TUSSEN WOORD EN DAAD
Een onderzoek naar de reikwijdte van het recht op vrijheid van meningsuiting en betoging

Aernout Nieuwenhuis ▪

Samenvatting | Meningen worden niet alleen geuit door teksten en leuzen, maar ook door bepaalde gedragingen. Men denke aan het dragen van een roder ster, het verbranden van vlaggen, het verstoren van de jacht en het blokkeren van wegen. Het is de vraag in hoeverre dergelijke activiteiten binnen de reikwijdte van het recht op vrijheid van meningsuiting en betoging vallen. Enerzijds zijn genoemde activiteiten (mede) bedoeld om een opvatting kenbaar te maken. Anderzijds hebben ze ook kenmerken die teksten en leuzen missen. Onderzocht wordt wat de grondrechtelijke positie is van dergelijke gedragingen in het recht van de VS, onder het EVRM en de daarop gebaseerde jurisprudentie van het EHRM, en in het Nederlandse recht.

Trefwoorden | Vrijheid van meningsuiting, vrijheid van betoging, symbolic speech, First Amendment, EVRM

Kluwer Navigator | NTM-NJCMBull. 2017/02

1 Inleiding

De maatschappelijke meningsvorming vindt voor een deel 'op straat' plaats. Dat geldt met name voor protesten tegen wetgeving, regeringsbeleid of (andere) misstanden.[1] Deze protesten – een tekst op een bord, een optocht van een leuzen roepende groep – zijn veelal grondrechtelijk beschermd. Maatregelen die dergelijke activiteiten beperken, zullen dus aan de clausulering van het recht op vrijheid van meningsuiting respectievelijk het recht op vrijheid van betoging moeten voldoen.

Bij andere 'acties' is het minder duidelijk of een beroep op deze grondrechten mogelijk is: een dienstplichtige verbrandt in het openbaar zijn oproep voor de militaire dienst, een popconcert tegen racisme produceert meer decibellen dan de omwonenden lief is, een man loopt naakt door het Schotse land, activisten trachten met rubberbootjes de walvisvangst te verhinderen, een burger werpt een verfbom naar de gouden koets, en een actiegroep maakt langdurig gebruik van een tentenkamp bij een actie tegen de globalisering van de ongelijkheid.

In al deze gevallen heeft de overheid – op een gegeven moment – maatregelen genomen tegen de genoemde activiteiten en heeft (ook) de rechter zich gebogen over de vraag in hoeverre deze activiteiten grondrechtelijke bescherming genieten. Enerzijds zijn er aanwijsbare verschillen met het in het openbaar afsteken van een redevoering of een demonstratieve tocht waarin spandoeken worden meegevoerd. Anderzijds tonen de beschreven gedragingen er wel verwantschap mee. De vraag die in deze bijdrage centraal staat, is hoever de reikwijdte van het recht

▪ Mr. dr. A.J. Nieuwenhuis is hoofddocent staatsrecht aan de Universiteit van Amsterdam en gelieerd aan het Instituut voor Informatierecht.

1 Er is sprake van een stijging van het aantal betogingen, alsmede van de modaliteiten, B. Roorda e.a., *Evaluatie Wet Openbare Manifestaties,* Den Haag: Binnenlandse Zaken 2015, p. 1.

op vrijheid van meningsuiting en betoging in dezen strekt. Het antwoord daarop is van belang voor de beperkingsmogelijkheden.

De literatuur hanteert voor de betreffende activiteiten een aantal termen. Met het begrip 'symbolic speech'[2] wordt in de eerste plaats bedoeld dat de vrijheid van meningsuiting zich kan uitstrekken tot het gebruik van andere symbolen dan taaluitingen in eigenlijke zin zoals V-teken, vlag en emotica.[3] Daarnaast zijn er gedragingen die onder omstandigheden een zodanig symbolisch en communicatief gehalte krijgen dat zij mogelijkerwijs voor bescherming in aanmerking komen. Zo zal het ophangen van wasgoed in het algemeen weinig met het uiten van een mening te maken hebben, maar hangt men wasgoed op bij het parlementsgebouw om aandacht te trekken voor 'de vuile was' van de regering, dan is dat anders.[4] Dit soort gewone gedragingen, die onder omstandigheden een meningsuiting behelzen, wordt ook wel aangeduid met de term 'symbolic' of 'expressive conduct'. In deze bijdrage is gekozen voor de eerstgenoemde term.

Vervolgens zijn er activiteiten waaruit een standpunt naar voren komt, maar die tevens trachten gedragingen van derden te verhinderen, in het bijzonder ook gedragingen waar het protest tegen gericht is. In de literatuur wordt van 'direct action' gesproken.[5] Een voorbeeld is het volledig blokkeren van een winkel die bont verkoopt. De vraag of dergelijke activiteiten grondrechtelijk beschermd kunnen zijn, maakt ook deel uit van het onderzoek.

Er kunnen dus een aantal gedragingen, anders dan taaluitingen in eigenlijke zin, worden onderscheiden: het gebruik van (andere) symbolen (voorbeeld: het dragen van een rode ster); gedragingen die hier als 'symbolic conduct' zullen worden aangeduid (voorbeeld: het gieten van een pot verf over een standbeeld van een verguisde gezagdrager); 'direct action': gedragingen die aandacht vragen voor een bepaalde (vermeende) misstand maar tegelijkertijd bedoeld zijn om bepaalde handelingen te verhinderen (voorbeeld; het zich vastketenen aan een bulldozer bij een protest tegen de aanleg van een snelweg). Dit is geen haarscherpe indeling; zo lijkt de overgang van 'symbolic speech' naar 'symbolic conduct' bijvoorbeeld vloeiend.

Uit de gegeven voorbeelden blijkt al dat het niet alleen om activiteiten van individuen maar ook om gezamenlijk optreden kan gaan. Groepen kunnen door middel van teksten, door 'symbolic speech', door 'symbolic conduct' en door 'direct action' hun opvatting tot uitdrukking brengen. Het 'gezamenlijk optrekken' toont als het ware de steun aan, of het belang van, de uitgedragen opvatting. Deze gezamenlijkheid wordt in het bijzonder door de vrijheid van betoging bestreken. Het is daarbij niet onmogelijk dat bepaalde gedragingen door het gezamenlijk optreden eerder een symbolisch karakter krijgen. Tegelijkertijd zal juist de gezamenlijkheid de nodige hinder voor derden kunnen opleveren. De specifieke bescherming die het betogingsrecht biedt, dient in elk geval in het onderzoek betrokken te worden.

Het artikel analyseert de grondrechtelijke bescherming in rechtsvergelijkend perspectief; achtereenvolgens wordt aandacht besteed aan het recht in de Verenigde Staten, aan het EVRM en

2 Bijv. J.M. de Meij e.a., *Uitingsvrijheid. De vrije informatiestroom in grondwettelijk perspectief*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 2000, p. 219; vgl. L. Garlicki, 'Symbolic Speech', in: J. Casadevall e.a. (red.), *Freedom of Expression: Essays in Honour of Nicolas Bratza, President of the European Court of Human Rights*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2012, p. 331 e.v.

3 Vgl. Garlicki 2012 (*supra* noot 2), p. 332.

4 EHRM 12 juni 2012, 26005/08 en 26160/08 (*Tatár en Fáber/Hongarije*).

5 Bijv. Roorda e.a. 2015 (*supra* noot 1), p. 1.

de daarop gebaseerde jurisprudentie van het EHRM, en aan het Nederlandse recht, waarin het EVRM zijn invloed doet gelden maar dat ook gebaseerd is op de Grondwet. De Verenigde Staten zijn gekozen omdat het Amerikaanse recht wel ten voorbeeld wordt gesteld,[6] omdat het verder ontwikkeld zou zijn.[7]

De drie paragrafen over respectievelijk het recht in de VS, het EVRM en het Nederlandse recht, hebben dezelfde opbouw. Ze beginnen met een algemene impressie van de relevante grondrechten en hun beperkingsmogelijkheden. Vervolgens komt de specifieke jurisprudentie aan bod, met als leidraad de in deze inleiding gemaakte indeling: het gebruik van symbolen, 'symbolic conduct' en 'direct action' met apart aandacht voor 'de gezamenlijkheid'. In het slothoofdstuk wordt de aan de verschillende uitingsvormen gegeven bescherming in onderling verband geanalyseerd.

2 Verenigde Staten

2.1 Algemeen

Het First Amendment bepaalt: 'Congress shall make no law abridging the freedom of speech or of the press.' Het recht van 'the people' 'to assemble peaceably' is ook in het First Amendment vastgelegd.[8] Deze vrijheden worden niet strikt onderscheiden. Pas in de jaren twintig van de vorige eeuw is het Supreme Court ook lagere dan federale wetgeving gaan toetsen aan het First Amendment. In die tijd ligt het beginpunt van de First Amendment doctrine, die aan de vrijheid van meningsuiting een zeer sterke positie toekent. Iedereen moet zelf kunnen bepalen welke ideeën waardevol zijn[9] en in een democratie dient er bij uitstek ruimte te zijn voor 'debate on public issues'.[10] Tegen deze achtergrond is ook de reikwijdte in de loop van de twintigste eeuw groter geworden. Het First Amendment ziet niet alleen op nette en rationele discussies; emotionele bewoordingen en straattaal worden ook beschermd.[11]

Het First Amendment kent geen geschreven beperkingsclausule. De jurisprudentie maakt niettemin een belangrijk onderscheid tussen beperkingen die zien op de inhoud en 'time, place, manner restrictions'.[12] In het eerste geval is er sprake van 'strict scrutiny' door de rechter, wat impliceert dat slechts 'compelling government interests' een rechtvaardiging voor een beperking kunnen vormen. Dat is bijvoorbeeld het geval, indien er sprake is van 'incitement to imminent lawless action' en die 'action' een reële mogelijkheid is.[13]

6 Bijv. De Meij 2000 (*supra* noot 2), p. 220; ook in de jurisprudentie van het EHRM is er wel naar verwezen, zie Jambrek concurring in EHRM 25 november 1997, 24348/94 (*Grigoriades/Griekenland).*

7 Garlicki 2012 (*supra* noot 2), p. 331.

8 Het First Amendment legt tevens de vrijheid van godsdienst vast; daar wordt hier niet verder op ingegaan.

9 Turner Broadcasting system inc. v. FCC, 114 SCt 2445 (1994). Vgl. ook Holmes diss. in U.S. v. Schwimmer, 279 U.S. 644 (1929): 'not free thought for those who agree with us, but freedom for the thought that we hate.'

10 New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

11 Cohen v. California, 403 U.S. 15 (1971). Een mededeling in strikte zin is evenmin een voorwaarde: 'What is one man's amusement teaches another's doctrine', Winters v. New York, 333 U.S. 507 (1948). Dat geldt ook voor muziek.

12 Bijv. Snyder v. Phelps, 562 U.S. 443 (2011).

13 Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969).

Beperkingen die niet de inhoud betreffen, zijn eerder te rechtvaardigen, namelijk door een 'significant' of 'substantial government interest'.[14] De regeling moet dan wel 'narrowly tailored' zijn in verhouding tot het te dienen doel en moet 'alternative channels of communication' openlaten. Een goed voorbeeld vormen de aan een rockconcert tegen racisme opgelegde beperkingen die alleen het geluidsvolume betroffen.[15]

2.2 Symbolic speech

Al in 1931 maakte het Supreme Court duidelijk dat het zwaaien met een rode vlag door het First Amendment wordt bestreken.[16] In de jaren zestig en zeventig van de vorige eeuw is gebleken dat bijvoorbeeld ook het dragen van zwarte armbanden door scholieren, als protest tegen de oorlog in Vietnam, beschermd is. Het Supreme Court beschouwde dit als een gedraging 'close akin to pure speech'.[17]

In *Spence* uit 1974 moest het Supreme Court oordelen over een veroordeling naar aanleiding van het uit het raam hangen van een omgekeerde Amerikaanse vlag voorzien van een vredessymbool, als reactie op de inval van Amerikaanse troepen in Cambodja.[18] Het Hof formuleert een belangrijk criterium om te beoordelen wanneer er sprake is van een beschermde uiting. De handeling moet in voldoende mate doordrongen zijn van 'elements of communication'. Dat is het geval wanneer er sprake is van een specifieke boodschap en er een grote mate van waarschijnlijkheid bestaat dat deze boodschap ook wordt begrepen. In casu was aan beide voorwaarden voldaan en het ingrijpen van de overheid ter bescherming van het nationaal symbool, de vlag, was in strijd met het First Amendment. De grote verontwaardiging over het 'ontheiligen' van de vlag is in de First Amendment doctrine geen relevante beperkingsgrond.

Meer in het algemeen zal niet alleen het positieve gebruik van symbolen beschermd zijn (het zwaaien met de Amerikaanse vlag op een patriottisch manifestatie) maar ook het 'negatieve' gebruik van het zelfde symbool (zoals in casu de bewerkte vlag van de USA). De overheid mag immers niet de vrijheid van meningsuiting beperken op grond van een voorkeur voor één van beide standpunten. In de literatuur wordt deze mogelijkheid wel aangeduid als 'symbolic counter speech'.[19]

2.3 Symbolic conduct

Protestbewegingen hebben ook de nodige vormen van 'symbolic conduct' gebruikt, waarbij de grens met de vorige categorie niet steeds even makkelijk te trekken is. Een *cause célèbre* is O'Brien, die veroordeeld werd voor het verbranden van zijn door de overheid toegezonden oproepkaart voor militaire dienst op een protestbijeenkomst tegen de oorlog in Vietnam.[20] De veroordeling

14 Bijv. Turner Broadcasting System Inc. v. FCC, 520 U.S. 180 (1997).
15 Ward v. Rock against Racism 491 U.S. 781 (1989).
16 Stromberg v. California 283 U.S. 395 (1931).
17 Tinker v. Des Moines 393 U.S. 503 (1969).
18 Spence v. Washington 418 U.S. 405 (1974).
19 H.M. Wasserman, 'Symbolic Counter-Speech', *William & Mary Bill of Rights Journal* 2004, afl. 2, p. 367 e.v.
20 U.S. v. O'Brien 391 U.S. 367 (1968).

was gebaseerd op wetgeving ter bescherming van de oproepkaarten, die van belang waren bij de procedure van aanmelding. Het Supreme Court veronderstelde dat de gedraging binnen de reikwijdte van het First Amendment viel, maar achtte de veroordeling daarmee niet in strijd, omdat er sprake was van een 'substantial government interest' en het doel van de regelgeving geen verband hield met de 'suppression of free expression'. De regeling ging bovendien niet verder dan nodig was.

Vlagverbrandingszaken hadden een andere uitkomst. Het Supreme Court vroeg zich net als bij de vorige categorie eerst af of het een door het First Amendment beschermde gedraging is.[21] De bedoeling te protesteren was duidelijk en gezien de context (actualiteit) was het waarschijnlijk dat de boodschap ook zou overkomen. De vervolging vond plaats op grond van een regeling die tot doel heeft de ontheiliging (desecration) van het nationaal symbool te voorkomen. Dat doel was gerelateerd aan de 'expression of ideas' en dus was de veroordeling in strijd met het First Amendment. Een latere wettelijke bepaling van de federale wetgever om de vlag (virtually sacred for our nation) toch een uitzonderlijke bescherming te geven, stuitte opnieuw op het oordeel van het Supreme Court.[22]

Uit *Virginia v. Black*[23] blijkt dat het First Amendment ook het verbranden van een kruis op een manifestatie van de Ku Klux Klan beschermt, nu daarin de denkbeelden van de Ku Klux Klan tot uitdrukking worden gebracht. Dat laat overigens onverlet dat ingrijpen geoorloofd is wanneer de kruisverbranding geschiedt in de voortuin van een zwart gezin. Gerichte intimidatie valt namelijk buiten de reikwijdte van het First Amendment.[24]

De beschreven bescherming van 'symbolic conduct' sluit niet uit dat de overheid in het algemeen wat meer ruimte heeft voor het regelen ervan, in zoverre die regelgeving op de 'non-speech elements' betrekking heeft. Om bij vlag- en kruisverbrandingen te blijven, regels die daadwerkelijk de brandveiligheid dienen en niet zijn ingegeven door de tot uitdrukking gebrachte ideeën, zouden in beginsel gehandhaafd kunnen worden.

Het Supreme Court heeft bovendien bepaalde grenzen getrokken aan wat als 'symbolic conduct' kan worden aangemerkt. In *Stanglin* merkte het Hof op dat in vrijwel alles wat iemand doet ook een greintje expressie te vinden is. Voor bescherming dient het expressieve karakter echter uitdrukkelijk voorop te staan.[25] Gedragingen als die van een naaktdanseres in een nachtclub hebben hooguit een positie in de periferie van de reikwijdte van het First Amendment. In dergelijke gevallen dient men volgens de 'concurring opinion' van Scalia vooral te kijken naar de redenen achter het optreden van de overheid. Wil de overheid bepaalde ideeën onderdrukken dan heeft het First Amendment onmiddellijk een groot gewicht; in andere gevallen veel minder.[26]

21 Texas v. Johnson 491 U.S. 367 (1989).
22 U.S. v. Eichman 496 U.S. 310 (1990). Een daarop volgende poging om de bijzondere positie van de vlag middels een grondwetswijziging te garanderen haalde het net niet. In dit verband kan overigens gewezen worden op bepaalde Europese grondwetten waarin de vlag wel een grondwettelijke positie is toebedeeld, die soms als basis dient voor strafbepalingen tegen het 'door het slijk halen van de vlag'.
23 Virginia v. Black 538 U.S. 343 (2003).
24 Idem.
25 Dallas v. Stanglin 490 U.S. 19 (1989).
26 Barnes v. Glen Theatre, 501 U.S. 560 (1991).

2.4 Direct action

Er zijn weinig of geen gevallen bekend waarbij het Supreme Court zich heeft moeten uitspreken over vormen van 'direct action'. De heersende leer is dat bijvoorbeeld acties gericht op het blokkeren van het verkeer geen bescherming genieten van het First Amendment, of zij nu te maken hebben met het uiten van een mening of niet. De rechten van andere verkeersdeelnemers, die zich wél de hinder van een betoging moeten laten welgevallen, gaan dan voor. Evenmin kan aan het First Amendment het recht ontleend worden om de toegang tot of uitgang van een bepaald gebouw effectief te blokkeren.

Een dergelijke activiteit dient onderscheiden te worden van 'picketing', een in de VS bij uitstek bekende vorm van protest.[27] Deze komt erop neer dat een aantal personen een bepaald doel uitkiest, zoals een bedrijf, kantoor van de sheriff, rechtbank, winkel of horecagelegenheid en daar voor de deur zijn tegen het beleid van deze entiteit gerichte protest kenbaar maakt, bijvoorbeeld door middel van borden. Veelal gaat deze vorm van protest vergezeld van het aanspreken van passanten en met name ook van potentiële bezoekers, of van een oproep tot een boycot. Bezoekers die naar binnen willen, worden echter niet tegengehouden.

'Picketing' bij woningen maakt geen deel uit van de grondrechtelijke vrijheid,[28] maar los daarvan is er in de vorige eeuw een sterkere First Amendment-bescherming ontstaan. In *NAACP v. Claiborne* stond het langdurig posten bij een 'hardware store' wegens het racistische personeelsbeleid centraal. Bezoekers werden opgeroepen elders te gaan winkelen.[29] Het Supreme Court achtte dat een acceptabele en door het First Amendment beschermde vorm van protest, nu er geen sprake was van dwang.

De vraag welke maatregelen de overheid kan nemen tegen 'picketing' heeft een extra dimensie gekregen door de acties van tegenstanders van abortus bij abortusklinieken. Uit een recent oordeel van het Supreme Court blijkt dat de overheid actievoerders niet het recht mag ontzeggen om hun mening bij de ingang van een kliniek kenbaar te maken, zolang er geen sprake is van het verhinderen van de toegang of van het daadwerkelijk lastig vallen van de patiënten.[30]

2.5 Groepsgewijze uitingen

Demonstraties, manifestaties en vergelijkbare groepsgewijze meningsuitingen vallen in beginsel binnen de reikwijdte van het First Amendment: 'the practice of persons sharing common views banding together to achieve a common end is deeply embedded in the American political process'.[31] Ook andere vormen van gezamenlijke actie zoals een 'sit in' in een bibliotheek waar een vorm van rassenscheiding gold, kunnen beschermd zijn.[32] Het Supreme Court stelde dat de reikwijdte van het First Amendment niet beperkt is tot 'verbal expression' maar dat ook 'appropriate types of action' daaronder kunnen vallen.

27 *Picketing* is wel betiteld als de 'working man means of communication', Milkwagon Drivers Union v. Meadowmoor Dairies Inc. 312 U.S. 275 (1941).
28 Frisby v. Schultz, 487 U.S. 486 (1988).
29 NAACP v. Claiborne Hardware Co., 458 U.S. 886 (1982).
30 McCullen v. Coakley, 573 U.S.---- (2014).
31 NAACP v. Clayborme 458 U.S. 886 (1982).
32 Brown v. Louisiana 383 U.S. 131 (1966).

Voor betogingen en manifestaties is een vergunningsvereiste niet per se ongrondwettig, in het bijzonder voor manifestaties die vermoedelijk de nodige deelnemers zullen trekken en/of betogingen die zich op de openbare weg afspelen. In beide gevallen is het namelijk van belang dat de autoriteiten enige voorbereidingstijd krijgen.[33] Is er sprake van een spontane reactie op de actualiteit dan zal er een uitzondering op het vereiste van een vergunning gemaakt moeten worden.[34]

Het Supreme Court heeft met nadruk gesteld dat de openbare weg en bijvoorbeeld ook parken en pleinen van oudsher een functie hebben als publieke fora ten behoeve van de verspreiding en communicatie van ideeën. 'Time, place and manner restrictions' zijn wel mogelijk. Zo heeft het Supreme Court overwogen dat niemand 'may insist upon a street meeting in the middle of Times Square at the rush hour as a form of freedom of speech'.[35] Hierboven is reeds naar voren gebracht dat een blokkade in beginsel buiten de reikwijdte van het First Amendment valt.

Het Supreme Court heeft zich al in 1984 gebogen over de vraag of slapen in tenten beschermd kan zijn door de betogingsvrijheid.[36] Demonstranten die met hun actie de positie van de daklozen onder de aandacht wilden brengen, overtraden de bepaling die het 's nachts slapen in parken verbood. Het Supreme Court overwoog dat, ook als het kamperen meer dan zijdelings verband zou houden met de demonstratie en in verband daarmee als 'expressive conduct' begrepen zou kunnen worden, de betreffende beperking als 'a time, place, and manner restriction' te beschouwen was. De regelgeving was toelaatbaar nu zij niet op de inhoud van de mening zag, de bedoelde boodschap op tal van andere manieren naar buiten gebracht kon worden, en het belang van de overheid om de parken in het hart van de hoofdstad voor de vele bezoekers in goede staat te houden voldoende gewicht had.[37]

Deze uitspraak van het Supreme Court vormde uiteraard het ijkpunt voor de beoordeling van de Occupyprotesten, en in het bijzonder de activiteit van de Occupy Wall Street-beweging.[38] Deze sloeg een kampement op in Zucottipark in Lower Manhattan. Na twee maanden werd het park ontruimd; de demonstranten mochten wel terugkomen maar niet meer met tenten. De rechter achtte de maatregel niet onredelijk.[39] De tenten misten volgens hem het karakter van 'expressive conduct', omdat ze vooral als huisvesting van de actievoerders fungeerden. Maar ook als ervan uitgegaan zou worden dat er wel sprake was van 'expressive conduct' (geen eigen huis meer door grote inkomensverschillen) kunnen de 'time place manner restrictions' volgens de rechter als toelaatbaar worden beschouwd.[40] Rechters in andere plaatsen hebben eveneens ten nadele van de Occupybeweging geoordeeld inzake maatregelen tegen de kampe-

33 Zie voor lagere rechtspraak in dezen ACLU, Know your right to protest – in Chicago, May 2015.
34 Idem.
35 Cox v. Louisiana, 379 U.S. 536 (1965).
36 Clark v. Community of Creative Non-violence, 468 U.S. 288 (1984).
37 Idem.
38 C. Verbitsky, 'The Occupy Wall Street Movement and the Constitution: Protesters Preoccupied with the First Amendment', *Touro Law Review* 2013, afl. 4, p. 1003-1024.
39 Aan de complicatie dat het park een privéeigenaar had die tegenover de gemeente verantwoordelijk was voor de toegankelijkheid en genietbaarheid van het park en het feit dat het verbod 's nachts in het park te verblijven pas na het begin van de manifestatie werd ingevoerd, wordt grotendeels voorbijgegaan. Wat de doorslag geeft, is dat het voorschrift niet op de inhoud van de demonstratie ziet.
40 Verbitsky 2013 (*supra* noot 38).

menten.[41] In weer andere plaatsen hebben autoriteiten en betogers overigens afspraken over tijd en plaats weten te maken.[42]

3 Europees Hof voor de Rechten van de Mens

3.1 Algemeen

De vrijheid van meningsuiting is in het EVRM vastgelegd in artikel 10. Volgens het EHRM is dit grondrecht 'one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and for the development of every man and woman'.[43] Beperkingen van bijdragen aan het maatschappelijk of politiek debat worden door het EHRM nauwlettend onderzocht, maar andere uitlatingen als kunst en entertainment vallen ook binnen de reikwijdte.[44] De term 'expression' in het eerste lid van artikel 10 EVRM dekt echter niet iedere expressieve gedraging.[45] Het moet om het uiten van meningen of het verschaffen van informatie gaan.

Het tweede lid stelt drie voorwaarden aan een beperking. Deze moet bij wet voorzien zijn, een van de in het tweede lid genoemde legitieme doelen dienen, en noodzakelijk zijn in een democratische samenleving. Die laatste eis vertaalt zich in een proportionaliteitstoets, waarbij onder meer het met de beperking te dienen belang wordt vergeleken met de ernst van de inmenging in de vrijheid van meningsuiting. Daarbij zal een verbod van uitlatingen met een bepaalde inhoud over het algemeen als een ernstiger inmenging worden beschouwd dan beperkingen naar plaats en tijd, die nog gerede mogelijkheden laten om een bepaalde mening te verkondigen.[46]

Het recht op vrijheid van vergadering en vereniging is vastgelegd in artikel 11 EVRM. De bepaling ziet ook op betogingen: 'the right to freedom of assembly covers both private meetings and meetings on public thoroughfares, as well as static meetings and public processions.'[47] De bescherming van artikel 11 EVRM ziet alleen op *vreedzame* betogingen.[48] Organisatoren van en deelnemers aan een betoging die gewelddadige bedoelingen hebben, vallen derhalve buiten de boot.[49] Bij betogingen is artikel 11 EVRM als een specialis van artikel 10 EVRM te beschouwen;[50] artikel 11 EVRM is omgekeerd niet van toepassing op een actie van minder dan drie

41 J. Dee, 'Forum on Occupy Wall Street', *First Amendment Studies* 2015, p. 113-114.

42 Idem.

43 O.a. EHRM 25 maart 1985, 8734/79 (*Barthold/Duitsland*) en EHRM 7 december 1976, 5493/72 (*Handyside/Verenigd Koninkrijk*). Naast 'the development of every man and woman' komt ook 'each individual's self-fulfilment' voor, EHRM 8 juli 1986, 9815/82 (*Lingens/Oostenrijk*).

44 EHRM 16 december 2008, 23883/06 (*Khurshid Mustafa/Zweden*).

45 Hoewel de Commissie in ECRM 16 mei 1977, 7215/75 (*X./Verenigd Koninkrijk*) in eerste instantie de mogelijkheid open liet dat het uiten van 'feelings of love' onder de reikwijdte van artikel 10 zou vallen, kwam zij later tot de conclusie dat het hoofdzakelijk is bedoeld voor het ontvangen en doorgeven van informatie en ideeën, zie al P. van Dijk & F. van Hoof, *De Europese conventie in theorie en praktijk*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1990, p. 455.

46 O.a. EHRM 4 mei 2000 (ontv.), 33678/96 (*Drieman e.a./Noorwegen*). Vgl. ook EHRM (GK) 13 juli 2012, 16354/06 (*Mouvement Raëlien Suisse/Zwitserland*).

47 EHRM 31 maart 2005, 38187/97 (*Adali/Turkije*).

48 EHRM (GK) 13 oktober 2015, 37553/06 (*Kudrevicius e.a./Litouwen*).

49 Zie EHRM 2 oktober 2001, 29225/95 (*Stankov en United Macedonian Organisation Ilinden/Bulgarije*).

50 Zie onder meer EHRM 21 juni 1988, 10126/82 (*Plattform Ärzte für das Leben/Oostenrijk*) en EHRM 9 april 2002, 51346/99 (*Cisse/Frankrijk*).

personen.[51] Iets grotere protestacties zoals de bezetting van een bouwterrein door een handvol milieuactivisten heeft het EHRM ook wel beoordeeld onder vigeur van 10 EVRM.[52] Artikel 10 EVRM is daarnaast steeds in het geding indien de inmenging primair ziet op de uitgedragen boodschap.[53]

Bij een beoordeling van een verbod of andere beperkingen van de vrijheid van betoging komt wederom de eis van proportionaliteit naar voren. Dat een betoging overlast met zich mee kan brengen, bijvoorbeeld voor verkeersdeelnemers, zal over het algemeen onvoldoende reden zijn om een verbod te rechtvaardigen. Omgekeerd kan overheidsingrijpen bij een langdurige overlast veroorzakende manifestatie eerder toelaatbaar zijn.[54]
Een blokkade hoeft niet buiten de reikwijdte te vallen.[55] Deze zal, zeker na enige tijd, wel relatief snel verboden mogen worden. Maatregelen tegen een blokkade raken niet de kern van de vrijheid van betoging.[56] Gezien de overlast is een verbod minder snel disproportioneel.[57] Het EHRM lijkt meer in het algemeen een onderscheid te maken tussen de betoging in eigenlijke zin en allerlei bijkomende activiteiten, die overlast kunnen veroorzaken.[58] Op vergelijkbare wijze heeft de ECieRM in het verleden overwogen dat het tijdens een betoging produceren van een immens lawaai een inmenging kan rechtvaardigen.[59] Daarbij zijn we eigenlijk al aangeland bij het onderzoek naar verschillende categorieën gedragingen.

3.2 Symbolic speech

Artikel 10 EVRM beschermt ook 'symbolic speech'. Zo heeft de ECieRM in het verleden overwogen dat de bepaling van toepassing zou kunnen zijn op het uiten van ideeën door de wijze waarop men zich kleedt.[60] Het EHRM sluit niet uit dat het dragen van een baard onder omstandigheden als een meningsuiting te beschouwen is.[61] In elk geval kan artikel 10 EVRM van toepassing zijn op symbolen die op de kleding zijn aangebracht en een bepaald standpunt tot uitdrukking brengen.

De Hongaar Vajnai, die gesproken had op een manifestatie op de plaats waar eerder een standbeeld van Marx had gestaan, was veroordeeld wegens het dragen van een rode ster. In

51 EHRM 12 juni 2012, 26005/08 en 26160/08 (*Tatár en Fáber/Hongarije*); vgl. ook EHRM 26 april 2016, 25501/07 (*Novikova e.a./Rusland*).
52 Daar was door de klager ook een beroep op gedaan. Zie EHRM 23 september 1998, 24838/94 (*Steel e.a./Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 25 november 1999, 25594/94 (*Hashman en Harrup/Verenigd Koninkrijk*).
53 Vgl. J.H. Gerards, annotatie bij EHRM 1 dec 2012, 80880/08 en 8577/08, *EHRC* 2012/174 (*Schwabe & M.G./Duitsland*).
54 ECRM 30 november 1992, 15225/89 (*Friedl/Oostenrijk*).
55 EHRM (GK) 13 oktober 2015, 37553/06 (*Kudrevicius e.a./Litouwen*); EHRM 18 maart 2003, 39013/02 (*Lucas/Verenigd Koninkrijk*).
56 EHRM (GK) 13 oktober 2015, 37553/06 (*Kudrevicius e.a./Litouwen*).
57 Vgl. ook EHRM 23 oktober 2008, 10877/04 (*Kuznetzov/Rusland*).
58 Zie EHRM 4 mei 2000 (ontv.), 33678/96 (*Drieman e.a./Noorwegen*) over het met rubberboten verhinderen van de walvisvangst, waarin het Hof overweegt dat deze activiteiten 'could not enjoy the same privileged protection under the Convention as political speech or debate on questions of public interest or the peaceful demonstration of opinions on such matters'.
59 ECRM 3 december 1990, 13812/88 (*S./Oostenrijk*).
60 De Commissie kwam overigens tot de conclusie dat *in casu* niet was vastgesteld dat de kledingvoorschriften een verbod vormden om bepaalde ideeën te uiten ECRM 3 maart 1986, 11674/85 (*B.S./Verenigd Koningkrijk*).
61 EHRM 24 mei 2005, 8165/03 (*Tiğ/Turkije*).

Hongarije was dat, net zoals het gebruik van andere als totalitair bestempelde symbolen (swastika, SS-teken, pijlkruis, hamer en sikkel), een strafbaar feit. Het EHRM legt er de nadruk op dat de rode ster een meerduidig teken is dat zowel kan zien op de internationale arbeidersstrijd als op het totalitaire Sovjetbewind.[62] Het dragen ervan drukt dan ook op zichzelf geen minachting voor de slachtoffers van dat bewind uit en is het evenmin te beschouwen als racistische propaganda. Dat het gezien de onderdrukking van Hongarije door de Sovjet-Unie tot 'uneasiness' bij het publiek kan leiden is volgens het Hof onvoldoende reden voor de inmenging.

Die meerduidigheid zien we ook terug in een zaak waarin het zwaaien met een zogeheten Arpadvlag centraal stond. De vlag lijkt op de vlag die de heersers uit het huis van Arpad in de Middeleeuwen voerden, maar wordt heden ten dage vooral gebruikt door groeperingen die door tegenstanders als fascistisch worden aangemerkt. Bij een confrontatie tussen twee betogingen had de politie juist deze vlaggen in beslag genomen, gezien het provocerende karakter. Het EHRM is er niet van overtuigd dat het meevoeren van de vlaggen op zichzelf al een laakbare handeling vormde die ingrijpen rechtvaardigde.[63]

Uit deze arresten hoeft overigens niet te worden afgeleid dat het gebruik van symbolen per definitie meerduidig is. Dat komt ook naar voren uit *Donaldson.* Het Hof moest oordelen over het verbod voor een gevangene om buiten zijn cel een zogeheten Eastern Lily te dragen, een symbool dat verwijst naar de Ierse opstand tegen de Engelsen in 1916. Het Hof overwoog dat er sprake was van een directe verwijzing naar het conflict in Noord-Ierland, waardoor de harmonieuze sfeer in de gevangenis onder druk zou kunnen komen te staan.[64]

Concluderen we in elk geval dat het Hof het vanzelfsprekend acht dat het gebruik van symbolen waarmee bepaalde meningen geuit worden binnen de reikwijdte van artikel 10 EVRM ligt, en de beoordeling van beperkingen niet wezenlijk verschilt van die ten aanzien van tekst.

3.3 Symbolic conduct

In het verleden heeft de ECieRM moeten oordelen over het opzetten van een tent op het plein voor het parlement in Oslo, in het kader van een protest tegen het plan een waterkrachtcentrale te bouwen in een door Samen bewoond gebied.[65] De Commissie achtte dat een door artikel 10 EVRM beschermde handeling, maar kwam wel tot het oordeel dat het bevel tot afbreken van de tent een toelaatbare maatregel was nu er slechts toestemming was gegeven voor een vijf uur lange demonstratie en de tent er al drie dagen stond. Daarbij wees de Commissie erop dat het opzetten van een tent de openbare orde verstoort.

Twee betrekkelijk recente zaken geven ideaaltypische voorbeelden van 'symbolic conduct'. De zaak *Tatár en Fáber* zag op een 'political performance' die dertien minuten duurde: er werd een aantal vuile kledingstukken aan het hek rond het parlementsgebouw in Boedapest bevestigd met als symbolische betekenis 'to hang out the nation's dirty laundry'.[66] De twee klagers kregen een boete omdat de op hun website aangekondigde performance niet was aangemeld bij de

62 EHRM 8 juli 2008, 33629/06 (*Vajnai/Hongarije*).
63 EHRM 24 juli 2012, 40721/08 *(Faber/Hongarije*).
64 EHRM 25 januari 2011, 56975/09 (*Donaldson/Verenigd Koningkrijk*).
65 ECRM 3 okt 1983, 9728/81 (*G. en E./Noorwegen).*
66 EHRM 12 juni 2012, 26005/08 en 26160/08 (*Tatár en Fáber/Hongarije*).

autoriteiten, zoals voor een demonstratie vereist is. Het EHRM overwoog dat de gedragingen in overwegende mate 'expression' van twee personen vormden zodat artikel 10 EVRM van toepassing is. In casu was er geen groepsgewijze betoging, die openbare orde belangen in het spel bracht, en dus was de toepassing van de demonstratiewetgeving onterecht.

De tweede zaak betrof het met verf overgieten van een aantal standbeelden van Kemal Atatürk, de grondlegger van het moderne Turkije, als protest tegen de Kemalistische ideologie.[67] Klager werd veroordeeld tot dertien jaar gevangenisstraf wegens het krenken van de nagedachtenis aan Atatürk. De Turkse regering betoogde voor het EHRM tevergeefs dat vandalisme niet beschermd wordt door artikel 10 EVRM. Het Hof overwoog dat ook de vorm waarin ideeën geuit worden beschermd kan zijn en dat er hier sprake was van het uiten van ideeën, gezien 'the expressive character seen from an objective point of view, as well as purpose or intention of the person'. Bovendien was de klager niet veroordeeld wegens vandalisme maar wegens het beledigen van de nagedachtenis aan Atatürk. Het Hof achtte de langdurige gevangenisstraf disproportioneel.[68]

Het Hof gebruikt ook wel de term 'communicative act' om symbolische gedragingen aan te duiden. Dat deed het bijvoorbeeld in een zaak waarin een Kamerlid als protest tegen het landbouwbeleid van de regering een klein kruiwagentje vol aarde op het bureau van de Kamervoorzitter geplaatst.[69] Ook het verwijderen van de naam van de president van een bij een plechtigheid gelegde krans viel volgens het Hof binnen de reikwijdte van artikel 10 EVRM, want 'by her act she sought to convey certain ideas in respect of the President to the people around her'.[70] Uit weer een ander arrest van het Hof kan afgeleid worden dat het verbranden van vlaggen of van een foto van een regeringsleider eveneens grondrechtelijk beschermd is. Het vormde in elk geval geen reden om de tegelijkertijd geroepen leuzen tegen onder andere Poetin bescherming te onthouden.[71]

Een hardere noot kreeg het Hof te kraken in de zaak *Gough*.[72] Klager is overtuigd van de niet-aanstotelijkheid van het menselijk lichaam en gelooft ook in 'social nudity'. Die overtuiging bracht hij tot uitdrukking door naakt van de zuidkust van Engeland naar de noordkust van Schotland te lopen. In Schotland kwam hij herhaaldelijk in aanraking met de strafrechter, nu naaktlopen verboden is. Het Hof achtte de gedraging een vorm van expressie die binnen de reikwijdte van artikel 10 valt: 'the applicant has chosen to be naked in public in order to give expression to his opinion as to the inoffensive nature of the human body.' Overigens achtte het Hof de aan klager opgelegde beperkingen wel geoorloofd. De mening dat 'social nudity' waardevol is, kan weliswaar als een bijdrage aan het maatschappelijk debat worden beschouwd, dat wil niet zeggen dat de gekozen vorm dezelfde mate van bescherming krijgt. Voor het op de moraal gestoelde verbod op naaktlopen, bestaat derhalve een beduidend ruimere appreciatiemarge dan voor een inhoudelijke beperking van genoemd debat.

67 EHRM 21 oktober 2014, 9540/07 (*Murat Vural/Turkije).*
68 Rechter Sajó betoogde overigens in een concurring/dissenting opinion dat het beschermen van een dergelijke nagedachtenis überhaupt geen legitiem doel kan dienen.
69 EHRM 16 september 2014, 44357/13 (*Szel e.a./Hongarije*).
70 EHRM 30 oktober 2014, 17888/12 (*Shvydka/Oekraïne*).
71 EHRM 2 februari 2010, 25196/04 (*CDPP/Moldavië no. 2).* Ook een hongerstaking kan als symbolic conduct gelden, EHRM 11 mei 2010, 18139/07 (*Attila e.a./Turkije*).
72 EHRM 28 oktober 2014, 49327/11 (*Gough/Verenigd Koningkrijk*).

3.4 Direct action

Het Hof heeft zich enkele malen moeten buigen over vormen van protest die in de inleiding als 'direct action' zijn omschreven. *Steel and others* ziet op twee veroordelingen wegens een verstoring van de openbare orde. De eerste betreft het belemmeren van de jacht op patrijzen, onder meer door voor de jager te gaan lopen op het moment dat deze zijn geweer opheft. De tweede ziet op het voor een bulldozer gaan staan als protest tegen de aanleg van een weg, waarvoor bomen gekapt moesten worden. Het Hof overwoog dat het protest, al was er sprake van 'physically impeding', niettemin 'expressions of opinion within the meaning of artikel 10' betrof. Daar dient onmiddellijk aan toegevoegd worden dat het Hof de veroordelingen in kwestie, gezien de met de acties gemoeide gevaren, niet disproportioneel achtte.[73]

In *Hashman en Harrup* hadden de actievoerders tegen de jacht meer succes bij het Hof.[74] Deze keer verstoorden zij de vossenjacht door op een jachthoorn te blazen en luidkeels 'halloo' (een kreet die ter aansporing van de honden wordt gebruikt) te roepen. Het Hof herhaalde zijn overweging uit *Steel*, dat het verhinderen van activiteiten van derden binnen de reikwijdte van artikel 10 EVRM kan vallen. Het achtte de veroordeling wegens gedrag 'contra bonos mores' in strijd met artikel 10 EVRM omdat de beperking door de vaagheid van de norm onvoldoende bij wet voorzien is. Daardoor kwam het Hof niet toe aan de beoordeling van de proportionaliteit van de inmenging ter bescherming van legale activiteiten.

Drieman zag op het rondvaren met rubberbootjes om de walvisjacht te verhinderen.[75] Het Hof was hier wat terughoudender en gaf geen oordeel over de toepasselijkheid van artikel 10 of 11 EVRM; het veronderstelde slechts dat de actie binnen de reikwijdte lag. Daarna volgde de overweging dat een protest waarin niet alleen een boodschap wordt uitgedragen maar ook getracht wordt activiteiten fysiek te verhinderen, niet dezelfde geprivilegieerde bescherming toekomt als 'political speech or debate on questions of public interest or the peaceful demonstration of opinions on such matters'. Daarmee lijken dergelijke acties in de periferie van de reikwijdte terecht te komen.

3.5 Groepsgewijs

Hierboven is reeds uiteengezet dat de demonstratieve optocht binnen de reikwijdte van artikel 11 EVRM valt. Dat zelfde geldt bijvoorbeeld voor groepsgewijs 'picketen'.[76]

Bepaalde andere gedragingen hebben eveneens bescherming gekregen. *Barraco* betrof een loonactie van Franse vrachtwagenchauffeurs, die langzaam over de hele breedte van de A46 reden.[77] De aan klager opgelegde sanctie zag op het daarna volledig blokkeren van de snelweg. Het Hof overwoog onder meer dat de actie niet was aangemeld, maar het langzaam rijden wel stilzwijgend was toegestaan. Daardoor hadden de actievoerders de nodige ruimte gekregen en mede daarom kon het sanctioneren van de blokkade als noodzakelijk in een democratische

73 EHRM 23 september 1998, 24838/94 *(Steel e.a./Verenigd Koningkrijk*).
74 EHRM 25 april 1999, 25594/94 (*Hashman & Harrup/Verenigd Koningkrijk).*
75 EHRM 4 mei 2000, 33678/96 (*Drieman e.a./Noorwegen*).
76 EHRM 23 oktober 2008, 10877/04 (*Kuznetsov/Rusland*).
77 EHRM 5 maart 2009, 31684/05 (*Barraco/Frankrijk*).

samenleving worden beschouwd. Meer recent heeft de Grote Kamer overwogen dat het opleggen van boeten en voorwaardelijke gevangenisstraffen aan boeren die in strijd met de gegeven voorwaarden snelwegen met hun tractoren hadden geblokkeerd niet disproportioneel is.[78] In beide gevallen gaat het Hof er wél vanuit dat de blokkade binnen de reikwijdte van het recht op betoging valt, omdat deze 'peaceful' van aard is.[79]

Ook betogingen die niet gericht zijn op het hinderen van derden maar wel hinder met zich meebrengen, kunnen onder omstandigheden beëindigd worden. *Ciloglu* zag op een wekelijks door verwanten van gevangenen op de openbare weg gehouden sit-in.[80] Na drie jaar werden de betogers door de politie gesommeerd zich te verspreiden en werd er traangas gebruikt. Hoewel het Hof niet onverdeeld gelukkig was met de wijze van beëindiging, achtte het de beëindiging op zichzelf niet een te ver gaande maatregel, gezien de openbare orde en verkeersbelangen, alsmede de appreciatiemarge voor de nationale autoriteiten.

In *Nosov* moest het Hof oordelen over een protest op een plein met tenten, banieren en plakkaten, gericht tegen de achterstand bij het uitbetalen van bijstand. Na een tweetal maanden gaven de autoriteiten de betogers het bevel op te breken. Het EHRM wees enerzijds op het grondrechtelijk belang dat een forum voor openbaar debat beschermd wordt, maar anderzijds op het feit dat na verloop van tijd 'long enough for the participants to attain their objectives' het doen oplossen van een dergelijke samenkomst als gerechtvaardigd beschouwd kan worden.[81] Meer in het algemeen is de overlast, die een betoging voor verkeersdeelnemers meebrengt, op zichzelf onvoldoende reden voor een verbod, maar bij langdurige overlast is ingrijpen eerder toelaatbaar.[82]

4 Nederland

4.1 Algemeen

Artikel 7 van de Grondwet legt de vrijheid gedachten en gevoelens te openbaren vast. Deze vrijheid is volgens de regering van belang voor intermenselijk contact en individuele ontplooiing en vormt tegelijkertijd een voorwaarde voor de maatschappelijke en politieke participatie van de burger.[83] De verbinding tussen vrijheid van meningsuiting en democratie[84] komt terug in de Nederlandse jurisprudentie.

Artikel 7 Grondwet maakt onderscheid naar communicatiemiddel: drukpersvrijheid (eerste lid), radio en televisie (tweede lid) en andere middelen van communicatie (derde lid).[85] Dit

78 EHRM (GK) 13 oktober 2015, 37553/06 (*Kudrevicius e.a./Litouwen*).
79 Voor het tijdelijk blokkeren van een tramlijn, zie EHRM 29 november 2007, 25/02 (*Balçik/Turkije*).
80 EHRM 6 maart 2007, 73333/01 (*Çiloglu/Turkije*).
81 EHRM 20 februari 2014, 9117 en 10441/04 (*Nosov e.a./Rusland*).
82 ECRM 30 november 1992, 15225/89 (*Friedl/Oostenrijk*). Zie voor een eensluidend oordeel over een demonstratieve optocht die uitmondde in het opslaan van een tentenkamp dat na drie dagen werd verplicht op te breken: ECRM 3 oktober 1983, 9278/81 en 9415/81 (*G. en E./Noorwegen*).
83 Bijv. *Kamerstukken I* 1976/77, 13872, 55b, p. 49.
84 Bijv. 'vrije nieuwsstroom voorwaarde voor ons staatsbestel', *Kamerstukken I* 1976/1977, 13872, 55b, p. 37.
85 Art. 7 lid 4 Grondwet ten slotte bepaalt dat de grondwettelijke bescherming van de uitingsvrijheid zich niet uitstrekt tot het maken van handelsreclame.

onderscheid is van belang door het verschil in clausulering. Lid 1 laat geen enkele vorm van voorafgaand verlof toe; lid 3 verbiedt alleen voorafgaand verlof vanwege de inhoud. Beide leden kennen wel dezelfde clausule 'behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet': de formele wetgever kan inhoudelijke beperkingen stellen. Bij de drukpersvrijheid heeft de rechter naast het recht te openbaren een connex recht te verspreiden geconstrueerd.[86] Dat recht ziet niet op de inhoud maar op de ruimtelijke sfeer en kan bij autonome gemeentelijke verordening beperkt worden, mits de beperking, per zelfstandig verspreidingsmiddel (folderen, affiches opplakken, etc.) gebruik van enige betekenis overlaat.[87]

Artikel 7 Grondwet beschermt zowel weloverwogen verhandelingen als bijvoorbeeld vloeken[88] en uitjouwen,[89] maar niet alle vormen van expressie. Een verdachte die geverbaliseerd was wegens het rolschaatsen op het perron van de Rotterdamse metro voerde aan dat het rolschaatsen een uitdrukking was van een bepaalde cultuur en lifestyle. De rechter merkte fijntjes op dat zij wel degelijk het recht had om de genoemde subcultuur te propageren, maar dan niet op rolschaatsen in de metro.[90]

De vrijheid van betoging is 1983 in artikel 9 van de Grondwet opgenomen, mede omdat de betoging als 'uitings- en participatievorm' een belangrijke plaats in de samenleving had verworven.[91] De memorie van toelichting noemt de betoging een 'middel om, liefst met zoveel mogelijk mensen, in het openbaar uiting te geven aan gevoelens of wensen op maatschappelijk en politiek gebied'.[92] Er zijn dus drie elementen te onderscheiden: de collectiviteit of gemeenschappelijkheid, de openbaarheid en de meningsuiting.[93]

Is er sprake van een collectieve meningsuiting dan is artikel 9 Grondwet een specialis van artikel 7 Grondwet.[94] Een eenmansprotest is geen betoging omdat zij het 'collectieve' karakter ontbeert.[95] Valt zo'n protest onder artikel 7, derde lid – en niet onder het eerste lid – dan is het opmerkelijke gevolg dat een vergunningstelsel grondwettelijk is toegestaan, terwijl dat bij een betoging niet zo is.[96] De grens zal in elk geval bij een bepaald aantal personen moeten liggen.[97] Dat sluit overigens niet uit dat een gedraging van één individu die naar tijd en plaats nauw verbonden is met de gemeenschappelijke betoging, als een 'niet los te koppelen' onderdeel

86 HR 28 november 1950, *NJ* 1951/137.
87 Voor een uitgebreid overzicht zie R.E. de Winter, *De heersende leer: honderd jaar verspreidingsjurisprudentie: 1892-1992*, Den Haag: SDU 1993.
88 KB 5 juni 1986, Vernietiging raadsbesluit Elburg, *Stb.* 1986, 338.
89 HR 9 februari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC9229.
90 Rb. Rotterdam (pres.) 10 januari 1986, ECLI:NL:RBROT:1986:AH0989, *KG* 1986/70.
91 *Kamerstukken II* 1975/76, 13872, 3, p. 39.
92 *Kamerstukken II* 1975/76, 13872, 3, p. 38-39.
93 Vgl. J.P. Loof, 'De burgemeester en de demonstratie', *Gst.* 2007/7280, p. 467-481.
94 Zonder art. 9 zou deze onder art. 7 lid 3 Grondwet vallen, vgl. C.A.J.M. Kortmann, *De Grondwetsherziening 1983 en 1987*, Deventer: Kluwer 1982, p. 92; niet onder 7 lid 1, HR 30 mei 1967, *NJ* 1968/5.
95 Nationale ombudsman 5 april 2006, *JB* 2006/121. De Nationale ombudsman gaat in dit oordeel niet in op de eventuele toepasselijkheid van art. 7 lid 3 Grondwet, dat – anders dan art. 9 Grondwet. – in beginsel een vergunningenstelsel toelaat. Het zou echter onlogisch zijn indien voor een betoging geen vergunning nodig is en voor een eenmansprotest wel.
96 J.P. Loof, T. Barkhuysen & J.H. Gerards, *Grenzen aan de demonstratievrijheid: over de reikwijdte van het betogingsrecht*, te raadplegen via www.denhaag.nl, Onderzoek reikwijdte van het betogingsrecht – RIS 149708, gepubliceerd op 23 oktober 2007, p. 6. In de vorige paragraaf is vastgesteld dat het EVRM daarvoor in beginsel geen vergunningstelsel accepteert.
97 Vgl. HR 17 februari 1981, *NJ* 1981/299, m.nt. Th.W. van Veen.

daarvan wordt beschouwd.[98] De gemeenschappelijkheid kan naast het gezamenlijk oplopen bijvoorbeeld ook blijken uit het, gehuld in dezelfde T-shirts, uitdelen van pamfletten.[99]

De meningsuiting hoeft niet per se een politiek karakter te hebben. Het is evenmin noodzakelijk dat een betoging uitdrukkelijk ergens vóór of tegen is; er kan louter een bepaald probleem onder de aandacht gebracht worden van het publiek, de media, de overheid of het bestuur van een bedrijf.[100] Dat kan door middel van spandoeken of spreekkoren, maar ook 'stille' protestmarsen zullen ook binnen de reikwijdte vallen.

De Wet openbare manifestaties (WOM) sluit naadloos aan op de grondwettelijke clausulering.[101] De wet verleent bepaalde bevoegdheden tot regeling van demonstraties aan het gemeentebestuur, maar die bevoegdheden zien alleen op de bescherming van verkeersbelangen en de gezondheid[102] en op het voorkomen van wanordelijkheden. Dat geldt met name ook voor de bevoegdheid van de burgemeester een betoging te verbieden of voorschriften te stellen. De inhoud van de gezamenlijke meningsuiting kan daarvoor op zichzelf geen grond vormen.

De WOM is niet van toepassing op bijeenkomsten die 'niet of niet primair het karakter van gemeenschappelijke meningsuiting hebben'.[103] De regering gaf als voorbeelden de Sinterklaas- en carnavalsoptochten, en theatervoorstellingen in de openlucht.[104] Indien bepaalde vertoningen, die normaal gesproken onder de bescherming van artikel 7, derde lid, Grondwet zouden vallen, *ook* aangemerkt kunnen worden als een betoging, is het regime van de WOM wél van toepassing.[105]

4.2 Gebruik symbolen

Dat het gebruik van symbolen binnen de reikwijdte van de door artikel 7 Grondwet beschermde vrijheid van meningsuiting kan vallen, lijdt geen twijfel. Er is mij geen jurisprudentie bekend waarin dat is geproblematiseerd. Wat wel uit de jurisprudentie blijkt, is dat het gebruik van bepaalde symbolen als uitingsdelict strafbaar kan zijn. Daarbij valt in het bijzonder te wijzen op artikel 137 c t/m e Sr, waarin de groepsbelediging en het aanzetten tot haat, discriminatie en geweld tegen de leden van een groep strafbaar zijn gesteld. Zo overwoog de Hoge Raad:

> 'Het zichtbaar dragen van de afbeelding van een zwart hakenkruis op een rode armband wordt door de overgrote meerderheid van het Nederlandse volk ervaren als het uitdragen van het gedachtengoed van het nationaal socialisme. Als zodanig is het door verdachte ook bedoeld.'[106]

98 Hof Den Haag 10 mei 2004, 22/001264-04 (niet gepubliceerd), aangehaald in de conclusie (m.n. §12) van A-G Vellinga bij HR 17 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6741.
99 HR 17 oktober 2006, ECLI:NL:HR:20016:AU6741.
100 *Handelingen II* 1987/88, p. 2231 e.v.
101 Voor een uitgebreide evaluatie van de WOM, zie Roorda e.a. 2015 (*supra* noot 1).
102 Daaronder ook de gezondheid van de betogers, bijv. ABRvS 21 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2521.
103 *Kamerstukken II* 1985/86, 19427, 3, p. 8.
104 Kritisch hierover: Kortmann 1982 (*supra* noot 94), p. 92; vgl. ook 'tomaten gooien', Roorda e.a. 2015 (*supra* noot 1), p. 11.
105 *Kamerstukken II* 1986/87, 19472, 3, p. 8.
106 HR 2 februari 1995, *NJ* 1995/452.

Uit deze overweging en uit vergelijkbare arresten[107] kan opgemaakt worden dat het dragen van een hakenkruis een meningsuiting kan vormen.[108] Dat geldt uiteraard ook voor het gebruik van dit soort symbolen om te protesteren tegen het daarin uitgedrukte gedachtengoed. Men denke aan een verbodsbord met een hakenkruis of een hakenkruis dat de prullenmand ingaat. Een verbod om zulke symbolen te gebruiken vormt in elk geval een inhoudelijke beperking van de vrijheid van meningsuiting of betoging.[109]

4.3 Symbolic conduct

Eerder in deze paragraaf is erop gewezen dat de rechter zeker niet iedere handeling die uit een bepaalde overtuiging voortvloeit als een beschermde meningsuiting kwalificeert. Die benadering komt ook naar voren in jurisprudentie die ziet op het collecteren voor bepaalde doelen. De voorzitter van de toenmalige Afdeling rechtspraak oordeelde dat collecteren kan voortvloeien uit een bepaalde overtuiging, maar niet zelf een meningsuiting vormt.[110] Daarmee is de vraag op welk moment het ophalen van geld in combinatie met het overhandigen van een sticker of button onbeschermd is, overigens niet beantwoord.

Al eerder had de rechter zich moeten buigen over een actie gericht tegen de apartheidspolitiek van Zuid-Afrika.[111] Tijdens de actie werden 'rotte' sinaasappelen verkocht die tegen een landkaart van Zuid-Afrika konden worden gegooid. De rechter overwoog dat deze wijze van openbaren van gedachten en gevoelens te zeer verschilt van de in artikel 7 Grondwet (oud) beschermde vrijheid van *drukpers* om daarmee op één lijn te kunnen worden gesteld. De rechter liet overigens wel de mogelijkheid open dat de actie binnen de reikwijdte van artikel 10 EVRM zou kunnen vallen.

De vraag welke (individuele) gedragingen zodanig het karakter van een meningsuiting hebben dat het grondrecht bescherming biedt, kwam eveneens aan bod naar aanleiding van gebeurtenissen tijdens de rijtoer die Willem Alexander en Maxima op hun huwelijksdag door Amsterdam maakten. Er werd toen onder meer een zakje verf naar de koets geworpen. De dader werd vervolgd wegens belediging van de troonopvolger. Het gerechtshof verwierp het beroep op artikel 10 EVRM, nu het tweede lid beperkingen toestaat.[112] Dat impliceerde dat het de gedraging wél als meningsuiting beschouwde. De Hoge Raad volgde een andere benadering:

> 'Een gedraging, ook als is die gestoeld op een bepaalde overtuiging, kan immers niet worden aangemerkt als een door genoemde verdragsbepaling te beschermen meningsuiting, indien niet kenbaar is dat de

107 HR 3 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ6941.

108 Voor bepaalde andere symbolen kunnen vergelijkbare overwegingen gelden. Men denke bijvoorbeeld aan een SS-teken of een *white power* symbool. Het dragen daarvan werd door de rechter ook gezien als het zich beledigend uitlaten over een groep mensen, HR 10 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR6028.

109 Rb. Den Haag 7 oktober 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:12148; Rb. Amsterdam 8 december 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:8060.

110 Vz. ARRvS 16 augustus 1979, en vz. ARRvS 18 oktober 1979, *tB/S* VII, 78. Zie De Meij 2000 (*supra* noot 2), p. 221 voor kritiek daarop.

111 HR 15 april 1975, *NJ* 1976/23.

112 Hof Amsterdam 22 september 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AM2627.

> gedraging moet worden begrepen als een deelname aan enig debat over het onderwerp waarop die overtuiging ziet.'[113]

De Hoge Raad besteedt daarbij weinig aandacht aan het feit dat de vervolging niet plaatsvindt op grond van een bepaling gericht tegen vandalisme of verstoring van de openbare orde, maar op grond van een uitingsdelict dat de waardigheid van de troonopvolger bedoelt te beschermen. Men zou daaraan toe kunnen voegen dat die aantasting van die waardigheid voor het publiek ook duidelijk is. Daaruit hoeft niet automatisch voort te vloeien dat de gedraging een zodanig symbolisch gehalte heeft dat grondrechtelijke bescherming voor de hand ligt, maar de overwegingen van de Hoge Raad te dien aanzien zouden wel interessant geweest kunnen zijn.

Blijkt uit deze jurisprudentie dat expressief gedrag niet heel snel binnen de reikwijdte van een grondrecht valt, dat lijkt anders wanneer het onderdeel vormt van een betoging, zo zal hierna nog blijken.

4.4 Direct action

Bij de opname van de vrijheid van betoging in de Grondwet is uitdrukkelijk overwogen dat bijvoorbeeld ook blokkadeacties grondwettelijk beschermd kunnen zijn. Dat is echter niet het geval indien gedragingen het karakter van 'dwangmiddel tegen de overheid of derden' aannemen en de hoedanigheid van meningsuiting op de achtergrond raakt.[114] Vormen van dwang, die niet gericht zijn op het uitwisselen van meningen of informatie, vallen namelijk buiten de reikwijdte.[115] Deze grens is niet erg helder; de jurisprudentie blijkt in elk geval niet scheutig met het expliciet verlenen van bescherming aan blokkades.[116] De daadwerkelijke blokkade van bijvoorbeeld een gebouw stuit op gewichtige belangen:

> 'niet alleen (...) de individuele (commerciële) belangen aan de kant van het doelwit en zijn klanten, maar ook (...) het recht om in een democratisch geregeerd land gebruik te maken van rechten die op legale wijze zijn verkregen en de vrijheid van ondernemen en produceren binnen de grenzen van de wet'.[117]

Mede om die rechten te beschermen heeft de rechter (toekomstige) blokkadeacties ook wel verboden. De actievoerders kunnen dan nog op andere wijze protesteren.[118]

Blokkades, bijvoorbeeld van een snelweg als protest tegen het beleid van de gemeente, kunnen ook strafbaar zijn. In de overwegingen van de Rechtbank Maastricht in een zaak daarover speelde

113 HR 19 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7256; zie voor het werpen van een in vloeistof gedoopte tampon HR 19 april 2005, ECLI:NL:HR:2014:3083.

114 *Kamerstukken II* 1976/77, 13872, 7, p. 33 (MvA).

115 Vgl. De Meij 2000 (*supra* noot 2), p. 219.

116 Roorda e.a. 2015 (*supra* noot 1), p. 38-39 noemen slechts één rechterlijke uitspraak waarin een blokkadeactie expliciet wordt aangemerkt als een betoging in grondwettelijke zin. De actie van demonstranten die zich hadden vastgeketend aan een hek en een hijskraan had volgens de rechter het karakter van een betoging, meer dan van een samenscholing als bedoeld in de APV van Rotterdam. Om die reden was de WOM van toepassing en had alleen de burgemeester de bevoegdheid eventueel een bevel tot beëindiging te geven. Rb. Rotterdam 28 februari 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BP6099.

117 Hof Den Haag 12 december 1989, ECLI:NL:GHSGR:1989:AC2784.

118 Rb. Amsterdam (vzr.) 4 oktober 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:6780.

de vrijheid van meningsuiting of betoging geen enkele rol.[119] Gedrag met wellicht een wat hoger symbolisch gehalte zoals het onklaar maken van Shell-pompen door actievoerders van Greenpeace kan eveneens strafbaar zijn. Het Hof Den Haag ging niet mee in het beroep op ontbreken van materiële wederrechtelijkheid, zonder uitdrukkelijk in te gaan op de vraag of het gedrag binnen de reikwijdte van het recht op vrijheid van meningsuiting of betoging valt. De actievoerders hadden in elk geval ook andere middelen om aandacht te vragen voor het (wan)beleid van Shell. Wel was het hof bij de strafoplegging coulant gezien het feit dat de actievoerders risico's hebben voorkomen en de schade is vergoed.[120]

4.5 Groepsgewijs

De rechter acht niet alleen betogingen in enge zin grondrechtelijk beschermd, maar ook andere gezamenlijke activiteiten. Dat komt al naar voren in de uitspraak van de voorzitter van de voormalige Afdeling Rechtspraak, die in 1985 oordeelde over het bezwaar van de omwonenden tegen een 24-uur durende vredesmanifestatie waarbij ook zou worden gekampeerd.[121] De rechter overwoog dat het gemeentebestuur, dat niet wenste in te grijpen, geen onredelijke afweging had gemaakt tussen de vrijheid van meningsuiting en de belangen van omwonenden. De overlast was immers beperkt van duur.

Nog eerder was de rechter ervan uitgegaan dat niet alleen een gezamenlijke mars, maar ook het daarbij horende oprichten van een vredesmonument en straattheater als door artikel 11 EVRM beschermde onderdelen van een betoging waren aan te merken.[122] In een andere zaak gingen zowel de burgemeester als de rechter ervan uit dat een actie van milieuorganisaties, die bestond uit het in de buurt van Schiphol oplaten van ballonnen met stroken aluminiumfolie als protest tegen de uitbreiding van Schiphol, onder de reikwijdte van het betogingsrecht en de WOM viel.[123] De actie, die tot een ernstige verstoring van het vliegverkeer leidde,[124] mocht overigens wel verboden worden.

De burgemeester kan ook voorschriften stellen aan een betoging, mits die geen betrekking hebben op de inhoud. Een goed voorbeeld vormt het verbod van de burgemeester van Den Haag om fakkels mee te voeren. De rechter acht een dergelijk voorschrift ter voorkoming van wanordelijkheden en ter bescherming van de gezondheid niet onredelijk. Daarbij wijst hij erop dat het argument van de organisator dat de fakkels een hoge symbolische waarde hebben niet is onderbouwd.[125] Die overweging suggereert dat zo'n symbolische waarde van belang zou kunnen zijn voor de beoordeling.

Niet alle activiteiten die 'rondom' een betoging plaatsvinden vallen per definitie binnen de reikwijdte van de betogingsvrijheid. Wat de demonstratie tegen de aanleg van een weg door een park betreft, achtte de belastingrechter het markeren van de geplande route met linten en

119 Rb. Maastricht 23 november 2004, ECLI:NL:RBMAA:2004:AR6191.
120 Hof Den Haag 10 juli 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2271.
121 Vz. ARRvS 13 juni 1985, *AB* 1986/153; al eerder maar zonder verwijzing naar enig grondrecht: Vz. ARRvS 27 mei 1982, *AB* 1983.
122 Vz. ARRvS 30 mei 1983, *AB* 1984/85.
123 Rb. Haarlem (pres.) 25 oktober 1996, *Gst.* 1996/7044, afl. 4, m.nt. E. Brederveld.
124 Daarom wellicht ook als een vorm van 'direct action' te beschouwen.
125 Rb. Den Haag 15 november 2012, ECLI:NL:RBSGR:BY5462.

ballonnen en het oprichten van een monument onderdelen van de betoging. De muziek bij avond, het gezamenlijke ontbijt en de activiteiten voor kinderen beschouwde de rechter als vormen van vermaak náást de eigenlijke betoging, waarover leges voor evenementen konden worden geheven.[126] In geval de elementen van vermaak – het maken van muziek of het opvoeren van sketches om de aandacht van omstanders te trekken – daadwerkelijk deel zouden uitmaken van de betoging, zou dat anders kunnen zijn, aldus de rechter. In de literatuur wordt eveneens gesteld dat activiteiten in de marge van een betoging minder snel aanspraak op bescherming kunnen maken en de ruimte voor toepassing van bijvoorbeeld autonome verordeningen navenant groter is.[127]

De manifestaties van de zogeheten Occupybeweging hebben de vraag doen rijzen in hoeverre het – langdurig – met tenten bezetten van een deel van de openbare ruimte binnen de reikwijdte van de vrijheid van betoging valt. Volgens de memorie van toelichting bij de WOM is het niet uitgesloten dat een kampement is te kwalificeren als een betoging.[128] De Afdeling was dan ook van oordeel 'dat een kampement dat is gericht op het uiten van een visie op politiek of maatschappelijk gebied een manifestatie is in de zin van de Wom'.[129] Daarbij lijkt het van enig belang dat de tenten volgens de organisatoren symbool staan voor de kloof tussen rijk en arm.[130]

Een volgende vraag is in hoeverre ook een zeer langdurig kampement als betoging is te kwalificeren. Lagere rechters hebben enerzijds aangenomen dat het tijdsverloop op zichzelf geen grondslag voor een verbod vormt,[131] maar anderzijds hebben zij overwogen dat het recht op vrijheid van betoging niet zo ver strekt dat een deel van de openbare ruimte definitief wordt bezet.[132] De Afdeling heeft in 2014 geoordeeld dat 'demonstratieve kampementen na verloop van tijd en vanwege het op de achtergrond raken van de gemeenschappelijke meningsuiting niet (langer) het karakter hebben van een betoging in de zin van artikel 9 Grondwet'. Beperkingen op grond van reguliere (APV-)bepalingen zijn dan mogelijk.[133] Ook kunnen bij een (langdurig) kampement[134] bepaalde redenen voor een beperking eerder relevant zijn.

In de lagere rechtspraak is ook wel onderscheid gemaakt tussen een kernrecht van betoging en een connex recht een kampement op te zetten; op dat laatste recht zijn beperkingen middels autonome gemeentelijke verordeningen mogelijk. De Afdeling is daar niet in meegegaan.[135] Overigens kan hier niet hetzelfde onderscheid gemaakt worden tussen geestelijke en ruimtelijke sfeer als bij artikel 7, eerste lid, Gw. Het betogingsrecht zelf ziet uitdrukkelijk op de gezamenlijk-

126 Hof Amsterdam 21 november 2000, ECLI:NL:GHAMS:2000:AA9105.
127 J.P. Loof 2007 (*supra* noot 96), p. 467 e.v.
128 *Kamerstukken II* 1985/86, 19427, 3, p. 6-7; Rb. Den Haag (vzr.) 28 februari 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV7164.
129 ABRvS 27 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3174. Bij een andere betoging ging de rechter er overigens vanuit dat het overnachten op een bepaalde plaats niet gedekt werd door de vrijheid van betoging omdat het niet bij de doelstellingen van de betoging was vermeld, Rb. Amsterdam 9 december 2011, ECLI:N:RBAMS:2011:BV1003
130 ABRvS 25 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015: 899; de afdeling wijst erop dat de burgemeester die symboolwaarde niet gemotiveerd heeft bestreden.
131 Rb. Den Haag 11 september 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX7500. Voor een overzicht van de jurisprudentie Roorda e.a. 2015 (*supra* noot 1), p. 110 e.v.
132 Rb. Amsterdam 22 maart 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV9645.
133 ABRvS 27 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3174.
134 Rb. Amsterdam 28 november 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY4471.
135 ABRvS 5 januari 1996, *AB* 1996, 179. De Afdeling heeft in het verleden wel een connex recht op geluidsversterking aangenomen.

heid, en daarmee op een meer ruimtelijke element. Het connexe recht zou dan eerder op de modaliteit van de gezamenlijkheid moeten zien. Die modaliteit kan onder omstandigheden echter ook als 'symbolic conduct' worden aangemerkt.[136]

Een kampement kan met andere woorden verschillende hoedanigheden hebben. Het kan een hoog symbolisch gehalte hebben en dus een meningsuiting vormen (bijvoorbeeld als onderdeel van een betoging tegen het asielbeleid), het kan vooral de gezamenlijkheid en permanentie van het uitgedragen standpunt uitdrukken, en het kan vooral dienen als verblijfplaats – voor demonstranten. De mate van bescherming lijkt daar mede vanaf te moeten hangen.

5 Analyse en conclusie

Deze paragraaf schenkt eerst aandacht aan de overeenkomsten en verschillen die uit de rechtsvergelijking naar voren komen. Daarbij passeren de verschillende categorieën nogmaals de revue, maar ditmaal in onderling verband zodat enkele meer algemene conclusies kunnen worden getrokken.

Het gebruik van symbolen in eigenlijke zin levert de minste problemen op. Deze vallen vrijwel als vanzelf binnen de reikwijdte van de vrijheid van meningsuiting. Het Supreme Court noemt dat gebruik 'close akin to pure speech', maar men zou even goed kunnen zeggen dat het gebruik van 'erkende' symbolen gewoon een vorm van speech is, zoals uit de jurisprudentie van het EHRM naar voren lijkt te komen. Het in het First Amendment meegegeven verbod om onderscheid te maken naar standpunt (viewpoint discrimination) impliceert overigens dat ieder gebruik van een bepaald symbool in beginsel gelijke bescherming toekomt. In Europa zal een 'positief' gebruik van bijvoorbeeld het hakenkruis eerder op bezwaren stuiten dan het gebruik ervan om zijn afkeuring van het nazi-gedachtegoed te tonen.

Bestaat er twijfel of er van een symbool in genoemde zin sprake is, dan kan men omzien naar de *Spence* test, die onder meer de voorwaarde stelt dat de boodschap begrijpelijk is, of naar het criterium van het EHRM: 'expressive character as seen from an objective point of view'.

Deze criteria zijn te meer van belang bij het beantwoorden van de vraag of een bepaalde gedraging onder omstandigheden als 'symbolic conduct' kan worden aangemerkt. Zowel het Supreme Court als het EHRM wijzen daarnaast nog op de bedoeling van degene die zich op een bepaalde manier gedraagt. Een vandaal die standbeelden bekladt, komt geen beroep op het grondrecht toe. Deze bedoeling lijkt tot op zekere hoogte geobjectiveerd te kunnen worden. Indien men een vlag in de fik steekt bij een protest tegen de regering is dat kennelijk meer dan louter baldadigheid. Indien men alleen standbeelden van Atatürk beschildert, is niet simpelweg sprake van vandalisme. Genoemde criteria lijken erop neer te komen dat de communicatieve elementen van het gedrag voorop moeten staan om een beroep op het grondrecht op vrijheid van meningsuiting mogelijk te maken. Het EHRM gaat er in *Murat Vural* van uit dat aan die voorwaarde is voldaan; de Hoge Raad is daar ten aanzien van het werpen van een verfbom naar de Gouden Koets niet van overtuigd. Ze ziet in de handeling niet een (duidelijke) boodschap.

136 Vgl. Roorda e.a. 2015 (*supra* noot 1), p. 139 e.v.

Met name in het Amerikaanse recht kan de (mate van) bescherming ook afhangen van de aard van de beperkende regeling. Wil deze een bepaalde mening tegengaan (het ontwijden van de vlag) of is zij veeleer gericht op de 'non speech elements' van het symbolisch gedrag. We zien die benadering in zoverre terug in Murat Vural, dat de veroordeling gebaseerd was op een bepaling die de nagedachtenis van Kemal Atatürk beschermt.

Beperkingen die in de eerste plaats zien op de 'non speech elements' zullen meer in het algemeen eerder door de beugel kunnen. Het tegengaan van brandgevaar[137] en het beschermen van andermans goed tegen het besmeuren met verf kunnen als zodanig worden begrepen. In de VS wordt hier uitdrukkelijk een verband gelegd met 'time, place and manner restrictions'. De beperking richt zich immers niet tegen de inhoud van de boodschap maar wel tegen de wijze waarop deze wordt uitgedragen. Men vergelijke hier de overwegingen van het EHRM in Gough.

De grens tussen communicatieve en andere gedragingen lijkt eveneens relevant bij het beantwoorden van de vraag of en in hoeverre 'direct action' in aanmerking komt voor bescherming. De rechter in de VS is het minst geneigd hier grondrechtelijke bescherming te verlenen. Indien de gedraging gericht is op het aantasten van de rechten van anderen, en dat niet een tijdelijk neveneffect is van het (gezamenlijk) uiten van een mening, biedt het First Amendment in beginsel geen bescherming meer. Zeker het EHRM is in dezen coulanter. Het daadwerkelijk verhinderen van de jacht of de walvisvangst blijkt binnen de reikwijdte van artikel 10 EVRM te kunnen vallen. Wel plaatst het EHRM de verhindering van de walvisvangst in de periferie van de reikwijdte. Dat betekent dat andere belangen al snel voldoende gewicht kunnen hebben voor een beperking. Dat komt ook naar voren uit het Nederlandse recht. De rechter laat soms in het midden of een gedraging binnen de reikwijdte van de vrijheid van meningsuiting of betoging valt (Shell-pompen) en stelt vast dat het te beschermen rechtsgoed in elk geval voldoende gewicht heeft om een beperking te rechtvaardigen.

De betoging kent specifieke afbakeningsproblemen. Die doen zich wederom niet voor bij het gebruik van symbolen: de gezamenlijke meningsuiting kan niet alleen blijken uit een meegedragen tekst, maar ook uit symbolen als vlaggen of zelfs uit totale stilte. Dat laatste maakt duidelijk dat gedragingen juist ook door de gezamenlijkheid een symbolisch karakter kunnen krijgen. Indien één persoon een stoel met zich meedraagt, heeft hij deze waarschijnlijk net aangeschaft. Indien er een hele groep achteraan loopt, zal de groep wellicht aandacht willen vragen voor een benoeming van een hoogleraar op een bepaalde 'leerstoel'. Men vergelijke hier de zaak Gough. Eén naaktloper is toch vooral een naaktloper. Een hele groep lijkt eerder in het openbaar ergens kennis van te willen geven. Gough valt eigenlijk als een éénmansbetoging aan te merken, ware dat juridisch gezien geen contradictio in terminis.[138]

Gezamenlijke gedragingen gaan soms over in een blokkade. Daarbij is in theorie een onderscheid mogelijk tussen een blokkade die bedoeld is het gedrag waar men zich tegen keert (kappen bos, jacht) te verhinderen en een blokkade waarbij er niet zo'n verband bestaat (blokkeren snelweg om aandacht te vragen voor kindermishandeling). Het EHRM gaat er overigens van uit dat al deze activiteiten grondrechtelijk beschermd kunnen zijn, zolang er geen geweld gebruikt wordt; wel heeft het Hof de belangen van derden het nodige gewicht toegekend. Deze benadering heeft als voordeel dat de grens tussen bijvoorbeeld 'picketing' en blokkeren niet met een scalpel

137 Vgl. Rb. Den Haag 15 november 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY5462. De rechtbank maakt onderscheid tussen daar beperkingen die zien op het meevoeren van fakkels en een inhoudelijk verbod.

138 Onder een betoging wordt een collectieve meningsuiting verstaan.

getrokken hoeft te worden. Ook de Nederlandse grondwetgever is ervan uitgegaan dat blokkades beschermd kunnen zijn; de Nederlandse rechter is minder scheutig.[139] De Amerikaanse leer komt erop neer dat 'direct action' in beginsel buiten de reikwijdte valt, omdat de meningsuiting overgaat in het uitoefenen van dwang. Men mag bijvoorbeeld potentiële klanten van een winkel trachten over te halen tot een boycot, maar hun een keuze niet onmogelijk maken.

Er is kortom een spectrum dat in theorie loopt van pure meningsuiting (de geestelijke sfeer) naar pure gedraging, van woord naar daad. Symbolic speech zoals in de inleiding omschreven kan op het spectrum vlakbij de gewone taaluiting worden geplaatst. Rechts daarvan vinden we 'symbolic conduct', een gewone gedraging die onder omstandigheden vooral als meningsuiting is te beschouwen. Nog verder naar rechts vinden we gedragingen die wel duidelijk met een bepaald standpunt verbonden zijn maar tegelijkertijd gericht zijn op het belemmeren van gedragingen van derden.

In het algemeen zullen er aan de rechterkant van het spectrum eerder redenen zijn om een gedraging te verbieden. In het Amerikaanse recht is dat zo opgelost dat 'direct action' naar zijn aard buiten de reikwijdte van het First Amendment valt; 'symbolic conduct' is uitdrukkelijk beschermd, maar wel is er met name ruimte voor maatregelen die op de 'non-speech elements' zien. Het EHRM plaatst blokkades en (andere) vormen van niet gewelddadige 'direct action' in beginsel binnen de reikwijdte van het grondrecht. De (relatief grote) belangen van derden komen dan terug bij de proportionaliteitstoets. 'Symbolic conduct' is zonder meer beschermd. Wel lijkt ook hier ingrijpen dat ziet op de 'non-speech' elementen eerder mogelijk. Zo sluit *Murat Vural* een boete wegens vandalisme niet uit.

Duidelijk is ook dat zeer veel activiteiten door de vrijheid van betoging kunnen worden bestreken. Om te differentiëren wordt wel betoogd dat het recht een bepaalde kern heeft; vaak wordt deze als de inhoud van de betoging aangemerkt. Dat is in zoverre juist dat beperkingen die zien op de inhoud een speciale positie innemen. De Amerikaanse rechter is geneigd om alle andere beperkingen als 'time place and manner' beperkingen te kwalificeren, die net als bij de vrijheid van meningsuiting eerder te rechtvaardigen zijn. Die benadering draagt wel het risico in zich dat de betogingsvrijheid weinig zelfstandige betekenis overhoudt. Zo ziet het voorschrift dat er maar tien mensen mogen deelnemen aan een betoging niet op de inhoud, maar het vormt bij uitstek een vergaande beperking van het betogingsrecht, dat juist de gezamenlijkheid wil beschermen.

Daarmee is niet gezegd dat alle gezamenlijke bezigheden die te maken hebben met een betoging een zelfde bescherming hoeven te krijgen. De rechter in de VS vraagt zich onder omstandigheden af of de gezamenlijke activiteit als 'symbolic conduct' is aan te merken. In de Nederlandse jurisprudentie lijkt dat gegeven eveneens enig belang te hebben. Ook bij het oordeel of activiteiten die iets te maken hebben met een betoging, binnen het betogingsrecht vallen, speelt het een rol. Zo zou een 'kinderopvang' bij een demonstratie tegen bezuinigingen op crèches juist wel binnen de reikwijdte van het grondrecht kunnen vallen.

In de literatuur wordt tegengeworpen dat bestuursorganen niet dergelijke onderscheiden mogen maken omdat ze te maken zouden hebben met de inhoud.[140] Daar staat tegenover dat bij de beoordeling of een optocht een betoging is, en bij de beoordeling of bijvoorbeeld een

139 Evt. anders Roorda e.a. 2015 (*supra* noot 1), p. 62.
140 Roorda e.a. 2015 (*supra* noot 1), p. 137.

gezamenlijk ontbijt wel of niet onderdeel van een betoging vormt, dat sowieso onontkoombaar is. De vraag of bepaalde individuele gedragingen als 'symbolic conduct' beschermd zijn, is daarmee enigszins vergelijkbaar. Het is in elk geval een andere bemoeienis met de inhoud van een betoging dan het vooraf door een burgemeester beoordelen van leuzen en vlaggen.

Ten slotte een enkel woord over het kamperen. Groepsgewijs kamperen (op vakantie) valt in het algemeen niet binnen de reikwijdte van het grondrecht. Dat is volgens de Amerikaanse rechter ook zo indien een kampement in de eerste plaats dient als onderdak voor actievoerders; net zoals de Nederlands rechter een gezamenlijk ontbijt niet beschermd achtte. Wanneer het als 'symbolic conduct' kan gelden, zijn volgens de Amerikaanse rechter nog steeds 'time place and manner' beperkingen toegestaan, die zien op de 'non speech elements'. Het EHRM voert een proportionaliteitstoets uit waarbij na enige tijd de afnemende communicatieve meerwaarde tegenover de toenemende overlast lijkt te staan.

Het Nederlandse recht kent zijn eigen problemen. De wetgever heeft expliciet erkend dat het opslaan van een kampement onder omstandigheden als betoging is aan te merken; het betogingsrecht kent tegelijkertijd een specifiek wettelijk kader dat weinig ruimte laat voor beperkingen op grond van gemeentelijke verordeningen. Dat probleem is door de Afdeling zo opgelost dat een kampement na verloop van tijd steeds minder het karakter van een meningsuiting zal krijgen.