

Mijnheer de rector magnificus,

*Mijnheer de decaan van de faculteit der
rechtsgeleerdheid,*

*Leden van het bestuur van het Leids Universiteits
Fonds en leden van het Curatorium,*

Zeer gewaardeerde toehoorders,

U en ik hebben het grondrecht op vrijheid van meningsuiting. Dat recht is in de eerste plaats een schild tegen ongewenste overheidsbemoeienis. Maar hoe zit het met de overheid zelf? Heeft de overheid zelf ook vrijheid van meningsuiting?

Laat ik beginnen met een kort verhaal. Op 10 juli 2008 stuurde de Rotterdamse wethouder Leonard Geluk een brief aan de ouders van leerlingen van de Islamitische school voor voortgezet onderwijs 'Ibn Ghaldoun' te Rotterdam. Ik citeer een paar zinnen:

“Geachte ouders en verzorgers,
Namens het College van burgemeester en wethouders stel ik u op de hoogte van onze zorgen over de kwaliteit van het onderwijs van Ibn Ghaldoun. De reden is dat de Inspectie van het

Onderwijs Ibn Ghaldoun een zeer zwakke school vindt. (..)

Wij vinden dat uw kind beter verdient. Daarom roep ik u op om het gesprek met uw schoolbestuur aan te gaan om terug te treden. Tevens adviseer ik u om in het belang van uw kind voor een andere school te kiezen zodat uw kind kwalitatief goed onderwijs krijgt. (..)”¹

Een bericht van vergelijkbare strekking verscheen op de website en trok ruime aandacht in de media. De stichting Ibn Ghaldoun was daar niet blij mee. Sterker nog, zij meende dat haar grondrechten werden geschonden. De stichting spande een kort geding aan tegen de gemeente Rotterdam waarin zij een beroep deed op de vrijheid van onderwijs, de privacy en het recht op eer en goede naam.

Juristen zullen bij een dergelijke casus een paar vragen onderscheiden.

- Kan de overheid zich beroepen op de vrijheid van meningsuiting?
- Welke grondrechten kunnen geschonden worden door een meningsuiting?
- Hoe moeten de betrokken belangen tegen elkaar worden afgewogen?

1 De tekst is ontleend aan Vzv. Rb Rotterdam 6 augustus 2008, Stichting voor Islamitisch Onderwijs Ibn Ghaldoun vs Gemeente Rotterdam, LJN BD9523.

Hoe het met de zaak Ibn Ghaldoun is afgelopen houdt u nog even van mij te goed. Eerst wil ik de bovengenoemde, algemene, vragen met u langslopen.

I. Kan de overheid zich beroepen op de vrijheid van meningsuiting?

Heeft de overheid vrijheid van meningsuiting? Voor alle duidelijkheid: ik heb het hier over bestuurlijke autoriteiten die spreken namens de Staat der Nederlanden, een gemeente of een ander publiekrechtelijk lichaam. Ik heb het dus niet over uitingen van een volksvertegenwoordiger wiens taak het is de uitvoerende macht te controleren. Dat een lid van de Tweede Kamer vrijheid van meningsuiting heeft, is onomstreden, al kan men van mening verschillen over de vraag hoever die vrijheid gaat. Een Kamerlid dat zegt dat hij de Koran een fascistisch boek vindt, spreekt namens zichzelf of namens zijn politieke partij, maar niet namens de Staat der Nederlanden.² In die zin is er dus een principieel verschil tussen de uitlatingen van Geert Wilders en de brief van wet-

² R.A. Lawson, 'WILD, WILDER, WILDST', NJCM-Bulletin 2008-4, p. 469-484. Lawson bespreekt onder meer de vraag of politici gelet op hun maatschappelijke functie meer of juist minder uitingsvrijheid hebben dan een gewone burger.

houder Geluk, die geschreven werd namens het college van B&W.

Even terzijde, ook een minister spreekt soms voor zichzelf. Als minister X bij het boodschappen doen op zaterdag een fietser uitscheldt die hem bijna van de sokken heeft gereden, doet hij dat op persoonlijke titel. Er kunnen grensgevallen zijn, zoals een minister die in verkiezingstijd een toespraak houdt over zijn politieke idealen. Maar laten we die zijweg niet inwandelen. Ik beperk me tot de duidelijke gevallen, waarin gesproken wordt namens de overheid en waarin de overheid aansprakelijk is voor eventuele fouten.

Wat is vrijheid van meningsuiting? Natuurlijk mag de overheid een standpunt innemen over maatschappelijke vraagstukken en daar openlijk voor uitkomen. Het zou vreemd zijn als het niet zo was. Er gaat bijna geen dag voorbij of de Staat lanceert een mogelijke oplossing voor een bepaald probleem met de bedoeling reacties uit te lokken. Dat betekent echter nog niet dat de overheid vrijheid van meningsuiting heeft. Vrijheid van meningsuiting is meer dan de afwezigheid van verboden. Dankzij dit grondrecht worden respectabele belangen soms opzij gezet. Laat ik een voorbeeld geven.

Stel: na afloop van deze oratie zegt de ene bezoeker tegen de andere bezoeker: 'Wat een waardeloze

rede, hè; allemaal open deuren die zijn ingetrapt, ik heb helemaal niets nieuws gehoord'. Gevolgd door een aantal lelijke schimpscheuten aan mijn adres. Daarvan zal ik geen voorbeelden geven, want ik wil u niet op een idee brengen...!

Je zou dan kunnen redeneren: wat zielig nou, voor die meneer Hins. Zijn recht op eer en goede naam wordt beperkt. Toch denk ik dat de kans heel klein is dat de burgerlijke rechter mij in dit geval een schadevergoeding zal toekennen en dat is maar goed ook. Een robuust wetenschappelijk debat moet gevoerd kunnen worden zonder muilkorven en verbodsregels. De beste remedie tegen verkeerde opvattingen is het debat zelf. Dat houdt de geesten scherp en als het niet lukt verkeerde opvattingen te weerleggen, dan waren ze misschien toch niet zo verkeerd. Charlatans, dorpsgekken en zeurpieten worden beschermd. Er zijn weliswaar beperkingen mogelijk, maar die moeten aan strenge eisen voldoen.

Maris – de vroegere cassatieadvocaat – heeft vorig jaar een boek geschreven met de titel 'Grondrechten tegen, jegens en voor de overheid'. In het februari-nummer van Mediaforum – een onmisbare informa-

tiebron voor mijn vakgebied – zal het boek gereценseerd worden door Dommering.³

Volgens Maris kan ook de overheid in beginsel beschermd worden door de grondrechten van het EVRM, waaronder de vrijheid van meningsuiting. Zijn belangrijkste argument is ontleend aan de tekst van de verdragsartikelen. Deze erkennen het grondrecht van een ieder, ‘everyone’ in de authentieke Engelse tekst. Een ieder is een ieder, dus ook publiekrechtelijke rechtspersonen vallen eronder, aldus de redenering.⁴

Er is een uitspraak van de Hoge Raad uit 1993 die steun lijkt te bieden aan de hier bedoelde uitleg: het zogeheten Rost van Tonningen arrest.⁵ De weduwe Rost van Tonningen genoot als weduwe van een in 1945 overleden NSB-Kamerlid een levenslang pensioen van de Staat der Nederlanden. Halverwege de jaren tachtig ontstond in brede kring ergernis over de uitbetaling van dit pensioen, omdat de desbe-

3 A.G. Maris, *Grondrechten tegen, jegens en voor de overheid*, Deventer: Kluwer 2008 (Serie Europa in Beeld, nr. 3). Bespreking door E.J. Dommering in Mediaforum 2009-2, p. 52-56.

4 A.G. Maris, a.w., p. 4, p. 405-406 en p. 465.

5 HR 22 januari 1993, Staat der Nederlanden vs Stichting Herwaardering Pensioenen NSB-Kamerleden e.a., NJ 1994, 734 m.nt. C.J.H. Brunner en AB 1993, 198 m.nt. F.H. van der Burg.

treffende weduwe openlijk propaganda maakte voor neo-nazistische groeperingen. In een civiele procedure tegen de Staat vorderden twee organisaties van oud-verzetsstrijders primair een verklaring voor recht dat de pensioenbeschikkingen onrechtmatig waren. Voor ons thema interessanter is de subsidiaire vordering, die tot doel had de Staat te verbieden 'nog langer in het openbaar het standpunt in te nemen dat de eerder genoemde pensioenbeschikkingen rechtmatig en regelmatig waren genomen.'

De Hoge Raad wees beide vorderingen af. De afwijzing van de subsidiaire vordering motiveerde de Hoge Raad als volgt:

'Het zowel in de Grondwet als in internationale verdragen neergelegde recht op vrijheid van meningsuiting, waarop ook de regering aanspraak heeft, brengt mede dat de Staat dan niet in rechte kan worden aangesproken op grond van de stelling dat de door de regering aldus uitgesproken mening onjuist is'.

Zo wordt de indruk gewekt dat de Staat in een geschil met burgers beschermd zou worden door een bijzonder privilege op grond van artikel 7 Grondwet en artikel 10 EVRM.

Ik vind de woordkeus van de Hoge Raad in het arrest Rost van Tonningen ongelukkig. En daar ben

ik niet de enige in. Laatst dook het arrest weer op in een vonnis van de rechtbank Roermond van 5 november 2008.⁶ De provincie Limburg meende dat een bepaalde makelaar onrechtmatig had gehandeld. Hij had een notitie geschreven met de titel ‘Corruptie op topniveau in Limburg’, die in handen was gekomen van het dagblad De Limburger.

Bij de rechtbank eiste de provincie onder meer een verbod aan de makelaar om dit soort beschuldigingen te herhalen. Daartoe beriep zij zich op artikel 8 EVRM, dat het recht op privacy en het recht op bescherming van eer en goede naam omvat. Ook de overheid heeft grondrechten, zo stelde de provincie. Kijk maar naar het arrest Rost van Tonningen uit 1993. Gelukkig wees de rechtbank het beroep van de provincie op artikel 8 EVRM af. Ik citeer de rechtbank met instemming:

‘Een dergelijk beroep is in strijd met de kerngedachte die aan grondrechten ten grondslag ligt, namelijk dat deze de burger moeten beschermen tegen de overheid en niet omgekeerd.’

Deze overweging geldt ook wanneer de overheid het recht op vrijheid van meningsuiting claimt. Want in

⁶ Rb Roermond 5 november 2008, Provincie Limburg vs Dielissen, LJN BG3846.

wat voor een situaties zou de overheid dit grondrecht inroepen? Niet alleen in gevallen waarin zij correcte, betrouwbare en nuttige informatie openbaar maakt. Het grondrecht geldt ook wanneer het gaat om uitingen die choqueren, kwetsen of verstoren.⁷ Als op de weegschaal van Vrouwe Justitia aan de ene kant het belang van een klassiek grondrecht ligt en aan de andere kant een gewoon belang, zal de weegschaal overhellen in de richting van het grondrecht.

Eisen die wij normaliter stellen aan het gedrag van de overheid, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, dreigen het onderspit te delven. Politieke propaganda door de Staat wordt een stuk moeilijker te bestrijden.

Dat de overheid geen bescherming kan ontleen aan het grondrecht van vrijheid van meningsuiting blijkt ook uit de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie. Nu zult u zich afvragen: het Hof van Justitie in Luxemburg? Bemoeit dat hof zich tegenwoordig ook met de reikwijdte van grondrechten? Het antwoord is: ja, het Hof van Justitie bemoeit

⁷ Zie reeds EHRM 7 december 1976, Handyside vs UK, r.o. 49, NJ 1978, 236.

zich met alles. In een arrest van 17 april 2007, gewezen na prejudiciële vragen van een rechter uit Finland, ging het om de volgende casus.⁸ Een ambtenaar van het ministerie van Sociale Zaken was met toestemming van zijn superieuren geïnterviewd voor het landelijke televisiejournaal. Het thema was de veiligheid van hefbruggen die geïmporteerd werden uit Italië en bestemd waren voor garages en werkplaatsen. Die dingen waren goedgekeurd door een Italiaanse keuringsdienst, overeenkomstig een EG-richtlijn, maar de ambtenaar bracht als zijn mening naar voren dat ze toch niet veilig waren.

Werknemers die onder zo'n Italiaanse hefbrug moeten werken, zouden grote risico's lopen, aldus de ambtenaar. Gevolg van het interview: de verkoop van Italiaanse hefbruggen in Finland stort in elkaar. Zeer tot ongenoegen van de fabrikant.

U voelt de juridische procedure aankomen. De fabrikant vordert bij de nationale rechter vergoeding van de schade die hij heeft geleden ten gevolge van het interview en beroept zich op het vrije verkeer van goederen, zoals gewaarborgd in het EG-verdrag. De Finse overheid van haar kant voert aan dat de ambtenaar gebruik maakte van zijn recht op vrijheid

⁸ HvJEG 17 april 2007, A.G.M.-COS.MET Srl vs Finland en Tarmo Lehtinen, NJ 2007, 404 m.nt. M.R. Mok.

van meningsuiting en een bijdrage leverde aan een maatschappelijk debat. Naar aanleiding van de prejudiciële vragen van de Finse rechter gaat het Hof van Justitie eerst in op de vraag wanneer uitingen van een ambtenaar aan de staat kunnen worden 'toegerekend'. Volgens het hof is daarbij doorslaggevend of bij het publiek de indruk is gewekt dat het gaat om een officieel standpunt van de Staat en niet om de persoonlijke mening van de ambtenaar. Als de uitingen kunnen worden toegerekend aan de Staat, zo vervolgt het hof, dan kan de beperking van het vrije goederenverkeer niet worden gerechtvaardigd uit hoofde van de vrijheid van meningsuiting.

II Welke grondrechten kunnen worden geschonden door een meningsuiting?

Ik kom bij de tweede vraag: welke grondrechten kunnen worden geschonden door een meningsuiting? Het ligt voor de hand om als eerste te denken aan het recht op privacy en het recht op eer en goede naam. Voorbeelden zijn het openbaar maken van bestuurlijke sanctiebesluiten, de opsporingsberichten van de politie of het uitgeven van een persverklaring door het Openbaar Ministerie waarin de details van een familiedrama worden prijsgege-

ven.⁹ Dat het recht op privacy beschermd wordt door artikel 8 EVRM vloeit rechtstreeks voort uit de tekst van het artikel. Niet meteen vanzelfsprekend is dat artikel 8 ook het recht op eer en goede naam beschermt. Twee betrekkelijk recente uitspraken van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens hebben echter bestaande twijfel op dit punt weggenomen.¹⁰

Een bekend arrest over onrechtmatige informatieverstrekking door de overheid is de zaak Craxi tegen Italië.¹¹ In het kader van een grootschalig onderzoek

9 Over de openbaarmaking van sanctiebesluiten zie D.R. Doorenbos, *Naming & Shaming*, Serie Onderneming en Recht deel 38, Deventer: Kluwer 2007; E.J. Daalder en E.C. Pietermaat, 'Actieve openbaarmaking van besluiten', *Mediaforum* 2007-5, p. 146-152, alsmede de noot van P.V. Eijvoogel en L.P.W. Mensink in *Mediaforum* 2008-10, p. 413-415 onder drie uitspraken van voorzieningenrechters.

10 EHRM 15 november 2007, Pfeifer vs Oostenrijk, NJCM-Bulletin 2008-6, p. 807 m.nt. J.A. Peters en EHRM 14 oktober 2008, Petrina vs Roemenië, no. 78060/01. Oostenrijk en Roemenië werden veroordeeld wegens schending van een positieve verplichting bij artikel 8 EVRM. De nationale rechters hadden volgens het EHRM ten onrechte voorrang gegeven aan de vrijheid van meningsuiting boven de bescherming van het recht op eer en goede naam.

11 EHRM 17 juli 2003, Craxi (No. 2) vs Italië, no. 25337/94.

tegen corruptie (de operatie Vuile Handen) was de telefoon van de voormalige Italiaanse premier Craxi afgeluisterd. Tijdens het strafproces voegde het Openbaar Ministerie de transcripten van de afgeluisterde gesprekken toe aan het dossier. Tegelijkertijd lekten kopieën uit naar de pers. Volgens het EHRM was sprake van een schending van artikel 8 EVRM. Italië had ervoor moeten zorgen dat in ieder geval de fragmenten die niet van belang waren voor de bewijsvoering buiten de publiciteit zouden blijven.

Enigszins verwant met het recht op privacy is de 'presumptio innocentiae', het recht van een verdachte om voor onschuldig te worden gehouden totdat hij is veroordeeld. Dit grondrecht is neergelegd in artikel 6 van het EVRM. Ook op dit grondrecht kunnen publicaties van de overheid inbreuk maken. In Frankrijk had een moord plaats gevonden op een parlamentslid, waarna al snel een paar arrestaties plaats vonden. Tijdens een persconferentie gaf de minister van Binnenlandse Zaken, vergezeld van een paar hoge politiefunctionarissen, commentaar op de gebeurtenissen. Enkele gearresteerden werden bij naam genoemd en zonder voorbehoud bestempeld als 'moordenaar' dan wel als 'aanstichter' van de moord. Eén van de gearresteerden moest echter later worden vrijgelaten wegens

gebrek aan bewijs. Deze ex-verdachte heeft jaren lang geprocedeerd om een schadevergoeding te krijgen, maar bij de nationale rechter had hij geen succes. Pas bij het Europese Hof voor de Rechten van de Mens lukte het hem een tegemoetkoming te krijgen van twee miljoen Franse francs. Frankrijk had de *presumptio innocentiae* geschonden.¹²

Tenslotte kan de godsdienstvrijheid in het geding zijn. Op 6 november 2008 wees het EHRM een arrest in een zaak aangespannen door vijf verenigingen van Osho-aanhangers tegen Duitsland.¹³ Osho werd vroeger ook wel de Bhagwan genoemd. Steen des aanstoets was een nota van de federale regering, die tot doel had het publiek bewust te maken van de gevaren die aan sektes kunnen kleven. Met name jongeren zouden kwetsbaar zijn voor manipulatie. Eén van de groepen die in de nota besproken werden was de Osho- beweging. De vraag was nu of de regering met haar waarschuwingen in

12 EHRM 10 februari 1995, *Allenet de Ribemont vs Frankrijk*, NJ 1997, 523 m.nt. E.J. Dommering. Ook de Hoge Raad heeft bepaalde persberichten van het OM in strijd met de *presumptio innocentiae* geacht: HR 13 juli 2007 (*Clickfondsonderzoek*), NJ 2007, 505 m.nt. E.A. Alkema.

13 EHRM 6 november 2008, *Leela Förderkreis e.V. e.a. vs Duitsland*, NJCM-Bulletin 2009-3, p. 268-280 m.nt. H.-M. Th.D. ten Napel.

strijd handelde met de vrijheid van godsdienst. In een bestuursrechtelijke procedure voor de nationale rechter haalden de Osho-aanhangers een gedeeltelijke overwinning. Het Bundesverfassungsgericht oordeelde dat termen als 'destructief' en 'pseudo-religieus' niet door de beugel konden. Ook mocht niet worden gesteld dat de leden van de Osho-beweging gemanipuleerd werden. Echter, de woorden 'sekte', 'jeugd sekte' en 'psycho sekte' mocht de regering wel gebruiken.¹⁴

In Straatsburg klaagden de vijf Osho-verenigingen dat artikel 9 EVRM over de godsdienstvrijheid was geschonden. Deze klacht is ongegrond verklaard. Helaas heeft het EHRM de meest interessante vraag in het midden gelaten. Was er überhaupt sprake van een beperking van de godsdienstvrijheid? Het Hof redeneerde: als er al een beperking zou zijn, dan is deze gelegitimeerd door de uitzondering van artikel 9, tweede lid. De maatregel was bij de wet voorzien, gericht op een geoorloofd doel en noodzakelijk in een democratische samenleving. Er is dus niet beslist dat de godsdienstvrijheid daadwerkelijk was beperkt.

14 Besluit BVerfG d.d. 26 juni 2002, 1 BvR 670/91, www.bundesverfassungsgericht.de.

De vraag of de godsdienstvrijheid een recht omvat gevrijwaard te blijven van kwetsende uitingen is op die manier handig omzeild. In de beschikking van het Amsterdamse gerechtshof van 21 januari j.l., waarbij de vervolging van Geert Wilders werd bevoelen, wekt de Nederlandse rechter de indruk dat het antwoord bevestigend is.¹⁵ Het Amsterdamse hof spreekt namelijk van een botsing van grondrechten: enerzijds de vrijheid van meningsuiting van Wilders en anderzijds de vrijheid van godsdienst van de beledigde moslims. Tijdens een hoorcollege is het mijn gewoonte om op zo'n moment iemand in de zaal om zijn mening te vragen: wordt de godsdienstvrijheid volgens u beperkt door de uitlatingen van Wilders?

Maar wees gerust, u hoeft niet te verbleken van schrik. Het geven van beurten past niet in het protocol van een oratie. In dat opzicht lijkt een oratie meer op een kerkdienst dan op een gewoon hoorcollege.

Ik zal de vraag zelf beantwoorden: Nee, naar mijn mening wordt de godsdienstvrijheid in beginsel niet beperkt door uitlatingen van een particulier of van

15 Hof Amsterdam 21 januari 2009, Strafvolvergung Wilders, Mediaforum 2009-3, nr. 8 m.nt. A.J. Nieuwenhuis. Zie echter ook Vزر. Rb 's-Gravenhage 7 april 2008, Nederlandse Islamitische Federatie vs Wilders, Mediaforum 2008-5, nr. 19 m.nt. A.J. Nieuwenhuis.

een individueel Kamerlid. Alleen bij ernstige intimidatie, waardoor mensen objectief gehinderd worden hun godsdienst vrij te belijden, kan de Staat niet werkeloos toezien.

Uitingen van de Staat zijn echter te onderscheiden van uitingen door een particulier. Als de Staat met al zijn gezag de burgers oproept afstand te houden tot een bepaalde godsdienst – ‘U bent geen goede Nederlander als u zich aansluit bij deze religieuze stroming’ – dan is de scheiding van kerk en staat in het geding. De scheiding van kerk en staat is blijkens de jurisprudentie van het Straatsburgse hof een belangrijk onderdeel van artikel 9 EVRM.¹⁶ Dergelijke uitingen namens de Staat zijn dus wel een beperking van de godsdienstvrijheid en zij zullen niet gauw als noodzakelijk in een democratische samenleving worden beschouwd.

¹⁶ EHRM (Grote Kamer) 13 februari 2003, Refah Partisi e.a. vs Turkije, r.o. 91, NJ 2005, 73 m.nt. E.A. Alkema: ‘The Court has frequently emphasised the State’s role as the neutral and impartial organiser of the exercise of various religions, faiths and beliefs, and stated that this role is conducive to public order, religious harmony and tolerance in a democratic society’.

III. Hoe moeten de betrokken belangen tegen elkaar worden afgewogen?

De derde vraag luidde: hoe moeten de betrokken belangen tegen elkaar worden afgewogen? In een geschil over de rechtmatigheid van een overheids-publicatie kan de overheid niet een beroep doen op een privilege om desgewenst onzin te verkondigen. De indruk kan dus ontstaan dat de burger per definitie op voorsprong staat. Hij kan zich dikwijls op een grondrecht beroepen en de overheid niet. Het is nu tijd om die indruk te nuanceren.

De beslissing om bepaalde informatie te publiceren kan namelijk wel degelijk een grondrechtelijk achtergrond hebben. Dat heeft te maken met het leerstuk van de positieve verplichtingen. Vroeger was het zo dat de doctrine een scherpe scheiding maakte tussen enerzijds klassieke grondrechten, die verplichten tot overheidsonthouding, en anderzijds sociale grondrechten, die verplichten tot een actief overheidshandelen. Die tijd ligt inmiddels achter ons. Tegenwoordig wordt bijna algemeen aanvaard dat met ieder grondrecht zowel negatieve als positieve verplichtingen voor de staat verbonden zijn.¹⁷

¹⁷ A. Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by*

Een sociaal grondrecht, zoals de zorg voor een goed milieu, houdt mede in dat de overheid niet zelf het milieu vervuult.

Een klassiek grondrecht, zoals de vrijheid van meningsuiting, houdt in mede dat de politie niet passief mag toekijken als vandalen het verschijnen van een krant feitelijk onmogelijk maken. Ook de horizontale werking van grondrechten hoort in de categorie van positieve verplichtingen. De rechter is als orgaan van de staat verplicht het grondrecht van de ene burger te beschermen tegen inbreuken door een andere burger. Laat hij dat na, dan kan het slachtoffer een klacht indienen tegen het Koninkrijk der Nederlanden wegens onrechtmatige passiviteit.¹⁸

De jurisprudentie laat een hele reeks gevallen zien waarin de overheid succesvol werd aangeklaagd wegens het niet verstrekken van bepaalde informatie. Een jonge Engelsman, die zijn jeugd had doorgebracht in kindertehuizen en bij pleeggezinnen, wilde informatie uit het archief van de kinder-

the European Court of Human Rights, Oxford: Hart Publishing 2004. Zie in het bijzonder p. 223-227.

18 EHRM 24 juni 2004, *Caroline von Hannover vs Duitsland*, NJ 2005, 22 m.nt. E.J. Dommering over horizontale werking van het recht op privacy. EHRM 6 mei 2003, *Appleby vs UK*, AB 2004, 319 m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder over horizontale werking van de uitingsvrijheid.

bescherming om zijn eigen verleden te kunnen begrijpen. De Britse overheid weigerde dat om de privacy van zijn vroegere verzorgers te beschermen, maar volgens het Europese Hof voor de Rechten van de Mens werd ook de aanvrager beschermd door de privacy. Hij had er recht op zijn eigen verleden te kennen.¹⁹ Uit een ander arrest blijkt dat de overheid verplicht kan zijn voorlichting te geven aan de omwonenden van een gevaarlijke chemische fabriek.

Welke risico's voor de gezondheid bestaan er? Wat moet de bevolking doen in geval van een ramp? Ook deze verplichting werd door het EHRM afgeleid uit het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer.²⁰ Een plicht tot het verschaffen van informatie kan ook voortvloeien uit het recht op leven of het recht om niet onderworpen te worden aan een onmenselijke behandeling. Zou de overheid mogen zwijgen wanneer een veroordeelde kinderverkrachter blijkt te hebben gesolliciteerd naar een baan als leraar op een basisschool?²¹

19 EHRM 7 juli 1989, *Gaskin vs UK*, NJ 1991, 659 m.nt. E.J. Dommering

20 EHRM 19 februari 1998, *Guerra e.a. vs Italië*, NJ 1999, 690 m.nt. E.J. Dommering

21 De Staat kan op grond van artikel 3 EVRM zelfs verplicht zijn het recht op bronbescherming van een journalist opzij te zetten. EHRM 31 mei 2007, *Šečić vs Kroatië*, no. 40116/02.

Het is duidelijk dat in al deze gevallen een botsing van grondrechten optreedt. De ene burger kan aanspraak maken op het verstrekken van informatie door de overheid, de andere burger kan er aanspraak op maken dat die informatie juist niet wordt verstrekt. In zo'n situatie biedt het recht geen vaste hiërarchie van grondrechten. Er is een zorgvuldige afweging van belangen nodig, waarbij alle bijzonderheden van het concrete geval moeten worden meegewogen, zo luidt een bekende formule van de Hoge Raad.²² Dit college heeft wel eens geprobeerd een checklist op te stellen, maar veel houvast biedt die niet. Twee jaar later moest de Hoge Raad al vaststellen dat de lijst van relevante factoren niet limitatief was en dat het onderlinge gewicht van de factoren van geval tot geval kon verschillen.²³

Een andere techniek is dat de rechter nagaat welk van de twee grondrechten in de kern wordt aangetast en welk slechts in de periferie.²⁴ Ook dat

22 HR 4 maart 1988, Borbon Parma, r.o. 3.5, NJ 1989, 361 m.nt. C.J.H. Brunner.

23 De checklist voor de afweging van uitingsvrijheid en recht op eer en goede naam is afkomstig uit HR 24 juni 1983, Gemeenteraadslid, NJ 1984, 801 m.nt. C.J.H. Brunner onder NJ 1984, 803. Deze checklist werd al weer genuanceerd in HR 8 maart 1985, Herrenberg vs Parool e.a., r.o. 3.3, NJ 1986, 437 m.nt. C.J.H. Brunner.

24 H.R. Kranenborg, *Toegang tot documenten en bescherming van persoonsgegevens in de Europese*

klinkt mooier dan het is. Het antwoord op de vraag welke aantasting een grondrecht ‘in de kern’ raakt, wordt vaak bepaald door wat de rechter een gewenste uitkomst vindt. Met andere woorden: het heeft veel weg van een cirkelredenering.

Belangrijk is echter de constatering dat de overheid zich soms kan beroepen op een grondrecht, als zij voor de rechter wordt gedaagd naar aanleiding van een onrechtmatig geachte publicatie. Het is dan echter geen grondrecht van de overheid zelf, maar een grondrecht van gewone burgers zoals u en ik. Een citaat van Filips II van Spanje uit zijn verband rukkend, is mijn stelling: Niet de Staten hebben grondrechten, maar Gij, Gij, Gij....!²⁵

Unie, diss. Universiteit Leiden 2007, p. 176-185. Zie o.a. HvJEG 12 juni 2003, Eugen Schmidberger, r.o. 80-81, NJ 2004, 56

- 25 ‘Niet de Staten, maar Gij, Gij, Gij....!’ Volgens de overlevering sprak Filips II deze woorden – in het Spaans – op de kade van Vlissingen tegen Willem van Oranje in augustus 1559, tijdens zijn inscheping naar Spanje. Filips vermoedde dat Willem zijn centralistische beleid aan het saboteren was. Jan & Annie Romein, *Erflaters van onze beschaving*, Amsterdam: Em. Querido’s Uitgeverij 1976, p. 112-113. Zie ook C.V. Wedgwood, *William the Silent*, London: Phoenix Press 2001, p. 38-39.

Nog even samenvattend. Als iemand zich kan beroepen op een grondrecht krijgt hij van de rechter een voorsprong van 2-0. Handelt de overheid ter uitvoering van een positieve verplichting, dan vervalt dat voordeel. De wedstrijd begint dan bij 0-0. Is het altijd zo simpel? Ik vrees van niet.

In veel gevallen speelt het principe van openbaarheid van bestuur, waarvan de grondrechtelijke status omstreden is. Artikel 110 van de Grondwet luidt: 'De overheid betracht bij de uitvoering van haar taak openbaarheid van bestuur volgens regels bij de wet te stellen'. Het artikel is in 1983 welbewust buiten het hoofdstuk over de grondrechten geplaatst. Wel merkte de regering op, dat participatiegrondrechten zoals de vrijheid van meningsuiting, de vrijheid van vereniging en het kiesrecht erdoor zouden worden 'gecompleteerd'.²⁶ Een staatscommissie onder leiding van Hans Franken heeft in het jaar 2000 voorgesteld het recht op toegang tot bij de overheid berustende informatie alsnog te promoveren tot een grondrecht.²⁷ Een prima voorstel,

26 E.J. Daalder, *Toegang tot overheidsinformatie. Het grensvlak tussen openbaarheid en vertrouwelijkheid*, diss. Universiteit Leiden 2005, p. 19-24. Kamerstukken II, 1976/77, 14348, nr. 3, p. 3. Handelingen II, 1979/80, p. 2093.

27 Rapport van de Commissie 'Grondrechten in het digitale tijdperk' (Commissie-Franken) d.d. mei 2000, in het bijzonder p. 171-194. Eén lid steunde

maar de noodzakelijke grondwetswijziging zal nog jaren in beslag nemen. Vooralsnog moeten we het doen met een soort semi-grondrecht.

De kans bestaat dat de ontwikkelingen in Europa sneller zullen gaan. Artikel 10 EVRM omvat – onder andere – het recht om ongehinderd inlichtingen en denkbeelden te ontvangen. Zou daaraan een verplichting van de Staat kunnen worden verbonden om informatie die bij de overheid berust, openbaar te maken? Vele jaren heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens geweigerd artikel 10 EVRM zo ruim uit te leggen, maar het tij lijkt te keren.²⁸ Het laatste nieuws van dat front is een ontvankelijkheidsbeslissing van het Straatsburgse Hof van 13 november 2008 in zaak *Társaság A Szabadságjogokért* tegen Hongarije. Onthoud die naam...! Het kan een belangrijk arrest gaan worden.²⁹

dit voorstel niet, te weten het lid J.P.H. Donner (p. 235-236). Zie ook het regeringsstandpunt d.d. 16 oktober 2000, Kamerstukken II, 2000/01, 27460, nr. 1).

28 Wouter Hins en Dirk Voorhoof, 'Access to State-Held Information as a Fundamental Right under the European Convention on Human Rights', *European Constitutional Law Review* 2007, p. 114-126.

29 Na het uitspreken van deze oratie is het arrest er gekomen. EHRM 14 april 2009, *Társaság A Szabadságjogokért vs Hongarije*, no. 37374/05.

De Engelse vertaling is 'Hungarian Civil Liberties Union'. Denkt u maar aan het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten, maar dan in het Hongaars. De vereniging had stukken opgevraagd bij de griffie van het Hongaarse Constitutionele Hof om te achterhalen welke klachten een bepaald parlamentslid had ingediend tegen een wijziging van het Wetboek van Strafrecht. Het verzoek om informatie was afgewezen omdat de privacy van het parlamentslid zich tegen inwilliging zou verzetten. Bij het EHRM heeft de vereniging aangevoerd dat Hongarije aldus artikel 10 EVRM heeft geschonden. Een paar jaar geleden zou die klacht waarschijnlijk niet ontvankelijk zijn verklaard, maar het nieuws van 13 november 2008 is dat de procedure zal worden voortgezet. De klacht 'cannot be regarded as manifestly ill-founded', aldus het Hof.³⁰

30 In zijn arrest van 14 april 2009 (zie vorige noot) oordeelt het EHRM unaniem dat artikel 10 EVRM geschonden is. Het Hof overweegt in r.o. 36: 'It considers that the present case essentially concerns an interference – by virtue of an information monopoly – with the exercise of the functions of a social watchdog, like the press, rather than a denial of a general right of access to official documents'. Het ging dus om een inmenging die moet voldoen aan de criteria van het tweede lid. Niet om de schending van een 'positieve verplichting'.

De Hongaarse klagers zullen zich gesteund weten door het feit dat het Comité van Ministers van de Raad van Europa op 27 november 2008 zijn goedkeuring heeft verleend aan een afzonderlijke ‘Council of Europe Convention on Access to Official Documents’.³¹ Dergelijke ontwikkelingen wil het EHRM nog wel eens meewegen in zijn oordeelsvorming.

In Nederland heeft de Wet openbaarheid van bestuur tot doel het bevorderen van een goede en democratische bestuursvoering, waarbij openbaarheid van overheidsinformatie het uitgangspunt is. Geheimhouding ter bescherming van de privacy van een betrokkene is de uitzondering. Zo mocht de gemeente Nijkerk van de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State een extern accountantsrapport openbaar maken over belangenverstrengeling rond een hoge gemeenteambtenaar. Het verzoek van de ambtenaar om het rapport in te korten en te anonimiseren werd afgewezen.³²

Ik zou nog een stap verder willen gaan. De absolute uitzonderingsgrond in artikel 10, eerste lid, van de

31 D. Voorhoof, ‘Verdrag betreffende toegang tot officiële documenten open voor ondertekening’, *Mediaforum* 2009-1, p. 12-13.

32 ABRvS 31 mei 2006, X vs B&W van Nijkerk, AB 2006, 329 m.nt. P.J. Stolk.

Wob voor gevoelige persoonsgegevens (betreffende iemands godsdienst, levensovertuiging, ras, politieke gezindheid, gezondheid, seksuele leven en lidmaatschap van een vakvereniging) is naar mijn mening te rigide. Een wetswijziging om ook hier een belangenafweging mogelijk te maken lijkt me wenselijk. Misschien zal nieuwe jurisprudentie rond artikel 10 EVRM daar zelfs toe verplichten. Denk aan de zaak *Társaság A Szabadságjogokért* tegen Hongarije. Let wel, het gaat dan niet om een recht van de overheid om te uiten, maar om een recht van het publiek om te ontvangen.

Terug naar Ibn Ghaldoun

Terug naar Ibn Ghaldoun. Hoe is het afgelopen met de procedure waarmee ik deze oratie begon? Ik kan u melden dat de voorzieningenrechter in Rotterdam gekozen heeft voor een Salomonsoordeel.³³ De mededeling door het College van B&W dat de Onderwijsinspectie de school als zeer zwak had beoordeeld was niet onrechtmatig. Dat oordeel was namelijk al eerder door de Onderwijsinspectie zelf naar buiten gebracht. Het publiceren van de mening dat het

33 Vz. Rb Rotterdam 6 augustus 2008, Stichting voor Islamitisch Onderwijs Ibn Ghaldoun vs Gemeente Rotterdam, LJN BD9523.

schoolbestuur onvoldoende deed om de kwaliteit te verbeteren kon ook door de beugel. Wel onrechtmatig waren de oproep aan de ouders om het schoolbestuur af te zetten en het advies om naar een andere school voor hun kinderen uit te kijken. De uitspraak doet denken aan het oordeel van het Bundesverfassungsgericht in de zaak van de Osho beweging, dat we eerder tegenkwamen.³⁴ Een objectieve voorlichting is prima. Politieke en godsdienstige propaganda door de overheid: nee dank u.

Dankwoord

Waarde toehoorders, het zit er bijna op. Ik kom toe aan een dankwoord. Mensen die het weten kunnen, hebben mij op het hart gedrukt niet naar volledigheid te streven. Ik denk dat dit een wijs advies is, anders zitten we hier over een uur nog.

Allereerst wil ik al diegenen bedanken die aan de totstandkoming van de benoeming hebben bijgedragen, in het bijzonder het bestuur van het Leids Universiteits Fonds.

³⁴ Zie hierboven noot 14.

Ik treed in de voetsporen van prof. Gerard Schuijt, die dezelfde functie bekleedde van 1992 tot en met 2004. De moed zinkt me wel eens in de schoenen wanneer ik de enthousiaste verhalen hoor over de colleges die hij gegeven heeft. Gelukkig kan ik altijd goede raad bij Gerard vragen. Bovendien kreeg ik van hem een hele voorraad historische persfoto's en pikante foto's uit de amusementsmedia. Als je die tijdens een hoorcollege op PowerPoint vertoont, kan het onderwijs al bijna niet meer stuk.

Dank ben ik ook verschuldigd aan alle medewerkers van het centrum eLaw, die mij op heel hartelijke manier in hun midden hebben opgenomen. Er zijn momenten dat de wetenschappelijke discussies over metajuridica mij in totale verwarring brengen, maar de sfeer is fantastisch. Dat blijkt vooral tijdens lunches en feestelijke diners, die mij doen denken aan de maaltijden op de Olympus. Hulde aan prof. Aernout Schmidt die hier de rol van Zeus speelt. Van Franke van der Klaauw weet ik niet of zij Hera, Athene of Aphrodite is. Zij heeft van alle drie wel wat.

Vrienden van het Instituut voor Informatierecht, vrienden van de leerstoelgroep staats- en bestuursrecht van de Universiteit van Amsterdam, jullie zijn gedurende 80% van mijn werktijd mijn klankbord

en inspiratie. Speciale dank wil ik betuigen aan mijn promotor prof. Jan de Meij. Beste Jan, van jou heb ik geleerd juridische verschijnselen af en toe ondersteboven of achterstevoren te bekijken. Dat kan heel verhelderend zijn. De vrijheid van meningsuiting onderzoeken vanuit het perspectief van de ontvanger van informatie is één van jouw vondsten.

Dames en heren studenten. Ik hoop dat jullie het vak Mediarecht even leuk gaan vinden als ik. De eerste jaargang is achter de rug en ik heb genoten van de rollenspelen die we tijdens de werkgroepen hebben gehouden. Kennelijk hebben jullie daar ook iets van opgestoken. Een bekroning van het onderwijs was dat een team van vier Leidse studenten onlangs is doorgedrongen tot de eindronde van een prestigieuze pleitwedstrijd in Oxford over 'International Media Law'. Volgende maand reizen we gezamenlijk af naar Engeland, waar ik de Leidse delegatie als een trotse coach mag ondersteunen. 'Leiden University', zet hem op!

Ik heb gezegd.