

LJN: BQ2009, Hoge Raad , 09/05225

Datum 05-07-2011

uitspraak:

Datum 05-07-2011

publicatie:

Rechtsgebied: Straf

Soort procedure: Cassatie

Inhoudsindicatie: Art. 261.1 Sr. "ruchtbaarheid geven". Hyves, smaad. HR herhaalt relevante overwegingen uit LJN BC9186. 's Hofs oordeel getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting omtrent art. 261 Sr, terwijl het evenmin onbegrijpelijk is.

Uitspraak

5 juli 2011

Strafkamer

nr. 09/05225

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

op het beroep in cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof te Leeuwarden van 3 november 2009, nummer 24/002069-08, in de strafzaak tegen:

[Verdachte], geboren te [geboorteplaats] op [geboortedatum] 1976, wonende te [woonplaats].

1. Geding in cassatie

Het beroep is ingesteld door de verdachte. Namens deze heeft mr. M.C. van Linde, advocaat te Groningen, bij schriftuur een middel van cassatie voorgesteld. De schriftuur is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De Advocaat-Generaal Knigge heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

2. Beoordeling van het middel

2.1. Het middel komt met rechts- en motiveringsklachten op tegen de bewezenverklaring.

2.2. Het Hof heeft ten laste van de verdachte bewezenverklaard dat:

"zij in de periode van 11 april 2007 tot en met 21 september 2007 in de gemeente Midden-Drenthe, opzettelijk de eer en de goede naam van (haar ex-partner) [slachtoffer] heeft aangerand door telastlegging van een bepaald feit met het kennelijke doel om daaraan ruchtbaarheid te geven, immers heeft zij, verdachte, met voormeld doel middels het internet op de profielensite Hyves, die toegankelijk was voor anderen, geschreven: "ik moet mijn kind meegeven aan een pedo", met welk woord pedo zij, verdachte, naar die [slachtoffer] wist, die [slachtoffer] bedoelde."

2.3.1. Deze bewezenverklaring steunt op de volgende bewijsvoering:

a. een proces-verbaal van politie, voor zover inhoudende als verklaring van [slachtoffer]:

"Ik doe aangifte van smaad/smaadschrift: Mijn eer/goede naam is door de verdachte aangerand doordat via hyves.nl mijn naam publiekelijk in diskrediet is gebracht. De verdachte had het kennelijke doel om daaraan ruchtbaarheid te geven. Dit bleek mij uit het volgende.

Op vrijdag 21 september 2007 werd ik door een goede vriendin van mij aangesproken op het feit dat ik door mijn ex-vrouw, genaamd [verdachte] wonende te [woonplaats], publiekelijk op hyves.nl werd

neergezet als pedofiel. De eerste berichten hierover zijn begonnen op 11 april 2007 en het laatste bericht daarover is op 19 augustus dit jaar. Een ieder die zij als vriend accepteert op www.hyves.nl kan deze berichten/teksten lezen.

Van het geheel heb ik kopieën gemaakt welke bij de aangifte worden bijgevoegd. Enkele citaten hieruit zijn: "ik moet mijn kind meegeven aan een pedo...". Op deze berichten zijn al enkele reacties geweest. Een reactie was bijvoorbeeld dat een buurtgenoot van mij heeft gereageerd en dat zij het niet prettig vond dat haar kinderen bij mij in de buurt liepen."

b. een uitdraai van de site [...].hyves.nl/blog, voor zover inhoudende:

"[Betrokkene 1] moet weer naar mijn ex.... Ik moet mijn kind meegeven aan een pedo."

c. de verklaring van de verdachte ter terechtzitting in hoger beroep, voor zover inhoudende:

"Ik heb de teksten als genoemd in de tenlastelegging geschreven en op mijn Hyves-profiel [...].hyves.nl geplaatst. Ik had destijds circa 20 à 25 Hyves-vrienden toegelaten."

d. een nadere bewijsoverweging inhoudende:

"Het hof acht het een feit van algemene bekendheid dat de plaats [woonplaats] is gelegen in de gemeente Midden-Drenthe."

2.3.2. Het Hof heeft ten aanzien van de bewezenverklaring voorts nog het volgende overwogen:

"Verdachte heeft erkend dat zij op haar Hyves-pagina (een deel van) haar dagboek heeft geplaatst waarin zij haar ex-partner heeft beschuldigd van seksueel misbruik van hun kind. De in de tenlastelegging genoemde bewoordingen maakten hier deel van uit. Zij ontkent echter dat zij daarmee het doel had om aan die uitlating ruchtbaarheid te geven.

Door en namens verdachte is in dit verband aangevoerd dat de betreffende Hyvespagina van verdachte slechts toegankelijk was voor door verdachte toegelaten, circa 20 à 25, "Hyves-vrienden". Volgens verdachte waren dit familieleden, vrienden en bevriende ex-collega's.

Het hof overweegt als volgt.

Onder "ruchtbaarheid geven" als bedoeld in artikel 261 van het Wetboek van Strafrecht dient te worden verstaan "het ter kennis van het publiek brengen" (zie onder meer Hoge Raad 8 juli 2008, LJN BC9186, NJ 2008, 430). Met zodanig "publiek" is een bredere kring van betrekkelijk willekeurige derden bedoeld.

Naar het oordeel van het hof kan de wijze waarop - en de aard van de bewoordingen waarin - verdachte haar gedachten via haar Hyves-pagina met een twintigtal anderen heeft gedeeld niet anders worden opgevat dan het welbewust en derhalve opzettelijk ruchtbaarheid geven aan die uitlatingen. Het betrof immers niet een beperkt aantal geadresseerden die - zoals de raadsman de vergelijking maakt - in de beslotenheid van de huiskamer vertrouwelijke informatie krijgt toevertrouwd. In het onderhavige geval gaat het om een in potentie ruimere kring van personen, die kennelijk naar eigen inzicht en zonder enige restrictie over de uitlatingen mocht beschikken, waarbij daarnaast een verdere verspreiding van de gewraakte tekst door de oorspronkelijk geadresseerden - gezien de aard van de beschuldiging - voor de verdachte niet alleen in theorie voorzienbaar was maar ook op voorhand feitelijk te verwachten viel.

Op grond van het vorenstaande acht het hof wettig en overtuigend bewezen hetgeen aan verdachte is ten laste gelegd."

2.4.1. Art. 261, eerste lid, Sr luidt als volgt:

"Hij die opzettelijk iemands eer of goede naam aanrandt, door telastlegging van een bepaald feit, met het kennelijke doel om daaraan ruchtbaarheid te geven, wordt, als schuldig aan smaad, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden of geldboete van de derde categorie."

2.4.2. Onder "ruchtbaarheid geven" als bedoeld in art. 261 Sr dient te worden verstaan "het ter kennis van het publiek brengen". Met zodanig 'publiek' is een bredere kring van betrekkelijk willekeurige derden bedoeld (vgl. HR 8 juli 2008, LJN BC9186, NJ 2008/430).

2.5. Het Hof heeft vastgesteld dat de verdachte op haar Hyves-pagina zichtbaar voor 20 à 25 andere personen de tekst heeft geplaatst "ik moet mijn kind meegeven aan een pedo", waarmee zij haar

ex-partner bedoelde. Uitgaande van de maatstaf als hiervoor onder 2.4.2 weergegeven, heeft het Hof geoordeeld dat de verdachte aldus haar ex-partner opzettelijk in zijn eer en goede naam heeft aangerand door telastlegging van een bepaald feit met het kennelijke doel om daaraan ruchtbaarheid te geven. Daarbij heeft het Hof in aanmerking genomen dat de in de bewezenverklaring genoemde uitlating niet te vergelijken is met informatie die in de beslotenheid van de huiskamer aan een beperkte kring geadresseerden wordt toevertrouwd en dat het in het onderhavige geval, waarin de tekst op de Hyves-pagina van de verdachte zichtbaar was voor personen die kennelijk naar eigen inzicht en zonder enige restrictie over de uitlating konden beschikken, voor de verdachte voorzienbaar en op voorhand feitelijk te verwachten was dat de geplaatste tekst verder zou worden verspreid. Het oordeel van het Hof getuigt niet van een onjuiste opvatting omtrent art. 261 Sr, terwijl het evenmin onbegrijpelijk is. Het middel faalt.

3. Beslissing

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

Dit arrest is gewezen door de vice-president A.J.A. van Dorst als voorzitter, en de raadsheren B.C. de Savornin Lohman, J. de Hullu, C.H.W.M. Sterk en M.A. Loth, in bijzijn van de griffier S.P. Bakker, en uitgesproken op 5 juli 2011.

Conclusie

Nr. 09/05225

Mr. Knigge

Zitting: 29 maart 2011

Conclusie inzake:

[Verdachte]

1. Verdachte is door het Gerechtshof te Leeuwarden wegens "smaad" veroordeeld tot een taakstraf in de vorm van een werkstraf van veertig uren, subsidiair twintig dagen hechtenis, voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaren. Voorts heeft het Hof de vordering van de benadeelde partij toegewezen en aan de verdachte een betalingsverplichting opgelegd, een en ander op de wijze als weergegeven in het arrest.
2. Namens verdachte heeft mr. M.C. van Linde, advocaat te Groningen, één middel van cassatie voorgesteld.
3. Het middel keert zich met meerdere klachten tegen de motivering van de bewezenverklaring.
4. Ten laste van de verdachte heeft het Hof bewezenverklaard dat:
"zij in de periode van 11 april 2007 tot en met 21 september 2007 in de gemeente Midden-Drenthe, opzettelijk de eer en de goede naam van (haar ex-partner) [slachtoffer] heeft aangerand door telastlegging van een bepaald feit met het kennelijke doel om daaraan ruchtbaarheid te geven, immers heeft zij, verdachte, met voormeld doel middels het internet op de profielensite Hyves, die toegankelijk was voor anderen, geschreven: "ik moet mijn kind meegeven aan een pedo", met welk woord pedo zij, verdachte, naar die [slachtoffer] wist, die [slachtoffer] bedoelde."
5. Deze bewezenverklaring steunt op de volgende bewijsmiddelen:
"1. Een proces-verbaal van aangifte, nummer PL031 S/07-180335, d.d. 26 september 2007 op ambtsbelofte opgemaakt door [verbalisant 1], hoofdagent van politie Drenthe, district Noord (deeluitmakend van een dossierproces-verbaal, nummer PL031 S/07-106100, d.d. 22 oktober 2007 op ambtseed opgemaakt door [verbalisant 2], hoofdagent van politie Drenthe, district Noord) inhoudende, zakelijk weergegeven:
als verklaring van [slachtoffer]:

Ik doe aangifte van smaad/smaadschrift: Mijn eer/goede naam is door de "verdachte" aangerand doordat via hyves.nl mijn naam publiekelijk in diskrediet is gebracht. De verdachte had het kennelijke doel om daaraan ruchtbaarheid te geven. Dit bleek mij uit het volgende.

Op vrijdag 21 september 2007 werd ik door een goede vriendin van mij aangesproken op het feit dat ik door mijn ex-vrouw, genaamd [verdachte] wonende te [woonplaats], publiekelijk op hyves.nl werd neergezet als pedofiel. De eerste berichten hierover zijn begonnen op 11 april 2007 en het laatste bericht daarover is op 19 augustus dit jaar. Een ieder die zij als vriend accepteert op www.hyves.nl kan deze berichten/teksten lezen.

Van het geheel heb ik kopieën gemaakt welke bij de aangifte worden bijgevoegd. Enkele citaten hieruit zijn: "ik moet mijn kind meegeven aan een pedo...". Op deze berichten zijn al enkele reacties geweest. Een reactie was bijvoorbeeld dat een buurtgenoot van mij heeft gereageerd en dat zij het niet prettig vond dat haar kinderen bij mij in de buurt liepen.

2. Een schriftelijk stuk, zijnde een uitdraai van de site [...].hyves.nl/blog, als bijlage gevoegd bij het onder 1 genoemde proces-verbaal van aangifte, inhoudende, zakelijk weergegeven:

[Betrokkene 1] moet weer naar mijn ex... Ik moet mijn kind meegeven aan een pedo.

3. Een proces-verbaal van de terechtzitting van het gerechtshof te Leeuwarden d.d. 20 oktober 2009, inhoudende, zakelijk weergegeven:
als verklaring van verdachte:

Ik heb de teksten als genoemd in de tenlastelegging geschreven en op mijn Hyves-profiel [...].hyves.nl geplaatst. Ik had destijds circa 20 à 25 Hyves-vrienden toegelaten.

Nadere bewijsoverweging

Het hof acht het een feit van algemene bekendheid dat de plaats [woonplaats] is gelegen in de gemeente Midden-Drenthe."

6. Het Hof heeft het volgende overwogen:

"Bewijsoverweging

Verdachte heeft erkend dat zij op haar Hyves-pagina (een deel van) haar dagboek heeft geplaatst waarin zij haar ex-partner heeft beschuldigd van seksueel misbruik van hun kind. De in de tenlastelegging genoemde bewoordingen maakten hier deel van uit. Zij ontkent echter dat zij daarmee het doel had om aan die uitlating ruchtbaarheid te geven.

Door en namens verdachte is in dit verband aangevoerd dat de betreffende Hyvespagina van verdachte slechts toegankelijk was voor door verdachte toegelaten, circa 20 à 25, "Hyves-vrienden". Volgens verdachte waren dit familieleden, vrienden en bevriende ex-collega's.

Het hof overweegt als volgt.

Onder "ruchtbaarheid geven" als bedoeld in artikel 261 van het Wetboek van Strafrecht dient te worden verstaan "het ter kennis van het publiek brengen" (zie onder meer Hoge Raad 8 juli 2008, LJN BC9186, NJ 2008, 430). Met zodanig "publiek" is een bredere kring van betrekkelijk willekeurige derden bedoeld.

Naar het oordeel van het hof kan de wijze waarop -en de aard van de bewoordingen waarin- verdachte haar gedachten via haar Hyves-pagina met een twintigtal anderen heeft gedeeld niet anders worden opgevat dan het welbewust en derhalve opzettelijk ruchtbaarheid geven aan die uitlatingen.

Het betrof immers niet een beperkt aantal geadresseerden die -zoals de raadsman de vergelijking maakt- in de beslotenheid van de huiskamer vertrouwelijke informatie krijgt toevertrouwd. In het onderhavige geval gaat het om een in potentie ruimere kring van personen, die kennelijk naar eigen inzicht en zonder enige restrictie over de uitlatingen mocht beschikken, waarbij daarnaast een verdere verspreiding van de gewraakte tekst door de oorspronkelijk geadresseerden -gezien de aard van de beschuldiging- voor de verdachte niet alleen in theorie voorzienbaar was maar ook op voorhand feitelijk te verwachten viel.

Op grond van het vorenstaande acht het hof wettig en overtuigend bewezen hetgeen aan verdachte is ten laste gelegd."

7. Onder "ruchtbaarheid geven" als bedoeld in art. 261 Sr dient te worden verstaan "het ter kennis van het publiek brengen".(1) Met zodanig publiek is een bredere kring van betrekkelijk willekeurige derden bedoeld.(2) Het kan zijn dat de dader zich rechtstreeks tot het publiek richt, bijvoorbeeld door het toespreken van een toegestroomde menigte of door het doen van uitlatingen op de televisie. Maar dat hoeft niet. De wetgever heeft ook de zogenaamde "kruipende laster" strafbaar willen stellen, kwaadaardige aantijgingen die grif worden doorverteld en zo een groot publiek bereiken. De aanvankelijk in het O.R.O. gestelde eis dat de uitlating aan tenminste twee personen moet zijn gedaan, is daarbij niet in de wet terechtgekomen.(3) Dat is begrijpelijk. Soms kan mededeling aan twee vertrouwde personen immers minder kwaad doen dan die aan een enkele op wier bescheidenheid niet te rekenen is en aan wie zij gedaan kan worden juist omdat verbrediging verwacht wordt.(4) Van smaad in de zin van art. 261 Sr kan daarom ook sprake zijn indien de telastlegging van een bepaald feit aan één persoon wordt medegedeeld.(5)

8. Smaad is een formeel delict.(6) Dat wil zeggen dat niet vereist is dat de smadelijke mededeling daadwerkelijk het publiek heeft bereikt. Voldoende voor strafbaarheid is dat de dader handelde met het kennelijke doel om aan de telastegelegde feiten ruchtbaarheid te geven. De lastige vraag daarbij is wat onder "kennelijk doel" moet worden verstaan. In de literatuur wordt wel verdedigd dat "oogmerk" of "bedoeling" niet per se vereist is en dat "wetenschap" of "(noodzakelijkheids-) bewustheid" volstaat. De wijze waarop de uitlating is gedaan staat hierbij volgens Janssens en Nieuwenhuis centraal. Indien de uitlating is gedaan op een wijze waarop de dader zich bewust moet zijn geweest dat derden ervan kunnen vernemen dan is deze gedaan met het kennelijke doel van ruchtbaarheid.(7) Maar zo geformuleerd is er weinig tot geen verschil met voorwaardelijk opzet: wat men zich noodzakelijk bewust moet zijn, is de mogelijkheid dat derden de uitlating vernemen.

9. Opmerkelijk genoeg heeft de Hoge Raad zich, althans voor zover ik weet, geen nadere omschrijving van het begrip "met het kennelijk doel" gegeven. In de gevallen waarin de Hoge Raad zich over dit bestanddeel uitspreekt, pleegt hij zich te beperken tot een oordeel over het gebezigde bewijs. Geoordeeld wordt dat de rechter het bewezenverklaarde daaruit al dan niet heeft kunnen afleiden. Ingeval van onvoldoende bewijs wordt niet zelden overwogen dat het enkele feit dat [volgt een korte gevalsbeschrijving] onvoldoende is om te spreken van handelen met het kennelijk doel om aan het tenlastegelegde feit ruchtbaarheid te geven. Zo tekent zich wel iets af van wat daaronder moet worden verstaan, maar een definitie wordt niet gegeven.

10. Ik acht het niet uitgesloten dat de Hoge Raad uitgaat van een interpretatie van het bedoelde bestanddeel die erop neerkomt dat voorwaardelijk opzet volstaat. In dit verband wijs ik op HR 9 februari 2010, LJN BI4691, NJ 2010, 104, waarin de Hoge Raad zich uitsprak over de betekenis van het bestanddeel "ter bedrieglijke verkorting van de rechten der schuldeisers" in art. 343 Sr. Hoewel de formulering taalkundig gezien lijkt te wijzen op doelgericht handelen, oordeelde de Hoge Raad voorwaardelijk opzet voldoende. Denkbaar is dat hij ook bij art. 261 Sr bereid is over mogelijke taalkundige bezwaren heen te stappen. Ik acht het echter evenmin uitgesloten dat de Hoge Raad aan het bedoelde bestanddeel een inhoud geeft die zich niet goed met begrippen als oogmerk, noodzakelijkheidsbewustzijn of voorwaardelijk opzet laat vangen. Ik zal pogen dat aan de hand van de wetsgeschiedenis te verduidelijken. Vervolgens bespreek ik kort de relevante jurisprudentie.

11. Art. 367 Code Pénal, de voorganger van art. 261 Sr, eiste dat het "telastleggen" van "daden" geschiedde "op of in openbare plaatsen of bijeenkomsten". Het ging hier om een objectief bestanddeel dat door de Hoge Raad zo werd uitgelegd dat niet de plaats waar de dader zijn beledigende woorden uitte beslistend was, maar dat ook van belang was of die woorden "niet bij toeval konden, maar noodwendig moesten gehoord worden". Daarom werd een landbouwer die zich, toen hij het slachtoffer van brandstichting betichtte, "op drie voeten afstands van de openbare weg" bevond, veroordeeld omdat hij zo luid had gesproken dat de buurvrouw het kon horen. Omgekeerd werd geen smaad aangenomen in het geval waarin, tijdens een wandeling op de openbare weg, de ene wandelaar de andere wandelaar vertelde dat een zekere De G. zich met grote regelmaat schuldig maakte aan diefstal van sigaren. Volgens de Hoge Raad was deze uitlating "zoodanig vertrouwelijk en voor het publiek onhoorbaar" dat zij "kennelijk het karakter miste van een imputatie op eene openbare plaats".(8)

12. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 261 Sr blijkt niet dat de wetgever van oordeel was dat de grenzen van de strafbare smaad op deze wijze te ruim getrokken werden.(9) Ik zou haast zeggen, integendeel. Voor een andere formulering werd gekozen omdat ook de kruipende laster strafbaar diende te zijn. Het openbaarheidsvereiste van de Code Pénal werd om die reden in het O.R.O. vervangen door de eis dat de tenlastelegging van het feit moest zijn gedaan "in tegenwoordigheid van twee of meer personen, hetzij door opvolgende mededeling aan twee of meer personen". Ook hier ging het onmiskenbaar om een objectief bestanddeel. Van belang daarbij is dat het tweede lid van het voorgestelde artikel op dat bestanddeel een restrictie aanbracht: "Onder de twee of meer personen in het eerste lid bedoeld, zijn de huisgenooten van den dader niet begrepen". Volgens de MvT diende de wetgever de volkomen vrijheid van spreken tegenover huisgenoten te eerbiedigen. Het voorgestelde "stelsel" stuitte op grote weerstand, omdat de begrenzing van de strafbaarheid willekeurig was en de kruipende laster deels buiten schot bleef. De mededeling aan een enkel individu kon volgens de Commissie van Rapporteurs "het begin [zijn] van den ergerlijksten vorm van kruipenden laster".(10) Opmerkelijk is dat de Commissie tegelijk van oordeel was dat de "gewone achterklap" niet strafbaar diende te zijn omdat dit een "schadelijke inmenging van de regterlijke macht in particuliere gesprekken" zou betekenen. Men kan zich afvragen waarin het verschil moet worden gezocht tussen de gewone achterklap en de kruipende laster. In dezelfde passage spreekt de Commissie over het door het publiek gezag uitoefenen van "inquisitie" over "het gesprokene in de besloten kring". Daaruit zou kunnen worden afgeleid dat met "gewone achterklap" de kwaadsprekerij in besloten kring werd bedoeld.(11) Die besloten kring lijkt daarbij door de Commissie niet al te ruim te zijn genomen. Daarop wijzen de bedenkingen die tegen het voorgestelde tweede lid werden ingebracht. Indien "het stelsel der Regering" gehandhaafd bleef, was het volgens de Commissie van Rapporteurs in elk geval beter om in dat lid in plaats van "huisgenooten" te lezen "leden van het gezin". Want onder huisgenoten konden ook "inwonende personen, commensalen of diensboden" begrepen worden. Het feit dat de smadelijke uitlating in tegenwoordigheid van dergelijke personen was gedaan, was volgens de Commissie "reeds genoeg" om het gevolg (kruipende laster) teweeg te brengen. Een minderheid van de Commissie wenste daarnaast dat de uitzondering zich ook zou uitstrekken tot de bloedverwanten en de aangehuwenen.(12) Daarover dacht de meerderheid dus anders.

13. De Commissie van Rapporteurs wees als gezegd het stelsel van de regering af. Zij stelde, om "den waren listigen boosaardigen lasteraar" onder het bereik van de strafwet te brengen een ander criterium voor, namelijk het "oogmerk van publiciteit". Zij gaf daarom de volgende redactie in overweging: "in het openbaar of met het kennelijk doel om het ter kennis van het publiek te brengen", waarbij nog als alternatief voor de laatste zinsnede werd aangedragen: "om daaraan ruchtbaarheid te geven". Opmerkelijk is dat in deze redactie een objectief bestanddeel ("in het openbaar") en een kennelijk als subjectief gezien bestanddeel ("met het kennelijke doel") als alternatieve mogelijkheden werden gepresenteerd. Volgens de meerderheid van de Commissie was de toevoeging van "in het openbaar" nodig om bewijsproblemen te voorkomen. Tegen publieke eerroof diende te worden gewaakt, ook als het bewijs van "het subjectieve doel der ruchtbaarheid" ontbrak. Een minderheid maakte tegen deze toevoeging bezwaar. Daardoor zou te veel gewicht worden gehecht aan de plaats waar de belediging werd uitgesproken. Bovendien achtte zij de toevoeging overbodig "omdat deze qualificatie van het feit geacht kan worden reeds omvat te worden door de uitdrukking: "met het kennelijk doel om (enz.)"" Uiteindelijk kreeg de minderheid, dankzij de steun van minister Modderman, haar zin. Hij stelde dat het vereiste "kennelijke doel" een doel was "dat zonder moeite uit de omstandigheden zal kunnen worden afgeleid". Daarom kon de door hem als "gevaarlijk" bestempelde bijvoeging "in het openbaar" gemist worden: "Wie zonder dat doel, op straat zacht spreekt, moet niet onder het artikel vallen".

14. Men kan zich afvragen of de minister met dit laatste argument recht deed aan de wijze waarop de Hoge Raad het openbaarheidsvereiste in art. 367 CP had uitgelegd. Een gesprek onder vier ogen op straat miste immers naar zijn oordeel kennelijk het karakter van een imputatie op een openbare plaats. Op het kennelijke karakter van de uitlating (al dan niet vertrouwelijk; al dan niet hoorbaar voor het publiek) lag een zwaar accent. De vraag is of dat onder art. 261 Sr veel anders is geworden. De inzet van de parlementaire discussie lijkt te zijn geweest om uitlatingen die een vertrouwelijk karakter hadden (doordat zij in besloten kring werden gedaan) buiten het bereik van de strafwet te houden.

Uitlatingen die dat karakter kennelijk misten, dienden wel strafbaar te zijn. Dat leidde tot een sterk geobjectiveerde uitleg van het vereiste "kennelijke doel": dat doel kon "zonder moeite" uit de omstandigheden worden afgeleid. En dat maakte dat de toevoeging "in het openbaar" overbodig was. Uitlatingen die het karakter van een openbare imputatie hebben, zijn uitlatingen die met het vereiste kennelijke doel zijn gedaan.

15. Op grond van het voorgaande kan gezegd worden dat art. 261 Sr de strafbaarheid van smaad, vergeleken met art. 367 CP, in twee opzichten uitbreidde. De eerste uitbreiding is dat smaad minder 'plaatsgebonden' is geworden. Ook een binnenshuis, bijvoorbeeld in het bijzijn van dienstbodes gedane uitlating kan smaad opleveren. De tweede uitbreiding is dat uitlatingen die objectief gezien het karakter van een openbare imputatie missen (doordat zij onder vier ogen worden gedaan), toch onder het bereik van de strafwet kunnen vallen. Zacht spreken op straat kon onder de Code Pénal sowieso geen smaad opleveren. Onder art. 261 Sr is zacht spreken op straat, als afgegaan mag worden op de woorden van minister Modderman, alleen straffeloos als dat zonder het doel van ruchtbaarheid geschiedt. Wie met dat doel zacht spreekt, is wel - als de boosaardige aanstichter van kruipende laster - strafbaar.

16. In de lijn van het voorgaande ligt, dat bij de invulling van het bestanddeel "met het kennelijke doel om daaraan ruchtbaarheid te geven" ruwweg twee typen gevallen kunnen worden onderscheiden. Het eerste type geval is het geval waarin de gedane uitlating objectief gezien - dat wil zeggen: gezien de omstandigheden waaronder de mededeling werd gedaan - het karakter van een vertrouwelijke mededeling mist. In dat geval is voldoende dat de dader de desbetreffende omstandigheden kende. Wie denkt dat de microfoon uitstaat, zodat zijn uitlatingen onbedoeld worden uitgezonden, mist het kennelijke doel van ruchtbaarheid. Wie echter weet dat de microfoon aanstaat, handelt zonder meer met dat kennelijke doel. Enig bijkomend boosaardig oogmerk is niet vereist. Het tweede type geval is het geval waarin de uitlating ogenschijnlijk - afgaande op de objectieve omstandigheden waaronder de mededeling wordt gedaan - een vertrouwelijk karakter heeft. In dat geval is kennis van de omstandigheden uiteraard onvoldoende. Dan lijkt wel een bijkomend oogmerk vereist. Of onder dat oogmerk ook voorwaardelijk opzet begrepen is, is daarbij een vraag van weinig praktisch belang omdat het bewijs van het bijkomend opzet, als de dader zijn eventuele boosaardige bedoelingen niet opbiecht, hoe dan ook moeilijk zal zijn te leveren. Soms zal het vereiste opzet afgeleid kunnen worden uit het feit dat de dader de desbetreffende mededeling kort na elkaar aan verschillende personen heeft gedaan. Maar dat is gelijk een grensgeval: men zou ook kunnen zeggen dat de opeenvolgende mededelingen kennelijk een vertrouwelijk karakter misten.

17. Zoals gezegd heeft de Hoge Raad zich van een nadere begripsomschrijving onthouden. Hij pleegt zich te bepalen tot de vraag of het kennelijke doel uit de bewijsmiddelen kan worden afgeleid. In een aantal zaken bleek dat niet het geval. Zo kon uit het enkele feit dat de verdachte een brief met beschuldigingen gericht tegen ene mr. S. toezond aan de burgemeester van Amsterdam niet worden afgeleid dat de verdachte handelde met het kennelijke doel om aan de feiten ruchtbaarheid te geven. Dat de burgemeester een persoon met openbare functie is, maakte dit niet anders. (13) Hetzelfde gold voor het versturen van faxen aan de curator en de rechter-commissaris die in het faillissement van de verdachte optraden. In die faxen werd de curator beschuldigd van oplichting.(14) Onvoldoende bewijs was er eveneens in het geval waarin de verdachte een anonieme brief stuurde aan een moeder waarin de vader beschuldigd werd van ontuchtige handelingen met hun dochter. De enkele omstandigheid dat de moeder de inhoud ter kennis had gebracht van de huisarts en de vader, maakte dat niet anders.(15)

18. Dat in deze gevallen onvoldoende bewijs aanwezig werd geacht, verbaast niet. Juist het feit dat de burgemeester van Amsterdam een openbare functie bekleedt, maakt dat niet verwacht kan worden dat hij zich zal laten inschakelen in een keten van kruipende laster. De vertrouwelijkheid van de mededeling zit hier als het ware ingebakken in de discretie waarmee de functionaris zijn ambt dient te vervullen. Daar komt bij dat het juist van prudentie getuigt als vermeende strafbare feiten niet aan de grote klok worden gehangen, maar (alleen) onder de aandacht van de verantwoordelijke overheid worden gebracht, zodat die er eventueel tegen kan optreden. Ik merk daarbij op dat voor het doen van een valse klacht of aangifte tegen een bepaald persoon "bij de overheid" (daaronder valt zeker de burgemeester) een aparte strafbepaling bestaat: art. 268 Sr. Soortgelijke opmerkingen kunnen worden

gemaakt met betrekking tot de faxen die aan de curator en de rechter-commissaris werden gezonden. De curator is zo'n beetje de laatste van wie verwacht kan worden dat hij zich zal laten inschakelen in een proces van kruipende laster gericht tegen zijn persoon. De curator en de rechter-commissarissen zijn wél de functionarissen die verantwoordelijk zijn voor de juiste afwikkeling van het faillissement.(16) Het kennelijk doel van de faxen is dan ook veeleer dat een eind zou worden gemaakt aan de vermeende misstand. Dat laatste lijkt ook te gelden voor de anonieme brief die aan de verantwoordelijke moeder werd gezonden. Dat de brief een - mogelijk welgemeende - waarschuwing bevatte - die ertoe zou kunnen leiden dat de moeder de huisarts en de politie zou inschakelen - vormt een sterke contra-indicatie tegen de veronderstelling dat de verdachte erop uit was om aan het beweerdelijke seksuele misbruik ruchtbaarheid te geven.(17) Objectief gezien droeg zijn brief niet het karakter van een openbare imputatie. Natuurlijk is het denkbaar dat sprake was van een "listige en boosaardige" verdachte die wel degelijk handelde met het oogmerk dat zijn beschuldiging door de moeder publiek gemaakt zou worden, maar dat moet dan wel bewezen worden.

19. In de jurisprudentie doen zich ook gevallen voor waarin het bewijs van het vereiste kennelijke doel wel voorhanden is, of althans lijkt te zijn, want niet altijd wordt daarover in cassatie geklaagd. Dat is niet vreemd. In gevallen bijvoorbeeld waarin de verdachte als journalist smadelijke feiten in de krant zette, is het zo evident dat hij handelde met het doel om de feiten publiek te maken, dat klagen weinig zin zou hebben gehad.(18) Wel geklaagd werd in het geval waarin de verdachte een faxbericht met smadelijke inhoud naar de redactie van het Utrechts Nieuwsblad stuurde. De Hoge Raad deed deze klacht af op voet van art. 81 RO.(19) Een geval waarin het vereiste kennelijke doel er niet duimendik bovenop lag, deed zich voor in het al even ter sprake gekomen arrest van de Hoge Raad van 3 november 1964, NJ 1965/109. In deze zaak was bewezenverklaard dat de verdachte tegen iemand had gezegd dat een zekere C. tienduizenden guldens had gestolen uit de kas van de PTT en dat hij tegen iemand anders had gezegd dat deze C. zijn schoonmoeder had bestolen en dat meerdere personen daarvan afwisten. Het Hof had daar twee feiten in gezien en het bewezenverklaarde daarom gekwalificeerd als meermalen gepleegde smaad. De Hoge Raad volstond met de overweging dat het bewezenverklaarde uit de bewijsmiddelen kon worden afgeleid. De moeilijkheid daarbij is dat die bewijsmiddelen in het arrest niet zijn vermeld. Uit de conclusie van A-G Moons kan worden opgemaakt dat de verdachte ook nog tegen een derde persoon had gezegd dat C. geld van de PTT had gestolen. Uit het feit dat de verdachte in betrekkelijk korte tijd C. tegenover drie verschillende personen zwart had gemaakt, zij het door het telasteleggen van verschillende feiten, kon als ik het goed begrijp volgens de A-G worden afgeleid dat de verdachte in beide gevallen had gehandeld met het kennelijke doel om aan de feiten ruchtbaarheid te geven. Zijns inziens kwam daar voor het tweede geval nog bij dat de verdachte had gezegd dat meerdere personen ervan afwisten. Inderdaad kan in een en ander een aanwijzing worden gezien dat de mededelingen niet een vertrouwelijk karakter hadden. Maar erg hoog lijken de eisen die de Hoge Raad aan het bewijs van het kennelijke doel stelt, daarmee niet te zijn. Ik merk daarbij nog wel op dat voor zover valt na te gaan van contra-indicaties geen sprake was. Zo'n contra-indicatie kan zoals betoogd gelegen zijn in de aanwezigheid van een ander doel: het op de hoogte stellen van de verantwoordelijke autoriteiten of het waarschuwen van betrokken personen. Zo'n contra-indicatie kan ook gelegen zijn in de vertrouwelijke relatie waarin de verdachte stond tot de personen aan wie hij de feiten vertelde. Het had wellicht anders gelegen als het telkens was gegaan om gesprekken met bijvoorbeeld een familielid of een goede vriend.

20. Terug naar de onderhavige zaak. Daarin heeft de verdachte op haar Hyves-pagina de opmerking "ik moet mijn kind meegeven aan een pedo" geplaatst. Tot dit gedeelte van de Hyves-pagina hadden circa twintig tot vijfentwintig "Hyves-vrienden" toegang. Het Hof heeft overwogen dat de wijze waarop - en de aard van de bewoordingen - de verdachte haar gedachten via haar Hyves-pagina met een twintigtal anderen heeft gedeeld niet anders kan worden opgevat dan het welbewust en derhalve opzettelijk ruchtbaarheid geven aan die uitlatingen. Het Hof heeft daarbij in aanmerking genomen dat het niet een beperkt aantal geadresseerden betrof die in de beslotenheid van de huiskamer vertrouwelijke informatie krijgen toevertrouwd, dat het in potentie om een ruimere kring van personen ging, die kennelijk naar eigen inzicht en zonder enige restrictie over de uitlatingen mochten beschikken en voorts dat verspreiding van de gewraakte tekst voor de verdachte niet alleen voorzienbaar was maar ook op voorhand feitelijk te verwachten viel.

21. Voor zover het middel erover klaagt dat het Hof geen oordeel heeft gegeven over de vraag of een

groep van twintig à vijftig "Hyves-vrienden" kan worden aangemerkt als een "bredere kring van betrekkelijk willekeurige derden", faalt het omdat het Hof daarover niet hoefde te oordelen. De vraag is niet of het tenlastegelegde feit ter kennis van het publiek is gebracht, maar of de verdachte het kennelijke doel had om dat feit ter kennis van het publiek te brengen. Dat heeft het Hof niet miskend. Het Hof heeft het kennelijke doel van de verdachte om aan het telastegelegde feit ruchtbaarheid te geven immers ontleend aan de omstandigheid dat het voor de verdachte voorzienbaar was en te verwachten viel dat de uitlating door de zogenaamde "Hyves-vrienden" (verder) zou worden verspreid.

22. Daarmee heeft het Hof tot uitdrukking gebracht dat van mededelingen die een vertrouwelijk karakter hebben, geen sprake was. Dat oordeel getuigt mijns inziens niet van een onjuiste rechtsofpvatting. Ik acht dat oordeel, gelet op de omstandigheden die het Hof in aanmerking heeft genomen, evenmin onbegrijpelijk. De verdachte heeft het tenlastegelegde feit aan een groot aantal personen meegedeeld. Dat zij daarvoor een andere reden (zoals het voorkomen van het beweerdelijke misbruik of het waarschuwen van bepaalde personen) had dan het bekendmaken van dat feit, is door de verdediging niet aangevoerd. De gebezigde bewoordingen, die door het Hof in aanmerking zijn genomen, wijzen ook niet op het bestaan van een dergelijk ander doel.

23. Het enkele feit dat alle personen aan wie de feiten werden meegedeeld, familieleden, vrienden en bevriende ex-collega's waren, leidt mijns inziens niet tot een ander oordeel. Niet aangevoerd is dat verdachte alleen die personen toegang verleende tot haar Hyves-profiel die vertrouwelijke omgang met de daarop te vinden informatie toezegden. Aangevoerd is evenmin dat verdachte in dit specifieke geval om geheimhouding heeft verzocht. Daarmee stemt overeen dat niet is aangevoerd dat het feit dat een buurtgenoot van de aangever bekend was geworden met het tenlastegelegde feit, het gevolg was van een schending van de vertrouwelijkheid waarop de verdachte rekende.

24. Ook voor het overige is de bewezenverklaring naar de eis der wet met redenen omkleed. Het middel faalt derhalve.

25. Gronden waarop de Hoge Raad gebruik zou moeten maken van zijn bevoegdheid de bestreden uitspraak ambtshalve te vernietigen, heb ik niet aangetroffen. Deze conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

De Procureur-Generaal
bij de Hoge Raad der Nederlanden

AG

1 HR 22 januari 1965, LJV AC4535, NJ 1965/131, HR 8 juli 2008, LJV BC9186, NJ 2008/430.

2 HR 8 juli 2008, LJV BC9186, NJ 2008/430.

3 Zie A.L.J. M. Janssens, *Strafbare belediging*, Thela-thesis, Amsterdam 1998, p. 122-126.

4 NLR, aant. 2 op art. 261. Vgl. de Commissie van Rapporteurs zoals geciteerd door Janssens, a.w., p. 125.

5 HR 3 november 1964, NJ 1965/109.

6 Janssens, a.w., p. 126 e.v.

7 A.L.J. Janssens en A.J. Nieuwenhuis, *Uitingsdelicten*, Kluwer, Deventer 2005, p. 51; zie tevens Janssens, a.w, p. 129-130.

8 Zie m.n. HR 15 december 1846, W. 785 en HR 2 november 1857, W. 2002, besproken door Janssens, a.w., p 122/123.

9 Zie voor deze totstandkomingsgeschiedenis, Janssens, a.w., pp. 123-126. Het navolgende is, tenzij anders aangegeven, daar te vinden.

10 Vgl. punt 7.

11 Die uitleg past goed bij de argumentatie van de Commissie: zij betoogt dat, als ook de gwonen achterklap strafbaar zou zijn, de beledigde welhaast gedwongen wordt om daartegen een klacht in te dienen, "zoodat in vele gevallen de hem verleende bescherming hem tot grooten last zal worden". Dat bezwaar gold kennelijk niet de smaad die openbaar was geworden.

12 Smidt II, p. 393.

13 HR 2 november 2004, LJV AQ8770, NJ 2004/691.

14 HR 30 januari 2001, LJV ZD2198, NJ 2001/183.

15 HR 8 juli 2008, LJV BC9186, NJ 2008/430.

16 Daarop wijst ook waarnemend A-G Keijzer in zijn conclusie die voorafging aan het arrest.

17 In dezelfde sleutel kan het door de civiele kamer gewezen HR 22 januari 1965, NJ 1965/131 worden geplaatst. Hier werd een man gewaarschuwd niet met een bepaalde vrouw - die van onzedelijk en crimineel gedrag werd beschuldigd - te trouwen.

18 Zie HR 21 oktober 1980, NJ 1980/69 en HR 17 oktober 2006, LJV AX5765, NJ 2007/25.

19 Vgl. HR 15 juni 2004, LJV AO8810.
