

Maris, Wanftidè, tuftamara en Wilders: enige tegenwerpingen

Door Egbert Dommering*

Inleiding

In 1993 maakte Cees Maris deel uit van de commissie van Louise Mulder die promoveerde op het proefschrift waarin zij een gelijke positie van minderheden in Nederland bepleitte.¹ In zijn oppositie, zo verhaalt hij in één van de hier ter discussie staande artikelen, leidde hij de oppositie in met het in de titel geciteerde Surinaamse gezegde dat een voorbeeld zou zijn van mannelijke Surinaamse straathumor, dat mannen scanderen als zij een vrouw met grote billen op straat zien langs komen en dat betekent 'Één voor vandaag en één voor morgen'. De oppositie ging vervolgens over de vraag of culturen die het gelijkheidsbeginsel niet erkennen wel een gelijke positie toekomt in een cultuur waar dat beginsel de hoeksteen vormt van de rechtsstaat. Een SGP vraag 'avant la lettre' dus. De inleiding tot de oppositie gaf voedsel aan een protestbrief aan de decaan van, volgens Cees, 'een aantal feministische juristen' aan de Faculteit, waarin zijn 'uitvoerig en opdringerig' gebrachte grap werd gekwalificeerd als privacyinbreuk en discriminatie.² In het artikel behandelt Cees de vrijheid van meningsuiting in relatie tot discriminatie. Hij komt op dit artikel terug in zijn beschouwing over het Wildersproces in *Filosofie & Praktijk* in 2011.³ Beide artikelen onderwerp ik hier aan een beknopte kritische analyse.

De artikelen uit 1995 en 2011

In het stuk uit 1995 bespreekt Cees de theorie van Joel Feinberg in *Offense to Others*⁴ die hij de uitwerking van het 'schadebeginsel' van Mill noemt.⁵ John Stuart Mill's *On Liberty* is in juristenkring bekend geworden om zijn opvatting dat meningen, waar of onwaar, vrij moeten kunnen worden geuit en uitgewisseld omdat de waarheidsvinding het best kan worden gediend met openbare tegenspraak, tenzij door die openbare uitingen schade wordt berokkend aan derden. Het klassieke voorbeeld van een schadegeval is het verschil tussen het verspreiden van een potentieel schadelijke mededeling via de pers of ten overstaan van opgewonden menigte: 'De opvattingen dat de graanhandelaars de armen uithongeren, of dat persoonlijke eigendom diefstal is, hoort ongemoeid te blijven, zolang deze slechts door

* Emeritus hoogleraar Informatierecht aan de Universiteit van Amsterdam.

¹ L. Mulder, *Minderheden als nieuwe bevolkingsgroepen: de verwezenlijking van gelijkheid en verscheidenheid*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1993.

² C. W. Maris, 'Wanftidè, tuftamara', in: G.A.I. Schuijt & D. Voorhoof (red.), *Vrijheid van meningsuiting, Racisme en revisionisme*, Gent: Academia Press 1995, p. 13-30 (hierna: Maris 1995).

³ C. W. Maris, 'Wilders'vrijheid', in: *Filosofie & Praktijk* (2011), 32(3), p. 52-73. (hierna: Maris 2011).

⁴ Joel Feinberg, *Offense to Others* (deel 2 van de *The Moral limits of the Criminal Law*), New York/Oxford: Oxford University Press 1985 (hierna: Feinberg 1985).

⁵ Uitvoerig besproken in 'Nachtschade, Mills schadebeginsel in de Lage Landen', in: *Filosofie* 2009, 19 (2), p. 10-17, dat handelt over pornografie.

de pers wordt verspreid, maar mag terecht worden gestraft, wanneer zij in een toespraak wordt verkondigd tegen een opgewonden menigte die voor het huis van een graanhandelaar te hoop is gelopen, of wanneer zij als vlugschrift onder die menigte wordt verspreid.⁶ De verfijning van Feinberg is het begrip ‘aanstoot’ (‘offense’) dat hij omschrijft als ‘a miscellany of disliked mental states (disgust, shame, hurt, anxiety, etc)’, maar waaraan hij het normatieve element toevoegt dat het moet gaan om *onrechtmatige* aanstoot (schending van rechten van anderen). ‘Aanstoot’ is niet onrechtmatig als zij het grotere rechtsgoed van de vrijheid van meningsuiting dient, bijvoorbeeld het door Cees met instemming in zijn artikel aangehaalde voorbeeld van het roepen van aanstootgevende leuzen bij demonstraties, zoals dat de democratie moet worden afgeschaft om het nazisme in te voeren.⁷ Feinberg vindt ‘profound offense’ (namelijk die aanstoot die niet meer als meningsuiting kan worden aangemerkt, zoals haat, racisme en discriminatie) onrechtmatig, maar daar is Cees, als ik hem goed begrijp, het maar ten dele mee eens. Hij acht dat alleen het geval als het gaat om ‘de (haatdragende) ontkenning van iemands persoon-zijn wegens etnische afkomst of ras’ en dan moet het bovendien gaan om een historisch vervolgd ras of etnische groep.⁸ In het artikel over het Wilders proces grijpt Cees terug op dit onderscheid. Hij volgt het betoog van het Openbaar Ministerie en de Rechtbank dat Wilders zich slechts discriminerend zou hebben uitgelaten over *de opvattingen* van een groep, niet over hun etnische achtergrond.⁹

Ik beperk mij tot drie punten van kritiek: 1. het onderscheid tussen discriminatie op grond van ras en godsdienst en die op grond van levensovertuiging is onhoudbaar. 2. Het door Feinberg geïntroduceerde onderscheid tussen ‘aanstoot’ en ‘diepe aanstoot’ sluit aan op huidige inzichten over ‘speech acts’. 3. De afweging van de universele waarde van de vrijheid van meningsuiting tegen de universele waarde van de gelijkheid valt bij mij anders uit dan bij Cees.

Ras, godsdienst of levensovertuiging.(artikel 137 c en d Sr)

In een verhelderende studie over het begrip ‘islamofobie’ heeft Ineke van der Valk dat begrip omschreven als ‘een historisch-maatschappelijk bepaalde ideologie die met behulp van beelden, symbolen, teksten, feiten en interpretaties een negatieve betekenis geeft aan de “islam” en aan “moslims”. Zo worden de perceptie, de betekenisgeving, het begrip, de attitudes van het gedrag van mensen tegenover de islam en moslims (en personen die daaronder worden begrepen, maar dat niet zijn) beïnvloed ten gunste van sociale uitsluiting van moslims als “de ander” en ten gunste van discriminerende, ongelijke behandeling in het

⁶ Nederlandse vertaling van John Stuart Mill, *On Liberty*, Chapter III, eerste bladzijde (p.102 in de vertaling), Meppel/Amsterdam: Boom 1986.

⁷ Feinberg 1985, p. 39.

⁸ Maris 1995, p. 27.

⁹ Maris 2011, p. 71 met in noot 40 een verwijzing naar het in Maris 1995 gemaakte onderscheid.

(...) maatschappelijke domein(...). De etnische en religieuze aspecten zijn nauw met elkaar verweven.’¹⁰

Dit is natuurlijk precies wat Wilders deed, met name in de film *Fitna*, die qua structuur en techniek getrouw de formule van de antisemitische nazipropagandafilms kopieert. Het Openbaar Ministerie en de Rechtbank zijn in de val getrapt dat Wilders alleen maar aan politiek robuuste islamkritiek zou hebben gedaan, en het niet over moslims zou hebben gehad (‘Mijn beste vriend is een Jood’, wordt bij hem ‘Ik heb niets tegen moslims’).

De zogenaamde ‘islamkritiek’ en de aanval op de ‘moslims’ waren en zijn dus sterk met elkaar verweven. Cees’ extra toevoeging dat het moet gaan om een etnische groep die historisch belast is, plaatst de vervolging van antisemitisme bovendien in een geprivilegieerde positie, iets wat in feite in Nederland ook het geval is.¹¹

Offense en ‘profound offense’

Cees en ik zijn het eens dat Mill’s schadebegrip (alleen de concrete aanzetting tot geweld kan strafbaar worden gesteld) te beperkt is. Het Openbaar Ministerie en de Rechtbank zijn in de Wilders zaak van dit beperkte begrip uitgegaan en kwamen tot de conclusie dat Wilders niet in concreto zou hebben aangezet tot geweld tegen Moslims; hij heeft inderdaad niet voor de Moskee tijdens een godsdienstoefening tegen verzamelde opgewonden PVV-ers staan oreren dat moslims aanhangers van een met het nazisme te vergelijken ideologie zijn en daarom het land uit moeten.

Maar ik denk iets anders over de ‘profound offense’. In zijn artikel uit 1995 stelt Cees dat Feinberg ‘fighting words’ zoals swatsika’s niet tot een meningsuiting rekent en zijn kritiek is: ‘Het onderscheid tussen opinie en puur scheldwoord is uiterst aanvechtbaar. Symbolen staan vrijwel altijd óók voor een onuitgesproken programma, zodat Feinberg zou moeten concluderen dat uitingsvrijheid vrijwel altijd voor gaat.’ Dat is maar de vraag. Feinberg ent zijn onderscheid onder meer op kritiek op de bekende beslissingen van de Supreme Court (SC) in de Skokie en de Ku Klux Klan zaken: de eerste ging over een Nazidemonstratie met Swatsika’s in een Joodse Wijk, de tweede over het door de Ku Klux Klan plaatsen van een brandend kruis in de voortuin van het huis van een zwart gezin. Beide handelingen werden door het SC als vrije ‘symbolic speech’ aangemerkt.¹² De bedreiging die van deze expressie door vijandige symbolen in de concrete situatie uitgaat, zou ik toch wel willen aanmerken als ‘profound offense’ die meningsuiting overstijgt.¹³ In plaats van de ‘historische belasting’ van een groep acht ik hier de machtsfactor van groot belang: er wordt een minderheid

¹⁰ Ineke van der Valk, *Islamofobie Discriminatie*, Amsterdam: Pallas Publications (AUP) 2012. P. 33-34.

¹¹ Zie mijn artikel ‘De dubbele moraal van het groepsbeledigen’, in: *NJB* 2010 (35), p.2264-2269 (essay 1800).

¹² Er is veel discussie over deze zaken in de Amerikaanse literatuur. Ik noem Lee. C. Bollinger, *The Tolerant Society, Freedom of Speech and Extremist Speech in America*, Oxford: Oxford University Press 1986, p. 24-33, p. 67-69.

¹³ Feinberg a.w. over de Skokie zaak, p. 86 e.v.

symbolisch aangevallen (zoals Wilders in *Fitna* een minderheid symbolisch aanvalt). Het verbranden van de Amerikaanse vlag tijdens een demonstratie tegen de Vietnamoorlog in de Verenigde Staten (door het SC ook als symbolic speech aangemerkt), beoordeel ik daarom anders dan dat brandende KKK kruis in de voortuin van het huis van het zwarte gezin.

Maar er is meer. Uit de school van Austin komt het inzicht van de 'performative language': taal die aanzet tot handelen, in zekere zin de handeling zelf is. Hierop voortbordurend is het onderscheid tussen de geweldadige taaldaad en de geweldadige feitelijke handeling minder scherp geworden. Een exponent van deze opvatting is Judith Butler met haar boek *Excitable Speech*.¹⁴ Zij gaat vanuit dit perspectief in op de Ku Klux Klan zaak en zij geeft daarbij het commentaar: 'Is het kruis de uitdrukking van het gezichtspunt "Ik ben van mening dat zwarte mensen niet in deze buurt horen te wonen"(...) of is het een taaldaad zoals in commando's gelijk te stellen met "Verbrandt!" of "Sterf!"? Het is een bevel dat zijn kracht ontleent niet alleen aan de herinnering van eerdere vuren die er toe dienden zwarten als een potentieel doelwit van geweld aan te merken, maar ook aan de betekenis dat het vuur op het kruis kan worden overgedragen op het doelwit dat door het vuur is gemarkeerd.'¹⁵

In het proces Wilders is deze vraag niet op tafel geweest, omdat het Openbaar Ministerie haar daar niet had neergelegd.

De universele waarde van de uitingsvrijheid tegenover die van het gelijkheidsbeginsel

Het door Feinberg gemaakte onderscheid tussen 'offense' en 'profound offense' spoort vrij aardig met de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Het Hof laat bij uitingen die 'offend, shock and disturb' de universele waarde van de vrijheid prevaleren boven gevoelens van onbehagen bij de ontvangers van de boodschap. Anderzijds heeft het Hof vrij consistent een scheidslijn getrokken bij 'hate speech'.¹⁶ Dat betekent dat het Hof vrij nauwgezet de universele waarde van de vrijheid afweegt tegen die van de gelijkheid, opdat de openbare discussie niet wordt gebruikt bevolkingsgroepen van de samenleving uit te sluiten.

Maar er is hier natuurlijk een probleem, zoals Cees terecht in zijn stukken aansnijdt. Dat probleem manifesteerde zich duidelijk in de splitsing in de Kamer van het Europese Hof die ten nadele besliste van de rechts radicale Belgische politicus Féret, die tekeer ging tegen vreemdelingen.¹⁷ Het politieke debat kenmerkt zich door 'framing'¹⁸, denken in stereotypen,¹⁹ en vijandschap jegens de politieke tegenstander en *moet* zich daar, volgens

¹⁴ New York/Londen: Routledge 1997.

¹⁵ A.w. noot 14, p. 52-60, citaat op p. 57 (vertaling mijn parafrase).

¹⁶ Ik verwijs voor een overzicht van de jurisprudentie naar het Factsheet *Hate Speech* in maart 2013, uitgegeven door het Hof: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D5D909DE-CDAB-4392-A8A0-867A77699169/0/CP_Hate_speech_ENG.pdf.

¹⁷ EHRM 16 juli 2009, appl. 15615/07, NJ 2009, 412, m.nt E.J. Dommering.

¹⁸ Hans de Bruijn, *Framing. Over de macht van taal in de politiek*, Amsterdam: Atlas 2011.

¹⁹ Mazarin R. Banaji & Anthony Greenwald, *Blind Spot*, New York: Delacorte Press 2013.

sommige politicologen door kenmerken om kleur aan de democratie te geven.²⁰ Er is een steeds grotere scheidslijn tussen het 'deliberatieve' (over technische zaken als begrotingen en de Europese Unie) en het 'expressieve' (populistische) publieke debat.²¹ Is het daarom niet te normeren? Ik denk het wel.

De universele waarde van de waarheidsvinding is in het democratische debat minder in het geding dan Mill en velen na hem stelden. Het gaat op de politieke 'free market place of ideas', niet zozeer om de waarheid als wel om het trekken van aandacht (bij de huidige stand van de communicatietechnologie: het politieke twittercircus) om machtsverhoudingen te bestendigen of te wijzigen. De daarvoor in te zetten geoorloofde middelen zijn framing, stereotypering en politieke vijandschap, maar niet stigmatisering van minderheden. Het is niet verkeerd om de eis te stellen dat het spel wordt gespeeld volgens de regels van de democratie. Het gelijkheidsbeginsel mag daarin dus iets zwaarder wegen dan de vrijheid. En laten we wel wezen: sinds Wilders de Rechtbank op de mouw van de toga heeft gespeld dat hij slechts deed aan godsdienstkritiek is het item voor hem veel minder interessant geworden. Hij probeerde zich met de aanval op de moslims dus toch een oneerlijke voorsprong in de democratische strijd om de macht te verwerven.

²⁰ Chantal Mouffe, *On the Political*, Londen/New York: Routledge 2005.

²¹ Goed geanalyseerd in De Bruyn a.w. noot 18, p. 51.