

Ontkenning van de Holocaust in parlementaire toespraak niet beschermd onder artikel 10 EVRM

Noot onder EHRM 3 oktober 2019, nr. 55225/14, *Pastörs t. Duitsland*

Floris Fonteyn*

Op 3 oktober 2019 sprak het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: het Hof) zich wederom uit over de overeenstemming van een veroordeling wegens ontkenning van de Holocaust (hierna: negationisme) met het recht op vrijheid van meningsuiting, beschermd door artikel 10 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: het EVRM).

Beoordeling door het Hof

Het Hof hanteert in de rechtspraak omtrent negationisme en de vrijheid van meningsuiting twee verschillende benaderingen. In de eerste benadering besluit het Hof tot een kennelijk ongegronde klacht, door artikel 17 EVRM, de misbruikbepaling,² als interpretatiemiddel te hanteren voor de vereiste van noodzakelijkheid in een democratische samenleving uit artikel 10, § 2 EVRM. In de tweede benadering verklaart het Hof het beroep op artikel 10 EVRM vervallen, op grond van artikel 17 EVRM. De keuze voor één van de twee benaderingen hangt af van de feiten.³ Het Hof kiest in het geannoteerde arrest voor de eerste benadering. De minachting die Pastörs met zijn uitspraken naar de slachtoffers van de Holocaust toonde, deden het Hof twijfelen over welke benadering gepast was, maar het feit dat de verzoeker parlamentslid was op het ogenblik van de uitspraak doet het Hof kiezen voor de eerste benadering. Het brengt daarbij in rekening dat het parlement Pastörs' immuniteit heeft ingetrokken. Het Hof besluit vlot dat het te onderzoeken aspect de noodzakelijkheid van de inmenging is. Het stelt vast dat Pastörs' uitspraken op voorhand en nauwkeurig waren voorbereid en dat de woorden (een klein deel van een lange, niet-problematische toespraak) en het tijdstip (de dag na de Holocaustherdenking en op het ogenblik van een herdenking van Duitse oorlogsslachtoffers) goed gekozen waren en tot doel hadden op verwarrende wijze volgende boodschap over te brengen: "[A] qualified Holocaust denial showing disdain towards the victims of the Holocaust and running counter to established historical facts, alleging that the representatives of the 'so-called' democratic parties were

Feiten

Verzoeker Udo Pastörs is op het ogenblik van de feiten lid van het deelstaatparlement van het Duitse Mecklenburg-Vorpommern voor de *Nationaldemokratische Partei Deutschlands* (NDP). Op 27 januari 2010 wordt in het parlement een herdenking voor de Holocaust gehouden, waarbij de NDP-fractie afwezig is.

De dag daarop, een herdenkingsdag voor de Duitse slachtoffers van een oorlogsramp, neemt Pastörs het woord. Hij spreekt onder meer over de "so-called Holocaust",¹ "propagandistic lies" en "Auschwitz projections", die gebruikt worden voor politieke en commerciële doeleinden. De overige parlamentsleden, zo eindigt Pastörs, hopen dat de leugens over de Holocaust van de waarheid winnen.

Pastörs' parlementaire immuniteit wordt omwille van deze uitspraken in 2012 opgeheven. In eerste aanleg en beroep wordt het parlamentslid veroordeeld tot een celstraf met uitstel, omwille van de aantasting van de herinnering van de doden en smaad.

* Floris Fonteyn is aspirant-onderzoeker Universiteit Antwerpen.

1 De citaten zijn de door het Hof gebruikte vertalingen.

2 Artikel 17 EVRM luidt: "Geen der bepalingen van dit Verdrag mag worden uitgelegd als zou zij voor een Staat, een groep of een persoon een recht inhouden enige activiteit aan de dag te leggen of enige daad te verrichten met als doel de rechten of vrijheden die in dit Verdrag zijn vermeld teniet te doen of deze verdergaand te beperken dan bij dit Verdrag is voorzien."

3 Zie ook: EHRM (GK) 15 oktober 2015, nr. 27510/08, *Perinçek t. Zwitserland*, § 114."

using the Holocaust to suppress and exploit Germany". Met andere woorden: Pastörs gebruikte zijn recht op vrijheid van meningsuiting om ideeën te verspreiden die ingaan tegen de context en geest van het EVRM, wat verboden is onder artikel 17 EVRM. Dat Pastörs parlementslid was, verandert daar niets aan: dergelijke uitspraken verdienen weinig tot geen bescherming wanneer ze ingaan tegen de democratische waarden van het EVRM.⁴ Het Hof besluit door te verwijzen naar een "special moral responsibility" van staten die de nazigruwel hebben meegemaakt om zichzelf te distantiëren van die massale gruweldaden. De strafrechtelijke vervolging van Pastörs omwille van zijn uitspraken, die de eer en goede naam van Joodse slachtoffers van de Holocaust aantastten, was proportioneel en noodzakelijk in een democratische samenleving. De klacht op grond van artikel 10 EVRM was dan ook kennelijk ongegrond en niet-ontvankelijk.

Commentaar

Het eerste aandachtspunt en de essentie van het geannoteerde arrest is dat zelfs de vrijheid van meningsuiting van parlementsliden niet zover reikt dat de Holocaust kan ontkend worden. Het Hof laat zo nog maar eens duidelijk merken dat negationisme in geen enkele omstandigheid is toegelaten. Hoewel inmengingen in de vrijheid van meningsuiting van parlementsliden strikt worden beoordeeld,⁵ besluit het Hof dat Pastörs' uitspraken geen bescherming genieten omdat ze ingaan tegen de geest van het EVRM. Ook in het parlement bestaan de "duties and responsibilities" waarnaar artikel 10 EVRM verwijst. Bovendien hecht het Hof veel belang aan de ontneming van Pastörs' parlementaire immuniteit, die tot doel heeft een verhoogde bescherming te bieden aan de vrijheid van meningsuiting van parlementsliden.

De parlementaire context leidt tot een moeilijke evenwichtsoefening. Immers, enerzijds is de onrechtstreekse of politieke democratie, het uitgangspunt van het EVRM. Het parlement is "a unique forum for debate in a democratic society, which is of fundamental importance".⁷ Het is noodzakelijk dat

een zo ruim mogelijke vrijheid van meningsuiting van parlementsliden en in het politiek discours wordt gewaarborgd.⁸ Anderzijds heeft een parlementslid de plicht de grenzen van het openbaar debat en de waardigheid en voorbeeldfunctie van het parlement te respecteren.⁹ Daarnaast heeft de geschiedenis geleerd dat extremistische strekkingen hun weg naar de macht kunnen vinden via een parlement. Het valt te betreuren dat het Hof de gemaakte evenwichtsoefening niet uitgebreid toelicht. In een paar zinnen, op algemene wijze geformuleerd, oordeelt het Hof dat de parlementaire functie van Pastörs geen rol speelt in de beoordeling. Meer nog: het beroep op artikel 10 EVRM wordt zelfs kennelijk ongegrond geacht. Er mag meer duiding verwacht worden wanneer het Hof het fundamenteel belang van het maatschappelijk debat in het parlement enigszins beperkt. Het Hof had zo ook de grens kunnen bepalen tussen wat wel en niet aanvaardbaar is in het parlementair debat.

Het Hof blijft rechtlijnig: ontkenning van de Holocaust wordt in geen geval beschermd onder het recht op vrijheid van meningsuiting – zelfs niet wanneer die mening tot uiting komt in het parlement. Het debat over de toelaatbaarheid van negationisme blijft een gevoelig academisch en politiek debat, met verschillende stromingen. Zo trachten sommigen negationisme in kaart te brengen en te onderzoeken, zonder het te rechtvaardigen.¹⁰ Anderen laten negationistische argumenten toe, nemen ze in overweging en weerleggen ze vervolgens.¹¹ Nog anderen merken op dat dergelijke argumenten slechts juridisch te beteugelen zijn wanneer ze daadwerkelijk aanzetten tot haat of geweld.¹² Die verschillende benaderingen tonen aan dat er geen eensgezindheid bestaat over de toelaatbaarheid van negationistische uitspraken, in het bijzonder in het licht van de mensenrechten. Het is betreurenswaardig dat het Hof weinig nuancering toont wanneer het dergelijk complexe materies behandelt. Een grondige en transparante analyse van de zaak, waarbij rekening wordt gehouden met de context waarin de ontkenning gebeurt en de precieze inhoud ervan,¹³ zou toelaten dergelijke nuances aan te brengen.

4 Zonder het expliciet te stellen opnieuw een toepassing van artikel 17 EVRM.

5 Zie bijvoorbeeld ook: EHRM (GK) 7 mei 2016, nrs. 42461/13 en 44357/13, *Karácsony e.a. t. Hongarije*, § 140.

6 J. Velaers, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting. Deel II*, Antwerpen, Maklu Uitgevers, 1991, p. 314.

7 EHRM (GK) 7 mei 2016, nrs. 42461/13 en 44357/13, *Karácsony e.a. t. Hongarije*, § 138.

8 EHRM 20 maart 2018, nr. 45791/13, *Falzon t. Malta*, § 58.

9 A.J. Nieuwenhuis, *Tussen grondrechtelijke vrijheid en parlementaire onschendbaarheid: de vrijheid van meningsuiting van de parlementariër*, TvCR, 2010, p. 4. Zie ook: EHRM 16 juli 2009, nr. 15615/07, *Féret t. België*, § 75.

10 Het basiswerk hier is: D. Lipstadt, *Denying the Holocaust. The Growing Assault on Truth and Memory*, Londen, Penguin, 1994, 278 p.

11 M. Shermer en A. Grobman, *Denying History. Who Says the Holocaust Never Happened and Why Do They Say It?*, Berkeley, University of California Press, 2000, pp. 14-15.

12 H. Cannie en D. Voorhoof, *The Abuse Clause and Freedom of Expression in The European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection?*, NQHR, 2011, p. 82. Zie ook, met nuance: K. Raes, 'Vrijheid van meningsuiting en de revisionistische geschiedvervalsing', in G.A.I. Schuijt en D. Voorhoof (red.), *Vrijheid van meningsuiting. Racisme en revisionisme*, Gent, Academia Press, 1995, pp. 75-76.

13 Cannie en Voorhoof, *supra*, p. 83.

Artikel

Het Hof dient dus genuanceerder op te treden. Dat kan door niet zonder meer een vermeende schending van de vrijheid van meningsuiting af te wijzen en een grondige en transparante analyse te maken van de feiten. Zo kan het Hof bijvoorbeeld in aanmerking nemen dat de gemaakte opmerkingen niet zozeer gericht zijn op het aantasten van de eer en goede naam van de Joodse Holocaustslachtoffers, maar wel op het wegnemen van het schuldgevoel bij het Duitse volk.¹⁴ Dat betekent niet dat dergelijke opmerkingen daarom gerechtvaardigd zijn¹⁵ of beschermd dienen te worden onder artikel 10 EVRM. Het ontnemt het Hof evenmin de mogelijkheid opmerkingen die onaanvaardbaar zijn te beschermen. Het laat wel toe dat beperkingen grondig onderzocht worden op hun overeenstemming met mensenrechten.

Deze kritiek leidt tot een tweede aandachtspunt. Het Hof haalt zelf twee benaderingen in negationismezaken aan: een beoordeling onder artikel 10, § 2 EVRM, met artikel 17 EVRM als interpretatiemiddel, of geen beoordeling omwille van artikel 17 EVRM. Deze laatste benadering zal slechts uitzonderlijk toegepast worden, wanneer duidelijk blijkt dat de verzoeker de vrijheid van meningsuiting gebruikte voor doeleinden die in strijd zijn met de waarden onderliggend aan het EVRM. Dat gebeurt enerzijds wanneer de verzoeker aanzet tot haat of geweld, of wanneer de verzoeker tracht de vrijheid van meningsuiting te gebruiken om de rechten en vrijheden van het EVRM te vernietigen.¹⁶ Zo werd de tweede benadering toegepast in het geval van een boek dat systematisch de misdaden tegen de mensheid, die door de nazi's werden begaan, in vraag stelde. Het Hof oordeelde immers dat het boek tot doel had het nationaalsocialistische regime te herstellen en de Holocaustslachtoffers te beschuldigen van het vervalsen van de geschiedenis.¹⁷ Ook een voorstelling van een stand-upcomedian, waarin één van Frankrijks bekendste negationisten het podium mocht betreden en een prijs ontving van een als Joodse gevangene verklede acteur, werd als een "*blatant display of a hateful and anti-Semitic position disguised as an artistic production*" beschouwd en werd op grond van artikel 17 EVRM niet-ontvankelijk verklaard.¹⁸ De eerste benadering hanteerde het Hof onder meer in een zaak over een tijdschriftartikel, waarin

op onwetenschappelijke en subjectieve wijze het gebruik van giftige gassen in de vernietigingskampen ontkend werd.¹⁹ Ook brieven die het bestaan van gaskamers in die kampen ontkenden, werden onder artikel 10, § 2 EVRM met artikel 17 EVRM als interpretatiemiddel beoordeeld, in het licht van de bescherming van de belangen van de slachtoffers van het nationaalsocialistische regime en het voorkomen van misdrijven en wanorde.²⁰ Het Hof besloot telkens dat de klacht kennelijk ongegrond was. Samengevat wordt de tweede benadering meestal gehanteerd in geval van ernstige en expliciete negationistische uitspraken, die de Holocaust, een "*clearly established historical fact*", ontkennen en aanzetten tot haat en geweld of trachten het nationaalsocialistische regime te rehabiliteren.²¹

Recent lijkt het Hof de tweede benadering te verkiezen.²² Niettemin blijft artikel 17 EVRM een doorslaggevende rol spelen, wat ertoe leidt dat de tweede benadering slechts beperkt is tot een indirecte toepassing van de eerste benadering.²³ Dergelijke benadering laat het Hof weinig ruimte tot nuancering: artikel 17 EVRM is een hakbijl.

Een derde benadering geniet m.i. de voorkeur: louter onder artikel 10, § 2 EVRM beoordelen. Geen nieuwe benadering, want het Hof gebruikte deze al eerder.²⁴ In de proportionaliteitstoets kan het Hof dan de verschillende omstandigheden verwerken en desgevallend nog altijd oordelen dat de uitspraken geen bescherming genieten – want laat het duidelijk zijn dat negationistische uitspraken inderdaad vaak het lijden van slachtoffers trivialisieren of ronduit aanzetten tot haat. Zo had het Hof *in casu* de parlementaire context, waarin de vrijheid van meningsuiting door het Hof zelf wordt aangemerkt als "*political speech par excellence*", kunnen verwerken als een element dat de appreciatiemarge daadwerkelijk beperkte. Het had ook kunnen opmerken dat hoewel de negationistische aard van de uitspraken niet kan ontkend worden, Pastörs' uitspraken niet zozeer gericht waren tegen Joodse slachtoffers, maar wel tegen de Duitse parlementsleden, die de Holocaust naar zijn mening zouden misbruiken om het Duitse volk bloot te stellen aan kritiek en "*propagandistic lies*". Dan had het Hof het eigen argument dat de

14 R. Kahn, 'Can the Law Understand the Harm of Genocide Denial', in R. Moerland e.a., *Denialism and Human Rights*, Cambridge, Intersentia, 2016, p. 230.

15 *Ibid.*, pp. 230-231.

16 Zie ook: EHRM (GK) 15 oktober 2015, nr. 27510/08, *Perinçek t. Zwitserland*, § 115; EHRM 22 januari 2019, nr. 20373/17, *Šimunić t. Kroatië*, § 38.

17 EHRM 24 juni 2003, nr. 65831/01, *Garaudy t. Frankrijk*.

18 EHRM 20 oktober 2015, nr. 25239/13, *M'Bala M'Bala t. Frankrijk*, §§ 34-42.

19 ECRM 18 oktober 1995, nr. 25062/94, *Honsik t. Oostenrijk*. Zie ook: ECRM 24 juni 1996, nr. 31159/96, *Marais t. Frankrijk*.

20 EHRM 20 april 1999, nr. 41448/98, *Witzsch t. Duitsland*.

21 Zie ook: EHRM (GK) 15 oktober 2015, nr. 27510/08, *Perinçek t. Zwitserland*, § 212.

22 Zie eerder: EHRM 8 januari 2019, nr. 64496/17, *Williamson t. Duitsland*.

23 *Cannie en Voorhoof*, *supra*, pp. 67-68.

24 Zie bijvoorbeeld: ECRM 16 juli 1982, nr. 9235/81, *X. t. Duitsland*; ECRM 14 juli 1983, nr. 9777/82, *T. t. België*.

Artikel

uitspraken gericht waren op het aantasten van de eer en goede naam van de Joodse Holocaust-slachtoffers minstens moeten nuanceren. Verder had het kunnen nagaan of tegenkanting vanuit het parlement en de maatschappij of minder ingrijpende sancties, zoals tuchtsancties,²⁵ mogelijk en voldoende waren. Het Hof had ook kunnen aanbrengen dat Pastörs parlamentslid was voor een extreemrechtse,²⁶ uit de assen van het nazisme opgestane partij, wat een verzwarend element is. Dat geldt ook voor het feit dat de uitspraken in een openbaar forum plaatsvonden en zo (zelfs indien het ongewild zou zijn geweest) bij een ruimer publiek en eventueel ook bij (nabestaanden van) Holocaustslachtoffers terechtkwamen. De uitspraken en de gevolgen ervan zouden niet binnen de muren van het parlement blijven. Overigens kan het Hof ook de geschiedenis, die aantoonde dat ondemocratische partijen aan de macht komen via het parlement, in aanmerking nemen en dat verwerken in de analyse onder artikel 10, § 2 EVRM.

Deze benadering laat overigens nog steeds toe negationistische uitspraken niet te beschermen via de beperkingsvoorwaarden van artikel 10, § 2 EVRM. Dat het Hof totalitair gedachtegoed niet wil toelaten, kan niet bekritiseerd worden. Maar het mag dat niet doen met de beperkte nuance die het vandaag toont.

Die houding zal het Hof hoogstwaarschijnlijk in een onhoudbare positie brengen. Zo geeft het Hof zelf aan dat het tijdsverloop een relevante rol speelt in de juridische behandeling van “*controversial remarks*” over traumatische gebeurtenissen.²⁷ Zal het Hof de

strikte negationismerechtspraak blijven toepassen als dat tijdsverloop met de Holocaust groot (genoeg) is²⁸ en de wonden – in zoverre dat kan – geheeld zijn? En wat met de ontkenning van andere genocides en ernstige misdrijven? Zo werd recent in België Europese wetgeving omgezet waardoor ontkenning, rechtvaardiging, goedkeuring of schromelijke minimalisering van genocides, misdaden tegen de mensheid of oorlogsmisdaden erkend door een internationaal gerecht strafbaar gesteld is.²⁹ Dat betekent dat in België de genocides van Rwanda³⁰ of Srebrenica³¹ niet mogen ontkend worden. Hoe gaat dat zich verhouden tot de vrijheid van meningsuiting? Eerder oordeelde het Hof dat ontkenning van de Armeense genocide beschermd werd onder artikel 10 EVRM.³² Brengt het Hof een hiërarchie aan tussen de Holocaust en andere genocides, en zo ja, hoe zal het dat rechtvaardigen? Of zal het verbod gelegitimeerd worden onder één van de twee benaderingen? Dat laatste lijkt, gelet op de rechtspraak van het Hof, weinig waarschijnlijk.

Strikt vasthouden aan de wijze waarop het Hof rechtsprekt over negationisme (en ruimer ontkenning van genocides) en de vrijheid van meningsuiting zal hoogstwaarschijnlijk onhoudbaar worden. Een beoordeling onder artikel 10, § 2 EVRM zal het Hof verplichten een grondige en transparante analyse te maken van de voorliggende zaak en nuance aan te brengen waar nodig, maar zal ook meer ruimte bieden om inmengingen met artikel 10 EVRM al dan niet toe te laten.

25 Zie wel: § 43.

26 Bundesamt für Verfassungsschutz (red.), *Verfassungsschutzbericht 2018*, Bexba, Kern GmbH, 2019, pp. 76-78. De NPD kon wel niet verboden worden als anticonstitutionele partij (BVerfG 17 januari 2017, 2 BvB 1/13).

27 “[W]hile controversial remarks concerning traumatic historical events were always likely to reopen the controversy and bring back memories of past sufferings, a lapse of time of some forty years made it inappropriate to deal with them with the same severity as ten or twenty years previously” (EHRM (GK) 15 oktober 2015, nr. 27510/08, *Perinçek t. Zwitserland*, § 249). Het ging in casu over de Armeense genocide.

28 *Cannie en Voorhoof*, supra, p. 81.

29 Art. 20, 5° Racismewet. Beroep tot vernietiging tegen wijzigingsbepaling ingesteld, zie: GwH nr. 7229.

30 ISGR 2 september 1998, ICTR-96-4-T, *Aanklager t. Jean-Paul Akayesu*.

31 IGH 26 februari 2007, *Bosnië-Herzegovina t. Servië en Montenegro*.

32 EHRM (GK) 15 oktober 2015, nr. 27510/08, *Perinçek t. Zwitserland*.