



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Weerbare rechtspraak

Over het recht en soms de plicht van rechters om zich publiekelijk uit te spreken

de Werd, M.

Publication date

2023

Document Version

Final published version

Published in

Nederlands Juristenblad

License

Article 25fa Dutch Copyright Act (<https://www.openaccess.nl/en/in-the-netherlands/you-share-we-take-care>)

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

de Werd, M. (2023). Weerbare rechtspraak: Over het recht en soms de plicht van rechters om zich publiekelijk uit te spreken. *Nederlands Juristenblad*, 98(1), 6-13. Article 2.

https://www.inview.nl/document/idc71f9df5a7a74fd689d5b2e2b19a7e76?ctx=WKNL_CSL_85

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Weerbare rechtspraak

Over het recht en soms de plicht van rechters om zich publiekelijk uit te spreken

If judicial independence or the ability of the judicial power to exercise its constitutional role are threatened, or attacked, the judiciary must be resilient and defend its position fearlessly.⁴

Marc de Werd¹

Opinie nr. 25 van de Conseil Consultatif de Juges Européens (CCJE), een adviesraad van Europese rechters bij de Raad van Europa, verlangt weerbaarheid van rechters inzake de bescherming van de rechtsstaat. Bij voorkeur niet via een harde confrontatie in de politieke arena, want meestal is het dan al te laat. Het advies wil rechters juist instrumenten aanreiken om zich tijdig uit te spreken over zorgelijke ontwikkelingen in de rechtsstaat.

1. Inleiding

Rechters hebben net als iedere andere burger een recht op vrije meningsuiting. En als in eigen land of elders in Europa de democratie, de scheiding der machten of de rechtsstaat worden bedreigd, hebben zij de plicht om zich publiekelijk uit te spreken, ook als dat politiek gevoelig ligt. Met die klarenstoot opent Opinie nr. 25 van de *Conseil Consultatif de Juges Européens* (CCJE), een adviesraad waarin rechters uit de 46 lidstaten van de Raad van Europa zitting hebben.² Het advies wordt hier besproken aan de hand van zeven aanbevelingen die de CCJE doet aan het Comité van Ministers. De urgentie die uit dit advies spreekt is aanleiding om aan het slot van deze bijdrage in te gaan op de vraag of ook voor Nederlandse rechters een concrete reden bestaat om zich ter bescherming van de rechtsstaat uit te spreken.

2. De vrijheid van meningsuiting van rechters

A judge enjoys the right to freedom of expression like any other citizen. In addition to a judge's individual entitlement, the principles of democracy, separation of powers and pluralism call for the freedom of judges to participate in debates of public interest, especially as regards matters concerning the judiciary.³

Het is geen toeval dat de CCJE het recht van vrije meningsuiting van rechters op de agenda heeft gezet. De aanleiding daarvoor is onder andere de zorgwekkende

situatie in Polen. Sinds 2015 hebben opeenvolgende hervormingen daar tot een verzwakking geleid van de media en van de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht. Zowel het Hof van Justitie EU als het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) sprongen de afgelopen jaren meermaals in de bres voor de Poolse rechters. Keer op keer leed de Poolse regering een nederlaag in Luxemburg en Straatsburg. Zowel de verlaging van de pensioenleeftijd van Poolse rechters, de instelling van een tuchtkamer bij het Poolse Hooggerechtshof en de partijdige benoemingen door de Poolse raad voor de rechtspraak bleken in strijd te zijn met het recht van de Europese Unie en het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM).

De Mars van Duizend Toga's

Een belangrijke datum in de aanloop naar Opinie 25 is 11 januari 2020. Toen gingen Poolse rechters en advocaten, samen met rechters uit 22 Europese landen, in Warschau de straat op om zich uit te spreken tegen de maatregelen van de Poolse regering. Deze Mars van Duizend Toga's, die 15.000 mensen op de been bracht, begon voor het Hooggerechtshof, passeerde het presidentieel paleis en eindigde bij het parlamentsgebouw, om op die manier de bedreigde machtscheiding te symboliseren.

Het behoeft geen betoog dat een demonstratie van rechters, laat staan van *buitenlandse* rechters, in toga tegen het beleid van een democratisch gekozen regering, zowel politiek als diplomatiek zeer gevoelig ligt.

Maar soms rechtvaardigen de omstandigheden een uitzondering op de regel, bepaalde het EHRM eerder. Het enkele feit dat een publieke stellingname van rechters politieke implicaties kan hebben, mag geen reden zijn om rechters te beletten zich uit te spreken.⁴ Het publiek heeft namelijk een legitiem belang om te worden geïnformeerd over belangrijke kwesties die de democratische samenleving bedreigen, zoals de ondermijning van de onafhankelijkheid van de rechtspraak.⁵ En daarvan was in januari 2020 in Warschau sprake. De Europese solidariteitsbetuiging diende ertoe om het (ook virtueel) toegestroomde publiek te waarschuwen voor de gevaarlijke achteruitgang van de rechtsstaat, niet alleen in Polen maar ook elders in Europa.

Weerbare rechters

*'In situations where democracy, the separation of powers or the rule of law are under threat, judges must be resilient and have a duty to speak out in defence of judicial independence, the constitutional order, and the restoration of democracy, both at national and international level. This includes views and opinions on issues that are politically sensitive and extends to both internal and external independence of individual judges and the judiciary in general. Judges who speak on behalf of a judicial council, judicial association or other representative body of the judiciary enjoy a larger discretion in this respect.'*⁶

Nadat de CCJE zich in 2021 al uitsprak voor een model Raad voor de rechtspraak met adequate bevoegdheden om de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht te verdedigen,⁷ gaat hij in Opinie 25 een stap verder. Hoewel rechters in de *trias politica* zich niet als politici mogen gedragen, verlangt het stelsel van *checks and balances* toch dat zij zich soms, in het algemeen belang, publiekelijk tegen de politieke machten uitspreken, ook als het gaat om controversiële zaken. Daarmee neemt het advies stelling tegen ontwikkelingen als in Polen en Hongarije,

waar disciplinaire autoriteiten iedere publieke uiting van een rechter zien als een vergrijp tegen de regel dat rechters niet aan politiek mogen doen. Opinie 25 volgt daarmee het EHRM dat afgelopen zomer in de zaak van de Poolse rechter Waldemar Żurek overwoog:

Als fundamentele waarden worden aangevallen of bedreigd verandert het recht op vrije meningsuiting van rechters in een daarmee corresponderende plicht om de rechtsstaat en de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht te verdedigen.⁸

Door zich dan weerbaar op te stellen en zich in het openbaar uit te spreken leveren rechters niet alleen een bewijs van hun onafhankelijkheid in het stelsel van de machtenscheiding, maar kunnen zij tevens het publieke vertrouwen (terug)winnen dat essentieel is voor het goed functioneren van de rechterlijke macht in een rechtsstaat.⁹

Nieuw is dat Opinie 25 de bescherming van fundamentele waarden formuleert als een *gezamenlijke* opdracht van rechters in Europa. Dat houdt verband met de toenemende Europese samenwerking van rechters.¹⁰ De Mars van Duizend Toga's was daarvan de eerste zichtbare manifestatie.

Belangrijk en nieuw is ook dat Opinie 25, ter bevordering van de goede werking van het stelsel van *checks and balances*, een positieve verplichting introduceert voor de lidstaten. Rechterlijke autoriteiten moeten een klimaat scheppen waarin individuele rechters kritische opmerkingen kunnen en durven maken. Zij moeten zich ervan bewust zijn dat de hiërarchie in een organisatie, waarbij rechters voor hun promotie afhankelijk zijn van hoger geplaatste collega's, een *chilling effect* kan hebben op de uitoefening van de vrijheid van meningsuiting.¹¹

3. Omvang van de vrijheid van meningsuiting van rechters

Opinies van de CCJE nemen doorgaans het recht en de praktijk van de aangesloten lidstaten als vertrekpunt,

Hoewel rechters in de *trias politica* zich niet als politici mogen gedragen, verlangt het stelsel van *checks and balances* toch dat zij zich soms, in het algemeen belang, publiekelijk tegen de politieke machten uitspreken

Auteur

1. Prof. mr. M.F.J.M. de Werd is senior-raadsheer in het gerechtshof Amsterdam, hoogleraar Europese Rechtspleging bij de UvA en de Nederlandse vertegenwoordiger bij de Conseil Consultatif de Juges Européens (CCJE). Het citaat boven dit stuk komt uit CCJE Opinion, No. 25 (2022) on the freedom of expression of judges, § 60.

Noten

2. CCJE Opinion No. 25 (2022) on the freedom of expression of judges werd vastgesteld op 2 december 2022 in Straatsburg, en is te vinden op de website van de CCJE.
3. Aanbeveling 1 in Opinie 25.
4. EHRM [GK] 23 juni 2016, no. 20261/12 (*Baka/Hongarije*), § 163.
5. Zie ook: Sietske Dijkstra, 'Een kritische rechter en de fragiele rechterlijke onafhan-

kelijkheid in Hongarije, annotatie bij het arrest *Baka t. Hongarije*', in: *NTM/NICM-Bull.* 2014, afl. 5.

6. Aanbeveling 2 in Opinie 25.

7. Opinie nr. 24 (2021) over de ontwikkeling van de raden voor de rechtspraak is te vinden op de website van de CCJE (coe.int/en/web/ccje/home).

8. EHRM 16 juni 2022, no. 39650/18 (*Żurek/Polen*), § 222.

9. Eerder had het European Network of Councils for the Judiciary, in zijn *Judicial Ethics Report 2009-2010*, p. 6, een soortgelijk standpunt ingenomen: 'When democracy and fundamental freedoms are in peril, a judge's reserve may yield to the duty to speak out.'

10. § 53 van Opinie 25.

11. § 53 van Opinie 25.



maar niet noodzakelijk ook als norm.¹² In dit geval blijken alle lidstaten van de Raad van Europa het recht op vrije meningsuiting van rechters te beschermen, althans op papier en zij het dat de reikwijdte van de bescherming per lidstaat verschilt. Nagenoeg overal kan de vrijheid van meningsuiting van rechters door de overheid worden beperkt, om interne aangelegenheden van de rechtspraak en de procedurele rechten van de procespartijen te beschermen. En in alle lidstaten is het rechters verboden vertrouwelijke informatie van en over procespartijen openbaar te maken, en zijn rechters gebonden aan een beroepsgeheim over hun beraadslagingen.

De vierentwintig uurs-rechter

Opinie 25 hanteert een ruime opvatting van het recht op vrije meningsuiting van rechters. Het omvat, behalve het recht om persoonlijke meningen te uiten, ook het recht om deel te nemen aan openbare debatten en aan het maatschappelijk leven in het algemeen. Deze formulering is ontleend aan *The Bangalore Principles of Judicial Conduct* (2001),¹³ waarover in het commentaar wordt opgemerkt dat:

‘een rechter in functie geen afstand doet van de rechten op vrijheid van meningsuiting, vereniging en vergadering die andere leden van de gemeenschap genieten, en evenmin afziet van politieke overtuigingen of zijn belangstelling voor politieke vraagstukken.’

Ook Opinie 25 spreekt over een ‘persoonlijk’ en ‘individueel’ recht van rechters om hun mening te uiten, en daarnaast van een ‘morele’ en ‘een rechtsplicht’ van rechters om zich soms publiekelijk uit te spreken.¹⁴ Zodoende worden de functie en de persoon van de rechter door elkaar gebruikt. Dat zou problematisch kunnen zijn omdat in het staatsrecht van menige lidstaat het *ambt* van rechter onderscheiden wordt van de *persoon* van de rechter die het ambt draagt. Om uit te sluiten dat een ambtsdrager zich in de uitoefening van zijn functie op privileges kan beroepen, en om willekeur te voorkomen, komen aan een ambt slechts publiekrechtelijk omschreven *bevoegdheden* toe. Dat maakt het dogmatisch lastig om over rechters als ‘individuen’ te spreken, of over ‘rechten’, ‘morele plichten’, en ‘persoonlijke meningen’ van rechters.¹⁵

De keerzijde van dit concept van vrije meningsuiting is dat de terughoudendheid, die rechters in hun ambtsuitoefening moeten betrachten, zich óók uitstrekt tot ver in hun privéleven



Opinie 25 omzeilt dit probleem¹⁶ behendig door *alle* publieke uitlatingen van rechters (in functie of privé) te beschouwen vanuit het perspectief dat zij in functie zijn gedaan. Rechters kunnen daardoor niet 'op persoonlijke titel' spreken (want die hebben ze niet in dit kader) en het voorkomt verwarring bij het publiek, dat moeilijk onderscheid kan maken tussen uitlatingen van de rechter als beroepsbeoefenaar en als privépersoon. De keerzijde van dit concept van vrije meningsuiting is dat de terughoudendheid, die rechters in hun ambtsuitoefening moeten betrachten, zich óók uitstrekt tot ver in hun privéleven. Zo verlangt Opinie 25 van rechters dat, wanneer zij zich in het openbaar of op sociale media uitspreken, zij hun positie als rechter bekendmaken ten behoeve van de transparantie van de rechterlijke macht.

Uitlatingen die onderdeel uitmaken van de rechterlijke functie, bijvoorbeeld rechterlijke overwegingen in vonnissen en beschikkingen, vallen buiten de reikwijdte van het recht van (en de beperkingen op) de vrijheid van

meningsuiting. Uitlatingen van oud-rechters vallen evenmin binnen het bereik van de vrijheid van meningsuiting van rechters. Daarentegen blijft de plicht tot vertrouwelijke omgang met informatie, verkregen tijdens hun functie, en het geheim van de raadkamer, evenzeer na pensionering gelden.

4. Beperkingen op de vrijheid van meningsuiting van rechters

*'In exercising their freedom of expression, judges should bear in mind their specific responsibilities and duties in society, and exercise restraint in expressing their views and opinions in any circumstance where, in the eyes of a reasonable observer, their statement could compromise their independence or impartiality, the dignity of their office, or jeopardise the authority of the judiciary. In particular, they should refrain from comments on the substance of cases they are dealing with. Judges must also preserve the confidentiality of proceedings.'*¹⁷

De aanmoediging om de rechtsstaat te verdedigen neemt niet weg dat ook voor rechters het recht op vrije meningsuiting niet onbeperkt is. Zij zullen zich, buiten het geval dat de rechtsstaat aangevallen of acuut bedreigd wordt, vaak terughoudend moeten opstellen; terughoudender dan andere burgers. De reden daarvoor is:

'de bijzondere maatschappelijke rol van de rechterlijke macht, die als hoeder van het recht en fundamentele waarde in een rechtsstaat, het vertrouwen van het publiek moet genieten, wil zij haar taak met succes kunnen vervullen.'¹⁸

Less is more

Opinies van de CCJE beogen meer te zijn dan een herhaling van de rechtspraak van het EHRM. Bovendien beschouwt Opinie 25 het EVRM als slechts een van de relevante rechtsbronnen, naast bijvoorbeeld *The Bangalore Principles of Judicial Conduct*, de *UN Basic Principles on the Independence of the Judiciary* en de adviezen van de *Venice Commission*. (Veelzeggend is de opmerking in het advies dat het zich 'ten slotte' baseert op de jurisprudentie van het Straatsburgse hof.) Dat is gezien vanuit het oogpunt van het EVRM niet zonder risico. Beperkingen op de vrijheid van meningsuiting (van rechters) zijn in de systematiek van artikel 10 EVRM slechts toelaatbaar indien de inmenging bij de wet is voorzien en noodzakelijk is in een democratische samenleving in het belang van een van de door het tweede lid van artikel 10

12. Deze data voor rechtsvergelijking, die door middel van vragenlijsten worden verzameld en vrijelijk toegankelijk zijn op de website van de CCJE, geven een interessant inkijkje in de aangesloten lidstaten.

13. Die in art. 4.6 bepalen: 'Een rechter heeft, evenals iedere andere burger, recht op vrijheid van meningsuiting, overtuiging, vereniging en vergadering, maar bij de

uitoefening van deze rechten dient een rechter zich steeds zodanig te gedragen dat de waardigheid van het rechterlijk ambt en de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de rechterlijke macht bewaard blijven.'

14. Het advies gebruikt de begrippen 'ethical duty', 'legal duty' en 'conventional obligation', zonder dat aan die termen een andere betekenis toekomt.

15. Opinie 25 verwijst in dit verband naar het arrest van het EHRM in de zaak *Baka/Hongarije*. Maar juist daar maakte het EHRM een duidelijk onderscheid tussen de functie en de persoon van de rechter. Het betrof toen de president van de Hoge Raad, die zich in *die hoedanigheid* ('in a professional capacity'/'à titre professionnel') in het parlement uitsprak tegen justitiële her-

vormingen die de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht in zijn land bedreigden.

16. Dat wordt ook besproken in de deels afwijkende, deels overeenstemmende opinie van de Poolse rechter bij het EHRM *Krzysztof Wojtyczek* bij de zaak *Żurek/Polen*, o.c.

17. Aanbeveling 4 in Opinie 25.

18. EHRM [GK] 23 juni 2016, no. 20261/12, (*Baka/Hongarije*), § 164.

Gemakkelijk wordt vergeten dat het EVRM geen maximum-omvang van mensenrechten biedt maar minimumverplichtingen voor de lidstaten om mensenrechten te beschermen

genoemde doelen. Van een noodzaak is pas sprake indien een inmenging beantwoordt aan een dringende sociale behoefte en in verhouding staat tot het nagestreefde legitieme doel.

Hoewel dat zeker niet de bedoeling is¹⁹ kunnen in Opinie 25 meer beperkingen van de vrijheid van meningsuiting van rechters worden gelezen dan het verdrag en de jurisprudentie van het EHRM toestaan. Gemakkelijk wordt vergeten dat het EVRM geen *maximumomvang* van mensenrechten biedt maar *minimumverplichtingen* voor de lidstaten om mensenrechten te beschermen. Het zal niet de eerste keer zijn dat een lidstaat op de loop gaat met een breedspakige internationale tekst door deze bewust restrictiever of extensiever toe te passen dan de opstellers bedoeld hebben. Daarvoor moet, mede gezien de gevoeligheid van het onderwerp van deze Opinie, in sommige lidstaten gevreesd worden.

Hier wreekt zich dat in de CCJE rechters uit 46 verschillende landen gezamenlijk tot een advies moeten komen. Nog los van het compromismodel dat eigen is aan internationale documenten, leiden de *common* dan wel *civil law* traditie van een lidstaat, en de al dan niet rechtstreekse doorwerking van het EVRM in het nationale recht, per lidstaat tot een andere omgang met het verdrag. In menige lidstaat van de Raad van Europa staat (anders dan bij ons) niet het gezag van het EVRM voorop maar wordt een grotere waarde toegekend aan de bescherming van grondrechten in de eigen grondwet en de rechtspraak van het eigen grondwetshof.

Self-restraint

*'Rules or codes of conduct concerning the extent of judges' freedom of expression and any limitations on its exercise should be drawn up by judges themselves or their judicial associations.'*²⁰

Toegegeven moet worden dat de bezwaren genoemd in de vorige paragraaf weer worden gerelativeerd door de aanbeveling om de rechterlijke macht bij voorkeur *zelf* de regels en gedragscodes over de omvang van vrije meningsuiting van rechters, en eventuele legitieme beperkingen daarop, te laten opstellen. Door de andere staatsmachten weg te houden van de regulering van een mensenrecht, bevat Opinie 25 op het eerste gezicht een ruimere bescherming dan artikel 10 EVRM, dat bepaalt dat beperkingen 'bij de wet' worden voorgeschreven.²¹ Deze Angelsaksische opvatting over *self-restraint* (die het midden houdt tussen zelfbeperking en terughoudendheid van rechters)²² lijkt inderdaad beter te passen bij de positie van de derde staatsmacht in het stelsel van de machtscheiding. Dat voordeel wordt echter tenietgedaan als, zoals in Polen, het juist de politiek benoemde rechters zijn die de gedragscodes opstellen en die aan de overtrekking

daarvan zware disciplinaire sancties verbinden. Maar ook daaraan is gedacht in Opinie 25; deze bepaalt dat geen disciplinaire maatregelen mogen worden toegepast op meningen van rechters die 'in overeenstemming met de aanbevelingen in dit advies'²³ worden geuit.

Opinie 25 reikt rechters vervolgens een handvat aan om een evenwicht te vinden tussen de uitoefening van hun recht op meningsuiting en het belang dat het vertrouwen van het publiek in de rechterlijke macht behouden blijft. Ook hier hebben *The Bangalore Principles of Judicial Conduct* model gestaan. Rechters dienen:

'hun specifieke verantwoordelijkheden en taken in de samenleving voor ogen te houden en zich terughoudend op te stellen bij het uiten van hun standpunten en meningen in alle omstandigheden waarin hun uitlatingen in de ogen van een redelijke waarnemer de waardigheid van hun ambt, hun onafhankelijkheid of onpartijdigheid in gevaar zouden kunnen brengen of het gezag van de rechterlijke macht in gevaar zouden kunnen brengen.'

Rechterlijke onpartijdigheid

Het behoeft nauwelijks toelichting dat terughoudendheid allereerst geboden is in verband met gerechtelijke procedures. Dat volgt reeds uit artikel 6 EVRM over het eerlijk proces, dat van rechters eist dat zij onpartijdig zijn en ook de schijn van partijdigheid vermijden, zeker in verband met de presumpctie van onschuld in strafzaken. Volgens Opinie 25 mogen rechters zich enkel in uitzonderlijke gevallen, bijvoorbeeld als sprake is van laster, in het openbaar verdedigen. Daar staat een 'institutionele plicht' tegenover voor verenigingen van rechters, de raad voor de rechtspraak of de president van een gerecht, om kritiek op rechters of rechterlijke uitspraken te beantwoorden, met het oog op het imago van de rechterlijke macht.

'Nestbevuiling': kritiek op collega-rechters

Een belangrijk punt van discussie is of rechters hun collega's in het openbaar mogen bekritisieren. In een eerste versie schreef Opinie 25 voor dat rechters in alle gevallen terughoudend moeten zijn met kritiek op collega's, als dit het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht in twijfel kan trekken. Bij nader inzien bleek dit als algemeen uitgangspunt geen recht te doen aan situaties als die in Polen, waar kritiek op 'foute' (door de PiS partij²⁴ benoemde) collega-rechters, juist de kern uitmaakt van een publiek debat over de teloorgang van de rechtsstaat. Buiten deze uitzonderlijke gevallen schrijft Opinie 25 voor dat kritiek van een rechter in het openbaar op collega's slechts toelaatbaar is als dit vanuit een professioneel oogpunt een groot openbaar belang dient en een gegronde

aantijging betreft. Gematigdheid en fatsoen zijn hier, zoals steeds in *Opinie 25*, leidend.

De rechter en de politiek

As a general principle, judges should avoid to be involved in public controversies. Even in cases where their membership in a political party or their participation in public debate is allowed, it is necessary for judges to refrain from any political activity that might compromise their independence or impartiality, or the reputation of the judiciary.²⁵

Opinie 25 drukt rechters op het hart om zich in het openbaar voorzichtig, gematigd van toon, evenwichtig en met respect uit te drukken.²⁶ Discriminatie, politieke, filosofische en religieuze bekeringsdrift zijn voor rechters uit den boze. Maar overigens ziet *Opinie 25* toch een substantiële rol weggelegd voor rechters in het publieke debat. Zij beschikken immers over een ‘uniek perspectief’ op het staatsbestel, en met hun kennis en deskundigheid kunnen zij bijdragen aan de ontwikkeling van het recht en de rechtspleging. Bij publieke debatten over andere dan juridische kwesties moeten rechters volgens het advies voorzichtig zijn, in het bijzonder als het gaat om onderwerpen die tot de kernbevoegdheid van de wetgevende of de uitvoerende macht behoren. Ook deelname aan debatten tussen politieke partijen en bijdragen aan campagnes van politieke, maatschappelijke of pressiegroepen wordt sterk ontraden.

Hoewel er geen Europese consensus bestaat over de verenigbaarheid van politieke ambten en activiteiten met het rechtersambt, heeft het de duidelijke voorkeur van *Opinie 25* dat rechters in de lidstaten (grond)wettelijk worden uitgesloten van politieke functies, zoals het lidmaatschap van het parlement of een gemeenteraad. Het advies kan daarvoor niet terecht bij het verdrag of de rechtspraak van het EHRM²⁷ maar wel bij de *The Bangalore Principles of Judicial Conduct* van de Verenigde Naties.²⁸

Dat uitgangspunt gaat behoorlijk knellen als de *Opinie* de categorie rechters bespreekt die (tijdelijk) een *full time* politiek mandaat uitoefent. Het staat er zo niet,²⁹ maar het komt erop neer dat een politicus (wil hij of zij later kunnen terugkeren als rechter) zich als *politicus* in woord en gebaar dezelfde beperkingen moet opleggen die hij als rechter zou hebben aangehouden om het gezag van de rechterlijke macht te beschermen.

Oud-politici die terugkeren in de rechterlijke macht dienen zich overigens te verschonen indien kwesties aan de orde komen waarover zij zich als politicus hebben uitgelaten op een wijze die redelijke twijfel kan doen rijzen over hun vermogen om als rechter een zaak op onafhankelijke en onpartijdige wijze te beslissen. Het enkele lidmaatschap van een politieke partij is in menige lidstaat voor rechters verboden, en wordt in *Opinie 25* ook als onwenselijk gezien. Een eerder lidmaatschap van een politieke partij als zodanig volstaat volgens het advies echter niet om de onpartijdigheid van een rechter in twijfel te trekken, met name wanneer er geen aanwijzingen zijn dat het lidmaatschap enig verband houdt met de betreffende zaak.

Gebruik van sociale media door rechters

'Judges should be aware of the benefits as well as the risks of media communication. For that purpose, the judiciary should provide training for judges that educates them on the use of media, which can be utilised as an excellent tool for public outreach. At the same time, awareness should be raised that when posting on social media, anything they publish becomes permanent, even after they delete it, and may be freely interpreted or even taken out of context. Synonyms do not cover unethical online behaviour. Judges should refrain from posting anything that might compromise public trust in their impartiality or conflict with the dignity of their office or the judiciary.'³⁰

Discriminatie, politieke, filosofische en religieuze bekeringsdrift zijn voor rechters uit den boze. Maar overigens ziet *Opinie 25* toch een substantiële rol weggelegd voor rechters in het publieke debat

19. Zie § 4 van de *Opinie*: 'This Opinion does not seek to define a minimum scope of freedom of expression of judges.'

20. Aanbeveling 7 in *Opinie 25*.

21. Een dergelijke vorm van zelfregulering kan onder het wetsbegrip van art. 10 EVRM vallen, mits de gedragsaanwijzingen voldoende nauwkeurig zijn geformuleerd en overigens voorzienbaar zijn. Zie bijvoorbeeld EHRM 15 oktober 2015, no. 27510/08, (*Perinçek/Zwitserland*), § 131.

22. *Opinie 25* overweegt in § 5: 'Judicial

(self-)restraint includes the notion of judicial discretion, reserve or moderation.'

23. Men zou hier een verwijzing naar de rechtspraak van het EHRM verwachten.

24. Recht en Rechtvaardigheid (Prawo i Sprawiedliwość, afgekort PiS) is een Poolse conservatief-rechte politieke partij, die verantwoordelijk wordt gehouden voor de democratische erosie in Polen, onder andere door het aantasten van de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht.

25. Aanbeveling 5 in *Opinie 25*.

26. De term 'neutraal' werd in een eerdere versie geschrapt omdat men zich weinig bij een neutrale mening kan voorstellen.

27. Althans, niet zonder meer. In zijn onverkenningsbeslissing in de zaak *Briège/Litouwen* (no. 47135/99, 29 juni 2000), acht het EHRM een dergelijke onverenigbaarheid geen onevenredige beperking.

28. Art. 6.7 van *The Bangalore Principles of Judicial Conduct* luidt: 'Het ambt van rechter is onverenigbaar met bepaalde politieke activiteiten, zoals het lidmaatschap van het

ationale parlement of de gemeenteraad.'

29. Er staat: 'Om het vertrouwen van het publiek in de rechterlijke macht te beschermen, moeten basisnormen voor rechterlijk gedrag, zoals het behoud van de reputatie van de rechterlijke macht, van toepassing blijven wanneer een rechter een voltijds politiek mandaat uitoefent.'

30. Aanbeveling 6 in *Opinie 25*.

Ten slotte is niet alleen de inhoud van een rechterlijke uitspraak, maar ook het medium waarvan rechters zich bedienen van belang. De oplettende lezer valt op dat in *Opinie 25* geworsteld is met het fenomeen rechters die actief zijn op sociale media.³¹ Hoewel het advies (sociale media noemt als een 'uitstekend' instrument om het publiek te bereiken, is zonder meer sprake van koudwaterrees ('liever niet doen' lijkt de boodschap). Als algemeen uitgangspunt geldt het advies dat rechters zich steeds bewust moeten zijn van de waardigheid die hun ambt van hen verlangt. Maar met de speciale VN-rapporteur inzake de onafhankelijkheid van rechters en advocaten, is *Opinie 25* uiteindelijk van oordeel dat niet zoveel prudentie van rechters gevraagd mag worden dat zij zich (vrijwillig of gedwongen) terugtrekken uit het openbare leven, dat zich immers in toenemende mate ook op sociale media afspeelt.³² Het verbaast echter niet dat de CCJE de lidstaten op het hart drukt om rechters te trainen in het gebruik van sociale media.

Tussenconclusie

Afgezien van de morele plicht van rechters om zich soms publiekelijk uit te spreken ter verdediging van de rechtsstaat, mag inmiddels duidelijk zijn dat de eerste aanbeveling in *Opinie 25* (namelijk dat rechters 'net als iedere andere burger' recht hebben op vrije meningsuiting) overdreven is. Rechters moeten zich in het openbaar vaak terughoudender opstellen dan andere burgers, enerzijds om de schijn van partijdigheid te vermijden en anderzijds om het gezag van de rechterlijke macht te bewaren. Daarnaast laat *Opinie 25* doorschemeren dat het – voor het gezag en de effectiviteit van een ferm *statement* – soms wenselijk is dat de rechterlijke macht zich als instituut uitlaat over een (organisatorische of rechtspositionele) kwestie. Daarbij kan dan worden gedacht aan vakverenigingen van rechters, een raad voor de rechtspraak, leidinggevend van een gerecht of rechters die in groepsverband spreken (denk in Nederland aan een beweging als Tegenlicht).

5. Weerbare rechtspraak in Nederland

Aside from associations of judges, councils for the judiciary or any other independent body, individual judges have an ethical duty to explain to the public the justice system, functioning of the judiciary and its values. By enhancing understanding, transparency and by helping to avoid public misrepresentations, judges may help to promote and preserve public trust in the judicial activity.³³

Bij de voorzichtigheid die *Opinie 25* van rechters (ook) vraagt, mag niet worden vergeten dat dit advies mede is voortgekomen uit zorgen over de rechtsstaat en de rechterlijke onafhankelijkheid in Polen en Hongarije. Maar ook in andere lidstaten van de Raad van Europa wordt de dreiging van autoritaire krachten gevoeld en groeit de electorale steun voor populistten. Dat geldt ook voor ons land (zie hierna). Daarom verlangt *Opinie 25* van rechters allereerst om alert te zijn. De ontwikkelingen in Polen hebben daarnaast laten zien dat ook rechters een taak hebben om een (verder) afglijden van de rechtsstaat

voor te zijn. Door verkeerde voorstellingen bij het publiek weg te nemen, en uit te leggen aan burgers wat de waarde is van een onafhankelijke rechterlijke macht voor de rechtsstaat, kunnen rechters het vertrouwen in de rechtspraak helpen bevorderen en behouden.

Cijfers die kunnen misleiden

Van een bedreiging van de rechtsstaat zoals in Polen of Hongarije, laat staan een acute noodzaak om hem publiekelijk te verdedigen, is in Nederland op het eerste gezicht geen sprake. Nederlandse rechters wanen zich veilig bij de torenhoge vertrouwenscijfers die het Centraal Bureau voor de Statistiek hen jaarlijks aanreikt.³⁴ Maar deze cijfers zijn niet bedoeld als graadmeter voor de stand van de Nederlandse rechtsstaat, en zij zeggen weinig over het draagvlak of het gezag van de rechtspraak onder de bevolking.

Uit onderzoek (2021), van het Verwey-Jonker Instituut naar de ontvankelijkheid van Nederlandse burgers voor illiberaal en antidemocratisch gedachtegoed, uitgevoerd in opdracht van de Anne Frank-Stichting, volgt dat veel Nederlanders zich storen aan de traagheid van politieke besluitvorming en het gebrek aan bestuurlijke daadkracht dat daar uit volgt. Maar liefst een *kwart* (precies 25%) van de Nederlanders vindt daarom dat de regering uitspraken van rechters mag negeren als deze 'het beleid hinderen'.³⁵ Dit percentage wordt hoger als het om problemen gaat waarover Nederlanders zich grote zorgen maken en waarvan zij vinden dat deze snel moeten worden aangepakt, zoals de komst van vluchtelingen. Nog zorgelijker is dat deze groep burgers komt uit *alle* lagen van de samenleving; het gaat om zowel linkse en rechtse partijen, ouderen en jongeren, mannen en vrouwen, laag- en hoogopgeleiden, stedelingen en dorpelingen, niet-gelovigen, christenen en moslims. Deze dwarsdoorsnede van de bevolking laat zich niet eenvoudig wegzetten als een geïsoleerde groep extremisten.

Het voert te ver om in deze nabeschouwing veel méér uit het Verwey-Jonker onderzoek af te willen leiden, want de problematiek blijkt complex. Maar duidelijk is dat er veel meer aan de hand is dan de jaarlijkse CBS-cijfers over het vertrouwen in rechters (kunnen) uitdrukken.³⁶ Als een grote groep Nederlanders er geen probleem in ziet wanneer een daadkrachtig bestuur rechterlijke uitspraken opzij zet, dan ontbreekt kennelijk het inzicht dat in een rechtsstaat juist ook de overheid is onderworpen aan het recht en aan rechterlijke uitspraken. En dan wordt een vergelijking met landen als Polen en Hongarije relevant, omdat daar de rechtsstaat kon afglijden mede omdat misverstanden over rechters en rechtspraak in de publieke opinie niet tijdig gecorrigeerd werden.

Rechtsstaatgesprekken

De boodschap van *Opinie 25* is dat rechters alarmerende signalen over de rechtsstaat serieus moeten nemen, ook al omdat zoals we weten deze geluiden niet op zichzelf staan in Europa. In dit geval zou dat voor rechters aanleiding mogen zijn om contact te zoeken met onderstromen in de samenleving, waarvan het geluid hen kennelijk niet bereikt.

Uit het Verwey-Jonker-onderzoek blijkt overigens dat zo'n 'rechtsstaatgesprek'³⁷ met burgers zeker succesvol kan

Als een grote groep Nederlanders er geen probleem in ziet wanneer een daadkrachtig regime rechterlijke uitspraken opzij zet, dan ontbreekt het inzicht dat juist in een rechtsstaat ook de overheid is onderworpen aan het recht en aan rechterlijke uitspraken

zijn. Want tegelijkertijd volgt uit het rapport dat de democratische gezindheid van Nederlanders nog steeds groot is; het merendeel stemt in met de grondbeginselen van de parlementaire democratie en de rechtsstaat. Zo bleken de ondervraagden in het onderzoek helemaal niet ‘tegen de rechtsstaat of de rechtspraak’ te zijn. Zij waren gevoelig voor nuances, en konden, daarnaar gevraagd, de gevaren van een illiberaal regime goed benoemen. Waar deze burgers mee worstelen is hun frustratie dat grote maatschappelijke vraagstukken niet snel genoeg worden opgepakt. Toch blijkt ook hier bij enig doorvragen dat burgers gevoelig zijn voor het inzicht dat in een rechtsstaat niet alleen de *beslissing* telt, maar juist ook de weg ernaartoe; het democratisch proces van besluitvorming zoekt immers naar procedurele rechtvaardigheid en consensus en kost mede daardoor nu eenmaal tijd. Dat laatste geldt evenzeer voor rechterlijke uitspraken in politiek gevoelige kwesties. Daar is de rechter een verkenner van het recht, die soms even moet inhouden om het politieke debat ruimte te bieden. Ook hier ligt een taak voor rechters om overspannen verwachtingen van het publiek over de rechtspraak bij te sturen.³⁸

Ter afsluiting

Opinie 25 van de CCJE heeft strikt genomen de status van een advies aan het Comité van Ministers van de Raad van Europa, voor verdere discussie en standpuntbepaling. Dat neemt niet weg dat dergelijke opinies ook daarbuiten gezaghebbend zijn. Zij gelden als *soft law* voor de lidstaten en voor het EHRM dat zich er in zijn rechtspraak regelmatig op baseert. Opinie 25 zal daarom een belangrijk algemeen referentiekader worden voor de discussie over de (omvang en beperking van de) vrijheid van meningsuiting van rechters.

Dit advies aan de Raad van Europa verbindt de vrijheid van meningsuiting van rechters met een oproep tot weerbaarheid. Dat komt gelet op de ontwikkelingen in Europa niet als een verrassing. De verdediging van de democratie en de rechtsstaat hebben al langere tijd en ook bij ons³⁹ de volle aandacht. Het advies wil rechters actief bij die discussie betrekken en biedt hun handvatten om hun bezorgdheid professioneel uit te drukken, soms individueel en soms collectief. Om effectief te kunnen zijn vraagt het recht op vrije meningsuiting van rechters allereerst om een goed luisterend oor. •

31. Een begrip dat ruim wordt genomen en waarvoor wordt verwezen naar Recommendation CM/Rec(2022)11 of the Committee of Ministers to member States on principles for media and communication governance.

32. Verslag van de speciale rapporteur van de VN over de onafhankelijkheid van rechters en advocaten, 29 april 2019, A/HRC/41/48, § 79.

33. Aanbeveling 3 in Opinie 25.

34. Zie de jaarrapportages *Sociale samenhang en welzijn*, van het Centraal Bureau voor de Statistiek, laatstelijk gepubliceerd op 31 maart 2022. In 2019 had 73,6% van de Nederlandse bevolking vertrouwen in

rechters, in 2020 was dat 77,3% en in 2021 79,2%.

35. Uit: Verwey-Jonker Instituut, *‘Democratisch bewustzijn in Nederland’ - Over de ontvankelijkheid voor illiberaal en antidemocratisch gedachtegoed en de weerbaarheid daartegen*, 2021, p. 8. Bijna de helft van de Nederlanders (46%) meent dat ‘regeringen moeten doen wat de meeste Nederlanders willen, ook al zijn er wetten die dat niet toestaan’. Een op de drie Nederlanders (38%) vindt dat een regering het meepraten en meebeslissen van oppositiepartijen mag inperken om grote problemen in het land sneller en daadkrachtiger

aan te kunnen pakken. Ruim één op de vijf Nederlanders (22%) vindt dat de regering het parlement (Tweede Kamer) mag negeren als het parlement de regering tegenwerkt in het maken en uitvoeren van beleid.

36. Hetzelfde geldt voor de Rule of Law index van het World Justice Project, waarin Nederland al jaren tot de top 5 van best presterende landen behoort.

37. Het idee en de term zijn geleend van de Raad van State die in 2020-2021 rechtsstaatsgesprekken organiseerde om de ‘constititionele geletterdheid’ over de rollen en verantwoordelijkheden van de verschillende staatsrechtelijke instituties te bevorderen.

Zie ook de bundel *In gesprek: bijdragen aan de dialoog over de rechtsstaat*, 2020, te vinden op de website van de Raad van State.

38. Zie hierover mijn oratie *Dikastofobie: Over kracht en kwetsbaarheid van rechtspraak*, (oratie Amsterdam (UvA)), 2019.

39. Zie o.a. Bastiaan Rijpkema, *Weerbare democratie De grenzen van democratische tolerantie*, Nieuw Amsterdam Uitgevers, 2015, en R.J.N. Schlössels, J.J.J. Sillen & R.B.J. Tinnenvelt (red.), *Naar een weerbare rechtsstaat*, Deventer: Wolters Kluwer, 2022.