

REDACTIECOMMISSIE:	
Voorzitter	Mr. J.P. Spijk MA, Brigade Generaal, Militair Juridische Dienst (bd);
Secretaris/penningmeester	Mr. Y.J. Foliant, Kapitein van de Koninklijke Landmacht;
Leden:	
voor de Koninklijke Landmacht	Mr. H.C.M. Snellen, Kolonel van de Militair Juridische Dienst;
voor de Koninklijke Luchtmacht	Mr. R.J.W. Schoonderwoerd, Kolonel van de Koninklijke Luchtmacht;
voor de Koninklijke Marine	Mr. G. Souer, Kapitein ter Zee van Administratie;
voor de Koninklijke Marechaussee	Mr. P. Coomans, Hoofd Juridische Zaken;
voor de Bestuursstaf	Mr. J.J. Buirma, Hoofd Afdeling Bestuurs-, Straf- en Tucht recht van de Directie Juridische Zaken, Ministerie van Defensie;
Prof. Dr. T.D. Gill	Hoogleraar Militair Recht aan de Universiteit van Amsterdam en de Nederlandse Defensie Academie;
Cdre Mr. P.T. Heblj	Hoofd Militair Juridische Dienst Krijgsmacht, Adjunct-directeur Juridische Zaken;
Mr. R. van den Heuvel	Voorzitter van de Militaire Kamer van het Gerechtshof Arnhem – Leeuwarden;
Prof. Mr. Th.A. de Roos	Raadshoofdplaatsvervanger in het Hof 's-Hertogenbosch, emeritus-hoogleraar Straf- en Strafprocesrecht aan de Universiteit van Tilburg;
Adres van de Redactiecommissie:	CCOE t.a.v. Kapitein Mr. Y.J. Foliant, Brasserskade 227A, 2497 NX 's-Gravenhage.

VASTE MEDEWERKERS:

Mr. M.J. Smeets en mr. P.J.H. Souren, Bijzondere Regelingen Defensie van ABP/APG.
 Dr. J.P. Loof, Lid van het College voor de Rechten van de Mens en universitair docent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden.
 Mr. M. de Bruin, Adviseur Humanitair Oorlogsrecht en Grondbeginselen Nederlandse Rode Kruis.
 Dr. M.C. Zwanenburg, Afd. Internationaal Recht, Directie Juridische Zaken, Ministerie van Buitenlandse Zaken.
 Kolonel mr. B.F.M. Klappe, Directeur Dienstencentrum Juridische Dienstverlening.

WIJZE VAN UITGAVE:

Het M.R.T. verschijnt zes keer per jaar.

De prijs per jaargang bedraagt € 60,40. Men abonneert zich bij klantenservice Militair Rechtelijk Tijdschrift, postbus 105, 2400 AC Alphen a/d Rijn, E-mail: info@spabonneeservice.nl. Het abonnement loopt van januari t/m december. Opzeggingen dienen vóór 31 oktober schriftelijk te geschieden bij de klantenservice Militair Rechtelijk Tijdschrift. Adreswijzigingen kunt u doorgeven aan klantenservice Militair Rechtelijk Tijdschrift. De prijs van losse afleveringen bedraagt € 7,75. Verzamelbanden zijn verkrijgbaar bij klantenservice Militair Rechtelijk Tijdschrift tegen de prijs van € 30,15. Auteurs van bijdragen van meer dan één pagina ontvangen drie presentemplaren van de desbetreffende aflevering. Het auteursrecht wordt met de publicatie overgedragen aan de Staat der Nederlanden.

Zij die het M.R.T. van rijkswege verstrekt krijgen dienen adreswijzigingen per e-mail (MRT@mindef.nl) door te geven aan de secretaris.

Dit tijdschrift, sedert mei 1903 verschenen onder de titel "Militaire Jurisprudentie", wordt sedert juli 1905, met onderbreking van juli 1943 tot januari 1946, uitgegeven onder de titel "Militair Rechtelijk Tijdschrift".

Gedrukt en uitgegeven onder auspiciën van het ministerie van Defensie.

Militair Rechtelijk Tijdschrift

Jaargang 108 - 2015

Aflevering 2

IN DIT NUMMER

Bijdragen

A.L.M. de Brouwer, Conflict-related Sexual Violence: Achievements : Challenges in International Criminal Law and the Role of the Militar
 Tweeluik over de vrijheid van meningsuiting:

Deel I: *H. Warnar*, Gun de militaire ambtenaar zijn grondrecht van vrijheid van meningsuiting.

Deel II: *J.F.R. Boddens Hosang*, "Haagse muilkorf" of malum necessa: beperkingen op de ambtelijke vrijheid van meningsuiting vanuit juridic perspectief.

Strafrechtspraak

Hof A-L, Eenvoudige ongeoorloofde afwezigheid.

Hof A-L, Afghaanse souvenirs.

Bestuursrechtspraak

CRvB, Strafonslag in het AMAR?

De rubriek opinie geeft de mening van de auteur weer. Een opiniestuk is geschreven op persoonlijke titel en vertegenwoordigt niet de opinie van de redactie van het MRT noch die van de minister van Defensie.

Tweeluik over de vrijheid van meningsuiting Deel I

Gun de militaire ambtenaar zijn grondrecht van de vrijheid van meningsuiting.

DOOR KLTZ DRS. H. WARNAR¹

Inleiding

Ambtenaren van Defensie zijn volgens een SG-aanwijzing² verplicht een externe publicatie vooraf, voor advies, voor te leggen aan de directie Communicatie. Dit artikel betoogt dat een dergelijke verplichting strijdig is met, en een inbreuk is op, de vrijheid van meningsuiting.

Het artikel laat zien dat de verplichting tot advies een vorm van bemoeienis door de overheid is, die bij het ontbreken van voldoende waarborgen en bij oneigenlijke toepassing de vrijheid van meningsuiting kan beperken.

In het algemeen zijn beperkingen van deze vrijheid niet zonder meer onrechtmatig. Zo stelt de Militaire Ambtenarenwet 1931 (MAW) artikel 12a³, in het eerste lid: 'De militaire ambtenaar dient zich te onthouden van het openbaren van gedachten of gevoelens dan wel de uitoefening van het recht tot vereniging, tot vergadering en tot betoging, indien door de uitoefening van deze rechten de goede vervulling van zijn functie of de goede functionering van de openbare dienst, voor zover deze in verband staat met zijn functievervulling, niet in redelijkheid zou zijn verzekerd'; en in het derde lid: 'De militaire ambtenaar is verplicht tot geheimhouding van enig gegeven, de dienst betreffende, tegenover een ieder die tot kennisneming daarvan niet bevoegd is, voor zover die verplichting uit de aard der zaak volgt.' De legitimiteit van dit soort beperkingen is onder meer vastgelegd in het Europese Verdrag ter bescherming van de rechten van de mens en de burgerlijke

¹ De auteur is werkzaam bij het ministerie van Defensie. Het artikel verwoordt zijn persoonlijke mening.

² Ministerie van Defensie, Aanwijzing SG A/978 Extern optreden, 9 juli 2012.

³ In dit artikel richt ik me om pragmatische redenen vooral op de positie van militairen. De regels voor militairen verschillen overigens nauwelijks met de regels voor burgerambtenaren. Art. 125a van de Ambtenarenwet verschilt bijvoorbeeld weinig van art. 12a van de Militaire Ambtenarenwet.

vrijheden (EVRM).⁴ Dit verdrag stelt drie eisen aan beperkingen op de vrijheid van meningsuiting. De beperking dient rechtens te zijn voorgeschreven, een specifieke legitieme doelstelling te dienen en 'noodzakelijk' te zijn in een democratische samenleving.⁵

Dit artikel toetst de genoemde verplichting in de SG-aanwijzing aan de hand van deze drie criteria en sluit af met een conclusie en aanbeveling.

Is de verplichting rechtens voorgeschreven?

Het hierboven aangehaalde artikel 12 van de MAW laat zien welke beperkingen er gelden voor externe publicaties van militairen. Daarnaast stelt de Grondwet eisen aan de beperking van de vrijheid van meningsuiting. Art 7 (GW) luidt: 'Niemand heeft voorafgaand verlof nodig om door de drukpers gedachten of gevoelens te openbaren, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet'. Dit betekent dat het gezag de inhoud van een externe publicatie alleen achteraf mag toetsen.⁶ Deze beperking wordt expliciet herhaald in de Aanwijzingen externe contacten rijksambtenaren van de Minister-President (MP).⁷ De SG-aanwijzing van Defensie verwijst weliswaar naar deze aanwijzing van de MP maar voegt de bepaling toe dat 'indien een medewerker van Defensie voornemens is een artikel te publiceren, een boek te schrijven of een bijdrage daaraan leveren, of op andere wijze over defensie te publiceren dient dit vooraf te worden voorgelegd voor advies aan de directie Communicatie'. Met deze toegevoegde beperking bemoeit Defensie zich met de inhoud van een publicatie voordat deze is geopenbaard. Deze bemoeienis is naar mijn mening strijdig met de Grondwet. Verschillende deskundigen laten zien hoe terughoudend de wetgever op dit punt is.

Vermeulen schrijft over de Grondwet art. 7: 'Dit openbaren mag, gezien het verbod van voorafgaand verlof, niet door preventieve maatregelen (zoals censuur of een algemeen vergunningstelsel specifiek gericht op het drukkerijbedrijf) worden beperkt, ook niet door de formele wetgever. Weliswaar bevat art. 7, eerste lid, GW de beperkingsclausule 'behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet', maar daarmee is gezien de grondwetsgeschiedenis niet beoogd een bij formele wet ingesteld verlostelsel mogelijk te maken. Met de beperkingsclausule werd slechts uitgedrukt dat het feit dat men vooraf geen verlof nodig had, niet betekende dat men niet achteraf voor het gedrukte verantwoordelijk gesteld kon worden. Deze bepaling is dan ook altijd zo uitgelegd, dat daarin zowel een ongeclausuleerd, ook voor de formele wetgever onaantastbaar verbod op preventieve beperkingen ten aanzien van het openbaren besloten ligt, als een (geclausuleerd) recht om ten aanzien van het geopenbaarde vrijuit te gaan behoudens (repressieve) wettelijke beperkingen.

⁴ Artikel 10 EVRM: 75.1. Een ieder heeft recht op vrijheid van meningsuiting. Dit recht omvat de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstreken, zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen. Dit artikel belet Staten niet radio-, omroep-, bioscoop- of televisieondernemingen te onderwerpen aan een systeem van vergunningen. 2. Daar de uitoefening van deze vrijheden plichten en verantwoordelijkheden met zich brengt, kan zij worden onderworpen aan bepaalde formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties, die bij de wet zijn voorzien en die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de nationale veiligheid, territoriale integriteit of openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen, om de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen of om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen.

⁵ Zie voor mogelijke toepassing van deze criteria: Dorssemont F, Vrijheid van meningsuiting op de werkplek in twee maten en gewichten: de werknemer mag blaffen, de 'watchdog' wordt gemuilkorfd. ArA, 2011 (10)3.

⁶ Zie ook E. Verhulst, De vrijheid van meningsuiting van werknemers en ambtenaren, Sdu, Den Haag, 1997, p.7.3.5.

⁷ Regeling 19 mei 1998, nr. 98M004214, gepubliceerd in de Staatscourant 1998, nr. 104, p.8, aanwijzing nr. 14.

Zo sprak de Hoge Raad in 1892 van het in deze bepaling neergelegde beginsel *'dat – terwijl allen, die medewerken tot de openbaarmaking van gedrukte geschriften of deze bevorderen, daarvoor verantwoordelijk zijn volgens door de strafwet en de burgerlijke wet te stellen regels – die openbaarmaking zelve niet door preventieve maatregelen mag worden belet'*. Bij de grondwetsherziening van 1983 stelde de regering ten aanzien van dit artikel dan ook terecht dat het het overheidsingrijpen allereerst aan banden legt door een verbod van elke preventieve bemoeienis (ook door de formele wetgever).⁸

Schuijt betoogt eveneens dat het impliciete censuurverbod, in de zin van verlof wegens de inhoud in de rechtspraak in het algemeen overeind is gebleven.⁹ Tegelijkertijd laat hij zien dat het verbod op preventieve maatregelen minder absoluut is dan hierboven is gesuggereerd. De clausule *'behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet'* en het feit dat de rechter een wet niet aan de Grondwet kan toetsen geeft het gezag veel beleidsruimte. Overigens neemt dit niet weg dat lagere wetgeving wel degelijk aan de Grondwet getoetst kan worden. Schuijt concludeert op grond van jurisprudentie dat er twee situaties zijn waarin preventieve beperkingen toelaatbaar zijn. De eerste situatie betreft maatregelen die een geheel ander doel dan het beperken van de vrijheid van meningsuiting om reden van de inhoud beogen, zoals bijvoorbeeld het handhaven van milieunormen door middel van hinderwetvoorschriften. De tweede situatie is een rechterlijk publicatieverbod.¹⁰ De rechter kan bijvoorbeeld een publicatieverbod opleggen in het geval dat het vaststaat dat de publicatie strafbare feiten bevat¹¹ of in het geval dat een reeds gedane strafbare uiting dreigt te worden herhaald. In de onderhavige SG-aanwijzing van Defensie is echter geen sprake van een beperking die wordt opgelegd door de rechter en het beoogde doel van de SG-aanwijzing is onduidelijk. Ik kom hier in de volgende paragraaf op terug.

Een tegenargument kan zijn dat de plicht tot het inwinnen van advies geen beperking van de vrijheid tot meningsuiting inhoudt omdat het slechts een advies is dat de ambtenaar naast zich neer kan leggen. Het is volgens deze opvatting een normaal ambtelijk sturingsmechanisme zonder rechtspositionele gevolgen. Een dergelijke redenering wijs ik af. Een advies van het gezag bijvoorbeeld om af te zien van publicatie omdat deze schade zou veroorzaken, is een directe specifieke ambtelijke aanwijzing. Het naast zich neerleggen van een dergelijke aanwijzing kan door een ambtenaar die te goeder trouw handelt niet anders worden geïnterpreteerd dan als plichtsverzuim zodat hij het advies niet snel naast zich neer zal leggen, ook al twijfelt hij aan de juistheid ervan. De ambtenaar zal immers moeten overwegen dat ondanks de overtuiging van zijn eigen gelijk, hij mogelijk iets over het hoofd heeft gezien. Evenals we van de ambtenaar verwachten dat hij in zijn externe publicatie rekening houdt met zijn ambtelijke verantwoor-

⁸ B.P. Vermeulen, Wetenschappelijk commentaar op de Grondwet art. 7, <http://www.nederlandrechtsstaat.nl/grondwet/artikel.html?artikel=7>, para 6.

⁹ G.A.I. Schuijt, Het censuurverbod in de Nederlandse Grondwet en de rechtspraak, Referaten van het colloquium van 16 mei 2003, Larcier, 2003.

¹⁰ Daarnaast bestaat er een grote verzameling verspreidingsjurisprudentie. Het is lagere overheden bijvoorbeeld toegestaan om het verspreiden van publicaties te reguleren om zo de openbare orde te handhaven. Uiten en verspreiden zijn echter verschillende begrippen. De huidige interpretatie van de GW art 7 en dit artikel zien alleen op het publiceren of uiten en niet op het verspreiden.

¹¹ Dit was bijvoorbeeld het geval bij de beslaglegging op de gehele oplage van het krakersblad Bluf omdat deze de veiligheid in gevaar zou brengen door het onthullen van geheime rapporten van de binnenlandse veiligheidsdienst.

delijkheid, evenzo mogen we van het gezag verwachten dat het rekening houdt met de feitelijke uitwerking van het ambtelijke advies.

Zoals de hiervoor beschreven wetten en jurisprudentie laten zien gaat het niet om de vraag of er wel of geen sprake van een verbod is maar om de aard en gevolgen van de maatregelen. De MVT bij de grondwetswijziging spreekt dan ook over een *'verbod op preventieve bemoeienis'*. Hierbij gaat het volgens de Hoge Raad om het *'feitelijk effect van een preventieve beperking'*.¹² Naar mijn mening betekent dit dat ook het ontmoedigen van het publiceren op zo'n wijze dat een ambtenaar daar naar alle waarschijnlijkheid voor zal zwichten, niet is toegestaan. Dit wil overigens niet zeggen dat het gezag niet bevoegd of niet in staat is om beperkingen in de meningsuitingen aan te brengen. Het zegt alleen dat de maatregelen na de openbaring moeten plaatsvinden.¹³

Het feit dat het advies over de inhoud van een voorgenomen publicatie geen formeel besluit is brengt de ambtenaar juist in het nadeel omdat hij niet in beroep kan gaan tegen zo'n advies. De MVT van 1976 stelt niet voor niets dat artikel 7 (GV) overheidsingrijpen aan banden legt *'door de repressieve bemoeienis aan de formele wetgever voor te behouden, waarbij een belangrijke rol wordt toegekend aan een van de overheid onafhankelijk orgaan, de rechterlijke macht'*.¹⁴ Dit beginsel wordt in algemene zin geïmplementeerd met onder meer de aanwijzing 17 van de MP die voorschrijft dat disciplinaire maatregelen door het gezag worden voorafgegaan door het inwinnen van een advies van de Adviescommissie Grondrechten en Functie-uitoefening Ambtenaren. Een dergelijke disciplinaire maatregel is een besluit (AVB 1:3) waartegen de ambtenaar wel bezwaar kan maken.

In het geval van de SG-aanwijzing ontbreken deze rechterlijke waarborgen. Enerzijds dwingt de ambtelijke discipline van een ambtenaar hem een negatief advies op te volgen waardoor publicatie zal uitblijven en anderzijds ontbreekt de mogelijkheid bezwaar te maken bij een onafhankelijke instantie. Vanzelfsprekend kan de ambtenaar binnen zijn ministerie om bemiddeling vragen. De bemiddelaar kan echter niet veel meer dan het uitvoeren van een marginale toets en vaststellen of het gezag de juiste criteria heeft gehanteerd bij de overweging voor het advies. Een inhoudelijke toetsing van het advies is moeilijk doordat de criteria in de MAW vaagheden¹⁵ bevatten zoals *'goede'* en *'in redelijkheid'* en ook de uitvoeringsregeling van de MP bevat moeilijk meetbare factoren zoals *'politieke gevoeligheid'*.¹⁶ Ook het gewicht dat aan deze criteria door het gezag wordt gegeven is

¹² Zie hiervoor de zaak Rostelli over de weigering van de gemeente Rijssen van de verhuur van een gebouw voor een hypnoseshow omdat *'hypnose als publieksvermaak niet in overeenstemming is met de christelijke waarden waarop in Rijssen prijs wordt gesteld'*. De Hoge Raad achtte het oordeel van het hof dat deze beperking strijdig is met GW art 7, juist. JB 1996/159 Hoge Raad, 26 april 1996, 15.951.

¹³ Zie voor de werking van de geoorloofde wijze van ambtelijke sturing, twee uitspraken van de CRvB. Beide gevallen betreffen maatregelen in de vorm van normale ambtelijke sturing (vergelijkbaar met een advies) die geen appellabel besluit inhouden. In beide gevallen worden de maatregelen repressief opgelegd nadat een publicatie is verricht. ECLI:NL:CRvB:2009:BI4834 en ECLI:NL:CRvB:2004:AO3764.

¹⁴ Kamerstuk 1975/76, 13872, nr. 3, p.3.

¹⁵ Een vaagheid die aan de hand van de zelfde formulering in de Ambtenarenwet artikel 125a wordt beaamd door Verhulp, p.7.2.2.

¹⁶ Factoren die niet zijn overgenomen in de SG-aanwijzing.

niet toetsbaar. Daarnaast is de beoordelaar tevens belanghebbende zodat er geen sprake is van de wettelijk beoogde mogelijkheid van toetsing door een onafhankelijke instantie of rechter.

Uit het bovenstaande concludeer ik dat het verplichte advies vooraf een vorm van preventieve bemoeienis is die strijdig is met artikel 7 van de Grondwet. Deze bemoeienis kan ertoe leiden dat de ambtenaar onterecht wordt ontmoedigd te publiceren. Of deze ontmoediging wel of niet terecht is, is altijd moeilijk te beoordelen omdat de criteria moeilijk meetbaar zijn. Dit laat echter onverlet dat de ambtenaar, zoals Schuijt het formuleert, volgens de ratio van het censuurverbod het recht heeft zo'n foute inschatting zelf te maken en pas achteraf ter verantwoording kan worden geroepen.¹⁷

Is er een specifieke legitieme doelstelling?

Het EVRM artikel 10 sluit, anders dan de Grondwet, de mogelijkheid van preventieve maatregelen waaronder een publicatieverbod niet categorisch uit. In de vorige paragraaf is geconcludeerd dat de clausule 'behoudens ieder verantwoordelijkheid voor de wet' de mogelijkheid tot preventieve maatregelen open laat. In beide gevallen is van belang dat er een legitieme doelstelling bestaat anders dan het voorkomen van publicatie op grond van de inhoud.

De tekst in de SG-aanwijzing maakt niet goed duidelijk wat het specifiek beoogde doel is. De aanwijzing bevat een wettelijk kader dat twee bepalingen bevat. MAVW artikel 12a eerste lid betreffende 'het openbaren van gedachten of gevoelens' en het derde lid betreffende de schending van 'geheimhouding van enig gegeven, de dienst betreffende, tegenover een ieder die tot kennisneming daarvan niet bevoegd is'.

De beoogde doelstelling van het eerste lid is het voorkomen van schade aan het ambtelijk functioneren of de publieke dienst. Dit is op zichzelf een legitiem doel, maar het rechtvaardigt geen inhoudelijke bemoeienis voorafgaande aan een publicatie. Zoals hiervoor betoogd, schrijft de Grondwet art 7 een zeer grote terughoudendheid voor waardoor beperkende maatregelen zijn beperkt tot rechterlijke bevelen waarbij van te voren duidelijk moet vaststaan welke rechtsnorm overschreden zou worden (hetgeen niet aan de orde is) en situaties waarbij een geheel andere doelstelling bestaat.

Het derde lid bevat een mogelijke andere doelstelling, te weten het voorkomen dat geheimen worden onthuld. EVRM art 10 noemt verschillende mogelijke legitieme doelstellingen die hiermee verband kunnen houden zoals: nationale veiligheid, openbare veiligheid en het voorkomen van strafbare feiten. Het woord 'advies' lijkt echter in twijfel te trekken of de betreffende zin in de SG-aanwijzing een dergelijk oogmerk heeft. Bij het constateren van een dergelijke schending kan immers geen advies volgen en lijkt alleen een verbod de meest passende maatregel.

Het hierboven genoemde onderscheid is overigens niet zo scherp als het lijkt. Met de grondwetsherziening van 1983 werd de reikwijdte van het begrip 'gedachten of gevoelens' uitgebreid met het 'openbaren van feitelijke mededelingen en inlichtingen'.¹⁸ Daarnaast omvat EVRM art 10 zowel 'meningen' als 'inlichtingen en denkbeelden'. Bij de afwegingscriteria van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) wordt dan ook geen onderscheid gemaakt tussen publicatie-

¹⁷ Schuijt, paragraaf civielrechtelijk verbod, p7.

¹⁸ Vermeulen, para 5.

handelingen zoals bedoeld in respectievelijk het eerste en derde lid van art 12a MAVW.¹⁹ Van groter belang is het oogmerk dat met de beperkende maatregel wordt beoogd waarbij het EHRM heeft gesteld dat de beperkende maatregelen nauwkeurig moeten zijn omschreven.²⁰ Indien de beperking niet nauwkeurig is omschreven (en we hebben eerder gezien dat de criteria in de MAVW artikel 12a vaagheden bevatten) bestaat het gevaar dat de maatregel oneigenlijk wordt toegepast. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn indien een controle op het voorkomen van geheime gegevens tevens wordt gebruikt om te voorkomen dat politiek onwenselijke uitingen worden gedaan.

Een geheel andere doelstelling, hoewel de SG-aanwijzing dit in het geheel niet noemt, kan zijn dat het gezag het personeel tegen zichzelf wil beschermen. Wie kan hier tegen zijn? Een rationeel handelend iemand kan geen nadeel hebben van een goed advies? Indien het advies zuiver is dan zal dit inderdaad zo zijn. Indien het gezag echter, door de ontworpen procedure, in de verleiding kan worden gebracht het eigen belang onevenredig te laten prevaleren, is het individu in het nadeel hetgeen de beoogde doelstelling ondermijnt. Het is niet voor niets dat de wetgever deze verantwoordelijkheid bij de ambtenaar legt. Dan moet hij ook de vrijheid hebben deze verantwoordelijkheid naar eigen keuze in te vullen.

Uit het bovenstaande concludeer ik dat de doelstelling in de SG-aanwijzing niet duidelijk is omschreven, terwijl dit volgens het EHRM wel is vereist. Mogelijk is de plicht tot advies te rechtvaardigen met een legitieme doelstelling zoals de nationale veiligheid, maar deze zou dan nauwkeuriger moeten worden beschreven om ten minste oneigenlijk gebruik te voorkomen.

Is de verplichting noodzakelijk in een democratische samenleving?

In een eerdere uitspraak heeft het EHRM gesteld dat in een democratische samenleving, 'freedom of expression constitutes one of the essential foundations of such a society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man'.²¹ Op gelijke wijze zou beleidsvorming in een democratische samenleving naar mijn opvatting mede gestoeld moeten zijn op een kritische dialoog tussen beleidsmakers, de wetenschap en maatschappij. Ambtenaren die op persoonlijke titel aan deze dialoog deelnemen, zouden hierbij als bruggenbouwers kunnen fungeren. Helaas doen zij dit nog slechts in beperkte mate. Technocratisch ambtelijke beleidsvorming en wetenschap zijn nog te veel gescheiden bolwerken, hetgeen bijvoorbeeld blijkt uit het geringe aantal ambtenaren dat op persoonlijke titel in wetenschappelijke tijdschriften publiceert. Een minder beperkend overheidsbeleid met meer vrijheid voor ambtenaren in hun extern optreden zou hier een verbetering in kunnen aanbrengen. Temeer omdat het ambtenarenkorps bestaat uit maatschappelijk betrokken mensen met veel kennis van zaken. Het beperken van deze groep in haar mogelijkheden deel te nemen aan maatschappelijk debat, doet afbreuk aan het publieke belang van vrije uitwisseling van opvattingen en ideeën.

Niet iedereen deelt deze opvatting. Cliteur bijvoorbeeld betoogt op heldere en consistente wijze dat de ministeriële verantwoordelijkheid van democratisch gelegitimeerde bestuurders het best gediend is met een model waarin er eenheid van spreken en handelen bestaat voor Koning,

¹⁹ Zoals bijvoorbeeld blijkt uit Helstone A.M., De reikwijdte van de geheimhoudingsplicht, ArA, 2013 (12) 2.

²⁰ Zie EHRM Case of the Sunday Times v. The United Kingdom, 6538/74. 79 The court is faced not with a choice between two conflicting principles but with a principle of freedom of expression that is subject to a number of exceptions which must be narrowly interpreted, 26 april 1979, p34.

²¹ EHRM Case of Handyside v. The United Kingdom, nr. 5493/72, 7 december 1976. p18.

ministers en ambtenaren.²² Ambtenaren die afwijkende opvattingen uiten doorbreken deze eenheid, hetgeen verwarring bij de burgers kan veroorzaken en alleen dan toelaatbaar kan zijn indien er beperkingen worden aangebracht in de ministeriële verantwoordelijkheid. Deze inperking van de ministeriële verantwoordelijkheid weegt volgens Cliteur niet op tegen meer ambtelijke vrijheid. Hier is tegenin te brengen dat de ministeriële verantwoordelijkheid in de praktijk niet zo'n absolute reikwijdte heeft. Het is niet redelijk een minister verantwoordelijk te houden voor persoonlijke uitingen van ambtenaren die binnen de wettelijke kaders zijn gedaan. Dit hoeft het ambtelijke functioneren niet nadelig te beïnvloeden. Net zoals een ambtenaar wordt geacht politiek verschillende bewindspersonen te kunnen dienen zal hij ook in staat zijn persoonlijke opvattingen en ambtelijk optreden te kunnen scheiden. Daarnaast is het maar de vraag of de burger het best gediend is met eenheid van denken in het regeringsapparaat. In een democratische samenleving zullen de burgers juist gebaat zijn bij voorlichting over alternatieve beleidsopvattingen.

Tegen de achtergrond van deze verschillende opvattingen over de ambtelijke vrijheid vormen onze wetten en de interpretatie hiervan het richtsnoer op grond waarvan we het externe optreden van ambtenaren kunnen beoordelen. De Grondwet en de MAVW zijn de codificatie van de beginselen van de vrijheid van meningsuiting en de ambtelijke loyaliteit en eenheid van bestuur. Zoals eerder gesteld gelden er voor de ambtenaren beperkingen van de vrijheid van meningsuiting maar dit betekent niet dat zij niet extern mogen publiceren.²³ De beoordeling van de toelaatbaarheid van de beperking van deze vrijheid is derhalve een vraagstuk van proportionaliteit.²⁴

Bij het verplichte advies in de SG-aanwijzing zijn verschillende vraagtekens te zetten bij de noodzaak van deze beperking. Is het nodig de verantwoordelijkheid die de MAVW nadrukkelijk in handen van de ambtenaar zelf legt, uit diens handen te nemen? Ik betwijfel of het gezag in staat is om, in de huidige tijd met alle nieuwe vormen van media, alle externe uitingen van ambtenaren zorgvuldig te controleren. Er zijn ook andere manieren om te voorkomen dat ambtenaren schadelijke uitingen doen. Het meest effectief is wellicht de afschrikwekkende werking die uitgaat van de repressieve maatregelen die de overheid treft ten aanzien van ambtenaren die met hun externe uiting schade hebben veroorzaakt. Het recente voorbeeld van de minister van V&J die de ambtenaar Haifi naar aanleiding van haar uitlatingen over IS met onmiddellijke ingang schorst, kreeg ruime aandacht in Kamer en media.²⁵ Een andere methode om schadelijke uitlatingen te voorkomen is goede voorlichting. Zo kan men de vage criteria in de MAVW vertalen naar praktisch toepasbare richtlijnen, zoals bijvoorbeeld opgenomen in de MP-aanwijzing 15. Uit het feit dat deze praktisch toepasbare richtlijnen, niet zijn overgenomen in de SG-aanwijzing is af te leiden dat militairen die getraind worden in proportioneel geweldgebruik, de toepassing van de uitingscriteria niet zelf wordt toevertrouwd. Dit is jammer want met een groter vertrouwen zal dit personeel zich alleen maar meer gesterkt voelen om, als oprecht en gemotiveerd ambassadeur, defensie in de samenleving te vertegenwoordigen.

Daarnaast is het maar de vraag of de Directeur Communicatie het best in staat is om met de in de MP-aanwijzing voorgeschreven 'objectieve maatstaven' te meten.²⁶ In plaats daarvan kan er

²² P.B. Cliteur, Vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren in Nederland, TBP, 2000/2, p91-6.

²³ Het EHRM hanteert de volgende afwegingscriteria (ultimum remedium-, betrouwbaarheids-, goede trouw-, schade- en het evenredigheids criterium), zie Helstone p74 ev.

²⁴ Zie ook EHRM Handyside p20.

²⁵ Minister van V&J, antwoorden op kamervragen, 1 september 2014, Kamerstukken II, 2013-2014, Aanhangsel, 2924.

²⁶ MP aanwijzing nr. 15.

wellicht een objectiever advies tot stand komen indien hij dit inwint bij een onafhankelijke partij naar eigen keuze.

Uit uitspraken van de CRvB blijkt dat de disciplinaire straffen pas dan toelaatbaar zijn indien er sprake is van duidelijk aantoonbare grote schade voor het functioneren van de ambtenaar of de publieke dienst. Bijvoorbeeld een *controller* in dienst van een gemeentelijk ambtelijk apparaat die vertrouwelijke gegevens over de slechte financiële situatie doorspeelt naar de oppositie in de gemeenteraad, voordat de wethouder in staat is maatregelen te treffen, wordt bestraft met een berisping.²⁷ De ambtenaar die dergelijke handelingen verricht zal waarschijnlijk goed beseffen dat dit ongeoorloofd is. Zo'n ambtenaar zal zich dan waarschijnlijk ook niet gehouden voelen aan de plicht om zo'n melding vooraf aan de ambtelijke leiding voor te leggen. Anderzijds kan men verwachten dat ambtenaren die plichtsgetrouw en te goeder trouw handelen bij het schrijven van een externe publicatie ook voldoende rekening houden met hun ambtelijke verantwoordelijkheid, zodat de kans op schade voor de openbare dienst gering is. In het eerste geval is de beperking in de SG-aanwijzing niet effectief, in het tweede niet noodzakelijk.

Hier is tegenin te brengen dat de beperking vooral noodzakelijk is voor die ambtenaren die niet goed beseffen welke schade hun externe uiting kan hebben. Voor deze categorie ambtenaren kan goede voorlichting effectief zijn. Het grootste deel van deze groep zal uitvoerende functies vervullen en indien zij bijvoorbeeld tijdens hun werk met journalisten in aanraking komen, kunnen leidinggevendend aan hen normale ambtelijke sturing geven. Indien zij ondanks alle voorlichting en aanwijzingen toch zelfstandig onverstandige uitingen verrichten zal de schade die hiermee wordt veroorzaakt, gering zijn. Een mopperende soldaat zal de positie van de minister niet zomaar in gevaar brengen. Onderdeel van een democratie is juist dat er ook ruimte bestaat voor onverstandige opvattingen. Zoals ik eenmaal las op de nummerplaat van een Amerikaanse militair: 'we protect your right to be wrong'. Of dichter bij huis, de woorden van Erasmus: 'wat klopt er beter dan dat de Zotheid haar eigen loftrumpet steekt en haar eigen lied zingt'.²⁸ Al met al nog geen reden om over te gaan tot censuur.

Conclusie en aanbeveling

Op grond van de hierboven weergegeven toetsing concludeer ik dat voor het verplichte advies zoals dit in de SG-aanwijzing is geformuleerd geen wettelijke grond bestaat en in een democratische samenleving niet is op te vatten als een noodzakelijke en te rechtvaardigen beperking van de vrijheid van meningsuiting. Dit moeten we corrigeren door de afbakening van de aanwijzing voor het publiceren van artikelen te beperken tot het controleren op eventuele schending van de geheimhoudingsplicht. De bestaande afbakening inclusief het openbaren van gedachten en gevoelens is alleen dan te rechtvaardigen indien de ambtenaar vrij wordt gelaten in de wijze waarop hij advies inwint.

²⁷ ECLI:NL:CRVB:2013:BY5603. 7 januari 2013. Een andere representatieve zaak betreft de disciplinaire straf van ontslag na een publicatie waarin het gezag als niet integer, onbetrouwbaar en onbekwaam wordt neergezet zodat verdere samenwerking feitelijk onmogelijk is geworden. ECLI: NL: CRvB: 2010:BK9640.

²⁸ Erasmus D., Lof der Zotheid, p14, Athenaeum-Polak&Van Gennep, Amsterdam 2001.

De rubriek opinie geeft de mening van de auteur weer. Een opiniestuk is geschreven op persoonlijke titel en vertegenwoordigt niet de opinie van de redactie van het MRT noch die van de minister van Defensie.

Tweeluik over de vrijheid van meningsuiting Deel II

“Haagse muilkorf” of malum necessarium: beperkingen op de ambtelijke vrijheid van meningsuiting vanuit juridisch perspectief.

DOOR DRS. J.F.R. BODDENS HOSANG¹

Inleiding

De bijdrage van KLTZ Warnar² roert een thema aan waarvan Cliteur³ reeds heeft aangegeven dat het een tijdloos thema is waarover meerdere auteurs al hun stellingen hebben betrokken en in de politieke arena al meerdere degenen zijn gekruist. Dat het thema actueel is, bewijst het verzoek van mevrouw Hachchi aan de Minister van Defensie om de Aanwijzing van de Secretaris-Generaal inzake externe contacten in te trekken.⁴ In deze bijdrage zal ik een steentje bijdragen aan dit debat, waarbij ik tot een andere conclusie kom dan KLTZ Warnar. Het oogmerk is daarbij niet om *pro forma* de Aanwijzing van de SG te verdedigen, maar om, in het belang van het discours, op dit belangrijke onderwerp het adagium *audite et alteram partem* toe te passen.

Alvorens tot de inhoud te komen, is het van belang om het strijdtoneel af te bakenen. Met de vrijheid van meningsuiting bedoel ik in deze bijdrage de vrijheid om gedachten en meningen openbaar te uiten of te publiceren. Het door sommigen beoogde recht om ambtenaren rechtstreeks met leden van de Staten-Generaal te mogen laten communiceren valt daar mijns inziens niet onder. Naar het mij voorkomt is dat een vorm van communicatie die losstaat van de algemene vrijheid van meningsuiting en veel specifiek gekoppeld is aan de (inhoud van de) functie van de ambtenaar, en de politieke verantwoordelijkheid van de minister. Dat is dus gerelateerd aan het zijn van ambtenaar en niet aan rechten die eenieder (moeten) toekomen. Waar het in de onderhavige discussie om gaat is immers of de vrijheid die eenieder geniet ten aanzien van

¹ De auteur is werkzaam bij het ministerie van Defensie. Het artikel verwoordt zijn persoonlijke mening.

² Zie de bijdrage in dit nummer van het *Militair Rechtelijk Tijdschrift*.

³ Cliteur, P.B., Vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren in Nederland, in *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen & Publiekrecht*, Vol. 1, 2000, pp. 91–96.

⁴ Aanwijzing SG A/978. Het antwoord van de Minister van Defensie op het verzoek van mevrouw Hachchi is te vinden als Kamerstuk 34 000 X nr. 56.

de vrije meningsuiting, ook ziet op de ambtenaar, dus eerder “ondanks” het zijn van ambtenaar.

Evenmin ziet deze bijdrage op bijzondere gevallen zoals de wetenschappelijke vrijheid of de rol van klokkenluiders. In het eerste geval is de bijzondere rol van de wetenschap in de maatschappij aan de orde, en de wetenschappelijke vrijheid die daarbij hoort. Het is ook om die reden dat naast de Aanwijzing van de SG waar deze discussie om draait, er voor de Nederlandse Defensie Academie en de daaraan gekoppelde instituten een aparte, specifieke regel bestaat waarin de wetenschappelijke onafhankelijkheid wordt gewaarborgd.⁵ Wat klokkenluiders betreft, gelden daarvoor eveneens speciale en specifieke regels die recht doen aan de speciale rol die klokkenluiders vervullen. Daarbij gaat het om bijzondere gevallen, waarin misstanden aan het licht worden gebracht. Ook dat is een andere kwestie dan de hier ter discussie staande algemene vrijheid van meningsuiting.

Nu de grenzen van het strijdtoneel zijn bepaald, zou ik de kernpunten van het betoog van KLTZ Warnar als volgt willen samenvatten. Daarbij doe ik geen recht aan de door hem gehanteerde nuances en zorgvuldigheid, maar het gaat om de kernpunten van zijn zorgen. Als ik zijn betoog goed begrijp, constateert hij een onduidelijkheid in het beoogde doel van de Aanwijzing SG A/978 en maakt hij zich zorgen over het verplichte advies vooraf, wat hij ervaart als een dwingende aanwijzing die de vrijheid van meningsuiting onrechtmatig beperkt en feitelijk een publicatie kan belemmeren. In samenhang gezien, resulteert dit stelsel in een inbreuk op de vrijheid van meningsuiting, terwijl hij het juist wenselijk acht om ambtenaren op basis van hun deskundigheid te laten deelnemen aan het publieke debat.

Omdat het hier om grondrechten gaat, zou een – de facto – inperking daarvan zonder een wettelijke basis een ernstige kwestie zijn. Alvorens in te gaan op de Aanwijzing zelf, lijkt het daarom goed om het grondrecht in kwestie nader te duiden. Omdat dit recht ook wordt gegarandeerd door het Europees Verdrag ter bescherming van de rechten van de mens en de burgerlijke vrijheden (EVRM), zal na de grondwettelijke beschouwing kort worden stilgestaan bij de invulling van dit recht in de Europese mensenrechtelijke context, waaronder de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM).

Vrijheid van meningsuiting als grondrecht

Een complete uiteenzetting over de historische achtergrond en verschillende redacties van (thans) artikel 7 van de Grondwet zou te ver voeren voor deze bijdrage. Voor een heldere uiteenzetting hierover wordt dan ook korthedshalve verwezen naar het hoofdstuk van Schuijt.⁶ In de kern bepaalt artikel 7 dat niemand voorafgaand verlof behoeft voor het openbaren van gedachten of gevoelens. Zoals Schuijt uitlegt, betekent deze bepaling dat een verplichting tot voorafgaand verlof wegens de inhoud van de te uiten gedachten of gevoelens verboden is. Dat verbod is echter niet absoluut. Naast de strafrechtelijke gevolgen van bepaalde uitingen,⁷ is het denkbaar dat bij voldoende concrete kennis vooraf van een voorgenomen publicatie en vast-

⁵ Nota van de Secretaris-Generaal aan de Commandant der Strijdkrachten en de Commandant, Defensie Dienstencentra, d.d. 28 december 2010 (BS/2010037036), met als onderwerp Mediarichtlijnen NLDA.

⁶ Schuijt, G.A.I., Het censuurverbod in de Nederlandse grondwet en rechtspraak, in *Censuur. Referaten van het Colloquium van 16 mei 2003*, 2003, pp. 125–154.

⁷ Te denken valt aan laster (art. 262 Sr), opruiing (art. 131 Sr), het aanzetten tot haat of discriminatie (art. 137d Sr), enz. Van belang is dat het in deze gevallen om een beoordeling achteraf (dus na de publicatie) gaat.

stelling van de strafbaarheid of onrechtmatigheid daarvan, preventief wordt opgetreden.⁸

In zijn hoofdstuk wijst Schuijt op nog een ander, voor deze discussie relevant aspect ten aanzien van het onderhavige Grondrecht, namelijk dat de Nederlandse Grondwet geen verbod omvat op een “chilling effect” van (op de wet gebaseerd) handhavend (preventief of reactief) optreden naar aanleiding van een (voorgenomen) publicatie.⁹ De term “chilling effect” komt voort uit de jurisprudentie van het EHRM en komt hieronder nader aan de orde. Waar het op neerkomt, is dat het grondwettelijk verbod op het eisen van, of verplichten tot, een voorafgaand verlot niet zo breed moet worden uitgelegd dat het ook een verbod omvat op een eventueel (bewust of onbedoeld) ontmoedigend effect van (mogelijk of dreigend) overheids-optreden ten aanzien van een (voorgenomen) publicatie. Dat het EHRM daar genuanceerder tegenaan kijkt, zal hierna blijken.

De mogelijkheid om beperkingen op te leggen ten aanzien van de vrijheid van meningsuiting wordt in artikel 7 van de Grondwet nadrukkelijk bepaald. De vrijheid is van toepassing “behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet”. De strafrechtelijke en civielrechtelijke aspecten daarvan zijn hierboven al deels aan de orde geweest. Voor ambtenaren is er echter ook een aantal specifieke wettelijke bepalingen relevant. Dat de vrijheid van meningsuiting ook voor ambtenaren geldt, staat vast¹⁰ maar is nog niet zo lang vanzelfsprekend.¹¹ Wel hebben ambtenaren ten aanzien van de uitoefening van dat recht rekening te houden met de wettelijke beperkingen zoals opgenomen in artikel 125a van de Ambtenarenwet en, wat betreft de militaire ambtenaren, artikel 12a van de Militaire Ambtenarenwet 1931.¹² Deze artikelen beperken de vrijheid van meningsuiting van (militaire) ambtenaren voor zover de uitoefening van dat recht het eigen functioneren of het functioneren van de openbare dienst in gevaar kan brengen.

Hoewel een analyse van de verenigbaarheid van deze wettelijke bepalingen met het *lex certa* beginsel te ver zou voeren voor deze bijdrage, kan in ieder geval worden opgemerkt dat de beper-

⁸ Hof Amsterdam, 13 september 1984, NJ 1985, 409, waarin onder andere werd overwogen: Het grondwettelijk recht van vrijheid van meningsuiting sluit preventief optreden tegen een nog te verwachten publikatie [sic] van een wat de inhoud betreft met de wet strijdig geschrift door middel van een in k.g. te treffen voorlopige maatregel niet uit. Zoals Schuijt (*op. cit.* noot 6) aangeeft, ziet deze overweging op publicaties waarvan de inhoud dus vooraf al bekend moet zijn én waarvan vooraf vaststaat dat die (bekende) inhoud strafbaar of onrechtmatig is. Een meer recent voorbeeld betreft de uitspraak van de Rb. Amsterdam van 4 september 2014 (ECLI:NL:RBAMS:2014:5688).

⁹ Schuijt, *op. cit.* noot 6, stelt over de dreiging van repressieve maatregelen achteraf: [u]iteraard kan dit een censurerende werking hebben of een chilling effect op de vrijheid van meningsuiting, maar de Nederlandse grondwet verzet zich er niet tegen, omdat de bevoegdheid in het Wetboek van Strafvordering inuncto Wetboek van Strafrecht is opgenomen. Met andere woorden, mits de handhaving achteraf een wettelijke basis heeft, is de bedreigende of feitelijk censurerende, c.q. chilling werking daarvan als zodanig niet strijdig met de Grondwet.

¹⁰ Bunschoten 2004 (*T&C Grondwet*), aant. 8 bij art. 7. Zie ook de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet van bepalingen inzake grondrechten (Kamerstuk 13 872 nr. 3), p. 11.

¹¹ Zie de MvT genoemd in noot 9, p. 11, waarin ten aanzien van de vraag of de vrijheid van meningsuiting ook voor ambtenaren geldt wordt gesteld: De vraag is in het verleden op uiteenlopende wijze beantwoord. Sommigen stonden op het standpunt, dat de grondrechtenartikelen van de Grondwet niet van toepassing waren op de verhouding overheid- ambtenaren. Anderen namen aan, dat de ambtenaar door zijn indiensttreding voor ambtenaren vastgestelde beperkingen in de uitoefening van grondrechten vrijwillig op zich nam.

¹² Overigens zij opgemerkt dat beide wetten ook beperkingen opleggen ten aanzien van andere grondrechten, zoals het (in dezelfde wetsartikelen genoemde) recht op vereniging.

king in vrij ruime en algemene bewoordingen is gesteld. Enkele uitspraken van de Centrale Raad van Beroep hebben aan deze ruimte wel grenzen gesteld. Zo oordeelde de CRvB in 1995 dat “bij de beoordeling of een ambtenaar de in artikel 125a, lid 1, neergelegde norm heeft overschreden een zekere voorzichtigheid dient te worden betracht, aangezien in deze bepaling een beperking wordt gegeven op het in de Grondwet verankerde recht van vrije meningsuiting.”¹³ Deze waarschuwing is in latere uitspraken van de CRvB herhaald, waarbij de Raad tevens een koppeling heeft gemaakt tussen de mate waarin de ontoelaatbaarheid van de meningsuiting vooraf voorzienbaar was voor betrokkene en de mate waarin die meningsuiting verwijtbaar wordt geacht.¹⁴

Het vooraf kunnen inschatten van de (on)toelaatbaarheid van voorgenomen meningsuitingen door ambtenaren is enigszins eenvoudiger geworden na de vaststelling door de Minister-President van de Aanwijzingen externe contacten Rijksambtenaren van 19 mei 1998, ook wel de “oekaze Kok” genoemd.¹⁵ Voor onderhavige discussie zijn met name aanwijzingen 13 tot en met 15 van belang, die invulling geven aan voornoemde wettelijke bepalingen. Aanwijzing 13 geeft de koppeling tussen de aanwijzingen en de (Militaire) Ambtenarenwet aan. Aanwijzing 14 geeft aan dat het bevoegd gezag achteraf uitlatingen van ambtenaren toetst aan de normen vastgelegd in de wet. De toelichting daarbij stelt daarover: “de Grondwet verbiedt te allen tijde preventieve toetsing van een uiting. Het gaat derhalve steeds om toetsing achteraf van reeds gedane uitingen.” Wel wijst dezelfde toelichting op de mogelijkheid dat de ambtenaar vooraf om advies vraagt aan het bevoegd gezag. Aanwijzing 15, tot slot, bevat de criteria waaraan wordt getoetst, zoals de afstand tussen de functie en het beleidsterrein waarover wordt geschreven, de gevoeligheid van het onderwerp, het tijdstip en de wijze waarop de uiting wordt gedaan, enz. Ook bevat aanwijzing 15 het uit de uitspraken van de CRvB bekende criterium van de voorzienbaarheid van de schadelijkheid.¹⁶ Zowel de vorm (aanwijzingen ter invulling van wettelijke bepalingen) als de inhoud (deels afgeleid uit uitspraken van rechtsprekende instanties) geven geen aanleiding tot zorg in relatie tot het onderhavige Grondrecht en de criteria geven in ieder geval meer bepaaldheid (en dus voorzienbaarheid) wat betreft de eisen die aan meningsuitingen door ambtenaren worden gesteld. De aanwijzingen van de Minister-President zijn tevens de aanleiding voor de Aanwijzing SG, waarop ik verderop in meer detail inga.

Vrijheid van meningsuiting als mensenrecht

Artikel 7 van de Grondwet kent een evenknie, zij het anders geformuleerd, in artikel 10 van het EVRM. Het eerste lid daarvan bepaalt dat eenieder het recht heeft op vrije meningsuiting,

¹³ CRvB, 2 maart 1995 (ECLI:CRVB:1995:AK5987). In die zaak ging het om een publicatie waarin tekortkomingen van het Amsterdamse politiekorps en de leiding daarvan werden beschreven. De CRvB oordeelde dat deze publicatie, hoewel schadelijk, niet zodanig schadelijk was dat het functioneren van de openbare dienst in redelijkheid niet meer zou zijn verzekerd.

¹⁴ CRvB, 7 januari 2010 (ECLI:NL:CRVB:2010:BK9640): een reactie [...] heeft uitgelokt, die hij redelijkerwijze heeft kunnen en moeten voorzien. CRvB, 12 juni 2014 (ECLI:NL:CRVB:2014:1984): het feit dat de redactie in kwestie de betrokkene niet had gewaarschuwd en hem aldus niet heeft behoed voor zijn reactie, doet evenmin afbreuk aan de eigen verantwoordelijkheid van betrokkene, en [het is] van belang of betrokkene de ontoelaatbaarheid van het verweten gedrag heeft kunnen inzien en overeenkomstig dat inzicht heeft kunnen handelen.

¹⁵ Regeling van 19 mei 1998, nr. 98M004214, Stcrt. 1998, nr. 104.

¹⁶ Ten overvloede bevat aanwijzing 16 een toets ten aanzien van de geheimhoudingsplicht. Die plicht is echter ook strafrechtelijk bepaald (art. 98-98c en art. 272-273 Sr.) terwijl het in deze discussie primair gaat om de overige beperkingen op de vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren.

waarna het tweede lid de uitzonderingen daarop bepaalt. Dat tweede lid bevat drie belangrijke elementen. Ten eerste wordt aangegeven dat het uitoefenen van dit recht bepaalde plichten en verantwoordelijkheden met zich brengt. Als gevolg daarvan wordt, ten tweede, aangegeven dat het recht op vrije meningsuiting kan worden onderworpen aan “formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties” bij wet voorzien. Als derde aspect moeten die bij wet voorziene voorwaarden, beperkingen, enz., noodzakelijk zijn in een democratische samenleving met het oog op de in lid 2 genoemde belangen (doelbinding). Door de opsomming van de belangen in lid 2 en de daaraan gekoppelde doelbinding in de toelaatbaar geachte vormen van inperking van de vrije meningsuiting is artikel 10 EVRM nauwkeuriger geformuleerd dan artikel 7 Grondwet en de betreffende bepalingen in de (militaire) ambtenarenwetgeving. De vraag is echter hoeveel ruimte wordt geboden door de verwijzing naar “plichten en verantwoordelijkheden”.

De jurisprudentie van het EHRM biedt normaliter houvast en invulling wat betreft het duiden van de verplichtingen onder het EVRM en de criteria waaraan moet worden voldaan. Dat is wat betreft de toepassing van het recht op vrije meningsuiting door ambtenaren eveneens het geval, zij het voor de huidige discussie in zeer beperkte mate. Het merendeel van de jurisprudentie omtrent artikel 10 in relatie tot ambtenaren ziet namelijk op meningsuitingen gerelateerd aan politieke activiteiten van de ambtenaren in kwestie, wat hier niet aan de orde is. Toch valt uit de overgebleven uitspaken een aantal criteria en observaties op te maken. Zo geeft het EHRM aan dat de vrijheid van meningsuiting zeker van toepassing is op ambtenaren¹⁷ en dat een “chilling effect,” c.q. ontmoedigend handelen door de overheid evenzeer strijd met artikel 10 kan opleveren.¹⁸ Daar staat tegenover dat het legitiem is om aan ambtenaren, gelet op hun bijzondere status en rol, een plicht op te leggen om discreet te zijn, waarbij staten een zekere marge wordt gelaten om invulling te geven aan de zware rol die de plichten en verantwoordelijkheden zoals bedoeld in artikel 10, tweede lid, EVRM spelen waar het uitlatingen van ambtenaren betreft.¹⁹

Die zware rol van de plichten en verantwoordelijkheden zodra het om ambtenaren gaat, wordt in latere jurisprudentie herhaald, waarbij aan voornoemde discretie ook het element loyaliteit wordt toegevoegd als legitiem op te leggen plicht.²⁰ Onder ambtenaren worden in de jurisprudentie ook militairen verstaan, waarbij wordt aangegeven dat ten aanzien van die categorie de noodzaak tot het handhaven van de discipline beperkingen met zich kan brengen voor de vrije meningsuiting.²¹ Daarbij wordt een parallel getrokken met de politie en geeft het Hof aan dat in een dergelijke hiërarchische organisatie de vrijheid van meningsuiting moet worden uitgeoefend in overeenstemming met de verantwoordelijkheden die volgen uit de status van betrokkenen in relatie tot het handhaven van de discipline, om daaraan de conclusie te koppelen dat restricties voor dergelijke functies niet in strijd zijn met artikel 10 EVRM en voldoen aan de eis van noodzakelijkheid in een democratische samenleving.²²

¹⁷ Wille v. Liechtenstein, 28 oktober 1999 (Application no. 28396/95), para. 42 en 62.

¹⁸ Ibid., para. 50.

¹⁹ Ibid., para. 62-64.

²⁰ Diego Nafria v. Spanje, 4 september 2002 (Application no. 46833/99), para. 36-37.

²¹ Szima v. Hongarije, 9 oktober 2012 (Application no. 29723/11), para. 25.

²² Ibid., para. 32.

Uit het bovenstaande kan worden geconcludeerd dat het EHRM meer ruimte laat voor inperking van de vrijheid van meningsuiting, althans in ieder geval waar het ambtenaren betreft,²³ dan de Nederlandse Grondwet, maar omgekeerd een “chilling effect” gelijkstelt met een (verboden) voorafgaande inperking op de vrije meningsuiting terwijl het Nederlandse recht dat niet doet voor zover het “chilling effect” wordt veroorzaakt door wettelijk toelaatbare handhavingsmogelijkheden.

Aanwijzing SG A/978

De Aanwijzing SG in kwestie, die de eerdere (maar op dit punt gelijklopende) Aanwijzingen uit 1992 en 2005 vervangt, is blijkens de eerste alinea onder “Kader” afgeleid van, en geeft invulling aan, de hierboven genoemde Aanwijzingen van de Minister-President. Blijkens de derde alinea onder het kopje “Doelstelling van de aanwijzing” is de Aanwijzing SG bedoeld om te “voorkomen dat informatie van Defensie voortijdig en/of onjuist in de openbaarheid wordt gebracht,” naast het waarborgen van de veiligheid van het personeel en de operationele veiligheid. Hoewel deze formuleringen als zodanig niet aansluiten bij de bewoordingen van de wet of van de Aanwijzingen van Minister-President, kunnen in de doelstelling van de Aanwijzing SG wel elementen worden herkend van wettelijke aspecten als de bescherming van het functioneren van de openbare dienst en de geheimhoudingsplicht. Daarnaast zijn elementen herkenbaar van de criteria in Aanwijzing 15 van de Aanwijzingen van de Minister-President. Dat de Aanwijzing SG minder ambtelijk en meer beschrijvend is geformuleerd doet dan ook niet af aan de vaststelling, op basis van het bovenstaande, dat het doel van de Aanwijzing legitiem is.

Het kernpunt van de zorgen ten aanzien van de Aanwijzing staat echter op pagina 4, waar wordt gesteld dat “[m]edewerkers van Defensie wenden zich tot de directie Communicatie voor advies alvorens zij een uitnodiging accepteren om op te treden bij openbare bijeenkomsten dan wel andere openbare optredens” en “[i]ndien een medewerker van Defensie voornemens is een artikel te publiceren, een boek te schrijven of een bijdrage daaraan te leveren, of op andere wijze over defensie te publiceren dient dit vooraf te worden voorgelegd voor advies aan de directie Communicatie.” Met deze bepalingen wordt de vrijwillige adviesmogelijkheid genoemd in de Aanwijzingen van de Minister-President omgevormd tot een (dwingende) adviesplicht. De vraag is dan in hoeverre een adviesplicht strijdig is met het recht.

Allereerst moet formeel onderscheid worden gemaakt tussen advies en toetsing. Hoewel bij het formuleren van een zorgvuldig advies uiteraard een feitelijke toetsing plaatsvindt, is de uitkomst een vrijblijvende suggestie en indicatie van de mogelijke uitkomst van een formele toetsing. Een toets daarentegen is een formele afweging van de publicatie ten opzichte van de in wet- en regelgeving gestelde criteria en voorwaarden. De uitkomst daarvan is niet vrijblijvend en kan leiden tot het nemen van maatregelen, waaronder rechtspositionele of, in het ergste geval, strafrechtelijke. Of dit formele onderscheid ook in de praktijk doorklinkt en zichtbaar is, is geheel afhankelijk van de wijze waarop de directie Communicatie adviseert, waaronder de formulering van het advies en de presentatie daarvan. Hoe dan ook, op basis van de Aanwijzing

²³ De door het EHRM toelaatbaar geachte verplichtingen tot discretie en loyaliteit laten zich althans niet goed verstaan met de in de Nederlandse rechtspraak noodzakelijk geachte mate van schade aan de openbare dienst. Zie de uitspraak van de CRvB genoemd in noot 13 in vergelijking met de EHRM zaken genoemd in noten 20 en 21.

SG is het advies echter niet meer dan dat. Ik ben het dan ook niet eens met de stelling dat een dergelijk advies een “directe specifieke ambtelijke aanwijzing is,” zoals Warnar stelt, noch dat het niet opvolgen van het advies neerkomt op plichtsverzuim. Dat het negeren van het advies tot risico's leidt voor de ambtenaar doet daar niet aan af. Die risico's houden immers verband met de publicatie (in weerwil van het advies) maar veranderen de (juridische) aard en rol van het advies niet. Anders gesteld, als de ambtenaar het advies negeert neemt hij het risico dat uit de publicatie gevolgen voortkomen, maar die gevolgen zijn gekoppeld aan de publicatie, niet aan het negeren van het advies.

De verplichting om vooraf advies te vragen is daarmee kwetsbaar, want afhankelijk van de wijze van invulling daarvan door de directie Communicatie, maar niet als zodanig in strijd met het recht. Wel kan de adviesplicht, en zeker het daaruit volgende advies, ontegenzeggelijk een “chilling effect” tot gevolg hebben. Zoals hierboven werd uiteengezet, is een dergelijk effect echter niet in strijd met de Grondwet voor zover het ‘chilling effect’ voortkomt uit (het dreigen met) wettelijke handhavingsmogelijkheden. In het geval van de ambtelijke vrijheid van meningsuiting, zijn die wettelijke mogelijkheden opgenomen in de (militaire) ambtenarenwetgeving. Dat het advies de ambtenaar herinnert aan die handhavingsmogelijkheden of een vrees doet ontstaan dat er eventueel handhavend zal worden opgetreden maakt het advies, mits zuiver geformuleerd, echter niet tot iets anders dan een advies. Wat een Europeesrechtelijke beoordeling daarvan betreft, kan uit de eerdere uiteenzetting van de opvattingen van het EHRM worden opgemaakt dat een dergelijk effect wel wordt gelijkgesteld met een inperking van de vrije meningsuiting. Omdat het EHRM echter ook een ruimere marge accepteert wat betreft restricties voor ambtenaren op dit gebied, is het naar mijn overtuiging niet waarschijnlijk dat het EHRM een voorafgaande adviesplicht in strijd zou achten met artikel 10 EVRM. Ook hier geldt echter dat de uiteindelijke beoordeling geheel afhankelijk is van de wijze waarop deze adviesplicht in de praktijk wordt ingevuld. Een – de facto – verbod op publicatie zal immers wel een schending van zowel de Grondwet als artikel 10 EVRM opleveren.

Conclusie: de rol van de ambtenaar en zijn meningen

Hoewel inmiddels al weer enige tijd geleden, geven de debatten rond de “oekaze Kok” enkele nuttige aanknopingspunten voor het onderhavige debat.²⁴ Zo constateerde de GPV destijds “een spanning tussen enerzijds de loyaliteit aan de minister en anderzijds het recht om wetenschap te beoefenen, ook voor een ambtenaar.” De VVD nam een hard standpunt in²⁵ en achtte het “staatsrechtelijk onjuist en ongewenst dat een ambtenaar in het openbaar uitspraken doet [...] waarmee hij of zij een bewindspersoon in verlegenheid kan brengen.” Daarbij wees de VVD nadrukkelijk op de ministeriële verantwoordelijkheid voor uitlatingen van ambtenaren en werd het ongepast geacht als ambtenaren in het openbaar meningen zouden uiten over het beleid van hun eigen minister. Als blijk van de scherpte van het debat voegde de VVD daaraan toe dat een ambtenaar die dat toch wenst te doen “moet dan maar [...] lid worden van een politieke

²⁴ Handelingen Tweede Kamer, vergaderjaar 1998, 29 september 1998 (pp. 7-264 tot en met 7-284) en 15 december 1998 (pp. 37-2690 tot en met 37-2694).

²⁵ Overigens werd het standpunt van de VVD naast principiële gronden ook gebaseerd op een zorg dat een te vrije uitoefening van de meningsuiting door ambtenaren tot gevolg zou hebben dat er steeds debatten met ministers gevoerd zouden moeten worden na iedere publicatie. Handelingen 1998, pp. 7-273 - 7-274).

fractie, professor zijn of iets dergelijks.” Diezelfde scherpte was ook zichtbaar in de bijdrage van de D66 fractie, die aangaf dat de deskundigheid van ambtenaren juist aanleiding kon zijn om wel persoonlijke opvattingen van ambtenaren te laten publiceren en hoopte dat er geen sprake zou zijn van “een Paarse muilkorf”. Wel vond D66 het alleszins voor de hand liggen dat een ambtenaar die zijn vrijheid van meningsuiting wilde gaan beoefenen, dat vooraf aan de minister kenbaar zou maken.

Hoewel het slechts speculeren zou zijn of de bij Defensie gehanteerde plicht tot voorafgaand advies in lijn zou zijn met het standpunt van D66, valt wel op dat zelfs in de meest ferme verdediging van de ambtelijke vrijheid van meningsuiting een voorafgaande kennisgeving aan de minister van belang wordt geacht.²⁶ Dat is ook niet verwonderlijk, want uit de debatten blijkt evenzeer dat werd erkend dat de minister (in ieder geval in enige mate) politiek verantwoordelijk is voor het optreden van zijn of haar ambtenaren, ook als het gaat om uitoefening van de vrijheid van meningsuiting door die ambtenaren. Het natuurlijke forum voor de meningen van de ambtenaar is daarbij de interne advisering aan de minister, waarin de ambtenaar vrij zijn mening en advies moet kunnen geven, terwijl gebruik maken van het openbare forum tot noodzakelijke restricties leidt. Deze opvatting wordt gedeeld door Cliteur, die zijn artikel afsluit met de (overigens sterker geformuleerde) conclusie dat “een ambtenaar voorzover het om het terrein van zijn werk gaat géén vrijheid van meningsuiting heeft.”²⁷ Hoewel ik een dergelijk absoluut geformuleerde benadering van de ambtelijke vrijheid van meningsuiting niet deel, valt uit zowel de rol en functie van de ambtenaar als uit het (daarop in ieder geval deels gebaseerde) rechtstelsel op te maken dat de plichten en de verantwoordelijkheden van het zijn van ambtenaar onvermijdelijk tot gevolg hebben dat de ambtenaar een zekere mate van beperking van de vrijheid van meningsuiting moet dulden.

Plaatsen we de hierboven gestelde observatie in relatie tot de Aanwijzing SG, dan kan tot slot worden geconcludeerd dat de daarin besloten adviesplicht niet alleen tot gevolg heeft dat zowel de ambtenaar als de minister (of althans het ministerie) vooraf weten waar ze aan toe zijn, maar ook past in het stelsel rond de ambtelijke vrijheid van meningsuiting. Voorwaarde daarvoor is echter wel dat de adviesplicht wordt toegepast zoals het bedoeld is: advies en geen toetsing of verloop vooraf. De wijze waarop de advisering plaatsvindt, en met name de formulering, strekking en presentatie van het advies, zijn daarvoor bepalend. Om dat waar te maken zal de Directie Communicatie dus steeds de eigen rol en *raison d'être* goed voor ogen moeten houden: duidelijk en zuiver communiceren.

²⁶ Ook minister Jorritsma gaf in het debat op 15 december 1998 aan geen bezwaar te hebben tegen afwijkende meningen van haar ambtenaren, mits de gelegenheid bestond om zorgvuldige afwegingen te maken en de grenzen van het toelaatbare te bewaken. In combinatie met eerdere uitspraken (Handelingen Tweede Kamer, Vergaderjaar 1997-1998, 8 september 1998, p. 6426-6427) kan dat worden gelezen als het voorafgaand moeten informeren van de minister over voorgenomen uitlatingen of publicaties.

²⁷ Cliteur, op. cit. noot 3, p. 95.