

## Besprekingen en aankondigingen

**De redactie verwelkomt initiatieven tot het schrijven van evaluatieve recensies en korte boekaankondigingen. Neemt u daartoe vooraf contact op met de recensieredacteur.**

*Quoc Loc Hong, The Legal Inclusion of Extremist Speech (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, 232 p.*

Dit is een mooi boek over een belangrijk en actueel onderwerp. Startpunt is een uitspraak van het EHRM. De Turkse regering had de Refah-partij, die volgens haar de democratie wilde vervangen door een islamitische theocratie, verboden. Was dit verbod in strijd met het EVRM, in het bijzonder artikel 11 daarvan, handelend over de vrijheid van vereniging? Nee, zei een Kamer van het Hof in juli 2001 met nipte meerderheid. In februari 2003 werd deze beslissing unaniem bevestigd door de Grote Kamer.

Het probleem rond een dergelijke beslissing is helder. De Refah-partij pleegde geen staatsgreep maar probeerde op democratische wijze een meerderheid te veroveren. Maar als zij, wat niet onmogelijk geacht werd, hierin zou slagen dan zou zij, zo vreesde men, de democratie afschaffen. Mogen we op ondemocratische wijze de democratie verdedigen tegen een aanval met democratische middelen?

Hong concentreert zich bij de beantwoording van deze vraag op de vrijheid van meningsuiting. Maar zijn proefschrift heeft een heel andere opzet dan het vorige proefschrift over de vrijheid van meningsuiting in ons land, dat Theo Rosier bijna tien jaar geleden heeft verdedigd: *Vrijheid van meningsuiting en discriminatie in Nederland en Amerika (Ars Aequi Libri 1997)*. In dat boek ging het met name om de vraag in hoeverre de vrijheid van meningsuiting zich verdraagt met een verbod van discriminerende uitlatingen. Hier staat het democratie ondermijnende van bepaalde uitspraken centraal. Dit leidt Hong tot fundamentele beschouwingen over de grondslagen van de democratie.

Twee vragen stelt hij aan de orde. Eén: kan een democratie zich verdedigen tegen democratie ondermijnende meningsuitingen zonder met haar eigen grondbeginselen in strijd te komen? Twee: wanneer autoriteiten maatregelen nemen om de bedoelde meningsuitingen tegen te gaan, dan zijn zij licht geneigd de ernst van de gevaren te overdrijven waardoor de maatregelen kunnen doorschieten. Wat voor democratische legitimiteit heeft een rechter dan om dit gevaar tegen te gaan en de vrije meningsuiting te beschermen? Op beide vragen geeft Hong eigenlijk één antwoord. We komen er niet uit zolang we democratie opvatten als regering door het volk. De legitimiteit van het politiek gezag berust dan immers op de instemming van betrokke-

nen, maar de antidemocraten stemmen juist niet in met regels die hun vrijheid beperken om langs democratische weg de politieke macht te veroveren. Al evenmin stemmen zij in met de basisprincipes van de democratische rechtsorde. Dus waarom zouden zij aan het een en het ander gebonden zijn? Rechterlijke toetsing van de vrijheid beperkende maatregelen komt in principe neer op een vernietiging van besluiten van een democratische meerderheid dan wel van een democratisch gekozen orgaan door een niet democratisch gekozen en onafzetbaar persoon: de rechter. Wanneer die rechter zich op duidelijke uitspraken c.q. bedoelingen van bijvoorbeeld een grondwetgever zou kunnen beroepen, kan men zo'n uitspraak nog legitiem achten. Maar zoals we weten gaat het in verreweg de meeste gevallen over problemen waaraan de grondwetgever helemaal niet heeft gedacht, laat staan dat hij er iets over heeft bedoeld.

In plaats van legitimiteit van politiek gezag via het instemmingsprincipe stelt Hong legitimiteit door het zelfbeperkingsprincipe. Daar komt hij toe via een analyse van het instemmingsprincipe. Het is duidelijk dat de meeste mensen helemaal niet autonoom hebben gekozen voor het rechtssysteem waaronder ze leven. Velen van ons zijn hier geboren. Onvermijdelijk is dat we onze rechtsorde vooral hebben geërfd van onze voorouders. Dit is maximaal in overeenstemming te brengen met onze autonomie wanneer wij de bevoegdheid hebben die rechtsorde in de door ons gewenste zin te veranderen. Hier komt het democratisch meerderheidsbeginsel om de hoek kijken. Verandering is immers bijna uitgesloten, legt Hong uit onder verwijzing naar Hans Kelsen, wanneer daarvoor ons aller instemming vereist zou zijn. Het meerderheidsbeginsel is, aldus benaderd, niet het noodverband dat we aanleggen omdat unanimiteit niet haalbaar is. Een unanimiteitsbeginsel maakt autonomie praktisch onmogelijk; het meerderheidsbeginsel doet aan onze autonomie optimaal recht.

De legitimiteit van een rechtsorde vereist volgens Hong dat het in principe voor iedereen mogelijk moet zijn een meerderheid te verwerven voor zijn ideeën en op die manier de rechtsorde te veranderen in de door hem gewenste zin. De zelfbeperking als voorwaarde van de legitimiteit wil dan zeggen dat een meerderheid nooit minderheden mag uitsluiten van de mogelijkheid zittende machthebbers weg te sturen en zelf de meerderheid te vormen. Vrijheid van meningsuiting is in dit verband uiteraard essentieel. Een andere voorwaarde voor legitimiteit is dat de meerderheid haar voorschriften geeft in het belang van allen en niet enkel in het eigen belang van de meerderheid. Mensen kunnen recht als legitiem beschouwen als ze het zien als een geheel van normen dat ook op hun welzijn uit is en wanneer zij in principe de mogelijkheid hebben om het conform hun eigen inzichten bij te stellen.

Hongs antwoorden op de aan de orde gestelde vragen zijn aldus in grote lijn bepaald. Omdat democratische legitimiteit niet berust op instemming van alle betrokkenen maar op de mogelijkheid dat alle betrokkenen in principe mee mogen doen, zijn wetten die de vijanden van de democratie bestrijden niet reeds ondemocratisch omdat deze vijanden het ermee oneens zijn. Weliswaar zijn ze nog steeds dwingend voor hen, maar de democratische legitimiteit hangt in Hongs theorie af van de zelfbeperking van de wetgevers. Omdat deze wetgevers niet aan het pluuche gebakken zitten maar de mogelijkheid openlaten dat zij bij volgende verkiezingen worden weggestemd én omdat ze de beperkende maatregelen slechts nemen om ook voor de toekomst de mogelijkheid dat machthebbers worden weggestemd veilig te stellen, daarom zijn deze maatregelen niet in strijd met de democratie als zelfbeperking.

De rechterlijke controle op wetgevende en uitvoerende macht is uiteraard gelegitimeerd juist vanuit de grondgedachte dat vrijheid van meningsuiting essentieel is voor een goed functionerende democratie. De vraag is dan vooral: wanneer gaat de wetgever te ver. Het antwoord van Hong: wanneer de meningsuiting niet echt bedreigend is voor de democratische rechtsorde mag zij niet worden verboden.

Hongs proefschrift is niet alleen belangrijk en actueel, het is ook helder geschreven (zij het dat het soms nogal breedsprakig is en Hong herhaaldelijk met andere woorden vertelt wat net gezegd is) en heeft een overzichtelijke opbouw. Zoals het hoort, staat aan het begin een duidelijke vraagstelling die aan het eind wordt beantwoord. Maar dat wil niet zeggen dat het geen vragen oproept. Een vraag van mij betreft de nogal scherpe tegenstelling tussen instemmingsdemocratie en zelfbeperkingsdemocratie. De eerste houdt in dat iedereen het idealiter met met name het (procedurele) meerderheidsbeginsel eens is. Hong noemt dat veelal de traditionele opvatting en spreekt op een wat Rousseauiaanse manier over de identiteit tussen 'lawmakers' en 'lawssubjects' (p. 138). Die identiteit roept voor Hong te verwachten vragen op omdat niet iedereen instemt, niet iedereen tot het electoraat behoort en bovendien niet iedereen tot het volk behoort waaruit het electoraat voortkomt.

De opvatting dat 'het volk' de democratische soeverein is komt in ongereflecteerde vorm in nogal wat politieke retoriek voor, maar is in de filosofie toch minder prominent. Hong verwijst naar Habermas en naar Van der Wal. Wat Van der Wal betreft (om me daar nu toe te beperken), die heeft in dit tijdschrift in 1985 een redactioneel commentaar geschreven over de vraag of democratische partijen verboden mochten worden (Hong maakt geen gebruik van een uitvoeriger artikel over hetzelfde onderwerp dat Van der Wal een paar jaar later geschreven heeft: G.A. van der Wal, 'Formele en materiële democratie', in: A.W. Musschenga & F.C.L.M. Jacobs (red.), *De liberale*

*moraal en haar grenzen*, Kampen: Kok 1992, p. 99-123). Van der Wal onderscheidt in beide artikelen een formele democratie, waarin het vooral gaat om besluitvorming via een meerderheidsprincipe, en een materiële democratie, gebaseerd op de gelijkwaardige betekenis van ieder menselijk individu. Van der Wal geeft duidelijk de voorkeur aan de laatste interpretatie van democratie. Hong beschrijft dat aldus:

‘He argues that, in the final analysis, democracy must be considered as a political system based on absolute values, which, in turn, means that it could, without any self-inconsistency, take recourse to legal measures to defend itself’ (p. 27).

Hong vindt dat dit niet werkt, vooral omdat hij Van der Wal perst in zijn schema van instemmingsdemocratie en dan vervolgens de materiële democratie als een ‘transcendentale’ toevoeging neerzet die zich met die instemming niet goed verdraagt. Maar een centraal punt in beide artikelen van Van der Wal is dat die probeert aan te tonen dat de rechtvaardiging van een formele democratie noodzakelijk de gelijkwaardige betekenis van ieder individu, die nu juist centraal staat in een materiële democratie, vooronderstelt. Wanneer die gelijkwaardige betekenis van ieder individu de grondslag is van de formele democratie, dan is zij daar ook de beperking van. Dan komt die beperking dus niet als een ‘transcendentale’ toevoeging, maar dan volgt zij reeds uit een interne doordenking van de formele democratie. Materiële democratie is op deze manier de logische consequentie van formele democratie.

Dit is een lijn van democratisch denken die vaker voorkomt. Democratie is dan nooit ‘meerderheid’ maar altijd een op bepaalde wijze genormeerde meerderheid. Daar horen zaken bij als mensenrechten, checks and balances (*trias politica*), rule of law. Alles wat Hong als zelfbeperking aanduidt past daar in. Legitiem is dan niet de meerderheid als zodanig, maar alleen een meerderheid die (zoals ook Hong aangeeft) uit is op het belang en welzijn van de onderdanen en bovendien inhoudelijk rekening houdt met wat verder uit de gelijke menselijke waardigheid geacht wordt voort te vloeien.

Ik denk zelfs dat deze benadering juist voor de problematiek die Hong aan de orde stelt, beter werkt. Met name zijn eerste vraag kan hij mijns inziens niet overtuigend beantwoorden. Hong ziet in dat, hoe je het ook wendt of keert, beperkende maatregelen jegens vijanden van de democratie hun rechten beperken (vgl. p. 192). De stelling die hij vervolgens verdedigt, dat dit desondanks legitiem kan zijn, namelijk wanneer de machthebbers die dit doen kunnen worden onttroond (p. 193), lijkt mij onvoldoende. Wanneer de beperking van de rechten van vijanden van de democratie illegitiem is, dan kan zij niet legitiem worden doordat de daders kunnen worden wegge-

stemd. Het zijn namelijk precies de vijanden van de democratie die worden belemmerd om aan dit wegstemmen mee te werken: hun meningsuiting wordt verhinderd, hun partij wordt ontbonden.

Uiteraard is van belang dat politieke machthebbers kunnen worden gecontroleerd en afgezet. Maar evenzeer is het van belang dat de rechten en vrijheden van de burgers, gebaseerd op een democratische mensvisie, ook door die mensvisie worden genormeerd. Mijn vrijheid van bewegen houdt niet in dat ik u voor de voeten mag lopen. Mijn vrijheid van meningsuiting houdt niet in dat ik u daarmee mag beletten uw mening te uiten. Waar precies de grens ligt is een volgende vraag. Maar vanuit een materieeldemocratische visie staat vast dat slechts democratisch gelegitimeerde (en rechterlijk gecontroleerde) wetgevers beslissingen op dit punt legitiem kunnen nemen (Hongs punt), maar ook op basis van inhoudelijk legitieme overwegingen. Die inhoudelijk legitieme overwegingen moeten duidelijk maken dat bepaalde beperkingen van de vrijheid van meningsuiting gerechtvaardigd zijn ter bescherming van de democratische rechten en vrijheden van anderen.

In feite zegt Hong dit laatste ook: de wetgever moet motiveren waarom een beperking van rechten noodzakelijk is (p. 194 e.v.), het gaat om het openhouden van het democratisch proces voor de toekomst (p. 193). Maar het is mij niet goed duidelijk hoe dit kan worden beargumenteerd binnen een zelfbeperkingsdemocratie. Daarbij gaat het immers om zelfbeperking van autoriteiten. Die zelfbeperking houdt in dat ook minderheden hun kansen moeten krijgen. En die krijgen deze ondemocratische minderheden juist niet. Ik heb het vermoeden dat de zelfbeperkingsdemocratie hier alleen lijkt te werken omdat in feite elementen van materiële democratie worden binnenge-smokkeld.

Als gezegd, Hong heeft een mooi boek geschreven over een actueel en belangrijk onderwerp. Veel daarvan is nog niet eens genoemd. Zo geeft hij bijvoorbeeld (in het kader van een poging aan te tonen dat binnen een instemmingsdemocratie zijn tweede vraag niet bevredigend kan worden beantwoord) een uitvoerige analyse van de Amerikaanse rechtspraak over de vrijheid van meningsuiting (p. 83-133). Alleen al daarom is het boek de moeite van het lezen waard. Opvallend daarbij is dan weer wel dat hij uitvoerig Bork citeert (die destijds door Reagan tevergeefs genomineerd werd voor de Supreme Court) die het democratisch tekort van activistische rechtspraak verdedigt op basis van een interpretatie van democratie als instemmingsdemocratie. Hong ziet in Borks stellingen terecht een gevaar voor de vrijheid van meningsuiting (p. 130), maar rept met geen woord over het constructivistisch alternatief dat met name door Dworkin is ontwikkeld. Anders gezegd: ik vind dat Hong soms wat te veel de neiging heeft zijn eigen standpunt te verdedigen door het te presenteren als hét alternatief voor onaan-

vaardbare standpunten van anderen. Er is echter soms meer tussen hemel en aarde. Maar moge ook deze opmerking illustreren dat het om een uitdagend boek gaat.

Arend Soeteman (Amsterdam)