naar het gedeelte van de fysieke ruimte dat voor het publiek toegankelijk is. Gelet daarop geeft het wetsvoorstel aanleiding voor onduidelijkheid en verwarring daar waar het de term «openbare orde» gebruikt in een andere betekenis.

In de toelichting wordt onderkend dat het begrip «openbare orde» onzekerheid met zich brengt. Aan de andere kant – zo wordt gesteld – biedt dit de mogelijkheid tot maatwerk van het Openbaar Ministerie om in serieuze gevallen over te gaan tot vervolging. De rechtspraak zal zich op dit punt dan ook moeten uitkristalliseren, aldus de toelichting.²⁸ De Afdeling merkt ten aanzien hiervan op dat, ook al verkrijgen wettelijke begrippen vaak een nadere invulling door de rechtspraak, dit niet wegneemt dat van belang blijft dat de wet zelf zoveel mogelijk duidelijkheid biedt.

De toelichting vermeldt dat het verheerlijken van terroristische misdrijven «burgers diep kan kwetsen, groepen van burgers tegen elkaar kan opzetten, haat kan zaaien, tot grote onrust in het maatschappelijke verkeer kan leiden, ontwrichting in de samenleving teweeg kan brengen, radicalisering kan bevorderen en dus een voedingsbodem kan scheppen voor het opnieuw begaan van deze misdrijven.»²⁹ Deze mogelijke gevolgen van verheerlijking van terroristische misdrijven, die de Afdeling opvat als een duiding van een ernstige verstoring van de openbare orde, zijn sterk uiteen lopend. Dat burgers diep worden gekwetst is immers van

²⁴ Ook gelet op het vereiste van «foreseeability» als bedoeld in artikel 10, tweede lid, EVRM.

²⁵ Advies van de raad voor rechtspraak van 9 maart 2016, blz. 4/5.

²⁶ De toelichting (paragraaf 1, Strafbbaarstelling van de verheerlijking van terroristische misdrijven, Inleiding) verwijst naar *Tekst en Commentaar bij het Wetboek van Strafrecht* van C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns & M.J.M. Verpalen. De passage waarop wordt gedoeld is in de 10e druk (2014) te vinden op blz. 963.

²⁷ Artikel 172 van de Gemeentewet; artikel 11 van de Politiewet 2012. Zie voor nog een andere context van het begrip openbare orde: artikel 2:20 van het Burgerlijk Wetboek.

²⁸ Toelichting, paragraaf 3 (Consultaties), achtste alinea.

²⁹ Toelichting, paragraaf 1 (Strafbbaarstelling van de verheerlijking van terroristische misdrijven), Inleiding, en de daar genoemde uitspraak van het EHRM van 7 december 1976, 5493/72 (Handyside / Verenigd Koninkrijk), r.o. 49. Elders in de toelichting staan passages met dezelfde strekking.

een andere orde dan dat de samenleving wordt ontwricht. Bij het laatste is evident dat de openbare orde ernstig wordt verstoord. Bij het diep gekwetst worden van burgers is dit nog maar de vraag. Zoals in de toelichting – met verwijzing naar een uitspraak van het EHRM – wordt onderkend, verleent de vrijheid van meningsuiting ook bescherming aan ideeën die beledigend, schokkend of verontrustend zijn voor bepaalde groepen van de bevolking.³⁰ Een diep gekwetst zijn van burgers hoeft derhalve nog niet te impliceren dat de openbare orde ernstig is verstoord en de uitingen strafwaardig mogen zijn.

Nu de term «openbare orde» als nieuw begrip in een delictomschrijving in het Wetboek van Strafrecht wordt geïntroduceerd, behoeft deze gelet op het voorgaande nadere toelichting. Omdat onvoldoende duidelijk is wat onder deze term moet worden verstaan, is dit element van de voorgestelde strafbepaling onvoldoende nauwkeurig omschreven.³¹ De Afdeling adviseert de toelichting gelet hierop aan te vullen.

Naar aanleiding van de opmerkingen over het opzetbegrip en het bestanddeel «openbare orde» is de memorie van toelichting aangepast. De opmerkingen van de Afdeling zijn voor initiatiefneemster aanleiding geweest het deel van de bepaling dat zag op de (mogelijke) openbare orde verstoring, te schrappen. Strafbaar wordt gesteld de verheerlijking van terroristisch geweld, waarbij de opzet besloten ligt in de delictshandeling «verheerlijken» en de opzet (voorwaardelijk) ook gericht moet zijn op «in het openbaar». De ondergrens voor strafbaarheid wordt dus gevormd door iemand die met zijn verheerlijkende uiting het risico neemt dat deze uiting publiekelijk wordt.

De Afdeling merkt namelijk terecht op dat de gevolgen van verheerlijking velerlei kunnen zijn. Inderdaad hoeft het gevolg van een diep gekwetst zijn bij burgers niet per sé te leiden tot een verstoring van de openbare orde, maar kan de uiting wel degelijk ontoelaatbaar worden geacht. Gelet ook op de bewijsproblematiek die kan ontstaan en de onbepaaldheid die het College van P-G en de Raad voor de Rechtspraak in hun adviezen al benoemden bij de bespreking van dit begrip, heeft initiatiefneemster ervoor gekozen de enkele verheerlijking die in het openbaar geuit wordt, strafbaar te stellen. Dat geeft voorts nog beter de bedoeling van initiatiefneemster weer om publiekelijke steunbetuigingen aan terrorisme niet onbestraft te laten. Er hoeft geen sprake te zijn van bijkomende omstandigheden of een specifieke context, enkel is vereist dat de uitspraak in het openbaar is gedaan, althans dat het risico hierop werd genomen door de verdachte. Van alle verheerlijkende uitingen gedaan via sociale media mag aldus worden afgeleid dat dit zal leiden tot strafbaarheid, maar ook andere uitingen kunnen strafbaar zijn.

Echter, het gegeven dat deze enkele verheerlijking in het openbaar vele gevolgen kan hebben, groot en klein, zal bij het OM na aanname van dit wetsvoorstel logischerwijs moeten leiden tot een meer specifiek beleid, veelal vormgegeven in een vervolgingsrichtlijn voor dit voorgestelde artikel. Het OM zal namelijk op grond van het opportuniteitsbeginsel een afweging moeten maken om wel of niet te vervolgen. Niet iedere overtreding zal immers in de praktijk kunnen leiden tot vervolging.

Lering kan daarbij getrokken worden uit de wijze waarop het Franse Openbaar Ministerie gebruik maakt van haar wettelijke bevoegdheid om vervolging in te stellen. Ook in de Franse wetsbepaling is enkel de publieke verheerlijking van terrorisme strafbaar gesteld zonder (het opzet

³⁰ Toelichting, paragraaf 1 (Strafbaarstelling van de verheerlijking van terroristische misdrijven), onder «Grondrechten».

³¹ Ook gelet op het vereiste van «foreseeability» als bedoeld in artikel 10, tweede lid, EVRM.

op) de mogelijke gevolgen al wettelijk in te kaderen. Het spreekt voor zich dat juist direct na een aanslag, of dat nu in binnen-of buitenland is geweest, vervolging voor de hand ligt om escalerende gevolgen van verheerlijking tegen te gaan. Op dit punt verwijst initiatiefneemster wederom naar de daadkrachtige vervolgingsstrategie van het Franse OM na de aanslag op Charlie Hebdo.

Voor de hand ligt dat vervolging door het OM in ieder geval zal plaatsvinden wanneer naar het inzicht van het OM sprake is van één van de al eerdere genoemde gevolgen van een verheerlijking, namelijk wanneer een uiting burgers diep kan kwetsen, groepen van burgers tegen elkaar kan opzetten, haat kan zaaien, tot grote onrust in het maatschappelijke verkeer kan leiden, ontwrichting in de samenleving teweeg kan brengen, radicalisering kan bevorderen en dus een voedingsbodem kan scheppen voor het opnieuw begaan van deze misdrijven.

Initiatiefneemster beoogt onder de strafbaarstelling uiteraard niet journalistieke en wetenschappelijke publicaties te laten vallen, de vraag hiernaar zou extra kunnen opspelen naar aanleiding van het schrappen van het openbare orde criterium. Initiatiefneemster heeft de toelichting hierop aangepast en benadrukt dat ook dit onderdeel logischerwijs zou moeten terugkomen in een eventuele vervolgingsrichtlijn van het OM.

c. «kan verstoren»

Voorts is verheerlijking ook strafbaar indien de openbare orde ernstig kan worden verstoord. Volgens de toelichting moet de uitlating «naar haar inhoud het vermogen hebben de openbare orde ernstig te verstoren.» Voor de vervulling van de delictsomschrijving is dus niet nodig dat de openbare orde daadwerkelijk ernstig is verstoord.³² Dat de openbare orde niet is verstoord kan velerlei redenen hebben, zoals voorkoming van de verstoring door politie en Justitie, aldus de toelichting.³³

De Afdeling merkt op dat een inschatting zal moeten worden gemaakt of een ernstige verstoring van de openbare orde had kunnen plaatsvinden als gevolg van de verheerlijking. Indien bijvoorbeeld een lezing die waarderend is voor Syriëgangers op internet wordt gezet, zou daarbij moeten worden ingeschat of dat een ernstige verstoring van de openbare teweeg zou kunnen brengen. Het komt de Afdeling voor dat dit zeer problematisch is voor degene die de lezing op internet zet, alsook voor het Openbaar Ministerie die dit zou moeten beoordelen. Daar komt bij dat juist het feit dat een dergelijke ordeverstoring niet heeft plaatsgevonden, een indicatie kan zijn om aannemelijk te achten dat van een potentiële ernstige verstoring van de openbare orde geen sprake is. Van een preventief effect door politie en Justitie, zoals in de toelichting ter illustratie aangevoerd, hoeft niet altijd sprake te zijn. De Afdeling acht onduidelijk hoe voorzien kan worden dat van een potentiële verstoring van de openbare orde sprake is. Daarbij acht zij van belang dat het College van Procureurs-Generaal het element in de strafbepaling dat ziet op een potentiële ordeverstoring te onbepaald vindt om een vervolging mogelijk te maken.³⁴

Gelet op het voorgaande wordt met het element van de potentiële openbare ordeverstoring niet voldaan aan de eisen die het legaliteitsbeginsel stelt aan een delictsomschrijving. Dit is ook problematisch in het licht van het vereiste van «forseeability» zoals bedoeld in artikel 10 EVRM.

³² Toelichting op artikel I, onderdeel A, laatste tekstblok.

³³ Toelichting, paragraaf 3 (Consultaties), achtste tekstblok.

³⁴ Advies van het College van Procureurs-Generaal, blz. 4.

De Afdeling adviseert het element van de potentiële verstoring van de openbare orde in de voorgestelde strafbaarstelling te schrappen.

Aan deze opmerking van de Afdeling is logischerwijs gevolg gegeven nu het bestanddeel van openbare orde verstoring uit de delictsomschrijving is geschrapt.

d. «een terroristisch misdrijf»

Het begrip «terroristisch misdrijf» wordt in het Wetboek van Strafrecht omschreven als een misdrijf dat gepleegd is met een terroristisch oogmerk.³⁵ Volgens de toelichting hoeft niet door een rechter te zijn vastgesteld dat een terroristisch misdrijf is gepleegd: de aanval op de WTC-torens op 11 september 2001 is een historisch onweerlegbaar feit.³⁶ De Afdeling merkt hierbij het volgende op.

De Afdeling merkt op dat in de toelichting uitsluitend aandacht wordt besteed aan gedragingen die verband houden met hetgeen wordt verwoord als «islamitisch terrorisme». Zo wordt bij de aanleiding voor het voorstel verwezen naar de aanslagen in Brussel en Parijs, en worden als concrete voorbeelden van verheerlijking genoemd: het in het openbaar zwaaien met IS-vlaggen; het geven van lezingen, onderhouden van websites en plaatsen van filmpjes met jihadistisch verheerlijkende inhoud (zoals filmfragmenten van een door IS uitgevoerde onthoofding); het online steun betuigen aan IS.³⁷ Omdat de voorgestelde wettekst zich echter niet tot misdrijven met deze achtergrond of vanuit de betrokken godsdienstige overtuiging beperkt, is niet duidelijk of het verheerlijken van andere terroristische misdrijven – bijvoorbeeld die welke elders in de wereld of in het verleden zijn gepleegd – eveneens strafbaar zullen zijn.³⁸ In reactie op onder meer adviezen van de Raad voor de Rechtspraak en de Nederlandse Orde van Advocaten op het aanvankelijk in de strafbaarstelling opgenomen bestanddeel «gewapende strijd» wordt weliswaar in de toelichting gesteld dat verheerlijking van «andere gewapende groeperingen» niet wordt beoogd met het voorstel. De tekst van de strafbaarstelling zelf heeft echter een duidelijk algemeen karakter. Nu volgens de toelichting de reikwijdte van het begrip «terroristisch misdrijf» beperkt moet worden opgevat, terwijl deze beperking niet in de voorgestelde strafbepaling is aangebracht, is in zoverre ook op dit punt twijfel gerechtvaardigd of de delictsomschrijving voldoende bepaald is.

Het vereiste de strafbepaling zo nauwkeurig mogelijk te omschrijven zou ertoe moeten leiden dat de beoogde beperking tot islamitisch terrorisme in de tekst van de voorgestelde strafbepaling tot uitdrukking gebracht zou moeten worden. Dan rijst echter de vraag waarom uitsluitend verheerlijking van «islamitisch terrorisme» strafwaardig wordt geacht en verheerlijking van andere terroristische misdrijven niet. Niet valt in te zien

³⁵ Dat wil zeggen: met het oogmerk om «de bevolking of een deel der bevolking van een land ernstige vrees aan te jagen, dan wel een overheid of internationale organisatie wederrechtelijk te dwingen iets te doen, niet te doen of te dulden, dan wel de fundamentele politieke, constitutionele, economische of sociale structuren van een land of een internationale organisatie ernstig te ontwrichten of te vernietigen» (artikelen 83 en 83a van het Wetboek van Strafrecht).

³⁶ Toelichting op artikel I, onderdeel A, onder «. van een terroristisch misdrijf.».

³⁷ Toelichting, paragraaf 1 (Strafbaarstelling van de verheerlijking van terroristische misdrijven), onder «Bestaande wetgeving» en «Voorgestelde strafbaarstelling», en de toelichting bij Artikel I, onderdeel A.

³⁸ Zo vraagt de NOVA zich af of verzetsstrijders en de ANC onder de reikwijdte van de strafbepaling vallen (advies van 19 februari 2016, blz. 8). De NVvR verwijst naar het advies bij het wetsvoorstel in 2005, waar zij met betrekking tot de term «terroristisch misdrijf» wees op de toen actuele oorlog in Irak en de bouw van de muur in Israël.

op grond waarvan een dergelijk (discriminatoire) onderscheid in het Wetboek van Strafrecht gerechtvaardigd zou zijn.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het voorgaande in te gaan.

De Afdeling concludeert terecht dat de beperkte opvatting omtrent het terroristisch misdrijf in de toelichting als zodanig niet is terug te vinden in de wettekst. Dit benadrukt volgens initiatiefneemster nog meer de wenselijkheid om na eventuele aanname van het wetsvoorstel specifiek vervolgingsbeleid door het OM vast te laten stellen. «Islamitisch» terrorisme, waarmee bedoeld wordt op aanslagen geïnspireerd, opgeëist en/of uit naam van IS gepleegd, zal dan logischerwijs het uitgangspunt vormen voor de beoordeling van verheerlijkende uitingen. Initiatiefneemster wil echter wel nadrukkelijk de ruimte en flexibiliteit behouden om (middels wijziging van het vervolgingsbeleid) ook de verheerlijking van terrorisme anders dan uit naam van IS te kunnen vervolgen, indien deze verheerlijking van andersoortige aanslagen in kort tijdbestek blijkt te leiden tot de genoemde schadelijke gevolgen in de samenleving.

e. Conclusie

De Afdeling concludeert dat het element van de potentiële verstoring van de openbare orde niet aan het uit het legaliteitsvereiste voortvloeiende «bepaaldheidsgebod» voldoet. Zij adviseert dat element in de voorgestelde strafbaarstelling te schrappen.

De overige hiervoor genoemde elementen van de voorgestelde strafbaarstelling staan op gespannen voet met het bepaaldheidsgebod. De Afdeling adviseert de tekst van het voorstel met betrekking tot die elementen ter verduidelijken en in ieder geval de toelichting ter zake te verduidelijken.

3. Strafmaat

Voorgesteld wordt verheerlijking strafbaar te stellen als misdrijf met een maximumstraf van een jaar gevangenisstraf. De hoogte van dit maximum wordt niet toegelicht. De Afdeling adviseert de strafmaat toe te lichten.

Gelet op de titel waarin voorgesteld wordt deze strafbaarstelling te plaatsen en met name de strafbedreiging in de artikelen 137c en 137d op het publiekelijk het misbruiken van de vrijheid van meningsuiting, prefereert initiatiefneemster aansluiting qua strafmaat bij deze laatstgenoemde artikelen.

De vice-president van de Raad van State,
J.P.H. Donner

De initiatiefnemer,
Keijzer