

Bedankt voor het downloaden van dit artikel. De artikelen uit de (online)tijdschriften van Uitgeverij Boom zijn auteursrechtelijk beschermd. U kunt er natuurlijk uit citeren (voorzien van een bronvermelding) maar voor reproductie in welke vorm dan ook moet toestemming aan de uitgever worden gevraagd.

Boom

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch door fotokopieën, opnamen of enig andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikelen 16h t/m 16m Auteurswet 1912 jo. Besluit van 27 november 2002, Stb 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht te Hoofddorp (postbus 3060, 2130 KB, www.reprorecht.nl) of contact op te nemen met de uitgever voor het treffen van een rechtstreekse regeling in de zin van art. 16l, vijfde lid, Auteurswet 1912.

Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16, Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten, postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any way whatsoever without the written permission of the publisher.

info@boomamsterdam.nl
www.boomuitgeversamsterdam.nl

Uitingsvrijheid: geen grondrecht zonder gebruiksaanwijzing

Na de aanslagen in Parijs en Kopenhagen is het debat over de vrije meningsuiting weer opgelaaid. Dit fundamentele recht dat de menselijke persoon beschermt, kan niet alleen door het recht worden beheerst. De rechtsstaat wordt immers gedragen door factoren waar de staat niet voor kan zorgen. Burgerlijk fatsoen in ruime zin is er één van. Ook voor uitingsvrijheid geldt dat het hebben van een recht nog niet alles zegt over verantwoord gebruik ervan. Wie niet wil wijken voor terreur in naam van 'rechtsstatelijk heilige beginselen' en dus de grenzen van uitingsvrijheid blijft opzoeken, is eigenlijk net zo fundamentalistisch compromisloos als zijn ergste vijanden.

door *Hendrik Kaptein*

De auteur is universitair hoofddocent rechtsfilosofie aan de Universiteit Leiden.

NA DE DODELIJKE AANSLAGEN OP EN ROND *CHARLIE HEBDO* (begin dit jaar) is een discussie over de gronden en grenzen van de uitingsvrijheid losgebarsten. In de Europese rechtspraak is die vrijheid na het tamelijk liberale *Handyside*-arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in 1976 weer ingeperkt. Toch vinden nogal wat schrijvers, tekenars en anderen dat zij moeten kunnen uiten wat zij zelf willen, hoe beledigend of zelfs levensgevaarlijk dat ook kan zijn. Het recente conflict binnen *PEN America* en later ook in en om de Nederlandse *PEN* laat dat goed zien. Bijna honderdvijftig schrijvers keerden zich tegen een prijs voor *Charlie Hebdo*, omdat zij de profetische cartoons niet zagen als schoolvoorbeelden van vrije expressie. Zo vroegen zij zich af wat de menselijke zin is van afbeeldingen waaraan gelovigen zich kunnen storen. Ook bleken de spotprenten niet ongevaarlijk te zijn.

Het meningsverschil liep hoog op. Salman Rushdie keerde zich tegen vrijwillige beperking van uitingsvrijheid, of eigenlijk tegen elke beperking. Tegenstanders van de prijs voor *Charlie Hebdo*, onder wie toch niet de minste schrijvers, wilde hij niet langer tot zijn vrienden rekenen.

Wie heeft hier gelijk, voor zover dat al een zinvolle vraag is? Moet iedereen kunnen zeggen, schrijven, tekenen en nog meer wat hij maar wil? Wat is de zin van juridische inperking van uitingsvrijheid omwille van andere rechten en belangen, bijvoorbeeld om kwetsing en belediging tegen te gaan? Geldt evenzogoed dat wat niet verboden is mag, ook al kan dat leiden tot gevaarlijke situaties en erger? Zonder zicht op zin en doel van uitingsvrijheid worden dergelijke kwesties niet duidelijk (paragraaf ‘Zonder uitingsvrijheid geen menselijkheid en samenleving’). Juridische inperking van uitingsvrijheid is even onvermijdelijk als omstrede (paragraaf ‘Uitingsvrijheid als positief en dus beperkt grondrecht’). Hier zal met name worden betoogd dat uitingsvrijheid in altijd weer andere en soms moeilijke omstandigheden menselijkerwijs verantwoord moet worden gebruikt. In het algemeen betekent het hebben van een grondrecht of enig ander recht nog niet de vrijheid dat recht onbeperkt te genieten. Zonder individuele burgerlijke verantwoordelijkheid of eigenlijk menselijkheid in verantwoorde omgang met grondrechten en andere rechten is er geen rechtsstaat (paragraaf ‘Gebruik van rechten en de gevolgen ervan: soms dus liever niet’). Wat is ten slotte de agenda? Pas op je woorden, met name in religieuze generalisaties, en bestrijd alle bedreigingen van de rechtsstaat (paragraaf ‘Agenda’).

ZONDER UITINGSVRIJHEID GEEN MENSELIJKHEID EN SAMENLEVING

Viel hat erfahren der Mensch, Der Himmlischen viele genannt, Seit ein Gespräch wir sind – Und hören können voneinander, schreef Hölderlin al rond 1800.¹ Zonder gesprek zijn wij ondenkbaar en met die fundamenteel dialogische vaststelling is het transcendentale van uitingsvrijheid of tenminste gedachtewisseling eigenlijk al gegeven. Gewoner gezegd: uitingsvrijheid is een mogelijkheidsvoorwaarde voor mens zijn en medemens zijn. Het spreekt vanzelf dat Hölderlins uitgangspunt door nog meer denkers is verwoord, hoe verschillend ook de vormen die eraan zijn gegeven. (Denk bijvoorbeeld aan Wittgensteins onmogelijkheid van een privétaal.) Zelfs elke conceptualisering en daarmee elk begrip van de werkelijkheid vooronderstelt de mogelijkheid van correctie door anderen. Anders is onderling begrip evenmin mogelijk.

Een nog meer op uitingsvrijheid toegespitste versie van dit denken is te danken aan Hampshire. In *Justice is conflict* keerde hij terug naar Plato’s analogie van de ziel en de stad.² Die moet opnieuw worden uitgelegd, stel-

de Hampshire: niet in termen van hiërarchie, maar in termen van gedachtewisseling. Er kan geen samenleving zijn zonder *audi et alteram partem* ('hoor ook de andere partij').

Bewustzijn en zelfbewustzijn zijn dus net zo dialectisch als leven en samenleven. Dat geldt voor de intiemste afweging van strikt individuele redenen net zo goed als voor de gedachtewisseling en besluitvorming in eigen kring en uiteindelijk – als het goed is – ook in de samenleving, de rechtsorde en de staat. Dit is inderdaad een 'transcendentale', een niet weg

Wie niet in innerlijke vrijheid kan denken en peinzen is net zomin echt mens als wie niet publiekelijk kan zeggen, schrijven en afbeelden wat hij wil

te denken mogelijkheidsvoorwaarde voor menselijk bestaan. Zonder uitingsvrijheid krijgt die transcendentale dialectiek geen kans. (Natuurlijk is er nog veel meer voor nodig, van veiligheid tot en met goed onderwijs, maar dat is hier niet aan de orde.) Daarmee is die uitingsvrijheid zelf een mogelijkheidsvoorwaarde voor een menselijk en menswaardig

leven en samenleven. Wie niet in innerlijke vrijheid kan denken en peinzen is net zomin echt mens als wie niet publiekelijk kan zeggen, schrijven en afbeelden wat hij wil.

Hampshire stelt zelfs dat *audi et alteram partem* in deze relativistische tijd de enige onomstreden morele of eigenlijk menselijke waarde kan en moet zijn. Hoezeer mensen ook van mening en fundamentele overtuiging verschillen, zolang zij bereid blijven naar elkaar te luisteren is er hoop op geschilbeslechting en beschaafde samenleving, hoe ver mensen ook van elkaar af kunnen staan. Hierin heeft Hampshire gelijk en daarmee heeft uitingsvrijheid als vooronderstelling van hoor en wederhoor eigenlijk ook een onbetwistbare status als grondwaarde 'voorbij' alle relativismen.³

Bescherming van uitingsvrijheid is dus uiteindelijk niets anders dan bescherming van de persoon: zonder gedachtewisseling zijn wij niets, dus heeft de transcendentale dimensie van die gedachtewisseling een grondrecht op bescherming, in ieder geval door garantie van uitingsvrijheid. Uitingsvrijheid heeft nog meer gronden, al zijn die niet allemaal even fundamenteel. Mill stelde in *On liberty* (1859) dat uitingsvrijheid belangrijk is voor de ontwikkeling van wetenschap en kunst en cultuur. Ook is uitingsvrijheid een vooronderstelling van publieke kritiek, bijvoorbeeld tegen fundamentalistische religies.⁴ Bovendien is die uitingsvrijheid een democratisch gelegitimeerd grondrecht – al sluit die democratische legitimatie niet bij voorbaat elke kritiek uit.

UITINGSVRIJHEID ALS POSITIEF EN DUS BEPERKT GRONDRECHT

Positiefrechtelijk is uitingsvrijheid tenminste in beschaafde rechtsorden terecht hecht verankerd (positief recht is het geldend recht). Zonder uitingsvrijheid is er immers geen menswaardig bestaan. Nog niet zo lang geleden was het *Handyside*-arrest dan ook een Europeesrechtelijke mijlpaal. In ieder geval de politieke gedachtewisseling moest de ruimte krijgen, inclusief de vrijheid *to shock, disturb or offend*. Recente Europese rechtspraak is minder liberaal (als door de Hoge Raad in een uitspraak van 16 december jl. tegen een publieke homohater nog eens uitgelegd). De *margin of appreciation* is groter geworden: lidstaten hebben steeds meer speelruimte om uitingsvrijheid juridisch te beperken.

Juridische beperkingen van uitingsvrijheid zijn er altijd geweest. Belediging kan strafbaar zijn, schadelijke verdraaiing van feiten over personen en zaken kan een onrechtmatige daad opleveren, de openbare orde kan eisen dat uitingsvrijheid tijdelijk wordt beperkt. Maar niet altijd is duidelijk waar de grenzen liggen. Zo werd en wordt in Nederland geprocedeerd naar aanleiding van de art. 137c en 137d Sr., over belediging, aanzetten tot haat en discriminatie. Met name in het eerder genoemde arrest over belediging van homo's lijkt de Hoge Raad rechtszekerheid minder belangrijk te vinden dan strafrechtelijke bestrijding van kennelijk ongewenste uitingen. Wetsuitleg en andere juridische exegese in deze en dergelijke zaken zijn dermate onnavolgbaar dat minder juridisch geschoolde rechtsgenoten nauwelijks meer kunnen nagaan wat zij nog mogen zeggen en wat niet. Maar strafrecht en handhaving ervan kunnen niet zonder rechtszekerheid.

Hoe dan ook kan geen wetgeving en rechtspraak voorzien in alle mogelijke afwegingen van uitingsvrijheid tegen andere rechten en belangen. Te veel hangt af van de omstandigheden van het geval. Wat wordt gezegd, geschreven en/of afgebeeld, door wie, voor welk publiek? Zo is er nog veel meer casuïstiek. Daarmee rijst de vraag of deze en dergelijke strafbepalingen niet beter kunnen worden afgeschaft. Maar juridisch onbeperkte uitingsvrijheid is ook niet aannemelijk. Kan redelijke beperking van uitingsvrijheid niet beter worden overgelaten aan de civiele rechter en voor zover de openbare orde in het geding is aan de uitvoerende macht? Ook dat zal niet altijd goed werken.

GEBRUIK VAN RECHTEN EN DE GEVOLGEN ERVAN: SOMS DUS LIEVER NIET

Rechtsgenoten moeten zelf grenzen stellen aan gebruik van uitingsvrijheid. Eigenlijk geldt dat voor het gebruik van nog veel meer rechten. Wievoorrang heeft, maar ziet aankomen dat die voorrang ook nemen dodelijk

kan zijn, zal liever even wachten. Technisch faillissement is nog steeds niet verboden, ook niet als oneigenlijk middel om kosteloos af te komen van

*Wat niet verboden is mag,
maar is daarom nog niet
wenselijk en menselijk.*

*Something may be lawful,
but still awful*

‘overtollig’ personeel. Een weerloze wederpartij kapotprocederen mag, maar leidt daarom nog niet tot meer recht in de wereld. Wat niet verboden is mag, maar is daarom nog niet wenselijk en menselijk. *Something may be lawful, but still awful.*

Sterker nog: ‘wat niet verboden is mag’ is niet veel meer dan een

recept voor de nieuwe natuurtoestand. Wie doet wat mag zoals dat uitkomt is niet veel beter dan de calculerende burger die eigen belangen najaagt in termen van pakkansen. Zonder verantwoord gebruik van juridische mogelijkheden die niet nog eens juridisch kunnen worden gereguleerd, is er geen rechtsstaat. De rechtsstaat wordt juist gedragen door factoren waar die staat zelf niet voor kan zorgen. Burgerlijk fatsoen in ruime zin is er één van. Dit is een wezenlijk kruispunt van recht en moraal, of gewoon van menselijkheid.

Ook voor uitingsvrijheid geldt dat het hebben van een recht nog niet alles zegt over verantwoord gebruik ervan. Wie in de macht van een misdadige gijzelaar zijn kwelgeest meedeelt dat hij een crimineel is, spreekt ruimschoots binnen juridische grenzen de waarheid. Of dat ook verstandig is valt echter te betwijfelen. Net zo goed zal niemand bij zijn verstand het in zijn hoofd halen om in de Islamitische Staat een spotprent van de profeet Mohammed te publiceren. Dat eindigt bijna zeker in een pijnlijke dood. Moeilijker, maar niet principieel anders is de vraag hoe in het vrije Westen dergelijke risico’s moeten worden afgewogen. Zolang terrorisme nog niet is uitgeroeid, dreigt altijd gevaar van aanslagen tegen tekenaars en anderen, ook al blijven zij binnen juridische grenzen van uitingsvrijheid.

Leven gaat nu eenmaal voor uitingsvrijheid, hoe belangrijk uitingsvrijheid ook is. Zonder uitingsvrijheid is er immers geen menselijk leven en samenleven. Maar dan moeten die levens er wel zijn en blijven. Ook hier geldt dat gebruik van rechten, hoe fundamenteel ook, moet worden afgewogen in termen van andere en soms nog wezenlijker rechten en belangen. Dergelijke afwegingen kunnen nu eenmaal niet door juridische autoriteiten in algemene termen worden vastgelegd. Uiteindelijk is dat ieders eigen verantwoordelijkheid, die daarmee nog niet willekeurig is. Op het spits gedreven: blijven leven is belangrijker dan plaatjes tekenen, hoe gemakkelijk die ook kunnen zijn.

Dit zijn en blijven natuurlijk ingewikkelde, zo niet onmogelijke inschat-

tingen: hoe groot is de kans dat geestelijk versluierden zo niet gestoorden dodelijke aanstoot nemen aan spotprenten die bij anderen hooguit lachlust opwekken? Kritiek op vreemde religies kan toch niet worden nagelaten omdat fundamentalistische gelovigen of eigenlijk terroristen gewa-penderhand laten zien dat zij die niet verdragen?

Waar ligt dus de grens tussen laakbare uitlokking en even laakbaar toe-geven aan terreur? Een algemeen antwoord is niet te geven. Maar net zo-min kan elk uit de weg gaan van uitlokking worden bestempeld als de-faitisme. Integendeel. Wie mogelijke dodelijke gevolgen ernstig neemt, laat daarmee juist zien dat hij het leven ernstig neemt. Precies dat moet ons van terroristen blijven onderscheiden. Sterker nog: geen onnodige aan-leidingen bieden tot terroristische aanslagen kan zelfs deel van de strijd tegen dodelijk fundamentalisme zijn. Voorlopig is die strijd nog wel wat belangrijker dan het opzoeken van grenzen van uitingsvrijheid. Anders gezegd: wie niet wil wijken voor terreur in naam van ‘rechtsstatelijk heilige beginselen’ en dus de grenzen van uitingsvrijheid blijft opzoeken, is eigenlijk net zo fundamenteel of eigenlijk fundamentalistisch compro-misloos als zijn ergste vijanden.

Om een nog andere reden is onbeperkt gebruik van uitingsvrijheid bin-nen strafrechtelijke en andere juridische grenzen niet altijd geboden. Na de aanslagen op de mensen van *Charlie Hebdo* en anderen verbaasde Abdel-kader Benali zich over het gebrek aan begrip voor gevoelens van gematigde moslims.⁵ Al als jongen was hij ontzet over voor hem onbegrijpelijke be-spotting van zijn profeet. Hij stond en staat daarin niet alleen. Wie ook daarmee rekening wil houden, al was het maar uit eenvoudige medemense-lijkheid, tekent en schrijft misschien toch net iets voorzichtiger. Toch rijst ook hier de vraag waar grenzen liggen tussen bona fide gekwetstheid en de terreur van andersdenkenden die elke afwijking van eigen standpunten willen verbieden, en erger. Met alle respect voor *Charlie Hebdo*: zo gek is het dus niet dat sommige schrijvers de *PEN*-prijs niet zo’n goed idee vonden.

AGENDA

Verantwoording van grondslagen én van gebruik van uitingsvrijheid gaat dus nogal wat verder dan recht en politiek. Uitingstvrijheid is een mogelijkheidsvoorwaarde van mens en medemens zijn. We kunnen dus niet zonder, net zo goed als wij met onszelf en met onze medemensen rekening moeten houden als wij van die uitingsvrijheid gebruikmaken. Maar natuurlijk niet meer dan nodig is. Zinnvolle uitingsvrijheid vooronderstelt een samenleving waarin mensen zonder angst en ongehinderd van dat recht gebruik kunnen maken. Juridische beperking van uitingsvrijheid mag niet verworden tot

toegeven aan terreur, ook die van de ‘gekwetste gevoelens’. (Nederlandse en Europese rechters lijken die les niet helemaal ter harte te nemen.)

Terreurbestrijding komt op de eerste plaats, natuurlijk niet alleen om uitingsvrijheid te beschermen. Overheden moeten desnoods gewapenderhand laten zien dat zij rechtsstatelijke vrijheden ernstig nemen. Dat reikt van doelmatige bescherming van tekenaars en redacties en ander gewapend optreden tot pogingen om voedingsbodems van terrorisme droog te leggen. Mensen die zelfs de grondregel van hoor en wederhoor niet respecteren en eigenlijk alleen kunnen ‘praten’ door de wapens tegen ons op te nemen en geweld te gebruiken, moet elke vrijheid daartoe worden ontnomen.

Al houden zelfs zij het recht om zichzelf in een eerlijk proces te verdedigen. Uiteindelijk is iedereen een mens, zelfs de terrorist. Mensen zijn gelijkwaardig, culturen niet (zoals Cliteur al jaren terecht stelt). ‘Wie een mens redt, redt een wereld.’ Deze wijsheid gaat verder dan de joods-christelijke traditie. Neem die wijsheid ernstig, en houdt dus ook op met thematisering van het probleem in termen van ‘islamieten’ tegen ‘westerlingen’. Nogal eens is dat niets anders dan denigrerende generalisering zonder enig wetenschappelijk en menselijk belang. De enige thematisering ter zake is die van mensen tegen misdaad. Religie hoort er niet toe te doen, tenzij verklaringen en voorspellingen van onmenselijk gedrag in termen van religie kunnen helpen in de strijd tegen terrorisme. Tot nu toe heeft het daar niet de schijn van. Eerder lijkt de islam te worden misbruikt als vrijbrief voor wandaden met nogal wat duisterder oorzaken en motieven. Daaraan moet iets worden gedaan en dat gaat verder dan gratuite religiekritiek (al dan niet in cartoons).

Uiteindelijk gaat het om minder misdaad, voor meer mensen, die binnen redelijke perken moeten kunnen zeggen, schrijven, tekenen wat en leven zoals zij zelf willen. Grenzen daaraan blijven uiteindelijk kwesties van individuele verantwoordelijkheid. Wij zijn niet alleen. Samen moeten wij terrorisme bestrijden, of eigenlijk alle misdaad, in woord en daad. Gerechtigheid blijft strijd (aldus het antieke maar eigenlijk eeuwige motto van Hampshires *Justice is conflict*).

Noten

- 1 Friedrich Hölderlin, ‘Friedensfeier’, in: Idem: *Sämtliche Werke* (deel 2). Stuttgart: Kohlhammer, 1970 v.
- 2 Stuart Hampshire, *Justice is conflict*. New Jersey: Princeton University Press, 2000.
- 3 Zelfs de relativismediscussie als zodanig kan niet worden gevoerd zonder

hoor en wederhoor. Dit doet weer denken aan gecompliceerde versies van Hampshires argument, in de vorm van de *transzendente Kommunikationsgemeinschaft* volgens Habermas, Apel en anderen.

- 4 Zie bijvoorbeeld: Paul Cliteur, ‘Vrijheid van expressie na Charlie’, *Nederlands Juristenblad* 90 (2015), nr. 5, pp. 306-311.
- 5 Zie *NRC Handelsblad*, 17 januari 2015