

**Meningsuitingen en het Internet: onbegrensde vrijheid?**  
*Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de beperking van de vrijheid van meningsuiting op het Internet in het Amerikaans, Nederlands en Europees Recht.*

Doctoraalscriptie Nederlands Recht  
Afstudeerrichting Staats- en Bestuursrecht  
Universiteit van Tilburg

Anna Jasiak

Afstudeercommissie:  
Dr. G.J. Leenknecht  
Prof. mr. P.J.J. Zoontjens

Tilburg, 30 augustus 2005

ANR. 385615,  
Frankische Driehoek 26,  
5052 BL Goirle.  
Tel. 013-5303023  
E-mail: [A.Jasiak@hotmail.com](mailto:A.Jasiak@hotmail.com)

## **Inhoudsopgave**

### **Lijst van afkortingen**

#### **Deel I**

##### ***Inleiding, probleemstelling en onderzoeksmethode***

<b>1. Inleiding</b> .....	1
1.1. Probleemstelling en aanpak .....	2
1.2. Onderzoeksmethode.....	3

#### **Deel II**

##### ***De Verenigde Staten***

<b>1. Het grondwettelijk systeem van de grondrechten. Inleiding</b> .....	5
1.1. Bill of Rights.....	5
1.2. De rechterlijke toetsing aan de Constitutie .....	9
1.3. De beperkingsmogelijkheden.....	9
1.4. De horizontale werking van grondrechten.....	12
1.5. Conclusies .....	13
<b>2. First Amendment</b> .....	14
2.1. Historische achtergrond .....	14
2.2. Het bereik van het First Amendment .....	16
2.2.1. Fighting words.....	16
2.2.2. Libel .....	18
2.2.3. Obscenity.....	19
2.2.4. Child pornography.....	20
2.2.5. Commercial speech .....	21
2.3. De beperking van free speech .....	22
2.3.1. Content-based restrictions .....	23
2.3.2. Content-neutral restrictions .....	24
2.3.3. Prior restraints .....	25
2.3.4. Overbreadth en Vagueness .....	26
2.4. 'Freedom of speech' in het digitale tijdperk .....	27
2.4.1. Wetgeving.....	27
2.4.2. Jurisprudentie .....	31
2.4.2.1. (Child)pornography .....	31
2.4.2.2. Spam .....	35
2.4.2.3. Hate speech (Racistische uitingen).....	38
2.5. Regulering van speech op het Internet: Conclusies .....	40

#### **Deel III**

##### ***Nederland/Europa***

<b>1. Het systeem van grondrechten en mensenrechten</b> .....	43
1.1. De grond- en mensenrechtencatalogus .....	43
1.1.1. De Grondwet .....	43

1.1.1.1. Klassieke en sociale grondrechten.....	44
1.1.2. Het EVRM.....	45
1.1.3. De verhouding tussen de Grondwet en het EVRM.....	46
1.2. De horizontale werking.....	47
1.2.1. De Grondwet.....	48
1.2.2. Het EVRM.....	49
1.3. De beperking van grond- en mensenrechten.....	50
1.3.1. De Grondwet.....	50
1.3.2. Het EVRM.....	52
1.4. Conclusies.....	54
<b>2. Het recht op de vrijheid van meningsuiting.....</b>	<b>56</b>
2.1. Karakteristieken van art. 7 Gw en art. 10 EVRM.....	56
2.1.1. De Grondwet.....	56
2.1.2. Het EVRM.....	58
2.1.3. Conclusies.....	60
2.2. De beperking van de vrijheid van meningsuiting.....	61
2.2.1. De Grondwet.....	61
2.2.2. Het EVRM.....	62
2.2.2.1. De algemene beperkingsclausule.....	62
2.2.2.2. Preventieve beperkingen.....	64
2.2.2.3. Conclusie.....	65
2.3. Het recht op de vrijheid van meningsuiting in het digitale tijdperk.....	66
2.3.1. Nederland.....	66
2.3.1.1. Wetgeving.....	66
2.3.1.2. Jurisprudentie.....	70
2.3.2. Europa.....	72
2.3.2.1. Raad van Europa.....	72
2.3.2.2. De Europese Unie.....	73
2.3.2.3. Jurisprudentie.....	74
2.3.3. Conclusies.....	76

## Deel IV

### *Rechtsvergelijking/Conclusies*

1.1. De vrijheid van meningsuiting in het First Amendment, art. 7 Gw en art. 10 EVRM op het Internet.....	78
1.2. De rechter en de wetgever.....	78
1.3. Verklaringen.....	81

<b>Literatuurlijst.....</b>	<b>85</b>
<b>Jurisprudentie.....</b>	<b>88</b>
<b>Kamerstukken.....</b>	<b>91</b>
<b>Internetbronnen.....</b>	<b>92</b>

## Lijst van afkortingen

AB	Administratiefrechtelijke Beslissingen
ACLU	American Civil Liberties Union
ARRS	Afdeling rechtspraak van de Raad van State
BW	Burgerlijk Wetboek
D&R	Decisions and Reports
ECRM	Europese Commissie voor de Rechten van de Mens
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
Gw	Grondwet
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
HR	Hoge Raad
JB	Jurisprudentie Bestuursrecht
Loy. U. Ch. L.J.	Loyola University Chicago Law Journal
NJCM-Bulletin	Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
Sr	Wetboek van Strafrecht
Rb.	Rechtbank
Stb.	Staatsblad
Tenn. L. Rev.	Tennessee Law Review
Trb.	Tractatenblad
W	Weekblad van het Recht
Wash. U. L. Q.	Washington University Law Quarterly

## **Deel I**

### ***Inleiding, probleemstelling en onderzoeksmethode***

#### **1. Inleiding**

De vooruitgang van de informatietechnologie heeft veel goeds gebracht. Met de komst van het Internet, waaronder de e-mail en het world wide web, ligt als het ware de hele wereld voor ons open. Alle informatie die men nodig heeft is in een ogenblik te verkrijgen. Het kost dan ook slechts enkele seconden om even te informeren hoe het met tante Riek gaat terwijl ze lekker in de zon ligt op de Bahamas. Het is ook ontzettend leuk om dan snel een boodschapje terug te krijgen vanuit de Bahamas.

Helaas vinden we tussen al die voor ons interessante berichten ook andere berichten waar we iets minder blij mee zijn. Het gaat om de zgn. “ongevraagde communicatie” ofwel “unsolicited commercial e-mail” (UCE). Men gebruikt daarvoor een gemeenschappelijke naam: spam. Behalve spam zijn er ook nog andere soorten uitingen op het Internet waar men minder blij mee is. De anonimiteit en het gemak waarmee er op het Internet wordt gecommuniceerd leidt ertoe dat dit medium vaak wordt gebruikt voor uitingen die tegen de grenzen van het recht op de vrijheid van meningsuiting aan liggen. Hiermee doel ik op discriminerende racistische uitingen, zoals bijvoorbeeld de op de nazistische auctiesite van Yahoo voor Joden discriminerende teksten en te koop aangeboden materialen zoals boeken waarin de Holocaust wordt ontkent.

De opkomst en de ontwikkeling van het Internet hebben ook een andere vraag doen rijzen, en wel die naar de bescherming van kinderen tegen de voor hen schadelijke uitingen op het Internet, met name die met een seksueel georiënteerde inhoud. Kinderen kunnen immers net zo gemakkelijk gebruik maken van het Internet als volwassenen, waardoor ze in aanraking kunnen komen met uitingen die voor hen niet bestemd zijn.

De problematiek hiervan is thans zeer actueel. In de Verenigde Staten, heeft deze geleid tot velerlei wetgeving die ertoe strekt kinderen te beschermen tegen onfatsoenlijke uitingen op het Internet. Ook is in de Verenigde Staten, het land waarin toch grote nadruk op zelfregulering wordt gelegd, de kwestie van spam wettelijk geregeld. Dat betekent dat de krachten van de markt niet voldoende sterk zijn gebleken om het verschijnsel spam in bedwang te houden. De federale ingreep in de vorm van wetgeving is blijkbaar noodzakelijk geweest. Veel wetgeving die de inhoud van de uitingen op het Internet trachtte te reguleren werd echter door federale rechters als strijdig met het Amerikaanse recht op de vrijheid van

meningsuiting (het First Amendment) geoordeeld. Volgens hen genoot het Internet de hoogste mate van bescherming door het First Amendment en konden de voor velen problematische uitingen niet zo snel worden beperkt. Ook in Nederland en in de Raad van Europa heeft de discussie over de grondrechten op het Internet, waaronder de vrijheid van meningsuiting plaatsgevonden. Dat heeft geresulteerd in voorstellen van de “Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk” tot herziening van het eerste hoofdstuk van de Grondwet, die echter wegens allerlei politieke redenen niet zijn ingediend. In het kader van de Raad van Europa is er de *Declaration on freedom of communication on the Internet* tot stand gekomen, waarin wordt gepleit voor de vrijheid van meningsuiting op het Internet en waar tegelijkertijd allerlei uitzonderingen op werden gemaakt. In de Europese Unie zijn beleidsdocumenten tot stand gekomen waarin de bescherming van kinderen op het Internet centraal staat.

Het bovenstaande geeft in hoofdlijnen een beeld van de houding van de overheden tegenover de vrijheid van meningsuiting op het Internet en in het bijzonder tegenover de problematische uitingen op het Internet. Het is interessant deze houding nader te onderzoeken en te kijken waar de grenzen van de vrijheid van meningsuiting op het Internet in de verschillende staten worden getrokken.

Voor dit onderzoek is naast de te beschouwen Nederlandse en Europese situatie gekozen voor de Verenigde Staten. Deze keuze werd gerechtvaardigd door het feit dat de Verenigde Staten een zeer ontwikkeld land is wat de informatietechnologie betreft. Ook hecht men daar zeer grote waarde aan het grondrecht van de ‘freedom of speech’ in het First Amendment. Dit grondrecht wordt ook vaak ingeroepen.

### **1.1. Probleemstelling en aanpak**

De aanleiding tot de probleemstelling vormen de zojuist kort aangehaalde voorbeelden van de wettelijke initiatieven en de jurisprudentiële praktijk over de beperking van de vrijheid van meningsuiting op het Internet.

De probleemstelling van dit rechtsvergelijkend onderzoek luidt:

Waar liggen in de Verenigde Staten, Nederland en Europa de grenzen van de uitoefening van de vrijheid van meningsuiting op het Internet zoals ze worden bepaald door de wetgever en de rechter?

Dit rechtsvergelijkend onderzoek wordt uitgevoerd op de volgende wijze. Eerst worden de Verenigde Staten aan de ene kant en Nederland en Europa (het EVRM) aan de andere kant onder de loep genomen. Enige gelijkheid is vervolgens zichtbaar in de behandeling van de Verenigde Staten, Nederland en Europa. Eerst wordt een algemeen systeem van grondrechtenbescherming in deze rechtsstelsels beschreven, waarbij ook aandacht wordt besteed aan de horizontale werking van grondrechten en aan de beperkingssystematiek. Daarna zal het recht op de vrijheid van meningsuiting specifiek aan bod komen. Daarbij zal onder andere aandacht worden besteed aan de reikwijdte en de beperkingsmogelijkheden van dat recht. Vervolgens wordt de ontwikkeling van de vrijheid van meningsuiting op het Internet onderzocht in het licht van de wettelijke initiatieven, die op deze vrijheid beperkend kunnen werken en in het licht van de aanwezige jurisprudentie. De rode draad hierbij vormen steeds drie problematische uitingen op het Internet zoals voor kinderen schadelijke, want seksueel georiënteerde uitingen, discriminerende racistische uitingen en commerciële uitingen in de vorm van spam.

Als laatste volgt de rechtsvergelijking. Hier worden, zoals ook bij een rechtsvergelijking hoort, de resultaten van het onderzoek naar de beperking van de vrijheid van meningsuiting op het Internet vergeleken. Tot slot worden verklaringen gezocht voor de (meestal) verschillende wijzen van omgaan met de vrijheid van meningsuiting op het Internet en het stellen van grenzen aan de meest problematische uitingen op het Internet.

Bij het bovenstaande dient opgemerkt te worden dat slechts datgene wordt beschreven en onderzocht wat van belang is voor dit onderzoek. Het recht op de vrijheid van meningsuiting kent een enorm brede schaal aan aspecten, gezichtspunten en vooral literatuur, zodat noodzakelijkerwijs slechts een deel daarvan kon worden gebruikt voor deze scriptie.

## **1.2. Onderzoeksmethode**

Dit onderzoek is gebaseerd op literatuurstudie. Ten behoeve hiervan werd zowel de Amerikaanse als de Nederlandse literatuur bestudeerd, die betrekking heeft op het systeem van grondrechten en specifiek op het recht van de vrijheid van meningsuiting. Voor de algemene informatie over deze grondrechten werd vaak gebruikt gemaakt van handboeken. Daar waar specifieke informatie was vereist (vooral in het Amerikaanse deel) werden verschillende tijdschriftartikelen geraadpleegd, die in grote mate beschikbaar zijn via het Internet (*Hein Online*).



De jurisprudentie was naast de literatuur een wezenlijk element in dit onderzoek. Aandacht werd besteed aan de belangrijkste rechterlijke uitspraken, die meestal via het Internet kunnen worden geraadpleegd. Ten behoeve van de Amerikaanse jurisprudentie werd meestal gebruik gemaakt van *Westlaw*, voor de Nederlandse jurisprudentie was de *Nederlandse Jurisprudentie* van belang en de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens werd geraadpleegd via het *Hudoc* systeem alsook het jurisprudentieboek van Lawson en Schermers en specifieke tijdschriften zoals *Mediaforum* en *Computerrecht*. Overige informatie werd gevonden op het Internet (via *Google*).

Achter in mijn scriptie wordt een overzicht van de geraadpleegde literatuur en van de jurisprudentie gegeven.

## **Deel II**

### ***De Verenigde Staten***

#### **1. Het grondwettelijk systeem van de grondrechten. Inleiding**

Het lijkt me essentieel om in het kader van deze scriptie, bij het gedeelte over het rechtsstelsel in de Verenigde Staten, te beginnen met het in kaart brengen van het systeem van de Amerikaanse grondrechten. Daarbij wordt aandacht besteed aan de Bill of Rights, als het oorspronkelijke grondrechtelijke element in de Amerikaanse constitutie. Aan de orde komt eerst de ontstaansgeschiedenis van de Bill of Rights en de mogelijkheid voor de burgers om deze in te roepen (par.1.1.). Hierna volgt het rechterlijke toetsingsrecht (par. 1.2.). Daarna wijd ik een beschouwing aan de mogelijkheid van beperking van de Amerikaanse grondrechten (par.1.3) en aan de werking van de grondrechten in de relatie tussen burgers onderling (par. 1.4.). Ik besluit met enkele opmerkingen over de kenmerken van het systeem van de Amerikaanse grondrechten (par. 1.5.).

##### **1.1. Bill of Rights**

De Amerikaanse Bill of Rights werd voorgesteld ter ratificatie door de staten op het First Congress of the United States op 25 september 1789. Deze bill bestaat uit de eerste tien amendementen als toevoeging aan de Constitutie. De totstandkoming van de Bill of Rights verliep niet geheel zonder slag of stoot. Tijdens de Constitutional Convention in Philadelphia, toen de Constitutie bijna gereed was, stelde George Mason op 12 september 1787 voor om de Constitutie te laten voorafgaan door de Bill of Rights. Naar zijn mening: "It would give great quiet to the people; and with the aid of the State declarations, a bill might be prepared in a few hours."<sup>1</sup> Met 'State declarations' doelde hij op de bills of rights die in het merendeel van de staten reeds werden aangenomen. In de ogen van Mason was het dus mogelijk om de algemene Amerikaanse Bill of Rights in een korte tijd op te stellen aan de hand van de bills of rights van de afzonderlijke staten. Deze bills of rights zouden dan fungeren als uitgangspunt, als model, voor de Bill of Rights van Amerika. Deze motie werd echter afgewezen met onder andere de motivering dat de Constitutie de states' declarations immers niet afschaft. Op 17 september 1787 ging de Conventie uiteen.

Het ontwerpen en het opnemen van de Bill of Rights in de Amerikaanse Constitutie heeft in tegenstelling tot wat Mason in 1787 dacht, lang geduurd. Er ontstond een hevige discussie

---

<sup>1</sup> Gerry and Mason Proposal, 12 september 1787 in: Lloyd e.a. 1998, p. 265.

tussen de Federalisten, die voorstanders van de Constitutie waren, en de Anti-Federalisten, die daar veel bezwaren tegen hadden, over de noodzaak van de Bill of Rights. De Federalisten bleven het opnemen van de Bill of Rights consequent afwijzen. Zij deden dit met de volgende motivering. Zij stelden dat de Bill of Rights altijd een vorm van privileges was geweest tussen het volk en de vorst. De rechten die voorheen niet gerespecteerd waren, werden nu door middel van die privileges afgedwongen. Zo was dat in het geval van de Magna Charta, Petition of Rights en de Engelse Bill of Rights uit 1689. Omdat met de totstandkoming van de constitutie oude rechten intact bleven, was er ook geen noodzaak ze expliciet in de constitutie op te nemen. De clausule: “WE, THE PEOPLE of the United States, to secure the blessings of liberty to ourselves and our posterity, do *ordain* and *establish* this Constitution for the United States of America” was voldoende.<sup>2</sup> Voor de Anti-Federalisten was juist het feit dat, zoals al eerder even vermeld, zoveel staten reeds eigen constituties met een bill of rights hadden een argument om de algemene Bill of Rights in de Amerikaanse Constitutie op te nemen. Zo begon bijv. de constitutie van de staat Virginia uit 1776 met de ‘Declaration of Rights.’ Hierin vindt men onder andere garanties als: dat alle mensen op gelijke wijze vrij zijn en dezelfde rechten hebben die zelfs niet bij overeenkomst kunnen worden ontnomen en dat tussen deze rechten zich rechten van ‘enjoyment of life, liberty, and property and the pursuit of happiness’ bevinden. Verder erkent deze Declaratie de vrije uitoefening van godsdienst en persvrijheid. Als tweede voorbeeld kan de ‘Bill of Rights’ uit Pennsylvania dienen. Daarin werden o.a. de volgende rechten gegarandeerd: de vrijheid van meningsuiting, van vergadering en petitie, de scheiding tussen kerk en staat, het recht op wapenbezit, het recht om zich vrijelijk te verplaatsen.<sup>3</sup> Het argument van de Anti-Federalisten, dat al bijna alle staten een eigen bill of rights hadden, werd door de Federalisten weerlegd. Het feit dat zes van de staten geen bill of rights hadden en dat de statelijke bills of rights niet allemaal dezelfde rechten garandeerden, vormde een argument voor de Federalisten tegen de opnemning van de algemene Bill of Rights. Zoals Wilson stelde, was het minder erg om geen Bill of Rights te maken dan een Bill of Rights die incompleet was. Als reden gaf hij aan dat het ontbreken van bepaalde rechten in de Bill of Rights het gevaar in zich hield dat aantasting daarvan gerechtvaardigd zou worden geacht. Met andere woorden zouden dus de rechten die wel werkelijk bestaan, maar niet opgeschreven zijn in de ‘Bill of Rights’, geschonden mogen worden.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> Alexander Hamilton, *Federalist No. 84* in: Lloyd e.a. 1998, p. 288.

<sup>3</sup> Levy 1999, p. 9 e.v.

<sup>4</sup> Levy 1984, p. 108.

Tijdens de Conventie die in juni 1788 in Richmond, Virginia, plaatsvond, toen Virginia aan de beurt was om de nieuwe federale constitutie te ratificeren, concentreerden de tegenstanders van de constitutie zich op het ontbreken van de Bill of Rights. Madison stelde dat die niet nodig was. Die zou volgens hem zelfs gevaarlijk kunnen zijn. Het opnoemen van sommige rechten van mensen zou immers kunnen impliceren dat er geen andere rechten zouden zijn.<sup>5</sup> Maar de staten waren bezorgd. Met krappe meerderheid werd de Constitutie uit 1787 aangenomen<sup>6</sup>. De staten bleven echter steeds vragen naar de Bill of Rights. In deze omstandigheden werd Madison bijna gedwongen om de belofte te doen dat de Bill of Rights er zou komen. In de zomer van 1789 diende hij zeventien amendementen in het Huis van Afgevaardigden in. Twaalf daarvan werden aangenomen door het Congress en ter ratificatie voorgelegd aan de staten. Tien van deze amendementen werden in december 1791 daadwerkelijk geratificeerd door de staten.<sup>7</sup> Deze amendementen hebben een eigen plaats gekregen in de vorm van een lijst die toegevoegd werd aan de Constitutie. In deze amendementen lagen en liggen nog steeds de grondrechten besloten. De grondrechtelijke waarborgen van deze tien amendementen waren bedoeld om burgers bescherming te bieden tegen de federale overheid. Dit had te maken met het feit dat de Amerikaanse Constitutie uit 1787 nieuwe bevoegdheden van vooral het Congress in het leven had geroepen, waarin men het gevaar van willekeur zag. Dat kwam door de vage omschrijving van de bevoegdheden van het Congress, zoals bijv. de bevoegdheid om wetten te maken die de 'general welfare of the United States'<sup>8</sup> dienden. De 'Bill of Rights' was dus nadrukkelijk niet bedoeld om het individu tegen de staten te beschermen. In de zaak uit 1833 heeft het Supreme Court dit standpunt expliciet ingenomen. Ter onderbouwing daarvan verwees Chief Justice Marshall naar de ontstaansgeschiedenis van de Bill of Rights.<sup>9</sup> Het feit dat burgers zich slechts in de relatie tot de federale overheid (op enkele uitzonderingen na) op hun rechten uit de Bill of Rights konden beroepen was verontrustend. Het waren immers vaak de niet-federale overheden die de gegarandeerde rechten van de burgers schonden. Na de burgeroorlog kwam hier verandering in. Nadat de Noordelijke staten, die overtuigde tegenstanders van de slavernij waren, de oorlog hadden gewonnen werd de slavernij afgeschaft. Dit werd tot uitdrukking gebracht in het Thirteenth Amendment. Het Fourteenth Amendment bevestigde het burgerschap van de bevrijde slaven en garandeerde

---

<sup>5</sup> Rijsord 1966, p. 1201.

<sup>6</sup> Boon 1992, p. 5.

<sup>7</sup> Rijsord 1966, p. 1203-1204.

<sup>8</sup> U.S. Constitution, sec. VII [1].

<sup>9</sup> *Barron v. Baltimore*, 7 Peters 243; 8 L.Ed. (1833).

hen bepaalde bescherming. Het Fifteenth Amendment verbood de raciale discriminatie wat het kiesrecht betrof. Vooral het Fourteenth Amendment ging een grote rol spelen in het kader van de verhouding tussen de federale overheid en de overheden van de staten. Het eerste lid van dit amendement luidt: “All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.” De tekst van dit amendement zou in principe de beslissing van het Supreme Court opzij moeten zetten en verzekeren dat de Bill of Rights ook van toepassing zou zijn op de overheden van de staten.<sup>10</sup> Het Supreme Court wilde er echter niet aan meewerken. In de *Slaughter-House Cases* uit 1872<sup>11</sup> verwierp het Hof het idee om de normen die van toepassing waren en nog steeds zijn op de federale overheid (dus ook die normen die voor de federale overheid uit de Bill of Rights voortvloeien) ook van toepassing te verklaren op de overheden van de afzonderlijke staten. Het Supreme Court verwees daarbij naar de oorspronkelijke bedoeling van het Fourteenth Amendment en de andere naoorlogse amendementen, d.w.z. het garanderen van de vrijheid van het Afrikaanse ras en niet het opleggen van constitutionele beperkingen aan de staten. Hier was het Supreme Court snel mee klaar.

Intussen werd in de rechtspraak een andere weg gevolgd om de staten toch aan sommige garanties van de Bill of Rights te binden. Dat gebeurt via de Due Process Clause van het Fourteenth Amendment. Deze geeft de garantie van een eerlijk proces (‘procedural due process’) alsook de garantie van een eerlijke en rechtvaardige wetgeving (substantive due process).<sup>12</sup> Volgens de jurisprudentie zijn fundamentele rechten beschermd door de ‘due process clause’ zo cruciaal dat er van geen ‘due process’ sprake zou zijn zonder die rechten<sup>13</sup>. Deze cruciale rechten vindt men uiteraard in de Bill of Rights, maar ook daarbuiten. Het eerste recht uit de Bill of Rights dat op deze manier van toepassing werd verklaard op de niet-federale overheden is het verbod op onteigening zonder billijke compensatie. Het gaat hier dus om de ‘Just Compensation Clause’ van het Fifth Amendment.<sup>14</sup> In het kader van het onderwerp van deze scriptie is het belangrijk om te vermelden dat de niet-federale overheden vanaf 1925 ook het recht op de vrijheid van meningsuiting uit het First Amendment moeten

---

<sup>10</sup> Schwartz 1977, p. 207.

<sup>11</sup> *Slaughter-House Cases*, 83 U.S. 36, 21 L.Ed. 394 (1872).

<sup>12</sup> Rosier 1997, p. 134.

<sup>13</sup> *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145, 212 (1968), Schwartz 1977, p. 214.

<sup>14</sup> *Missouri Pacific Railway Co. V. Nebraska*, 164 U.S. 403 (1896).

respecteren, zij het dat aan deze niet-federale overheden de mogelijkheid wordt geboden om in bepaalde gevallen gebruik te maken van eigen 'local community standards'.<sup>15</sup> Ondertussen zijn bijna alle grondrechten uit de Bill of Rights van toepassing verklaard op de niet-federale overheden.<sup>16</sup> Dit jurisprudentiële verschijnsel wordt 'the selective incorporation' genoemd.

## 1.2. De rechterlijke toetsing aan de Constitutie

Voordat ik over de beperkingsmogelijkheden van de grondrechten en over de controle van de rechter op de rechtvaardigheid van zulke beperkingen kom te spreken, is het verhelderend om eerst kort het recht van de rechters om de statelijke en de federale wetgeving aan de Constitutie te toetsen, te bespreken. In het kader van dit recht spreekt men van de 'judicial review'-doctrine. Deze doctrine impliceert dat "the courts have the power to invalidate governmental action which is repugnant to the constitution."<sup>17</sup> In de uitspraak in de zaak *Marbury v. Madison*<sup>18</sup> vestigde het Supreme Court het recht van de federale rechter om federale wetgeving aan de Constitutie te toetsen. Naast het recht om federale wetgeving aan de Constitutie te toetsen, hebben de federale rechters het recht om te oordelen over de wetgeving van de staten.<sup>19</sup> Dit recht is volgens *Martin v. Hunter's Lessee*<sup>20</sup> gebaseerd op de Judiciary Act of 1789 en op de 'supremacy clause' van art. VI (2) van de Constitutie. De 'supremacy clause' houdt in dat de deelstaten gebonden zijn aan de Constitutie en aan alle federale wetgeving. Dat brengt met zich dat de wetgeving van de deelstaten ondergeschikt is gemaakt aan de eerder genoemde wetgeving.<sup>21</sup> In de zaak *Martin v. Hunter's Lessee* oordeelde het Supreme Court ook dat de beslissingen van de niet-federale rechters over de federale kwesties onder de jurisdictie van het Supreme Court vallen o.g.v. art. III van de Constitutie.<sup>22</sup>

## 1.3. De beperkingsmogelijkheden

De bepalingen waarin de Amerikaanse grondrechten te vinden zijn kennen geen algemeen systeem van beperkingsmogelijkheden van deze grondrechten. Dat is, zoals ik later in mijn

---

<sup>15</sup> *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925).

<sup>16</sup> Voor de onderdelen van de Bill of Rights die nog niet zijn geïncorporeerd zie: Fisher 2003, p. 400 e.v.

<sup>17</sup> Barron e.a. 2003, p. 68.

<sup>18</sup> *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 2 L.Ed. 60 (1803), zie ook: Beard 1999, p. 119 ev.

<sup>19</sup> Zie bijv.: *Fletcher v. Peck*, 10 U.S. 87 (1810).

<sup>20</sup> *Martin v. Hunter's Lessee*, 14 U.S. 304 (1816).

<sup>21</sup> Nowak & Rotunda 1995, p. 17.

<sup>22</sup> Over 'judicial review' van het Supreme Court zie: Janse de Jonge 1995, p. 359 e.v.

onderzoek zal laten zien, precies het tegenovergestelde van de Nederlandse benadering met duidelijke grondwettelijke beperkingsclausules. De reden van het ontbreken van beperkingsmogelijkheden in de Amerikaanse situatie kan gezocht worden in het common law stelsel dat Amerika hanteert. De ontwikkeling van het recht is in grote mate onderworpen aan de rechtspraak, vandaar dat er ook van ‘rechtensrecht’ wordt gesproken. Zo ook in dit geval. Het zijn rechters die de beperkingssystematiek hebben ontwikkeld. Het Supreme Court hanteert twee soorten toetsingscriteria in het kader van het onderzoek naar de grondwettigheid van de wetgeving die de grondrechten van burgers aantast. Het gaat hier om de ‘rational basis test’ en de ‘strict scrutiny test’. De ‘rational basis test’ heeft betrekking op de statelijke regelingen<sup>23</sup> die in feite een onderscheid maken naar bepaalde groepen mensen, maar dit onderscheid is niet ‘strictly suspect’ (het gaat dus niet om bijv. het onderscheid naar ras). Zulke maatregelen zijn dan niet in strijd met de constitutie indien het onderscheid in de regeling naar redelijkheid het legitieme statelijke doel dient. Het is dus een soort willekeurtoets. Uit de rechtspraak volgt dat deze toets wordt verricht daar waar de regelingen op het gebied van de sociale zekerheid en economie in het geding zijn. De staat hoeft niet aan te tonen dat het onderscheid het best mogelijke was, het is voldoende dat het onderscheid het legitieme doel nastreefde.<sup>24</sup> Omdat het hier slechts om bepaalde economische belangen gaat en niet om de fundamentele grondrechten, laat ik nadere beschouwingen over dit toetsingscriterium achterwege.

Interessanter en scherper is het tweede toetsingscriterium dat door het Supreme Court is ontwikkeld, de ‘strict scrutiny test’. Deze test houdt in dat, indien de statelijke wetgeving (en later ook de federale regelgeving) inbreuk maakt op de rechten van de burgers die gegarandeerd zijn in de Constitutie, deze wetgeving pas dan geldig is indien deze ‘an intensified and strict equal protection scrutiny’ test kan doorstaan. Welnu, indien de regelgeving het onderscheid maakt dat ‘strictly suspect’ is (daar kom ik later over te spreken), of indien de regelgeving gericht is op de fundamentele rechten, dan verricht de rechter de ‘strict scrutiny test’.<sup>25</sup> Dat betekent dat de staat moet aantonen dat de bestreden wetgeving het noodzakelijke statelijke doel dient en dat het voor de staat niet mogelijk was om minder drastische en minder verre gaande maatregelen te nemen ter verwezenlijking van dit doel.<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> Koekkoek e.a. 2000, p. 158.

<sup>24</sup> 16B Am. Jur. 2d Constitutional Law § 813.

<sup>25</sup> 16B Am. Jur. 2d Constitutional Law § 815.

<sup>26</sup> Een willekeurig voorbeeld: *Lange-Kessler v. Department of Educ. Of the State of N.Y.*, 109 F.3d 137 (1997).

De 'strict scrutiny test' werd oorspronkelijk verricht in het kader van de 'Equal Protection Clause' van het Fourteenth Amendment. Deze 'Equal Protection Clause' houdt in dat alle burgers onder de 'state legislation' dezelfde bescherming genieten.

Een paar zaken vergen nadere uitleg.

Ten eerste: wanneer is het onderscheid 'strictly suspect', zodat de 'strict scrutiny test' moet worden verricht? In de rechtspraak van het Supreme Court werden de volgende categorieën van het gemaakte onderscheid aangemerkt als 'suspect': het onderscheid naar ras, afkomst, religie, vreemdelingenstatus, het vreemdeling zijn (in sommige gevallen) en gezondheid met deze kanttekening dat het Supreme Court in dat laatste geval slechts de 'strict scrutiny test' toepast, wanneer dit onderscheid ook nog de fundamentele rechten van de persoon in kwestie aantast. Het onderscheid naar geslacht en het zijn van een onwettig kind wordt ook als een verdacht onderscheid aangemerkt, maar vreemd genoeg heeft de meerderheid van de rechters in zulke gevallen nooit de 'strict scrutiny test' toegepast.<sup>27</sup>

Ten tweede: welke rechten worden als fundamenteel gezien? Gaat het om de rechten uit de Bill of Rights of zijn er ook nog andere rechten fundamenteel? De Amerikaanse Jurisprudentie geeft aan dat het om die rechten gaat die expliciet of impliciet door de Federale Constitutie worden beschermd. Hier valt meteen op dat de rechter niet gebonden is aan de toetsing uitsluitend aan de Bill of Rights. Omdat hij zelfs aan de rechten die impliciet beschermd worden door de Constitutie mag toetsen, is de bescherming die de burger krijgt groter.<sup>28</sup> Aan de andere kant ligt echter het risico, dat dezelfde rechter de Constitutionele rechten heel beperkt gaat uitleggen. Als fundamentele rechten worden genoemd onder andere: het recht om te trouwen, het recht op voortplanting<sup>29</sup>, het recht op het uitoefenen van de rechten van het First Amendment, het recht om zich te verplaatsen tussen de staten en het recht om te stemmen.

Aanvankelijk werd de 'strict scrutiny test' bedoeld voor de statelijke wetgeving en regelgeving in het algemeen, dus niet voor het optreden van de federale overheid dat de rechten van burgers aantastte. Het Supreme Court bracht daar in 1995 verandering in. In *Adarand Constructors, Inc. v. Peña* oordeelde het Supreme Court dat de 'strict scrutiny test' moest worden uitgevoerd ook in geval van de federale plannen ter bevordering van de werkgelegenheid bij minderheden. Het Supreme Court oordeelde: 'Thus, strict scrutiny is the proper standard for analysis of all racial classifications, whether imposed by a federal, state,

---

<sup>27</sup> 16B Am. Jur. 2d Constitutional Law § 817.

<sup>28</sup> Zie bijv.: *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923), waar aan het woord 'liberty' een brede uitleg werd gegeven.

<sup>29</sup> *Skinner v. Oklahoma*, 316 U. S. 535 (1942).



or local actor.’<sup>30</sup> De federale overheid moet dan ook, zoals in geval van de statelijke overheid, kunnen aangeven dat dit onderscheid zorgvuldig was uitgevoerd ter verwezenlijking van een dringend doel.<sup>31</sup> De ‘strict scrutiny test’ wordt dus, in het geval van het federaal optreden, toegepast indien de federale overheid het onderscheid maakt naar bijvoorbeeld ras. De ‘strict scrutiny test’ heeft meermalen geleid tot het strijdigverklaren van wetgeving met de Amerikaanse Constitutie.

#### **1.4. De horizontale werking van grondrechten**

In de vorige paragrafen is tot uitdrukking gebracht in welke gevallen de Amerikaanse burgers zich op de grondrechtelijke waarborgen kunnen beroepen. Kort kan ik concluderen dat deze grondrechten slechts bescherming bieden tegen het optreden van de overheid: federale of statelijke (in het kader van het 14th Amendment). Onmiddellijk rijst dan de vraag: kunnen de burgers daar bescherming aan ontleen in hun relaties onderling? Kan de ene burger een rechtstreeks beroep doen op de schending van zijn grondrecht door een andere burger? Het idee, dat private personen de rechten die in de Constitutie zijn gewaarborgd kunnen schenden, werd in de rechtspraak verworpen.<sup>32</sup> Desondanks kunnen burgers zich beroepen op de bescherming van hun grondrechten in horizontale relaties, mits aan een bepaalde voorwaarde is voldaan. Er moet steeds sprake zijn van een ‘state action’. Deze eis houdt in dat burgers slechts een beroep kunnen doen op de schending van hun grondrecht door een andere private entiteit indien het optreden van die laatste gezien kan worden als het optreden van de staat (‘state action’). De eis van een ‘state action’ heeft te maken met het feit dat de grondrechtelijke bescherming van de burgers in dit soort relaties zich via het Fourteenth Amendment voltrekt. Dit amendement legt restricties op aan de staten en niet aan de burgers. Daarom moet men kunnen aantonen dat zijn grondrecht via de private handeling toch door de staat is geschonden. In de rechtspraak worden verschillende criteria gehanteerd om tot de conclusie te komen of een bepaald gedrag wel of niet als een ‘state action’ moet worden gezien. In de meeste gevallen wordt de volgende vraag gesteld: is het grondrechtbeperkende optreden van de private persoon in voldoende mate verwickeld met de overheid zodat men van een ‘state action’ (het optreden van de staat) kan spreken?<sup>33</sup> Er wordt dan onderzocht of de staat in aanmerkelijke mate betrokken is geweest bij het discriminerend handelen, zodat

---

<sup>30</sup> *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U. S. 200 (1995).

<sup>31</sup> Zie ook: *Grutter v. Bollinger*, 539 U. S. 306 (2003).

<sup>32</sup> *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3 (1883).

<sup>33</sup> *Gunther & Sullivan* 1997, p. 927 e.v.

het discriminerende gedrag kan worden toegerekend aan die staat. Dit is de zgn. ‘significant state involvement’ benadering. Een andere voorbeeld van een benadering die bepaalt of er wel of niet sprake is van een ‘state action’, is die van de ‘public function’.<sup>34</sup> Dit houdt in dat de private discriminerende handelingen als een ‘state action’ worden gezien wanneer de handelende private organisatie publieke taak vervult. Ook is de mate waarin de discriminerende private persoon of organisatie ondersteund wordt (met inbegrip van de financiële ondersteuning) door de overheid, van belang.<sup>35</sup>

Als laatste voorbeeld van de situatie wanneer een private discriminerende handeling vereenzelvigd wordt met een ‘state action’ is het geval waarin de staat de discriminatie op een of een ander manier aanmoedigt en rechtvaardigt.<sup>36</sup>

Ondanks de op het eerste gezicht duidelijke criteria is het vaak heel moeilijk om strikt onderscheid te maken tussen het private gedrag dat wel als een ‘state action’ wordt gezien en het gedrag dat louter als gedrag van de private persoon geldt. De doctrine van de horizontale werking van de grondrechten schept daarom veel onduidelijkheid.

## 1.5. Conclusies

In dit hoofdstuk heb ik het grondwettelijk systeem van de grondrechten in de Verenigde Staten onderzocht. Daaruit kan ik kort de volgende conclusies trekken. De Amerikaanse Constitutie kent de burgers een grondrechtelijke bescherming toe in de vorm van de Bill of Rights, de eerste tien amendementen als toevoeging aan de constitutie, alsook de amendementen 13 t/m 15 die aangenomen zijn na de burgeroorlog. Ook bevat de Constitutie enkele procedurele grondrechten. Aangezien het om een algemeen schets van het systeem van de grondrechten gaat heb ik de beschrijving hiervan achterwege gelaten. De grondrechten krijgen pas betekenis door de rechterlijke interpretatie. Dit brengt met zich dat het bereik van deze rechten door de rechter wordt bepaald. Ook is de ontwikkeling van mogelijkheden tot beperking van de grondrechten en van het leerstuk van de horizontale werking van de grondrechten overgelaten aan de rechter. In het kader hiervan werkt hij met termen als ‘rational basis test’ en ‘strict scrutiny test’ respectievelijk ‘state action’.

Na dit algemene hoofdstuk over het systeem van de grondrechten volgt een hoofdstuk waarin

---

<sup>34</sup> *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946).

<sup>35</sup> *Burton v. Wilmington Parking Authority*, 365 U.S. 715 (1961).

<sup>36</sup> *Reitman v. Mulkey*, 387 U.S. 369 (1967).

het recht op freedom of speech van het First Amendment centraal staat.

## **2. First Amendment**

Het onderwerp van het recht op de vrijheid van meningsuiting is opgedeeld in vier blokken: in het kort de historische achtergrondinformatie over dit recht (par. 2.1.), het bereik van freedom of speech van het First Amendment (par. 2.2.), de beperking van free speech (par. 2.3.) en freedom of speech in het digitale tijdperk (par. 2.4.) Tenslotte volgen enkele conclusies (par. 2.5.).

### **2.1. Historische achtergrond**

Zoals reeds in par.1.1. is beschreven, diende Madison in 1789 in het Huis van Afgevaardigden voorstellen voor zeventien amendementen bij de Constitutie in. Het Congress had twaalf amendementen aangenomen en vervolgens voorgelegd ter ratificatie aan de staten. Tien van deze amendementen werden in december 1791 daadwerkelijk geratificeerd door de staten. Omdat de eerste twee van de voorgestelde twaalf amendementen niet aangenomen werden, is het in de oorspronkelijke volgorde derde amendement op de eerste plaats komen te staan. Dit is het huidige First Amendment. Het luidt:

*“Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances.”*

Het betoog in deze scriptie concentreert zich op het recht van de vrijheid van meningsuiting en in het bijzonder op de freedom of speech, andere waarborgementen van het First Amendment worden onbesproken. Uit de Amerikaanse jurisprudentie blijkt namelijk dat de uitingen op het Internet in ieder geval onder de freedom of speech vallen.

Het idee van de freedom of speech in Amerika vindt zijn oorsprong in het Engelse gedachtegoed. De ontwikkeling van dit recht in de Amerikaanse kolonies liep nagenoeg gelijk met de ontwikkelingen in Engeland. Hierna volgt een beknopte schets van deze ontwikkeling. Eeuwenlang waren het slechts koningen en hoge kerkelijke ambtenaren in Engeland geweest die onbezorgd vrij mochten spreken. Het begin van de discussie over de freedom of speech voor anderen werd gemaakt met de Engelse Magna Charta uit 1215. Dit document spreekt

niet expliciet over de vrijheid van meningsuiting, maar het steeds daarin voorkomende begrip liberty geeft een aanknopingspunt voor deze discussie. Het debat ontwikkelde zich eerst richting de politieke vrijheid van de leden van het Parlement. Dat leidde vervolgens tot een uitgebreide discussie over hun vrijheid van meningsuiting. Een dergelijke vrijheid was volgens hen onmisbaar in het kader van een normale en goede uitoefening van hun politieke functie in een democratische staat.<sup>37</sup> Pas in 1689 werd de freedom of speech van de Parlementsleden officieel gegarandeerd, wanneer de Bill of Rights werd aangenomen. Deze waarborg strekte zich echter alleen uit tot de uitspraken gedaan in de hoedanigheid van lid van het Parlement tijdens de Parlementaire sessie.

De Parlementsleden hebben destijds aangekondigd dat elke ongegronde kritiek op hen zelf en hun werk (de zgn. 'sedition') zou worden bestraft. Daarna volgden veel veroordelingen voor de geschreven kritiek op het Parlement. Pas aan het eind van de achttiende eeuw ging het Parlement liberaler te werk en zijn de 'seditious prosecutions' door het Parlement sterk afgenomen. In de rechtbanken bleven de 'sedition trials' voortduren tot 1832, nadat de Reform Bill werd aangenomen en pas in de jaren zestig van de negentiende eeuw werd de freedom of speech erkend als het constitutionele recht van elke burger.<sup>38</sup>

Naast de inhoudelijke beperkingen op de uitingen wegens 'sedition', werden er drie andere categorieën van verboden uitingen gehanteerd. Het gaat om: 'defamation' (eerroof), 'blasphemy' (godslastering) en 'obscene libel' (onzedelijke aantijging).<sup>39</sup> Wat de voorafgaande controle op de pers betreft, werd de censuur door middel van het systeem van vergunningen afgeschaft in 1694.<sup>40</sup>

Zoals reeds vermeld, valt in Amerika hetzelfde patroon in de ontwikkeling van het recht op de vrije meningsuiting te ontdekken als in Engeland. Allereerst waren het weer slechts de rijke leden van de 'upper class' die dat recht genoten. Later verworven de leden van de legislatieve lichamen dat recht. De vrijheid van meningsuiting voor het gehele Amerikaanse volk werd pas met de ratificering van de Bill of Rights in 1791 gegarandeerd.

Ook werd inhoudelijke controle uitgeoefend op de uitingen, echter in tegenstelling tot de situatie in Engeland op dit gebied, waren het vooral twee categorieën van speech die in de kolonies verboden waren. Dat waren 'blasphemy' en 'sedition'.

---

<sup>37</sup> Tedford e.a. 2001, p. 5.

<sup>38</sup> Tedford e.a. 2001, p.6.

<sup>39</sup> Vrij vertaald.

<sup>40</sup> Tedford e.a. 2001, p. 14.

De censuur op de pers werd in Amerika afgeschaft in navolging van de afschaffing in Engeland.

## **2.2. Het bereik van het First Amendment**

De bedoeling van het First Amendment op het punt van 'freedom of speech clause' was het verbod op 'prior restraints'. Censuur was dus verboden. Onbeantwoord blijft dan nog de vraag naar de vormen van speech die niet gecensureerd mochten worden. Dit betreft dus de vraag naar het bereik van het First Amendment.

Welke vormen van expressie vallen onder de constitutionele bescherming van de 'freedom of speech' clause van dit amendement? Er zijn verschillende vormen van speech die onderscheiden kunnen worden. Nowak en Rotunda<sup>41</sup> spreken o.a. van 'subversive speech', 'obscene speech', 'speech of the broadcast media and of the traditional print media', 'libelous speech', 'symbolic speech'. Ook zijn er 'political speech' en 'commercial speech'. Dit is echter geen uitputtende opsomming van de categorieën van speech. De casuïstiek omtrent vormen van speech die onder de bescherming van het First Amendment vallen is zeer omvangrijk. Het lijkt me daarom overzichtelijker om aan de hand van de literatuur en de jurisprudentie aan te geven welke categorieën van speech in ieder geval minder of geen constitutionele bescherming van het First Amendment genieten. Dat zijn 'fighting words', 'libel', 'obscenity', 'child pornography' en 'commercial speech'.

### **2.2.1. Fighting words**

De doctrine van 'fighting words' houdt in dat degene die zijn mening uit, zulke provocatieve woorden gebruikt dat de persoon die de uitingen waarneemt zich aangezet voelt tot een reactie op die uitingen die bestaat uit gewelddadige handelingen. Om van 'fighting words' te kunnen spreken is het overigens niet vereist dat de luisteraar daadwerkelijk geweld pleegt. De mogelijkheid van een gewelddadige reactie volstaat. De 'fighting words' zetten aan tot verstoring van de orde. Deze 'fighting words'-doctrine werd geïntroduceerd in *Chaplinsky v. New Hampshire* uit 1942<sup>42</sup>. In deze zaak werd de Jehova getuige Chaplinsky veroordeeld voor het gebruiken van woorden als "God damned racketeer" en "a damned fascist" tegen de

---

<sup>41</sup> Nowak & Rotunda 1995, p. 986.

<sup>42</sup> *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942), Gard 1980, p. 531.

sheriff. Hij voegde daaraan toe dat “the whole government of Rochester are Fascist or agents of Fascist”. In de belangrijkste passage van de uitspraak geeft het Supreme Court aan dat:

“It is well understood that the right of free speech is not absolute at all times and under all circumstances. There are certain well-defined and narrowly limited classes of speech, the prevention and punishment of which have never been thought to raise any Constitutional problem. These include the lewd and obscene, the profane, the libelous, and the insulting or ‘fighting’ words—those which by their very utterance inflict injury or tend to incite an immediate breach of the peace. It has been well observed that such utterances are no essential part of any exposition of ideas, and are of such slight social value as a step to truth that any benefit that may be derived from them is clearly outweighed by the social interest in order and morality.”<sup>43</sup>

Alhoewel het oordeel in de zaak *Chaplinsky* dat ‘fighting words’ geen bescherming van het First Amendment genieten nooit werd ‘overruled’ door het Supreme Court, werd de reikwijdte van deze doctrine begrensd. In dit verband zijn *Terminiello v. Chicago*,<sup>44</sup> waar het Supreme Court de ‘fighting words’ doctrine leek te hebben verlaten, *Cohen v. California*<sup>45</sup> en *R.A.V. v. City of St. Paul*<sup>46</sup> waar de doctrine weer is toegepast, maar ook drastisch is begrensd, van belang.

In *Terminiello v. Chicago* concentreerde het Supreme Court zich op de functie van ‘free speech’. Dat is het uitnodigen tot discussie. Wanneer de provocatieve uitingen tot onrust leiden of zelfs woede bij de luisteraars veroorzaken, wordt de functie van ‘free speech’ gediend. In *Cohen v. California* ging het om een man die in de rechtbank verscheen in een jasje, waarop aan de achterkant de woorden “Fuck the Draft” afgedrukt waren. Het Supreme Court oordeelde dat deze woorden wel onder de bescherming van het First Amendment vielen. De uitsluiting van ‘fighting words’ van de bescherming van het First Amendment geldt voor uitingen die specifiek gericht zijn tot de luisteraar en niet tot de wereld in het algemeen. In dit geval konden degene die met deze woorden geconfronteerd werden, simpelweg hun oren en ogen afwenden. In *R.A.V. v. City of St. Paul* oordeelde het Hof:

“The reason why fighting words are categorically excluded from the protection of the First Amendment is not that their content communicates any particular idea, but that their content embodies a particularly intolerable (and socially unnecessary) mode of expressing whatever idea the speaker wishes to convey”.

---

<sup>43</sup> Geciteerd in Gunther & Sullivan 1997, p. 1078.

<sup>44</sup> *Terminiello v. Chicago* 337 U.S. 1 (1949), Fisher 2003, p. 487-488.

<sup>45</sup> *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971).

<sup>46</sup> *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992), 117 Har. L. Rev. 1 (2003), p. 339 e.v.

Om die reden werd de wet van St. Paul City die ‘fighting words’ die discrimineerden op grond van ras, kleur, geloof en geslacht verbod, ongeldig verklaard. De hier aangehaalde overweging van het Supreme Court in *R.A.V.* geldt ook voor de andere vormen van speech, waarvan het Supreme Court ooit heeft gezegd dat die niet onder de bescherming van het First Amendment vallen. Die categorieën mag de overheid in zijn algemeenheid reguleren (beperken) maar niet op basis van de ideeën die daarmee worden verspreid.

### 2.2.2. Libel

In *Chaplinsky v. New Hampshire* noemde het Supreme Court een paar soorten speech die niet onder de constitutionele bescherming van het First Amendment vielen, waaronder libel. Libel vindt zijn oorsprong in het ‘law of defamation’. Defamation (smaad) wordt gedefinieerd als: “(.) communication which exposes a person to hatred, ridicule, or contempt, lowers him in the esteem of his fellows, causes him to be shunned or injures him in his business or calling.”<sup>47</sup> Libel is een vorm van defamation op schrift. In 1964 wees het Hof een baanbrekend arrest dat de poten onder het systeem van het Amerikaanse ‘law of defamation’ uitzaagde. Dit was de eerste keer dat het Hof zich in een concreet geval had uitgesproken over de libel in relatie tot het First Amendment. Het gaat om de uitspraak in de zaak *New York Times v. Sullivan*.<sup>48</sup> De feiten zijn als volgt: een groep mensen die opkwam voor de rechten van de zwarte bevolking in Zuid Amerika plaatste een advertentie in de New York Times met als kop: “Heed Their Rising Voices.” In deze advertentie werd verwezen naar de dramatische gang van zaken in de Zuidelijke staten (waaronder Alabama) betreffende de houding tot zwarte studenten. De advertentie sprak over de terreur die ook van de kant van de politie kwam. Tot slot werd om financiële steun voor de “Committee to Defend Martin Luther King and the Struggle for freedom in the South” gevraagd. De commissaris van de politie in Montgomery, Alabama, Sullivan heeft de auteurs van de advertentie aangeklaagd wegens libel. Alhoewel zijn naam niet direct in de advertentie stond als de naam van degene die verantwoordelijk werd gesteld voor de terreur op de zwarte studenten, stelde Sullivan dat zijn naam goed af te leiden viel, aangezien hij in die tijd hoofd van de politie in Alabama was. Het Supreme Court oordeelde het volgende over het ‘law of libel’:

---

<sup>47</sup> Peters 1981, p. 37.

<sup>48</sup> *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

“(…) Libel can claim no talismanic immunity from constitutional limitations. It must be measured by standards that satisfy the First Amendment.”

En verder:

“Thus we consider this case against the background of a profound national commitment to the principle that debat on public issues should be uninhibited, robust, and wide-open, and that it may wel include vehement, caustic, and sometimes unpleasantly sharp attacks on government and public officials. (...) The present advertisement, as an expression of grievance and protest on one of the major public issues of our time, would seem clearly to qualify for the constitutional protection.”

Bij dit oordeel heeft het Hof voor de eerste keer de bescherming van het First Amendment uitgebreid tot defamation. Het Hof heeft een regel geïntroduceerd volgens welke de Constitutie “prohibits a public official from recovering damages for a defamatory falsehood relating to his official conduct unless he proves that the statement was made with ‘actual malice’-that is, with knowledge that it was false or with reckless disregard of whether it was false or not.”<sup>49</sup> De constitutionele bescherming gold echter alleen in het geval van kritiek op de officials of the government (public officials). Later werden onder de categorie ‘public officials’ ook ‘public figures’ verstaan.<sup>50</sup> In geval van private personen die een vordering wegens ‘libel’ wensen in te stellen, oordeelde het Hof dat deze personen veel meer bescherming genieten dan ‘public officials’. De staten zijn daarom vrij om hun eigen ‘standard of liability’ voor kranten, radio en televisie aan te geven voor het geval dat onware kwetsende uitingen gericht zijn tegen een privaat individu.<sup>51</sup> Bovendien sprak het Hof in 1985 expliciet de regel uit dat kwetsende uitingen over puur private aangelegenheden minder First Amendment bescherming genieten dan de uitingen betreffende ‘public concern’.<sup>52</sup>

### 2.2.3. Obscenity

‘Obscenity’ is ook één van de categorieën van speech die *Chaplinsky* noemde als speech die niet beschermd is door de Constitutie. Echter pas in de zaak *Roth v. United States*<sup>53</sup> gaf het Hof een expliciet oordeel in een concreet geval dat: “obscenity is not within the area of

---

<sup>49</sup> Adair 1967, p. 419 e.v.

<sup>50</sup> Tedford e.a. 2001, p. 88

<sup>51</sup> *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323 (1974).

<sup>52</sup> *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders*, 472 U.S. 749 (1985), Fisher 2003, p. 548.

<sup>53</sup> *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957).



constitutionally protected speech or press”. Het Hof bevestigde daarbij een definitie van ‘obscenity’. Het gaat dan om de vraag: “whether to the average person, applying contemporary community standards, the dominant theme of the material taken as a whole appeals to prurient interest.”

Zoals Burke<sup>54</sup> analyseert, paste het Hof nog twee keer de definitie van ‘obscenity’ aan.<sup>55</sup> Pas in *Miller v. California*<sup>56</sup> gaf het Hof duidelijke regels wanneer bepaalde uitingen als ‘obscene’ gold en uitgesloten was van de bescherming van het First Amendment. Dat zijn: a) whether the average person, applying contemporary community standards would find that the work, taken as a whole appeals to the prurient interest (...), b) whether the work depicts or describes, in a patently offensive way, sexual conduct specifically defined by the applicable state law; and c) whether the work, taken as a whole, lacks serious literary, artistic, political or scientific value.”

#### 2.2.4. Child pornography

Al geruime tijd geleden hebben de overheden van de staten en de federale overheid voor zichzelf ten doel gesteld om kinderen te beschermen tegen eventuele misbruiken en daarom ‘child pornography’ te verbieden. Daarmee wilde men het materiaal dat ‘legally non-obscene was’ strafrechtelijk kunnen vervolgen. In de zaak *New York v. Ferber*<sup>57</sup> boog het Hof zich over de vraag of er een nieuwe categorie van ‘unprotected speech’ moest worden geïntroduceerd. Hierin werd de wetgeving van New York ter discussie gesteld. Deze wetgeving maakte het strafrechtelijk vervolgen voor het promoten van materiaal met seksueel gedrag van kinderen onder zestien jaar, mogelijk. Het Hof oordeelde dat de standaards van *Miller* voor het bepalen of een bepaald materiaal ‘obscene’ was en daarom niet beschermd door het First Amendment, niet golden in het geval van ‘child pornography’. Dat betekent dat ook het pornografisch materiaal dat niet ‘obscene’ was, uitgesloten was van de constitutionele bescherming. Het Hof onthield deze bescherming echter slechts aan de ‘visual depictions’ waarbij echte levende kinderen betrokken waren. De opkomst en de ontwikkeling van digitale techniek en het Internet maakten het vervolgens mogelijk om de gemodificeerde beelden van kinderen in de vorm van ‘child pornography’ te verspreiden. Zulke beelden bestaan echter niet uit het werkelijk seksuele gedrag van echte kinderen. De federale wetgeving die een

---

<sup>54</sup> Burke 2003, p. 4.

<sup>55</sup> *Manual Enterprises Inc. v. Day*, 370 U.S. 478 (1962), en *Memoirs v. Massachusetts*, 383 U.S. 413 (1966).

<sup>56</sup> *Miller v. California* 413 U.S. 15 (1973).

<sup>57</sup> *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982).

dergelijke vorm van ‘child pornography’ verbod werd strijdig geacht met het First Amendment. In paragraaf 2.4. ga ik verder in op deze wetgeving.

### 2.2.5. Commercial speech

Commercial speech werd lang beschouwd als een uitingsvorm die geen bescherming van het First Amendment genoot. In 1942 wees het Supreme Court een uitspraak in de zaak *Valentine v. Chrestensen*<sup>58</sup> die in de commercial speech doctrine gezien werd als het moment waarop duidelijk werd dat een dergelijke vorm van speech buiten de bescherming van het First Amendment viel. In deze zaak ging het om de vraag of de regelgeving van de staat New York, die het adverteren op straat van commerciële zaken verbod, strijdig was met de Constitutie. Op deze strijdigheid beriep zich de eigenaar van een duikboot die hij gebruikte voor exposities toen hij advertenties hierover op straat uitdeelde. De advertentie bevatte aan de achterkant ook het protest van de man tegen de weigering van het havenbestuur om gebruik te mogen maken van de kade voor zijn boot. Het Supreme Court was van mening dat het First Amendment geen beperkingen aan de staat oplegde indien de statelijke regelgeving het verspreiden van commercial speech verbod. De opvatting, dat commercial speech niet binnen de bescherming van het First Amendment valt, was tot 1975 de geldende doctrine. In *Bigelow v. Virginia*<sup>59</sup> oordeelde het Hof echter dat enkel het feit dat de uiting als commerciële uiting voorkomt nog niet betekent dat deze uiting geen bescherming van het First Amendment zou mogen genieten. Commerciële uitingen hebben voortaan enige bescherming ontvangen. In 1980 in *Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission*<sup>60</sup> concretiseerde het Supreme Court deze opvatting door aan te geven onder welke voorwaarden commerciële uitingen beschermd worden door het First Amendment.<sup>61</sup> Volgens het Supreme Court is het wel het geval indien de commerciële uiting waar het in een specifiek geval om gaat betrekking heeft op een legale activiteit en niet misleidend is.

---

<sup>58</sup> *Valentine v. Chrestensen*, 316 U.S. 52 (1942).

<sup>59</sup> *Bigelow v. Virginia*, 421 U.S. 809 (1975).

<sup>60</sup> *Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission*, 447 U.S. 557 (1980).

<sup>61</sup> Deze voorwaarde vormt de eerste vraag in de beoordeling of beperking van commercial speech door de overheid de toets der kritiek kan doorstaan. De andere voorwaarden zijn: de overheid moet een substantieel belang hebben bij de beperking van commerciële uitingen, met de te onderzoeken beperkende regeling moet inderdaad dit doel kunnen worden bereikt, de beperking van commerciële uitingen moet niet verder gaan dan noodzakelijk is om het doel te bereiken. Dit is een voorbeeld van een test waarbij de rechter een zorgvuldige toetsing verricht. Dit komt omdat de regelgeving in *Hudson* het adverteren van de prijzen van drank verbod, wat beperking van de inhoud van de boodschap betrof.

In paragraaf 2.4.2.2. ga ik in het kader van het First Amendment en het Internet onderzoeken hoe de rechter met het probleem van spam in de praktijk omgaat. Het lijkt me zinvol om op deze plaats aan te geven dat spam voor “Unsolicited Commercial E-mail” staat die in grote hoeveelheden wordt verzonden, alhoewel tegenwoordig ook bijv. politieke en onfatsoenlijke uitingen via deze weg verspreid worden.

### **2.3. De beperking van free speech**

In het eerste hoofdstuk in paragraaf 1.3. heb ik aandacht besteed aan de beperkingmogelijkheden van grondrechten in het algemeen. In deze paragraaf wijd ik een beschouwing aan de beperking van het recht op freedom of speech in het bijzonder.

Wanneer kan de overheid op rechtmatige wijze het recht van burgers neergelegd in het First Amendment beperken?

In gevallen waarin overheden het recht van expressie van burgers trachten te reguleren via wetgeving, zet het Supreme Court een scherpe bril op. Men dient in zulke situaties onderscheid te maken naar de beperking van free speech op grond van de inhoud (content-based regulation) en de beperkingen die niet gerelateerd zijn aan de inhoud van de boodschap (content-neutral regulation). In beide gevallen heeft het Supreme Court een aantal testen ontwikkeld waaraan het optreden van de overheid wordt getoetst. In het geval van content-based regulering gaat het om bijvoorbeeld ‘clear and present danger test’ en de test of de beperking ‘necessary to the compelling state interest is’. Wat de content-neutral beperkingen betreft, aanvaardt het Supreme Court de mogelijkheid van ‘time, place and manner’ beperkingen in die zin dat het zelf criteria stelt waaraan zulke beperkingen moeten voldoen (zie hierna paragraaf 2.3.2. ). Het moge duidelijk zijn dat waar de beperking betrekking heeft op de inhoud van de uiting, het Supreme Court streng en zeer zorgvuldig gaat toetsen. Minder sterk en vaak belangen afwegend gaat het Hof toetsen daar waar de beperking gebaseerd is op ‘content-neutral regulation’. Naast de doctrine van ‘content-based regulation’ en ‘content-neutral regulation’ ontwikkelde het Supreme Court in de sfeer van beperkende regelgeving ‘prior restraints’ doctrine, ‘vagueness’ doctrine en ‘overbreadth’ doctrine. Hierna volgt een korte beschrijving van de in deze inleidende paragraaf genoemde toestingskaders van het Hof, waarbij de zojuist aangegeven volgorde wordt aangehouden.

### 2.3.1. Content-based restrictions

Zoals hiervoor reeds gezegd, vindt het Supreme Court het onderscheid tussen ‘content-based restrictions’ en ‘content-neutral restrictions’ heel belangrijk. Het onderscheid wijst naar de wijze waarop het Supreme Court een wet in kwestie gaat toetsen. Indien het Hof een beperkende regulering als ‘content-based’ bestempelt, verricht het een zeer zorgvuldige toetsing waarbij de ‘strict scrutiny’ is geboden. Ondanks dat de term ‘content-based’ vrij duidelijk klinkt (zou men denken), gebruikt het Supreme Court een aantal invalshoeken om tot de conclusie te komen dat een voorliggende wet inderdaad de inhoud van de uiting probeert te reguleren. Het Supreme Court tracht dan de volgende vragen te beantwoorden: verbiedt de wet een mening, ideeën te uiten die strijdig zijn met de ideeën van de overheid over eenzelfde onderwerp (‘viewpoint restrictions’)?, verbiedt de wet om een mening te uiten over een bepaald onderwerp in zijn geheel (subject matter restriction)?, is de identiteit van degene die zijn mening uit, bepalend voor het verbieden van een bepaald idee over een onderwerp of het verbieden van een meningsuiting over dat onderwerp in zijn geheel? (‘speaker restriction’)? Ten slotte vraagt het Supreme Court zich af of een wet speech beperkt, die een respons veroorzaakt bij het publiek puur op basis van de inhoud van speech (‘communicatieve impact on the audience’).<sup>62</sup> Als voorbeeld van regelgeving die de inhoud van speech beperkt en daarom als ‘content-based’ wordt aangemerkt, kan de regelgeving van City of St. Paul in Minnesota worden gezien die in de zaak *R.A.V. v. City of St. Paul*<sup>63</sup> werd bestreden. Deze regelgeving verbood het plaatsen van een symbool, graffiti, displays o.i.d., waarvan men kon vermoeden dat dit de verontwaardiging op basis van onder andere ras, religie, en geslacht deed ontstaan. Het plaatsen van symbolen met een beledigende inhoud, die niet de zojuist genoemde onderwerpen raakten, werd echter toegestaan. Dat maakte de wet ‘content-based’ en strijdig met het First Amendment.

Uit de jurisprudentie volgt bovendien dat bij het reguleren van speech de overheid moet kunnen aantonen “that (*content-based*) regulation is narrowly tailored to serve compelling government interest”.<sup>64</sup> De beperking moet dus strikt genomen minimaal zijn en het belang dat daarmee wordt gediend moet dwingend zijn .

Het is niet de enige test die het Supreme Court heeft geformuleerd om de beperkingen op de inhoud van een uitgesproken mening op de verenigbaarheid met het First Amendment te

---

<sup>62</sup> Gunther 1997, p. 1204-1208.

<sup>63</sup> Zie noot 46.

<sup>64</sup> *Clear Channel Outdoor, Inc. v. City of Los Angeles*, 234 F. Supp. 2d 1127 (2002).

toetsen. In de periode van de Eerste Wereldoorlog heeft het Supreme Court de beroemde en reeds vermelde ‘clear and danger test’ ontwikkeld. Deze test vindt zijn oorsprong in een zaak uit 1919 genoemd *Schenck v. United States*<sup>65</sup> waar het om de veroordeling wegens schending van de Espionage Act ging. Deze wet werd in 1917 aangenomen, nadat de Verenigde Staten hadden besloten om deel te nemen aan de Eerste Wereldoorlog. De strekking van de wet was om elke kritiek op het beleid van de Verenigde Staten ten aanzien van de oorlog te verbieden.<sup>66</sup> In *Schenck* volgde de veroordeling wegens de verzending van een folder aan degenen die werden gerekruteerd, met een oproep om niet toe te geven aan de dienstplicht die de ergste vorm van despotisme van de elite uit Wall Street was, en te kiezen voor eigen rechten. Het Supreme Court oordeelde:

“The question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent. It is a question of proximity and degree.”

Een beroemd voorbeeld van een uitspraak die clear and present danger kan veroorzaken is het roepen van ‘fire’ in een druk theater, wetende dat daar geen sprake van is. Het Supreme Court gaf aan dat de hoogst erkende bescherming door het First Amendment dat soort woorden nooit zou kunnen omvatten. Uit deze woorden blijkt meer. De benadering van het Supreme Court in het kader van ‘clear and present danger test’ was die van de reikwijdte van het First Amendment. Het draaide dus nadrukkelijk niet om de vraag of de wet in kwestie strijdig was met het First Amendment. Deze laatste benadering werd 8 jaar later wel zo gehanteerd.<sup>67</sup> Volgens de ‘clear and present danger test’ in de latere moderne vorm zijn de overheden bevoegd beperkingen op te leggen aan speech als ‘inciting or producing imminent lawless action.’<sup>68</sup>

### 2.3.2. Content-neutral restrictions

De tweede categorie van beperkingen van speech zijn ‘content neutral regulations’. Dat zijn beperkende maatregelen waar niet de inhoud van speech, maar andere factoren centraal staan.

---

<sup>65</sup> *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919).

<sup>66</sup> Dow & Shieldes 1998, p. 2 .

<sup>67</sup> *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927), Pritchett 1984, p. 23.

<sup>68</sup> *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

Men moet hier denken aan de zogenaamde ‘time, place and manner restrictions’. Zo heeft het Supreme Court bijv. geoordeeld dat een strafrechtelijke statelijke regelgeving die aan iedereen (het gaat om degenen die openbaar protesteerden) een verbod oplegde om bewust dichterbij dan 8 feet (voor ons ongeveer 2,4 meter) in de omgeving van een andere persoon te komen op het terrein van een medische zorginstelling (100 feet van de ingang), “narrowly-tailored content-neutral time, place and manner regulation” was. Dat kwam omdat dit verbod voor alle mensen die wensten te protesteren van kracht was, ongeacht de inhoud van hun boodschap.<sup>69</sup> De uitspraak waarin het Supreme Court voor de eerste keer woorden ‘time, place and manner restrictions’ formuleerde was *Lovell v. City of Griffin* uit 1938.<sup>70</sup> Twee jaar later werd de doctrine als een vaste doctrine van het Supreme Court gevestigd. In de zaak *Cantwell v. Connecticut*<sup>71</sup> uit 1940 oordeelde het Hof dat de overheden bevoegd waren om algemene beperkingen zoals die ten aanzien van de plaats, de tijd en de wijze op te leggen, echter zonder dat de constitutionele rechten onnodig werden onderdrukt.<sup>72</sup> Het Supreme Court maakt dus een afweging van belangen. De ‘time, place and manner’ beperking wordt verenigbaar geacht met de Constitutie, indien de beperking inderdaad content-neutral is en de overheid kan aantonen dat de beperking “narrowly tailored to serve a significant government interest”.<sup>73</sup> Bovendien eist het Hof dat de beperkende wetgeving “ample alternative channels of communication” openlaat.<sup>74</sup> In het geval van ‘content-neutral laws’ toetst het Hof minder streng dan in het geval van ‘content-based laws’. Terwijl ‘content-based laws’ onderworpen zijn aan ‘strict scrutiny’, geldt voor ‘content-neutral laws’ ‘intermediate scrutiny’.<sup>75</sup> Dit betekent dat in het geval van beperkingen die niet aan de inhoud van de boodschap zijn gerelateerd, de rechter een minder strenge toetsing verricht.

### 2.3.3. Prior restraints

De meest beroemde commentator van het Engelse recht, William Blackstone, schreef in de

<sup>69</sup> *Hill v. Colorado*, 530 U.S. 703 (2000).

<sup>70</sup> *Lovell v. City of Griffin*, 303 U.S. 444 (1938).

<sup>71</sup> *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940).

<sup>72</sup> Blakney 1998, p. 1055, zie hetzelfde artikel voor de belangrijkste ‘time, place and manner restrictions’ jurisprudentie.

<sup>73</sup> Nowak & Rotunda 1995, p. 1143 met de daarbij aangehaalde jurisprudentie. In 1968 (*United States v. O’Brien*, 391 U.S. 367) ontwikkelde het S.Ct. een andere test in gevallen waarin de beperkende regelgeving een gedrag in een bredere vorm raakte en slechts incidenteel speech. In 1984 (*Clark v. Community for Creative Non-Violence*, 468 U.S. 288) oordeelde het S.Ct. echter dat er bijna geen verschil was in de manier waarop de ‘O’Brien’ test en de ‘time place and manner test’ werden toegepast.

<sup>74</sup> *Virginia State Bd. Of Pharmacy v. Virginia Citizens consumer Council*, 425 U.S. 748 (1976).

<sup>75</sup> 16A Am. Jur. 2d Constitutional Law § 460.

achttiende eeuw: “(...) the liberty of the press consists in laying no previous restraints upon publication, and not in freedom from censure for criminal matter when published.”<sup>76</sup> In een zaak uit 1931<sup>77</sup> was de Chief Justice Hughes, die de opinie van het Supreme Court heeft geschreven, dezelfde mening toegedaan. In deze zaak *Near v. Minnesota* werd Near, journalist van een blad vergelijkbaar met het Nederlandse roddelblad *Privé*, veroordeeld volgens de wet die vooraf de publicatie van elke ‘obscene, lewd and lascivious’ tekst verbod, omdat hij in zijn artikelen stelde dat Joodse gangsters de hele gokindustrie en clandestiene alcoholverkoop controleerden en dat de Amerikaanse autoriteiten samenwerkten met deze gangsters. De wet in kwestie gaf de mogelijkheid om bij de rechtbank een bevel te verkrijgen dat verdere publicaties van dat soort materiaal verbod. Het Supreme Court vond dat de wet strijdig was met de Constitutie, omdat het recht op de vrijheid van meningsuiting het verbod van voorafgaande beperkingen inhield. Het Supreme Court zag meer in de mogelijkheid om iemand achteraf voor de rechter te dagvaarden wegens de uitgesproken mening. Ondanks dat het Hof de idee van prior restraints afwees, erkende het dat daarop echter wel een paar uitzonderingen bestaan. Die hadden betrekking op de veiligheid van de staat in oorlogstijd, de bescherming van ‘public decency’ en het bewaren van de vrede.<sup>78</sup> Het Supreme Court hield altijd vast aan het oordeel uit 1931, alhoewel het de doctrine van prior restraints meermalen heeft uitgewerkt en verfijnd.

#### 2.3.4. Overbreadth en Vagueness

In het kader van onder andere het First Amendment bestaat voor rechters een mogelijkheid om wetten die zelfs heel zorgvuldig in concrete gevallen zijn toegepast, als niet geldig in abstracto te verklaren. Dat geschiedt via twee met elkaar verweven doctrines. De doctrine van ‘overbreadth’ en de doctrine van ‘vagueness’. Een wet is ‘overbroad’ indien die niet alleen de niet beschermde vormen van speech reguleert, maar daarbij ook de wel beschermde vormen van speech op een ongeoorloofde wijze beperkt. In de zaak *Reno v. American Civil Liberties Union*<sup>79</sup> bijvoorbeeld, oordeelde het Supreme Court dat de bepalingen van Communications Decency Act (CDA) die het uitzenden van het materiaal dat ‘obscene or indecent’ was via de computer bijvoorbeeld, aan kinderen jonger dan achttien jaar, ‘facially constitutionally

<sup>76</sup> Blackstone 1830 (1<sup>e</sup> druk 1765), p. 151-152.

<sup>77</sup> *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931).

<sup>78</sup> Tedford e.a. 2001, p. 219.

<sup>79</sup> *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997).

overbroad' waren. In een poging kinderen te beschermen tegen de schadelijke vormen van speech, werd aan volwassenen toegang onthouden tot vormen van speech die wel onder de bescherming van het First Amendment vielen ('obscene' speech valt niet onder de bescherming van het First Amendment, 'indecent' speech daarentegen wel).

Wetten die door het First Amendment beschermde speech proberen te regelen kunnen ook 'unconstitutional' worden genoemd indien ze 'vague' zijn. De overheid moet met de meeste precisie aangeven welke vormen van uitingen verboden zijn. Het kan niet zo zijn dat de beschermde speech wordt onderdrukt omdat de bewoordingen van de regelgeving heel vaag zijn geformuleerd. Zo werd het verbod om op een universiteitscampus te spreken voor iedereen wie "is a known member of the Communist Party" of "is known to advocate the overthrow" als te vaag gezien.<sup>80</sup> Het komt vaak voor dat wetten tegelijkertijd als 'vague' en 'overbroad' in strijd met de Constitutie worden verklaard.

## **2.4. 'Freedom of speech' in het digitale tijdperk**

In deze paragraaf wordt een algemeen beeld gegeven van problemen die rondom de vrije uitoefening van speech in het bijzonder op Internet kunnen ontstaan. Daarbij worden de gebieden in ogenschouw genomen waarop de Amerikaanse wetgever 'free speech' tracht te reguleren via de federale wetgeving (par. 2.4.1.) en hoe de Amerikaanse rechter tegen 'free speech' op het Internet aankijkt (par. 2.4.2.).

### **2.4.1. Wetgeving**

In de jaren negentig is er veel discussie geweest over de vraag of de overheid het Internet überhaupt moest trachten te reguleren. Een drietal stromingen werd in die tijd onderscheiden.<sup>81</sup> De Amerikaanse wetgever ging in die tijd met de derde stroming mee, volgens welke het Internet diende te worden gereguleerd bijvoorbeeld in het kader van het dienen van het publiek belang. De Amerikaanse wetgever is het Internet op bepaalde punten gaan reguleren, omdat er snel duidelijk werd dat daar op een ongewenste manier gebruik van werd gemaakt. Om welke punten gaat het?

---

<sup>80</sup> *Dickinson v. Sitterson*, 280 F.Supp. 486 (1968), Tedford e.a. 2001, p. 445.

<sup>81</sup> Speta 2004, p. 15. Voor de discussie betreffende de noodzaak van het reguleren van het Internet verwijs ik naar de literatuur aangehaald in het bovenstaande artikel.



In het kader van de regelgeving die een directe impact heeft op het recht van freedom of speech moet men denken aan talloze pogingen van de federale overheid om minderjarigen in relatie tot het Internet te beschermen. Het welzijn van kinderen heeft de wetgever dus hoog in het vaandel. Deze pogingen namen een aanvang in 1996 toen de Communications Decency Act (CDA)<sup>82</sup> werd ingevoerd en als een onderdeel (sectie) werd toegevoegd aan de Telecommunication Act (ook in par. 2.3.4. aangehaald).<sup>83</sup> Zoals de benaming zelf aangeeft, verbiedt deze wet communicatie op het Internet die een stempel van ‘indecent’ kan krijgen. Zoals in paragraaf 2.3.4. beschreven gaat het concreet om een verbod via de computer ‘obscene’ (onzedelijke) of ‘indecent’ (onfatsoenlijke) uitingen aan kinderen beneden 18 jaar te versturen. In deze wet vindt men ook bepalingen die van belang zijn voor de aansprakelijkheid van Internet Service Providers (ISP’s) voor de zojuist genoemde uitingen. Vooral het eerste soort bepalingen werd door de burgers als problematisch ervaren. De beroepen bij de rechter op strijdigheid van deze bepalingen met het First Amendment hebben geresulteerd in de verklaring daarvan door het Supreme Court als ‘unconstitutional’ in de beroemde zaak uit 1997, *Reno v. ACLU*.<sup>84</sup>

Nadat de CDA als strijdig met de Constitutie werd verklaard nam het Congress weer een wet aan inzake de bescherming van kinderen tegen de ‘online pornography’. Deze keer heet de wet Child Online Protection Act (COPA); waarbij men ook de naam ‘Son of CDA’ kan aantreffen.<sup>85</sup> De makers van COPA hebben aansluiting gezocht bij de uitspraak van het Supreme Court waarin de voorganger van deze wet, de CDA, in strijd met het First Amendment werd beoordeeld. De COPA is daarom beperkter en concreter geformuleerd dan de CDA en legt strafrechtelijke verboden op aan degene die via het World Wide Web communicatie voor commerciële doeleinden verspreidt die toegankelijk is voor minderjarigen en die tegelijkertijd “harmful to minors” is.<sup>86</sup> Paragraaf 231(e)(6) van de COPA geeft een nauwkeurige definitie van datgene wat beschouwd moet worden als “harmful to minors”. De jurisprudentiële geschiedenis van de COPA heeft een lang staartje en eindigt met het verklaren van de COPA als strijdig met het First Amendment door het Supreme Court<sup>87</sup> (zie paragraaf 2.4.2.1.)

---

<sup>82</sup> 47 U.S.C.A. § 230.

<sup>83</sup> 47 U.S.C. A. § 223.

<sup>84</sup> Zie noot 79. Voor de motivering van het oordeel van het S.Ct. verwijs ik naar paragraaf 2.3.4. Zie ook Asscher 2002, p. 188.

<sup>85</sup> Pub. L. No. 105-277 (1998).

<sup>86</sup> The Supreme Court, 2003 Term, 118 Harv. L.Rev. 1 (2004), p. 353 e.v.

<sup>87</sup> *Aschcroft v. ACLU*, 124 S. Ct. 2783 (2004).

Naast de CDA heeft het Congress in 1996 de Child Pornography Prevention Act<sup>88</sup> aangenomen, die onder andere de strafrechtelijk vervolgbare ‘child pornography’ uitbreidde met de zogenaamde “virtual child pornography” en de “morphed child pornography”. Dat betekent dat voortaan niet alleen afbeeldingen waarin echte kinderen voorkomen strafbaar zijn, maar ook afbeeldingen die met behulp van computer zijn gemanipuleerd, zodat men kan denken dat de beelden van kinderen echt zijn. Ook beelden van volwassenen in een seksuele pose die op een kind lijken zijn verboden. De bepalingen van deze wet die betrekking hebben op het bovenstaande beschreven verboden zijn in 2002 door het Supreme Court weer strijdig met het First Amendment en daarom ‘unconstitutional’ verklaard<sup>89</sup> (zie eveneens paragraaf 2.4.2.1.)

De ondergang van de wetgeving uit 1996, en later ook uit 1998, betekende echter niet het einde van de legislatieve pogingen van het Congress in de strijd tegen ‘child pornography’. In 2000 zijn twee wetten aangenomen die aan hetzelfde probleem relateren, te weten de Children’s Internet Protection Act (CIPA)<sup>90</sup> en de Neighbourhood Children’s Protection Act (NCIPA)<sup>91</sup>. De laatste wet verplichtte scholen en openbare bibliotheken om een eigen ‘safety policy’ te ontwikkelen ter bescherming van kinderen onder andere in het kader van toegang tot “harmful materials” op de computer. Deze wet is nog altijd ongedeerd gebleven. Wel lag de CIPA in 2002 onder vuur. Deze legde een verplichting zowel aan scholen als aan openbare bibliotheken op om toegang tot ‘obscenity’, ‘child pornography’ en het voor de minderjarigen ongeschikt materiaal, via de computer te blokkeren met behulp van speciale filters. Het voldoen aan deze verplichting was een voorwaarde voor deze instellingen om de financiering door de overheid van de toegang tot het Internet te ontvangen. Nadat de federale rechter in 2002 de wet strijdig verklaarde met het First Amendment,<sup>92</sup> oordeelde het Supreme Court in 2003 in dezelfde zaak dat het Congress het First Amendment niet schond door het uitvoeren van CIPA. Volgens het Supreme Court mogen de bibliotheken zelf kiezen of ze de toegang tot de bovenbeschreven materialen zullen blokkeren. Als ze dat niet doen, krijgen ze geen geld van de federale overheid, maar de keuze is aan hen zelf gelaten. Na een lang debat en bij de stand van zes tegen drie heeft het Supreme Court geoordeeld dat er geen sprake was van strijdigheid met het First Amendment.

---

<sup>88</sup> 18 U.S.C. §§ 2251-2260.

<sup>89</sup> *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 122 S. Ct. 1389 (2002).

<sup>90</sup> Pub.L. No. 106-554.

<sup>91</sup> Een deel van Pub.L. No. 106-554.

<sup>92</sup> *American Library Association, Inc. v. United States*, 201 F.Supp. 2d 401 (2002).

In het kader van de wetgeving in de sfeer van het First Amendment op het Internet kan ook de CAN SPAM Act uit 2003 genoemd worden.

De CAN SPAM Act staat voor Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act. Deze wet is op 14 december 2003 ondertekend door president Bush en op 1 januari 2004 in werking getreden.<sup>93</sup> De CAN SPAM Act maakt het in principe mogelijk om grote hoeveelheden van een commercial of pornografisch e-mail (spam) te versturen voorzover er geen sprake is van een misleidende e-mail. Daarbij moet de verzonden e-mail aan ondermeer de volgende voorwaarden voldoen: de informatie over de afkomst van de e-mail, inclusief het retouradres van de verzender moeten waar en niet misleidend zijn, zodat de ontvanger van de e-mail via een retour e-mail kan mededelen dat hij dergelijke e-mail niet meer wenst te ontvangen ("opt-out" systeem). Bovendien moet de verzonden e-mail duidelijke informatie bevatten waaruit blijkt dat het om een advertentie gaat. In het geval van spam die 'sexually oriented material' bevat laat de wet het adverteren daarvan toe, onder de voorwaarde dat de inhoud van zo'n advertentie niet automatisch wordt getoond nadat de e-mail wordt geopend. Tot nu toe is de CAN SPAM Act nog niet ter beoordeling op de mogelijke strijdheid met het First Amendment voor de rechter gebracht.

Ik heb zojuist aangegeven waar de Amerikaanse federale wetgever de nadruk op legt in het kader van het oplossen van problemen die zich kunnen voordoen in het Internettijdperk. De hierboven geschetste wetgeving heeft invloed op de vrije uitoefening van het recht op 'freedom of speech'.

De ontwikkeling van het Internet heeft echter meer problematische kwesties met zich gebracht dan alleen de kwestie van de vrijheid van meningsuiting. Het werd bijvoorbeeld onduidelijk in welke vorm de auteursrechten op het Internet moesten worden gegoten. Ook rees de vraag hoe degenen die zonder medeweten van de betrokkene zelf de zgn. spyware op zijn computer installeerden (software die eenmaal geïnstalleerd op de computer alle informatie over het gebruik daarvan kan vastleggen en doorsturen) moesten worden tegengehouden. Om de kwestie van auteursrechten op het Internet te normeren werd in 1998 de Digital Millennium Copyrights Act (DMCA) aangenomen.<sup>94</sup> Over het spywareprobleem wordt nog diep nagedacht wat tot nu toe heeft geresulteerd in een aantal wetsvoorstellen, zoals bijv. de SPYBLOCK Act bill, de Spy Act bill of de Internet Spyware (I-SPY) Prevention Act of 2004 bill. Het valt echter buiten het bestek van deze paragraaf om aan de twee laatstgenoemde soorten wetgeving meer aandacht te besteden.

---

<sup>93</sup> 15 U.S.C. 7701-7713.

<sup>94</sup> Pub.L. No. 105-304.

## 2.4.2. Jurisprudentie

In paragraaf 2.4.1. is de visie van de federale wetgever op de regulering van uitingen op het Internet uiteengezet. Zonder de jurisprudentie die daar betrekking op heeft kort aan te halen, was het niet mogelijk om aan te geven welke wetgeving zich staande heeft weten te houden en welke door de rechter werd vernietigd. In deze paragraaf wordt uitvoeriger ingegaan op de jurisprudentie. Daarbij bespreek ik de belangrijkste rechterlijke uitspraken en tracht ik de rechterlijke criteria te destilleren die aangeven onder welke voorwaarden het recht op de vrijheid van meningsuiting op het Internet mag worden beperkt zonder dat sprake is van strijdigheid met het First Amendment. Hiervoor is een analyse noodzakelijk van de belangrijkste jurisprudentie op de drie meest problematische uitingsvormen op het Internet, te weten '(child) pornography', 'spam' en 'hate speech'.

### 2.4.2.1. (Child)pornography

Vier rechterlijke uitspraken zijn in het kader van '(child) pornography' van belang die in verband met de desbetreffende wetgeving hier nader worden geanalyseerd.

#### *CDA en Reno v. ACLU (1997)*<sup>95</sup>

Zoals eerder aangegeven verbood de CDA om aan minderjarigen 'obscene' of 'indecent' material via het Internet toe te sturen. Verder werd 'patently offensive' "as measured by contemporary community standards, sexual or excretory activities or organs" verboden. Het gaat hier om twee soorten strafrechtelijke bepalingen, de zogenaamde "indecent transmission provisions" (47 U.S.C. § 223 (a)) en "patently offensive display provisions" ( § 223 (d)). Het probleem doet zich niet voor waar de verboden 'obscene speech' betreffen. Zoals reeds eerder opgemerkt valt 'obscene speech' buiten het bereik van het First Amendment.<sup>96</sup> Dat is inmiddels vaste jurisprudentie.<sup>97</sup>

Het Supreme Court oordeelde dat bovengenoemde bepalingen uit de CDA tot doel hadden het reguleren van de inhoud van de uiting en daarom 'chilling effect' op speech hadden. Om deze redenen moest de CDA onderworpen worden aan de 'strict scrutiny test' en niet aan de 'time, place and manner test'. Het argument van de regering dat andere vormen van communicatie,

---

<sup>95</sup> Zie noot 79.

<sup>96</sup> Voor nuancering zie par. 2.2.4.

<sup>97</sup> Over de mogelijkheid om 'obscene speech' te beperken zie par. 2.4.2.3.

dan 'chat groups', 'newsgroups' en 'e-mail', zoals het World Wide Web vrij van toepassing van de CDA zijn, sneed daarom geen hout.

De CDA was volgens het Supreme Court om twee redenen strijdig met het First Amendment. Het was ten eerste voor degene die zijn mening wilde uiten niet duidelijk wat de termen 'indecent' en 'patently offensive' betekenden. De wetgever nam namelijk niet de moeite om deze begrippen te definiëren, wat tot de rechtsonzekerheid leidde. Ten tweede beperkten de verboden zich niet tot een bepaald soort uitingen, zoals bijv. commerciële uitingen. De bepalingen strekten zich uit tot veel andere onfatsoenlijke uitingsvormen zoals die met een serieuze educatieve of een andere waarde. In de tekst van de CDA viel namelijk niet te lezen dat 'indecent speech' en 'patently offensive material' betrekking hadden op vormen van meningsuiting die geen toegevoegde sociale waarde hadden. Het Supreme Court oordeelde verder dat de CDA niet 'narrowly tailored' was.

Het Supreme Court heeft bij de beoordeling de nadruk gelegd op de aard van het Internet. Het overwoog: "Internet is not as 'invasive' as radio or television". Men komt zelden 'per ongeluk' met een ongewenste vorm van communicatie in aanraking, meldde het Supreme Court.

#### *COPA en Ashcroft v. ACLU (2004)*<sup>98</sup>

Eerder in paragraaf 2.4.1. heb ik summier aangeduid waar de COPA voor was gemaakt. Ter aanvulling wil ik hierbij aangeven, hoe de definitie van het materiaal dat 'harmful to minors' is, in de wet zelf werd geformuleerd. Het moet gaan om materiaal: "of any kind that is obscene or that

- (A) the average person, applying contemporary community standards, would find, taking the material as a whole and with respect to minors, is designed to appeal to, or is designed to pander to, the prurient interest;
- (B) depicts, describes, or represents, in a manner patently offensive with respect to minors, an actual or simulated sexual act or sexual contact, an actual or simulated normal or perverted sexual act, or a lewd exhibition of the genitals or post pubescent female breast; and
- (C) taken as a whole lacks serious literary, artistic, political, or scientific value for minors."

Deze definitie laat zien dat de federale wetgever veel heeft geleerd van de ervaringen uit het CDA-tijdperk. De verboden handelingen zijn nauwkeurig omschreven en het ontbrekende bestanddeel 'lacking redeeming social value' werd ook in de bepalingen opgenomen.

---

<sup>98</sup> Zie noot 87.

Men zou dus denken dat deze wet alle twijfels bij het Supreme Court over de constitutionaliteit daarvan weg zou nemen. Het omgekeerde is echter het geval.

Het Supreme Court bedacht deze keer andere argumenten om toch tot strijdigheid met het First Amendment te komen. Het oordeelde eerst dat de COPA een inhoudelijke beperking van de voor volwassenen beschermde speech vormde en daarom onderworpen moest worden aan ‘strict scrutiny’. Volgens het Supreme Court lag het in het domein van de overheid om te bewijzen dat COPA het minst vrijheidsbeperkend middel was om het met de wet beoogde doel te verwezenlijken. Daar is de overheid, naar de opvatting van de rechters, niet in geslaagd. Als een minder vergaande maatregel zouden speciale software filters kunnen fungeren. Deze filters zijn in ieder geval net zo effectief als COPA. Bovendien heeft het Congress reeds na het oordeel van het District Court in dezelfde zaak twee andere wetten aangenomen die ook gezien kunnen worden als “less restrictive alternatives to COPA”.

*CPPA en Ashcroft v. Free Speech Coalition (2002)*<sup>99</sup>

In 1996, waarin de pogingen van de zijde van de federale wetgever om kinderen tegen de child pornography op het Internet te beschermen een aanvang namen, is de Child Pornography Prevention Act (CPPA) tot stand gekomen. Zoals reeds opgemerkt verbood deze wet het bezit en distributie van seksueel georiënteerd materiaal met de afbeeldingen van kinderen, waarbij niet noodzakelijk was dat echte kinderen gebruikt werden om deze afbeeldingen te maken. Met andere woorden: ook via de computer gemanipuleerde seksueel georiënteerde beelden van kinderen werden verboden.

Reeds in paragraaf 2.2.4. heb ik aandacht besteed aan de vraag of de ‘child pornography’ binnen de bescherming van het First Amendment viel. Hierbij doel ik in het bijzonder op de uitspraak van het Supreme Court in de zaak *Ferber v. New York*.<sup>100</sup> Ik wil hier in herinnering roepen dat het Supreme Court in deze zaak oordeelde dat de ‘child pornography’ geen bescherming geniet. De staat had bovendien zeker een dwingend belang om de uitingen van dat soort te verbieden.

In *Ashcroft* oordeelde het Supreme Court eerst dat de CPPA ‘content-based restrictions’ inhield en daarom onderworpen moest worden aan ‘strict scrutiny’. Relaterend aan *Ferber* overwoog het Supreme Court dat in de door de CPPA verboden beelden niet altijd echte kinderen worden betrokken en daarom niet steeds van misbruik van hen gesproken kan worden. *Ferber* had, naar de mening van het Supreme Court, in feite ruimte willen laten voor

---

<sup>99</sup> Zie noot 89.

<sup>100</sup> Zie noot 57.

de 'virtual child pornography' als een wel toegestane vorm van meningsuiting. In deze zin kon de CPPA geen argument ontleen aan het feit dat 'child pornography' ooit van het bereik van het First Amendment werd uitgesloten. Verder sprak het Court uit dat de overheid niet bevoegd was om de beschermde speech te beperken louter op grond van de vrees dat de bewuste beelden ooit op een verkeerde manier zouden kunnen worden gebruikt. Deze overweging sloeg op de gedachte van het Congress achter de CPPA, namelijk de vrees dat de 'virtual child pornography' zou bijdragen aan de toename van de echte 'child pornography'. Dat zou gebeuren als pedofielen kinderen zouden gaan werven om deel te nemen aan seksuele vertoningen door seksuele virtuele beelden van andere kinderen te laten zien, met de vermelding dat die laatste daar veel plezier in hadden. Het oordeel van het Supreme Court dat: "The government may not prohibit speech because it increases the chance an onlawful act will be committed 'at some indefinite future time' lijkt mijns inziens op een soort vereiste van causaal verband. Het enkele vermoeden dat de speech ooit tot illegale acties kan leiden is dus onvoldoende. Ik vraag me hier trouwens af of de 'virtual child pornography' wel door het Supreme Court zou worden afgewezen indien er daadwerkelijk zou blijken dat die tot illegale 'child pornography' zou leiden. Deze vraag blijft onbeantwoord. Het Supreme Court vond dat de overheid geen 'compelling interest' had in de bescherming van kinderen door zo ver gaande inhoudelijke beperkingen op speech op te leggen en verklaarde de CPPA daarom 'overbroad' en 'unconstitutional'.<sup>101</sup>

#### *CIPA en United States v. American Library Association (2003)*<sup>102</sup>

Wat de doelstellingen van de CIPA betreft, wil ik hier volstaan met de verwijzing naar paragraaf 2.4.1. Voor een goed begrip van de uitspraak is echter nog wel van belang te weten dat de CIPA aan bibliotheken de mogelijkheid biedt om desgevraagd hun filters te deblokken.

Het Supreme Court, deze keer nogal verdeeld, stond voor de volgende vraag: welke vormen van private speech mag de overheid financieel steunen zonder daar extra voorwaarden aan te verbinden? De openbare bibliotheken hebben aangevoerd dat de verplichting om speciale filters op de computers te installeren om financiële steun van de overheid te verkrijgen, hen dwingt in strijd te handelen met het First Amendment. Het Supreme Court oordeelde dat de overheid zelf veel vrijheid heeft om te beslissen voor welk project de openbare gelden worden ingezet. Bovendien legt de CIPA geen sancties op aan bibliotheken die geen gebruik maken

<sup>101</sup> Zie: Leading cases, 116 Harvard L. Rev. 1 (2003), p. 262

<sup>102</sup> *United States v. American Library Association*, 123 S.Ct. 2297 (2003).

van dergelijke filters. In deze zin zijn de openbare bibliotheken volkomen vrij geweest om die filters wel of niet te plaatsen. Wat voor de meerderheid van de rechters de doorslag gaf, was het feit dat de CIPA aan de bibliotheken ook de mogelijkheid gaf om, indien men daar om vroeg, de toegang tot het geblokkeerde materiaal vrij te geven. De CIPA heeft om bovenstaande redenen de toets der constitutionaliteit kunnen doorstaan.

#### **2.4.2.2. Spam**

Begin 2004 is de CAN-SPAM Act in werking getreden. Inmiddels zijn de eerste zaken onder deze act voor de rechters aangespannen. Een procedure waarin de constitutionaliteit van deze wet in het kader van het First Amendment ter discussie wordt gesteld, is tot nu toe nog nooit gevoerd.

Het probleem van spam kennen de Verenigde Staten allang. Door de belangrijkste jurisprudentie daarover in verband met het recht op 'free speech' te analyseren, geef ik aan hoe de Amerikaanse rechter met dit probleem in de praktijk omgaat.

In tegenstelling tot '(child)pornography', waar men vaak te maken heeft gehad met de overheidsbemoediging in de vorm van een wetgeving, speelt het probleem van spam zich in de rechtspraak af in horizontale relaties. In *CompuServe Incorporated v. Cyber Promotions*<sup>103</sup> werd de lagere rechter geconfronteerd met de vraag of de e-mail server (in casu CompuServe) het versturen van spam (in casu door Cyber Promotions) aan zijn klanten kan verhinderen. De rechters hebben overwogen dat CompuServe als het ware een stukje eigendom op het Internet heeft. CompuServe gebruikt bijv. een eigen uniek identificatiesysteem om zich van andere e-mail servers te onderscheiden. Alle e-mails die verstuurd worden naar de abonnees van CompuServe, worden eerst door CompuServe bewaard in "CompuServe's proprietary equipment". CompuServe heeft een actie wegens in de common law bekende tort (een soort onrechtmatige daad), en in het bijzonder 'trespass to personal property or to chattels' (inbreuk op de eigendom) ingesteld. Uit de overwegingen van het District Court blijkt dat elektronische signalen die verzonden worden zonder de toestemming van de eigenaar van een bepaald systeem naar dat systeem een onrechtmatige inbreuk vormen op zijn eigendom. Cyber Promotions deed een beroep op zijn door het First Amendment beschermd recht. Naar het, naar mijn mening, juiste oordeel van de rechters was hier geen sprake van een beperking

---

<sup>103</sup> *CompuServe Incorporated v. Cyber Promotions*, 962 F. Supp. 1015 (1997).



van het recht op 'freedom of speech' door de overheid via de regelgeving. CompuServe kan niet anders dan als een private entiteit worden gezien. Het Court schreef:

"No such legislation yet exists that is applicable to CompuServe. Further, defendants' discussion concerning the extent to which Internet may be regulated (...) is irrelevant because no government entity has undertaken to regulate the Internet in a manner that is applicable to this action. Indeed, if there were some applicable statutory scheme in place, this Court would not be required to apply paradigms of common law to the case at hand."

Het is opmerkelijk dat het District Court, ná het bovenstaande te hebben gezegd, toch een overweging wijdt aan het recht op freedom of speech van Cyber Promotions. De uitspraak van het Supreme Court *Lloyd Corporation, Ltd. v. Tanner* uit 1972 citerend<sup>104</sup>, overweegt het Court dat degene die inbreuk maakt op het privaat eigendom van iemand anders niet volledig zijn recht op free speech kan uitoefenen. Het District Court heeft dezelfde uitgangspunten gehanteerd met betrekking tot het Internet zoals het Supreme Court in 1972 in een gewone situatie aannam. In *Lloyd* ging het om het verspreiden van uitnodigingen voor een anti-oorlog bijeenkomst op de winkelpromenade van een privaat winkelcentrum door de tegenstanders van de oorlog in Vietnam. Die laatsten hebben een beroep gedaan op het feit dat de winkelpromenade voor iedereen toegankelijk was en daarom een functie van een publieke forum had, waar iedereen vrij zijn mening kon uiten. Het Supreme Court oordeelde dat deze veronderstelling te ver ging. De Amerikaanse Constitutie bood geen aanknopingspunten voor het oordeel dat een privaat eigendom beschouwd kan worden als een publieke forum. Bovendien, oordeelde het Supreme Court, hadden de anti-oorlog activisten een mogelijkheid om de uitnodigingen te verspreiden buiten het winkelcentrum, dat omringd was door publieke straten en wegen. Het District Court laat de redenering van het Supreme Court volledig los op de situatie zoals in het geval van *Compuserve*. Het lijkt erop dat het District Court de Internetserver van CompuServe gelijkstelt aan de winkelpromenade van Lloyd en de verzonden e-mails aan de uitgedeelde uitnodigingen voor de anti-oorlog bijeenkomst. Het District Court herhaalt ook de overwegingen van het Supreme Court en zegt dat er andere alternatieven voor Cyber Promotions voorhanden waren om zijn advertenties aan de abonnees van CompuServe te brengen, zonder dat inbreuk wordt gemaakt op het privaat eigendom van CompuServe. Hierbij moet men bijvoorbeeld denken aan het uitdragen van de boodschap op "online bulletin boards, web page advertisements, or facsimile transmissions, as well as through more conventional means such as the U.S. mail or telemarketing." Ook, zegt het

---

<sup>104</sup> *Lloyd Corp. v. Tanner*, 407 U.S. 551 (1972).

Court, kan Cyber Promotions ervoor kiezen om de advertenties via een e-mail aan anderen dan de abonnees van CompuServe te versturen. Dit laatste argument is mijns inziens weinig overtuigend. Door dat laatste te doen zou Cyber Promotions immers in een identieke problematische situatie als hier beschreven komen te verkeren.

De wijze waarop het District Court met de actie uit 'trespass to chattle' van e-mail servers op het Internet in *CompuServe* is omgegaan werd verder in de rechtspraak toegepast ten aanzien van web servers.<sup>105</sup>

In een vrij recente uitspraak van het Supreme Court van California constateerde het Hof dat er geen sprake was van 'trespass to chattel'.<sup>106</sup> In deze zaak bracht Intel een dergelijke actie tegen zijn ex-werknemer Hamidi die de overige werknemers via het computersysteem van Intel massaal e-mails verstuurde over de slechte wijze van behandeling van werknemers door Intel. Intel voelde zich daardoor geschaad en stapte daarom naar de rechter. Het Supreme Court van California oordeelde dat in deze situatie geen sprake was van een ongeoorloofde inbreuk op het eigendom van Intel, omdat Intel niet in staat was om aan te tonen dat zijn computersysteem door deze e-mails beschadigd raakte. Intel daagde Hamidi niet wegens de last van het aantal vertuurde e-mails, maar wegens de voor Intel vervelende inhoud van de boodschappen en dat leverde volgens de rechters geen 'trespass to chattels'. Het Supreme Court of California heeft er in zijn uitspraak nadrukkelijk op gewezen dat hij niet tegen de hierboven beschreven jurisprudentie van de federale rechters over de bestrijding van spam in wil gaan. Deze twee zaken verschilden naar de mening van het Court doordat in de spamzaken de schade aan computersystemen aantoonbaar was, terwijl in de Hamidi-zaak deze schade niet kon worden bewezen.

Omdat deze uitspraak slechts een eenmalige uitlating in deze richting van de statelijke rechter betreft, moet deze ook met enige terughoudendheid worden gehanteerd. Ik ga ervan uit dat de door de federale rechters ontwikkelde jurisprudentie, waarin enkel inbreuk op het eigendomsrecht 'trespass to chattels' oplevert, zonder dat technische schade aan een computersysteem hoeft te worden bewezen, nog steeds toonaangevend is.

---

<sup>105</sup> Zie: *eBay v. Bidder's Edge*, 100 F.Supp.2d 1058 (2000). In deze zaak ging het echter niet om het verzenden van spam, maar om het kopiëren van databanken uit de ene website naar de andere zonder toestemming van de eigenaar van die eerste. Het District Court was van mening dat deze handelingen een inbreuk opleverden op het eigendom van de web server.

<sup>106</sup> *Intel Corporation v. Hamidi*, 71 P.3d 296 (2003).

### 2.4.2.3. Hate speech (Racistische uitingen)

De voorwaarden waarop de beperkingen van racistische uitingen zijn toegestaan, werden geformuleerd door het Supreme Court in de belangrijke en beroemde uitspraak in het kader van 'hate speech' uit 1992, waar ik ook eerder naar heb verwezen in de context van de 'fighting words' doctrine en de doctrine van 'content-based restrictions'. Hier doel ik op *R.A.V. v. City of St. Paul*.<sup>107</sup> De in deze uitspraak door het Supreme Court opgestelde redenering werd in 2001 gevolgd door het District Court in California in de zaak *Yahoo v. La Ligue Contre le Racisme et L'Antisemitisme (LICRA) en L'Union Des Etudiants Juifs de France*.<sup>108</sup>

De feiten in de *R.A.V. v. City of St. Paul* zaak zijn de volgende. Een tiener R.A.V. heeft samen met zijn vrienden een van gebroken stoelpoten zelfgemaakt kruis op een veldje, dat bij het huis van een Afro-Amerikaanse familie hoorde, verbrand. Daardoor werd hij strafrechtelijk vervolgd voor de overtreding van de St. Paul Bias-Motivated Crime Ordinance. De strafrechtelijke bepalingen in kwestie luiden:

"Whoever places on public or private property a symbol, object, appellation, characterization or graffiti, including, but not limited to, a burning cross or Nazi swastika, which one knows or has reasonable grounds to know arouses anger, alarm or resentment in others on the basis of race, color, creed, religion or gender commits disorderly conduct and shall be guilty of a misdemeanor."

De verdachte gebruikte het argument dat de regelgeving in kwestie overbroad was en een niet toegestane content-based beperking van zijn 'free speech' vormde. Het Supreme Court van Minnesota verwierp deze argumenten door te overwegen dat de bedoeling van de regelgeving was dat deze alleen betrekking had op 'fighting words', de categorie die immers buiten het bereik van het First Amendment valt. Bovendien had de regering van St. Paul een dwingend belang om de gemeenschap tegen de door vooringenomenheid bepaalde bedreigingen in het kader van de openbare veiligheid en orde te beschermen. De regelgeving was dus ook 'narrowly tailored'.

Het Supreme Court of the United States voelde zich gebonden aan de uitleg van het Supreme Court of Minnesota namelijk dat de wet zich slechts tot de 'fighting words' beperkte. Over de categorie 'fighting words' merkt het Supreme Court het volgende op:

---

<sup>107</sup> Zie noot 46.

<sup>108</sup> *Yahoo v. La Ligue Contre le Racisme et L'Antisemitisme (LICRA) en L'Union Des Etudiants Juifs de France*, 169 F. Supp.2d 1181 (2001).

“We have sometimes said that these categories of expression are not within the area of constitutionally protected speech or that the protection of the First Amendment does not extend to them. Such statements must be taken in context, however. What they mean is that these areas of speech can, consistently with the First Amendment, be regulated because of their constitutionally proscribable content (obscenity, defamation, etc.)--not that they are categories of speech entirely invisible to the Constitution, so that they may be made the vehicles for (...) content discrimination unrelated to their distinctively proscribable content. Thus, the government may proscribe libel; but it may not make the further content discrimination of proscribing only libel critical of the government.”

Het Supreme Court overwoog dat ‘content-based discrimination’ van de bovengenoemde categorieën van speech door de overheid toegestaan is, indien de basis daarvoor is dat “the entire class of speech at issue is proscribable”. De overheid mag dus bijvoorbeeld ‘obscene speech’ “which is the most patently in its prurience” beperken. Men mag echter geen beperkingen aan ‘obscene speech’ opleggen omdat die een bepaalde boodschap richting de overheid uitdraagt. Die laatste situatie deed zich voor in het geval van St. Paul City Ordinance. De wetgeving beperkte de mogelijkheid van ‘fighting words’ slechts daar waar die betrekking hadden op “racial, gender, or religious intolerance.” Om die reden werden die bepalingen als strijdig met het First Amendment verklaard. Indien St. Paul Ordinance ‘fighting words’ zou verbieden die bijvoorbeeld een dreigend effect hadden (true threat), zou deze wetgeving gespaard worden. Ook was de wetgeving naar het oordeel van het Supreme Court niet “narrowly tailored”. Een wetgeving die niet beperkt was tot bovengenoemde soorten verboden speech, was immers een minder vergaande beperking geweest. Dezelfde redenering volgt het District Court in de *Yahoo* zaak. In deze zaak heeft Yahoo de Amerikaanse rechter gevraagd om te oordelen dat het tegen Yahoo in Frankrijk gewezen vonnis in de Verenigde Staten niet ten uitvoer kon worden gelegd wegens de vermeende strijdigheid met het First Amendment. Bij dat vonnis werd Yahoo namelijk veroordeeld tot onder andere het blokkeren van zijn veilingwebsites voor de Franse burgers. De reden daarvoor was dat op deze websites allerlei nazistische materialen te koop werden aangeboden, zoals het boek *Mein Kampf* en bewijzen dat de gaskamers tijdens de Holocaust niet echt bestonden. In Frankrijk waren dergelijke handelingen strafbaar. Het District Court oordeelde eerst dat het de jurisdictie had over deze zaak<sup>109</sup> en vervolgens dat het vonnis van de Franse

---

<sup>109</sup> Voor een heldere uiteenzetting van de argumenten van het District Court voor de rechtsmacht over de *LICRA* en over de rechtsmachtvragen op het Internet in het algemeen zie: De Meij, ‘Grensoverschrijdende uitingen op het internet. Enige opmerkingen naar aanleiding van de zaak *LICRA e.a./Yahoo*’, in: Hins & Nieuwenhuis (red.), ‘*Van ontvanger naar zender. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.M. de Meij*’, Amsterdam: Otto Cramwinkel Uitgever 2003, p. 217-241.

rechter niet ten uitvoer kon worden gelegd in de Verenigde Staten wegens de inbreuk op het First Amendment:

“The French order prohibits the sale or display of items based on their association with a particular political organization and bans the display of websites based on the authors’ viewpoint with respect to the Holocaust and anti-Semitism. A United States Court constitutionally could not make such an order. The First Amendment does not permit the government to engage in viewpoint-based regulation of speech absent a compelling governmental interest, such as averting a clear and present danger or imminent violence.”

Hieruit blijkt dat de beperkingen van racistische uitingen slechts toegestaan zijn voorzover ze worden opgelegd wegens gevaar voor de openbare orde (‘clear and present danger’ doctrine) of wegens het gewelddadige karakter daarvan. Beperkingen wegens de soort van ideeën die de boodschap uitdraagt zijn niet geoorloofd.

In de uitspraak van het Court of Appeals uit 2004<sup>110</sup> werd de uitspraak van het District Court vernietigd. De hogere rechter was van mening dat er geen jurisdictie was over twee Franse organisaties, die een actie onder het Franse recht tegen Yahoo hebben gestart. De rechters van het Court of Appeals hebben zich niet uitgesproken over de claim van Yahoo over de schending van zijn First Amendment rechten. Pas op het moment dat LICRA en UEJF’s zich tot de Amerikaanse rechter gaan wenden om hun Franse vonnis te effectueren, is de Amerikaanse rechter bevoegd om een oordeel te geven over de eventuele schending van de rechten van Yahoo onder het First Amendment, aldus het Court of Appeals.

Omdat het Court of Appeals geen inhoudelijk oordeel heeft gegeven over de overwegingen van het District Court die betrekking hadden op het First Amendment claim, blijven die overwegingen het enige houvast ten aanzien van de wijze waarop de rechter in de toekomst over racistische uitingen op het Internet gaat oordelen.

## **2.5. Regulering van speech op het Internet: Conclusies**

Het mag voor een ieder duidelijk zijn dat men in het tijdperk van het Internet tenminste dezelfde problemen rond de uitoefening van het recht op ‘freedom of speech’ zal tegenkomen als in de periode daarvóór. Sterker nog, door de aard van het Internet zijn er problemen gerezen, waarvan men vroeger het bestaan niet vermoedde. Denk alleen maar aan de problemen verbonden aan de in de vorige paragraaf beschreven vormen van speech, namelijk

---

<sup>110</sup> *Yahoo v. LICRA e.a.*, 379 F. 3d 1120 (2004).

‘(child)pornography’, ‘spam’ and ‘hate speech’. Door te onderzoeken welke wetgeving het Amerikaanse Congress heeft uitgevaardigd, heb ik geprobeerd een beeld te schetsen van de manier waarop de wetgever in Amerika tot nu toe met deze problematiek is omgegaan. De analyse van de Amerikaanse rechtspraak op dit gebied was van wezenlijk belang om een beeld te krijgen van de mogelijkheden voor de wetgever om de vrijheid van meningsuiting in het digitale tijdperk te beperken.

Ten aanzien van de legislatieve pogingen van de federale wetgever om de communicatie op het Internet te reguleren is mij opgevallen dat vooral twee van de drie bovengenoemde vormen van speech ‘legislatieve aandacht’ hebben gekregen. Dat zijn: de bescherming van kinderen in het kader van ‘(child)pornography’ en het reguleren van de verzending van ongevraagde e-mail-spam. ‘Hate speech’ daarentegen werd onderwerp van regulering door de overheden van de afzonderlijke staten, die overigens ook wetgeving kennen voor ‘(child)pornography’ en ‘spam’.

De door de federale overheid uitgevaardigde regelgeving op het gebied van ‘(child) pornography’, raakte in drie van de vier gevallen (behalve CIPA) direct het recht van burgers op de ‘freedom of speech’. Dat is ook logisch. Pornografie is namelijk een vorm van meningsuiting. Het tegengaan daarvan heeft onontkoombaar een beperking tot gevolg. Of de beperking daarvan wel of niet gerechtvaardigd is moet de rechter beoordelen. Bij die beoordeling valt op dat de rechter **dezelfde criteria** hanteert als in een gewone situatie, waar de digitale media geen rol spelen. Eerst wordt gekeken of sprake is van een beperking van de inhoud van de boodschap of misschien een beperking naar ‘time, place and manner’ die als neutraal wordt gezien. In het geval van de CDA, de COPA en de CPPA bijvoorbeeld oordeelde de rechter dat deze wetten een inhoudelijke beperking van ‘free speech’ vormden. Om die reden werden deze wetten streng beoordeeld. Wanneer de overheid de uitoefening van ‘free speech’ op het Internet wil beperken via wetgeving, moet die wetgeving overigens wel **zeer duidelijk** zijn, zodat men weet waar men aan toe is. Ook mag de overheid door het reguleren van de communicatie die niet onder de bescherming van het First Amendment valt, niet tegelijkertijd de wel beschermde speech beperken. Daarbij moet worden opgemerkt dat zelfs het reguleren van speech die niet onder de bescherming van het First Amendment valt, strijdig kan zijn met het First Amendment. Volgens het Supreme Court doet deze situatie zich namelijk voor op het moment dat de overheid de niet door het First Amendment beschermde speech niet in zijn algemeenheid gaat beperken, maar vanwege de ideeën die deze vorm van speech in zich draagt (het voorbeeld van regulering van ‘hate speech’ in *R.A.V.*). Bovendien moet de overheid hierbij aantonen dat ze een **dwingend belang** heeft bij het reguleren van de

communicatie op het Internet, hetgeen ook vaak door de rechter wordt onderschreven. Een probleem doet zich echter voor wanneer de rechter het vereiste naar voren brengt dat de overheid gehouden is te bewijzen dat de wetgeving in kwestie de **minst ver gaande** beperking van 'free speech' is. Dat betekent dat de overheid alle bestaande alternatieven die hetzelfde doel zouden kunnen dienen, op de beperkingsmogelijkheden moet onderzoeken. Pas indien de overheid kan aantonen dat de wetgeving de minst schadelijke vorm van vrijheidsbeperking is, blijft de wetgeving in stand. Het bovenstaande toont aan dat de Amerikaanse rechter geen belangenafweging maakt tussen de zwaarte van het recht op 'free speech' en het algemeen belang.

De boven beschreven bijna absolute benadering van 'free speech' hanteert de rechter in situaties waarin dat recht door strafrechtelijke sancties wordt beperkt. In gevallen waarin de overheid dat recht beperkt door bijvoorbeeld geen subsidie te verstrekken, neemt de rechter de strijdigheid met het First Amendment minder snel aan. Hierbij verwijs ik naar de overwegingen van het Supreme Court in *United States v. American Library Association*. Met betrekking tot spam die vaak als het probleem tussen de burgers onderling voor de rechter wordt gebracht kan ik het volgende opmerken. De rechter gebruikt het eigendomsrecht als het absolute recht waarbij het recht van 'free speech' niet vrij beoefend mag worden. Het valt vooralsnog op dat deze benadering klakkeloos wordt overgenomen van de rechterlijke oplossingen in een gewone situatie waar digitale media zoals het Internet geen rol spelen.

Ik concludeer dat de Amerikaanse rechter zich al met al met hand en tand verzet tegen de beperking van het recht op 'free speech' op het Internet door de overheid. Uit de rechterlijke uitspraken op dat gebied leid ik tenslotte af dat de rechter het Internet als een groot goed beschouwt waarbij men vrijwel onbeperkt gebruik mag maken van zijn uit het First Amendment voortvloeiend recht. Long live the 'freedom of speech'!

## **Deel III**

### ***Nederland/Europa***

#### **1. Het systeem van grondrechten en mensenrechten**

In dit eerste hoofdstuk van het tweede deel van mijn onderzoek volgt een beschouwing over het systeem van grondrechten en mensenrechten in Nederland en in Europa. Onder het begrip grondrechten versta ik fundamentele rechten en vrijheden die in de Nederlandse Grondwet zijn opgenomen. Met mensenrechten bedoel ik fundamentele rechten en vrijheden die in de vorm van verdragsbepalingen in internationale verdragen zijn opgenomen. Ik zal me echter uitsluitend concentreren op het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (het EVRM), omdat dit verdrag, wegens zijn directe werking en de mogelijkheden van een rechtstreeks beroep bij de rechter, de grootste rol in de rechtspraak vervult.

##### **1.1. De grond- en mensenrechtencatalogus**

In deze paragraaf is aangegeven hoe men in Nederland en in Europa tot een catalogus van grond- respectievelijk mensenrechten is gekomen en waar deze opgenomen zijn.

###### **1.1.1. De Grondwet**

Het eerste Nederlandse document waarin voor de eerste keer een grondrecht werd opgenomen was de Unie van Utrecht van 1579. Daarin staat het recht op godsdienstvrijheid in artikel XIII als volgt vermeld: "(...) mits dat een yder particulier in sijn religie vrij sal moegen blijven ende dat men nyemant ter cause van de religie sal moegen achterhaelen ofte ondersoucken (...)" De eerste officiële Nederlandse Grondwet na het herstel van de onafhankelijkheid in 1813, trad in werking op 30 maart 1814. De daarin opgenomen grondrechten zijn schaars. Hier vindt men onder meer rechten als godsdienstvrijheid, bescherming tegen onrechtmatige gevangenneming en de garantie dat niemand tegen zijn wil mocht worden afgehouden van de rechter waar men volgens de wet recht op had. In 1815 werd er een aantal grondrechten aan toegevoegd, waaronder de vrijheid van de drukpers, het recht van petitie en de onschendbaarheid van de woning. Later, bij de grondwetsherziening van 1848, werden de volgende vrijheden opgenomen: het recht om zich te verenigen en te vergaderen, het recht op briefgeheim, de vrijheid van onderwijs en voor iedere Nederlander het recht op gelijke



benoembaarheid in overheidsdienst. Echter pas sedert 1983 bij de algehele herziening van de Grondwet kan gesproken worden van een systematisch geordende en uitgebreide grondrechtencatalogus.<sup>111</sup> De grondrechten kregen een eigen plaats in het eerste hoofdstuk van de Grondwet.

#### **1.1.1.1. Klassieke en sociale grondrechten**

Grondrechten worden naar hun aard gewoonlijk opgedeeld in klassieke en sociale grondrechten. Met klassieke grondrechten worden de persoonlijke vrijheden bedoeld, die de grenzen van de overheidsbemoeyenis bepalen. Ze dienen ter bescherming van het individu tegen de inmenging van de overheid. Ten aanzien van de klassieke grondrechten wordt aangenomen dat ze in rechte afdwingbaar zijn, dat betekent dat de burger daar een rechtstreeks beroep op kan doen bij de rechter. Het zijn 'subjectieve rechten'. Tegenover deze benadering staat het begrip sociale grondrechten. Sociale grondrechten vormen een 'instructienorm' voor de overheid. Het is de plicht van de overheid om de ontplooiing van het individu te garanderen. Bij sociale rechten gaat het om rechten op het gebied van arbeid, leefmilieu, wonen, bestaanszekerheid enz. Deze rechten zijn meestal niet afdwingbaar bij de rechter.

Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel tot de grondwetsherziening in 1983, stelde de regering zich op het standpunt dat het bovenbeschreven onderscheid tussen klassieke en sociale rechten puur dogmatisch van aard was. Bovendien was het niet mogelijk om een strikte scheiding tussen deze twee soorten rechten aan te brengen. Naar de mening van de regering bestaat er zelfs een samenhang tussen deze twee soorten rechten omdat ze allebei aan de ontplooiing van de mens bijdragen.<sup>112</sup> Ook komt het voor dat klassieke rechten sociale componenten bevatten, met dien verstande dat die laatste doorgaans niet afdwingbaar zijn bij de rechter.<sup>113</sup> De vraag naar het onderscheid tussen klassieke en sociale rechten komt in feite neer op de aard van de verplichtingen die door de grondrechten aan de overheid worden opgelegd.

Ondanks dat klassieke en sociale rechten in één hoofdstuk werden geplaatst en dat er in praktijk niet altijd een strikt onderscheid tussen deze twee soorten te maken valt, wordt algemeen aangenomen dat de artikelen 1 tot en met 17 klassieke grondrechten vormen en de

---

<sup>111</sup> Van der Pot-Donner 1995, p. 208.

<sup>112</sup> Kortman 1983, p. 40.

<sup>113</sup> Burkens e.a. 2001, p. 139.

artikelen 18 tot en met 22 van de Grondwet als sociale grondrechten te beschouwen zijn. Artikel 23 bevat kenmerken van beide componenten waardoor het een bijzondere positie inneemt.

### 1.1.2. Het EVRM

Het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (het EVRM) heeft een andere systematiek dan de Nederlandse Grondwet. Deze wordt hieronder beschreven.

Het EVRM is tot stand gekomen op 4 november 1950 in Rome in het kader van de Raad van Europa en vormt een reactie op de verschrikkingen en grove schendingen van de mensenrechten in de Tweede Wereldoorlog. De eerste twee documenten die als de oorsprong van het EVRM kunnen worden gezien zijn het *Atlantic Charter* dat Roosevelt en Churchill in 1941 hebben ondertekend en de in 1948 door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties aangenomen *Universele Verklaring van de Rechten van de Mens*. Het *Atlantic Charter* richtte zich op de toekomst van de wereld na de oorlog, waarbij de vrede moest worden bewaard en waarbij in de toekomst voorkomen moest worden dat mensen onderworpen zullen worden aan onderdrukking en onmenselijke behandeling. De *Universele Verklaring van de Rechten van de Mens* vormde een verklaring waarin de gelijkheid en de individuele vrijheid van mensen voorop stonden.<sup>114</sup> Het bevatte een brede catalogus van politieke, sociale, economische en culturele rechten. De verklaring werd echter juridisch niet afdwingbaar. Pas het EVRM, tot stand gekomen in het kader van de Raad van Europa garandeerde dat de naleving van de fundamentele rechten op bovenstatelijk niveau strikt werd en wordt gehandhaafd.

De in het Verdrag zelf opgenomen rechten zijn: het recht op leven (art. 2), het verbod van foltering en onmenselijke behandeling (art. 3), het verbod van slavernij en dwangarbeid (art. 4), het recht op vrijheid en veiligheid (art. 5), het recht op een eerlijk proces (art. 6), het legaliteitsbeginsel (art. 7), het recht op family life (art.8), het recht op vrijheid van geweten en godsdienst (art. 9), het recht op vrijheid van meningsuiting (art. 10), het recht op vrijheid van vereniging en vergadering (art. 11), het recht om te huwen (art. 12), het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel (art. 13) en het verbod van discriminatie (art. 14). Later werd het EVRM uitgebreid door middel van afzonderlijke protocollen, waarin nieuwe rechten werden

---

<sup>114</sup> Vande Lanotte e.a. 1997, p. 19 e.v.

opgenomen. Het belangrijkste protocol is het Eerste Protocol, waarin het recht op eigendom en op onderwijs alsook het recht op deelname aan verkiezingen werden opgenomen.<sup>115</sup> Oorspronkelijk waren deze rechten bedoeld als negatieve verplichtingen voor de overheden van de landen die tot het EVRM zijn toegetreden. Dit houdt in dat de staten zich dienen te onthouden van schending van bovengenoemde rechten. In de loop der jaren heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) een tweede soort verplichtingen aangenomen, de zogenoemde positieve verplichtingen. Op basis van die laatste dienen overheden soms juist actief op te treden om voorwaarden te scheppen voor het ongestoord uitoefenen van de in het EVRM gegarandeerde rechten. Positieve verplichtingen werden aangenomen onder andere in de artikelen 6, 10 en 11 van het EVRM alsmede in artikel 3 van het Eerste Protocol.<sup>116</sup>

Inmiddels zijn alle in het EVRM opgenomen rechten rechtstreeks inroepbaar bij de rechter.

### **1.1.3. De verhouding tussen de Grondwet en het EVRM**

De hierboven beschreven het EVRM en de daarin opgenomen mensenrechten en de Nederlandse Grondwet met het eerste hoofdstuk, waarin grondrechten zijn vervat, staan in een bepaalde verhouding tot elkaar. Wat zijn nou de functies die deze twee documenten vervullen?

Het EVRM is, in tegenstelling tot de Grondwet, toegesneden op de internationale situatie. De burgers in Nederland vormen slechts één van de groepen mensen die er een beroep op kunnen doen bij het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (via de Commissie voor de Rechten van de Mens of bij de nationale rechter uiteraard). De ontwikkeling die het EHRM met zijn jurisprudentie in gang zet geldt voor alle staten die bij het EVRM zijn aangesloten gelijkelijk, terwijl de Grondwet slechts een beperkt bereik heeft, namelijk dat op nationaal niveau. Wegens het (beperkt)monistische stelsel dat Nederland hanteert<sup>117</sup> werkt het EVRM rechtstreeks door in de Nederlandse rechtsorde. Dat betekent dat er geen nadere handelingen van de Nederlandse overheid zijn vereist om het EVRM in Nederland te doen gelden. Bovendien geldt voor het EVRM het regime van art. 94 Gw, waarin is bepaald dat binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften geen toepassing vinden indien ze strijdig zijn

---

<sup>115</sup> Lawson 2000, p. 8.

<sup>116</sup> Vlemminx 2002, p. 43. Voor een uitgebreide analyse van deze problematiek verwijs ik naar de desbetreffende hoofdstukken van dit boek.

<sup>117</sup> Over de discussie of Nederland een monistisch of een beperkt monistisch stelsel hanteert alsook de nogal ingewikkelde betekenissen van art. 93 en 94 Gw, zie Vlemminx & Boekhorst 2000, p. 442-482.

met 'een ieder verbindend' internationaal recht. Algemeen wordt aangenomen dat alle bepalingen van het EVRM 'een ieder verbindende' karakter hebben.<sup>118</sup> Dat betekent dat het EVRM voorrang heeft boven een dergelijke met het EVRM zelf strijdige voorschriften in Nederland.

De functie van de grondrechtencatalogus in de Grondwet lijkt in het licht van het voorgaande slechts symbolisch te zijn. Echter, op bepaalde punten heeft de Nederlandse Grondwet meer betekenis dan het EVRM. Doordat de Grondwet bijvoorbeeld, historisch gezien, sterk op de Nederlandse situatie is toegespitst, kunnen de problemen die zich in Nederland op dat gebied voordoen specifiekere worden aangepakt.<sup>119</sup> Soms biedt de Grondwet ook meer bescherming. Hier moet gedacht worden aan de op bepaalde punten ruimere beperkingsmogelijkheden van de grondrechten in het EVRM in vergelijking met die Grondwet. Dat laatste zal blijken bij de vergelijking van het recht op de vrijheid van meningsuiting volgens art. 10 EVRM en art. 7 Gw in het tweede hoofdstuk.

## 1.2. De horizontale werking

Onder de horizontale werking van grondrechten wordt verstaan de doorwerking van grondrechten in de relatie tussen burgers onderling. Het gaat hier om een privaatrechtelijke verhouding, waarin de overheid geen rol speelt. Een privaatrechtelijke verhouding met de overheid duidt op een verticale relatie, waar de grondrechten altijd onverkort gelding hebben. Een mooi voorbeeld van dat laatste in de jurisprudentie vormt de zaak *Rasti Rostelli*.<sup>120</sup> De weigering van de gemeente Rijssen een gebouw voor de hypnoseshow te verhuren (een privaatrechtelijke kwestie) omdat 'hypnose als publieksvermaak niet in overeenstemming is met de christelijke waarden waarop in Rijssen prijs wordt gesteld' werd door de Hoge Raad als strijdig met artikel 7, derde lid, van de Grondwet gezien.

Bij de horizontale werking van de grondrechten gaat het dus om de vraag of burgers een beroep kunnen doen op de grondrechten indien deze rechten niet door de overheid maar door een andere burger (hieronder versta ik niet alleen particulieren, maar ook andere private entiteiten) worden beperkt. Dezelfde vraag doet zich voor in een situatie waarin de mensenrechten in het geding zijn.

---

<sup>118</sup> Vlemminx & Boekhorst 2000, p. 467.

<sup>119</sup> Van der Pot-Donner 1995, p. 219.

<sup>120</sup> HR 26 april 1996, JB 1996/159.

### 1.2.1. De Grondwet

Van oudsher worden grondrechten gezien als een positief-rechtelijk middel om burgers tegen de overheid te beschermen. Dat blijkt onder andere uit de beperkingsclausules in de desbetreffende bepalingen in de Grondwet.

Bij de grondwetsherziening in 1983 heeft de regering haar visie op deze kwestie gegeven, waarbij zij de horizontale werking van grondrechten heeft aangenomen, zij het met nuanceringen en gradaties. De regering heeft vijf gradaties onderscheiden, van minder naar meer vergaande werking, waarin de grondrechten in de relaties tussen burgers onderling kunnen werken.

Ten eerste noemt de regering de situatie waarbij het gaat om instructienormen aan de wetgever of de overheid in het algemeen om een nader geformuleerd belang of beginsel in de particuliere relaties te verwezenlijken. Deze instructienormen zijn vervat in de meeste sociale grondrechten.

Ten tweede wordt de situatie genoemd waarin de grondrechtsnormen van fundamenteel belang zijn zowel voor de wetgever als voor de rechter. Met name deze laatste moet deze normen toepassen bij de interpretatie van privaatrechtelijke regels of begrippen.

Ten derde onderschrijft de regering het geval waarin de grondrechtsnorm een zelfstandig rechtsbelang vormt, dat de rechter moet betrekken bij de afweging van belangen.

Ten vierde wordt gesproken van grondrechten die dusdanig belangrijke rechtsbeginselen met zich dragen dat de rechter slechts op zwaarwegende gronden daarvan mag afwijken.

In de vijfde en tevens de laatste situatie legt het grondrecht zich dwingend aan de rechter op. Daarbij zijn slechts die afwijkingen toegestaan die men zou kunnen herleiden tot de grondwettelijke beperkingsclausules.

Volgens de bovenbeschreven opvatting van de regering moet de rechter dus in ieder afzonderlijk geval bezien of en in hoeverre een bepaald grondrecht in de relatie tussen burgers onderling werkt.<sup>121</sup>

De Nederlandse rechter hanteert twee typen van horizontale werking. Soms neemt hij een indirecte horizontale werking aan waarbij open begrippen in het Burgerlijk Wetboek, zoals bijv. onrechtmatig (onrechtmatige daad), goed werkgeverschap of openbare orde en goede zeden door middel van een grondrecht worden ingevuld. Ook komt het voor dat de rechter een directe horizontale werking aanneemt waarbij het grondrecht direct wordt toegepast. In de

---

<sup>121</sup> Koekkoek e. a. (red.) 1982, p. 17.

beroemde zaak *Goeree*<sup>122</sup> werd het verbod op grond van de onrechtmatige daad van art. 1401 (oud) BW om voor joden beledigende geschriften wegens een godsdienstige opvatting te verspreiden rechtvaardig geacht.<sup>123</sup> Dit artikel was naar de mening van de rechter te herleiden tot een beperkingsclausule van art. 6 van de Grondwet.<sup>124</sup>

### 1.2.2. Het EVRM

Twee artikelen van het EVRM zijn in verband met de problematiek van de horizontale werking van grondrechten van belang, namelijk artikel 33 en artikel 34. Artikel 33 bepaalt dat iedere lidstaat die partij is bij het EVRM het recht heeft om de niet-naleving van de bepalingen van het Verdrag door een andere staat die ook bij het EVRM is aangesloten bij het Hof aanhangig te maken. Artikel 34 kent dit recht toe aan individuele personen, niet-gouvernementele organisaties en groepen mensen. Ze mogen allemaal verzoekschriften indienen bij het Hof wegens schending van verdragsbepalingen door de staten die partij zijn bij het EVRM. Daaruit concludeer ik dat puur op basis van de tekst van het EVRM geen sprake kan zijn van *directe* horizontale werking van de rechten uit het EVRM. Immers, degenen die de rechten kan schenden en daarvoor ter verantwoording kunnen worden geroepen bij het Hof zijn de lidstaten en niet burgers of particuliere organisaties. Het is wel anders in het geval van de *indirecte* horizontale werking. Uit de jurisprudentie blijkt dat het Hof via de doctrine van positieve verplichtingen rechten uit het EVRM tussen de burgers laat gelden. Deze weg wordt vaak bewandeld in situaties waar het recht op privé leven van artikel 8 wordt ingeroepen. Als voorbeeld kan een beroemde zaak uit 1994 dienen, waarbij de klaagster *López Ostra* het Spaanse Koninkrijk voor het Hof daagde wegens schending van art. 8 EVRM.<sup>125</sup> Ostra ondervond namelijk veel last van de afvalverwerkingsfabriek die zich naast haar woning zonder de benodigde vergunning had gevestigd. Toen wegens verschillende storingen Ostra en haar gezin aan gevaarlijke emissies van gassen en stank werden blootgesteld, heeft de gemeente hen elders gevestigd zonder dat het gezin daarvoor hoefde te betalen. De gemeente beval op dat moment het stopzetten van

---

<sup>122</sup> HR 5 juni 1987, *NJ* 1988, 702 en HR 2 februari 1990, *NJ* 1991, 289.

<sup>123</sup> Kortman stelt zich op het standpunt dat van horizontale werking geen sprake kan zijn aangezien het niet de Grondwet is die tussen de burgers werkt, maar de wet ter uitvoering van de Grondwet zoals het BW, zie Kortman 1983, p. 48

<sup>124</sup> Burkens (red.) 2001, p. 144.

<sup>125</sup> EHRM 9 december 1994, *JB* 1995/ 67.

bepaalde activiteiten van de fabriek. Daarna keerde Ostra terug naar haar oude woning maar de overlast veroorzaakt door de fabriek was nog steeds aanwezig. Ondanks verschillende klachten van Ostra richting de gemeentelijke autoriteiten gebeurde er niets. Voor Ostra was dit reden om een gerechtelijke procedure te starten bij de Spaanse rechter. De zaak is uiteindelijk aanhangig gemaakt bij het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Bij het Hof voerde Ostra aan dat de Spaanse autoriteiten haar recht op ongestoord privé leven van artikel 8 EVRM schonden, door niet in te grijpen en niet op te treden richting de fabriek. Het Hof oordeelde dat de Spaanse staat heeft gefaald door na te laten stappen te ondernemen om de voor Ostra ondraaglijke situatie te doen beëindigen. Daardoor werd Spanje verantwoordelijk gehouden voor de schending van art. 8 EVRM.

### **1.3. De beperking van grond- en mensenrechten**

De vraag die nu gesteld moet worden is die naar de mogelijkheid om de grondrechten te beperken. Het is immers niet vol te houden dat grondrechten ten alle tijden onbeperkt kunnen gelden. Zoals Wissen het treffend formuleerde maken “grondrechten deel uit van een rechtsorde en functioneren binnen het raam van die rechtsorde.” Daarom kunnen ze ook door die rechtsorde beperkt worden.<sup>126</sup> Op welke wijze kan een dergelijke beperking geschieden? Aan welke eisen moet een beperking voldoen zodat deze door de rechter aanvaardbaar wordt geacht?

#### **1.3.1. De Grondwet**

De Nederlandse Grondwet kent de zogenaamde grondwettelijke beperkingssystematiek. Deze systematiek geldt voor de beperking van de klassieke grondrechten. De bepalingen waarin de klassieke grondrechten zijn gegoten, geven zelf door middel van speciale formuleringen aan onder welke voorwaarden deze rechten mogen worden beperkt. Daartoe worden in het algemeen drie soorten beperkingen onderscheiden: beperkingen op grond van *doelcriteria*, *procedurevoorschriften* en *competentievoorschriften*.

Ten aanzien van beperking van grondrechten op grond van doelcriteria geldt het volgende. Sommige grondrechtbepalingen sommen een aantal belangen of situaties op, waarin het

---

<sup>126</sup> Van Wissen 1989, p. 38.

mogelijk is het grondrecht te beperken. Dat kunnen bijvoorbeeld zijn het belang van de goede zeden (art. 7 lid 2) het belang van de openbare orde (art. 8), bescherming van de gezondheid, het belang van het verkeer, bestrijding of voorkoming van wanordelijkheden (art. 9 Gw).

Slechts indien een beperking genoemde doelen of belangen dient, is deze geoorloofd.

Een andere mogelijkheid om grondrechten te beperken wordt gegeven door het in acht nemen van bepaalde procedureregels. De Nederlandse Grondwet kent slechts één bepaling waarin zulke regels zijn opgenomen. Het gaat om het huisrecht van art. 12 Gw, waarin in het tweede lid legitimatie en mededeling van het doel van binnentreden wordt vereist. Het derde lid vereist het verstrekken van een schriftelijk verslag van het binnentreden aan de bewoner.

Bij de competentievoorschriften wordt de vraag gesteld naar de bevoegde autoriteiten die tot beperking van grondrechten mogen overgaan. Het uitgangspunt is dat de formele wetgever daartoe bevoegd is. Dat wordt uitgedrukt in de formule: 'bij de wet'. In sommige gevallen kan deze bevoegdheid aan de lagere regelgever worden gedelegeerd. Dat deze bevoegdheid er is blijkt uit de bewoordingen als: 'bij of krachtens de wet', 'regels stellen', 'regelen' in de grondrechtbepalingen zelf. Delegatie door de wetgever moet uitdrukkelijk geschieden door middel van een specifieke wet. Uit die wet moet expliciet blijken dat de formele wetgever met die wet een concreet grondrecht wilde beperken. Daarom zijn algemene bevoegdheidsbepalingen voor de lagere overheden niet toereikend.<sup>127</sup>

Een geval apart vormt de clause: 'behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.' Blijkens deze formule is geen delegatie toegestaan. Een beperking moet geschieden bij de wet in formele zin. Volgens de regering heeft deze clause nog meer betekenissen. Een daarvan is dat deze clause een grondslag vormt voor de algemene beperkingen zoals het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Strafrecht. Men mag zich immers niet onttrekken aan de gewone, algemene regels die in Nederland voor iedereen gelden.<sup>128</sup> Het systeem van de beperkingen van de grondrechten in de Grondwet fungeert als een strak systeem, waaraan iedere beperking moet voldoen om als geoorloofd te kunnen worden beschouwd.<sup>129</sup>

---

<sup>127</sup> Burkens (red.) 2001, p. 135.

<sup>128</sup> Voor de andere betekenissen die de regering bij de Grondwetsherziening voor ogen stonden zie: Koekkoek (red.) 1982, p. 30.

<sup>129</sup> Over de 'ontsnappingsmogelijkheden' van het systeem van beperkingen zie: B.P. Vermeulen, 'Beperking van grondrechten' in: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), *De Grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg (Burkens-bundel)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 1-34.



### 1.3.2. Het EVRM

De vrijheidsrechten in het EVRM, dat zijn de rechten vervat in artt. 8 tot en met 11, kunnen beperkt worden door de nationale overheden indien aan bepaalde, in het tweede lid van deze bepalingen genoemde voorwaarden wordt voldaan. Ten eerste moet de beperking van een vrijheidsrecht, welke beperking in het EVRM meer als inmenging in het vrij uitoefenen van het recht wordt gezien, *bij wet* zijn voorzien. Het Hof stelt geen eisen aan de grondslag van de wet. Het hoeft dus niet per se een wet in formele zin te zijn. Ook lagere regelingen en regels die door de rechtspraak zijn ontwikkeld voldoen aan dit vereiste. Wel eist het Hof dat die wetten voor de burgers voldoende toegankelijk zijn (de eis van ‘accessibility’) zodat burgers weten welke norm van toepassing is op hun gedrag. Daarnaast dient de norm voldoende nauwkeurig te zijn zodat burgers weten waar ze aan toe zijn en wat van ze wordt verwacht (de eis van ‘foreseeability’). Burgers kunnen hun gedrag vervolgens hierop afstemmen. Bij het vereiste van nauwkeurigheid kijkt het Hof niet slechts naar nationale regels maar ook naar de ‘rule of law’, dat wil zeggen aan de kwaliteit van regels ontleend aan de algemene rechtsstaatgedachte.<sup>130</sup> De bovengenoemde criteria van toegankelijkheid en nauwkeurigheid werden ontwikkeld in het arrest *Sunday Times*.<sup>131</sup>

Ten tweede dienen beperkingen (inmengingen) van de vrijheidsrechten uit het EVRM te geschieden uitsluitend met het oog op de in de beperkingsclausules genoemde belangen. Deze belangen zijn: de nationale veiligheid, de territoriale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, de bescherming van de goede naam de rechten en de vrijheden van anderen, het voorkomen van verspreiding van vertrouwelijke mededelingen en het waarborgen van het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht. De meeste van de hier genoemde belangen gelden voor alle vrijheidsrechten (artt. 8 tot en met 11), sommige komen echter slechts in één specifieke bepaling voor.

Het Europese Hof verricht op dit punt meestal een concrete toetsing.<sup>132</sup> Het geeft een ruime uitleg aan de bovengenoemde doelcriteria, waardoor het voor de autoriteiten van de staten die partij zijn bij het EVRM eenvoudig wordt om een beperking van het recht onder één van de belangen te brengen.

---

<sup>130</sup> Zie EHRM 2 augustus 1984, *NJ* 1988, 534 (*Malone*) en EHRM 24 maart 1988, *NJCM*-Bulletin 1988, p. 362 e.v. (*Olson*).

<sup>131</sup> EHRM 26 april 1979, *NJ* 1980, 146 (*Sunday Times*).

<sup>132</sup> Schokkenbroek 1996, p. 184.

Voor deze autoriteiten wordt het pas echt spannend wanneer het Hof aan het derde en tevens laatste vereiste gaat toetsen. Het Hof vraagt zich dan af of de beperking *noodzakelijk was in een democratische samenleving*. Het beantwoordt deze vraag aan de hand van drie criteria. De beperking van de vrijheid moet ten eerste *proportioneel* zijn (proportionate to the legitimate aim pursued). Dit criterium houdt in dat er een zekere evenwichtige verhouding aanwezig moet zijn tussen het belang van de vrijheid in een concreet geval en het belang van de inmenging waarmee een legitiem doel (ook in concreto) wordt gediend. Het tweede criterium doelt op het bestaan van een *dringende maatschappelijke behoefte* (pressing social need). Als laatste bekijkt het Hof of de gronden waarop de inmenging als rechtvaardig moet worden geacht *relevant en genoegzaam* (relevant and sufficient) zijn. Deze drie criteria bracht het Hof in het *Handyside*-arrest bij elkaar, alhoewel daar geen schending van art. 10 werd geconstateerd.<sup>133</sup> De hierboven genoemde criteria zijn niet cumulatief. Dat betekent dat het Hof niet altijd aan alle drie criteria tegelijkertijd toetst. Ze dienen slechts als houvast voor het Hof om te kunnen beoordelen of de maatregel in kwestie noodzakelijk was in een democratische samenleving.<sup>134</sup>

In het *Handyside*-arrest gaf het Hof verder aan welke zwaarte aan de term necessary in het algemeen moet worden toegekend. Volgens het Hof zit het begrip necessary ergens tussen het begrip onmisbaar (indispensable) en begrippen als toelaatbaar (admissible), normaal (ordinary), nuttig (utile), redelijk (reasonable) of wenselijk (desirable).

Aan de eis van noodzakelijkheid zit ook het volgende aspect vast. Hier doel ik op de beoordelingsvrijheid waar de staten vaak een beroep op doen en die het Hof ook respecteert, de zogenoemde *margin of appreciation*. De grenzen van deze vrijheid staan niet vast. Het Hof beoordeelt in ieder afzonderlijk geval tot hoever de beoordelingsvrijheid strekt en of deze in een concreet geval is overschreden. Indien het Hof vaststelt dat een staat inderdaad een beoordelingsvrijheid had, betekent het niet dat het zich ontslagen voelt van de verplichting om aan het EVRM te toetsen. De margin of appreciation impliceert slechts dat het Hof zich terughoudend opstelt bij de toetsing. Hoe bepaalt het Hof of een staat in een concreet geval een margin of appreciation geniet en zo ja hoe ver deze strekt? Schokkenbroek somt een aantal factoren op dat uit de jurisprudentie kan worden gedestilleerd.<sup>135</sup> Ten eerste speelt een algemene praktijk in de Europese landen een rol. In verband hiermee spreekt men van een European common ground. Indien een bepaald onderwerp in de meeste Europese landen op

---

<sup>133</sup> EHRM 12 december 1976, Publ. ECHR, Series A vol. 24, ook in: R.A. Lawson & H.G. Schermers, *Leading cases of the European Court of Human Rights*, Ars Aequi Libri 1999, p. 28 e.v.

<sup>134</sup> Schokkenbroek 1996, p. 194.

<sup>135</sup> Schokkenbroek 1996, p. 206 e.v.

dezelfde manier is geregeld, dan heeft de staat minder margin of appreciation. Een tweede factor die gerelateerd is aan de European common ground-gedachte is de vraag naar een soort van beperkinggrond. Het doelcriterium 'goede zeden' bijvoorbeeld is afhankelijk van de opvattingen in ieder land afzonderlijk. Daarom genieten de staten op dit punt een relatief ruime beoordelingsvrijheid. Verder is de aard van de activiteiten van de klager die in het geding zijn en de ernst van de inmenging in de vrije uitoefening van het recht door de autoriteiten van belang. Indien de activiteiten tot de kern van het recht behoren is de margin of appreciation zeer klein. Ook is de aard van het recht waarop men een beroep doet belangrijk. Indien de staat verder inbreuk maakt op het recht van het EVRM dat verband houdt met het sociaal-economisch beleid van het land, is de margin of appreciation in het algemeen groot. Als laatste factor geldt dat bij het handelen van de staat teneinde een noodsituatie op te heffen, een ruime margin of appreciation wordt aangehouden.

Dit zijn echter slechts factoren, die meewegen in de beoordeling door het Hof. Het Hof zal uiteindelijk zelf in een concreet geval moeten aangeven of hij volledig gaat toetsen of dat hij terughoudendheid zal betrachten.

#### **1.4. Conclusies**

In de eerste paragraaf van het tweede deel werd een algemeen systeem van grond- en mensenrechten geschetst. In Nederland zijn de grondrechten opgenomen in het eerste hoofdstuk van de Grondwet, op Europees niveau speelt het EVRM de belangrijkste rol. In het algemeen wordt aangenomen dat de grond- en mensenrechten slechts in de verhouding tussen burgers en de overheid gelden. Het beroep op deze grondrechten zou daarom in principe slechts mogelijk zijn indien het recht van een burger beperkt zou zijn door een overheidsorgaan, zoals dat het geval is in de Verenigde Staten ('state action' doctrine). Echter, in tegenstelling tot de situatie in de Verenigde Staten, kunnen burgers in Nederland wel rechtstreeks een beroep doen op hun grondrechten bij de burgerlijke rechter. In Europees verband is een dergelijk beroep niet mogelijk. Via de doctrine van positieve verplichtingen werken de mensenrechten echter toch tussen burgers onderling.

De Nederlandse Grondwet en het EVRM kennen, in tegenstelling tot de Amerikaanse Bill of Rights waar de rechter het beperkingssystematiek heeft ontwikkeld, een precies gedefinieerde beperkingssystematiek van de grondrechten. De Grondwet gaat uit van de formele beperkingssystematiek, terwijl het EVRM een materieel beperkingssysteem kent, waar de eis van de noodzakelijkheid van de beperking de belangrijkste is.

Na deze algemene informatie over grond- en mensenrechten komt het recht op de vrijheid van meningsuiting aan bod.

## **2. Het recht op de vrijheid van meningsuiting**

Zoals zojuist gezegd wijd ik het tweede hoofdstuk van het tweede deel van deze scriptie aan één specifiek recht, het recht op de vrijheid van meningsuiting. Bij de behandeling hiervan zal ik op dezelfde wijze als in het voorgaande steeds een onderscheid maken tussen de grondwetsbepaling en de bepaling uit het EVRM waarin dit recht is gegarandeerd. In par. 2.1. beschrijf ik de belangrijkste karakteristieken van het recht op de vrijheid van meningsuiting waarbij ik tegelijkertijd de vraag naar het bereik van de desbetreffende bepalingen zal beantwoorden. In par. 2.2. beschrijf ik de beperkingsmogelijkheden van art. 7 Gw respectievelijk art. 10 EVRM.

### **2.1. Karakteristieken van art. 7 Gw en art. 10 EVRM**

In deze eerste paragraaf van het tweede hoofdstuk volgt een beschrijving van de essentiële kenmerken van art. 7 Gw en art. 10 EVRM.

#### **2.1.1. De Grondwet**

In de Nederlandse Grondwet is het recht op de vrijheid van meningsuiting geregeld in artikel 7. Het luidt:

1. Niemand heeft voorafgaand verlof nodig om door de drukpers gedachten of gevoelens te openbaren, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.
2. De wet stelt regels omtrent radio en televisie. Er is geen voorafgaand toezicht op de inhoud van de radio- of televisieuitzending.
3. Voor het openbaren van gedachten of gevoelens door andere dan in de voorgaande leden genoemde middelen heeft niemand voorafgaand verlof nodig wegens de inhoud daarvan, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet. De wet kan het geven van vertoningen toegankelijk voor personen jonger dan zestien jaar regelen ter bescherming van de goede zeden.
4. De voorgaande leden zijn niet van toepassing op het maken van handelsreclame.

Voor mij zijn vooral het derde en het vierde lid van belang. Om echter een volledig beeld van de systematiek van art. 7 te krijgen komt ook het eerste lid van art. 7 Gw aan de orde. De bespreking van het tweede lid laat ik achterwege.

*Het eerste lid* heeft slechts betrekking op de vrijheid van drukpers. De regering heeft duidelijke ideeën over wat onder de term ‘gedachten of gevoelens’ moet worden verstaan. Het is belangrijk voor de vraag welke beperkingen van dat recht geoorloofd zijn om te kijken welk soort vrijheid hierin wordt gegarandeerd. De tekst van het eerste lid is duidelijk. Men is vrij (of beter: kan niet onderworpen worden aan preventief toezicht wegens de inhoud van zijn meningsuiting) om zijn ‘gedachten en gevoelens’ te openbaren. Dit wordt dan *openbaringsvrijheid* genoemd. In de jurisprudentie werd echter een tweede soort vrijheid ontwikkeld, de zogenoemde *verspreidingsvrijheid*. Reeds in het arrest uit 1892 (*Haags ventverbod*) oordeelde de Hoge Raad namelijk dat het openbaren van gedachten en gevoelens door middel van de drukpers ook het recht inhield om deze gedachten en gevoelens te verspreiden.<sup>136</sup> Echter, in 1950 in het arrest *APV Tilburg* maakte de Hoge Raad een onderscheid tussen deze twee soorten vrijheden. Het gevolg daarvan was het verschil in de ten aanzien van de beperkingsmogelijkheden geldende regimes (zie de volgende paragraaf).<sup>137</sup> Bij de grondwetsherziening van 1983 was het uitdrukkelijk de bedoeling van de regering de verspreidingsjurisprudentie te behouden. De regering meende daaraan te voldoen door de tekst van het oude grondwetsartikel niet te wijzigen. Deze jurisprudentie werd dus niet gecodificeerd in art. 7 Gw. Aan een wettelijke regeling van de verspreidingsjurisprudentie bestond geen behoefte, aldus de regering. Bovendien had “een zodanige wettelijke regeling (...) ook het bezwaar dat aan de grondwettelijke waarborg van de drukpersvrijheid afbreuk (werd) gedaan.”<sup>138</sup>

Naast de vrijheid van de zender om zijn mening te uiten, kan gewezen worden op de vrijheid van de ontvanger van deze uitingen. In dit verband wordt gesproken van de *ontvangstvrijheid* of de *garingsvrijheid*. De grondwetgever heeft deze twee soorten vrijheden echter niet expliciet in de Grondwet willen opnemen.<sup>139</sup>

*Het derde lid* van art. 7 regelt het openbaren van ‘gedachten en gevoelens’ via andere uitingsmiddelen dan drukpers, radio en televisie. Dit lid werd volledigheidshalve opgenomen voor allerlei restgevallen. Terwijl bij het eerste lid, naast de openbaringsvrijheid ook de verspreidingsvrijheid duidelijk kan worden onderscheiden, vallen deze twee vrijheden in het geval van de uitingsmiddelen op grond van het derde lid bijna altijd samen. De uitingsmiddelen die de regering voor ogen had bij het derde lid zijn: de film, het toneel, de

<sup>136</sup> HR 7 november 1892, *W* 6259.

<sup>137</sup> HR 28 november 1950, *NJ* 1951, 137.

<sup>138</sup> *Kamerstukken II* 1975/76, 13872, nr. 3, p. 32-33.

<sup>139</sup> Over deze materie zie De Meij e.a 2000, p. 129 e.v.

expositie, het concert, het ballet, de cabaretvoorstelling en het zingen van liedjes door een chansonnier. Deze opsomming is echter niet limitatief.<sup>140</sup> De regering was zich bewust van het feit dat deze middelen ver van elkaar kunnen liggen wat op z'n beurt consequenties kan hebben voor de beperkingsmogelijkheden. Dit in het achterhoofd hebbend heeft de regering gekozen voor het in ieder geval veiligstellen van de inhoud van de uitingen (zie par. 2.2.1).<sup>141</sup> De tweede zin van het derde lid gaat over personen onder de zestien jaar. De regering bekommert zich het meest om deze jeugdigen die de voor hen schadelijke vertoningen kunnen waarnemen. Daarom zijn de toegestane beperkingen in dat geval vrij vergaand (zie par. 2.2.1).

*Het vierde lid* van art. 7 heeft betrekking op reclame. Uit de tekst van dit lid blijkt dat de enige meningsuitingvorm die niet onder het bereik van het recht op de vrijheid van meningsuiting valt, de handelsreclame is. De regering baseerde zich bij dit oordeel niet op de algemene vraag of reclame op zich als een vorm van meningsuiting moet worden beschouwd omdat deze een bepaalde waarde vertegenwoordigt die beschermd moet worden door art. 7 Gw. Het oordeel dat reclame geen grondwettelijke bescherming geniet was gebaseerd op de praktijk in de wetgeving. Uit het feit dat op het moment van de indiening van het wetsvoorstel van 1975 tot herziening van de Grondwet op het punt van de grondrechten reeds wetgeving bestond die reclame verbood of aan vergaande beperkingen onderwierp, concludeerde de regering dat reclame geen grondwettelijke bescherming kan genieten als een uitingvorm. Als voorbeeld van een dergelijke wet noemde de regering de Omroepwet die zelfs preventief toezicht wegens de inhoud van de reclame mogelijk maakte.<sup>142</sup> Volgens de regering valt echter niet alle reclame buiten het bereik van art. 7 Gw. De bescherming wordt slechts aan *handelsreclame* onthouden, dat is reclame die gericht is op *commerciële* doeleinden. Alle andere soorten reclame, zoals die met een *ideële* boodschap vallen wel binnen de grenzen van art. 7 Gw.<sup>143</sup>

### 2.1.2. Het EVRM

Het recht op de vrijheid van meningsuiting is in het EVRM geregeld in art. 10. Zoals dit artikel expliciet aangeeft omvat de vrijheid van meningsuiting het recht om een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen en denkbelden te ontvangen of te verstrekken.

---

<sup>140</sup> Koekkoek (red.) 2000, p. 126.

<sup>141</sup> *Kamerstukken II 1975/76*, 13872, nr. 3, p. 35.

<sup>142</sup> *Kamerstukken II 1975/76*, 13872, nr. 3, p. 37.

<sup>143</sup> *Kamerstukken II 1975/76*, 13872, nr. 3, p. 38.

Daarmee wordt bewerkstelligd dat het recht volgens art. 10 niet alleen voor de verzender geldt, maar ook voor de ontvanger, iets wat de Nederlandse Grondwet juist mist. Het eerste lid laat echter aan de staten ten aanzien van radio-, omroep-, bioscoop- en televisieondernemingen een mogelijkheid open om deze ondernemingen aan een systeem van vergunningen te onderwerpen.

Het bereik van het eerste lid van art. 10 is vrij ruim. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (verder het Hof of het EHRM) heeft meermalen geoordeeld dat art. 10 niet alleen de *inhoud* van uitingen beschermt, maar ook de *vorm* waarin ze zijn gegoten. Deze opvatting koesterde het Hof reeds in 1988 in het arrest *Müller and Others*.<sup>144</sup> In dit arrest klaagde Müller tegen de inbeslagneming van zijn schilderijen van een tentoonstelling. De in beslag genomen schilderijen veroorzaakten naar de mening van de autoriteiten van Zwitserland een schending van de eerbaarheid omdat ze bepaalde seksuele handelingen tussen mens en dier voorstelden. Het oordeel van het Hof dat:

“(…) article 10 does not specify that freedom of artistic expression, in issue here, comes within its ambit; but neither on the other hand does it distinguish between the various forms of expression. As those appearing before the Court all acknowledged, it includes freedom of artistic expression (…), which affords the opportunity to take part in the public exchange of cultural, political and social information and ideas of all kinds.”

kon Müller echter niet baten. Mede wegens de grote ‘margin of appreciation’ van Zwitserland in het geval van beperking van de vrijheid van meningsuiting op grond van bescherming van goede zeden werd de inbeslagneming van de bewuste schilderijen niet in strijd geacht met art. 10 EVRM.

Behalve dat art. 10 EVRM voor de bescherming geen onderscheid tussen de inhoud van de mening en de vorm daarvan maakt, is het aldus het Hof, ook niet van belang welke inhoud de boodschap heeft. Dat heeft het Hof verklaard in verband met de radio-uitzendingen door het Italiaans radiostation naar het Zwitsers gebied. De ‘broadcasting’ valt naar de mening van het Hof volledig binnen de grenzen van art. 10, waarbij het geen verschil maakt of de uitzendingen commercieel van aard zijn. Commerciële uitingen worden dus ook beschermd.<sup>145</sup>

Deze zeer ruime interpretatie van de reikwijdte van art. 10 EVRM vraagt om enkele kanttekeningen. Een belangrijke categorie van uitingen die niet onder de bescherming van

<sup>144</sup> EHRM 24 mei 1988, Publ. ECHR, Series A vol. 33.

<sup>145</sup> EHRM 28 maart 1990 (*Groppera Radio*), Publ. ECHR, Series A vol. 173.



art. 10 EVRM valt zijn de racistische uitingen. In het arrest *Jersild*<sup>146</sup> oordeelde het Hof dat de discriminerende uitingen van de zijde van de door de journalist Jersild geïnterviewde Greenjackets “were more than insulting to members of the targeted groups and did not enjoy the protection of Article 10”. De veroordeling van de journalist zelf, werd door het Hof in strijd geacht met art. 10 omdat hij persoonlijk de geweerde uitingen niet koesterde. Doordat Jersild slechts de actuele discussie over de Greenjackets wilde weergeven zonder zich bij deze groep te willen scharen, nam hij als het ware afstand van deze uitingen. Dat heeft hem bij het Hof gered.

Naast de categorie van racistische uitingen die niet binnen het bereik van art. 10 EVRM vallen, wijs ik op een andere mogelijkheid om een bepaald soort uitingen buiten de bescherming van dat artikel te laten vallen. Deze mogelijkheid biedt art. 17 van het EVRM.<sup>147</sup> Dit artikel verbiedt namelijk het misbruik van rechten die neergelegd zijn in het Verdrag. Als ik dit vertaal naar het recht op de vrijheid van meningsuiting, dan betekent het dat men niet te ver mag gaan in zijn bijvoorbeeld kwetsende uitingen en daardoor de grenzen van dat recht mag opzoeken. Zo zal het ontkennen van de Holocaust of het rechtvaardigen van het Nazi-beleid, die allebei als verwerpelijke historische gebeurtenissen worden gezien en die in strijd zijn met de doelstellingen van de mensenrechten uit het EVRM niet beschermd worden door artikel 10 EVRM.<sup>148</sup> Het in gang zetten van de discussie over deze onderwerpen, zoals het geval was in de zaak *Jersild*, zal daarentegen binnen de beschermende grenzen van art. 10 EVRM vallen.

### 2.1.3. Conclusies

Het is opmerkelijk dat art. 7 Gw een verschil maakt tussen de diverse soorten uitingen vanwege het middel waarmee de uitingen worden gedaan. Daarom kennen de eerste drie leden van art. 7 Gw verschillende regimes ten aanzien van de drukpers, radio en televisie en andere middelen. In art. 10 EVRM wordt dit onderscheid niet gehanteerd. Ten aanzien van het bereik van art. 7 Gw en artikel 10 EVRM kan vastgesteld worden dat er tussen deze twee bepalingen een verschil bestaat. Terwijl art. 7 Gw uitdrukkelijk de handelsreclame van bescherming uitsluit, vallen in principe alle soorten uitingen qua inhoud

---

<sup>146</sup> EHRM 23 september 1994 (*Jersild*), Publ. ECHR, Series A vol. 298

<sup>147</sup> Velaers 1991, p. 252-258.

<sup>148</sup> EHRM 23 september 1998, Reports VII (*Lehideux en Isorni*).

binnen het bereik van art. 10 EVRM. Slechts racistische uitingen en uitingen die strijdig zijn met art. 17 EVRM vallen daarbuiten.

Bovendien garandeert de Grondwet in art. 7 geen ontvangstvrijheid, terwijl deze vrijheid volgens art. 10 EVRM wel degelijk beschermd wordt.

Nu in het voorafgaande duidelijk is gemaakt wat het bereik van deze twee artikelen is, is het van belang te kijken naar de beperkingsmogelijkheden van deze twee artikelen.

## **2.2. De beperking van de vrijheid van meningsuiting**

Deze paragraaf geeft een beeld van de mogelijkheden die overheden van de staten hebben om het recht op de vrijheid van meningsuiting te beperken. Hierbij zij opgemerkt dat, zoals ook het geval was bij de behandeling van het recht van de Verenigde Staten, het nadrukkelijk niet de bedoeling van deze uiteenzetting is om casuïstisch te werk te gaan. Het gaat steeds om het aangeven van de criteria en het beoordelingskader dat de rechter gebruikt bij de beoordeling van de (on)geoorloofdheid van de beperkende maatregel in kwestie.

### **2.2.1. De Grondwet**

De eerste drie leden van artikel 7 Gw beogen de vrijheid van meningsuiting op verschillende manieren te beschermen afhankelijk van de vraag welk uitingsmiddel in het geding is. De meeste bescherming en de daarmee gepaard gaande minst vergaande beperkingsmogelijkheid geniet het openbaren van ‘gedachten en gevoelens’ door middel van de drukpers.

Volgens *het eerste lid* mag het openbaren van ‘gedachten en gevoelens’ in de drukpers niet onderworpen worden aan preventief toezicht. Dit recht mag wél beperkt worden door de repressieve wet in formele zin. Hierbij gaat het bijvoorbeeld om de bepalingen 137c-137e Sr, waarbij belediging wegens ras, godsdienst, levensovertuiging of seksuele geaardheid en het aanzetten tot haat wegens de genoemde kenmerken strafbaar wordt gesteld.

De lagere overheid mag ook beperkingen opleggen, maar dan aan het verspreiden van gedrukte stukken, voorzover deze niet het algehele verbod om te verspreiden betreft en geen betrekking heeft op de inhoud van datgene wat wordt verspreidt.<sup>149</sup>

---

<sup>149</sup> In dit verband zie *APV Tilburg*, NJ 1951, 137 en *APV Sittard I en II-arrest*, NJ 1951, 138 en NJ 1951, 369.

De eerste volzin van *het derde lid* legt aan de overheid het verbod op van preventieve beperkingen wegens de inhoud van de te openbaren ‘gedachten en gevoelens’ via andere middelen dan drukpers, radio of televisie. Allerlei andere preventieve beperkingen zoals bijvoorbeeld door middel van een vergunningenstelsel worden toegestaan. Ook beperkingen die slechts betrekking hebben op de plaats, tijd en de wijze van openbaarmaking zijn toegestaan (het lijkt verdacht veel op de Amerikaanse “time, place and manner restrictions”). Het opleggen van dit soort beperkingen mag echter niet als gevolg hebben dat het uitoefenen van het recht van art. 7 Gw feitelijk onmogelijk wordt.<sup>150</sup> Ook repressief toezicht bij wet in formele zin is toegestaan. Hierbij gaat het zoals in het eerste lid om bijv. strafdelicten wegens belediging, discriminatie enz.

De tweede volzin van het derde lid die betrekking heeft op vertoningen aan personen jonger dan 16 jaar geeft uiting aan de bijzondere zorg die de regering tegenover deze personen meent te moeten hebben. Die zorg gaat dan zo ver dat zelfs de inhoud van vertoningen preventief kan worden getoetst op eventuele schade voor jonge mensen wegens de strijdigheid met de goede zeden. Bovendien kan de bevoegdheid tot toetsing van voorstellingen die toegankelijk zijn voor jonge mensen gedelegeerd worden. De regering dacht in eerste instantie aan de keuring van filmvertoningen, maar ook andere keuringen behoren tot de mogelijkheden.<sup>151</sup>

*Het vierde lid* dat de handelsreclame van de bescherming van art. 7 Gw uitsluit behoeft hier geen bespreking.

## **2.2.2. Het EVRM**

### **2.2.2.1. De algemene beperkingsclausule**

Het EVRM maakt in tegenstelling tot de Grondwet geen onderscheid in beperkingsmogelijkheden ten aanzien van de verscheidene soorten van uitingsmiddelen. Art. 10 EVRM voorziet in een algemene beperkingsclausule in het tweede lid. Volgens dit lid kan de uitoefening van het bewuste recht onderworpen worden aan “bepaalde formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties”. Deze beperkingen moeten *bij wet zijn voorzien, noodzakelijk zijn in een democratische samenleving* en met het oog op *bepaalde belangen* worden toegepast. Deze belangen zijn: de nationale veiligheid, territoriale integriteit of

---

<sup>150</sup> Boon 1993, p. 36-37 met de daarbij aangehaalde uitspraak ArRvS 19 januari 1987, AB 1988, 58.

<sup>151</sup> Kamerstukken II 1975/76, 13872, nr. 3, p. 36

openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen, het voorkomen van de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen en het waarborgen van het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht.

Deze beperkingsmogelijkheden bij art. 10 EVRM zijn typerend voor de systematiek van het Verdrag. Ook bij de andere rechten gebruikt de rechter hetzelfde toetsingskader, zij het dat de te beschermen belangen soms verschillen. In paragraaf 1.3.2. ben ik op deze systematiek reeds ingegaan.

Toch wil ik een paar losse opmerkingen plaatsen omtrent dit algemene toetsingskader in het geval van het recht van art. 10 EVRM.

Het Europese Hof en de Commissie gaan bij de toetsing op verenigbaarheid met art. 10 EVRM eerst na of er gesproken kan worden van inmenging of beperking. Indien de rechter vaststelt dat daarvan geen sprake is, wordt de zaak niet-ontvankelijk verklaard. De volgende gevallen worden gezien als voorbeelden van inmenging in het vrij uitoefenen van het recht van art. 10 EVRM: het verbod of het terugtrekken van een licentie om radio- of televisieprogramma's te mogen uitzenden, het opleggen van een punitieve sanctie voor het publiceren of op een andere manier bekendmaken van een bepaalde ongewenste informatie of een persoonlijke mening, een rechterlijke veroordeling in civiele zaken wegens bijv. smaad, het uitvoeren van huiszoeking ter inbeslagneming of vernietiging van bepaalde documenten, informatie of kopieën van een film, het rechterlijk verbod van publicatie, de veroordeling wegens publicatie, verkoop of verhuur van tijdschriften of videobanden met een pornografische inhoud en het verbod om een commerciële advertentie uit te zenden.<sup>152</sup>

Als geen inmenging wordt bijvoorbeeld gezien het uitzetten uit het land van een vreemdeling die als journalist werkt. Het uitzetten vertegenwoordigt, volgens de Commissie een ander belang dan het recht op de vrijheid van meningsuiting.<sup>153</sup>

Uit de reeks van in het tweede lid van art. 10 genoemde belangen, komen vooral twee belangen het meest voor. Dat zijn: de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen.<sup>154</sup> Zoals ik reeds eerder heb aangegeven is het voor de overheden meestal geen probleem om de beperking onder één van de belangen te brengen.

---

<sup>152</sup> Voorhoof 1995, p. 14. Voor de jurisprudentie zie bijv.: EHRM 8 juli 1986, Publ. ECHR, Series A vol. 103 (*Lingens*), EHRM 23 mei 1991, Publ. ECRM, Series A vol. 204 (*Oberschlick*), EHRM 23 april 1992, Publ. ECHR, Series A vol. 236 (*Castells*), EHRM 26 april 1991, Publ. ECHR, Series A vol. 202 (*Ezelin*), EHRM 29 oktober 1992, Publ. ECRM, Series A vol. 246 (*Open Door*).

<sup>153</sup> Zaak 7729/76, *D&R* 7, 1977, p. 214, in: De Meij e.a. 2000, p. 250.

<sup>154</sup> De Meij e.a. 2000, p. 251.

Het laatste toetsingscriterium is dat van de noodzakelijkheid van de beperking. Daarbij valt een interessante opmerking te maken over de noodzakelijkheid van een beperking die de bescherming van de goede zeden moet dienen. Het Hof kent een grote vrijheid toe aan de overheden (grote ‘margin of appreciation’) indien ze de vrijheid van meningsuiting in het belang van de goede zeden beperken. Het heeft in meerdere zaken de nationale, naar mijn mening te vergaande, beperkingen geaccepteerd, terwijl er minder vergaande beperkingen voorhanden waren geweest. Hier doel ik vooral op de reeds door mij aangehaalde zaak van de Zwitserse kunstenaar Müller<sup>155</sup> die geconfronteerd werd met de inbeslagneming op een tentoonstelling van zijn schilderijen die de autoriteiten van Zwitserland niet konden waarderen. Ik denk dat de Amerikaanse rechter, in tegenstelling tot de Europese rechter, er de voorkeur aan zou geven om in plaats van het in beslag nemen van de schilderijen bijvoorbeeld het publiek te waarschuwen voor de inhoud van deze schilderijen. Dat is immers een minder ingrijpend middel. Daar kom ik in het vergelijkend hoofdstuk nog op terug.

Het Europese Hof verleent bovendien aan commerciële uitingen minder bescherming dan aan andere soorten uitingen, ondanks dat dit soort uitingen in tegenstelling tot de Nederlandse Grondwet als zodanig niet uitgesloten wordt van de bescherming van art. 10. Het Hof oordeelde ook expliciet dat de toetsing van de overheidsinmenging in commerciële uitingen niet zo zwaar zal uitvallen. Commerciële uitingen mogen eerder dan uitingen die in het kader van het maatschappelijke debat worden geuit, worden beperkt en vooral daar waar ze tot een oneerlijke concurrentie leiden of misleidend zijn.<sup>156</sup> De staten hebben hierbij een vrij ruime ‘margin of appreciation’.

Het bovenstaande geeft de belangrijkste punten weer die betrekking hebben op de rechterlijke toetsing van de beperkingen van het recht van art. 10.

#### **2.2.2.2. Preventieve beperkingen**

We zagen reeds dat de Nederlandse Grondwet in art. 7 een mogelijkheid van preventieve beperkingen ten aanzien van bepaalde soorten uitingen openstelt. Het is interessant om te bezien in hoeverre deze mogelijkheid ook in het EVRM in art. 10 te vinden is.

Het valt op dat art. 10 EVRM met geen woord rept over dat soort beperkingen. Terwijl de Nederlandse Grondwet zich in ieder geval (in de meeste gevallen) met hand en tand tegen

---

<sup>155</sup> Zie noot 138.

<sup>156</sup> EHRM 5 november 2002, Appl. no. 38743/97 (*Demuth v. Switzerland*) en EHRM 17 oktober 2002, Appl. No. 37928/97 (*Stambuk v. Germany*).

censuur verzet, zwijgt het EVRM op dat punt. In dit specifieke geval geldt dan: wat niet verboden is, is toegestaan. Het Europese Hof gaf in de zaak *Spycatcher*<sup>157</sup> weer hoe men in Straatsburg tegen de preventieve beperkingen aankijkt. Het Hof veroordeelde preventieve beperkingen niet a priori, maar was wel van mening dat zulke beperkingen zorgvuldig moeten worden bekeken.

Men moet erop bedacht zijn dat de algemene criteria van het tweede lid van art. 10 onverkort in zo'n situatie gelden. De rechter gaat dus zorgvuldig kijken of de preventieve beperking bij de wet is voorzien, ter bescherming van één van de in dat lid genoemde belangen is opgelegd én of deze beperking noodzakelijk is in een democratische samenleving. Het zal niet verbazen dat de kans groot is dat preventieve beperkingen vaak op dat laatste punt zullen stranden.

### **2.2.2.3. Conclusie**

Art. 7 van de Grondwet en art. 10 van het EVRM verschillen nogal op het punt van de beperkingsmogelijkheden. De eerste drie leden van art. 7 geven van boven naar onder aan welke bescherming aan het openbaren van gedachten en gevoelens moet worden gegeven naar gelang er verschillen zijn in de uitingsmiddelen. Het staat als een paal boven water dat de drukpers de meeste bescherming geniet. Art. 10 EVRM daarentegen maakt geen onderscheid in de zwaarte van bescherming die aan de uitingsvrijheid moet worden toegekend. Afgezien van de vorm waarin de uitingen worden uitgedrukt, stelt het EVRM steeds dezelfde eisen waaraan een beperking moet voldoen om als een geoorloofde beperking te worden beschouwd.

Op sommige punten biedt art. 7 Gw meer bescherming dan art. 10 EVRM. Daar waar in art. 7 Gw gesproken wordt van 'wet' wordt de wet in de formele zin bedoeld. Het Hof stelt zulke hoge eisen niet. Ook een jurisprudentiële regel voldoet aan de eis van 'bij wet voorzien.' De Grondwet eist dus een zwaarder kaliber om de vrijheid van meningsuiting te kunnen beperken. De Grondwet verbiedt censuur, terwijl het EVRM daar geen principiële bezwaren tegen heeft. Aangezien de toetsing van het Hof vrij zwaar is wordt dit 'gebrek' vrij aardig gecompenseerd. Concluderend kan gesteld worden dat art. 7 Gw en art. 10 EVRM op sommige punten elkaar aanvullen.

Na de beschrijving van de algemene kenmerken en de beperkingsmogelijkheden van art. 7 Gw en art. 10 EVRM richt ik mijn aandacht op de discussie op het nationaal (Nederland) en het Europees niveau over de vrijheid van meningsuiting op het Internet.

---

<sup>157</sup> EHRM 26 november 1991, *NJ* 1992, 457.

### **2.3. Het recht op de vrijheid van meningsuiting in het digitale tijdperk**

Zoals zojuist vermeld wordt in deze paragraaf aandacht besteed aan de wijze waarop met de vrijheid van meningsuiting op het Internet in Nederland en meer algemeen in Europa wordt omgegaan. Voorzover mogelijk bekijk ik in dit verband de relevante wetgeving en jurisprudentie, zoals ik in het Amerikaanse deel heb gedaan.

#### **2.3.1. Nederland**

##### **2.3.1.1. Wetgeving**

In Amerika gaat men ervan uit dat het recht van het First Amendment op de vrijheid van meningsuiting ook voor het Internet geldt. Dat heeft de Amerikaanse rechtspraak meerdere malen bevestigd. De Amerikaanse regering is er zich echter van bewust dat de komst en ontwikkeling van het Internet en de mogelijkheden om via dit middel ongestoord meningen te uiten, problemen met zich brengen die adequaat aangepakt moeten worden. Dat was dan ook de reden voor de regering om reeds in 1996 een aantal wetten uit te vaardigen bijvoorbeeld om kinderen tegen de schadelijke invloed van het Internet te behoeden en om het probleem van spam aan te pakken (2004).

In Nederland ving in 1998 een serieuze discussie op overheidsniveau<sup>158</sup> aan over de rol van de overheid in het nieuwe informatietijdperk met de totstandbrenging van de Nota Wetgeving voor de Elektronische Snelweg (WES).<sup>159</sup> In deze nota werd een drietal types geschetst van een mogelijke houding van de overheid ten aanzien van de ontwikkelingen in de informatiemaatschappij. Uit deze drie koos de regering voor een ordenende functie van de overheid, waarbij deze voorwaarden tracht te scheppen zonder zich inhoudelijk met het beleid te bemoeien. Zelfregulering geniet de voorkeur. De overheid kan echter wel ingrijpen als bijvoorbeeld de grondwettelijke klassieke rechten van de burgers in het geding zijn. Ook kan de overheid optreden ter preventie en opsporing van ernstige inbreuken op de veiligheid van de staat en op de rechtsorde. Verder wordt gepleit voor dezelfde bescherming van burgers online zoals ze ook offline genieten. In navolging van deze nota, heeft de regering in 1999 een speciale commissie, de “Commissie grondrechten in het digitale tijdperk” (ook de Commissie

---

<sup>158</sup> Voor de eerdere discussie in de literatuur zie bijv. *Communicatie- en informatievrijheid in het digitale tijdperk*, met bijdragen van J.W. Kalkman, A.W. Hins en E.C.M. Jurgens, Publicaties van de Staatsrechtkring, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

<sup>159</sup> *Kamerstukken II 1997/98*, 25 880, nrs. 1-2.

Franken genoemd) ingesteld<sup>160</sup> met de opdracht een advies uit te brengen over de wenselijkheid van de aanpassing van een aantal artikelen in de huidige Grondwet naar aanleiding van nieuwe technische ontwikkelingen in de uitingsmiddelen zoals bijvoorbeeld het Internet. Deze Commissie heeft geconcludeerd dat er behoefte bestaat aan een techniek-onafhankelijke formulering van grondrechten, waaronder ook een techniekonafhankelijke formulering van art. 7 Gw.<sup>161</sup> Het kabinet-Kok II heeft het voorstel van de Commissie voor een nieuw art. 7 Gw grotendeels overgenomen. Het kabinet was uitdrukkelijk van mening dat de grondwettelijke bescherming van de vrijheid van meningsuiting niet afhankelijk mocht zijn van het soort uitingsmiddel. Het kabinet vond dat een meningsuiting via bijvoorbeeld een boek, een krant of het Internet dezelfde bescherming moet genieten.<sup>162</sup>

Uiteindelijk heeft het nieuwe kabinet-Balkenende II echter afgezien van de indiening in de Tweede Kamer van deze wetsvoorstellen waarin werd gepleit voor de techniek onafhankelijke formulering van grondrechten.<sup>163</sup> De regering heeft aangekondigd dat er nieuwe voorstellen zullen komen waarin nieuwe internationale ontwikkelingen op het gebied van de toepassing van mensenrechten in de informatiesamenleving betrokken zullen worden.<sup>164</sup> Voorlopig moeten we het dus doen met de bestaande techniekafhankelijke formulering van de grondrechten. Ten aanzien van de vrijheid van meningsuiting op het Internet kan aangenomen worden dat dit recht, geen drukpers, radio of televisie zijnde, onder de bescherming van het derde lid van art. 7 Gw valt.

De Nederlandse wetgever heeft zich tot nu toe goed aan de opvatting uit 1998 gehouden dat de overheid zich meer voorwaardenscheppend dan actief moet opstellen in het informatietijdperk. Zo is er (nog) geen bijzondere wetgeving toegespitst op de beperking van de vrijheid van meningsuiting totstandgekomen die speciaal van toepassing is op het Internet, zoals dat in Amerika het geval is geweest. Hier kom ik nog verder in deze paragraaf op terug.

Nederland is echter zoals alle andere lidstaten verplicht om de Europese regelgeving te implementeren in de nationale wetgeving. Daarom is art. 11.7 van de Telecommunicatiewet

---

<sup>160</sup> KB 23 februari 1999, Stb. 101.

<sup>161</sup> Commissie grondrechten in het digitale tijdperk *Rapport*, p. 63.

<sup>162</sup> *Kamerstukken II* 2000/01, 27 460, nr 1, p. 7.

<sup>163</sup> Dat had te maken met allerlei politieke kwesties. Donner was bijvoorbeeld tegen dergelijke wetsvoorstellen. Nu hij zelf deel uitmaakt van het kabinet zal hij niet gauw daar een groen licht voor geven.

<sup>164</sup> Persbericht ministerraad 29 oktober 2004.



gewijzigd<sup>165</sup> en het voldoet nu aan de Europese normen ter bestrijding van ongevraagde communicatie, spam.<sup>166</sup> Het nieuwe art. 11.7 Tw bevat het zogenoemde ‘opt-in systeem’. Dat houdt volgens art. 11.7 Tw, eerste lid in: “ het gebruik van automatische systemen (...) voor het overbrengen van ongevraagde communicatie voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden aan abonnees is uitsluitend toegestaan, mits de verzender kan aantonen dat de desbetreffende abonnee daarvoor voorafgaand toestemming heeft verleend (...)”. Het zal voor bedrijven die spam willen versturen niet eenvoudig zijn om eerst toestemming te verkrijgen voordat de spam wordt verstuurd. De krachtens deze wet toegepaste beperking van de vrijheid van meningsuiting zal, naar ik verwacht, bij toetsing aan de beperkingsclausule van art. 10, tweede lid, EVRM geen strijdigheid met het Verdrag opleveren. De belangrijkste vraag die het Hof dan moet beantwoorden is of deze maatregel noodzakelijk is in een democratische samenleving. Aangezien spam een internationaal breed erkend probleem en de staten in het geval van commerciële uitingen een ruime ‘margin of appreciation’ genieten, zal het Hof in dit geval ook niet dwars gaan liggen.

#### *Toekomstige wetgeving*

Voor een andere problematische kwestie op het Internet zoals de toename van discriminerende racistische uitingen geldt het volgende. Op dit moment ligt in de Tweede Kamer een wetsvoorstel dat gericht is op verhoging van de strafmaat voor het stelselmatig discrimineren, waarbij in het bijzonder wordt gedacht aan de toename van discriminerende uitingen op het Internet.<sup>167</sup> Met dit voorstel wordt beoogd de gewone bepalingen van het Wetboek van Strafrecht (bijv. art. 137 c Sr-discriminerende belediging, art. 137 d Sr-het aanzetten tot haat en art. 137 e Sr-het verspreidingsverbod van de hier bedoelde uitingen) die tegenwoordig als beperking van de vrijheid van meningsuiting op het Internet worden gebruikt, te wijzigen. Voor het tot het beroep of gewoonte maken van deze strafbare feiten wordt volgens het wetsvoorstel een hogere maximum straf gesteld. Bovendien worden aan het OM extra dwangmiddelen toegekend. Het doet de vraag rijzen wat onder ‘beroep of gewoonte’ wordt verstaan en voor wie deze bepaling überhaupt geldt. Zoals Rodrigues zich

---

<sup>165</sup> Wet van 22 april 2004 tot wijziging van de Telecommunicatiewet en enkele andere wetten in verband met de implementatie van een nieuw Europees geharmoniseerd regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en - diensten en de nieuwe dienstenrichtlijn van de Commissie van de Europese Gemeenschappen, Stb. 2004, 189. Voor de lijst van de in deze wet geïmplementeerde richtlijnen zie men het Staatsblad zelf.

<sup>166</sup> Bij het verzenden van spam gaat het trouwens niet alleen om het verzenden via e-mail. SMS en MMS vallen er ook onder. Zie: *Kamerstukken II 2002/03*, 28 851, nr. 3, p. 48.

<sup>167</sup> *Kamerstukken II 2000/01*, 27 792.

terecht afvraagt, is het maken van een discriminerende website zelf of het onderhouden van dezelfde website een gewoonte?<sup>168</sup> En wie mag überhaupt aansprakelijk worden gesteld wegens schending van de strafbepalingen in kwestie? De Internetaanbieder of degene die de verboden uitingen zelf op het Net heeft geplaatst?<sup>169</sup> En wat te doen als de identiteit van die laatste niet te achterhalen is?<sup>170</sup>

Naast de wettelijke manier om discriminerende uitingen op het Internet te beperken bestaat er ook een andere manier waarop het probleem van discriminatie op het Internet wordt bestreden. Dit gebeurt via het Meldpunt Discriminatie Internet.<sup>171</sup> Via dit initiatief wordt actief opgelet dat er geen discriminerende uitingen op het Net worden geplaatst. Indien zulke uitingen daar toch op verschijnen wordt dat aan de Internetaanbieder medegedeeld. Meestal worden de racistische uitingen dan verwijderd van de site, anders gaat het Meldpunt over tot een aanklacht.

Voor een korte bespreking van de rechterlijke toetsing van deze problematische categorie van uitingen op het Internet verwijs ik naar de volgende paragraaf.

### *Bescherming van kinderen*

Daar waar de bescherming van kinderen tegen schadelijke, seksueel georiënteerde inhoud van uitingen op het Internet in het geding is, zou artikel 240a Sr kunnen worden gebruikt, alhoewel deze bepaling weer niet toegespitst is op het Internet. Wel voert de regering sinds 2001 een campagne voor het veilig en verstandig internetten, waarin aandacht wordt besteed aan deze problematiek. In deze 'Surf op safe' campagne<sup>172</sup> waarschuwt de regering kort voor de risico's van de confrontatie van kinderen met bijv. schadelijke pornografische inhoud van bepaalde sites. De regering adviseert ouders speciale filters te installeren die hun kinderen tegen dergelijke uitingen kunnen beschermen. De regering belooft inmiddels de intensivering van de campagne 'Surf op safe' in de loop van 2005 waarbij uitdrukkelijk

---

<sup>168</sup> Rodrigues 2001, p. 8.

<sup>169</sup> Zie ook het wetsvoorstel Computercriminaliteit II waarin naar het oorspronkelijk idee ook Internetaanbieders in de toekomst strafrechtelijk kunnen worden vervolgd voor de strafbare uitingen op het Internet. Het wetsvoorstel werd op dit punt gewijzigd, echter niet vanwege de verandering van ideeën over deze kwestie, maar om technische redenen. *Kamerstukken II* 1988/99, 26 671, nr. 3, p. 6-18.

<sup>170</sup> Voor een uitgebreide analyse van de aansprakelijkheid van Internetaanbieders verwijs ik naar het proefschrift van M.H.M. Schellekens: *Aanprakelijkheid van Internetaanbieders*, Tilburg 2001.

<sup>171</sup> [www.meldpunt.nl](http://www.meldpunt.nl)

<sup>172</sup> [www.surfopsafe.nl](http://www.surfopsafe.nl)

aandacht wordt besteed aan een veilig Internet voor kinderen.<sup>173</sup>

Dit zijn de belangrijkste (wettelijke) initiatieven in Nederland die van invloed zouden kunnen zijn op de vrijheid van meningsuiting.

### 2.3.1.2. Jurisprudentie

De Nederlandse rechtspraak over de vrijheid van meningsuiting op het Internet is schaars. De meeste zaken op het gebied van het Internet die in Nederland voor de rechter komen hebben te maken met andere kwesties, zoals auteursrechten of domeinnamen. Er zijn echter wel een paar noemenswaardige uitspraken aan te wijzen, waaruit blijkt hoe de Nederlandse rechter met problematische uitingen op het Internet omgaat. Hierna bespreek ik deze uitspraken kort.

#### *Spam en XS4ALL v. Ab.Fab*<sup>174</sup>

Een van de vragen waarover de Hoge Raad zich in deze zaak boog betrof de kwestie van de positie van het recht op de vrijheid van meningsuiting tijdens het versturen van ongevraagde commerciële communicatie, dat wil zeggen het versturen van spam. Ab.Fab was de dader. Zij verstuurde spam naar de e-mailadressen van de abonnees van XS4ALL. Daardoor ondervond XS4ALL schade omdat zij nieuwe filters moest installeren om de ongevraagde e-mails te weren, extra capaciteit moest inhuren en extra mailservers aan te schaffen. Bovendien was XS4ALL gedwongen om extra kosten te maken als gevolg van het in dienst nemen van mensen om dat hele proces in werking te zetten en ontevreden klanten te woord te staan. XS4All eiste het verbod van spamming door Ab.Fab. Ab.fab beriep zich ter rechtvaardiging onder andere op zijn recht op de vrijheid van meningsuiting volgens art. 10 EVRM.

De Hoge Raad oordeelde in eerste instantie:

“Indien iemand zonder daartoe gerechtigd te zijn gebruik maakt van een goed waarop een ander een exclusief recht heeft, en hij daardoor-zoals in de regel het geval zal zijn-inbreuk maakt op dat exclusieve recht, handelt hij onrechtmatig tegenover die rechthebbende, behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond. Aangezien als onbestreden vaststaat dat XS4ALL exclusieve rechten heeft op haar computercapaciteit, haar transmissiecapaciteit en haar klantenbestand (haar computersysteem) waarvan Ab.Fab tegen de haar kenbare wil van XS4ALL gebruik maakt, heeft het hof, dat klaarblijkelijk van een andere maatstaf is uitgegaan, daarmee blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.”

<sup>173</sup> Aanhangsel II 2004/05, nr. 1501.

<sup>174</sup> HR 12 maart 2004, LJN AN8483, *Mediaforum* 2004, nr. 4, p. 123 e.v.

Daan volgt de overweging die gewijd is aan de kans dat het beroep op het recht van art. 10 EVRM zal slagen:

"(...) Dit grondrecht kan immers in beginsel niet dienen ter rechtvaardiging van een inbreukmakend gebruik van een goed waarop een ander exclusieve rechten heeft."

De Hoge Raad is duidelijk. Er is geen plaats voor art. 10 EVRM bij het handelen dat inbreuk maakt op het eigendomsrecht van iemand anders. Het valt op dat deze benadering ook door de Amerikaanse rechter wordt gebruikt.

*Racistische uitingen en Rb. 's-Hertogenbosch (Revisionisme)*<sup>175</sup>

Deze uitspraak betreft een strafrechtelijke vervolging wegens het aanzetten tot haat en/of discriminatie. De gedaagde werd beschuldigd van het in het openbaar (op het Internet) doen van uitlatingen die de Holocaust ontkennen en daardoor het beledigen van Joden. Hij schreef op zijn website onder andere:

"De Holocaust die er nooit is geweest. We kunnen in het geval van de Holocaust duidelijk de effecten van de media zien in het scheppen van gebeurtenissen die nooit hebben plaatsgevonden, en in het omzetten van goed in fout en omgekeerd. De "Holocaust" kan perfect de leugen van de eeuw genoemd worden, en door de hele geschiedenis van de mens heen was er nog nooit zo'n gewaagde leugen als de Holocaust. In dit gedeelte zullen we de feiten bespreken om te bewijzen dat alle verhalen over de Holocaust werden verzonnen ter wille van het eigen voordeel van de zionistische joden."

De advocaat van de verdachte heeft zich beroepen op de vrijheid van meningsuiting volgens art. 10 EVRM en stelde daarbij dat de verdachte niet de opzet had om Joden te beledigen. Hij beoogde slecht deel te nemen aan het publieke debat over Joden, Palestina, de holocaust en het revisionisme. De rechtbank prikt echter door dit verweer heen. Naar het oordeel van de rechtbank zijn de uitlatingen op zichzelf beschouwd en in hun context onnodig grievend. Deze uitlatingen kunnen niet worden gezien als het deelnemen aan het maatschappelijk debat. Hierop volgde dan ook een veroordeling tot een gevangenisstraf voor de duur van 4 weken voorwaardelijk met een proeftijd van 2 jaren.

Uit deze uitspraak blijkt dat de rechtbank geen aandacht schenkt aan de aard van het Internet. Het Internet wordt gelijkgesteld met de openbare plaats, waardoor art. 137 e Sr gemakkelijk

---

<sup>175</sup> Rb. 's-Hertogenbosch 21 december 2004, LJN AR7891.

wordt overgeheveld naar de cyberspace.<sup>176</sup>

Tot zover de voor mij relevante rechtspraak. Hierna volgt een beschrijving van de belangrijkste initiatieven op het Europees niveau (vooral in het kader van de Raad van Europa), die van invloed zijn op de grondrechten op het Internet en in het bijzonder op het recht op de vrijheid van meningsuiting.

## 2.3.2. Europa

### 2.3.2.1. Raad van Europa

Ook op het Europees niveau, in het kader van de Raad van Europa speelde de discussie zich af over de grondrechten, en in het bijzonder over de vrijheid van meningsuiting van art. 10 EVRM. Op 28 mei 2003 heeft het Comité van Ministers van de Raad van Europa de *Declaration on freedom of communication on the Internet*<sup>177</sup> aangenomen waarin zeven leidende principes bepalen op welke wijze de vrijheid van meningsuiting volgens art. 10 EVRM op het Internet moet worden gegarandeerd. Volgens deze declaratie moeten de overheden zich bijvoorbeeld zo veel mogelijk onthouden van de regulering van de inhoud van de communicatie op het Internet. Hierbij moeten ze ruimte laten voor zelfregulering of co-regulering. In het laatste geval treedt de overheid op om kaders te scheppen waarbinnen de regulering plaats moet vinden of om een vangnet te creëren indien de zelfregulering niet blijkt te werken. Verder mag de toegang tot het Internet niet van overheidswege worden geblokkeerd door middel van filters. Dit verbod geldt niet daar waar kinderen tegen de schadelijke inhoud op het Internet moeten worden beschermd. In een dergelijk geval is het toegestaan om speciale filters te installeren op plaatsen waar kinderen in het bijzonder gebruik maken van het Internet (zie in dit kader de Amerikaanse jurisprudentie over de installatie van filters). Het betreft hier scholen en bibliotheken.

Internetaanbieders (ISP's) dienen gevrijwaard te zijn van aansprakelijkheid voor de inhoud van communicatie die plaatsvindt op het Internet. Van hen kan niet gevergd worden dat ze actief op zoek gaan naar de communicatie die mogelijk een illegale inhoud kan hebben.

---

<sup>176</sup> Voor de voorbeelden van uitspraken op het Internet met een beledigende karakter die via civiel recht werden afgedaan: V.zr. Rb. Zwolle 2 februari 2005 (*Openbaar Onderwijs Zwolle en Regio v. X*), LJN AS4742, Rb. Middelburg 21 januari 2004 (*X v. Y*), LJN AO2756, Vz Rb. Breda 14 november 2003, nr. 125987/KG ZA 03-576 (*Duisenberg v. Koelman*), *Mediaforum* 2004, nr.3, p. 85 ev.

<sup>177</sup> [www.coe.int](http://www.coe.int).

Het recht op anonimiteit op het Internet, met uitzondering van maatregelen waarmee de identiteit wordt achterhaald bij opsporing van strafbare feiten op het Internet, is het laatste principe dat werd vastgelegd in de Declaratie.

Men dient echter erop bedacht te zijn dat de hierboven genoemde garanties kunnen worden ingekort indien de overheden een sterke rechtvaardiging daarvoor hebben binnen de grenzen van het tweede lid van art. 10 EVRM.

De *Declaration on freedom of communication on the Internet* is een uiteindelijk een weinig indrukwekkend document, temeer daar het geen bindende kracht heeft. Ze dwingt de staten niet tot aanpassing van de nationale wetgeving. De Declaratie garandeert veel vrijheden, die echter met inachtneming van art. 10, tweede lid, EVRM kunnen worden beperkt. Men is er zich in Straatsburg van bewust dat deze beperkingen soms noodzakelijk zullen zijn. Dat is bijvoorbeeld het geval bij racistische en xenofobische uitingen op het Internet. Daarom is op 28 januari 2003, vóór de vaststelling van de Declaratie dus, het Aanvullend Protocol tot stand gekomen bij het “Verdrag inzake de bestrijding van strafbare feiten verbonden met elektronische netwerken, betreffende de strafbaarstelling van handelingen van racistische of xenofobische aard verricht via computersystemen”.<sup>178</sup> Het Protocol gebiedt partijen adequate maatregelen te nemen om de publiekelijke verspreiding van, bedreiging en belediging met een racistische en xenofobische motivering strafbaar te stellen. Ook medeplichtigheid en uitlokking van de zojuist vermelde handelingen wordt strafbaar gesteld. Xenofobisch en racistisch materiaal worden gedefinieerd als:

“schriftelijk materiaal, beelden of elke andere weergave van ideeën of theorieën, waarin haat, discriminatie of geweld, tegen een individu of groep van individuen, op grond van ras, kleur, afkomst of nationaliteit of etnische herkomst, alsmede godsdienst, voor zover deze wordt gebruikt als aanleiding voor een van deze elementen, wordt bevorderd, aangemoedigd dan wel hiertoe wordt aangezet.”

Nederland heeft het Verdrag ondertekend, maar nog niet geratificeerd. De Verenigde Staten daarentegen zijn niet tot het Verdrag toegetreden.

### **2.3.2.2. De Europese Unie**

In het kader van de Europese Unie begon men zich al vroeg zorgen te maken over de

---

<sup>178</sup> *Trb.* 2005, 46 (de Nederlandse vertaling).

schadelijke invloeden van het Internet. Zo is er reeds in 1996<sup>179</sup> het eerste beleidsdocument uitgevaardigd waarin de schadelijke (seksueel georiënteerde) inhoud op het Internet vooral voor minderjarigen in kaart werd gebracht. De Europese Commissie benadrukte in dit document echter dat er bij het reguleren van een dergelijke inhoud op het Internet altijd rekening moet worden gehouden met het recht op de vrijheid van meningsuiting.

Het laatste document van de Europese Commissie waarin aandacht aan deze problematiek werd besteed dateert van 2004.<sup>180</sup> Bij het veilig maken van het Internet wordt de nadruk gelegd op de zelfregulering. Ook dienen de wettelijke voorschriften gehandhaafd te worden en de technische mogelijkheden te worden onderzocht. Hierbij moet worden gedacht aan de filters, waarmee ouders hun kinderen voor de schadelijke inhoud kunnen behoeden. De bewustmaking speelt overigens ook een belangrijke rol.<sup>181</sup>

De bespreking van allerlei initiatieven van de Europese Unie op het gebied van bijvoorbeeld elektronische handel, auteursrechten enz. overschrijdt de reikwijdte van deze scriptie en wordt daarom verder buiten beschouwing gelaten.

### **2.3.2.3. Jurisprudentie**

Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens heeft tot op heden nog geen uitspraken gewezen over de mogelijkheid van de beperking van de vrijheid van meningsuiting van art. 10 EVRM op het Internet. Wel zijn er een paar interessante uitspraken gewezen over de beperking van de vrijheid van meningsuiting in andere media zoals: film en omroep. Voor de vraag naar de wijze van toetsing van beperkingen van de vrijheid van meningsuiting op het Internet aan art. 10, tweede lid EVRM, zoek ik aansluiting bij deze uitspraken.

#### *Film en Otto-Preminger Instituut*<sup>182</sup>

De meningsuitingen via de film was aan de orde in de *Otto-Preminger Instituut* zaak. De inmenging in het recht op de vrije meningsuiting bestond hier uit de inbeslagneming door de Oostenrijkse autoriteiten van een film, die beledigend zou zijn voor de katholieke gemeenschap in Innsbruck. De film die daar werd vertoond was door het cinematografisch instituut Otto-Preminger aangekondigd als satirische tragedie die zich afspeelde in de Hemel.

---

<sup>179</sup> COM(96)483 def. *The Green paper on the protection of minors and human dignity*.

<sup>180</sup> COM/2004/91 def.

<sup>181</sup> Voor de overzicht zie: E.Lievens & J. Dumortier, 'Bescherming van minderjarigen online: stand van zaken en blik op de toekomst', *Computerrecht* 2005, nr. 9, p. 59 e.v.

<sup>182</sup> EHRM 20 september 1994, Appl.no. 13470/87, (*Otto-Preminger Instituut*).

Het begin van deze film bestond uit de constatering van de regisseur dat syfilis de straf van God is voor mensen wegens hun onzedelijke gedragingen in de tijd van de Renaissance. Op de advertenties, waarmee de film bekend werd gemaakt stond aangegeven dat de film verboden was voor kinderen jonger dan 17 jaar. Bovendien moest men een toegangsprijs betalen om de film in de bioscoop te mogen zien. Voor het Europese Hof waren de laatste twee gegevens niet relevant. Door de advertenties was immers voor iedereen duidelijk geworden wat de inhoud van de film was.

Bij de toetsing aan de beperkingsclausule van het tweede lid van art. 10 EVRM, en in het bijzonder aan de eis van de noodzakelijkheid in een democratische samenleving, oordeelde het Hof dat daar waar zeden en religieuze gevoelens van anderen in het geding zijn, staten, bij het beperken van de gewraakte uitingen, ruime margin of appreciation hebben. Door het in beslag nemen van de film heeft Oostenrijk die ruime marge ook niet overschreden.

#### *Omroep en Groppera Radio*<sup>183</sup>

In paragraaf 2.1.2. heb ik reeds kort gerefereerd aan de *Groppera* zaak. Groppera Radio was een in Italië, vlakbij de Zwitserse grens gevestigd radiostation dat haar commerciële programma's op de luisteraars in Zwitserland richtte. De Zwitserse autoriteiten hebben aan de Zwitserse kabelmaatschappijen een verbod opgelegd om deze programma's te doen ontvangen. Daarbij beriep de overheid zich onder andere op het recht van het eerste lid van art. 10 EVRM (derde volzin) om regels te mogen stellen ten aanzien van radio en televisie. Het Europese Hof was van mening dat de mogelijkheid tot het stellen van dergelijke regels slechts toegestaan is als het gaat om technische en praktische regels. Hierbij kan onder andere gedacht worden aan technische regels die ertoe moeten leiden dat het internationaal recht daardoor geëffectueerd wordt. Deze regels mogen echter in geen geval de inhoud van de uitingen betreffen. Het Hof overwoog verder dat zelfs het stellen van regels die technisch of praktisch van aard zijn onderworpen moet worden aan de toetsing aan de beperkingsclausule van het tweede lid van art. 10 EVRM. Volgens het Hof was er in casu echter geen sprake van strijdigheid met art. 10, tweede lid.

De interessante vraag die zich hier opdringt is of het Europese Hof op dezelfde manier als bij de radio zal omgaan met het Internet. Indien dat wel het geval zou zijn, zou het betekenen dat de staten slechts technische of praktische regels ten aanzien van het Internet mogen stellen,

---

<sup>183</sup> Zie noot 144.



zoals nu gebeurt met bijvoorbeeld domeinregistratie. Iedere regel ten aanzien van de inhoud van de door het Internet overgedragen boodschap zou strijdig zijn met artikel 10 EVRM. Een vergelijkbare redenering werd gehanteerd in de *Declaration on freedom of communication on the Internet* die in 2003 in het kader van de Raad van Europa tot stand is gekomen. Volgens de declaratie dienen overheden zich zoveel mogelijk te onthouden van de regulering van de inhoud van het Internet. Echter, daar waar kinderen tegen de schadelijke inhoud op het Internet beschermd moeten worden, is het gebod om speciale filters te installeren geoorloofd (zie par. 2.3.2.). Indien een Internet-zaak voor het Hof komt, is de kans groot dat het Hof zich gaat richten naar de uitgangspunten van de bedoelde declaratie.

### **2.3.3. Conclusies**

In het bovenstaande heb ik de houding van de Nederlandse rechter en de Europese rechter tegenover de problematische uitingen op het Internet onderzocht. Daaruit kan ik concluderen dat de Nederlandse rechter op precies dezelfde manier omgaat met deze uitingen op het Internet als in een gewone situatie. Racistische uitingen worden aangepakt via het strafrecht en spam wordt bestreden met het eigendomsrecht. Op Europees niveau is er nog geen jurisprudentie over de uitingen op het Internet. Echter uit de bestaande jurisprudentie die betrekking heeft op de televisie en de radio kan geconcludeerd worden dat het Europese Hof, wegens de grote 'margin of appreciation', beperkingen op dat soort problematische uitingen zoals bijvoorbeeld het voor kinderen schadelijk seksueel georiënteerd materiaal snel gerechtvaardigd zal achten.

Naast de jurisprudentie heb ik de belangrijkste initiatieven op het gebied van de communicatie op het Internet, die beperkend voor de vrijheid van meningsuiting kunnen werken, op nationaal niveau in Nederland en op Europees niveau in het kader van de Raad van Europa laten zien. Ook heb ik kort aandacht besteed aan de initiatieven in de Europese Unie, zonder daarbij in te gaan op de technische regelgeving, aangezien die meer te maken heeft met de vrije markt dan met de grondrechten.

De Nederlandse overheid, zo kan ik concluderen, zal niet snel de problemen op het Internet gaan oplossen door middel van speciale wetgeving, zoals in Amerika is gebeurd. De bestaande wetgeving zoals het Wetboek van Strafrecht en het Burgerlijk Wetboek wordt in zulke situaties benut. De (te vergaande) vrijheid van meningsuiting wordt dan ook beperkt door middel van deze wetgeving. De problemen waar de bestaande wetgeving geen oplossing voor biedt worden opgelost via zelfregulering.

Op Europees niveau (zoals trouwens ook in Nederland) wordt gepleit voor bescherming van de grondrechten op het Internet, waaronder de vrijheid van meningsuiting.

Deze bescherming kan echter niet absoluut zijn. Om de balans te handhaven tussen de vrijheid van meningsuiting en andere belangen mag deze vrijheid beperkt worden.

## Deel IV

### *Rechtsvergelijking/Conclusies*

#### **1.1. De vrijheid van meningsuiting in het First Amendment, art. 7 Gw en art. 10 EVRM op het Internet**

In dit laatste hoofdstuk staat centraal de vergelijking van de bevindingen van dit onderzoek naar de grenzen van de vrijheid van meningsuiting op het Internet. De rode draad van dit onderzoek werd steeds gevormd door drie categorieën van uitingen op het Internet die op internationaal niveau problematisch zijn. Het gaat om voor kinderen schadelijke seksueel georiënteerde uitingen, racistische uitingen en spam.

De bedoeling van dit hoofdstuk is de kenmerkende verschillen aan te geven ten aanzien van de manier waarop de autoriteiten in de Verenigde Staten, Nederland en Europa met dit probleem omgaan zowel in de jurisprudentie als in de wetgeving. Daarna wordt geprobeerd daar een verklaring voor te geven.

#### **1.2. De rechter en de wetgever**

De meest opvallende overeenkomst tussen de wijze van behandeling van de verschillende vormen van speech op het Internet door de rechter in de Verenigde Staten, Nederland en (naar verwachting) Europa is dat die rechters steeds op **dezelfde wijze** de beperking van de vrijheid van meningsuiting op het Internet toetsen, zoals ze dat in een gewone situatie doen, dat wil zeggen in de situatie waarin het medium Internet geen rol speelt. Een verschil vormt het feit dat het Internet in de Verenigde Staten de hoogste mate van bescherming door het First Amendment geniet, terwijl in Nederland het Internet waarschijnlijk minder beschermd wordt dan de drukpers (zie lid 3 van art. 7). Omdat het EVRM tenslotte niet alleen de uitingen zelf beschermt maar ook de middelen waarmee ze worden verspreid, zal wegens het ontbreken van jurisprudentie op dit terrein, naar verwachting het Europese Hof geen bijzondere aandacht besteden aan het Internet als zodanig. De Europese rechter zal, met toepassing van dezelfde criteria die hij in een gewone situatie hanteert (zoals bij radio en televisie), oordelen of de beperking van de vrijheid van meningsuiting geoorloofd is.

Ten aanzien van de drie problematische soorten van uitingen op het Internet zoals racistische uitingen, voor kinderen pornografisch georiënteerde schadelijke uitingen en commerciële uitingen (spam) die ongewenst via een e-mail worden verstuurd, geldt het volgende.

In de loop der jaren heeft het Supreme Court, ondanks het feit dat het First Amendment op dat punt zwijgt, een aantal categorieën van uitingen ontwikkeld die niet onder de bescherming van het First Amendment vallen. Dat zijn: fighting words (uitingen die tot verstoring van openbare orde leiden, niet wegens de inhoud maar wegens de manier waarop ze zijn geuit; hieronder vallen ook racistische uitingen indien ze aan de zojuist vermelde voorwaarden voldoen), ‘obscene speech’ (onzedelijke uitingen die geen bijv. artistieke waarde hebben) en ‘(child) pornography’. De niet beschermde categorieën van speech mag de overheid vrij beperken, echter slechts alleen als een hele categorie en niet op grond van de aard van ideeën die deze uitingen uitdragen.

De uitingen die **onfatsoenlijk** en dus ook schadelijk voor kinderen kunnen zijn, maar nog niet ‘obscene’ zijn, worden dus **wel beschermd** door het First Amendment. Indien zulke uitingen op het Internet worden beperkt wegens de inhoud daarvan, onderzoekt de rechter of de beperking **noodzakelijk** was om een bepaald dwingend belang te dienen. De eis van noodzakelijkheid impliceert hier de vraag of er *minder vergaande* beperkende alternatieven voorhanden zijn geweest om de problematische uitingen te beperken. Indien minder vergaande alternatieven aanwezig zijn geweest, wordt de beperkende maatregel als strijdig met het First Amendment gezien. De meeste beperkende maatregelen van overheidswege stranden op dit punt.<sup>184</sup>

Ten aanzien van **racistische uitingen** in het kader van art. 10 EVRM oordeelde het Hof in het *Jersild*-arrest dat zulke uitingen **niet beschermd** worden door dit artikel.<sup>185</sup> In tegenstelling tot de opvattingen van het Supreme Court, sluit het Europese Hof deze categorie van de bescherming van art. 10 EVRM uit puur wegens de racistische inhoud en niet wegens het feit dat deze uitingen tot verstoring van de openbare orde kunnen leiden. Ik neem aan dat deze uitingen ook op het Internet niet beschermd worden. Het materiaal dat voor kinderen schadelijk kan zijn (met seksueel georiënteerde inhoud) valt volgens het Hof in principe wel onder de bescherming van art. 10 EVRM. Deze uitingen worden echter door de autoriteiten bijna altijd beperkt ter bescherming van de goede zeden. Bij de beoordeling van de vraag of de beperking van deze uitingen wegens de bescherming van de goede zeden door de autoriteiten **noodzakelijk** is geweest, laat het Hof **veel vrijheid** over aan de staten. Het Hof gunt de staten in een dergelijk geval veel ‘margin of appreciation’, waardoor de beperking vaak als noodzakelijk wordt beschouwd. Ondanks dat het Europese Hof, net zoals het

---

<sup>184</sup> Zie: *Ashcroft v. ACLU*, noot 87.

<sup>185</sup> Behalve in het geval van de journalistieke vrijheid, waar de journalist zich van zulke uitingen distantieert (*Jersild*-arrest).

Amerikaanse Supreme Court, de eis van noodzakelijkheid als doorslaggevend voor de beperkende maatregelen aanmerkt, houdt deze eis de vraag in of de maatregel in kwestie **proportioneel** is en niet of de maatregel **het minst vergaand** is. Dit is een groot verschil, waardoor het Europese Hof sneller de beperking van de vrijheid van meningsuiting gerechtvaardigd zal achten dan het Supreme Court.

Artikel 7 van de Nederlandse Grondwet noemt, in tegenstelling tot het First Amendment en art. 10 EVRM, uitdrukkelijk welke uitingen **niet beschermd** worden. Dit is er maar één, namelijk **handelsreclame**. Allerlei andere uitingen zijn dus in principe wel beschermd door art. 7 Gw. Echter, volgens de formele beperkingssystematiek mogen deze uitingen worden beperkt door de wet in formele zin. Daarom worden de **problematische uitingen**, zoals het voor kinderen schadelijk seksueel georiënteerd materiaal of wegens ras of huidskleur beledigende uitingen beperkt door de bepalingen van het Wetboek van Strafrecht. De Nederlandse rechter past deze bepalingen ook gemakkelijk toe op dat soort uitingen op het Internet. Ook worden de problematische uitingen op het Internet beperkt door de bepalingen over de onrechtmatige daad uit het Burgerlijk Wetboek. Dit laat zien dat dezelfde beperkingen die 'offline' worden toegepast ook 'online' gelden.

Commerciële uitingen in de Verenigde Staten en in Europa worden slechts beschermd indien ze niet misleidend zijn. Het opmerkelijke is dat commerciële uitingen in de vorm van **spam** in Nederland **op dezelfde manier** worden beperkt als in de Verenigde Staten. De rechters oordelen unaniem dat daar waar het eigendomsrecht zonder toestemming wordt aangetast, geen beroep kan worden gedaan op de vrijheid van meningsuiting.

De laatste opmerking wil ik wijden aan de mogelijkheid van een **preventief toezicht** in het kader van het recht op de vrijheid van meningsuiting. De Amerikaanse rechter hanteert als uitgangspunt dat preventieve beperkingen op het recht van de vrijheid van meningsuiting verboden zijn. Echter in een paar uitzonderlijke gevallen, zoals die waar de goede zeden van de gemeenschap of de veiligheid van de staat in het geding zijn, zijn dergelijke beperkingen toegestaan. De Nederlandse Grondwet sluit de mogelijkheid van preventieve beperkingen uit ten aanzien van de drukpers. Ten aanzien van radio en televisie is preventief toezicht toegestaan, echter niet wegens de inhoud. Wat de andere uitingsmiddelen betreft zoals bijvoorbeeld film, die toegankelijk zijn voor kinderen beneden 16 jaar, kan preventief toezicht worden uitgeoefend en wel ook wegens de inhoud. Deze benadering lijkt een beetje op de Amerikaanse, waar preventieve beperkingen zijn toegestaan ter bescherming van de goede zeden. In het licht van de opvattingen in de Verenigde Staten en in Nederland wekt het verbazing dat het EVRM in het geheel de mogelijkheid van preventieve beperkingen open

stelt. Het Europese Hof zal zulke beperkingen echter strenger toetsen, zodat de geoorloofdheid daarvan meer een uitzondering dan een regel zal zijn.

Ten aanzien van de wetgeving is het eerste wat in het oog springt is dat de Amerikaanse wetgever tot nu toe veel meer bezig is geweest met de beperking van de problematische uitingsvormen op het Internet dan de Nederlandse c.q. de Europese wetgever. Daar waar de Amerikaanse wetgever zich afvraagt hoe de doorgeschoten vrijheid van meningsuiting op het Internet moet worden beperkt (als resultaat van dit denkproces zijn CPPA, CDA, COPA en CIPA tot stand gekomen), vertoeven Nederland en Europa in een veel eerdere fase waarin men pas tot de conclusie komt dat de vrijheid van meningsuiting op het Internet moet worden beschermd.<sup>186</sup> Tegelijkertijd wordt men in de praktijk wel geconfronteerd met toenemende discriminerende, beledigende of voor kinderen schadelijke uitingen. Hoe komt het dat er in Nederland op dat terrein zo weinig wetgeving tot stand komt? Wat is daarvan de oorzaak? Hoe bovendien is te verklaren dat Amerikaanse en Europese rechters tot verschillende uitspraken komen ten aanzien van de beperking van de vrijheid van meningsuiting op het Internet?

### 1.3. Verklaringen

Een aantal factoren kan genoemd worden als verklaring voor het feit dat rechters zich in de Verenigde Staten steeds verzetten tegen de beperking van de vrijheid van meningsuiting op het Internet, terwijl rechters in Nederland daar geen moeite mee hebben. Ook ten aanzien van de daadkracht in het tot stand brengen van wetgeving voor de problematische uitingen op het Internet door het Amerikaanse Congress en de terughoudendheid van de Nederlandse wetgever ten aanzien van een dergelijke wetgeving kan gewezen worden op een aantal redenen. Dat zijn: het feit dat het Internet voor de eerste keer op grote schaal in Amerika werd gebruikt en het gegeven dat het vrijheidsideaal in dat land hoog in het vaandel staat alsook de wijze van de totstandkoming van wetgeving, de constitutionele toetsing en de effectiviteit van de wetgeving voor het Internet. Hierna wordt een en ander kort toegelicht.

#### *Het medium Internet*

Voor Amerikanen, anders dan voor Europeanen, heeft het Internet een bijzondere betekenis.

---

<sup>186</sup> Zie de voorstellen van de Commissie Franken over de aanpassing van de Grondwet i.v.m. de nieuwe media of de pas in 2003 tot stand gekomen 'Declaration on freedom of communication on the Internet' in het kader van de Raad van Europa.

Dat komt door het feit dat het Internet in de Verenigde Staten voor de eerste keer op grote schaal werd gebruikt en wel in het Amerikaanse leger. Niet voor niets schenkt het Supreme Court in *Reno v. ACLU* daarom daar bijzondere aandacht aan, namelijk om aan te geven hoe speciaal dat medium is. Het Supreme Court komt dan ook tot de conclusie dat het Internet de hoogste mate van bescherming geniet en dat de vrijheid van meningsuiting op het Internet slechts in zeer uitzonderlijke situaties mag worden beperkt. Daarom zijn de vele pogingen van het Congress om kinderen tegen schadelijk materiaal op het Internet te beschermen door het beperken van het recht op de vrijheid van meningsuiting zo vaak door het Supreme Court van tafel geveegd. In Europa kijkt men daar anders tegenaan. Het Internet is een geweldig medium dat vele mogelijkheden biedt. Echter, de gevaren die het Internet voor de in de Europese landen erkende waarden met zich brengt, moeten vermeden worden en waar nodig bestreden.

#### *De totstandkoming van wetgeving*

Alle federale wetsvoorstellen worden in de Verenigde Staten formeel ingediend door de leden van het Congress. Hier vallen ook die voorstellen onder die bijvoorbeeld in het presidentiële apparaat worden voorbereid.<sup>187</sup> Echter veel voorstellen die door de Congressleden worden ingediend komen voort uit hun eigen initiatief. Op deze manier is ook bijvoorbeeld de controversiële Communications Decency Act (CDA) tot stand gekomen. Senator James Exon was daar de 'founding father' van. Omdat in de Verenigde Staten veel gebruik wordt gemaakt van het initiatiefrecht, betekent het dat veel ideeën en mogelijkheden voor aan het Internet gerelateerde wetgeving, die misschien niet op de eerste plaats op de agenda van de president staan, toch worden doorgevoerd. De rol van de lobby is hier heel groot. Als een sterke groep van bepaalde belangenorganisaties een voor haar gunstige wet doorgevoerd wil krijgen, dan maken ze daar door goed en adequaat lobbyen veel kans op.

In Nederland wordt weinig gebruik gemaakt van het initiatiefrecht en wordt er weinig gelobbyd. De wetgeving komt tot stand als een zorgvuldig afgewogen proces waarmee het algemeen belang wordt gediend. Om die redenen wordt bij de problematische uitingen op het Internet nog steeds gewerkt met destijds zorgvuldig opgestelde bepalingen in het Wetboek van Strafrecht of in het Burgerlijk Wetboek, waarin het doen van discriminerende uitingen strafbaar wordt gesteld respectievelijk actie wegens onrechtmatige daad aan degene die zich gekwetst voelt wordt toegekend.

---

<sup>187</sup> Boon 1992, p. 85, over de totstandkoming van wetgeving zie ook: A. Grant, *The American Political Process*, London: Heinemann 1979.

### *De constitutionele toetsing*

Het feit dat men in de Verenigde Staten wel en in Nederland geen constitutionele toetsing kent verklaart ook waarom in het eerste land veel wetgeving voor het Internet tot stand komt in tegenstelling tot de situatie in Nederland.<sup>188</sup> Eenvoudig gezegd, kan de Amerikaanse wetgever zich veel eerder dan in Nederland veroorloven om 'slechte' wetten te maken. Indien namelijk de rechter in zijn toetsing aan de Constitutie, in dit geval aan het First Amendment oordeelt dat de wet in kwestie daarmee in strijd is, komt men in het Congress weer met een nieuwe wet. De rechter geeft ook altijd aan op welke punten de wet strijdig is met de Constitutie. Hierdoor wordt het voor de wetgever eenvoudiger om met een nieuwe wet te komen die het rechterlijke oordeel over de vorige wetgeving met hetzelfde onderwerp in acht neemt. Deze gang van zaken is heel goed zichtbaar in de wijze waarop de Child Online Protection Act (COPA) tot stand is gekomen. De voorganger van de COPA was de CDA. De CDA werd strijdig met het First Amendment verklaard, want de verboden handelingen werden onvoldoende nauwkeurig omschreven en uit de tekst van de wet bleek niet dat slechts die handelingen die geen enkele sociale waarde vertegenwoordigen verboden waren. De COPA heeft deze gebreken goed ondervangen, maar strandde voor het Supreme Court op een ander punt.

In Nederland wordt de wetgever gedwongen om, wegens het ontbreken van een constitutionele toetsing, meteen goede wetten te maken. Daar gaat een zorgvuldig voorbereidingsproces aan vooraf. Wel is de kans aanwezig dat de Nederlandse wetgeving ooit door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens op vermeende strijdigheid met het Verdrag wordt getoetst. In tegenstelling tot de situatie in Amerika waar de wetgeving ook *prima facie* kan worden getoetst, duurt het in de praktijk echter lang voordat de toetsing daadwerkelijk plaatsvindt.

### *Effectiviteit*

De reden waarom men in Nederland steeds met de oude wetgeving werkt, zonder die aan te passen aan de nieuwe technologische ontwikkelingen zoals het Internet, is het vraagstuk van de effectiviteit van een dergelijke nieuwe wetgeving. Algemeen kan worden verondersteld dat de meeste problemen op het gebied van ongewenste communicatie op het Internet hun

---

<sup>188</sup> Over de constitutionele toetsing in de Verenigde Staten zie bijv. R.D. Rotunda, *Modern Constitutional Law. Cases and notes*, St. Paul, Minn.: West publishing co. 1985, p. 1-26 en E. Janse de Jonge, 'The Supreme Court of the United States and judicial review. How far does the Court go?', *Tilburg Foreign Law Review* vol. 4:359 (1995).



oorsprong vinden buiten de grenzen van het betrokken land zelf. Het zal niet eenvoudig zijn om in Nederland wetgeving te maken die, zoals het Internet wereldwijd, ook wereldwijd gaat werken. Reeds in de *Yahoo* zaak bijvoorbeeld werd duidelijk hoe de Amerikaanse rechter tegenover de wetgeving van een andere lidstaat staat die de in de Verenigde Staten beschermde uitingen probeerde te beperken. De Amerikaanse rechter respecteert geen enkele wetgeving vanuit een ander land die tegen het Amerikaanse vrijheidsideaal indruist. Omdat deze uitspraak van het District Court in appel werd vernietigd, is er nog hoop dat daar verandering in komt.

Ook rijst de vraag of de sterk nationaal (en in ieder geval Europees) gerichte spamwetgeving wel kans van slagen heeft in het geval dat men in Nederland in grote mate lastig wordt gevallen door spam die afkomstig is van bijvoorbeeld Azië. Dat betwijfel ik overigens ten zeerste.

De wijze van bescherming van ongewenste uitingen op het Internet verschilt sterk in de Verenigde Staten aan de ene kant en in Nederland en Europa aan de andere kant. Ieder van deze heeft een eigen opvatting over de grenzen van de vrijheid van meningsuiting op het Internet. Echter, het kenmerk van het Internet is juist dat dit medium niet beperkt is tot de geografische grenzen van staten. De voor kinderen schadelijke seksueel georiënteerde uitingen, racistische uitingen op het Internet en spam vormen een wereldwijd probleem, dat daarom ook wereldwijd dient te worden bestreden. Hierin is men tot op heden nog niet geslaagd. Het bovenstaande betekent echter nog niet dat men zich onbegrensd vrij mag uiten op het Internet. De vrijheid van meningsuiting op het wereldwijde Internet heeft wel degelijk grenzen, zij het dat ieder land bepaalt op welke hoogte deze liggen.

## Literatuurlijst

- D.R. Adair, 'Free Speech and defamation of public persons: The expanding doctrine of New York Times Co. V. Sullivan', *Cornell Law Quarterly* vol. 52 (1967).
- L. Asscher, *Communicatiegrondrechten. Een onderzoek naar de constitutionele bescherming van het Recht op vrijheid van meningsuiting en het communicatiegeheim in de informatiesamenleving*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 2002.
- J.A. Barron & C.T. Dienes, *Constitutional Law*, West Group 2003.
- Ch.A. Beard, *The Supreme Court and the Constitution*, Union: Lawbook Exchange 1999.
- W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England IV (1765)*, London 1830.
- T. Blakney, 'Constitutional law-First Amendment right of free speech-Prior restraint of speech and time, place and manner restrictions. Northeast Ohio Coalition for the Homeless v. City of Cleveland, 105 F. 3d 1107 (6th Cir.), cert. Denied, 118 S.Ct 335 (1997)', *65 Tenn. L. Rev.* 1998.
- P.J. Boon, *Amerikaans staatsrecht*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1992.
- P.J. Boon, *Zonder voorafgaand verlof. De vrijheid van meningsuiting in het Nederlandse recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1993.
- D.D. Burke, 'Thinking Outside the Box: Child pornography, Obscenity And the Constitution', *Virginia Journal of Law & Technology* vol. 8, nr. 11 (2003).
- M.C. Burkens e.a., *Beginnselen van de democratische rechtsstaat*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.
- Commissie grondrechten in het digitale tijdperk, *Rapport*, Rotterdam: Phoenix den Oudsten 2000.
- D.R. Dow & R.S. Shieldes, 'Rethinking the Clear and Danger Test', *Indiana Law Journal* vol. 73 (1998) nr. 4.
- L. Fisher, *American Constitutional Law*, Durham: Carolina Academic Press 2003.
- S.W. Gard, 'Fighting words as free speech', *58 Wash. U. L. Q.* 531 (1980).
- A. Grant, *The American Political Process*, London: Heinemann 1979.
- G. Gunther & K.M. Sullivan, *Constitutional Law*, New York: The Foundation Press 1997.
- E. Janse de Jonge, 'The Supreme Court of the United States and judicial review. How far does the Court go?', *Tilburg Foreign Law Review* vol. 4:359 (1995).
- J.W. Kalkman, A.W. Hins & E.C.M. Jurgens, *Communicatie- en informatievrijheid in het digitale tijdperk* (Publicaties van de Staatsrechtkring), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

A.K. Koekkoek e.a., *Bescherming van grondrechten in het digitale tijdperk*, Tilburg: Centrum voor Wetgevingsvraagstukken en Centrum voor Recht, Bestuur en Informatisering 2000.

A.K. Koekkoek, W. Konijnenbelt & F.C.L.M. Crijns (red.), *Grondrechten. Commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet* (Jeukens-bundel), Nijmegen: Ars Aequi 1982.

C.J.A.M. Kortman, *De Grondwetsherziening 1983*, Deventer: Kluwer 1983.

J. Vande Lanotte, *Het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens in hoofdlijnen*, Antwerpen: Maklu Uitgevers 1997.

R. A. Lawson, '50 jaar EVRM in vogelvlucht', in: R.A. Lawson & E. Myjer (red.), *50 jaar EVRM (NJCM-Bulletin jaarg. 25, nr. 1, bijzondere aflevering)*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 2000.

Leading Cases, *116 Har. L. Rev. 1* 2003.

L.W. Levy, 'Bill of Rights', in: Greene J. P (e.a.), *Encyclopedia of American Political History*, New York; Charles Scribner's Sons, 1984, p. 108 (Murphy P.L. (e.a.), *The Bill of Rights and American Legal History*, New York en London: Garland Publishing 1990.

L.W. Levy, *Origins of the Bill of Rights*, New Haven and London: Yale University Press 1999.

E. Lievens & J. Dumortier, 'Bescherming van minderjarigen online: stand van zaken en blik op de toekomst', *Computerrecht* 2005, nr. 9.

G. Lloyd & M. Lloyd, *The essential Bill of Rights. Original Arguments and Fundamental Documents*, Lanham: University Press of America 1998.

P. de Meij, 'Grensoverschrijdende uitingen op het internet. Enige opmerkingen naar aanleiding van de zaak LICRA e.a./Yahoo', in: Hins & Nieuwenhuis (red.), *Van ontvanger naar zender. Opstellen aangeboden aan prof.mr. J.M. de Meij*, Amsterdam: Otto Cramwinkel Uitgever 2003.

J.M. de Meij e.a, *Uitingsvrijheid. De vrije informatiestroom in grondwettelijk perspectief*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 2000.

J.E. Nowak & R.D. Rotunda, *Constitutional Law*, St. Paul, Minn.: West Publishing Co. 1995.

J.A. Peters, *Het primaat van de vrijheid van meningsuiting*, Leiden: Ars Aequi Libri 1981.

Van der Pot-Donner, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, bewerkt door L.Prakke e.a., Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

C.H. Pritchett, *Constitutional civil liberties*, Prentice-Hall Englewood Cliffs, N.J 1984.

N.K. Rijsord, *The Bill of Rights: Comments on its Historical development*, *Wisconsin Law Review* 1966, p. 1201, in: P. L. Murphy (e.d.), *The Bill of Rights and American Legal History*.

P. Rodrigues, 'Internet en discriminatie', *Rechtshulp* 2001, nr. 10.

T. Rosier, *Vrijheid van meningsuiting en discriminatie in Nederland en Amerika*, *Ars Aequi Libri* 1997.

R.D. Rotunda, *Modern Constitutional Law. Cases and notes*, St. Paul, Minn.: West publishing co. 1985.

M.H.M. Schellekens, *Aanprakelijkheid van Internetaanbieders*, Tilburg 2001.

J.G.C. Schokkenbroek, *Toetsing aan de vrijheidsrechten van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens*, Leiden 1996.

B. Schwartz, *The Great Rights of Mankind. A History of the American Bill of Rights*, Oxford: Oxford University Press 1977.

J.B. Speta, FCC Authority to regulate the Internet: Creating It and Limiting It, *35 Loy. U. Ch. L.J.* 15 (2004).

The Supreme Court 2003 Term, *118 Harv. L.Rev.* 1 2004.

T.L. Tedford e.a., *Freedom of speech in the United States*, Pennsylvania: Strata Publishing 2001.

J. Velaers, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, Antwerpen-Apeldoorn: Maklu Uitgevers 1991.

B.P. Vermeulen, 'Beperking van grondrechten' in: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), *De Grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg* (Burkens-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

F. Vlemminx, *Een nieuw profiel van de grondrechten*, Den Haag: Bju 2002.

F. Vlemminx & M.G. Boekhorst, 'Inleiding artikelen 90-95', in: A.K. Koekkoek (red.), *De Grondwet*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.

D. Voorhoof, *Critical perspectives on the scope and interpretation of Article 10 of the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Press 1995.

G.J.M. van Wissen, *Grondrechten*, Zwolle: Tjeenk Willink 1989.

## Jurisprudentie

### *De Verenigde Staten*

5. U.S. 137, 2 L.Ed. 60 (1803)  
10 U.S. 87 (1810)  
14 U.S. 304 (1816)  
7 Peters 243; 8 L.Ed. (1833)  
83 U.S. 36, 21 L.Ed. 394 (1872)  
109 U.S. 3 (1883)  
164 U.S. 403 (1896)  
249 U.S. 47 (1919)  
262 U.S. 390 (1923)  
268 U.S. 652 (1925)  
274 U.S. 357 (1927)  
283 U.S. 697 (1931)  
303 U.S. 444 (1938)  
310 U.S. 296 (1940)  
316 U.S. 535 (1942)  
315 U.S. 568 (1942)  
316 U.S. 52 (1942)  
326 U.S. 501 (1946)  
337 U.S. 1 (1949)  
354 U.S. 476 (1957)  
365 U.S. 715 (1961)  
370 U.S. 478 (1962)  
376 U.S. 254 (1964)  
383 U.S. 413 (1966)  
387 U.S. 369 (1967)  
391 U.S. 145, 212 (1968)  
280 F.Supp. 486 (1968)  
391 U.S. 367 (1968)  
395 U.S. 444 (1969)  
403 U.S. 15 (1971)  
407 U.S. 551 (1972)  
413 U.S. 15 (1973)  
418 U.S. 323 (1974)  
421 U.S. 809 (1975)  
425 U.S. 748 (1976)  
  
447 U.S. 557 (1980)  
  
458 U.S. 747 (1982)  
468 U.S. 288 (1984)  
472 U.S. 749 (1985)  
505 U.S. 377 (1992)  
515 U.S. 200 (1995)  
109 F.3d 137 (1997)  
  
521 U.S. 844 (1997)
- Marbury v. Madison*  
*Fletcher v. Peck*  
*Martin v. Hunter's Lessee*  
*Barron v. Baltimore*  
*Slaughter-House Cases*  
*Civil Rights Cases*  
*Missouri Pacific Railway Co. V. Nebraska*  
*Schenck v. United States*  
*Meyer v. Nebraska*  
*Gitlow v. New York*  
*Whitney v. California*  
*Near v. Minnesota*  
*Lovell v. City of Griffin*  
*Cantwell v. Connecticut*  
*Skinner v. Oklahoma*  
*Chaplinsky v. New Hampshire*  
*Valentine v. Chrestensen*  
*Marsh v. Alabama*  
*Terminiello v. Chicago*  
*Roth v. United States*  
*Burton v. Wilmington Parking Authority*  
*Manual Enterprises Inc. v. Day*  
*New York Times v. Sullivan*  
*Memoirs v. Massachusetts*  
*Reitman v. Mulkey*  
*Duncan v. Louisiana*  
*Dickinson v. Sitterson*  
*United States v. O'Brien*  
*Brandenburg v. Ohio*  
*Cohen v. California*  
*Lloyd Corp. v. Tanner*  
*Miller v. California*  
*Gertz v. Robert Welch, Inc.*  
*Bigelow v. Virginia*  
*Virginia State Bd. Of Pharmacy v. Virginia Citizens consumer Council*  
*Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission*  
*New York v. Ferber*  
*Clark v. Community for Creative Non- Violence*  
*Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, R.A.V. v. City of St. Paul*  
*Adarand Constructors, Inc. v. Pena*  
*Lange-Kessler v. Department of Educ. Of the State of N.Y*  
*Reno v. American Civil Liberties Union*

962 F. Supp. 1015 (1997)  
100 F.Supp.2d 1058 (2000)  
530 U.S. 703 (2000)  
169 F. Supp.2d 1181 (2001)

122 S. Ct. 1389 (2002)  
234 F. Supp. 2d 1127 (2002)

201 F.Supp. 2d 401 (2002)

122 S. Ct. 1389 (2002)  
539 U. S. 306 (2003)  
71 P.3d 296 (2003)  
123 S.Ct. 2297 (2003)  
124 S. Ct. 2783 (2004)  
379 F. 3d 1120 (2004)

*Compuserve Incorporated v. Cyber Promotions*  
*eBay v. Bidder's Edge*  
*Hill v. Colorado*  
*Yahoo v. La Ligue Contre le Racisme et L'Antisemitisme (LICRA) en L'Union Des Etudiants Juifs de France*  
*Ashcroft v. Free Speech Coalition*  
*Clear Channel Outdoor, Inc. v. City of Los Angeles*  
*American Library Association, Inc. v. United States*  
*Ashcroft v. Free Speech Coalition*  
*Grutter v. Bollinger*  
*Intel Corporation v. Hamidi*  
*United States v. American Library Association*  
*Ashcroft v. ACLU*  
*Yahoo v. LICRA e.a*

### ***Nederland/Europa***

HR 7 november 1892, *W* 6259  
HR 28 november 1950, *NJ* 1951, 137  
HR28 november 1950, *NJ* 1951, 138  
HR 28 november 1950, *NJ* 1951, 369  
HR 5 juni 1987, *NJ* 1988, 702  
HR 2 februari 1990, *NJ* 1991, 289  
HR 26 april 1996, *JB* 1996/159  
HR 12 maart 2004, *LJN* AN8483

*Haags ventverbod*  
*APV Tilburg*  
*APV Sittard I*  
*APV Sittard II*  
*Goeree*  
*Goeree II*  
*Rasti Rostelli*  
*XS4ALL v. Ab.Fab*

Vz Rb. Breda 14 november 2003,  
nr. 125987/KG ZA 03-576,  
*Mediaforum* 2004, nr.3, p. 85 ev.  
Rb. Middelburg 21 januari 2004,  
*LJN* AO2756

*Duisenberg v. Koelman*

*X v. Y*

Rb. 's-Hertogenbosch 21 december 2004,  
*LJN* AR7891  
Vzr. Rb. Zwolle 2 februari 2005,  
*LJN* AS4742

*Revisionisme*

*Openbaar Onderwijs Zwolle en Regio v. X*

ARRvS 19 januari 1987, *AB* 1988, 58

EHRM 12 december 1976,  
Publ. ECHR, Series A vol. 24  
EHRM 26 april 1979, *NJ* 1980, 146  
EHRM 2 augustus 1984, *NJ* 1988, 534  
EHRM 8 juli 1986, Publ. ECHR, Series A vol. 103  
*Lingens*

*Handyside*  
*Sunday Times*  
*Malone*

EHRM 24 maart 1988, <i>NJCM</i> -Bulletin 1988, p. 362 e.v.	<i>Olson</i>
EHRM 24 mei 1988, Publ. ECHR, Series A vol. 33	<i>Müller and Others</i>
EHRM 28 maart 1990, Publ. ECHR, Series A vol. 173	<i>Groppera Radio</i>
EHRM 26 april 1991, Publ. ECHR, Series A vol. 202	<i>Ezelin</i>
EHRM 23 mei 1991, Publ. ECHR, Series A vol. 204	<i>Oberschlick</i>
EHRM 26 november 1991, <i>NJ</i> 1992, 457	<i>Spycatcher</i>
EHRM 23 april 1992, Publ. ECHR, Series A vol. 236	<i>Castells</i>
EHRM 29 oktober 1992, Publ. ECHR Series, A vol. 246	<i>Open Door</i>
EHRM 23 september 1994, Publ. ECHR, Series A vol. 298	<i>Jersild</i>
EHRM 20 september 1994, Appl.no. 13470/87	<i>Otto-Preminger Instituut</i>
EHRM 9 december 1994, <i>JB</i> 1995/67	<i>López Ostra</i>
EHRM 23 september 1998, Reports VII	<i>Lehideux en Isorni</i>
EHRM 5 november 2002, Appl. no. 38743/97	<i>Demuth v. Switzerland</i>
EHRM 17 oktober 2002, Appl. No. 37928/97	<i>Stambuk v. Germany</i>
ECRM Zaak 7729/76, <i>D&amp;R</i> 7, 1977, p. 164	<i>Agee v. The United Kingdom</i>

## **Kamerstukken**

*Kamerstukken II* 1975/76, 13872, nr. 3.

*Kamerstukken II* 1997/98, 25 880, nrs. 1-2.

*Kamerstukken II* 2000/01, 27 460, nr 1.

*Kamerstukken II* 2002/03, 28 851, p. 48.

*Kamerstukken II* 2000/01, 27 792.

Aanhangsel II 2004/05, nr. 1501.



## **Internetbronnen**

[www.coe.int](http://www.coe.int) (COM(96)483 def. *The Green paper on the protection of minors and human dignity.*)

[www.meldpunt.nl](http://www.meldpunt.nl)

[www.surfopsafe.nl](http://www.surfopsafe.nl)

[www.westlaw.com](http://www.westlaw.com) (16B Am. Jur. 2d Constitutional Law § 813, § 815, § 817 en 16A Am. Jur. 2d Constitutional Law § 460)