

Hoorzitting 28 april 2021

**Inzake Voorstel tot herziening van artikel 25 van de Grondwet (1790/1)
en Voorstel tot herziening van artikel 150 van de Grondwet (1791/1)**

Jogchum Vrielink – Université Saint-Louis – Bruxelles

Geachte voorzitter,
Geachte commissieleden,

Hartelijk dank voor uw uitnodiging om te interveniëren tijdens de hoorzitting over het *'Voorstel tot herziening van artikel 25 van de Grondwet teneinde de grondwettelijke waarborgen voor de drukpers uit te breiden tot alle informatiemedia en met het oog op een gelijke vervolging van alle strafbare uitingen die aanzetten tot haat, geweld en discriminatie (1790/1)'*, ingediend door de heer Kristof Calvo c.s.

Mij was voorts een schriftelijk advies gevraagd over het *'Voorstel tot herziening van artikel 150 van de Grondwet teneinde de grondwettelijke waarborgen voor de drukpers uit te breiden tot alle informatiemedia en met het oog op een gelijke vervolging van alle strafbare uitingen die aanzetten tot haat, geweld en discriminatie (1791/1)'*, eveneens ingediend door de heer Kristof Calvo c.s.

In deze tekst combineer ik mijn commentaar op beide (nauw samenhangende) voorstellen.

1. ARTIKEL 25 (VOORSTEL 1790/1)

Voorstel 1790 wil art. 25 Grondwet (persvrijheid) aanvullen met een bijkomend lid, luidend: *"Dezelfde waarborgen gelden voor alle informatiemedia. Ook zij zijn vrij: de censuur kan ook voor hen nooit worden ingevoerd"*. De bedoeling van die voorgestelde wijziging is om *"de grondwettelijke waarborgen van de persvrijheid uit [te breiden] tot alle informatiemedia"*.

Op zich is een verruimde bescherming positief en tot op grote hoogte ondersteun ik die ook. Tegelijk gelden veel van de grondwettelijke waarborgen die voor de persvrijheid gelden, *de facto* ook reeds voor de andere media. Het verbod op preventieve maatregelen bijvoorbeeld, geldt op zich evengoed op grond van art. 19 Gw. (vrijheid van meningsuiting), als op grond van art. 25 Gw.¹

¹ Zie recent o.m. GwH 25 mei 2016, nr. 72/2016, B.17.3; GwH 19 februari 2021, nr. 10/2021, B.48.1. Zeker sinds het RTBF-arrest van het EHRM kan ook het Hof van Cassatie nog moeilijk oordelen dat preventieve maatregelen ten aanzien van bijvoorbeeld televisie-uitzendingen nog toelaatbaar zouden zijn (zolang daar althans geen expliciet kader voor wordt gecreëerd): EHRM, 29 maart 2011, *RTBF t. België*, nr. 50084/06. Wel zou de opname in art. 25 Gw. van andere media onomstotelijk bevestigen dat ook inzake die andere informatiemiddelen preventieve maatregelen uitgesloten zijn.

De essentie van de *bijkomende* bescherming zou dus vooral zijn dat ook (niet-schriftelijke) uitingen op de 'nieuwe' media onderworpen zouden zijn aan:

1. het beginsel van de getrapte aansprakelijkheid, uit art. 25 lid 2 Gw.²
2. de bevoegdheid van de jury (maar die bevoegdheid wordt in de voorstellen ook weer ingeperkt door diverse categorieën van 'mediamisdrijven' te correctionaliseren: *infra* 2)

In het licht hiervan wil ik vooral de vraag opwerpen of het voorstel in zijn huidige vorm niet evenveel vragen opwerpt als beantwoordt en of er niet vooral een meer alomvattende en fundamentele herdenking nodig is van de waarborgen uit art. 25 Gw.

Vooralszake de getrapte aansprakelijkheid – waardevol als die was en is voor bepaalde tekstuele media-uitingen – stellen zich vragen bij de extrapolatie van dat principe en van de in art. 25 Gw. opgenomen actoren, naar andere mediacontexten dan die van de geschreven media. Het beginsel is niet zo eenvoudig toepasbaar in de bijkomende contexten waarin het zal gelden, daar het allesbehalve 'technologieneutraal' geformuleerd is. In de (professionele) audio- en audiovisuele wereld liggen de verantwoordelijkheden en hiërarchieën bijvoorbeeld nogal anders dan in de klassieke 'schrijvende' wereld. En inzake internet is het zelfs niet eenduidig met wie de in art. 25 vernoemde actoren eigenlijk overeenkomen. Wie is de 'uitgever' op internet? Wie de 'drukker'? En wie de 'verspreider'? Daarover kan je lang discussiëren (hetgeen rechtbanken zullen moeten doen, als ze verder geen verduidelijking krijgen; de bestaande rechtspraak inzake teksten op internet (die – mits aan de overige vereisten is voldaan (*infra* 2.3) – reeds als drukpersmisdrijven gezien kunnen worden) brengt hierrond alvast geen duidelijkheid).³

Bovendien kan lid twee van art. 25 meer algemeen wel een updating gebruiken. Zo lijkt de vereiste van 'woonplaats in België' intussen achterhaald in het kader van het Unierecht. Qua actoren kan je je – nog los van de relevantie in de context van het internet (*supra*) – voorts afvragen of de 'drukker' überhaupt nog wel behouden moet blijven: er zijn in de praktijk eigenlijk nooit zaken met betrekking tot de aansprakelijkheid van drukkers.

Tot slot moet de getrapte verantwoordelijkheid – voor andere media dan de klassieke geschreven pers – ook geplaatst worden in de context van het Europees recht, waarbinnen sommige regels op gespannen voet staan met de eventueel uit te breiden cascaderegeling. In principe mogen internettussenpersonen volgens EU-recht niet toezien op de inhoud van de websites die zij opslaan/doorgeven of actief opzoek gaan naar onwettige activiteiten die er zouden plaatsvinden (art. 15 eCommerce Richtlijn). Dit principe is nog duidelijk verzoenbaar met de cascade (die ook zo weinig mogelijk inmenging van tussenpersonen tot doel heeft), maar komt steeds meer op de helling te staan. Zo verwachten de Richtlijn audiovisuele mediadiensten (art. 28ter) en de Richtlijn auteursrechten in de digitale eengemaakte markt (art. 17, § 4) van internettussenpersonen al een veel actievere houding.⁴ Sommige wetgevende initiatieven die in voorbereiding (!) zijn, gaan nog verder. Zo zouden aanbieders van hostingdiensten krachtens het voorstel Verordening ter voorkoming van de verspreiding van online terroristische inhoud (art. 2) proactieve maatregelen moeten

² Dit lijkt althans de meest verdedigbare interpretatie van het voorstel, hoewel er enige ambiguïteit bestaat. De eerste zin van het voorgestelde lid verwijst ongekwalificeerd naar 'dezelfde waarborgen', zodat daar ook de getrapte aansprakelijkheid onder begrepen moet worden. Niettemin verwijst de tweede zin van het lid enkel naar het feit dat de (andere) media ook vrij zijn en nooit aan censuur kunnen worden onderworpen (daarmee de getrapte aansprakelijkheid of de borgstelling niet expliciet hernemend). Dezelfde ambiguïteit kenmerkt de toelichting.

³ Zie K. De Schepper en C. Van de Heyning, "De strafrechtelijke aansprakelijkheid van een internetnieuwsportaal voor zijn lezersreacties: het arrest Delfi in de Belgische strafrechtelijke context", *T.Straf.* 2016/4, nr. 24.

⁴ Hoewel ze tegelijk aangeven dat dit niet neerkomt op een algemene toezichtsplicht.

nemen tegen de verspreiding van terroristische inhoud.⁵ Ook het voorstel voor een Digital Services Act gaat in die richting, met meer toezichtsverplichtingen voor internetplatformen.

Dit alles wil niet zeggen dat de grondwetgever de cascadowaARBorgen niet kan of mag uitbreiden naar de andere media, maar *als* men daarvoor opteert dan lijkt er meer voor nodig dan het momenteel voorgestelde derde lid. Een meer fundamentele reflectie op art. 25 Gw. is aangewezen, eerder dan het formalistisch uitvoeren van de opdracht van de preconstituante.

Dat kan bijvoorbeeld door ervoor te kiezen om art. 25 Gw. gedurende deze legislatuur *niet* te wijzigen (de constituyente is er immers geenszins toe gebonden om de voor herziening vatbaar verklaarde artikelen ook daadwerkelijk te wijzigen), maar om dat – na een nieuwe herzieningsverklaring – pas in de volgende legislatuur te doen en intussen te reflecteren op de inhoudelijk en vormelijk meest wenselijke wijziging.

Alternatief kan het m.i. ook reeds in de huidige legislatuur. De indieners zelf menen dat dit niet kan. De preconstituante bepaalde immers dat het artikel werd opengesteld “om een lid toe te voegen teneinde de waarborgen van de drukpers uit te breiden tot de andere informatiemiddelen”: het voorstel overweegt dat dit betekent dat de andere leden van het artikel, waaronder het systeem van getrapte aansprakelijkheid uit lid 2, “niet zomaar aangepast of geschrapt kunnen worden”.⁶

Naar gevestigde interpretatie is de grondwetsherziener evenwel niet gebonden aan de materiële richting die de preconstituante eventueel meegeeft, *tenzij* het om nieuwe grondwetsbepalingen gaat. In redelijkheid kan m.i. echter ‘een nieuw lid waarin bestaande waarborgen worden uitgebreid’ bezwaarlijk worden gezien als een ‘nieuwe bepaling’: functioneel gaat dat eenduidig om een *uitbreiding* van een bestaande bepaling, veeleer dan om het invoeren van een ‘nieuwe’ bepaling.⁷ Een ruimere herziening – met aandacht voor de geïdentificeerde (en andere)⁸ problemen – lijkt dus mogelijk.

Daarbij kan men ervoor kiezen om de getrapte aansprakelijkheid simpelweg *niet* uit te breiden tot de andere media.⁹ Alternatief kan men analoge waarborgregelingen uitwerken voor de audiovisuele media enerzijds en het internet anderzijds, door middel van een meer uitgewerkte herziening; dat laatste zou de wens van de preconstituante meer respecteren, maar zou een moeilijke oefening blijven.

2. ARTIKEL 150 (VOORSTEL 1791/1)

De in voorstel 1791 voorgestelde wijziging van art. 150 Gw. houdt in dat het artikel als volgt zou komen te luiden: “*De jury wordt ingesteld voor alle criminele zaken, alsmede voor politieke misdrijven en mediamisdrijven, behoudens strafbare uitingen ingegeven door racisme, vreemdelingenhaat, of seksisme, of die aanzetten tot haat, geweld of discriminatie jegens personen of groepen*”.

⁵ Filtering en zelfs voorkomen dat verwijderde inhoud opnieuw wordt geüpload.

⁶ Parl.St. Kamer 2020-21, nr. 1790/1, 11.

⁷ Zie o.a. A. Strowel die aangeeft dat grondwetspecialisten “het erover eens [zijn] dat dit mogelijk is” (in *Persvrijheid in de 21^{ste} eeuw*, Colloquium 29 november 2019, 35). Zie anders, in dezelfde bundel: J. Velaers (p. 55). Meegaan in een strikt formalistische interpretatie van wat een ‘nieuwe bepaling’ is, zou betekenen dat de preconstituante de constituyente altijd zou kunnen binden, mits hij maar zou voorzien dat eender welke wijziging via ‘een nieuw lid’ moet plaatsvinden.

⁸ Zo lijkt het wetstechnisch ook eleganter om lid 1 te wijzigen om de gewenste uitbreiding te bekomen eerder dan om een derde lid toe te voegen.

⁹ Hoewel dat wel sterker op gespannen voet staat met de opdracht van de preconstituante, die immers ‘de’ (en dus in beginsel *alle*) waarborgen wilde uitbreiden tot de andere media.

2.1. Artikel 148 Gw.: ook te wijzigen

Een eerste punt is dat – bij een eventuele wijziging van art. 150 Gw., waarbij het concept ‘drukkersmisdrijven’ wordt vervangen door ‘mediamisdrijven’ – ook art. 148 (lid 2) Gw. gewijzigd zou moeten worden.

Die bepaling voorziet in een bijzonderheid inzake de openbaarheid van de terechtzittingen waar het gaat om drukpers- en politieke misdrijven: *“Inzake politieke misdrijven en drukpersmisdrijven kan het sluiten der deuren niet dan met algemene stemmen worden uitgesproken”*.

Als men in art. 150 Gw. ‘drukkersmisdrijven’ vervangt door ‘mediamisdrijven’ dan ligt het in de rede om zulks ook te doen in art. 148 Gw. Op dit moment lijkt daar nog geen initiatief rond te zijn genomen. De bepaling is wel voor herziening vatbaar.

2.2. Verruiming correctionalisering überhaupt aangewezen?

Ten aanzien van de voorgestelde wijziging van art. 150, waarbij de ‘correctionalisering’ wordt verruimd, stelt zich voorts de vraag of dat überhaupt wel aangewezen is. Misschien is het nuttig om daarvoor de achtergronden van de huidige regeling in herinnering te roepen.

Hoewel de hedendaagse praktijk anders doet vermoeden, werd de volksjury in België niet zozeer ingevoerd om zware misdadigers te berechten. De Belgische grondwetgever wilde, integendeel, de jurywaarborg eerst *alleen* instellen voor persmisdrijven en politieke misdrijven. Pas toen het debat bijna voorbij was, opperde een liberaal lid van destituante – Alexandre de Robaulx – dat moordenaars en verkrachters eigenlijk ook wel voor de jury konden worden gebracht, als bijkomende waarborg (zij konden destijds immers nog de doodstraf krijgen).¹⁰ Die suggestie werd gevolgd.

Persmisdrijven politieke misdrijven bleven – wat de jurybevoegdheid betreft – echter het belangrijkste voor de constituante: men wilde in de eerste plaats voorkomen dat dissidenten en opposanten van het regime beoordeeld zouden worden door rechters afkomstig uit datzelfde regime. Door te voorzien in volksrechters wilde de grondwetgever critici en zelfs radicale tegenstanders van het politieke establishment beschermen tegen mogelijke onderdrukking door *the powers that be*. Beroepsrechters hadden zich in het (destijds) recente verleden te meegaand betoond in het toepassen van repressieve perswetgeving.¹¹

Omgekeerd zou juryrechtspraak de rechterlijke macht ook beschermen tegen de schijn van partijdigheid en politisering, omdat persmisdrijven en politieke misdrijven vaak maatschappelijk gevoelig liggen en rechters bovendien dwingen om persoonlijke of ‘politieke’ keuzes te maken bij hun oordeelsvorming, door de (ruime) beoordelingsvrijheid die ze laten aan de rechter. Door de bevoegdheid voor deze kwestie voor te behouden aan de volksjury, wilde men dus tegelijk de perceptie van neutraliteit van beroepsrechters niet in het gedrang brengen.¹²

¹⁰ E. Huyttens, *Discussions du Congrès national de Belgique 1830-1831*, Brussel, Société typographique belge, 1844, II, 230-232 en IV, 101. Zie voor details B. Delbecke, *De lange schaduw van de grondwetgever. Perswetgeving en persmisdrijven in België*, 2012, Gent, Academia Press, 78-80.

¹¹ B. Delbecke, *De lange schaduw van de grondwetgever. Perswetgeving en persmisdrijven in België*, 2012, Gent, Academia Press, 78; J. Englebert, *La procédure garante de la liberté de l'information*, Limal, Anthemis, 2014, nr. 42.

¹² A. Mast, *Vrijheid van drukpers*, in Administratief Lexicon, Brugge, Die Keure, 1962, nr. 35; B. Delbecke, *De lange schaduw van de grondwetgever. Perswetgeving en persmisdrijven in België*, 2012, Gent, Academia Press, 77.

Last but not least zag men de invoering van de jury voor persmisdrijven als een extra waarborg voor de expressievrijheid en dit zowel in procedurele als inhoudelijke zin. In procedureel opzicht moest de zware en dure assisenprocedure een ontmoedigings- of filtermechanisme opleveren, zodat alleen zwaarwichtige zaken voor het gerecht gebracht zouden worden.¹³ Wat betreft het tweede, meer inhoudelijke aspect, was men ervan overtuigd¹⁴ dat de jury geneigd zou zijn tot een grotere vrijheidslievendheid dan beroepsrechters.¹⁵

Niet al die overwegingen zijn nog even actueel: zo durf ik te betwijfelen of een jury altijd geneigd is tot een grotere vrijheidslievendheid dan een beroepsrechter (in sommige materies zou het omgekeerde wel eens het geval kunnen zijn). Maar veel andere toenmalige overwegingen en doelstellingen blijven onverkort overeind.

Zo laat de toepassingspraktijk van het ‘gecorrectionaliseerde’ racistische persmisdrijf zien dat het risico van een *schijn van partijdigheid* bij beroepsrechters niet denkbeeldig of achterhaald is, bij persmisdrijven. Denk wat dat betreft aan de reacties op het Vlaams Blok-arrest uit 2004 of andere processen tegen of veroordelingen van politieke actoren in het bijzonder. De veralgemening van de exceptie naar alle ‘discriminerende mediamisdrijven’ zal dat risico en effect enkel verergeren.

Het is verder vooral de *vrijheidsbeschermende drempelwerking* van de procedure voor assisen die bijzonder relevant blijft. Ook dat zie je in de praktijk van de racistische en xenofobe drukpersmisdrijven: in de loop der jaren zijn daarrond nogal wat zaken geweest, niet zelden voor weinig zwaarwegende feiten, en de rechtspraak is allesbehalve rechtlijnig (en volgt zeker niet altijd de nogal vrijheidsbeschermende bakens die het Grondwettelijk Hof ter zake uitzette).¹⁶ Willen we de optie van vervolging voor de correctionele rechter (incl. mogelijkheden van burgerlijke partijstelling en rechtstreekse dagvaarding)¹⁷ echt uitbreiden tot de veelheid aan gronden die de discriminatiewetgeving omvat? Het gaat momenteel meer bepaald om: geslacht (met daaronder expliciet begrepen zwangerschap, bevalling, het geven van borstvoeding, moederschap, adoptie of medisch begeleide voortplanting, geslachtsverandering, genderidentiteit, genderexpressie, seksekenmerken en vader- of meemoederschap), zogenaamd ras, huidskleur, afkomst, nationale of etnische afstamming, nationaliteit, leeftijd, seksuele geaardheid, burgerlijke staat, geboorte, vermogen, geloof of levensbeschouwing, politieke overtuiging, taal, huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een handicap, een fysieke of genetische eigenschap, sociale afkomst en syndicale overtuiging. Als men de keuze voor ‘correctionalisering’ van alle hate speech maakt, valt te vrezen voor een aanzienlijke impact op de expressievrijheid en een niet te onderschatten *chilling effect* op uitingen.

Natuurlijk werkt de assisenprocedure momenteel tē beschermend doordat er *de facto* nooit meer een zaak wordt opgestart voor een persmisdrijf. Maar ik heb het altijd erg vreemd gevonden dat men, vanuit die feitelijke vaststelling – die een loutere beleidskeuze is van het OM – concludeert dat men ‘dus’ de Grondwettelijke procedure moet herzien om iets aan die straffeloosheid te doen. Dat lijkt me het kind met het badwater weg te gooien.

¹³ J.M. Van Bol, “Presse et liberté d’expression”, *Ann.Dr.* 1980, 226; J. Velaers, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, Antwerpen, Maklu, 1991, nr. 188.

¹⁴ Die overtuiging was mede gebaseerd op ervaringen met juryrechtspraak tijdens het Franse bewind: in de napoleontische periode was de volksjury bijzonder mild geweest in perszaken.

¹⁵ Zie bijv. E. Huyttens, *Discussions du Congrès national de Belgique 1830-1831*, Brussel, Société typographique belge, 1844, III, 576.

¹⁶ Zie daarover uitvoerig J. Vrielink, *Van haat gesproken? Een rechtsantropologisch onderzoek naar de bestrijding van rasgerelateerde uitingsdelicten in België*, Antwerpen, Maklu, 2010, deel III.

¹⁷ Die trouwens ook de gerechtelijke achterstand allesbehalve zal doen slinken.

Je kan natuurlijk ook gewoon persmisdrijven (of na een eventuele beperktere herziening: 'mediamisdrijven') voor assisen behouden, de procedure nieuw leven inblazen én er tegelijk zorgvuldig mee omspringen. Zo is het helemaal niet nodig om elke assisenzaak twee weken te laten duren. En zodra een jury is samengesteld, zou die ook meerdere mediazaken na elkaar kunnen behandelen. Het hoeft niet zo tijdverslindend en duur te zijn als men soms denkt.

Persoonlijk lijkt het me – vanuit de expressievrijheid, maar ook vanuit de bestrijding van *hate speech* bezien – verkieslijk om af en toe een sterk symbooldossier te hebben om te laten zien dat er geen straffeloosheid is, in plaats dat men voor elk incident (inclusief voor futiliteiten) naar een rechter kan stappen.

De ongelijkheid tussen racistische persmisdrijven en andere pers- of mediamisdrijven is natuurlijk wel een feit, en eigenlijk niet te rechtvaardigen. Maar je kunt die evengoed oplossen door racistische uitlatingen eveneens weer door de 'jury 2.0' te laten beoordelen.

2.3. Indien men kiest voor uitbreiding 'correctionalisering': waarom deze uitbreiding?

Indien men toch zou opteren voor ruimere 'correctionalisering', dan rijst vooral de vraag: waarom kiest men voor de voorgestelde categorieën? Het voorstel wil de bestaande exceptie voor *'drukpersmisdrijven ingegeven door racisme en xenofobie'* uitbreiden naar *'strafbare uitingen ingegeven door racisme, vreemdelingenhaat, of seksisme, of die aanzetten tot haat, geweld of discriminatie jegens personen of groepen'*.

Om te beginnen kan daarbij opgemerkt worden dat door de gekozen formulering ('strafbare uitingen') niet uitsluitend *mediamisdrijven* (ingegeven door racisme, vreemdelingenhaat, of seksisme, of die aanzetten tot haat, geweld of discriminatie jegens personen of groepen) door de correctionele rechter beoordeeld zullen kunnen worden, maar dat hetzelfde geldt voor *politieke misdrijven* (ingegeven door... etc.). Dat lijkt nochtans niet de bedoeling van het voorstel, waarin men uitsluitend naar mediamisdrijven verwijst. Indien men dit gevolg niet zou wensen, is het aangewezen om enkel te verwijzen naar *'mediamisdrijven ingegeven door racisme, vreemdelingenhaat, of seksisme, of die aanzetten tot haat, geweld of discriminatie jegens personen of groepen'*. Op die wijze blijven (alle) politieke misdrijven de bevoegdheid van de jury.¹⁸

Een belangrijker en inhoudelijk bezwaar geldt ten aanzien van de logica van de categorieën van mediamisdrijven waarvoor men de bevoegdheid van de jury uitsluit. Die logica is wezenlijk de voortzetting – of liever: de vlucht vooruit – van de logica uit 1999; dat geeft het voorstel ook aan. Men gaat voor de uitbreiding omdat er *"vandaag een niet te rechtvaardigen ongelijkheid [bestaat] tussen drukpersmisdrijven die ingegeven zijn door racisme of xenofobie, en drukpersmisdrijven die ingegeven zijn door een andere vorm van discriminatie"*. Voor het onderscheid met *andere* mediamisdrijven – dat men deels handhaaft en deels nieuw introduceert – wordt in het voorstel niet echt een rechtvaardiging geboden. Het enige dat men vermeldt, is dat men geen 'correctionalisering' wenst voor laster en eerroof, omdat zulks *"zou kunnen leiden tot een beknotting van de persvrijheid, die essentieel is in een democratische maatschappij als de onze"*. Tussen de regels kan je lezen dat de indieners – net als ikzelf trouwens – voorstander zijn van een algehele depenalisering van laster en eerroof (mede in aansluiting bij de positie ter zake van de Raad van Europa);¹⁹ het 'parkeren' van deze

¹⁸ Merk terzijde op dat sommige misdrijven tegelijk pers-/mediamisdrijven en politieke misdrijven kunnen zijn.

¹⁹ *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 1791/1, 11.

misdrijven onder de bevoegdheid van de jury leidt – in afwachting van een eventuele echte depenalisering – al tot een *de facto* depenalisering. Tot daartoe.

Niettemin kleven er problemen aan de gevolgde redenering en oplossing. Om te beginnen geldt het argument van risico's voor de beknutting van de persvrijheid evenzeer voor de correctionalisering van alle 'discriminerende' mediamisdrijven. De indieners zien dat daar echter kennelijk niet als een probleem. Dat terwijl het nochtans, zoals aangegeven (*supra* 2.2), gaat om een grote hoeveelheid discriminatiegronden waarvan de strekking niet altijd *a priori* duidelijk is en daarmee de impact op de expressievrijheid evenmin. Tel daarbij op dat nu reeds veel rechtbanken zich niet houden aan de restrictieve criteria die het Grondwettelijk Hof als voorwaarden stelde voor de toepassing van uitingsdelicten zoals het 'aanzetten tot haat, discriminatie en geweld' (*supra* 2.2).

Minstens even belangrijk is dat men voorbijgaat aan het feit dat het lang niet alleen laster en eerroof zijn die men op deze wijze uitsluit van 'vervolgbaarheid'. Persmisdrijven – of straks ruimer 'mediamisdrijven' – kunnen een *veelheid* van strafrechtelijk gesanctioneerde inbreuken betreffen, zolang er maar aan de formele voorwaarden is voldaan waardoor een dergelijk misdrijf tegelijk een persmisdrijf (of straks dus een 'mediamisdrijf' wordt) en dus (voortaan) naar assisen (zal) moet(en).

Voor een persmisdrijf zijn traditioneel de volgende elementen vereist: het moet gaan om een meningsuiting (1) die (potentieel) strafbaar is (2) in een tekst 'die vermenigvuldigd is door een drukpers of een gelijkaardig procedé' (3), en aan de uiting moet een 'zekere openbaarheid' worden gegeven (4). Men kan veronderstellen dat een 'mediamisdrijf' aan analoge voorwaarden moet voldoen, maar dat de 'tekstvereiste' (*écrit imprimé*) logischerwijs zal komen te vervallen, zodat het o.a. ook om audio- en audiovisuele uitingen kan gaan.²⁰

Richtinggevend – om vast te stellen of het bij openbare uitingen via eender welke informatiemedia, gaat om een mediamisdrijf – zal dus steeds zijn of er in hoofde van de rechter een *beoordeling van het strafbaar karakter van een mening* vereist is (waarbij het uitdrukkelijk niet vereist is, krachtens vaste cassatierechtspraak, dat die mening enige sociale relevantie heeft; ook simpele, persoonlijke beledigingen, die losstaan van het maatschappelijk debat, leveren al een 'meningsuiting' op zoals vereist voor een drukpersmisdrijf).²¹

Naast laster, eerroof en de (van de bevoegdheid uitgezonderde) 'discriminerende' uitingsdelicten kan het o.a. gaan om zedenschennis, lasterlijke aangifte, oneerlijke mededinging,²² aanzetten tot het plegen van misdrijven en vele andere misdrijven. Al die strafbare feiten kunnen – afhankelijk van de concrete feiten en omstandigheden van de zaak – soms 'mediamisdrijven' opleveren.²³

De vraag is dan ook waarom *elk* 'discriminerend' mediamisdrijf per definitie ernstiger zou zijn dan *elk* ander pers-/mediamisdrijf? Of minstens: waarom zouden *enkel* die

²⁰ Een belangrijke vraag is trouwens of het ook om *loutere afbeeldingen* zal kunnen gaan. Momenteel ziet het Hof van Cassatie afbeeldingen, tekeningen en foto's *niet* als de rechtstreekse uiting van een mening of gedachte, zodat ze op zichzelf niet in aanmerking komen voor de kwalificatie van drukpersmisdrijf. Afbeeldingen zouden slechts "*materiële voorstellingen zijn die een beroep doen op emoties en gevoelens*", en geen 'meningsuitingen'. Zie o.m. Cass. 28 maart 1839, Pas. 1839-40, I, 55; Cass. 9 januari 1973, Pas. 1973, I, 455; Cass. 28 juni 2004, www.cass.be. In de rechtsleer wordt deze positie al lange tijd scherp bekritiseerd wegens conceptueel incoherent en louter ingegeven door de bezorgdheid om zo min mogelijk zaken als 'drukpersmisdrijf' te moeten kwalificeren. Het zou goed zijn als de grondwetgever zich ook over deze kwestie kon uitspreken.

²¹ Cass. 6 maart 2012, nr. P.11.1374.N, overweging 5. Zie ook Luik 22 december 2016, *A&M* 2016/4, 354.

²² Corr. Luik, 27 maart 1963, *JT* 492 (vgl. Brussel 9 januari 1974, *JT* 1976, 65).

²³ Vgl. *mutatis mutandis* J. Velaers, *De Grondwet, een artikelsgewijze commentaar*, Brugge, die Keure, 2018.

‘discriminerende’ mediamisdrijven vervolgbaar moeten zijn en zouden alle andere mediamisdrijven *de facto* onvervolgbaar moeten blijven of – in veel gevallen – nu plots onvervolgbaar moeten worden? In het voorstel zelf worden hiervoor alvast geen argumenten geboden.

Persoonlijk zie ik daarvoor eigenlijk ook geen doorslaggevende redenen of rechtvaardigingen. Het best denkbare argument kan wellicht nog ontleend worden aan het zgn. Vlaams Blok-arrest van het hof van beroep van Gent.²⁴ Daarin overwoog het hof dat het onderscheid tussen (gecorrectionaliseerde) racistische persmisdrijven en de (niet-gecorrectionaliseerde) andere persmisdrijven stoelde op een objectief en pertinent criterium, t.w. dat het zou toelaten om op een snelle en efficiënte manier te verhinderen *“dat bij middel van de drukpers een door racisme en xenofobie ingegeven gedachtegoed, waarvan een hele groep of gemeenschap het slachtoffer dreigt te worden, zou worden verspreid en gebanaliseerd en zodoende bij de bevolking ingang zou vinden, zonder dat, teneinde de persvrijheid en de vrijheid van meningsuiting verder maximaal te waarborgen, een einde wordt gesteld aan de feitelijke immuniteit verleend aan het merendeel van de overige drukpersmisdrijven, die doorgaans slechts een of enkele individuen treffen”*.²⁵ Kortom: het onderscheid zou gerechtvaardigd worden door het feit dat van racistische persmisdrijven hele groepen slachtoffer zijn, wat bij andere persmisdrijven niet zo is. Die redenering zou je kunnen uitbreiden naar ‘discriminerende mediamisdrijven’.

Een probleem hiermee is dat dit om te beginnen sterk genuanceerd of zelfs gedeconstrueerd kan worden. Zo zijn er – gegeven de huidige regelgeving – nogal wat ‘discriminerende’ pers- of mediamisdrijven waar in hoofdzaak slechts een of enkele individuen het slachtoffer van zijn. Denk aan de strafverzwaringen voor discriminerende of haatmotieven bij een veelheid van misdrijven, waaronder ook bij laster en eerroof. Als er dus sprake is van laster of eerroof, via de media, met een haatmotief, dan kan de correctionele rechter dat beoordelen, terwijl in andere gevallen enkel de jury mag oordelen. Heel (ge)rechtvaardig(d) voelt dat niet aan. Omgekeerd zijn er bij andere persmisdrijven en zeker bij andere ‘mediamisdrijven’ nogal wat voorbeelden denkbaar waarvan ‘hele groepen’ het slachtoffer van zouden kunnen worden: denk aan het aanzetten tot bepaalde strafbare feiten, zoals relschoppen.

Maar meer fundamenteel lijkt het me ook de vraag of het utilitaristische/numerieke argument überhaupt dermate zwaarwegend is dat het de ‘dichotome’ oplossing kan rechtvaardigen die het voorstel omvat. Bij heel veel ‘groepsgerichte’ discriminerende pers- en mediamisdrijven is de impact namelijk ook heel diffuus (zeker bij veel van de recentere discriminatiegronden), terwijl die impact bij bepaalde individugerichte uitingen soms extreem ingrijpend en verregaand kan zijn.

Het lijkt in dit opzicht logischer om *het hele systeem* grondig en coherent te herdenken (bijv. door te opteren voor de optie beschreven in 2.2; temeer omdat er – zoals uit empirisch onderzoek blijkt – van de vervolging van hate speech doorgaans eerder contraproductieve dan positieve effecten te verwachten zijn),²⁶ in plaats van te kiezen voor doortrekking van een logica die vanaf het begin discutabel was.

²⁴ Gent 21 april 2004, www.unia.be.

²⁵ *Ibid.* Zie kritisch J. Vrielink, S. Sottiaux en D. De Prins, “Het Vlaams Blok-arrest, artikel 150 van de Grondwet en de interpretatie van de antiracismewet”, *Tijdschrift voor Vreemdelingenrecht* 2004, nr. 2, 89-112.

²⁶ Zie uitvoerig J. Vrielink, *Van haat gesproken?*, Maklu, 2010, deel IV Of zie beknopter en recenter: J. Vrielink, “Willen we meer of minder vervolging van meningsuitingen? Rechtsantropologische vragen bij hate-speechwetgeving”, in T. Herrenberg (ed.), *De grenzen van het publieke debat: verdraagzaamheid en de vrijheid van meningsuiting in de democratische samenleving*, Den Haag, Boom Juridisch, 2019, 89-110.