



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Vrijheid van meningsuiting van ambtenaren bedreigd

Peters, J.; de Vré, I.

Publication date

2005

Document Version

Submitted manuscript

Published in

Nederlands Juristenblad

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Peters, J., & de Vré, I. (2005). Vrijheid van meningsuiting van ambtenaren bedreigd. *Nederlands Juristenblad*, 80(7), 348-352.

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.

Vrijheid van meningsuiting van ambtenaren bedreigd

Prof. mr Jit Peters en mr Ilan de Vré*

Sedert de moord op Theo van Gogh staan de vrijheid van meningsuiting en de beperkingen daarop centraal. Tijdens de commotie rond het mogelijke ontslag van twee gevangenisdirecteuren eerder dit jaar hebben Ministers Donner en Remkes in de Tweede Kamer een interpretatie van de vrijheid van meningsuiting van ambtenaren gegeven die een aanzienlijk beperkende werking heeft.

In maart dit jaar ontstond opschudding over het op handen zijnd ontslag van de twee gevangenisdirecteuren J. van Huet en C. Boeij. Minister van Justitie Donner is bezig het gevangenisregime te versoeren. De plannen hebben het afgelopen jaar tot veel kritiek geleid. Ook de directeuren zijn het niet met de plannen eens. Van Huet, voorzitter van de vereniging van gevangenisdirecteuren, heeft zware kritiek op het meermanscelbeleid geuit.

Volgens Minister Donner van Justitie zou het vertrek van de twee te wijten zijn aan hun weigering mee te werken aan het nieuwe detentiebeleid. Anderen beweerden dat kritiek op de minister de werkelijke reden zou zijn. Uit een brief van de hoofddirecteur van de Dienst Justitiële Instellingen die namens de minister is geschreven, blijkt dat uitlatingen op de afscheidsreceptie van een collega de aanleiding zouden zijn. Van Huet zou hebben gezegd dat iedereen bij Justitie de weg kwijt is, 'van SG tot linnenmeisje'. Naar aanleiding van deze uitingen verweet minister Donner Van Huet gebrek aan loyaliteit. Er ontstond commotie over wat de werkelijke toedracht zou zijn geweest. Aan minister Donner is een aantal maal kamervragen gesteld over de kwestie. Zijn collega Remkes, minister van Binnenlandse zaken en Koninkrijksrelaties kreeg vragen over het grondwettelijk recht op vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren.¹ De opvattingen van de ministers waren opmerkelijk. De ministers geven een invulling aan de beperkingsmogelijkheden op grond van artikel 125a Ambtenarenwet (AW) die verder gaat dan het artikel toelaat.

Overigens wordt in dit artikel niet ingegaan op de kwestie van het "klokkenluiden". De klokkenluidersregeling vertoont weliswaar overlappings met de vrijheid van meningsuiting, maar het vormt een afzonderlijk probleem.

Vrijheid van meningsuiting van ambtenaren

De vrijheid van meningsuiting is terug te vinden in artikel 7 van de Grondwet. Naast de vrijheid van drukpers in het eerste lid en radio en televisie in het tweede, vinden we een min of meer algemene regeling in lid 3: *"Voor het openbaren van gedachten of gevoelens door andere dan in voorgaande leden genoemde middelen heeft niemand voorafgaand verlov nodig wegens de inhoud daarvan, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet. [...]"*

Hierin zijn twee belangrijke aspecten te lezen. Preventief toezicht op de inhoud is niet toegestaan en beperkingen moeten een formeel-wettelijke grondslag hebben. Aangezien tegenwoordig duidelijk is dat de grondrechten gelden voor ambtenaren², gelden deze eisen ook voor de vrijheid van meningsuiting van ambtenaren. Ook in de Memorie van Toelichting bij de Ambtenarenwet is dit ondubbelzinnig te lezen.³

De in Nederland geldende leer dat beperkingen van grondrechten een wettelijke basis moeten hebben, is strenger dan het EVRM. Artikel 10 lid 2 van dat verdrag stelt dat beperkingen van de vrijheid van meningsuiting *bij de wet* moeten zijn voorzien. In het Sunday Times-arrest⁴ is duidelijk geworden dat in sommige gevallen naast wetgeving in materiële zin ook ongeschreven recht onder de formulering kan vallen.

Het EHRM heeft in de zaak Ahmed⁵ overigens Engelse wetgeving toegestaan die aan bepaalde categorieën ambtenaren beperkingen opleggen om

* Prof. mr Jit Peters is hoogleraar Staats- en Bestuursrecht aan de Universiteit van Amsterdam. Mr Ilan de Vré was tot voor kort werkzaam als student-assistent aan de leerstoelgroep Staats- en Bestuursrecht van de Universiteit van Amsterdam en volgt momenteel de master International Business Transactions and Law aan de Amsterdam Nyenrode Law School.

¹ O.a. TK, 2003-2004, vragennummer 9 maart 2004; Aanhangsel 3035, 1435, vragen ingezonden 29 maart 2004, antwoorden van de minister d.d. 26 april 2004; Aanhangsel 2969, 1405, vragen ingezonden 9 april 2004, antwoorden van de minister 20 april 2004

² EHRM 26 september 1995, Vogt tegen Duitsland en EHRM 1 juli 1997, Kalac vs Turkije

³ TK, 1985-1986, 19495, nr. 3 (MvT), p. 2

⁴ EHRM 26 april 1979, NJ 1980, 146, Sunday Times tegen Verenigd Koninkrijk

⁵ EHRM 2 september 1998, Ahmed e.a. tegen Verenigd Koninkrijk

van hun politieke voorkeur blijkt te geven in de openbaarheid. Dit is geen versterking van de positie van de ambtenaren en het is de vraag in hoeverre de noodzakelijkheidstoets hier wel strikt is toegepast. Wel is duidelijk dat het hier ging om een beperking met betrekking tot een beperkt onderwerp en voor een beperkt aantal ambtenaren. Bovenal betrof het hier wetgeving en werd dus voldaan aan de eis van 'provision by law' die vereist blijft voor een inperking.

De bescherming van de vrijheid van meningsuiting gaat in Nederland dus uit boven die van het EVRM, maar dat mag ook conform het verdrag.

In het verleden werd wel betoogd dat geen, althans weinig ruimte zou zijn voor kritiek door ambtenaren, omdat zij loyaal moeten zijn bij het uitvoeren van hun werkzaamheden. Dit is niet geheel onbegrijpelijk. Loyaliteit mag van een ambtenaar worden verwacht en dit is indirect ook in de wet vastgelegd. De basis hiervoor is te vinden in de eis van goed ambtenaarschap van artikel 50 lid 1 Algemeen Rijksambtenarenreglement (ARAR): *"De ambtenaar is gehouden de plichten uit zijn functie voortvloeiende nauwgezet en ijverig te vervullen en zich te gedragen, zoals een goed ambtenaar betaamt."* Het artikel wordt wel een kapstokbepaling genoemd, omdat er allerlei niet uitdrukkelijk genoemde verplichtingen aan worden opgehangen.⁶ In hoeverre speelt dit een rol bij de inperking van de vrijheid van meningsuiting?

Artikel 125a Ambtenarenwet

Artikel 50 lid 1 ARAR is geen formele wet. Bovendien is zij niet geschreven als beperking op de vrijheid van meningsuiting en zij kan daarom niet op die manier functioneren. De grondslag voor de beperking van de vrijheid van meningsuiting van ambtenaren is te vinden in artikel 125a AW. Het eerste lid luidt: *"De ambtenaar dient zich te onthouden van het openbaren van gedachten of gevoelens of van de uitoefening van het recht tot vereniging, tot vergadering en tot betoging, indien door de uitoefening van deze rechten de goede vervulling van zijn functie of de goede functionering van de openbare dienst, voor zover deze in verband staat met zijn functievervulling, niet in redelijkheid zou zijn verzekerd."*

Er is een aantal aspecten aan artikel 125a AW dat hier extra aandacht verdient: de aard van de norm, beoordelingscriteria en de wijze van interpretatie.

Functioneringsnorm, géén loyaliteitsnorm

De beperking van artikel 125a AW is geformuleerd als een functioneringsnorm. Een ambtenaar hoeft zich alleen van het openbaren van gedachten en gevoelens te onthouden als anders zijn eigen goede

functioneren in gevaar zou komen, of dat van 'de openbare dienst'.

Er wordt wel beweerd dat er een loyaliteitsnorm zou gelden, maar dat is niet juist. Voorzover een gebrek aan loyaliteit er (mede) toe bijdraagt dat goed functioneren onmogelijk wordt, kan dit een rol spelen. Een dergelijke afweging moet echter binnen het kader van de functioneringsnorm worden gedaan om de eenvoudige reden dat dit de enige grond is die de wet kent.

Criteria

Artikel 125a AW is abstract geformuleerd. Voor de beoordeling of sprake is van een schending van de functioneringsnorm, spelen verschillende criteria een rol. Deze zijn te vinden in de Memorie van Toelichting en nader uitgewerkt in de Aanwijzingen externe contacten rijksambtenaren, aanwijzing 15.⁷ Deze criteria komt geen zelfstandige betekenis toe. Het betreft een niet-limitatieve opsomming om verschillende aspecten van de functioneringsnorm van artikel 125a AW zo helder mogelijk voor ogen te krijgen, zodat gestructureerd, consequent en voorspelbaar kan worden beoordeeld of de grenzen van de meningsuiting door de ambtenaar zijn overschreden.

Als factoren worden genoemd de afstand tussen de functie van de betrokken ambtenaar en het beleidsterrein waarover de uitlatingen zijn gedaan; de politieke gevoeligheid van de materie; het tijdstip waarop de uitspraken worden gedaan; de wijze waarop de uitspraken zijn gedaan; de voorzienbaarheid van de schadelijkheid ten tijde van de uitspraken en de ernst en duur van de door de uitspraken ontstane problemen voor de dienstvervulling van de betrokken ambtenaar of het functioneren van de openbare dienst, voor zover deze in verband staat met de dienstvervulling.⁸

Uit de toelichting blijkt dat een afweging van deze aspecten in hun onderlinge samenhang tot de conclusie kan leiden of al dan niet sprake is van een overschrijding.

Niet restrictief

De Memorie van Toelichting laat er geen twijfel over bestaan: de wijziging van de Ambtenarenwet hield een verruiming in van de vrijheden van het overheidspersoneel, waarbij is *"gepoogd de grondrechten aan niet meer beperkingen onderhevig te doen zijn dan voor de goede functionering van de openbare dienst strikt*

⁶ E. Verhulst e.a., *Inleiding Nederlands ambtenarenrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2002, p. 116

⁷ Aanwijzingen externe contacten, uit Staatscourant 1998, nr. 104, pag. 8. De aanwijzingen behandelen verschillende aspecten van externe contacten van rijksambtenaren. Voor meer over de Aanwijzingen, zie o.a. L.A.J. Schut, 'Ambtenaren en de vrijheid van meningsuiting', in O. Balak e.a. (red.), *Wetten, woorden, wensen*, Leiden: P.J. Jansen bv, p. 201-204

⁸ Aanwijzingen externe contacten, uit Staatscourant 1998, nr. 104, pag. 8.

noodzakelijk is.”⁹ De Centrale Raad van Beroep heeft als uitgangspunt dat ‘een zekere voorzichtigheid moet worden betracht’ bij de beoordeling of een ambtenaar de norm heeft overschreden en neemt dan ook niet snel aan dat ‘de goede vervulling van de functie een ambtenaar of de goede functionering van de openbare dienst niet in redelijkheid zou zijn verzekerd’.¹⁰

Dat men niet snel mag aannemen dat aan de noodzakelijkheidseis is voldaan, blijkt voorts uit het feit dat in de Toelichting wordt gezegd dat de openbare dienst in een democratische samenleving in de concrete onderdelen daarvan zekere spanningen en complicaties moeten kunnen verdragen die het gevolg zijn van de uitoefening van grondrechten door ambtenaren.¹¹

Ook dient men bij de toepassing van artikel 125a AW rekening te houden met wat men de directheidseis zou kunnen noemen. De problemen met betrekking tot het goede functioneren moeten voortvloeien uit de gedragingen van de ambtenaar zelf. Eventuele negatieve reacties van anderen komen niet voor zijn of haar rekening. Dergelijke reacties van anderen kunnen op twee manieren hun uitwerking vinden: vaak wordt als voorbeeld gegeven dat dergelijke reacties zich kunnen richten tegen de ambtenaar, waardoor ‘op de afdeling’ een onwerkbaar situatie ontstaat. Dit wordt het ‘hostile audience’-probleem genoemd.¹²

Derden kunnen echter ook een kritische houding ontwikkelen ten opzichte van het beleid. Dat dergelijke reacties het soepel uitvoeren van beleid kunnen bemoeilijken, staat buiten kijf, maar de bedreiging van het functioneren kan niet gezien worden als ‘voortvloeiend uit de gedragingen van de ambtenaar zelf’. Zij houdt verband met de kritische houding van *anderen!* Daarom kan dit ook geen reden zijn de vrijheid van meningsuiting van de betreffende ambtenaar in te perken.

Tot slot ligt de bewijslast bij degene die de vrijheid van de ambtenaar wil beperken. In de kwestie rond de gevangenisdirecteuren was dat de minister van Justitie. In de Memorie wordt dit verwoord door de opmerking dat “*moet kunnen worden waargemaakt, dat door de gedraging de goede vervulling van de functie of de goede functionering van de openbare*

dienst inderdaad niet meer in redelijkheid zou zijn verzekerd.”¹³

Uit alles blijkt dat de wetgever bij de formulering van de wettelijke beperking zich goed rekenschap heeft gegeven van de eisen van de grondwettelijke beperkingsclausules en tevens duidelijk heeft willen maken dat de onderhavige beperking slechts is bedoeld voor uitzonderingsgevallen waarin sprake is van ‘duidelijk en direct’ gevaar. De strikte formulering van de noodzakelijkheid bij de functioneringsnorm vertoont wel gelijkenis met de ‘clear and present danger test’¹⁴ ontwikkeld door het Amerikaanse Hooggerechtshof.

De interpretatie van de Ministers

Het voorgaande lijkt weinig ruimte te laten voor misverstanden. De ministers hebben eerder dit jaar echter een interpretatie gegeven die op een aantal punten afwijkt; zij introduceren een loyaliteitsnorm, leggen verregaande beperkingen op aan leidinggevend en stellen eisen aan de vorm van de uiting.

De loyaliteitsnorm

Minister Remkes stelt in zijn vierde antwoord d.d. 26 april 2004 dat bij het loyaal uitvoeren van vastgesteld beleid onthouding van kritiek voorop dient te staan. De opmerking van de minister betreft op het eerste gezicht een uitleg van wat onder loyaal beleid moet worden verstaan, maar en passant wordt deze loyaliteit als beperkingsgrond voor de meningsuiting ingevoerd. Minister Donner heeft op 9 maart in de Tweede Kamer iets soortgelijks gezegd: “*Als de minister de beleidslijnen in de Kamer heeft besproken [...] is het moment aangebroken om het beleid loyaal tot uitvoering te brengen*”. Maar dat is niet zondermeer de issue.

Het probleem met de loyaliteitsnorm bij vastgesteld beleid is drievoudig: ten eerste is de beperking niet op een formeel-wettelijke grondslag gebaseerd en kan daarom niet als zelfstandige norm gelden. Wij constateerden al eerder dat een strikte functioneringsnorm geldt. Dit is niet anders op het moment dat beleid is vastgesteld. Het feit dat beleid is vastgesteld kan invloed hebben op de vraag of in een bepaald geval het goede functioneren wordt bedreigd door kritische ambtenaren. Eén van de mee te wegen factoren is het tijdstip waarop de uiting is gedaan, maar zij kan er niet toe leiden dat de functioneringsnorm wordt ingeruild.

Ten tweede miskent het argument van de ministers het karakter van beleid. Beleid is nooit af. Om verschillende redenen kan het wijselijk zijn op beleidskeuzes terug te komen. Nieuwe problemen,

⁹ TK, 1985-1986, 19495, nr. 3 (MvT), p. 4

¹⁰ O.a. CRvB, 2 maart 1995, TAR 1995, 142 en CRvB, 2 november 1995, TAR 1996, 3 en Rb Breda 29 april 2003, TAR 2003, 126. Een bespreking is te vinden in ondermeer E. Verhulp e.a., *Inleiding Nederlands ambtenarenrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2002, p. 118 en F.A.G. Kets, ‘Angst voor de mening van ambtenaren?’, in *Bestuurswetenschappen*, 2001/6, p. 504;

¹¹ TK, 1985-1986, 19495, nr. 3 (MvT), p. 5

¹² Zie hierover onder andere: J.A. Peters, *Het primaat van de vrijheid van meningsuiting*, Leiden: Ars Aequi Libri, 1981, § 2.8

¹³ TK, 1985-1986, 19495, nr. 3 (MvT), p. 4. (Eigen accentuering)

¹⁴ J.A. Peters, *Het primaat van de vrijheid van meningsuiting*, Leiden: Ars Aequi Libri, 1981, §§ 2.8, 4.7 en 5.5

problemen bij de uitvoering en onvoorziene omstandigheden kunnen vereisen dat keuzes opnieuw worden bekeken. Beleid kent een levenscyclus¹⁵ waarin het onderkennen en oplossen van problemen en evaluatie een terugkerende rol spelen. Uiteraard kan daarbij van betrokkenen verwacht worden dat zij daarbij in eerste instantie de kwestie intern aankaarten, maar dit is geen grondslag om hun grondrechten op te schorten. Daar komt bij dat het denkbaar is dat beleid weliswaar is vastgesteld, maar dat er nog een maatschappelijke discussie gaande is. De Adviescommissie Grondrechten en Functie-uitoefening Ambtenaren (AGFA) heeft in 1994 overwogen dat “*discussie over publieke aangelegenheden –zowel in wetenschappelijk verband als daar buiten- beslist niet uit de weg gegaan behoeft te worden, temeer niet waar het onderwerpen betreft waarover de maatschappelijke discussie nog niet is uitgekristalliseerd.*”¹⁶ Wanneer als uitgangspunt geldt dat kritiek op vastgesteld beleid zondermeer onwenselijk is, is er geen ruimte om in de omstandigheden van het geval te kijken of deze onthouding wel nodig is.

Ten derde wordt het totstandkomen van goed doordacht beleid tot (enige) grondslag voor de vrijheid van meningsuiting voor een ambtenaar gemaakt, althans tijdens de ‘ontwikkelingsfase’ van beleid. Hoewel een bijdrage van ambtenaren die kennis van zaken hebben bij de totstandkoming van beleid zeker onmisbaar is, doet het tekort aan de aard van het aan de ambtenaar toekomende grondrecht.

In de literatuur worden verschillende grondslagen van de vrijheid van meningsuiting genoemd die eventueel samen kunnen bestaan.¹⁷ De wens van politici om zo goed mogelijk beleid te kunnen maken, behoort daar in de regel niet toe, al valt te betogen dat deze (mede) als grondslag kan dienen. Er wordt wel een scheiding gemaakt tussen twee typen grondslagen; de individuele en de ‘algemene’. Het eerste type richt zich op de zelfontplooiing van het individu. De andere ziet op waarheidsvinding, maatschappelijke integratie of bevordering van het democratisch proces. Een

¹⁵ Veelal worden vier fasen in de beleidscyclus herkend; probleemerkenning, beleidsformulering, beleidsuitvoering en beleidsbeheer. Zie voor meer over de beleidscyclus o.a. P. Winsemius, *Gast in Eigen Huis. Beschouwingen over Milieumanagement*, Samson H.D. Tjeenk Willink, Alphen a/d Rijn, 1986.

¹⁶ AGFA 8 september 1994, TAR 1994, 209, overgenomen uit E. Verhulp, *Vrijheid van meningsuiting van werknemers en ambtenaren*, Den Haag: Sdu, 1996, p. 220

¹⁷ J.M. de Meij, A.W. Hins, A.J. Nieuwenhuis en G.A.I. Schuijt, *Uitingsvrijheid*, Amsterdam: Otto Cramwinckel, 2000, p. 28-45; E. Verhulp, *Vrijheid van meningsuiting van werknemers en ambtenaren*, Den Haag: Sdu, 1996, p. 78-84 e.a.

combinatie van verschillende grondslagen is niet ongebruikelijk.

Het maken van beleid als enige grondslag kan echter leiden tot de onterechte conclusie dat vrijheid van meningsuiting *vervalt* zodra het *niet* ten dienste staat van de ontwikkeling van het beleid. Hier worden de feiten omgedraaid. Niet voor niets valt in de Memorie van Toelichting bij 125a AW te lezen dat ‘zekere spanningen en complicaties’ getolereerd moeten worden.¹⁸ De vrijheid van meningsuiting krijgt pas betekenis ten overstaan van tegengestelde tendensen en belangen.

Leidinggevenden

Minister Remkes suggereert dat de eis van onthouding op grond van de loyaliteitsnorm des te sterker gelden voor leidinggevenden. We hebben al gezien dat deze loyaliteitsnorm op een misverstand berust. Onduidelijk is echter in hoeverre hij van mening is dat de eis van onthouding door leidinggevenden in het algemeen geldt. Wat valt er te zeggen over de ‘verzwaarde aansprakelijkheid’ van leidinggevenden? Het is een omstrepen punt.

In de regel kan wel gezegd worden dat de afstand die leidinggevenden van een afdeling waar beleid wordt gevormd daartoe hebben, kleiner zal zijn dan de afstand die ondergeschikten daartoe hebben. Dit geldt vooral voorzover de leidinggevenden direct bij het werkelijke nemen van de beslissingen betrokken zijn.

Het afstandscriterium moet als volgt worden begrepen; naarmate de afstand tussen de ambtenaar en het beleidsterrein groter is, zal de vrijheid van de ambtenaar om zich erover te uiten ook groter zijn. Hieruit kan echter niet zondermeer worden opgemaakt dat directe betrokkenheid ertoe leidt dat de leidinggevende zich *dus* van elk uiten moet onthouden. Het maakt de kans dat sprake is van een overschrijding wel groter. De invloed van iemands positie zal meegewogen moeten worden binnen het kader van de functioneringsnorm.

Zakelijke uitingsvorm

Minister Remkes stelt dat een ambtenaar “*..in voorkomend geval een van het standpunt van de minister afwijkende mening [kan] verkondigen en daarbij toch binnen de grenzen van artikel 125a van de Ambtenarenwet [kan] blijven, indien hij zich zakelijk en beargumenteerd uitlaat.*”¹⁹ In de Memorie van Toelichting staat ook een passage waarin wordt opgemerkt dat een zakelijke weergave soms vereist is. De strekking daarvan is echter anders.

De passage staat in het deel waar de rol van de afstand tussen de betrokken ambtenaar en de vorming van het bekritiseerde beleid wordt besproken. Daarbij wordt eerst opgemerkt dat er

¹⁸ TK, 1985-1986, 19495, nr. 3 (MvT), p. 5

¹⁹ TK, 2003-2004, Aanhangsel van de Handelingen 3035; 1435, antwoorden van de minister d.d. 26 april 2004

geen reden is de ambtenaar wegens zijn ambtelijke positie in zijn meningsuiting te beperken als er geen of slechts een verwijderd verband bestaat. Pas als de afstand tussen de ambtenaar en de vorming van beleid klein is, kan een beperking gerechtvaardigd zijn. Zelfs dan zal dit alleen *onder omstandigheden* betekenen dat hij zal moeten volstaan met een zakelijke weergave van de stand van zaken. Blijkbaar is het slechts in specifieke omstandigheden vereist dat de ambtenaar zich beperkt tot zakelijk taalgebruik. De interpretatie van de minister suggereert echter dat uitingenvrijheid een uitzondering zou zijn en dat vervolgens zakelijk taalgebruik altijd wordt vereist.

Verhulp heeft betoogd dat de wijze van uiten niet zondermeer losgemaakt kan worden van de inhoud van de uiting.²⁰ Als iemand op overwogen wijze kiest om een grondwettelijk beschermde gedachte op een bepaalde manier te uiten, bijvoorbeeld door gebruik te maken van een stijfgevoel, ironie of misleidend taalgebruik, raken sancties naar aanleiding van de gekozen vorm ook de inhoud. Dit is in lijn met de opvatting over beledigende uitingen die te vinden is in de uitspraak van de Hoge Raad van 10 november 1992.²¹

Ook het EHRM is deze opvatting toegedaan. In de zaak De Haes en Gijssels wordt overwogen dat de bescherming van artikel 10 EVRM ook de wijze van uiten betreft.²² In de Handyside-zaak²³ werd duidelijk gemaakt dat de vrijheid van meningsuiting (juist) ook is bedoeld voor shockerende uitingen en in de Jersild-zaak²⁴ is dit specifiek met betrekking tot politieke uitingen uitgewerkt. Deze moeten kunnen shockeren. Fatsoensnormen zijn niet de eerste normen die in beeld komen om grenzen te stellen.

Het lijkt er nu op dat de minister ambtenaren wil verbieden zich ironisch of met een insinuerend understatement uit te laten, zonder dat hiervoor in de wet een basis te vinden is.

Ministeriële verantwoordelijkheid

De restrictieve interpretatie die de ministers geven lijkt mede het gevolg van een verkeerd beeld van de ministeriële verantwoordelijkheid. Ten onrechte wordt soms beweerd dat de vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren zich slecht laat verenigen met de ministeriële verantwoordelijkheid.

Onder andere Paul Cliteur is deze mening toegedaan.²⁵

Kets houdt daarentegen een pleidooi voor een nieuw denkkader waarin ministeriële verantwoordelijkheid, de openbaarheid van bestuur en contraproductieve besluitvormingsprocessen in het openbaar bestuur op goede wijze met elkaar in verband worden gebracht.²⁶ Als voorbeeld geeft Kets de reactie van Peters op het preadvies van Olde Kalter in 1981.²⁷ In deze reactie worden de loyaliteitsvraag en ministeriële verantwoordelijkheid met elkaar in verband gebracht. Uiteindelijk is de vraag aan wie of wat je loyaal moet zijn, aan een bepaalde minister, of aan een kwalitatief goede besluitvorming die voor de gemeenschap het beste resultaat geeft. De traditionele opvatting over de ministeriële verantwoordelijkheid werkt nu vooral als een belemmering. Ten tijde van deze reactie gold de huidige regeling echter nog niet.

De huidige regeling in artikel 125a AW maakt een duidelijke afbakening goed mogelijk. Ambtenaren kunnen gebruik maken van hun grondrechten, behoudens eisen van goed functioneren. Het is wel van belang om te onderscheiden tussen 'persoonlijke' uitingen en mededelingen gedaan binnen de functie vervulling. Dat onderscheid is niet altijd eenvoudig te maken. Wanneer uitingen echter worden gedaan in het kader van de persoonlijk toekomstige vrijheid van meningsuiting, vallen deze buiten de ministeriële verantwoordelijkheid. De ambtenaar maakt namelijk gebruik van de vrijheid van meningsuiting die hem persoonlijk toekomt en de minister is slechts verantwoordelijk voor de wijze waarop hij of zij achteraf op de uitingen reageert. In de Aanwijzingen wordt, in feite ten overvloede, benadrukt in aanwijzing 14²⁸ dat artikel 7 van de Grondwet onverkort geldt in die zin dat toetsing van een uiting slechts *achteraf* kan. Voorts wordt de verantwoordelijkheid van het bevoegd gezag in het licht van artikel 125a AW expliciet gekoppeld aan de *handhaving* van de normen. Met betrekking tot de ministeriële verantwoordelijkheid kan men hierbij aansluiten. Daarbij moet zowel gedacht worden aan het adequaat reageren op ontoelaatbare uitingen die een bedreiging vormen voor het goede functioneren, als het zich hiervan onthouden als de ambtenaar geen norm heeft overschreden.

²⁰ E. Verhulp, *Vrijheid van meningsuiting van werknemers en ambtenaren*, Den Haag: Sdu, 1996, p. 227

²¹ HR 10 november 1992, NJ 1993, 18, met noot A-G mr. Fokkens

²² EHRM 24 februari 1997, NJ 1998, 360; NJCM-bulletin 1997, 893, paragraaf 48, De Haes & Gijssels tegen België

²³ EHRM 7 december 1976, NJ 1978, 236, Handyside tegen Verenigd Koninkrijk, paragraaf 49

²⁴ EHRM 7 december 1976, NJ 1978, 236, Jersild tegen Denemarken

²⁵ Zie bijvoorbeeld P.B. Cliteur, 'It ain't necessarily so', in P.B. Cliteur, H.J. van den Herik, N.J.H. Huls, A.H.J. Schmidt, red., *It ain't necessarily so*, Leiden: Kluwer/E.M. Meijers Instituut, 2001, p. 19-43

²⁶ F.A.G. Kets, 'Angst voor de mening van ambtenaren?', in *Bestuurswetenschappen*, 2001/6, p. 506

²⁷ C.J.G. Olde Kalter, *Overheidspersoneel en grondrechten*, Alphen a/d Rijn: Geschrift. v.d. Ver. voor Administratief Recht, 1979

²⁸ Aanwijzingen externe contacten, uit Staatscourant 1998, nr. 104/ pag. 8

Schut heeft opgemerkt dat de juridische bescherming voor de zich uitende ambtenaar groot is, maar dat de feitelijke bescherming daarbij achterblijft.²⁹ De feitelijke bescherming wordt mede aangetast door de houding van bewindslieden die bang zijn dat ze zich voortdurend moeten verantwoorden voor de uitlatingen van hun ambtenaren zoals in de kwestie van het ontslag van Van Wijnbergen.

De Tweede Kamer is medeverantwoordelijk voor de angstvallige manier waarop sommige ministers reageren op uitingen van hun ambtenaren. Het gebeurt regelmatig dat een minister ter verantwoording wordt geroepen wanneer een ambtenaar een stellige mening heeft verkondigd. Daarbij wordt de grens van de ministeriële verantwoordelijkheid vaak vergeten. Het risico dat ministers, deels ten onrechte, ter verantwoording worden geroepen over dergelijke uitingen, leidt tot krampachtige reacties bij politici en ambtenaren.

Conclusies

Ministers Remkes en Donner hebben bij hun antwoorden in de Tweede Kamer naar aanleiding van de kwestie over de gevangenisdirecteuren een uitleg gegeven aan de vrijheid van meningsuiting van ambtenaren die beperkter is dan de wetsgeschiedenis, de bedoeling van de regeling en de jurisprudentie. De loyaliteitsnorm, de eisen aan de vorm en inhoud van uitingen en de plicht tot onthouding voor leidinggevend zijn in strijd met de tot nu toe heersende leer.

De uitingen van ambtenaren, voorzover die onder de vlag van vrije meninguiting zijn gedaan, dienen niet onder het mom van de ministeriële verantwoordelijkheid te worden beperkt. De wijze waarop ministers op de uitlatingen reageren, valt uiteraard wel onder de ministeriële verantwoordelijkheid.

Aangezien opvattingen als die van de ministers doorwerken ten aanzien van het ambtenarenapparaat, mogen zij niet onweersproken blijven. Het zou goed zijn als de Tweede Kamer even actief zou zijn bij de bescherming van de vrijheid van meningsuiting van ambtenaren, als zij nu is bij het ter verantwoording roepen van een minister naar aanleiding van een uitlating van een ambtenaar. Van dit laatste gaat wel een duidelijke bedreiging uit.

²⁹ L.A.J. Schut, 'Ambtenaren en de vrijheid van meningsuiting', in O. Balak e.a. (red.), *Wetten, woorden, wensen*, Leiden: P.J. Jansen bv, p. 205