

Much ado about judges: perspectieven van het EHRM

Wetenschap

Tarlach McGonagle*

Inleiding

Artikel 10 van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (hierna: EVRM) garandeert het recht op vrije meningsuiting voor iedereen, ook voor rechters. De uitoefening van het recht op vrije meningsuiting gaat gepaard met bepaalde plichten en verantwoordelijkheden. Dit geldt ook voor rechters. De uitoefening van het recht kan daarom aan bepaalde beperkingen worden onderworpen. Ook dit geldt evenzeer voor rechters. Waarom zou het thema vrijheid van meningsuiting en rechters verdere academische reflectie verdienen? Is dit niet, zoals de titel van dit artikel op provocerende wijze suggereert, een geval van ‘much ado about nothing’ oftewel ‘veel ophef over niets’?

Binnen het algemene theoretische kader van de vrijheid van meningsuiting is een aantal specifieke argumenten aan te wijzen met betrekking tot de vrijheid van meningsuiting en de rechterlijke macht. Waarom zouden rechters bijvoorbeeld (niet) onderworpen moeten worden aan toezicht en kritiek? Waarom zouden politici en de media (niet) mogen zeggen wat ze willen over rechters? En waarom zouden rechters (niet) mogen zeggen wat ze willen binnen en buiten de rechtszaal? De specifieke rol van de rechterlijke macht in een democratische samenleving die gekenmerkt wordt door de rechtsstaat, vereist een specifieke interpretatie van het recht op vrijheid van meningsuiting zoals dat ten aanzien van en door de rechterlijke macht wordt uitgeoefend.

In deze korte bijdrage ga ik in op de toepasbaarheid van de algemene beginselen van de vrijheid van meningsuiting, die het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) heeft ontwikkeld,¹ op uitingen met betrekking tot rechters.² Wat zijn de grenzen van wat over rechters gezegd mag worden en wat zijn de grenzen van wat rechters zelf mogen zeggen?

Vrijheid van meningsuiting: enkele uitgangspunten

De tekst van het EVRM biedt niet alleen een algemeen beschermingskader voor het recht op vrijheid van meningsuiting, maar schetst ook enkele specifieke parameters voor de vrijheid van meningsuiting met betrekking tot rechters. Zo bepaalt artikel 10, lid 2, dat de uitoefening van het recht kan worden beperkt (wanneer dit bij wet is voorgeschreven en in een democratische samenleving noodzakelijk is) om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht in stand te houden.

Deze beperkingsgrond is naar aanleiding van een Brits voorstel in het totstandkomingsproces van het EVRM opgenomen. Het voorstel had tot gevolg, en ongetwijfeld ook tot doel, dat de ‘contempt of court’-rechtsleer uit de *common law* traditie op Europees niveau tot uitdrukking kwam.

Artikel 6, dat het recht op een eerlijk proces garandeert, is een ander belangrijk referentiepunt. Artikel 6 bevat een aantal procedurele waarborgen om het recht van eenieder op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een bij wet ingesteld onafhankelijk en onpartijdig gerecht te waarborgen. Het garandeert een openbare uitspraak, maar bepaalt dat ‘de toegang tot de rechtszaal aan de pers en het publiek [kan] worden ontzegd, gedurende de gehele terechtzitting of een deel daarvan, in het belang van de goede zeden, van de openbare orde of nationale veiligheid in een democratische samenleving, wanneer de belangen van minderjarigen of de bescherming van het privéleven van procespartijen dit eisen of, in die mate als door de rechter onder bijzondere omstandigheden strikt noodzakelijk wordt geoordeeld, wanneer de openbaarheid de belangen van een behoorlijke rechtspleging zou schaden’.

Artikel 8, ‘Recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven’, is van belang om de grens tussen de uitoefening

* Prof. dr. T. McGonagle is hoogleraar Mediarecht en Informatiesamenleving, verbonden aan de Afdeling Staats- en bestuursrecht, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden en senior onderzoeker bij het Instituut voor Informatierecht (IViR), Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit van Amsterdam. Dit artikel bouwt voort op de gelijknamige presentatie bij ‘De rechter & de uitingsvrijheid’, Studiemiddag voorafgaand aan het afscheid van Willem F. Korthals Altes, Rechtbank Amsterdam/Instituut voor Informatierecht/Vereniging voor Media- en Communicatierecht, Amsterdam, 1 november 2019.

1 M. Addo, ‘Are Judges Beyond Criticism under Article 10 of the European Convention on Human Rights?’, *International and Comparative Law Quarterly* (afl. 47, april 1998), 425-438; D. Bychawska-Siniarska *Protecting the Right to Freedom of Expression under the European Convention on Human Rights: a handbook for legal practitioners*, Straatsburg: Council of Europe Publishing, 2017, p. 72-75; D. Harris, M. O’Boyle & C. Warbrick e.a., *Law of the European Convention on Human Rights* (4e dr.), Oxford: Oxford University Press 2018, p. 592-683, esp. 653-659; T. McGonagle (i.s.m. M. McGonagle en R. Ó Fathaigh), *Freedom of expression and defamation: A study of the case law of the European Court of Human*

Rights, Straatsburg: Council of Europe Publishing, 2016, p. 27-38; M. Oetheimer (red.), *Freedom of Expression in Europe: Case-law concerning Article 10 of the European Convention on Human Rights*, Human rights files, No. 18, Straatsburg: Raad van Europa 2007, p. 122-126; J. Casadevall, E. Myjer, M. O’Boyle en A. Austin (red.), *Freedom of Expression: Essays in Honour of Nicolas Bratza*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2012.

2 Voor theoretische en vergelijkende perspectieven, zie: M.K. Addo (red.), *Freedom of Expression and the Criticism of Judges: A Comparative Study of the European Legal Standards*, Aldershot: Ashgate 2000; E. Barendt, *Freedom of Speech* (2e dr.), New York: Oxford University Press 2005, p. 312-350; E. Barendt, Boekrecensie, ‘Michael K. Addo (ed.), *Freedom of Expression and the Criticism of Judges: A Comparative Study of the European Legal Standards* (Ashgate, Aldershot, 2000) xv + 249 pp., ISBN 0-7546-2129-4, hb £55’, *European Public Law* 702-704; E. Barendt (red.), *Media Freedom and Contempt of Court*, Abingdon, Oxon: Routledge 2016; I. Cram, *A Virtue Less Cloistered: Courts, Speech and Constitutions*, Oxford en Portland, Oregon: Hart Publishing 2002; B. Van Niekerk, *The Cloistered Virtue: Freedom of Speech and the Administration of Justice in the Western World*, New York: Praeger Publishers 1987.

van publieke functies door de leden van de rechterlijke macht en hun recht op privacy te handhaven.

Hoewel de artikelen 6, 8 en 10 summier geformuleerd zijn in de tekst van het verdrag, zijn de rechten die zij garanderen door het EHRM in zijn jurisprudentie nader uitgewerkt.

De vrijheid van meningsuiting van rechters is stevig verankerd in de algemene beginselen van het Hof inzake de vrijheid van meningsuiting. Het Hof omschrijft dit recht consequent als 'een van de essentiële grondslagen van een democratische samenleving en een van de basisvoorwaarden voor haar vooruitgang en voor de ontplooiing van elk individu'.³ De beginselen die het Hof heeft ontwikkeld daaromtrent, erkennen het belang van en de wisselwerking tussen de individuele en maatschappelijke dimensies van het recht. Zij geven het doorslaggevende belang van de vrijheid van meningsuiting voor het publieke debat over zaken die van belang zijn voor de samenleving.⁴

Een van de belangrijkste beginselen van het Hof is het zogenaamde *Handyside*-beginsel: de vrijheid van meningsuiting is 'niet alleen van toepassing op "informatie" of "ideeën" die gunstig worden ontvangen of die als niet-beledigend of onverschillig worden beschouwd, maar ook op die welke de staat of een deel van de bevolking beledigen, schokken of verstoren. Dat zijn de eisen van pluralisme, verdraagzaamheid en ruimdenkendheid zonder welke er geen "democratische samenleving" bestaat'.⁵ Dit beginsel schept de nodige ruimte voor een robuust, pluralistisch publiek debat in een democratische samenleving.

In het *Sunday Times*-arrest oordeelde het Hof dat het publiek het recht heeft informatie en ideeën over maatschappelijke kwesties (waaronder rechtszaken) te ontvangen en dat de media de taak hebben deze informatie en ideeën te verstrekken.⁶ Daarmee dienen de media de taak van publieke waakhond in een democratische samenleving te vervullen.

De twee kernbeginselen van de *Lingens*-uitspraak zijn ook erg belangrijk: (i) politici horen meer kritiek te dulden dan doorsnee individuen, en (ii) feiten kunnen bewezen worden, maar waardeoordelen niet.

Politici (onder wie staatshoofden en regeringsleiders en leden van de regering), overheidsfunctionarissen (onder wie leden van de rechterlijke macht) of publieke figuren (onder wie zakenmensen en zelfs beroemdheden) moeten hogere niveaus van kritiek tolereren dan andere personen.⁷ Door te besluiten het openbare leven in te gaan, stellen zij zich bewust open voor een nauwgezette controle op hun woorden en daden. Hoewel zij recht hebben op bescherming van hun reputatie, zelfs als zij niet in een particuliere hoedanigheid

handelen, moeten de eisen van deze bescherming worden afgewogen tegen de belangen van een open discussie over politieke kwesties (in de ruimste zin van het woord).

Daarnaast zijn feiten en meningen of waardeoordelen niet hetzelfde: het bestaan van feiten kan worden aangetoond, maar het is niet mogelijk de waarheid van meningen of waardeoordelen te bewijzen.⁸ Het vereiste de juistheid van een waardeoordeel aan te tonen is in strijd met het recht op vrijheid van meningsuiting. Een waardeoordeel moet voldoende feitelijke grondslag hebben, aangezien zelfs een waardeoordeel zonder feitelijke grondslag buitensporig kan zijn.⁹

Bijdragen aan het publieke debat kunnen worden geleverd door verschillende actoren, via verschillende media en in verschillende stijlen. Het recht op vrijheid van meningsuiting omvat, met name voor journalisten en de media, de vrijheid informatie en ideeën te selecteren, te bewerken en te presenteren op elke gewenste manier (conform de wet en de journalistieke ethiek). Dit betekent dat zij overdrijving, provocatie, ironie, satire of andere stijlen of technieken mogen gebruiken, zolang hun expressie niet 'onnodig' beledigend is.¹⁰

Het Hof heeft ook erkend hoe belangrijk het internet is geworden voor informatie en communicatie,¹¹ maar het heeft tegelijkertijd geconstateerd dat veel online uitingen vulgair en beledigend zijn.¹² Het Hof lijkt zich met tegenzin bij dit gegeven neer te leggen. Hoewel het afstand neemt van de toon en de strekking van de uitingen die in de *Savva Terentyev*-zaak in het geding waren, zag het Hof geen aanleiding de uitingen in kwestie te verbieden. Ze waren namelijk niet zonder meer te kwalificeren als *hate speech*. De uitingen waren *in casu* gericht op de politie, het is nog de vraag of het Hof soortgelijke uitingen gericht op de rechterlijke macht op dezelfde wijze zou beoordelen.¹³

Publiek belang bij openheid over het rechtssysteem

Zaken van algemeen belang 'omvatten ongetwijfeld vragen over de werking van het rechtssysteem, een instelling die essentieel is voor elke democratische samenleving'.¹⁴ Het EHRM heeft immers 'de bijzondere rol van de rechterlijke macht in de samenleving' erkend als 'de garant van de rechtspraak', die het karakteriseert als 'een fundamentele waarde in een door de wet bestuurde staat'.¹⁵ Deze heeft betrekking op rechters in hun professionele hoedanigheid, de privacy van rechters dient gewaarborgd te worden conform de 'publieke figuren'-leer.¹⁶

Er is dus een duidelijk publiek belang bij openheid over het functioneren van het rechtssysteem. Het beginsel van open-

3 Zie, voor een eerdere instantie, EHRM 8 juli 1986 (*Lingens/Oostenrijk*), § 41, geparafraseerd van EHRM 7 december 1976 (*Handyside/het Verenigd Koninkrijk*), § 49.
4 Voor meer over de centrale plaats van het publieke debat in de artikel 10 jurisprudentie van het EHRM, zie: A.J. Nieuwenhuis, 'Op zoek naar het publieke debat. Over de afbakening door het EHRM van een bij uitstek beschermde categorie uitlatingen', *Mediaforum* 2018-3, p. 58-66.
5 EHRM 7 december 1976 (*Handyside/het Verenigd Koninkrijk*), § 49.
6 EHRM 26 april 1979 (*The Sunday Times/het Verenigd Koninkrijk*), § 65.
7 Zie verder over de uitbreiding van de 'public figures'-leer: T. McGonagle (i.s.m. M. McGonagle en R. Ó Fathaigh), *Freedom of expression and defamation: A study of the case-law of the European Court of Human Rights*, Straatsburg: Council of Europe Publishing, 2016, p. 30-41.
8 EHRM 8 juli 1986 (*Lingens/Oostenrijk*), § 46.

9 EHRM 26 februari 2002 (*Dichand e.a./Oostenrijk*), §§ 42 en 43.
10 EHRM 26 april 1995 (*Prager en Oberschlick/Oostenrijk*); EHRM 24 februari 1997 (*De Haes en Gijssels/België*); EHRM 25 januari 2007 (*Vereniging Bildender Künstler/Oostenrijk*) en EHRM 20 september 1994 (*Otto-Preminger-Institut/Oostenrijk*).
11 EHRM 18 december 2012 (*Yıldırım/Turkije*).
12 EHRM 2 februari 2016 (*Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete en Index.hu Zrt/Hongarije*), § 77; EHRM 19 september 2017 (*Tamiz/Verenigd Koninkrijk*), §§ 80 en 81.
13 EHRM 28 augustus 2018 (*Savva Terentyev/Rusland*) m.nt. W.F. Korhals Altes, *Mediaforum* 2018-5, nr. 12.
14 EHRM 26 april 1995 (*Prager en Oberschlick/Oostenrijk*), § 34.
15 *Ibid.*
16 Zie o.a. EHRM 16 april 2019 (*Editorial Board of Grivna Newspaper/Oekraïne*); EHRM 8 november 2018 (*Narodni List D.D./Kroatië*).

baarheid van rechtspleging¹⁷ impliceert dat het recht op een openbare en transparante wijze wordt uitgeoefend, wat op zijn beurt het recht van een verdachte op een eerlijk proces waarborgt, in overeenstemming met artikel 6 EVRM. Zoals Justice Brandeis ooit schreef: 'zonlicht is het beste ontsmettingsmiddel'.¹⁸

Publiciteit brengt informatie en processen aan het licht en vermindert de duistere hoeken en gaten in het rechtssysteem. Het kan dus helpen een systeem te 'demystificeren' dat voor de meerderheid van de bevolking complex en esoterisch blijft.¹⁹ Openheid houdt noodzakelijkerwijs het vermogen in het functioneren van het rechtssysteem te becommentariëren en te bekritisieren. Zoals Lord Atkin het in 1936 in een beroemd *obiter dictum* verwoordde: 'Justice is not a cloistered virtue: she must be allowed to suffer the scrutiny and respectful even though outspoken comments of ordinary men.'²⁰

Het belang van het onderwerpen van het rechtssysteem – en de leden van de rechterlijke macht – aan de controle en het respectvolle, zij het uitgesproken, commentaar vindt zijn weerklink in de jurisprudentie van het EHRM. Het Hof erkent zonder meer dat de publieke toezichhoudende rol van de media ook moet worden uitgeoefend met betrekking tot het rechtsstelsel en de rechterlijke macht. Het bevestigt dit in zijn *Prager en Oberschlick*-arrest: 'De pers is een van de middelen waarmee politici en de publieke opinie kunnen nagaan of de rechters zich van hun zware verantwoordelijkheden kwijten op een wijze die in overeenstemming is met het doel dat ten grondslag ligt aan de hun toevertrouwde taak.'²¹

Daarnaast heeft het Comité van ministers van de Raad van Europa Aanbeveling Rec(2003)13 betreffende de informatieverstrekking via de media in verband met strafrechtelijke procedures aangenomen. In de aanbeveling, die gericht is tot alle lidstaten van de Raad van Europa, wordt het belang van de berichtgeving in de media benadrukt, niet alleen om ervoor te zorgen dat het publiek toezicht houdt op de werking van het strafrechtstelsel, maar ook 'om het publiek te informeren over strafprocedures, zodat de afschrikkende functie van het strafrecht zichtbaar wordt'.²² In de bijlage bij de aanbeveling staat bovendien, zoals het Hof in zijn arrest *Dupuis e.a.* in herinnering heeft gebracht, dat 'het publiek via de media informatie moet kunnen ontvangen over de activiteiten van de gerechtelijke autoriteiten en de politiediensten en dat journalisten dus vrijelijk verslag moeten kunnen uitbrengen over de werking van het strafrechtstelsel'.²³

De vrijheid van meningsuiting ten opzichte van rechters

Het EHRM staat echter niet alle mogelijke kritiek op het gerechtelijk apparaat toe. Het is geen goedkeuring van gratuite 'judge-bashing'.²⁴ Er is een veronderstelling of een verwachting, zo niet een aandrang, dat kritiek constructief is. Met andere woorden, kritiek moet een (potentiële) bijdrage leveren aan het publieke debat en het recht van het publiek geïnfomeerd te worden. De Britse rechter Sir Stephen Sedley merkt overigens op dat 'judge-bashing' een 'domme activiteit' is, in tegenstelling tot 'een openbare kritiek, die de integriteit van de beoordeling waardeert en streeft naar verbetering van de kwaliteit ervan'.²⁵

Aan de andere kant mag kritiek het gezag of de onpartijdigheid van de rechterlijke macht niet ondermijnen.²⁶ De rechterlijke macht moet als garant van de rechtspraak 'het vertrouwen van het publiek genieten, wil zij haar taken met succes kunnen vervullen'.²⁷ Het kan dus nodig blijken dit vertrouwen te beschermen tegen destructieve aanvallen die in wezen ongegrond zijn, met name gezien het feit dat rechters die bekritiseerd zijn aan een discretieplicht zijn onderworpen die hen belet te antwoorden'.²⁸ In meer recente jurisprudentie heeft het Hof verwezen naar 'zeer schadelijke aanvallen'²⁹ in plaats van 'destructieve aanvallen', maar ondanks verschillen in de gebruikte terminologie blijft de achterliggende redenering dezelfde.

Hoewel het EHRM het noodzakelijk acht rechters te beschermen tegen destructieve aanvallen, past het zijn algemene beginselen inzake de vrijheid van meningsuiting verder toe op kritiek op rechters. In zijn *Narodni D.D. List*-uitspraak vond het EHRM dat 'hoewel het artikel bijtend was en vrij ernstige kritiek, overdrijvingen [...] en een harde metafoor bevatte', 'het gebruik van een bijtende toon in opmerkingen die gericht zijn op een rechter in principe niet onverenigbaar [is] met de bepalingen van artikel 10 van het verdrag'.³⁰ Bovendien 'doen een zekere mate van vijandigheid en de mogelijke ernst van bepaalde opmerkingen geen afbreuk aan het recht op een hoog niveau van bescherming, gezien het bestaan van een zaak van algemeen belang'.³¹ Het blijkt uit vaste jurisprudentie van het EHRM dat journalisten en anderen die kritiek uiten op rechters, niet te ver mogen gaan of ongegronde aanvallen mogen doen.³²

Lord Atkin was in het kader van zijn eerdergenoemde dictum, 'gerechtigheid is geen afgezonderde deugd', op een vergelijkbare manier bezig: 'But whether the authority of an individual Judge or the due administration of justice is concerned, no wrong is committed by any member of the public who exercises the ordinary right of criticising in good faith in

17 Zie verder, Part I – The Open Justice Principle (Chapters 1 – 6), in E. Barendt (red.), *Media Freedom and Contempt of Court*, Abingdon, Oxon: Routledge 2016.

18 L. Brandeis in 'What Publicity Can Do', *Harper's Weekly*, 1913, geciteerd in A. Berger, 'Brandeis And The History Of Transparency', Sunlight Foundation: <https://sunlightfoundation.com/2009/05/26/brandeis-and-the-history-of-transparency/>.

19 Zie verder, D.A. Anderson, 'Democracy and the Demystification of the Courts: An Essay', *The Review of Litigation*, 14, pp. 627-57, reprinted as Chapter 6 in E. Barendt (red.), *Media Freedom and Contempt of Court*.

20 Trinidad and Tobago case of *Ambar v Attorney-General for Trinidad and Tobago* [1936] AC 322, 335.

21 *Ibid.*

22 Preamble, Recommendation Rec(2003)13 of the Committee of Ministers to member states on the provision of information through the media in relation to criminal proceedings, 10 juli 2003.

23 EHRM 7 juni 2007 (*Dupuis e.a./Frankrijk*), § 42 (en zie ook § 43).

24 S. Sedley, 'Foreword' in Addo (red.), p. ix-x, x; ook geciteerd in E. Barendt, boekrecensie, *European Public Law*, p. 704.

25 S. Sedley, 'Foreword' in Addo (red.), p. ix-x, x.

26 Het waarborgen van het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht is tevens een van de beperkingsgronden van het recht op vrijheid van meningsuiting die voorzien worden in art. 10, lid 2 EVRM (zie verder hierboven).

27 EHRM 26 april 1995 (*Prager en Oberschlick/Oostenrijk*), § 34.

28 *Ibid.* Zie ook EHRM 8 november 2018 (*Narodni List D.D./Kroatië*), § 61.

29 EHRM 23 april 2015 (*Morice/Frankrijk*), § 128.

30 EHRM 8 november 2018 (*Narodni List D.D./Kroatië*), § 69; EHRM 23 april 2015 (*Morice/Frankrijk*), § 161.

31 EHRM 8 november 2018 (*Narodni List D.D./Kroatië*), § 60; EHRM 23 april 2015 (*Morice/Frankrijk*), § 125.

32 EHRM 26 april 1995 (*Prager en Oberschlick/Oostenrijk*); EHRM 24 februari 1997 (*De Haes en Gijssels/België*); EHRM 27 mei 2003 (*Skalka v. Poland*).

private or public the public act done in the seat of justice. The path of criticism is a public way: the wrong headed are permitted to err therein: provided that members of the public abstain from imputing improper motives to those taking part in the administration of justice, and are genuinely exercising a right of criticism, and are not acting in malice or attempting to impair the administration of justice, they are immune.³³

Naast de aard van de kritiek is de aard van de actor die de kritiek uit, vaak een relevante factor. Afhankelijk van de omstandigheden kan het relevant zijn onderscheid te maken tussen categorieën van actoren zoals: ministers, politici, advocaten, verdachten, publieke waakhonden, sociale waakhonden en andere actoren.

De rechterlijke macht moet – net als de wetgevende en de uitvoerende pijlers van de trias politica van Montesquieu – aan een openbare controle worden onderworpen. Deze controle wordt doorgaans uitgevoerd door de ‘Fourth Estate’ – de pers. Politici en met name ministers moeten zich terughoudend opstellen bij hun kritiek op de rechterlijke macht. Dit is nodig om het delicate, maar respectvolle evenwicht tussen de verschillende branches van de staatsmacht te bewaren.³⁴ Vandaag de dag lijkt de scheiding der machten nogal precar te zijn in een aantal Europese landen, met name in Hongarije en Polen. Kritiek op rechters door ministers kan voor een veragend *chilling effect* zorgen op het functioneren van rechters, wanneer dezelfde ministers ook de bevoegdheid hebben rechters te benoemen, te ontslaan of hun arbeidsvoorwaarden te bepalen.

Op grond van artikel 10(2) EVRM wordt de uitoefening van het recht op vrije meningsuiting geregeld door plichten en verantwoordelijkheden. Deze zinsnede is de spil van artikel 10. Het verklaart waarom het brede beginsel van de vrijheid van meningsuiting dat in het eerste lid van het artikel is geformuleerd, in het tweede lid aan bepaalde toelaatbare beperkingen is onderworpen. De reikwijdte van deze plichten en verantwoordelijkheden varieert, afhankelijk van de ‘situatie’ van de persoon die het recht op vrijheid van meningsuiting uitoefent en de ‘technische middelen’ die worden gebruikt.³⁵

Ondanks het belang ervan heeft het Hof de aard en omvang van de relevante plichten en verantwoordelijkheden doorgaans niet aan de hand van algemene beginselen onderzocht, maar van geval tot geval. Vervolgens kan het Hof ten aanzien van verschillende categorieën actoren en verschillende soorten of technieken van verspreiding bepaalde inzichten bieden in de taken en verantwoordelijkheden die van geval tot geval ontstaan. Het heeft de neiging een onderscheid te maken tussen verschillende beroepsactiviteiten, zoals journalistiek, politiek, onderwijs en militaire dienst.

Journalisten en de media zijn als makers en vormgevers van het publieke debat bij uitstek in staat kritische perspectieven te bieden op het functioneren van het gerechtelijk apparaat en van de rechters. In zijn baanbrekende *Sunday Times*-uitspraak heeft het EHRM de toen nog recente *Handyside*-leer toegepast op ‘het gebied van de rechtsbedeling, dat de belangen van de

gemeenschap in het algemeen dient en de medewerking van een verlicht publiek vereist’.³⁶ Het Hof was daarin stellig: ‘Er is een algemene erkenning van het feit dat de rechtbanken niet in een vacuüm kunnen opereren. Hoewel de rechtbanken het forum zijn voor de vaststelling van iemands schuld of onschuld ten aanzien van een strafbaar feit [...], betekent dit niet dat er geen voorafgaande of gelijktijdige bespreking van het onderwerp van een strafzaak elders kan plaatsvinden, of dat nu in gespecialiseerde tijdschriften is, in de algemene pers of onder het grote publiek [...]’.³⁷

Dat gezegd zijnde, journalisten die verslag doen van lopende of aanhangige (straf)rechtszaken, dienen te allen tijde rekening te houden met het recht van een verdachte op een eerlijk proces, ex. art. 6 EVRM, ook wanneer de verdachte een publieke figuur is (zie ook art. 8 EVRM). Het EHRM verklaart in dit verband: ‘de grenzen van het toelaatbare commentaar mogen zich niet uitstreken tot verklaringen die al dan niet opzettelijk afbreuk kunnen doen aan de kansen van een persoon om een eerlijk proces te krijgen of die het vertrouwen van het publiek in de rol van de rechtbanken in de strafrechtsbedeling kunnen ondermijnen’.³⁸

De vrijheid van meningsuiting van rechters

Eenieder, dus ook ambtenaren en rechters (ook zijn rechters te onderscheiden van ‘gewone’ ambtenaren³⁹), heeft het recht op vrije meningsuiting, ex artikel 10 EVRM.⁴⁰ Dit doet niets af aan het legitieme belang van de staat van ambtenaren of rechters te eisen dat zij op grond van hun status een ‘discretieplicht’ laten gelden.⁴¹ De plichten en verantwoordelijkheden van rechters ‘hebben immers een bijzondere betekenis, aangezien van overheidsambtenaren die in de rechterlijke macht werkzaam zijn, kan worden verwacht dat zij zich terughoudend opstellen bij de uitoefening van hun vrijheid van meningsuiting in alle gevallen waarin het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht in het geding kunnen zijn’.⁴² Dit betekent dat rechters ‘gematigdheid en fatsoen’ moeten tonen, zelfs bij het verspreiden van accurate informatie. Bovendien moeten de rechters, in hun hoedanigheid van rechter, ‘een maximale discretionaire bevoegdheid uitoefenen met betrekking tot de zaken die zij behandelen, teneinde hun imago van onpartijdige rechter te behouden’.⁴³ Uit deze eisen blijkt dat niet alleen het gezag en de feitelijke onpartijdigheid van de rechterlijke macht in het geding zijn, maar ook hun onpartijdigheid, die van groot belang is voor het vertrouwen van het publiek in het functioneren van het gerechtelijk apparaat.

Desalniettemin kunnen rechters die op persoonlijke titel of buitengerechtelijk spreken, een waardevolle bijdrage leveren aan het publieke debat, met name met betrekking tot juridische zaken of het functioneren van het rechtssysteem of de rechterlijke macht. Een sprekend voorbeeld hiervan is overigens de discussie die Willem Korthals Altes in 2019 heeft aangewengeld in de media over de pensioengerechtigde leeftijd van rechters in Nederland. Eventuele beperkingen van de vrijheid van meningsuiting van rechters, met name hoge rechters,

33 *Trinidad and Tobago case of Ambard v Attorney-General for Trinidad and Tobago* [1936] AC 322, 335.

34 E. Barendt, *Boekrecensie in European Public Law*, p. 703.

35 EHRM 21 januari 1999 (*Fressoz en Roire/Frankrijk*), § 52.

36 EHRM 26 april 1979 (*The Sunday Times/het Verenigd Koninkrijk*), § 65.

37 *Ibid.*; EHRM 29 augustus 1997 (*Worm/Oostenrijk*), § 50.

38 *Ibid.*; EHRM (GK) 29 maart 2016 (*Bédat/Zwitserland*), § 51.

39 EHRM (GK) 23 juni 2016 (*Baka/Hongarije*), § 163.

40 EHRM 26 september 1995 (*Vogt/Duitsland*), § 53; EHRM (GK) 23 juni 2016 (*Baka/Hongarije*), § 163.

41 EHRM 26 september 1995 (*Vogt/Duitsland*), § 53.

42 EHRM (GK) 28 oktober 1999 (*Wille/Liechtenstein*), § 64.

43 EHRM (GK) 23 juni 2016 (*Baka/Hongarije*), § 164.

moeten nauwlettend worden bekeken. Dat was bijvoorbeeld het geval in *Wille/Liechtenstein*, toen de President van het Bestuursrechtshof een lezing gaf over constitutioneel recht, waarin hij inging op onder meer de bevoegdheden van het Constitutional Court. Naar aanleiding van zijn opmerkingen werd hij niet herbenoemd tot zijn functie. In *Baka/Hongarije* werd klager uit zijn functie als president van het Hoogge-rechtshof ontslagen, nadat hij in het openbaar kritiek had geuit op grondwettelijke wetsvormingen die van invloed waren op de rechterlijke macht. Het EHRM oordeelde dat het niet alleen zijn recht, maar ook zijn plicht was zich over dergelijke zaken uit te spreken.⁴⁴ Het EHRM vond bovendien dat zijn kritiek niet verder ging dan een strikt professioneel perspectief.⁴⁵

De onderwerpen die klagers in *Wille* en *Baka* aan de orde hebben gesteld, hebben beide duidelijke politieke implicaties, maar dat mag op zich geen reden zijn het recht op vrije meningsuiting van een rechter te beperken. Het is vaak onvermijdelijk dat juridische kwesties politieke implicaties hebben. Bij de beoordeling van de noodzaak van een maatregel die de vrijheid van meningsuiting van een rechter beperkt, houdt het Hof echter wel rekening met de vraag of de aangevochten woorden of gedragingen van de verzoeker van invloed waren op zijn of haar gedrag als rechter in eerdere of toekomstige procedures.⁴⁶

Ten slotte moet worden gewezen op het *chilling effect* dat voortvloeit uit de beperkingen van de vrijheid van meningsuiting van rechters. Disciplinaire maatregelen, waaronder ontslag, hebben een *chilling effect* op de individuele rechters die er rechtstreeks mee te maken hebben, maar ook op de rechterlijke macht in het algemeen.⁴⁷ Als een dergelijk *chilling effect* uit-

eindelijk leidt tot zelfbeheersing of zelfcensuur door rechters, ontnemt dit het publieke debat waardevolle bijdragen van de rechterlijke macht.

Conclusie

Uit deze korte bijdrage is gebleken dat het onderwerp, de rechter en de uitingsvrijheid, geen geval is van 'veel ophef over niets'. Het gaat eerder om het scheppen van een gunstig klimaat voor een robuust publiek debat over rechters en het functioneren van het rechtssysteem, met rechters als actieve deelnemers aan dat debat. De openheid, transparantie en verantwoordingsplicht van het rechtssysteem staan centraal in de beginselen die het EHRM op dit gebied heeft ontwikkeld.

Uit de beknopte analyse van de relevante jurisprudentie blijkt dat het Hof zijn algemene beginselen inzake de vrijheid van meningsuiting zorgvuldig heeft aangepast om een gezond niveau van openbare controle en kritiek op het rechtssysteem te waarborgen en de mogelijkheid van rechters deel te nemen aan het publieke debat daadwerkelijk te waarborgen. Om deze tweeledige doelstelling te bereiken probeert het Hof de rechters te beschermen tegen kritiek die hun gezag of onpartijdigheid zou ondermijnen, en ruimte te creëren voor rechters zich uit te spreken over zaken van openbaar belang, met inachtneming van de professionele plicht tot discretie die zij hebben.

Dit is zeker niet het laatste wat gezegd kan worden over het onderwerp de rechter en de uitingsvrijheid. Zo zijn de rechters bij het EHRM al enige tijd aan het nadenken, specifiek over hun eigen recht op vrijheid van meningsuiting.⁴⁸

44 EHRM (GK) 23 juni 2016 (*Baka/Hongarije*), § 168.

45 EHRM (GK) 23 juni 2016 (*Baka/Hongarije*), § 171.

46 EHRM (GK) 28 oktober 1999 (*Wille/Liechtenstein*), § 69; EHRM 31 januari 2008 (*Albayrak/Turkije*), § 46.

47 EHRM (GK) 23 juni 2016 (*Baka/Hongarije*), § 171; EHRM 26 februari 2009 (*Kudeshkina/Rusland*), § 99-100.

48 Lord Neuberger, 'Where angels fear to tread', in: J. Casadevall, E. Myjer, M. O'Boyle en A. Austin (red.), *Freedom of Expression: Essays in Honour of Nicolas Bratza*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2012, p. 201-220, en J-P Costa, 'La liberté d'expression des juges de la Cour européenne des droits de l'homme', in: *ibid.*, p. 221-233.