

De extreem afwijkende mening

A.L.J. Janssen & A.J. Nieuwenhuis, *Uitingsdelicten*, Deventer: Kluwer 2005 (Studiepockets Strafrecht nr. 36), 265 p.;
Quoc Loc Hong, *The Legal Inclusion of Extremist Speech*, Nijmegen: Wolff Legal Publishers 2005, 232 p.;
Tim Wolff, *Multiculturalisme & Neutraliteit*, Amsterdam: De Vossiuspers 2005, 226 p.

Boekbespreking
Egbert Dommering*

Inleiding

Het openbare debat vindt plaats in vele krachtenvelden, oude en nieuwe, die beperkingen kunnen stellen aan inhoud en vorm van de uiting. Van oudsher is er de bescherming van de menselijke waardigheid. In het maatschappelijke oude veld treffen we ook het gezag van Koning, Kerk en Vaderland aan, dat van bijzondere bescherming is voorzien. Van recenter datum zijn de maatregelen tegen discriminatie van ras, cultuur en politieke overtuiging van individuen en (minderheids)groepen. Sinds de 'legale' omverwerping door de Nazi's van de democratie in Duitsland, staat ook de juridische bescherming van de democratie als zodanig op de agenda.

Dit heeft een samenstel van publiekrechtelijke rechtsnormen opgeleverd die niet alle louter zien op de vrijheid van meningsuiting, maar er wel steeds raakvlakken mee hebben. De oudste vinden we in het Wetboek van Strafrecht. De menselijke waardigheid vindt bescherming in de strafbepalingen die verschillende vormen van belediging strafbaar stellen. Nieuw zijn de anti-discriminatiebepalingen. Koning, Kerk en Vaderland zijn vertegenwoordigd met majesteitschennis, godslastering en vreemde staatshoofden. Opruiing is ook daartoe te rekenen, maar heeft raakvlakken met de bescherming van de democratische rechtsorde. Pornografie heeft raakvlakken met de Kerk (de christelijke moraal), maar ook met de menselijke waardigheid (bescherming van minderjarigen). Het boek van Janssen en Nieuwenhuis bestrijkt dit gehele veld.

De ondemocratische mening kennen wij in de fascistische en communistische varianten van de Nazi's en de marxistische partijen van voor de Tweede Wereldoorlog, de Bader-Meinhof groep en de Brigade Rosso in de jaren zeventig. Er is een nieuwe actualiteit door de Sharia (opheffing van de scheiding van kerk en staat) idealen van de (politieke) Islam. In de sfeer van het publiekrecht zien zij vooral op de democratische ordening (partijverbod, verbod van een terroristische vereniging, etc.). Zij behoeven niet de uitingsvrijheid te treffen, omdat er een verschil is tussen *zeggen* en *doen*, maar kunnen deze wel raken, zoals bijvoorbeeld de recente discussie over het strafbaar stellen van verheerlijking van terrorisme leert. Het proefschrift van Quoc Loc Hong gaat over dit onderwerp.

In de sfeer van cultuur treffen we geen uitingsdelicten aan, maar ordeningsvoorschriften, zoals bijvoorbeeld de vraag of een religieuze feestdag ook een officieel toegelaten feestdag is (wel een vrije dag op de Christelijke Hemelvaartdag, maar niet op het Islamitische Suikerfeest). Raakvlakken met de

uitingsvrijheid ontstaan er echter omdat de vreemde cultuur een element gaat vormen in de vraag of een discriminatoire uitlating een uiting is van levensovertuiging of een verachting van de menselijke waardigheid. In een multiculturele samenleving wordt cultuur daarom steeds meer een onderdeel van de uitingsvrijheid. Het proefschrift van Tim Wolff behandelt dit onderwerp.

Het eerste boek is meer praktisch van aard, maar legt wel de verbinding tussen het nationale en het Europese recht. De twee andere zijn theoretisch, maar geven praktische voorbeelden om theoretische inzichten te toetsen. Hong doet dat ook met een arrest van het Europese Hof. Wolff kiest voorbeelden uit de nationale praktijk.

Uitingsdelicten

Janssen (Officier van Justitie in Leeuwarden en schrijver van de dissertatie *Strafbare Belediging*) en Nieuwenhuis (UHD aan de Universiteit van Amsterdam en schrijver van onder meer de monografie *Over de Grens van de Uitingsvrijheid*) hebben een overzichtelijke studiepocket geschreven over de uitingsdelicten die in ons Wetboek van Strafrecht staan en de wijze waarop de rechters daaraan in de afgelopen jaren invulling hebben gegeven. Zij plaatsen het onderwerp tegen de achtergrond van het direct werkende artikel 10 van het EVRM en de jurisprudentie van het EHRM. Dat perspectief geeft hun ook een relativerend slothoofdstuk in, waarin zij waarschuwen voor wat zij noemen 'intolerantie en verkramping'. Zij signaleren het dilemma dat onderdrukking meestal niets oplost, maar het ontstaan van 'broeierige onlustgevoelens' bevordert. Zij nemen daarin ook stelling tegen de opvatting dat wij strafrecht nodig hebben om de vrede tussen verschillende bevolkingsgroepen te bewaren, een opvatting die wij (weer) hebben gehoord bij de discussie rond het voornemen verheerlijking van terrorisme (het apolo-gieverbod) strafbaar te stellen. Zij zeggen daarover (p. 249):

Eenzijds bestaat dus de opvatting dat bepaalde uitingen de onmin tussen bevolkingsgroepen in de hand kunnen werken. Anderzijds bestaat de opvatting dat veel uitlatingen eerder als symptoom en signaal zijn te beschouwen en dat het onderdrukken van meningen bestaande onlustgevoelens kan versterken. Bij het bestaan van dergelijke tegenstrijdige vermoedens dient het grondrecht van de vrijheid van meningsuiting de doorslag te geven. Het ligt deswege voor de hand het overheidsbeleid te richten op het voorkomen van aanslagen, moord, brandstichting, bedreiging en discriminatie in het maatschappelijke leven. Dergelijke gedragingen, op zichzelf al strafwaardig, kunnen bovendien tot grote onmin leiden.

* Prof. mr. E.J. Dommering is hoogleraar Informatierecht aan de Universiteit van Amsterdam en advocaat te Amsterdam (Brinkhof).

Het inzetten van het strafrecht, zo hadden de schrijvers er aan toe mogen voegen, tegen datgene wat dan wel over de grens van de uitingsvrijheid ligt moet bovendien ultimum remedium blijven. De geschiedenis van (voormalige) niet democratische landen in het naaste of verre Oosten leert immers dat strafrechtelijke klachten gebruikt worden om pressie uit te oefenen: de strafrechtelijk aanhangige klacht heeft op zich zelf reeds een *chilling effect*. Het post-Fortuyn-klimaat in Nederland heeft zich gekenmerkt door dit soort venijnige donderwolkjes boven de steeds schaarser verlichte horizon.

Na een inleiding over de betekenis van artikel 7 Gw en 10 EVRM bespreken de schrijvers de beledigingdelicten, te weten smaad (de onjuiste ‘tenlastelegging van een bepaald feit’), de eenvoudige belediging, gekwalificeerde belediging, de anti-discriminatieartikelen, majesteitschennis en belediging van vreemde staatshoofden. Opruiing, godslastering en pornografie krijgen een afzonderlijk hoofdstuk. Zij ronden af met een hoofdstuk over immuniteiten (vervolgbaarheid van drukkers, uitgevers en internet service providers).

De beledigingartikelen: belediging, smaad en discriminatie

Wanneer is er strafbare belediging?

De ingang tot alle delicten is of er sprake is van belediging. Om vast te stellen of er opzet tot beledigen aanwezig is moet een betrekkelijk glibberige operatie worden uitgevoerd, waarin de grievende uitlating in de context van een openbare discussie of een levensovertuiging moet worden geplaatst, omdat beledigingen die vervolgd worden doorgaans in het openbare discussie gedane mededelingen betreffen. Het begrip belediging moet daardoor worden ‘ingekleurd’ met het begrip vrijheid van expressie. Aan de ene kant staat het te beschermen rechtsbelang van de morele integriteit van een persoon, aan de andere kant het schokkende, maar vrije, openbare debat. Bij dit soort subtiele afwegingen geldt: *the proof of the pudding is in the eating*, dus wat er in de praktijk mee gebeurt. En dan raken wij al vrij snel de weg kwijt. Daarvoor kan ik het beste de voorbeelden die de schrijvers zelf opnemen in extenso citeren.

De schrijvers illustreren het begrip contextualiteit allereerst aan de hand van het beruchte *Centrum Democraten*-arrest (HR 16 april 1996, NJ 1996, 527), dat zij met klaarblijkelijke instemming aanhalen. Het Hof sprak de CD vrij van onderstaande uitlatingen, maar de HR achtte het strafbare beledigingen:

- Door in een televisie-uitzending op 23 augustus 1989 de volgende woorden uit te spreken: ‘Wij komen voor onze eigen samenleving op. Wij willen Nederland behouden, wij willen onze jeugd wijzen op de gevaren van multiraciale huwelijken, een poel van ellende voor de eigen jeugd, voor kinderen en ouders.’;
- Door in een televisie-uitzending op 18 augustus 1989 de volgende woorden uit te spreken: ‘De regering had nog een cadeautje van de zomer. Er komen in toenemende mate Marokkaanse en Turkse jongeren naar Nederland. Is dat om de jeugdbendes te vergroten?’ en ‘Wij vinden dat Nederland er voor de Nederlanders is.’;
- Door in een radio-uitzending op 25 september 1989 de volgende woorden uit te spreken: ‘Een fraai staaltje Surinaamse mentaliteit is boven gekomen na het vliegongeluk op Zanderij. Over de lijken van hun landgenoten willen de hier wonende Surinamers op vakantie in Suriname onder het mom de slachtoffers te herdenken. De CD zegt: ‘Ga, maar gelijk daar blijven. De vakantiereis is een enkeltje en geen retour.’;

De vrijspraak van het Hof was volgens de HR niet terecht want:

Blijkens zijn hiervoor onder 4.4 weergegeven overwegingen is het Hof van oordeel dat het doen van uitspraken over vreemdelingen, minderheden en asielzoekers niet oplevert het aanzetten tot haat of discriminatie dan wel belediging van mensen wegens hun ras, godsdienst of levensovertuiging zolang maar niet uitdrukkelijk wordt gerefereerd aan het ras van degenen over wie de uitspraken gaan. Dit oordeel geeft blijk van een te beperkte uitleg van de hierboven genoemde strafbepalingen. Immers, of door het gebruik van de woorden ‘vreemdelingen’, ‘minderheden’ en ‘asielzoekers’ de delictsomschrijvingen van de artikelen 137c (oud) e.v. Sr worden vervuld is onder meer afhankelijk van de aard van de uitlatingen, de eventuele onderlinge samenhang en de context waarin de uitlatingen zijn gedaan.

In deze reeks van contextualiteit volgt dan het eveneens met instemming geciteerde arrest van het Hof Amsterdam van 22 september 2003 waarin het ‘post-Provo’ delict van het gooien van een zakje verf naar de Gouden Koets waarin Máxima en Willem-Alexander zaten een besmeuring van eer en goede naam was. In die reeks volgt vervolgens het door hen met instemming aangehaalde arrest van het Hof Amsterdam van 29 maart 2004 waarin het spandoek tijdens dezelfde huwelijksplechtigheden met de afbeelding van schedels en resten van dode lichamen en de tekst beledigend werd geacht:

Aan mevrouw Zorreguieta en aan de (domme) prins Willem Alexander. Dit is niet zomaar een mening. Deze doden wachten op gerechtigheid. Zij zijn de doden waaraan ‘pappa’ Zorreguieta schuldig is. Ook al blijft hij ontkennen: hij is medeplichtig aan genocide. Jullie leugenachtige ontkenning van het bestaan van deze doden, van de tienduizenden ontvoerde en doodgefolterde burgers in Argentinië is nog erger. Het laat zien hoe bedorven en amoreel jullie zijn. Ik kots mijn walging in jullie gezichten. En ik wens jullie geen rust. Gerechtigheid zal geschieden.

De vrijspraken in de volgende zaken achten de schrijvers dan weer een juiste toepassing van de vrijheid van expressie in de gegeven context.

HR 9 januari 2001 NJ 2001, 203 en 204:

Niet beledigend zijn de navolgende uitspraken in het weekblad *De Nieuwe Revu* 24 juni – 3 juli 1996, omdat zij een uiting zijn van een godsdienstige overtuiging zijn:

- ‘De EO weert bewust homoseksuelen, heeft Andries Knevel verklaard. Goeie zaak?’
- ‘Ik denk dat je onderscheid moet maken tussen de homoseksuele praxis die ik afwijs en homoseksuelen als zodanig. Ik verwerp fraudeurs ook niet compleet omdat ze fraude bedrijven. Wat ik bedoel is dit “je kunt best iemand aannemen die een keer in de fout is gegaan. Zolang die persoon maar de intentie heeft om dergelijke misstappen niet te herhalen.”’
- ‘Ondertussen plaatst u frauderen en het praktiseren van homoseksualiteit wel op een lijn.’
- ‘Wij christenen hebben een geweldig kwalijke eigenschap ontwikkeld: we brengen ten onrechte gradaties aan in Gods geboden. Alsof je erg en minder erg hebt! Maar waarom zou stelen, bijvoorbeeld uitkeringen pikken van de overheid, minder erg zijn dan zondigen tegen het zevende gebod? Ja, waarom zou een praktiserend homoseksueel beter zijn dan een dief?’

Hof Den Haag 18 november 2002, NJ 2003, 24:

Niet beledigend is de uiting van een imam dat homoseksualiteit een ziekte is, omdat:

Mede in het licht van de conclusies van genoemde deskundigen is het hof van oordeel dat de in de tenlastelegging weergegeven uitlatingen zijn aan te merken als een weergave van een in de islamitische godsdienst verankerde geloofsopvatting van verdachte. Gezien de in de grondwet en internationale verdragen verankerde vrijheid van godsdienst stond het verdachte vrij zijn op zijn geloofsovertuiging stoelende opvattingen omtrent homoseksualiteit uit te dragen. De wijze waarop hij dat deed valt naar het oordeel van het hof binnen de grenzen van het aanvaardbare. Bij dit oordeel heeft het hof laten meewegen dat het door verdachte in het interview gebezigde woord 'marat' in de visie van verdachte niet moet worden vertaald met ziekte (zoals dat in de Nova-uitzending is gebeurd), maar dat een juiste vertaling is 'afwijking' of 'opvoedingsziekte'. De reeds genoemde getuige-deskundige Peters heeft ter terechtzitting in eerste instantie bevestigd dat het woord 'marat' niet moet worden vertaald met ziekte en dat het woord moet worden opgevat in overdrachtelijke zin.

HR 14 januari 2003, NJ 2003, 261

Niet beledigend is de navolgende uiting van een dominee op januari 1998 in een ingezonden brief aan het dagblad *Tubantia* omdat zij de uiting is van godsdienstige geloofs-overtuiging:

Ik kan niet zwijgen. Pedofilie, homofilie en polygamie (dit was op de tv over een groep in Amerika, een paar dagen geleden) zijn niet goed te praten. Naar eigen gedachten en gevoelens spreekt men dit goed, zelfs met boosheid in het hart. Maar God verbiedt dit in de Bijbel. De Bijbel is Gods woord en hiernaast is er geen andere waarheid. De bijbel zegt dat de ongerechtigheid zich zal vermenigvuldigen. Zonde is geen zonde meer en men moet maar tolerant zijn in de richting van vieze en vuile zonden.

Wat blijft er van de context en de vrijheid van expressie 'inkleurredenering' over bij lezing van deze reeks? Mijns inziens dit: Politieke uitingen zijn in Nederland minder vrij dan godsdienstige.¹ Een interessante onderzoekshypothese is nog of de Centrum Partij in het post-Fortuyn-tijdperk zou zijn veroordeeld (zie ook hierna onder discriminatie). Wie valt over de 'enkele reis Suriname'-uitspraak in het geciteerde CD-arrest leze nog eens de brief van Reve aan Carmiggelt van 7 juli 1971 (opgenomen in *De Taal der Liefde*): 'Ik ben er erg voor dat al die pracht volken onmiddellijk onafhankelijk worden, en ons niets kosten, en met een zak vol spiegeltjes en kralen op de tjoeki tjoeki stoomboot kunnen zetten, enkele reis Takki Takki oerwoud, meneer!' Onder meer voor dit boek kreeg Reve de PC Hooft-prijs. Een andere onderzoekshypothese is dat het meestal hangt op te fors spraakgebruik (als je geen schrijver bent, want dan is het literair); zo vindt het hof bij het Zorreguieta-spandoek, niet zozeer de beschuldiging van genocide als wel dat de bewoordingen: 'Het laat zien hoe bedorven en immoreel jullie zijn. Ik kots mijn walging in jullie gezichten,' niet door de beugel kunnen.² De context van het koninklijk huis lijkt echter door de tijden heen een vrij stabiel resultaat op te leveren. Andere verschillen kan ik eigenlijk niet bedenken,

1 Zie ook W.F. Korthals Altes, 'Opgehaalde schouders en lange tenen', in: A.W. Hins & A.J. Nieuwenhuis (red.), *Van Ontvanger naar zender* (De Meij-bundel), Amsterdam: Otto Cramwinckel 2003, 199-215.

2 Dat is mijns inziens ook het geval met de veroordeling die in cassatie in stand

behalve dat ik de ene geciteerde uitlating in het politieke debat onsmakelijker vind dan de andere, maar dat lijkt mij nauwelijks een criterium. Dat maakt dat de premisse voor toepassing van de specifieke delicten (is er opzet om te beledigen in strafrechtelijke zin) redelijk problematisch is, veel problematischer dan de schrijvers in hun boekje zichtbaar maken. Het gemakkelijkst is de toepassing als het gaat om belediging, smaad en laster buiten een politieke en godsdienstige context. Dan gaat het om het strafrechtelijk sanctioneren van het ongegrond zwart maken van iemands reputatie (smaad en laster) of het overtreden van de fatsoensnorm dat je elkaar niet uitscheldt (eenvoudige belediging). Maar de receptuur van het brouwsel opzet/levensovertuiging/context is zodanig ongewis dat de aard van het gekookte gerecht bij opdiening moeilijk is te voorstellen.³ Dat laat het vervolg over discriminatie zien.

Discriminatie

Ons Wetboek van Strafrecht kent in de artikelen 137a-e bepalingen die groepsbelediging en andere vormen van discriminatie en aanzetten tot haat en geweld tegen groepen strafbaar stellen. De eerste versie stamt uit de jaren dertig. Deze artikelen zijn ingezet ondermeer om het internationale jodendom (Het NSB blad *Volk en Vaderland* in 1940: 'parasiet op den arbeid'), geestelijken, neo-Malthusianen en Indische planters te beschermen. In 1951 is de antidiscriminatiebepaling nog ingezet tegen een passage uit W.F. Hermans' *Ik heb altijd gelijk* omdat de hoofdpersoon van de roman, Lodewijk Stegeman, bij terugkeer in Nederland na de politionele acties waar hij aan heeft deelgenomen zegt: 'De katholieken! Dat is het meest schunnige, belazerde, onderkruiperige, besodemeterde deel van ons volk! Maar die naaien er op los. Die planten zich voort! Als konijnen, ratten, vlooiën, luizen. Die emigreren niet! Die blijven wel zitten in Brabant en Limburg met puisten op hun wangen en rotte kiezen van het ouwels eten.' Maar daar volgde geen veroordeling op, omdat niet Hermans, maar een romanpersonage het zei.

In 1971 zijn de bepalingen aanzienlijk uitgebreid en vernieuwd als gevolg van de ratificatie van het Internationale Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie. In 1991 is de werking uitgebreid tot discriminatie op grond van seksuele geaardheid. Deze artikelen vormen thans de kern van het strafrechtelijke optreden tegen belediging.

De bekendste gevallen zijn de uitlatingen van Theo van Gogh (HR 11 februari 1986, NJ 1986, 689; HR 11 december 1990 NJ 1991, 313 m.nt. 't Hart) en het echtpaar-Goeree (HR 18 oktober 1988, NJ 1989, 476). Beide zaken gaven echter onmiddellijk aanleiding tot discussie over de uitsingsvrijheid in relatie tot de columnist en de godsdienstvrijheid. Bij Van Gogh ging het om de passage in een tijdschrift *Moviola*:

Sinds ik mijn liefdesconsulent Jurrien Rood vroeg om commentaar in te spreken bij een animatiefilmpje over twee copulerende gele sterren in een gaskamer, heb ik weinig meer mogen vernemen over deze brandende kwestie,

[...]

Wat ruikt het hier naar Caramel. Vandaag verbranden ze alleen de suikerzietke joden,

[...]

bleef: HR 15 april 2003, NJ 2003, 334.

3 Ik ben dus minder overtuigd van de trefzekerheid van dit kookboek dan A.J. Nieuwenhuis, 'Vrijheid van meningsuiting en strafrecht. Het derde millennium', in: *Mediaforum* 2006-4, 97.

Moet je horen Jezus, wat dacht je van een vrolijke familiefilm over een klein meisje dat de hele oorlog door de Gestapo belt: Kom me halen. Kom me halen. M'n dagboek is klaar... en ze komen niet.

Bij de Goerees, die door het Hof waren vrijgesproken, maar door de HR veroordeeld ging het om een verkapte holo-caustontkenning:

al datgene, wat aan die groep mensen (joden, het joodse volk, Israel) vanaf omstreeks 33 na Chr. is aangedaan haar door eigen schuld of toedoen is overkomen, en, dat ook en met name, de vervolging van en de moord op 6 miljoen mensen uit die groep (joden, het joodse volk, Israel) door het Naziregim, haar door eigen schuld of toedoen is overkomen, en, dat dit alles te wijten is aan (de doorwerking van) de keuze van joodse mensen ten tijde van het proces tegen Jezus (ca. 33 jaar na Chr.), nl. hun keuze voor vrijlating van Barrabas en voor kruisiging van Jezus;

In dit rijtje treffen we ook weer veroordelingen van de Centrum partij aan wegens het verspreiden van folders met uitlatingen (HR 2 mei 1995, NJ 1995, 621):

- een multiraciale hutspot,
- honderdduizenden overbodige legale en illegale vreemdelingen,
- een onbeheersbare criminaliteit,
- nog veel meer onwelkom ongeregd en door hen als groep rechtstreeks in verband te brengen met drugsmisdaad, criminaliteit en asielbedrog.

En de fractievoorzitter Janmaat zelf (HR 18 mei 1999, NJ 1999, 664) werd veroordeeld wegens de navolgende uitlatingen:

Op 24 februari 1996 nam ik deel aan een door de politieke partijen CP'86 en Centrum Democraten georganiseerde demonstratie in de gemeente Zwolle. Op het kerkplein in Zwolle heb ik een toespraak gehouden. Bij die toespraak heb ik onder andere gezegd: 'Wij schaffen, zodra wij de mogelijkheid en de macht hebben, de multiculturele samenleving af'. Op het kerkplein waren een groot aantal personen als publiek aanwezig. Er zijn tijdens de demonstratie en mijn toespraak door verschillende mensen meerdere kreten geuit, zoals 'Nederland voor de Nederlanders', 'Eigen volk eerst', 'Vol is Vol' en 'Eigen volk eerst'.

Evenals de vraag of er sprake is van opzet tot belediging (zie hierboven), zijn de uitspraken tegen de Centrum Partij het moeilijkst te plaatsen, omdat het er toch sterk op lijkt dat hier een (overigens verwerpelijke) politieke opvatting wordt veroordeeld. 'Vol is vol', waar heb ik dat laatst ook weer gehoord? Het betekent dat de toepassing van deze bepalingen voortdurend in moeilijk vaarwater komt. Eigenlijk alleen de uitlatingen van Van Gogh deugen van geen kant (maar die is bij hernieuwde publicatie vrijgesproken⁴). De uitlating van de Goerees berust op een geloofsinterpretatie die niet onderdoet voor die van de later vrijgesproken imam en dominees, uitspraken die ik hier voor heb behandeld.

Koning en Vaderland

Gekwalificeerde belediging; majesteitschennis en vreemde staatshoofden

Het strafrecht geeft een verzwaarde bescherming aan gezagsdragers in het algemeen, omdat het beledigen van het gezag een strafverzwarende omstandigheid is (art. 267 Sr). Hierin komt ook het bevriende staatshoofd voor, waarvoor in de artikelen 118 en 119 Sr nog een apart delict is gereserveerd. Laatstgenoemde artikelen zijn echter alleen van toepassing als dat bevriende staatshoofd in Nederland verblijft. Zij worden in een adem genoemd met de majesteitschennis (111-113 Sr), omdat blijkens de wetsgeschiedenis 'de modder hier te lande naar vreemde staatshoofden geworpen ook onvermijdelijk onze kroon zou bespatten.' De toepassing van deze twee strafbepalingen levert vooral vaderlandse geschiedenis op van een geschokt gezagsgetrouw volkje. In de korte heftige republikeinse periode rond 1887 ging de sociaal democraat Domela Nieuwenhuis, oud-Luthers predikant die van zijn geloof was afgefallen, voor een jaar achter de tralies. Het pleidooi voor de afschaffing van de monarchie in het artikel 'de Koning komt' in het blad *Recht voor Allen* vormde de steen des aanstoots.

De behandeling der zaak voor de Haagse Rechtbank in 1886 geeft aanleiding voor geweldige demonstraties. Nieuwenhuis verdedigt zichzelf. Zijn pleidooi is een socialistische propagandarede. De rechtbank veroordeelt hem tot een jaar gevangenisstraf en dit vonnis wordt door het gerechtshof bevestigd. In januari 1887 gaat Nieuwenhuis de gevangenis in. Dat hij daar als een gewone boef wordt behandeld, lokt ook buiten socialistische kring protest uit. Als hij bovendien in de gevangenis ziek wordt, ontstaat een krachtige gratiebeweging. In de Tweede Kamer dringt Keuchenius op clementer behandeling aan. Hij wordt er door Kuyper in De Standaard over gekapitteld, doch houdt voet bij stuk. Vooraanstaande landgenoten sturen adressen, vergaderingen nemen moties aan. Op 31 augustus, de verjaardag van prinses Wilhelmina, wordt Nieuwenhuis gegratieerd. In de vergaderzaal 'Walhalla' in Den Haag wordt hij, op de dag van zijn ontslag uit de gevangenis, onder de bloemen bedolven. In tal van andere plaatsen wordt de hulde herhaald. In Rotterdam en elders geeft dit aanleiding tot tegenbetogingen. Socialisten worden mishandeld, hun ruiten ingeworpen, hun huusraad vernield. Ernstig wordt geklaagd over de lijdelijke houding der politie. 'Zijn de socialisten ten onzent vogelvrij verklaard?' vraagt de liberale Nieuwe Rotterdamse Courant.⁵

Maar ook de toepassing van het staatshoofdartikel is een weerslag van sociale en politieke onrust. In de periode 1886 tot 1970 is de bepaling zeventig keer toegepast en steeds in roerige tijden, vlak voor de beide wereldoorlogen en in de jaren zestig tijdens de Vietnamoorlog. Welke bevriende hoofden hebben we al niet allemaal beledigd? Hitler (maar die werd in 1935 als Führer en niet als staatshoofd beledigd zodat vrijpraak volgde; het onderscheid tussen die twee functies verloor onze politieke vriend overigens de jaren daarna vrij snel uit het oog), Mussolini, en in 1954 mochten we Franco nog steeds geen beroepsmoordenaar noemen, innig bevriend als we waren met het Franco-Spanje. Het slotakkoord ligt in de jaren zestig met de 'Johnson moordenaar'-spandoeken tijdens demonstraties tegen de Vietnamoorlog, na veroordeling snel gevolgd door 'Johnson molenaar' en de Delfgaauw (hoogleraar filosofie in Groningen) variant 'Johnson moordenaar volgens de normen van Tokio en Neurenberg'. Na 1978 is het artikel niet meer toe-

⁴ Hof Amsterdam 26 januari 1993, *Mediaforum Bijlage* 1993-3, B 36.

⁵ P.J. Oud, *Honderd Jaren*, Assen: Van Gorcum & Comp. NV-Dr. H.J. Prakke &

H.M.G. Prakke 1961 (3^e druk), 133.

gepast. 'Johnson Molenaar' beleefde een korte revival toen Rita Verdonk een aanklacht wegens belediging indiende tegen de spandoeken na de Schipholbrand waarin ze van moord werd beschuldigd.

Opruiing

Opruiing heeft een soortgelijke gekleurde (en ook: politieke) geschiedenis als majesteitsschennis, maar maakte een ervaring door in deze tijden van antiterrorisme. Het ligt dan op een lijn met het delict bedreiging van artikel 285. Op laatst genoemd artikel werden de rappers veroordeeld die in een rapsongs vrij concrete doodsbedreigingen aan het adres van Ayaan Hirsi Ali hebben geuit.

God en goede zeden: godslastering en pornografie

Godslastering

Bestaat er nog smalende godslastering na het Ezelproces tegen Reve in 1966? Reve werd vrijgesproken, omdat hij een persoonlijk (homoseksueel) godsbeeld verdedigde tegenover het officiële godsbeeld. Laten we Reve zelf in zijn slotwoord bij de rechtbank aan het woord laten. Hij neemt eerst afstand van diegenen die deze zaak zagen als een testcase voor de vrijheid van meningsuiting (o.a. de door hem als 'gemotoriseerde relletjesvoyeur' aangeduide Mulisch die in die dagen vanuit een sportwagen met ronkende motor in Amsterdam kon worden waargenomen bij Provorellen), omdat hij het manuscript van *Nader tot U* waar de gewraakte ezelpassage in stond,

*niet naar het buitenland behoefde te smokkelen, om zulks, na een goeddeels geheim schijnproces, met vijf respectievelijk zeven jaar strafkamp te moeten bekopen.' Dan zegt hij: 'Is deze zaak dan Meneer de President, Edelachtbaar College, een futilliteit? Dat weet ik niet. Maar als ik alles wat hier te berde is gebracht overweeg, dan is dit waar het hier vandaag om gaat: het gaat eigenlijk helemaal niet over de vraag of de incarnatie van God als een homoseksueel zoogdier als verwerpelijk of grievend zou moeten worden beschouwd. Het is helemaal geen kwestie van smaling of gegriefdheid. Het is niets anders dan een, overigens geenszins door mij gezochte, godsdiensttwist. Het is de plaatsing van het ene Godsbeeld, van het ene Godsbeeld tegenover het andere, en ik meen niet, Meneer de President, dat het de taak van uw College zou zijn het ene Godsbeeld tegen het andere te verdedigen, en dat is toch wat mijn wederpartijders van U eisen.'*⁶

Daarmee is dunkt mij het lot bezegeld van de bepaling in een gesecculariseerde samenleving waarin louter nog persoonlijke religieuze belevingen (overigens binnen officiële kerken en liturgieën) bestaan. De schrijvers durven die conclusie niet trekken. Zij zeggen (p. 204) precies het tegenovergestelde als Reve: 'Wij menen dat, gezien de toenemende betekenis van de godsdienst in de maatschappelijke discussie en de verharding van de mede op godsdienst gebaseerde tegenstellingen, het niet onmogelijk is dat een hernieuwd beroep op het OM gedaan zal worden om het verbod van godslastering van stal te halen.' Dat is immers een uitnodiging om godsdiensttwisten te beslechten.

Het EHRM kiest de lijn dat rechtstreekse aanvallen op een godsdienst als zodanig niet zijn beschermd, discussie over de

leerstellingen en de instituties van een godsdienst wel. Dit is af te leiden uit de beslissingen i. A. Albert-Engelmann en Giniewski.⁷

Pornografie

De bepalingen omtrent de pornografie beogen de ongewenste confrontatie met pornografisch materiaal te voorkomen en 'de moraal' te beschermen. Bij het tegengaan van kinderporno zal daar weinig discussie over zijn. Het glibberige stukje zeep is hier het begrip 'eerbaarheid'. Dat wordt, volgens de HR, bepaald door de bij een aanmerkelijk deel van de meerderheid van de bevolking levende opvattingen. Over het algemeen wordt de grens hier ruim getrokken, omdat het criterium van openbaarheid het belangrijkste is geworden. Het adagium is: Het gewaarschuwde achttienjarige publiek telt voor twee. Bij kunstvoorwerpen geeft het nog wel eens problemen, temeer daar wij geen kunstexceptie kennen. De grenzen worden in Nederland ruimer getrokken dan in Straatsburg dat allergisch wordt als er moraal of religie in het geding is (de zaken *Otto Preminger*, EHRM 20 september 1994, NJ 1995, 366, m.nt. EJD, en *Wingrove*, EHRM 25 november 1996, NJ 1998, 359, m.nt. EJD). Het EHRM verwijst zaken van moraal en religie nog steeds naar locale, regionale of nationale gemeenschappen. Het weigert, anders dan bij de politieke vrijheid, een Europese norm te stellen.

Conclusie

De schrijvers ronden ieder delictshoofdstuk af met een paragraaf over de relatie tussen het besproken delict en de vrijheid van meningsuiting, in het bijzonder artikel 10 EVRM. Daarin herhalen ze meestal hun algemene vermaning dat we moeten waken voor 'intolerantie en verkramping'. Daarmee zagen ze, althans in mijn ogen, telkens een paar poten onder de tafel uit waarop hun analyse van het positieve recht in de voorgaande paragrafen van het delictshoofdstuk is neergelegd. Dat geeft het boek het karakter van de bekende processie waarin de deelnemers twee stappen vooruit doen en één achteruit. Nu is het ook niet de doelstelling van een studiepocket om afschaffing van de rechtsregels te bepleiten die erin worden beschreven. Bij lezing van die beschouwingen, en met name wat de rechtspraak van deze artikelen heeft gemaakt, kan de lezer wel de vraag stellen wat een moderne democratie nu echt aan de uitingsvrijheid beperkende strafbepalingen nodig heeft. Alles afwegend, verwijs ik naar de relikwieënkast: majesteitsschennis, belediging van vreemde staatshoofden en godslastering. (Meestal leveren die processen wel prachtige cultuurhistorische documentatie op! Omwille van de geschiedschrijving zou je ze dus moeten handhaven.) Toepassing van de overige bepalingen zou alleen in harde gevallen van wezenlijke aantasting van de menselijke waardigheid en bedreiging met geweld moeten plaatsvinden, met de kanttkening dat voortdurend het gevaar dreigt dat politiek incorrecte uitspraken worden afgestraft in plaats van dat rechtgoederen worden beschermd. Die gevallen blijven in het internettijdperk wel over, omdat drempelloze toegang tot de discussie tot een aanzienlijke vergroving van de uitwisseling van denkbeelden heeft geleid. Neem bijvoorbeeld de zaak die in mei van dit jaar bij de politierechter in Rotterdam werd berecht. Het ging over een op een weblog geplaatst 'leuk' filmpje waarin Auschwitz als een house party (Hauswitz: 'Tanzen macht frei') werd voorgesteld.⁸ De *name and shame* site www.

6 Jan Fekkes, *De God van je Tante*, Amsterdam: De Arbeiderspers 1986 (Floretrees), 87.

7 EHRM 13 september 2005, appl. 42571/98, EHRM 19 januari 2006, appl.

46389/99, EHRM 31 januari 2006, appl. 64016/00. In soortgelijke zin ook mijn bijdrage 'De Deense Beeldenstorm', in: *NJB* 2006, 634-638.

8 *NRC Handelsblad* 24 mei 2006, 2.

geenstijl.nl verdient in dat verband ook aandacht, omdat deze site met inmiddels miljoenen hits onder het mom van de verschaffing van een nieuwe open ('civic') vorm van nieuwsvoorziening zich heeft ontwikkeld tot een openbare postbus van privé-laster. Strafrechtelijke handhaving kan hier helpen het publiek er van te doordringen dat de publiciteitseffecten van het posten van een berichtje op internet gigantisch kunnen zijn. Onze 'leuke' Hauswitzer werd vervolgd, omdat de Poolse ambassade in Nederland een klacht bij het OM had ingediend, omdat de weblog in Polen tot grote verontwaardiging had geleid.

Het boek van Janssen en Nieuwenhuis is een uitstekend en helder overzicht om tot deze afwegingen te komen. Het is bovendien voor de mediapraktijk en bij de bestudering van het recht van vrije meningsuiting een overzichtelijke gids.

Ondemocratische opvattingen

De praktijk: De Turkse Refah partij en het EVRM

Het boek van Hong (verdedigd als proefschrift aan de Universiteit van Tilburg, promotor: G.C.G.J. Roermund) behandelt de gewichtige vraag of er een filosofisch verantwoorde fundering bestaat voor het verbod op ondemocratische partijen. De vraag heeft door de uitspraak van het EHRM in de Refah zaak nieuwe actualiteit gekregen (*Refah II*: EHRM 13 februari 2003 NJ 2005, 73, m.nt. EAA, AB 2003, 152, m.nt. M.J. Kanne). Het boek van Hong neemt die zaak dan ook als *test case* voor zijn beschouwingen, zodat ik eerst iets over die zaak zal zeggen.

De Refah partij, de Turkse Welvaartspartij, was door de regering verboden, omdat zij de op de sharia gebaseerde opheffing van kerk en staat nastreefde, en daarmee de opheffing beoogde van de door Atatürk gevestigde seculiere democratische rechtsorde. In het voormalige Ottomaanse rijk had dit van meet af aan op een scheiding der geesten geleid tussen enerzijds de 'kemalisten' (de erfenis van het gedachtegoed van Atatürk), anderzijds allerlei fundamentalistische varianten van de Islam. De Refah partij had zich in de jaren tachtig en negentig een grote aanhang verworven, maar werd door de regering wegens ongrondwettige activiteiten verboden. Dit besluit werd door het Turkse Constitutionele Hof bevestigd, en in Straatsburg uiteindelijk ook onder het EVRM overeind gehouden. Er is een lange voorgeschiedenis van opgelegde partijverboden in Turkije, die ook in Straatsburg zijn getoetst (eerdere verboden betroffen Koerdische partijen aan de linkerkant die een onafhankelijke status van de Koerden in Turkije voorstonden) maar die daar tot dusver geen stand hielden.⁹ Het Hof onderzoekt of er een *pressing social need* was om de Refah partij te verbieden aan de hand van de doelstellingen en de praktijk van de partij en concludeert:

104. In the light of the above considerations, the Court's overall examination of the question whether the dissolution of a political party on account of a risk of democratic principles being undermined met a 'pressing social need' (see, for example, Socialist Party and Others v. Turkey, cited above, p. 1258, § 49) must concentrate on the following points: (i) whether there was plausible evidence that the risk to democracy, supposing it had been proved to exist, was sufficiently imminent; (ii) whether the acts and speeches of the leaders and members of the political party concerned were imputable to the party as a whole; and (iii) whether the acts and speeches imputable

to the political party formed a whole which gave a clear picture of a model of society conceived and advocated by the party which was incompatible with the concept of a 'democratic society'.

[...]

107. The Court will first determine whether Refah could have presented a threat to the democratic regime at the time when it was dissolved. It observes in that connection that Refah was founded in 1983, took part in a number of general and local election campaigns and obtained approximately 22% of the votes in the 1995 general election, which gave it 158 seats in the Grand National Assembly (out of a total of 450 at the material time). After sharing power in a coalition government, Refah obtained about 35% of the votes in the local elections of November 1996. According to an opinion poll carried out in January 1997, if a general election had been held at that time Refah would have received 38% of the votes. According to the forecasts of the same opinion poll, Refah could have obtained 67% of the votes in the general election likely to be held about four years' later (see paragraph 11 above). Notwithstanding the uncertain nature of some opinion polls, those figures bear witness to a considerable rise in Refah's influence as a political party and its chances of coming to power alone.

108. The Court accordingly considers that at the time of its dissolution Refah had the real potential to seize political power without being restricted by the compromises inherent in a coalition. If Refah had proposed a programme contrary to democratic principles, its monopoly of political power would have enabled it to establish the model of society envisaged in that programme.

109. As regards the applicants' argument that Refah was punished for speeches by its members made several years before its dissolution, the Court considers that the Turkish courts, when reviewing the constitutionality of Refah's acts, could legitimately take into consideration the progression over time of the real risk that the party's activities represented for the principles of democracy. The same applies to the review of Refah's compliance with the principles set forth in the Convention. Firstly, the programme and policies of a political party may become clear through the accumulation of acts and speeches by its members over a relatively long period. Secondly, the party concerned may, over the years, increase its chances of gaining political power and implementing its policies.

110. While it can be considered, in the present case, that Refah's policies were dangerous for the rights and freedoms guaranteed by the Convention, the real chances that Refah would implement its programme after gaining power made that danger more tangible and more immediate. That being the case, the Court cannot criticise the national courts for not acting earlier, at the risk of intervening prematurely and before the danger concerned had taken shape and become real. Nor can it criticise them for not waiting, at the risk of putting the political regime and civil peace in jeopardy, for Refah to seize power and swing into action, for example by tabling bills in parliament, in order to implement its plans. In short, the Court considers that in electing to intervene at the time when they did in the present case the national authorities did not go beyond the margin of appreciation left to them under the Convention.

Zoals Alkema in zijn noot in de NJ concludeert, levert dit arrest geen duidelijk raamwerk op hoe met de heikele kwestie om te gaan: de vuistregels in de hierboven geciteerde overweging 104 zijn tamelijk vaag. De benadering van het Hof ex post is puur gebaseerd op een feitelijke beoordeling van hoe ver de situatie in een lidstaat uit de hand gelopen moet zijn om te kunnen ingrijpen. Onbevredigend in de uitspraak is ook dat het er op lijkt dat je wel een tijdje in de ondemocratische zandbak mag spelen, en dat je ondemocratische gekraai dan ook beschermd

⁹ Zie de noot van Alkema bij het Refah-arrest en A.J. Nieuwenhuis, 'Partijverbod en Superconstitutionalisme in rechtsvergelijkend perspectief', in: J.L. de Reede

& J.H. Reestman (red.), *Recht & Politiek*, Deventer: Kluwer 2003 (Prakkebundel), 199-213.

wordt door artikel 10 EVRM (zie bijvoorbeeld de zaak-Gündüz, EHRM 4 december 2003, NJ 2005, 176, m.nt. EJD), maar, dat als het een te groot kabaal wordt, de zandbak mag worden gesloten. Er is dus een verschil tussen *zeggen* en *doen*, in die zin dat wanneer het eerste te dicht bij het tweede is gekomen het einde oefening is: Als er een substantieel deel van het electoraat de leuze 'Vol is vol' onderschrijft is het afgelopen met de pret. Het helse dilemma is dat, als je kiest voor de rechtszekerheid van een ex ante-toetsing op partijdoelstellingen alleen, je wel heel strenge eisen moet stellen aan de bewijsvoering. In Nederland lijkt de ontbinding van een politieke partij alleen mogelijk als deze aanzet tot geweld of haat.¹⁰ Dat is niet hetzelfde als een ondemocratische doelstelling, en hoe flinterdun de scheidslijn tussen discriminatie en politieke correctheid is, bleek uit het voorafgaande.¹¹ Het Duitse systeem gaat het verst in een tamelijk abstracte ex ante toetsing.

Is er een filosofische uitweg uit dit dilemma?

Filosofische legitimatie

Hong kiest als vertrekpunt het bekende *audience*-argument van de Amerikaan Alexander Meiklejohn¹², die de vrijheid van meningsuiting grondt op democratisch zelfbestuur. Hij stelt zich een verzamelde volksverzameling (de *townhall*) voor die met elkaar over zaken van algemeen belang debatteert:

the point of ultimate interest is not the words of the speakers, but the mind of the hearers. The final aim of the meeting is the voting of wise decisions. The welfare of the community requires that those who decide issues shall understand them. And this, in turn, requires that so far as time allows, all facts and interests relevant to the problem shall be fully and fairly presented to the meeting. Both facts and interests must be given in such a way that all alternative lines of action can be wisely measured in relation to one another. As the self governing community seeks, by the method of voting, to gain wisdom in action, it can only find it in the minds of the individual citizens. If they fail, it fails. That is why freedom of discussion for those minds may not be abridged.

In dit argument gaat het vooral om het *gehoor* dat toegang moet hebben tot alle feiten en argumenten om een weloverwogen politiek oordeel te kunnen vellen. Hoewel het belang van het publiek dat de boodschap ongehinderd moet kunnen ontvangen in alle formuleringen van de vrijheid van meningsuiting een belangrijk element blijft (en het belang van het hebben van *toegang* tot informatie de hoeksteen vormt van wetgeving over openbaarheid van bestuur), is de zwakte ervan dat het de vrijheid afhankelijk maakt van de opvattingen van het als soeverein gedachte volk. Het is nu juist die meerderheid die de democratie en de vrijheid kan afschaffen. Zoals onder meer Fred Schauer heeft laten zien is het beginsel van de vrijheid van meningsuiting gebaseerd op een onafhankelijk van politieke meerderheid bestaande beginsel van diversiteit van individuele waarheidsopvattingen.¹³ Hong kiest dat gezichtspunt als vertrekpunt en verbindt dat met dat van Sadurski,¹⁴ die de kring van de vrijheid van meningsuiting mede de ondemocratische opvattingen laat omvatten, opdat de burgers daarvan ook kennis kunnen nemen omdat zij alternatieven voor de politieke

organisatie moeten kunnen overwegen. Zij hebben echter het recht om die opvattingen met alle kracht moreel af te keuren. Dat geeft uiteraard nog geen antwoord op de vraag wanneer je ze met juridische dwangmiddelen moet kunnen verbieden.

Om die laatste vraag te beantwoorden bespreekt Hong eerst een aantal theorieën, waarvan die van Habermas de bekendste is. Habermas tracht het probleem van het meerderheidsstandpunt op te lossen door een element van rationaliteit in het openbare debat te introduceren dat alle participanten daaraan wederkerig moeten aanvaarden, de zogenaamde *deliberative unanimity*. In dat concept zouden de collectieve (zelfbestuur) en individuele autonomie tot verzoening kunnen worden gebracht. Op grond van dit zogenaamde *discourse beginsel* worden fundamentalisten en andere extremisten die het beginsel niet aanvaarden, van de discussie uitgesloten. Dat is echter, zoals Hong terecht betoogt in strijd met het beginsel van zelfbestuur door allen. Of zoals hij een door hem geciteerde schrijver Whelan laat zeggen: 'Despite all sophisticated efforts, even Habermas has not been able to change the jurisprudential reality that "democracy can be practiced for making collective decisions once a collectivity has been defined, but democratic methods themselves are inadequate to establish the bounds of the collectivity, whose existence democratic theory simply presupposes".'¹⁵

Hong vervolgt met een analyse van de *clear and present danger*-test die de Supreme Court van de VS in de jaren twintig heeft ontwikkeld. Een staat van de Federatie mag alleen die uitingen verbieden die een *onmiddellijke* dreiging met geweld en wetsovertreding met zich brengen. De rechter Holmes hanteerde die in tijden van politieke agitatie veel strikter dan de meerderheid binnen het Hof, dat in meerderheid anarchisten en socialisten die protesteerden tegen de Amerikaanse politiek ten opzichte van de Russische revolutie veroordeelde.¹⁶ De gevaarstellingstheorie geeft niet alleen veel beoordelingsruimte voor het vaststellen van de aanwezigheid van het gevaar, maar stelt bovendien de toelaatbaarheid van een mening afhankelijk van het effect dat zij heeft, en dat was de basis van de kritiek van rechter Learned Hand. Deze stelde dat de gevaarstellingstheorie moest worden gekoppeld aan de *inhoud* van het gezegde en niet aan de mogelijke *gevolgen*. Maar al dit moois mocht toch niet voorkomen dat tijdens de McCarthy-periode van de jaren vijftig de heksenjacht tegen zogenaamde communisten ook door het Supreme Court werd gedekt. In de *Dennis*-zaak oordeelde de meerderheid in het Hof: 'Obviously "Clear and Present Danger" cannot mean that before the Government may act, it must wait until the *putsch* is about to be executed, the plans have been laid and the signal is awaited.' In de *Yates*-zaak uit 1957 werd de test wat aangescherpt: 'those to whom the advocacy is addressed must be urged to *do* something, now or in the future, rather than merely *believe* in something.' Er moet dus *immanent action* dreigen. Eind jaren zestig aanvaardde het Hof de strikte test van Learned Hand. Het vervolg laat een jurisprudentie zien die een fusie vormt van het *argument from truth* en het *argument from democracy*. In zijn latere uitspraken leunt het Hof zelfs heel sterk op het oorspronkelijke *argument from democracy* van Meiklejohn. In vreedzame tijden levert het een hoge bescherming aan *freedom of speech* op, maar, zoals

10 Zie A.J. Nieuwenhuis a.w. noot 9, 211 naar aanleiding van de ontbinding van de CD, Rb Amsterdam 18 november 1998, NJ 1999, 377.

11 Zie over de CD ook Meindert Fennema, *Over de kwaliteit van Politieke Elites*, Amsterdam: Vossiuspers 2003, 13.

12 Alexander Meiklejohn, *Free Speech and Its Relation to Self-Government*, New York: Harper & Brothers Publishers 1948.

13 Frederick Schauer, *Free speech: a philosophical enquiry*, London/New York: Cambridge University Press, 1982, hoofdstukken 3 en 5.

14 W. Sadurski, *Freedom of Speech and Its Limits*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers 1999.

15 Hong a.w. 77.

16 Hong a.w. 91.

Hong constateert,¹⁷ dat was na 11 september 2001 afgelopen. Robert Bork, ooit genomineerd voor het Supreme Court, had al in 1971 gepleit voor het opheffen van de bescherming van *subversive speech*. Beslissingen van politieke organen om die bescherming te beëindigen komen dus niet meer in aanmerking voor de onmiddellijke gevaren test *because it erects a barrier to legislative rule where none should exist*.

Er volgt een interessante excursie langs de theorieën van de Duitse rechtsfilosoof Carl Schmitt. Deze ontwikkelde een noodtoestandtheorie die het een aangewezen staatsorgaan (de President van de Republiek) toestond de democratie onder omstandigheden tegen 'interne' vijanden te verdedigen. Deze benadering staat dus niet veraf van de gedachte van Bork dat de uitvoerende macht het recht moet hebben om in situatie dat de democratie, naar zijn oordeel, in gevaar is, noodmaatregelen te treffen.

Na deze exercitie meent de schrijver het antwoord op het dilemma gevonden te hebben in de theorie van de Duitse rechtsfilosoof Hans Kelsen uit de jaren dertig, die de democratie niet grondvest op zelfbestuur van allen, maar op een door de meerderheid van het electoraat gekozen meerderheid in het parlement. De legitimiteit van de meerderheidsbeslissing moet door de minderheid worden aanvaard, omdat wetten vatbaar zijn voor wijziging en minderheden meerderheden kunnen worden. De democratische procedure, en, met name ook grondrechten, zijn er om minderheden te beschermen: zij moet leiden tot *legislative self restraint*. In de woorden van de schrijver:

*Since majority legislation is considered democratically legitimate, not because the majority principle has been adopted by all citizens who have recognized the right to self determination of one another, but because it provides law subjects the most favorable possibility to liberate themselves from measures that others have unilaterally imposed upon them, we could say that democracy conceived as legislative self-restraint is based on strategic calculation rather than mutual recognition, as is the case with democracy as popular self-regulation.*¹⁸

Hoe lossen we met dit inzicht het probleem van het ondemocratische standpunt op? Verrassend genoeg opteert de schrijver aan het slot van zijn analyse voor een *clear and present danger*-test, zoals ontwikkeld in de VS, en zoals deze ook doorklinkt in de Refah-beslissing van het EHRM. Deze Refah-beslissing verdedigt de schrijver dan ook als juist.¹⁹ Weliswaar is deze van een andere legitimatie voorzien, namelijk dat de meerderheid om democratische redenen de ondemocratische minderheid moet verdedigen (*legislative self restraint*) totdat het systeem dreigt ten onder te gaan. Maar vanuit de gedachte dat je als meerderheid je wil kunt opleggen, omdat de minderheid de kans heeft meerderheid te worden, doet het toch tegenstrijdig aan dat je de minderheid mag verbieden op het moment dat ze meerderheid dreigen te worden. Dat is dus toch argument van de te veel kabaalmakende ondemocratische zandbak.

Conclusie

Het boek van Quoc Loc Hong bevat een interessante analyse van de theorieën van de vrijheid van meningsuiting in het bijzonder in relatie tot ondemocratische opvattingen. Het verhel-

derende van het boek is mijns inziens dat het de legitimatie van de vrijheid van meningsuiting en die van de democratie uit elkaar trekt. Vrijheid van meningsuiting berust op een minderheidsprincipe en democratie op een meerderheidsprincipe. Dat betekent dat de kring van de vrijheid van meningsuiting ruimer getrokken moet worden dan de democratie. In deze betekenis is er een verschil tussen: *zeggen* en *doen*. Mijns inziens ligt de oplossing van het dilemma tussen die twee, *theoretisch*, in het feit dat de vrijheid van meningsuiting vooral berust op een *materieel* waarheidsbeginsel en de democratie vooral op een *formeel* procedure beginsel. De veronderstelling is dat het materiële beginsel het best beschermd wordt in de democratie die door de procedurele bescherming van diversiteit uiteindelijk de individuele autonomie en waarheidsvinding het best garandeert. De al of niet geoorloofdheid van een organisatie binnen dat stelsel kun je daarom loskoppelen van de mate van aanhang die de partij heeft verworven. In de *praktijk* is het veel moeilijker, omdat je hoge eisen aan de bewijsvoering moet stellen dat een partij fundamenteel ondemocratisch is. Zeker in de eenentwintigste eeuw zal een radicale partij zich in de verkiezingen niet als zuiver ondemocratisch aandienen.

Vanuit Hongs analyse had ik eerder een afwijzing van de Refah-beslissing verwacht dan een demonstratie van de juistheid van zijn beschouwingen. Maar het blijft moeilijk: als alle burgers in de *townhall* van Meiklejohn, na ampele voorlichting, besluiten een dictator te kiezen (en dat hebben ze in het verleden dikwijls gedaan), doe je er met strafrechtelijke maatregelen niet veel meer aan. In het Duitsland van de Weimarrepubliek hadden democraten na de verkiezingswinst van de NSDAP maar twee alternatieven: *innere* of *aussere Immigration*. Er was geen politiemacht meer te vinden om die partij toen nog te verbieden.

Botsing van culturen

Filosofische legitimatie

Het proefschrift van Tim Wolff (Universiteit van Amsterdam; promotor: C.W. Maris) stelt de vraag naar de betekenis van het multiculturalisme aan de orde en hoe we daar in een democratie mee om moeten gaan. Het vertoont daardoor vele raakvlakken met de vragen die hiervoor zijn behandeld. Hij kiest stelling tegen dat begrip multiculturalisme. Zijn these is:

In een liberale staatsinrichting, een staatsinrichting die ik onderschrijf en zal trachten te verdedigen, is er vanuit een oogpunt van gelijkwaardigheid van individuen in principe maar één identiteit die er politiek gezien toe doet, en dat is het burgerschap. Voor de allocatie van rechten en de verdeling van schaarse hulpbronnen dient culturele identiteit, voor zover het coherent is om van een 'culturele identiteit' te spreken, in beginsel als moreel arbitrair te worden beschouwd.

Dat is vergelijkbaar met de Franse positie die terug gaat tot de Franse revolutie en door Napoléon III in 1807 werd herhaald jegens de Joodse gemeenschap in Frankrijk: wij erkennen u niet als Jood maar wel als volwaardig Franse staatsburger.²⁰ Om deze these te bewijzen doet Wolff twee dingen: hij relateert het cultuurbegrip en kiest vervolgens positie vanuit de liberale staatstheorie (met John Rawls als belangrijkste verte-

¹⁷ Hong, a.w. 116.

¹⁸ Hong a.w. 156.

¹⁹ Hong a.w. 199.

²⁰ Zie E.J. Dommering, in: A.W. Hins & A.J. Nieuwenhuis (red.), *Van ontvanger naar zender* (De Meij-bundel), Amsterdam: Otto Cramwinckel 2003, 91, nt. 6.

genwoordiger) die neutraliteit van de staat verlangt ten aanzien van kwesties die *the good life* betreffen (ook wel aangeduid als antiperfectionisme). De Staat heeft dus geen mening en behoort die ook niet te hebben.

Hoofdstuk 2 van deel I is een aantrekkelijk nummertje vrij worstelen met de begrippen 'cultuur' en 'etniciteit'. Wolff schrijft leuk en het is een genoegen om te lezen hoe hij met deze etiketten speelt. Beide begrippen zijn zeer veelduidig en worden door iedereen in een verschillende betekenis gebruikt.²¹ Hij stelt tegenover elkaar een gelaagd model en een holistisch model. Het gelaagde model gaat uit van verschillende mentale programma's die over elkaar liggen: 'Mensen behoren tegelijkertijd tot verschillende groepen en categorieën – etnische groep, religieuze groep, lifestylegroep, subcultuur, beroepsgroep, bedrijfsorganisatie, sekse, sociale klasse, generatie – en nemen daarmee corresponderende verschillende sociale rollen aan.' De holistische opvatting gaat uit van totale levenswerelden, 'sociale domeinen waarvan de diverse elementen – waarden, symbolen, praktijken – intern een min of meer betekenisvol systeem vormen.' In het vervolg van zijn betoog kiest hij voor het aan de socioloog G. Hofstede ontleende gelaagde begrip, maar neemt hij ook afstand van het begrip 'mentale programma's', omdat hem dat te deterministisch voorkomt. Cultuur, is aldus de schrijver, iets dat je tot op zekere hoogte kunt kiezen. Daarom spreekt hij liever van 'culturele oriëntatie'. Vervolgens worden vlot alle varianten van het holistische cultuurbegrip onder tafel gewerkt, ook de etnische variant, omdat 'in ieder geval in postindustriële delen van de wereld cultuur te flexibel, transnationaal, overlappend, gedifferentieerd, vloeiend en te meerduidig is. [...] Etnische identificatie en etnische cultuur moeten niet met elkaar worden verward. Daarbij is het belangrijk in te zien dat etnische mobilisatie vaak enerzijds bestaat uit defensieve reacties (die veelal een symbolisch en performatief karakter hebben) op de moderniteit en op de assimilatie-druk en maatschappelijk uitsluiting, en anderzijds kan worden gevoed door de ideologie van het multiculturalisme zelf.'²² Op zich zelf heeft hij hier een belangrijk punt. Veel symbolen uit een allochtone cultuur worden onder de assimilatie-druk van een allochtone cultuur een identificatiesymbool. Zo wordt het hoofddoekje een teken om te behoren tot een bepaalde groep en de weigering Rita Verdonk een hand te geven een daad van politiek verzet. Dit streven naar erkenning van het anders zijn, kan dan weer tot stereotypering van de andere kant leiden.²³ Het feit dat heel veel culturele gedragskenmerken en oriëntaties naar de categorie 'identiteit' verhuizen, neemt toch niet weg dat ik vind dat de schrijver wel erg gemakkelijk historisch harde categorieën (die ook erkenning hebben gevonden in internationale verdragsteksten) als natie, taal en religie van de snijtafel veegt. De schrijver heeft echter gelijk dat wij veel te spastisch omgaan met allerlei 'culturele' gedragskenmerken, die in feite lifestyle- en identiteitkenmerken zijn.

In het tweede deel van het boek behandelt Wolff allerlei holistische theorieën: Kymlicka en Raz als de variant van de cultuur als keuzecontext, Parekh als de variant dat cultuur een handicap is en Taylor en Honneth als erkenningsvariant. Hij wijst ze allemaal af in welsprekende betogen, de ene overigens meer dan de andere. Met name met de inderdaad sterke erken-

ningstheorie van Honneth heeft hij moeite.

Kymlicka beschouwt een immigrantencultuur niet als een distincte cultuur:

De 'onuitdrukkelijke kennis van historische en culturele associaties vervlochten met taal' is iets wat immigranten zich wellicht nimmer volledig eigen kunnen maken. (Eerste generatie) immigranten, hoe goed geïntegreerd ook, ontberen simpelweg het volledige genot van het primaire goed van cultureel lidmaatschap, een goed waar mensen, normaal gesproken, recht op hebben. Kymlicka biedt hen wel (en de volgende generaties) een culturele troostprijs, de zogenaamde polyetnische rechten. Dit zijn tegemoetkomingen als aangepaste arrangementen voor feestdagen en ontheffingen van kledingvoorschriften in verband met, bijvoorbeeld, keppels, hoofddoeken of tulbanden.²⁴

Met dit holistische cultuurmodel van Kymlicka en Raz heeft de schrijver weinig op, omdat immigrantengemeenschappen niet homogeen zijn. Hij signaleert terecht het probleem van de versnippering en interne verdeeldheid van Turkse en Marokkaanse gemeenschappen, wat, bijvoorbeeld, heeft verhinderd dat de zeer omvangrijke 'Islamzuil' in Nederland, ondanks het bestaan van een op representatie gebaseerd open omroepbestel, nooit behoorlijk toegang heeft gekregen tot de publiek gefinancierde omroep, slechts in de categorie 'kleine zendgemachtigden' met weinig zendtijd.

De handicaptheorie stelt een minderheidscultuur gelijk met een handicap, zoals een fysieke handicap, en beoogt een route te beschrijven hoe deze handicap moet worden gecompenseerd. Wolff is tegen deze van God, voorouder of geboorteland gegeven culturele preferenties, die als handicap in het dagelijkse leven werken, en vraagt zich af of een samenleving deze 'dure' preferenties moet honoreren. Hij meent van niet:

De conclusie moet dus zijn dat mensen met dure preferenties geen aanspraak kunnen maken op extra rechten en hulpbronnen. De Sikh verdient geen extra recht op motorrijden zonder helm (tenzij dat recht aan iedereen moet toekomen en de helmplicht gewoon niet deugt); de extra kosten van begraven van een dierbare in islamitische grond dienen, ceteris paribus, niet te worden vergoed; en de pleger van eerwraak behoort niet te kunnen rekenen op coulantie, vergeleken met 'normale' moordenaars.²⁵

Bij de erkenningstheorie staan allereerst de opvattingen van Charles Taylor centraal. Taylor is Canadees en de 'status aparte' van het Franstalige Quebec binnen Canada kleurt zijn theorieën. Het is vooral tegen dit Quebecisme in Taylors erkenningsstheorie dat Wolf fulmineert. Zijn programma van erkenning van culturen is problematisch omdat wat hij 'culturen' noemt, niet bestaan, zeker niet in Quebec. De theorie van Honneth zit beter in elkaar. Deze onderscheidt drie niveau's van erkenning die het levenslot van een individu bepalen: erkenning binnen intieme relaties, erkenning als volwaardig staatsburger en erkenning als sociale waardering. In het debat over erkenning van een andere cultuur gaat het voornamelijk om dat derde erkenningniveau dat gebreken vertoont. Moet de op zichzelf neutrale liberale rechtsstaat een actief erkenningsbeleid gaan voeren? Wolff zet dit deel van zijn betoog in de sleutel van de uitingsvrijheid. De derde erkenninglaag wordt in onze huidi-

21 Bij 'cultuur' is er dan ook nog het probleem dat dit verzamelbegrip allerlei betekenisinhouden van het begrip 'beschaving' heeft overgenomen, zie R.A.M. Aerts, 'Cultuur zonder beschaving: over het gebruik van cultuur sinds de Tweede Wereldoorlog', in: P. de Boer (red.) *Beschaving*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2001, 319-325.

22 Wolff a.w. 55.

23 Zie hierover K.A. Appiah, *The Ethics of Identity*, Princeton and Oxford: Princeton University Press 2005, 105-110.

24 Wolff a.w. 70.

25 Wolff a.w. 87.

ge samenleving aangetast door een collectieve vorm van impliciete of expliciete 'Islam bashing':

Wat wel het einde van de 'politieke correctheid' 'gedoogcultuur' wordt genoemd, betekende in de praktijk een niet aflatende stroom van columns, artikelen, nieuwsitems en gesprekken van de dag over het 'integratieprobleem', waar in feite gewoon 'het moslimprobleem' mee wordt bedoeld. De hoofddoeken, inburgering, de gezinshereniging, El Moumni, het vermeende begrip voor 9/11, het 'de vijfde colonne van geitenneukers' en de 'pooiers van de profeet' van Theo van Gogh, de vermeende financiering van islamitische scholen door terreur-ideologen, het 'kut-Marokkanen' van Rob Oudkerk, de niet geschudde hand van minister Verdonk, de zo node gemiste 'islamitische Verlichting' waar Afshin Ellian, Paul Cliteur en Sylvain Ephemico op hameren, de import bruiden, het tweede huis in Marokko, de film 'Submission' van Ayaan Hirsi Ali, het 'er komt geen islamiet meer in' en de 'achterlijke cultuur' van Pim Fortuyn, het 'ik lust die hoofddoekjes rauw' van Geert Wilders, in combinatie met de plotselinge populariteit die deze politici snel na de betreffende uiting ten deel viel – het is een greep uit de meer en minder grote affaires, controverses, thema's en fenomenen die de revue zijn gepasseerd.²⁶

De schrijver slaat met deze fraaie opsomming, die hij later 'culturele vervuiling' noemt, de spijker op de kop. Hij is geneigd om goed te vinden dat de neutrale rechtsstaat in het kader van een reparatie van het derde erkenningsniveau dat behoorlijk is aangetast door deze vervuiling van het openbare discours, positieve maatregelen mag nemen tot bestrijding daarvan.²⁷ Als vanzelf belandt hij dan echter in de discussie over de grenzen van de uitingsvrijheid die hiervoor zijn besproken: onder de holistische culturalisten treffen we ook personen aan die niet alleen de antidiscriminatie delicten maar ook het delict godslastering flink willen aanscherpen.²⁸ En hoe moet een positief overheidsbeleid er uit zien, zonder het verwijt te krijgen een bepaalde variant van het juiste leven te propageren? Het 'normen en waarden'-beleid van de regering-Balkenende kreeg al vrij snel iets van de christelijke zondagsschool.

In het derde deel van zijn boek bespreekt de schrijver de verschillende varianten van de liberale theorie van de staat. In deze opvatting is de staat een neutrale instantie die geen voorkeuren mag uitspreken over *the good life* maar de staats- en maatschappij organisatie zo moet in richten dat alle burgers over een gelijk pakket van 'primaire' welzijnsgoederen (grondrechten, faire democratische procedures, een basisallocatie van economische goederen) beschikken zodat zij zich op gelijke voet kunnen ontplooiën. De *Theory of Justice* van Rawls is hier het grote voorbeeld.²⁹ De vraag is hoe neutraal die staat is die aan iedereen dezelfde noodzakelijk primaire goederen heeft toegeedeeld:

De primaire goederen of welzijnsbelangen van John Rawls zijn niet zonder meer zaligmakend. Zijn lijst wordt niet universeel onderschreven. Je kunt de lijst zo kort en zo lang maken als je wilt, en je kunt er de typen goederen opzetten die je wilt. Er zijn dan ook filosofen met concurrerende lijsten. [...] Tot welk punt kun je zo'n lijst nog met droge ogen als neutraal (want onderdeel van elke conceptie van het goede) presenteren, en na welk punt moet je spreken van een vorm van perfectionisme.³⁰

Maar ook als je uitgaat van een kleine Rawliaanse lijst van primaire welzijnsgoederen, bestaande in 'constitutionele essentialia en basisrechtvaardigheid' is, aldus de schrijver, volstrekte neutraliteit niet te garanderen, omdat via subsidie, voorlichting en andere positieve of negatieve acties van de overheid bepaalde idealen kunnen worden bevorderd. Wolff zou wat hij noemt deze 'eerste kier' in het neutrale constitutionele raamwerk willen dichten door het meerderheidsbeginsel dat verder gaat dan de allocatie van primaire goederen te verwerpen. Via een omweg over de beperking van grondrechten ('de tweede kier') die hij nog voldoende neutraal acht, belanden we dan bij de vraag wat de neurale rechtsstaat aan moet met allerlei culturele claims, het eigenlijke onderwerp van zijn studie. Hij probeert daarvoor een neutraal systeem te ontwerpen dat gekenmerkt wordt door vier hoekpunten: (1) publieke goederen met nonneutraal effect maar neutrale rechtvaardiging, (2) conventionele manieren van doen van overheidsorganen, (3) conventionele invulling van normen als 'zedelijkheid' en 'eerbaarheid', (4) conventionele noties als 'verkeersopvattingen' en 'gebruikelijk'.³¹ Deze operatie om staatsmaatregelen met perfectionistische effecten te neutraliseren door ze terug te vertalen naar systeembeschermende maatregelen is, mijns inziens, het minst overtuigende deel van zijn betoog. Waar de schrijver met zijn gelaagde cultuurmodel als individuele keuze, die in beginsel geen voorkeursbehandeling in de liberale rechtsstaat verdient, tegenaan loopt is dat hij de historische dimensies van de nationale staatsvorming en daarbij in de knel geraakte minderheden miskent. We kunnen, bijvoorbeeld, menen dat het *laïcisme* van de Franse Staat een perfect voorbeeld is van een neutrale staat die alleen 'staatsburgers' en geen andere identiteiten erkent, maar we weten tegelijkertijd dat Frankrijk in zijn cultuur en openbare leven de erfenis van een (katholiek) christendom met zich meedraagt, die doorwerkt in de allocatie van (primaire) goederen. Juist daardoor krijgen de allochtone staatsburgers niet de sociale erkenning (de derde laag) die zij verdienen en steken zij auto's in brand omdat het symbolen zijn van een Franse welvaart waar zij als staatsburger geen deel aan hebben.

De Praktijk: de zaak Sahin en het EVRM

Wolff besteedt het laatste hoofdstuk aan de vraag hoe een aantal culturele casus in zijn rigoreuze neutraliteitsopvatting opgelost zouden moeten worden: de officiële landstaal, nationale symbolen en rituelen, feestdagen en ontheffingen. In de laatste categorie behandelt hij motorhelmen en tulbanden, religieuze roesmiddelen, jongensbesnijdenis en hoofddoek en rechterlijke macht. Ik beperk mij hier tot zijn oplossing van de hoofddoekcasus, ook omdat het gelegenheid geeft stil te staan bij de (overigens niet door Wolff besproken) *Sahin*-zaak, waarmee het EHRM-drieluik in dit artikel kan worden afgesloten.

Wolff lost de hoofddoekcasus met enige 'mitsen' en 'maren' op in het voordeel van de neutrale staat (dus conform de aanpak van het ministerie van Justitie, die geen hoofddoekdragende griffier wilde).³² Hij hangt het op aan de noodzakelijke 'onpartijdigheid' van de rechterlijke macht. Ik mis daarin twee dingen. Het eerste punt is mijns inziens dat het niet zozeer gaat om de onpartijdigheid van de rechterlijke macht, maar om nu juist de neutraliteit van de staat, die daarom voorschrijf-

26 Wolff a.w. 105.

27 Wolff a.w. 112-113.

28 Zie ook Wolff a.w. 138-139 over het voorstel van Donner het delict smalende godslastering weer nieuw leven in te blazen.

29 Voor wie dit grote werk te machtig is, is er tegenwoordig een heldere inleiding

van Percy Lehning in de serie 'Kopstukken van de Filosofie', Rotterdam: Lenniscaat 2006.

30 Wolff a.w. 142.

31 Wolff a.w. 161.

32 Wolff a.w. 195-198.

ten mag geven ten aanzien de kleding van haar ambtsdragers. Het tweede dat ik mis is dat hij bij de oplossing weinig betekenis toekent aan het door hem gehanteerde culturele lagenmodel. Het hoofddoekje heeft zich immers steeds meer ontwikkeld tot een identiteitssymbool. Dat betekent mijns inziens enerzijds dat de culturele claim op bijzondere behandeling zwakker is geworden, zodat we nauwelijks nog kunnen spreken van een conflict tussen een staatsvoorschrift en een uitoefening van godsdienstvrijheid. Anderzijds betekent het dat de neutrale staat er ook minder aanstoot aan zou moeten nemen, omdat het niet om een ostentatieve uiting van een geloofsovertuiging bij de uitoefening van een officiële functie gaat. Beide aspecten betekenen overigens wel dat het kledingsvoorschrift zegeviert, omdat iedere staatsburger op lifestyle en identiteitskleding concessies moet doen in zijn werkkring, zeker een overheidswerkkring. Beide aspecten kwamen aan de orde in de *Sahin*-zaak bij het EHRM (EHRM 10 november 2005, NJ 2006, 170 m.nt. EAA en NJCM 2006-2, 213, m.nt M. L. P. Loenen & A. B. Terlouw).

In de *Sahin*-zaak sauveerde het Hof het op de Universiteit van Istanbul geldende hoofddoekverbod voor studentes. De redenering van het Hof is geheel opgehangen aan de door Wolff beleden filosofie van de neutrale rechtsstaat:

113 The Constitutional Court stated that secularism, as the guarantor of democratic values, was the meeting point of liberty and equality. The principle prevented the State from manifesting a preference for a particular religion of belief; it thereby guided the State in its role as impartial arbiter, and necessary entailed freedom of religion and conscience. It also observed to protect the individual not only against arbitrary interference by the State but from external pressure from extremist movements [...]

114 The Court considers the notion of secularism to be consistent with the values underpinning the Convention. It finds that upholding that principle, which is undoubtedly one of the fundamental principles of the Turkish State which are in harmony with the rule of law and respect for human rights, may be considered necessary to protect the democratic system in Turkey.

Het feit dat het Hof hier, anders dan in de *Refah*-zaak, in abstracto het kledingsvoorschrift toetst heeft terecht kritiek ontmoet.³³ Noch de vraag of een voorschrift dat niet alleen ambtsdragers (leerkrachten) treft maar alle leerlingen (zoals ook in Frankrijk), noch de vraag naar de veranderende symbolische functie van de hoofddoek worden in de proportionaliteitstoetsing betrokken. Eigenlijk blijft die toetsing in het arrest geheel achterwege.

Conclusie

Tim Wolff heeft een mooi boek geschreven dat leest als een trein. Ik kan een eind meegaan met zijn relativering van het cultuurbegrip en daarmee met de kracht van culturele claims. Toch denk ik dat een model van gekozen culturele oriëntaties

te idealistisch is. Er zijn mensen die zich uiteindelijk losmaken van hun culturele achtergrond, hoewel zij sommige aspecten daarvan blijven koesteren. Deze 'kosmopolitische' wereldburgers, zoals Appiah ze aanduidt,³⁴ vormen een minderheid. Velen verlaten maar moeilijk, of slechts gedeeltelijk, het culturele huis van God en Vaderland waarin zij zijn grootgebracht. Het boek miskent ook de nationale staatsvorming in de negentiende eeuw en de postkoloniale in de twintigste die nationaliteiten als *imagined communities*, zoals Benedict Anderson ze heeft genoemd,³⁵ heeft gecreëerd waar tal van minderheden geen deel aan hebben, omdat zij bij de geografische indelingen op de verkeerde stoel terecht zijn gekomen. Historisch en sociaal bestaan er geen 'neutrale' staten. Het is ook jammer dat hij het probleem van de beschadiging van de sociale erkenninglaag, die maakt dat veel immigranten in de Westerse staten, en zeker ook in Nederland, steeds meer zijn uitgesloten, niet uitwerkt. Er moet een middenweg zijn tussen het beginsel dat de staat geen mening behoort te hebben en de noodzaak om positieve maatregelen te nemen om de schade te herstellen.³⁶ Binnen het raam van de VN-verklaring tot bescherming van nationale minderheden en de Raad van Europa zijn tal van maatregelen genomen om juist op dat punt positieve acties van de Staten teweeg te brengen. Het zou interessant zijn geweest om te vernemen wat de schrijver daarvan vindt, temeer daar hij zelf vaststelt dat Nederland (niet alleen de regering, maar ook de intellectuele elite) op dit punt volkomen heeft gefaald. Deze kritiek doet echter niet af aan de grote waarde van het boek.

Slot

De drie hier besproken boeken stellen ons niet alleen in staat de grondslagen van het recht van vrijheid van meningsuiting op nieuw te doordenken, maar ook om ons af te vragen wat dit voor de nationale en Europese praktijk betekent. De uitingsdelicten proberen strafrechtelijke grenzen te trekken voor ieder domein dat deze vrijheid bestrijkt. Daar waar men theoretisch de grootste vrijheid kan construeren, namelijk de artistieke vrijheid om een van de heersende meerderheid afwijkend wereldbeeld neer te zetten, is die er in de praktijk het minst. Moraal, goede zeden en religie vormen geduchte barrières. Het EHRM laat de beslissing over dat conflict over aan lokale meerderheden. De Nederlandse rechter bouwt daar de laatste jaren een behoorlijke marge in, maar dat is in andere landen in Europa niet zo. Bij de politieke uitingsvrijheid wordt de grens, ook op Europees niveau, veel ruimer getrokken. En, zo leert ook de theorie, daar gaat het nu juist niet om de opvattingen van de meerderheid. Bij het bepalen van de grens ten opzichte van culturele minderheden, is de vraag wat eigenlijk een culturele minderheid is en waarom deze aanspraak zou kunnen maken op bijzondere bescherming. Staat bij de politieke vrijheid de democratische staatsinrichting soms op het spel, bij culturele minderheden is dat de neutraliteit van de staat.

33 De dissenting opinion van Tulkens bij het arrest, Alkema in zijn NJ-noot en Loenen & Terlouw, NJCM 2006, 231.

34 Zie Appiah a.w. noot 23, hoofdstuk 6 en zijn opvolgende boek uit 2006 *Cosmopolitanism* dat daar op voortborduurde.

35 Benedict Anderson, *Imagined Communities*, London/New York: Verso 1983, 1991.

36 Zie bijvoorbeeld de analyse van de in Engeland wonende Simon Kuper, *Retournees Nederland*, Amsterdam/Antwerpen: Uitgeverij Atlas 2006, 133, die er op wijst dat de Engelse regering weliswaar een hard vreemdelingen en antiterroristenbeleid voert, maar er in is geslaagd een positief klimaat voor de binnen het land toegelaten vreemdelingen te scheppen.