

## It ain't necessarily so

Cliteur, P.B., "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*.  
Opstellen aangeboden aan Prof. mr. H. Franken,  
Kluwer / E.M. Meijers Instituut, Leiden 2001, pp. 19-43.

*P.B. Cliteur*

Op internet trof ik een essay aan van een anonieme contribuant onder de titel 'Why I am not a christian'. Het is zonder twijfel een verwijzing naar het beroemde opstel van Bertrand Russell waarin Russell onder dezelfde titel aangeeft waarom hij nooit onder de bekoring is gekomen van de morele leer en levensbeschouwing die in de westerse wereld eeuwenlang dominant is geweest.<sup>1</sup> Wat het essay van de 'internet-Russelliaan' in dit verband interessant maakt, is dat hij als bron van inspiratie voor zijn geloofsaval verwijst naar Gershwin's opera *Porgy and Bess*. Hij was tien jaar oud toen hem bij het aanhoren van de bekende song uit de opera het illusoire karakter van het christelijk geloof geopenbaard werd.

It ain't necessarily so  
It ain't necessarily so  
De t'ings that yo li'ble  
To read in the Bible  
It ain't necessarily so

It struck quite hard!', schrijft de internet-Russelliaan. 'I'd never before heard anyone suggest that what was in the bible wasn't so! This was radical.'<sup>2</sup> Een paar minuten nadat hij de song had gehoord was zijn geloof vervlogen.

In 1984 kreeg ik een aanstelling als universitair docent encyclopedie van de rechtswetenschap in Leiden. Niet lang daarna woonde ik de hoorcolleges bij van Hans Franken die een geweldige reputatie had onder de studenten. De colleges werden gegeven in het Gorlaeus-laboratorium. Het waren de hoogtijdagen van studentenaantallen. Zeven- tot achthonderd mensen zaten samengepakt, zelfs op de trappen, in de grootste collegezaal waarover de universiteit van Leiden beschikte. Franken schitterde als bespeler van de immense zaal door een combinatie van persoonlijkheidseigenschappen, encyclope-

---

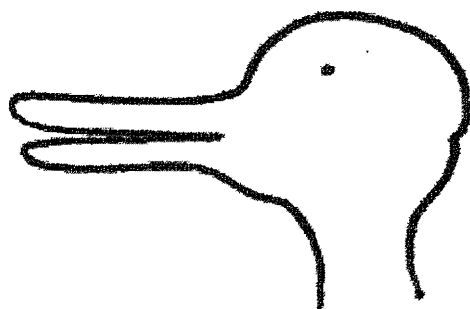
1 Als lezing voor het eerst uitgesproken op 6 maart 1927 voor de National Secular Society in London, als artikel gepubliceerd in: Bertrand Russell, *Why I am not a Christian and other essays on religion and related subjects*, Unwin Paperbacks: London 1957, p. 13-27. Het essay werd verschillende malen herdrukt en uitgegeven in bloemlezingen. Onlangs nog in: Bertrand Russell, 'Why I am not a Christian', in: L. Greenspan and S. Andersson (ed.), *Russell on Religion. Selections from the Writings of Bertrand Russell*, Routledge: London and New York 1999, p. 77-92.

2 Vgl. <http://thinkingfreely.com/why.html>

dische kennis van het recht en voordrachttechniek. Hij speelde enerzijds een beetje de verstrooide professor. Hij kon de naam van Tina Turner nadrukkelijk gearticuleerd en quasi-zoekend naar zijn woorden uitspreken alsof het wezens van een andere planeet betrof waarvan hij, de geleerde, alleen maar iets van horen zeggen wist. Verder blonk Franken uit door wat we in het hedendaags jargon als 'interactief collegè-geven' zouden aanduiden: 'Ja, u daar, mijnheer, helemaal op de achterste rij, vertelt u mij eens ...'.

Onderdeel van de *act* – want zo mag men het toch wel noemen – was het citeren van de hiervoor aangehaalde passage uit *Porgy and Bess*. En ook hier was de strekking radicaal. Er moest een invloedrijk geloof worden ontmythologiseerd. Niet het geloof van de Bijbel (Hans was en is lid van het CDA), maar wel het geloof in 'het Boek'. 'Law', zo leerden we van Franken, 'was not in the Books'.<sup>3</sup> Het wijdverbreid geloof dat men in de wet het antwoord op alle juridische vragen zou kunnen vinden, was illusoir.

Maar 'It ain't necessarily so' betekende meer dan dat. Het stond ook voor een vruchtbaar relativisme ten aanzien van alle massieve waarheidspretenties van juridische uitspraken in welke vorm dan ook. Neem de haas-eendenkop van Wittgenstein.<sup>4</sup> (Franken tekende die op het bord, later het scherm – altijd hilariteit).



Wat was dat? Een haas? Of een eend? Dat hing er maar vanaf. 'Truth is in the eye of the beholder'. (Dit laatste waren niet – als ik mij goed herinner – zijn woorden, maar het leek mij wel de strekking).

3 De functionele rechtsleer van Franken was op dit punt geïnspireerd door het Amerikaanse rechtsrealisme en de sociologische rechtsleer van Pound en anderen. Vgl. Roscoe Pound, 'Law in Books and Law in Action', in: *American Law Review*, (44) 1910, p. 35 e.v. Vgl. Julius Paul, *The Legal Realism of Jerome N. Frank. A Study of Fact-scepticism and the Judicial Process*, With a foreword by Leon Green, Den Haag: Martinus Nijhoff 1959, p. 20: 'What Pound sought was not a denial of the positivistic trend, but rather a channelling of the movement into what he called social engineering. Law as an *instrument* of social control at all levels of governmental behavior was the core of Pound's philosophy of law. The study of *law in action* was an important but not the exclusive, part of Pound's sociological jurisprudence.'

4 Althans bekend geworden door Wittgenstein. Hij stamt van Jastrow, *Fact and Fable in Psychology*, vgl.: Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, Translated by G.E.M. Anscombe, Basill Blackwell, Oxford 1976, p. 194: 'It can be seen as a rabbit's head or as a duck's.'

Toen ik dit voor het eerst hoorde verontrustte het mij ook enigszins. Net als bij het achtergrondkoor in de echte opera werden de woorden 'it ain't necessarily so' gescandeerd door de hele zaal. Dit was wel iets anders dan juridische opvoeding uit de tijd van Blackstone of Cicero. Blackstone citeert met instemming Cicero die vertelt dat de studenten in het oude Rome de Wet van de Twaalf Tafelen uit het hoofd kenden<sup>5</sup> als een *carmen necessarium*, een onontbeerlijk cultuurgoed 'to imprint on their tender minds an early knowledge of the laws and constitution of their country'.<sup>6</sup>

Werden hier, in Leiden,<sup>7</sup> recht, orde, waarheid en gerechtigheid niet gedeconstrueerd *avant la lettre*? Maar sommige juridische oplossingen zijn toch wel beter dan andere? En als iets beter is dan iets anders dan vooronderstelt dat toch een referentiepunt: het goede, het ware? (hoe moeilijk ook te benaderen)? Voor het handboek dat we sinds jaar en dag voor eerstejaars studenten gebruiken<sup>8</sup> schreef ik het hoofdstuk over natuurecht en rechtspositivisme. Daarin probeerde ik onder de naam 'cultuurrecht' een minimale kern van waarden te 'redden' die dan weliswaar niet absoluut geldig waren, maar toch door vallen en opstaan (Franken tijdens college: 'gissen en missen') binnen de Europese cultuur tot ontwikkeling waren gekomen en daarvan als de normatieve grondslag konden worden gezien. Willem Witteveen constateert terecht in zijn bijdrage aan dit boek dat mijn hoofdstuk kan worden gezien als een correctie op de relativistische lijn die ik in de overige hoofdstukken van *InLeiden tot de rechtswetenschap* (sinds september 2001: *Encyclopedie van de rechtswetenschap*) onderkende.

Tot op de dag van vandaag wordt binnen het departement metajuridica nagedacht over de scholenstrijd tussen universalisme en relativisme.<sup>9</sup> Ik ben daarbij niet de meest trouwe Frankeniaan als het gaat om het verdedigen van het relativistisch standpunt. Maar ik ben toch in een bepaald opzicht *plus royaliste que le roi* en daarbij wil ik in deze bijdrage aansluiten. Bijna twintig jaar ervaring aan de universiteit als docent encyclopedie van de rechtswetenschap

---

5 Vgl. Cicero, *De Legibus*, II, XXIII (58-9).

6 William Blackstone, *The Sovereignty of the Law*, Selections from Blackstone's *Commentaries on the Laws of England*, Edited with an Introduction by Gareth Jones, MacMillan, London and Basingstoke 1973, p. 4.

7 Net als in vele Amerikaanse universiteitssteden. Vgl. daarover de kritiek van: Allan Bloom, *The Closing of the American Mind. How Higher Education has Failed Democracy and Impoverished the Soul of Today's Students*, New York Simon and Schuster: 1987 en: Robert H. Bork, *Slouching towards Gomorrah. Modern Liberalism and American Decline*, Harper Collins: New York 1996.

8 H. Franken, e.a., met medewerking van P.W. Brouwer, P.B. Cliteur, M.A. Loth, *InLeiden tot de rechtswetenschap*, Deventer: Gouda Quint 1999.

9 Vgl. de hoofdstukken van P.B. Cliteur, C.E. Smith, A.H.J. Schmidt en A.A.M. Kinneging in: P.B. Cliteur & V. Van den Eeckhout, (red.), *Multiculturalisme, cultuurrelativisme en sociale cohesie*, Boom Juridische Uitgevers: Den Haag 2001.

en rechtsfilosofie heeft mij tot het inzicht gebracht dat 'it ain't necessarily so' een diepe wijsheid tot uitdrukking brengt over de aard van ons vak. Waarom?

Wij, encyclopedisten en rechtsfilosofen, zouden deze houding tot ons motto moeten maken bij het becommentariëren van wat in kringen van juristen bekend staat als de 'heersende leer'.

Als er één *mission statement* voor encyclopedisten en rechtsfilosofen te geven is dan zou dat de volgende moeten zijn: wees altijd kritisch tegenover de heersende leer. Het is op *dit punt* dat wij een meerwaarde hebben tegenover de beoefenaren van het positieve recht. Deze, de beoefenaren van het positieve recht, zijn toch teveel 'black letter men'.<sup>10</sup> Niet in de zin dat het overgrote deel van de juristen van mening is dat al het recht probleemloos in de wet te vinden is en mechanisch<sup>11</sup> zou kunnen worden toegepast,<sup>12</sup> maar wel in de zin dat zij geneigd zijn de heersende leer van het moment als laatste waarheid te beschouwen.

I jus' takes dat gospel  
Whenever it's pos'ble  
But wid a grain o' salt.

Dát is juristen volstrekt vreemd. In geen enkele wetenschap wordt het als een valide argument gezien voor of tegen een stelling dat de collega's in het vak in meerderheid voor of tegen een stelling zijn. Wel bij juristen. De *mission statement* van de encyclopedist of rechtsfilosoof zou nu moeten zijn dat hij zich aan die conventie niet conformeert. Een rechtsfilosoof of encyclopedist (ik zal voor het gemak nu even niet tussen deze twee vakken gaan onderscheiden) probeert ten aanzien van het recht twee idealen te realiseren.

- Allereerst: het aannemen van een filosofische *houding*.
- Als tweede: het toepassen van filosofische *begripsanalyse* op juridische concepten.<sup>13</sup>

Over beide punten zou veel te zeggen zijn. Ik zal mij wat betreft die houding beperken tot wat men wel noemt de 'filosofische verwondering'. Zoals bekend: reeds bij Plato wordt gesproken over de essentie van de filosofie die zou

10 Uitdrukking van Holmes. Vgl. over deze term: N.E. Simmonds, *The Decline of Juridical Reason, Doctrine and Theory in the Legal Order*, Manchester 1984 Manchester University Press.

11 Vgl. Roscoe Pound, 'Mechanical Jurisprudence', in: *Columbia Law Review* (8) 1908 p. 605 e.v.

12 Terecht constateert Hart dat de invloed van formalisme of 'mechanical jurisprudence' op rechters wordt overschat. Vgl. H.L.A. Hart, 'Positivism and the Separation of Law and Morals', *Harvard Law Review* 71 (1958), ook in: H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford Clarendon Press 1983, p. 49-87, onder III: '(...) we are concerned with 'formalism' as a vice not of jurists but of judges', schrijft Hart en daaraan maken rechters zich zelden schuldig. Ik wil de aandacht echter nu richten op de jurist en niet op de rechter.

13 Vgl. daarover: John Wilson, *Thinking with Concepts*, Cambridge 1963 Cambridge University Press.

liggen in de verwondering. Allerlei zaken waar we in het alledaagse leven onproblematisch vanuit gaan, daarover wordt de filosoof geacht zich te verwonderen. Ook voor de rechtsfilosoof is dat van belang. De rechtsfilosoof verwondert zich over het recht. Allerlei min of meer vanzelfsprekend geachte constructies, opvattingen, theorieën – daarbij moet de rechtsfilosoof een vraagteken plaatsen.

Wanneer je dus tegen een rechtsfilosoof zou zeggen: 'Waar ben je nu mee bezig? Waarom stel je deze constructie ter discussie? Daarover bestaat toch consensus in de rechtsgeleerde wereld? Je bent toch een eenling als je daartegen ten strijde trekt?'. Dan zal die rechtsfilosoof moeten antwoorden: 'Dat is nu juist mijn taak! Juist wanneer over een bepaald leerstuk consensus bestaat, dan wordt ik geacht daarover kritisch te gaan reflecteren.' It ain't necessarily so.

Dey tell all you chillun  
De debble's a villun  
But 't aint't necessarily so.

De rechtsfilosoof is dus een soort juridisch geschoolde Socrates. Hij moet de rechters, rechtsgeleerden, bedrijfsjuristen en anderen die zich hebben bekwaamd in een juridisch ambt kritisch ondervragen. Daarmee zou niet alleen de filosofie, maar ook de *rechtsfilosofie* vanuit de hemel naar de aarde afdalen.<sup>14</sup>

Maar verwondering is niet het enige dat kenmerkend is voor de filosofie. De filosofie heeft ook een kritische methode en een instrumentarium ter beschikking om anderen min of meer te dwingen – althans als men 'voor rede vatbaar is' – of in ieder geval te *verleiden* tot een soortgelijke verwondering. De filosoof analyseert. Hij rafelt concepten uiteen en probeert tegenstrijdigheden bloot te leggen. En dat alles met een positief of, zo men wil, stichtelijk doel voor ogen: een nieuwe visie die beter dan de oude in staat is ons rechtssysteem consistent en rechtvaardig te maken.

#### EEN VOORBEELD: DE DISCUSSIE OVER DE STATUS VAN HET OM

Ik zal een voorbeeld geven van wat ik bedoel. Ongeveer tien jaar geleden was het een algemeen geaccepteerde opinie onder met name strafrechtgeleerden dat het Openbaar Ministerie grotendeels onafhankelijk zou moeten functioneren van de minister van justitie. Ik zeg 'grotendeels', omdat de meeste

14 Cicero vertelt over Socrates (*Tusc.*, V, 4, 10) dat hij de filosofie vanuit de hemel naar de aarde haalde. Vgl. ook: Eduard Zeller, *Outlines of the History of Greek Philosophy*, Thirteenth Edition, Revised by Wilhelm Nestle, Translated by L.R. Palmer, New York 1980 (1931, G. 1883), p. 75, Dover Publications.

geleerden en leden van het OM die deze opvatting waren toegedaan een beetje vaag werden op het moment dat men vroeg 'Maar precies *hoever* zou die onafhankelijkheid gaan?'.<sup>15</sup> Maar hoe dat ook zij, men schurkte in de betogen over dit onderwerp wel tegen een onafhankelijk OM aan.

Op het moment dat de consensus over zo'n onderwerp nu nagenoeg universeel is, wordt het voor de rechtsfilosoof interessant. En over dit onderwerp *was* de consensus nagenoeg universeel. De Doelder, Schalken, 't Hart, Enschedé, Meijers, Boek, De Beaufort, Van Veen en vele, vele andere geleerden waren het over het onderwerp geheel eens. Dan is het de taak van de rechtsfilosoof de socratische verwondering in het geweer te brengen. Wat? Onafhankelijk? Maar de minister is toch *verantwoordelijk* voor het optreden van het OM? En een minister kan toch aanwijzingen geven aan het OM? En hoe kan men verantwoordelijk zijn als men niet bevoegd zou zijn tot het geven van die aanwijzingen? Enfin, dat soort vragen.

Zoals bekend heeft over dit onderwerp een oorlogje plaatsgevonden en dat heeft in 1999 geleid tot een aanpassing van de Wet op de Rechterlijke Organisatie. Belangrijkste resultaat daarvan is dat de minister nu algemene én – wat altijd omstreden was – *concrete* aanwijzingen kan geven aan het OM.<sup>16</sup> Het OM bekleedt dus geen 'bijzondere positie', zoals lange tijd werd gedacht en beweerd. De leden van het OM zijn gewone ambtenaren die onder de verantwoordelijkheid van de minister werken.

Het is zelfs een beetje misleidend hen aan te duiden als 'leden van de rechterlijke macht', omdat daarvan in ieder geval de suggestie uitgaat dat de leden van het OM op belangrijke punten vergelijkbaar zouden zijn met de *met recht-*

15 Terecht schrijft A.C. 't Hart dat ik in een hele serie geschriften de onafhankelijkheid van het OM heb bestreden, waarbij ik de algehele onafhankelijkheid, maar soms ook de relatieve onafhankelijkheid op één lijn lijk te hebben gesteld. (Vgl. A.C. 't Hart, *Hier gelden wetten! Over strafrecht, Openbaar Ministerie en multiculturalisme*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 22). Dat is juist en dat heeft daarmee te maken dat ik pas van een 'relatieve onafhankelijkheid' wil spreken als duidelijk wordt aangegeven waar die zich van de algehele onderscheidt. Het probleem met de doctrine over het OM sinds de jaren zestig ('t Hart, De Doelder, Schalken, Meijers, Rummelink, Hustinx, Enschedé en vele anderen) is dat men op dit punt vaag blijft – naar mijn idee ook 't Hart in zijn overigens indrukwekkende oeuvre over het OM.

16 Sinds 1999 bepaalt de Wet RO in art. 127: 'Onze minister van Justitie kan algemene en bijzondere aanwijzingen geven betreffende de uitoefening van de taken en bevoegdheden van het openbaar ministerie'. Voorheen stond (sinds 1827) in art. 5 RO: 'De ambtenaren bij het openbaar ministerie zijn verplicht de bevelen na te komen, welke hun in hun ambtsbetrekking door de daartoe bevoegde macht, vanwege de Koning, zullen worden gegeven'. In de literatuur en bij het OM zelf werd lange tijd verdedigd dat de minister wel bevoegd zou zijn tot het geven van algemene aanwijzingen, maar niet tot het geven van aanwijzingen in een bijzonder geval. Dat laatste zou voorbehouden zijn aan het OM zelf, waardoor het een zekere onafhankelijkheid ten overstaan van de uitvoerende macht kon handhaven.

*spraak belaste leden* van de rechterlijke macht. Quod non, want rechtspreken is heel iets anders dan vervolgen.<sup>17</sup>

Natuurlijk, ook nu wordt nog niet altijd even consistent over dit onderwerp gedacht en gesproken. De voorzitter van het college van procureurs-generaal zowel als de minister van justitie kunnen van tijd tot tijd wanneer dat zo uitkomt net doen alsof de minister slechts 'op afstand' voor het OM verantwoordelijk is. De verleiding voor politici is ook groot om bij goed functioneren van het OM trots te melden dat men als minister van justitie volledig verantwoordelijk is voor het OM en bij problemen het zo voor te stellen alsof het functioneren van het OM toch niet aan de minister kan worden toegerekend. Men moet hopen dat kamerleden deze politieke strategie doorzien.

Het onderwerp dat ik in deze bijdrage zou willen behandelen heeft met het hier genoemde enige verwantschap. Ook hier gaat het om de relatie tussen ministeriële verantwoordelijkheid en de bevoegdheden van de bureaucratie of ambtenarij. En ook op dit punt bestaat er een heersende leer. Deze heersende leer is – voorzover we ons tot Nederland beperken – *geheel tegengesteld aan het standpunt dat ik hier wil verdedigen*.<sup>18</sup> Het gaat mij om de vermeende vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren.

Wat is de stand van zaken op dit terrein?

#### WAT IS VRIJHEID VAN MENINGSUITING?

In Nederland kennen wij, net als in andere rechtsstaten, in beginsel vrijheid van meningsuiting. Ik zeg 'in beginsel', omdat daarop wel uitzonderingen worden toegelaten. Niemand mag ten onrechte 'brand' roepen in een over-

17 Wie de tekst van art. 117 van de grondwet (en de voorlopers daarvan) doorleest kan constateren dat onze wetgever nogal geworsteld heeft met de vraag of het OM tot de rechterlijke macht behoort. De grondwet van 1815 geeft nog aan dat procureurs-generaal en hoofdofficieren voor het leven worden aangesteld. In 1848 is dat verdwenen. De huidige tekst van art. 117 geeft op de vraag het volgende antwoord: (1) de leden van het OM behoren tot de rechterlijke macht, maar (2) niet tot dat deel van de rechterlijke macht waarvoor onafhankelijkheid ten opzichte van de uitvoerende macht is gevestigd. Vgl. R. Kranenburg, *Het Nederlandsch Staatsrecht*, Twee delen, Haarlem 1924/1925: H.D. Tjeenk Willink, II, p. 127 en (identiek) R. Kranenburg, *Het Nederlandsch Staatsrecht*, Zevende, herziene druk, H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V.: Haarlem 1951, p. 392.

18 De heersende leer is nu dat ambtenaren ook aanspraak kunnen maken op grondrechten. 'Ook hier is de stemming omgeslagen', schrijft Van der Pot – Donner. 'Terwijl namelijk lang het standpunt gold dat de grondrechten op de verhouding tussen de overheid en haar ambtenaren als zodanig niet of slechts zeer ten dele van toepassing waren, heerst er nu een andere mening'. Vgl. *Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, bewerkt door L. Prakke, J.L. de Reede & G.J.M. van Wissen, Van der Pot-Donner. *Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 254. Deze beschrijving van de stand van zaken lijkt mij juist voorzover het de doctrine betreft. Hierna zal ik echter proberen duidelijk te maken dat in rechterlijke uitspraken en in de politiek een andere lijn te bespeuren valt.

volle schouwburg, zei John Stuart Mill al in de vorige eeuw. En ook wordt de vrijheid van meningsuiting beperkt door regels die aangeven dat men niet mag beledigen, discrimineren en zo is er meer. Maar, zo luidt de dominante semantische conventie en daarbij sluit ik mij aan, *in beginsel* heeft een burger vrijheid van meningsuiting.

Waarom? Dat heeft te maken met de waarde van dit beginsel. Vrijheid van meningsuiting is van onschatbare betekenis voor zowel het individu alsook voor de cultuur en samenleving als geheel.<sup>19</sup> Ik ben geen psycholoog, maar men hoeft niet veel over de menselijke natuur te weten om te beseffen dat het een enorme frustratie betekent wanneer men niet frank en vrij kan zeggen hoe men ergens over denkt.

Dat is dan ook regelmatig gedaan door toonaangevende geesten in de wereldgeschiedenis. Martin Luther King, Voltaire, Galileo Galilei, Thomas More, Socrates en zelfs Jezus<sup>20</sup> zou men in zekere zin martelaren voor De Vrije Gedachte kunnen noemen. Zij allen gingen met opinies in tegen de dominante opvattingen in hun tijd.

Het is dan ook helemaal niet zo vreemd dat de Nederlandse wetgever, de Nederlandse rechter en de Nederlandse doctrine de afgelopen decennia ertoe over zijn gegaan een leerstuk te introduceren dat *prima facie* geheel recht doet aan die grote betekenis van de uitingsvrijheid voor het individu en het collectief. Ik doel op het leerstuk van de *ambtelijke* uitingsvrijheid.

Wat is het geval? Sinds de grondwet van 1983 gaat men er over het algemeen vanuit dat 'de grondrechten' ook gelden voor mensen in ambtelijke verhoudingen. Nu ben ik niet zo enthousiast over beschouwingen waarin men 'de grondrechten' over één kam scheert. Immers wat onder het hoofdje 'grondrechten' wordt gebracht, is zeer verschillend. Een recht om niet gefolterd te worden is toch wel iets heel anders dan het recht om te genieten van kunst, zoals het is vastgelegd in artikel 27 van de UVRM. Wanneer dan ook alles wat als 'grondrecht' wordt gepresenteerd daadwerkelijk voor rechters als toetsingsgrondslag zou gaan functioneren in de zin dat rechters wetgeving niet zouden toepassen wanneer deze met één van die grondrechten zou strijden, dan zou dat een nationale ramp zijn. De democratie zou dan volledig worden ontmanteld.<sup>21</sup> Niet de regering en de kamers der Staten-Generaal zouden dan Nederland regeren, maar dat zouden de leden van de rechterlijke macht doen.

19 Vgl. daarover: Bury, *A History of the Freedom of Thought*, London: Thornton Butterworth 1932 (1913) en J.S. Mill, *On Liberty*, Harmondsworth Penguin Books: 1977 (1859).

20 Vgl. J.H. Robertson, *A Short History of Freethought. Ancient and Modern*, New York Russell & Russell: 1957, p. 68 e.v. die spreekt over 'relative freethought in Israel'.

21 Vgl. daarover: Jeremy Waldron, 'A Right-Based Critique of Constitutional Rights', in: *Oxford Journal of Legal Studies*, (13) 1993, p. 18-51; Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford University Press: Oxford 1999; Jeremy Waldron, *Liberal Rights*, Collected Papers 1981-1991, Cambridge University Press: Cambridge/New York 1993; J.A.G. Griffith, 'The Political Constitution', in: *The Modern Law Review*, 1979-42/1, No. 1, 1979, p. 1-21.

Nu zijn er wel optimisten die dat misschien nog niet zo'n slecht idee vinden, maar ik hoop toch dat een meerderheid het eens zal zijn met de Amerikaanse Supreme Court-justice Hugo Black die daarvoor met klem waarschuwt: rechters moeten nooit de wens koesteren de politiek over te nemen.<sup>22</sup>

Maar terug naar mijn punt: het hanteren van de uitdrukking 'de grondrechten' alsof het daarbij om één onomstreden blok van waarden zou gaan. Dit is zeer misleidend. De grondrechten vormen een bont geheel. Er is veel kaf onder het koren. Bepaalde waarden hadden nooit de status van grondrecht moeten krijgen, maar gewoon een wettelijke status moeten houden.<sup>23</sup>

Dit inzicht – als ik het zo mag noemen – is ook daarvoor van belang dat het niet dienstig is *in het algemeen* de vraag te stellen of 'de grondrechten' ook voor ambtenaren zouden moeten gelden. Men moet onderscheiden tussen grondrechten die zich *wel* en grondrechten die zich *niet* lenen voor een toepassing in ambtelijke verhoudingen.

Nu is er één grondrecht dat zich in ieder geval daarvoor *niet* leent – en dat is de vrijheid van meningsuiting.

Om de lezer voor die stelling te winnen – voorwaar geen gemakkelijke opgave<sup>24</sup> – moet ik echter eerst een semantische afspraak met u maken. 'Wie met mij wil discussiëren moet eerst zijn termen definiëren', heeft Voltaire gezegd. Dat is een wijze strategie. Hoe vaak komt het niet voor dat mensen eindeloos met elkaar discussiëren en tot slot blijkt dat zij het over de *zaak* wel eens zijn, maar dat het verschil van inzicht alleen schuilt in een *verschillende betekenis* die wordt toegekend aan de gehanteerde termen. Wij moeten dus eerst omschrijven wat we bedoelen met 'vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren'. Ik zou willen voorstellen: 'Van vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren kunnen we spreken wanneer ambtenaren zich min of meer dezelfde beperkingen in hun vrijheid van meningsuiting moeten laten welgevalen als het geval is met burgers.' Dat ook burgers zich die beperkingen moeten laten welgevalen weten we. Zo mag men niet discrimineren. Nu is het denkbaar dat een aanhanger van een extreem buitenlander-onvriendelijke partij zegt: 'Maar het maken van discriminerende opmerkingen over asielzoekers en immigranten is nu juist het enige punt waarop ik meningen *wil* ventileren. Verdere

22 Onder andere in: Hugo LaFayette Black, *A Constitutional Faith*, Alfred Knopf: New York 1969.

23 Langzaam komt de discussie over dit onderwerp op gang. Vgl. voor een kort overzicht van de literatuur en stand van zaken op dit terrein: Van der Pot – Donner, p. 238 (zie noot 18) 2001.

24 Eerdere pogingen hebben nog geen vrucht gedragen. Vgl. C.R. Niessen, 'Kroniek van het staatsrecht', in: *NJB*, 9 maart 2001, p. 476-484, p. 477: 'Halsstarrig gaat P.B. Cliteur zijn eigen eenzame weg, bestrijdend dat ambtenaren vrijheid van meningsuiting zouden hebben.' Ik hoop dat ik in de inleiding deze halsstarrigheid van een principiële legitimatie heb voorzien: het is de professionele habitus van de encyclopedist en rechtsfilosoof. In het vervolg zal ik nog aangeven waarom dit werk op termijn toch niet zo hopeloos behoeft te zijn als verdedigers van de heersende leer van het moment denken. Immers bestaande paradigma's worden wel degelijk omvergegooid. Maar daarover straks.

meningen heb ik niet. Wanneer u, rechter, mij dus wilt breidelen in het ventileren van opvattingen op een terrein waarop ik bij uitstek mijn vrijheid wil botvieren, dan kan ik tot geen andere conclusie komen dan dat in Nederland *geen vrijheid van meningsuiting bestaat*.'

Wat kunnen we van een dergelijke opvatting zeggen? Alleen dit, denk ik: de aanhanger van de discriminerende partij hanteert een andere opvatting dan de meerderheid van de Nederlandse bevolking over wat moet worden verstaan onder 'vrijheid van meningsuiting'. Voor de meerderheid geldt dat zij het domein dat overblijft nadat de punten zijn afgetrokken waarop we onvrij zijn groot genoeg achten om te spreken van een 'vrijheid van meningsuiting in beginsel'.

De vraag is nu: zijn ambtenaren vrij in hun meningsuitingen in de zin dat aan hen ongeveer dezelfde vrijheid toekomt als aan gewone burgers?

Naar mijn smaak kan dat niet het geval zijn. Het zou zelfs *absurd* zijn daarvan uit te gaan. En toch gaat een overweldigende meerderheid van stemmen in de doctrine ervan uit dat dat het geval is.<sup>25</sup> Vandaar mijn filosofische verwondering. Ik sta als enige aan het hof te vertellen dat de keizer geen kleren aan heeft: it ain't necessarily so. Maar zoals u weet, is het in dat sprookje goed afgelopen. Uiteindelijk zag iedereen, inclusief de koning zelf, dat hij naakt was.<sup>26</sup> Ik zal nu het pad schetsen volgens welke we onder leiding van een strenge filosofische begripsanalyse uit de grot kunnen opklimmen naar het ware inzicht.

---

25 Bijvoorbeeld (naast de elders in dit stuk aangehaalde auteurs): E. Verhulp, *Vrijheid van meningsuiting van werknemers en ambtenaren*, NV SdU: Den Haag 1996; Henk Koning, 'Het recht van vrije meningsuiting voor ambtenaren en de rechtsfilosofie van Cliteur', *NJB* 12 mei 2000, p. 977-979; Henk Koning, *Directe democratie in Nederland. Een onderzoek naar de mogelijkheden van openbaarheid van bestuur, inspraak, referendum en volksinitiatief in onze rechtsorde*, SdU: Den Haag 1995; C.J.G. Olde Kalter, *Overheidspersoneel en grondwetten*, Pre-advies, Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht LXXXIV, Alphen aan den Rijn 1979.

26 'De keizer heeft geen kleren aan! riep tenslotte het hele volk. De keizer rilde, want het was waar, maar hij dacht: Ik moet het nu maar tot het eind volhouden. Hij rechtte zijn rug en hield zich nog trotser. Ook de kamerheren schreden verder en hielden een sleep vast die er niet was.' Vgl. Hans Christian Andersen, 'De nieuwe kleren van de keizer', in: *Alle sprookjes en vertellingen*, met illustraties van Natascha Stenvert, Volledige uitgave, Van Holkema & Warendorf, p. 251-254, p. 254. Dat 'rechten van die rug' is een interessant fenomeen in de wetenschapsgeschiedenis. Thomas S. Kuhn beschrijft het in *The Structure of Scientific Revolutions*, Second Edition, Enlarged, The University of Chicago Press: Chicago & London 1970 (1962). Wie in het oude paradigma is gevormd, het lange tijd heeft verdedigd, zal lang blijven strijden het overeind te houden. Pas als de nieuwkomers grote aanhang hebben verworven, gaat het paradigma om. De kunst van de oude verdedigers is dan het te doen voorkomen alsof zij nooit de oude leer hebben verdedigd, maar 'eigenlijk' altijd het nieuwe paradigma hebben voorgestaan. Dat zie je nu ook met de doctrine over het OM.

## AMBTELIJKE UITINGSVRIJHEID IS IN STRIJD MET DEMOCRATIE

Daarbij is van belang dat we ons realiseren dat we in een specifiek constitutioneel systeem leven: het systeem van een parlementaire democratie. Zouden we de vraag stellen of ambtenaren vrijheid van meningsuiting moet toekomen *in een niet-democratisch regiem* dan zou het antwoord heel anders luiden. Ik beantwoord de vraag echter onder de randvoorwaarde (*ceteris paribus*) dat we leven in een democratie.

Wat is kenmerkend voor een democratie? Het is een systeem waarbij de burger zichzelf regeert. Ik bedoel dat nu niet in de zin dat de burger 'Hans Franken' de burger 'Hans Franken' regeert (hoewel ook dat een schoon kantiaans ideaal is waarvan we een democratie de politieke vertaling kunnen noemen), maar in de zin dat wij, burgers, uiteindelijk door andere burgers worden geregeerd en niet door een aangestelde elite van bureaucraten of koningen.

Die burgers die de andere burgers regeren rouleren ook. Kamerleden worden gekozen en verdwijnen al naar gelang de kiezersgunst. Ministers komen en verdwijnen al naar gelang de gunst van de door ons gekozenen.

Om het systeem van de democratie goed te implementeren zijn twee zaken essentieel.

Als eerste dat wij (of onze vertegenwoordigers) maximale macht hebben over diegenen die de belangrijkste politieke beslissingen nemen binnen het bestuur van de staat. Dat wil zeggen: de ministers moeten geheel onder controle staan van de volksvertegenwoordiging en daarmee van ons, het volk. We spreken van het principe van de ministeriële verantwoordelijkheid.<sup>27</sup>

Voor ons onderwerp is dan van belang dat het gaat om een verantwoordelijkheid voor *a) handelen*, maar ook om een verantwoordelijkheid voor *b) spreken*.

Het handelen laat ik nu even buiten beschouwing. Dat is tenslotte niet omstreden. Ik beperk mij tot het spreken: een minister is verantwoordelijk voor alles wat hij of zij zegt. Dagelijks levert de krant ons materiaal op over dit onderwerp. Onlangs raakte de minister van Volksgezondheid, mevrouw Borst, in opspraak vanwege uitspraken die zij had gedaan over de 'pil van Drion'.<sup>28</sup> De volksvertegenwoordiging heeft mevrouw Borst niet weggestuurd vanwege deze omstreden opvattingen over de pil van Drion, maar in ons bestel is een volksvertegenwoordiging daartoe wel degelijk bevoegd. Stel nu eens dat

---

27 Wij hebben die macht in de vorige eeuw geleidelijk verworven. In 1848 door de invoering van de ministeriële verantwoordelijkheid en in 1866/68 met het beginsel dat een regering niet kan aanblijven tegen de wil van het parlement. Van belang is ook dat die verantwoordelijkheid maximaal geïmplementeerd wordt.

28 In een interview in *NRC Handelsblad* in april 2001 verklaarde zij: 'Ik ben niet tegen een 'pil van Drion' als het zó kan worden geregeld dat het alleen hoogbejaarde mensen betreft die klaar met het leven zijn.' Minister Borst en minister-president Kok werden hiervoor ter verantwoording geroepen in de Tweede Kamer. Vgl. 'Nu zelfdoding ter discussie', *NRC Handelsblad*, 17 mei 2001.

de minister van Volksgezondheid als reactie op kritiek vanuit het parlement had gezegd: 'Maar ik heb toch vrijheid van spreken? U kunt mij niet naar huis sturen voor iets dat ik heb gezegd!'. Dan zou het antwoord luiden dat een dergelijk verweer geen stand kan houden. Geen minister kan zich op vrijheid van meningsuiting in de hier aangegeven zin beroepen. Althans: een minister kan dat argument niet hanteren om én in het ambt gehandhaafd te blijven én die aan de volksvertegenwoordiging onwelgevallige meningen te blijven verkondigen.

Een individuele minister heeft trouwens ook geen vrijheid van meningsuiting in die zin dat de minister van volksgezondheid zich daarop kan beroepen ten overstaan van de ministerraad die haar op haar uitingen zou willen corrigeren. Ook in die zin heeft een minister geen vrijheid van meningsuiting.

Mij gaat het hier echter om de relatie minister / volksvertegenwoordiging. Het politieke leven van een minister hangt aan een zijden draadje. Voor elke uiting kan hij of zij naar huis worden gestuurd.

#### EEN MINISTER IS OOK VERANTWOORDELIJK VOOR WAT ANDEREN ZEGGEN

Nu zou dit alles nog geen problemen behoeven op te leveren indien een minister alleen verantwoordelijk zou zijn voor wat die *minister zélf* zegt. Dat is echter niet het geval. Een minister is ook verantwoordelijk voor wat anderen zeggen. De minister is verantwoordelijk voor uitingen van:

- zijn ambtenaren,
- het staatshoofd en
- de staatssecretaris.

Tot zover heb ik nog niets controversieels gezegd, denk ik. Maar nu ga ik een stap maken die u geleidelijk moet leiden naar de door mij hiervoor geschetste kritiek op de heersende leer over ambtelijke uitingsvrijheid. De vraag die ik wil stellen is deze: 'Als die minister nu volledig verantwoordelijk is voor alle uitingen die hijzelf of anderen voor wie hij verantwoordelijk is in het openbaar doet; en als het hierbij inderdaad gaat om een gesanctioneerde verantwoordelijkheid in die zin dat een minister kan worden weggestuurd voor meningsuitingen die de volksvertegenwoordiging afkeurt; is het dan niet redelijk te veronderstellen dat die minister een maximale beheersing moet hebben over het apparaat *waarvoor* die minister verantwoordelijk moet worden gehouden?'

Mij lijkt het onvermijdelijk dat we die vraag bevestigend beantwoorden. Ik denk zelfs dat een bevestigende beantwoording van die vraag zó belangrijk is dat ik zou willen spreken van een tweede beginsel van democratie. Dat betekent dus dat een democratie gebaseerd is op twee beginselen.

Het *eerste beginsel* luidt dat de minister volledig verantwoordelijk is voor het handelen en spreken van zichzelf, de bureaucratie, de staatssecretaris en het staatshoofd.

Het *tweede beginsel* luidt dat de minister volledig bevoegd is het handelen en spreken van personen en organen waarvoor hij verantwoordelijk is te beheersen.

Men kan het ook als volgt formuleren. Het eerste beginsel gaat uit van de gedachte: 'Indien bevoegd, dan verantwoordelijk'. Het tweede beginsel gaat uit van de gedachte: 'Indien verantwoordelijk, dan bevoegd.'

Men kan het tweede niet *logisch* uit het eerste afleiden. Uit 'Indien moeder, dan vrouw' volgt tenslotte niet 'indien vrouw, dan moeder'. Toch bestaat wel een andere dan logische relatie tussen de twee beginselen, zoals door mij onderscheiden. Hoe precies die relatie zou moeten worden aangeduid, vind ik moeilijk te zeggen, maar het appeleert aan een zekere 'common sense'. Wat heeft het voor zin een minister volledig verantwoordelijk te houden voor iets dat hij niet volledig bevoegd zou zijn te beheersen?<sup>29</sup>

Toch schrikt menigeen terug voor een betoogtrant zoals ik hiervoor heb gepresenteerd. *Waarom* dat het geval is, zal duidelijk zijn. Het pakt negatief uit voor een gekoesterd leerstuk: ambtelijke uitingsvrijheid. De heersende leer op dit punt is namelijk een hartstochtelijk gekoesterde overtuiging. De redenering gaat als volgt. Grondrechten zijn van groot belang. De grondwetgever heeft terecht in 1983 verklaard dat grondrechten ook voor ambtelijke verhoudingen moeten gelden. Wat zou daartegen zijn?

De denkfout die heeft kunnen postvatten rond het leerstuk van de vrijheid van meningsuiting van ambtenaren is een *species* van de meer algemene denkfout dat het altijd mooi is wanneer meer en meer in verband kan worden gebracht met mensenrechten. Hoe meer mensenrechten hoe mooier, denkt men. Hoe breder die mensenrechten kunnen worden geïmplementeerd des te hoger het rapportcijfer voor rechtsstatelijkheid. Dat voor die ambtelijke uitingsvrijheid een kolossale prijs zou moeten worden betaald in de vorm van een verlies aan democratie, kunnen velen zich niet voorstellen. En *als* men zich dat realiseert, dan ziet men dat nog als een op de koop toe te nemen consequentie, want zó groot wordt de winst geacht in een verbetering van de rechtspositie van een categorie mensen dat de inbreuk op democratie ruimschoots wordt gecompenseerd.

#### DE SEMANTISCHE KWESTIE: WANNEER NOEMEN WE DE MENINGSUITING 'VRIJ'?

De oplossing van dit vraagstuk wordt overigens nog bemoeilijkt door een semantisch punt. Wat de voorstanders van ambtelijke uitingsvrijheid doorgaans ongrijpbaar maakt, is dat zij vasthouden aan de semantische conventie om de vrijheid van ambtenaren een 'vrijheid van meningsuiting' te *noemen*,

---

29 Vgl. uitvoeriger over deze twee beginselen: P.B. Cliteur, 'Indien verantwoordelijk dan bevoegd?', in: M.C. Burkens, E.C.M. Jurgens, A.K. Koekkoek, J.J. Vis (red.), *Gelet op de Grondwet. 150 jaar Grondwet*, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties: Den Haag 1998, p. 125-137.

maar dat zij in de praktijk vaak bereid blijken *vergaande beperkingen* op die vrijheid te accepteren. Vandaar dat ik hiervoor zo expliciet heb gestipuleerd dat ik van vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren alleen maar wil spreken wanneer ambtenaren ongeveer dezelfde vrijheid toekomt als burgers.

Wat men echter doorgaans zegt is het volgende. 'Ja, natuurlijk, een ambtenaar mag zich niet uitlaten over politiek gevoelige materie, maar daarom houdt hij voor het overige nog wel van vrijheid van meningsuiting'. Of men zegt: 'Ja, natuurlijk, een ambtenaar mag de minister niet voor de voeten lopen, maar dat doet toch geen afbreuk aan zijn vrijheid van meningsuiting die *in beginsel* bestaat?'

Naar mijn smaak is dat een beetje vals spelen. Immers kenmerkend voor vrijheid van meningsuiting is nu juist dat men zich mag uitlaten over politiek gevoelige materie. Daar *is die vrijheid van meningsuiting voor uitgevonden!* Het gaat om meningsuitingen 'that offend, shock, or disturb the State or any sector of the population'.<sup>30</sup>

Misschien kan een voorbeeld de redelijkheid van mijn semantische opvattingen duidelijk maken. Stel nu eens dat de Amerikaanse autoriteiten tegen M. Luther King hadden gezegd: 'Natuurlijk heb je vrijheid van meningsuiting, je mag alleen maar niet praten over het gevoelige onderwerp van de rassenverhoudingen in Amerika'. Of stel de Katholieke Kerk had aan Galileo verteld: 'Maar natuurlijk kan je overal over schrijven: over de familieverbanden in Italië, over insecten, over de bomen, planten en God weet wat, alleen, euh, over hoe ons zonnestelsel in elkaar zit moet je je beperkingen opleggen'. Zouden de Amerikaanse voorvechter van de emancipatie van de zwarte bevolking of de grote natuurkundige zich dan niet bijzonder 'genomen' hebben gevoeld? Precies datzelfde kan men naar mijn idee zeggen van die gematigde voorstanders van de vrijheid van meningsuiting die ambtenaren een dergelijk recht willen toeschrijven, maar tevens stellen dat de ambtenaar de minister niet voor de voeten mag lopen.

Mijn semantische punt is dit. Om van vrijheid van meningsuiting te kunnen spreken is het niet voldoende wanneer het terrein van onderwerpen waarover iemand zich mag uitlaten groot is. Immers dan zouden Martin Luther King en Galileï óók vrijheid van meningsuiting hebben gehad. Kenmerkend voor vrijheid van meningsuiting lijkt *dat je zelf mag bepalen over welke onderwerpen je een mening wilt ventileren en dat je dat kan doorzetten tegen de wil van een politieke of bestuurlijke meerdere in*. Wie dus vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren wil verdedigen moet verdedigen dat een ambtenaar standpunten mag innemen in het publieke debat die geheel ingaan tegen de wensen en ideeën van de minister. Wie dat onverantwoord acht (en mij lijkt dat onverantwoord, maar dat zal wel duidelijk zijn) moet niet poseren als een voorstander van ambtelijke uitingsvrijheid, maar de moed hebben om te zeggen: 'Ik ben tegen die uitingsvrijheid. Het klinkt

---

30 EHRM, *Handyside v. United Kingdom* (1976).

leuk. Het geeft een goed gevoel. Het is de heersende leer in weldenkend progressief Nederland. Het is een populair standpunt. Maar het is staatsrechtelijke onzin.'

#### HET COMPROMIS VAN ARTIKEL 125A AMBTENARENWET: EEN NIET GESLAAGDE POGING

Tot zover heb ik mij nog niet uitgelaten over positief recht. Ik heb alleen geprobeerd duidelijk te maken dat erkenning van ambtelijke uitingsvrijheid de grondslagen van een parlementaire democratie zou ondermijnen.

Laten we ons nu bezig houden met de wijze waarop dit onderwerp in het positieve recht geregeld is. Daartoe is immers een poging ondernomen, zij het, naar mijn mening, een weinig geslaagde poging. In artikel 125a van de Ambtenarenwet staat sinds 1988 een bepaling die een soort compromis tot stand probeert te brengen. Daarin wordt – voorzover hier relevant – bepaald dat de ambtenaar zich dient te onthouden van het openbaren van gedachten of gevoelens indien door de uitoefening van deze rechten de *goede vervulling van zijn functie* of de *goede functionering van de openbare dienst*, voorzover deze in verband staat met zijn functievervulling, niet in redelijkheid zou zijn verzekerd.

De vraag is nu hoe we dit moeten lezen? Moeten we hierin primair lezen dat de ambtenaar recht heeft op vrijheid van meningsuiting? Of staat hierin de beperking centraal? En wat betekent die beperking precies? Dat de ambtenaar voldoende vrijheid overhoudt om te spreken van een vrijheid van meningsuiting *in beginsel*? Enthousiastelingen voor de ambtelijke uitingsvrijheid lezen hierin het laatste.

Ik ben echter geneigd te denken dat de wetgever met deze bepaling een faux pas heeft gemaakt die we moeten proberen te redresseren. Waarom een verkeerde stap?

Dat valt nog het beste te illustreren aan de hand van een denkbeeldige casus waarin de problemen rond ambtelijke uitingsvrijheid in gepolariseerde vorm naar voren komen. Stel de secretaris-generaal van justitie presenteert in de media een opvatting over de pil van Drion. De ministers van volksgezondheid en justitie worden naar de Kamer geroepen en komen door de opmerkingen van de secretaris-generaal in politieke moeilijkheden. In het kamerdebat distantieëren de ministers zich van de ideeën van de secretaris-generaal en om herhaling van deze gang van zaken te voorkomen decreteert de minister van justitie aan zijn secretaris-generaal: 'Geen meningsuitingen meer over dit onderwerp buiten de ministerskamer'.<sup>31</sup>

---

31 Conform de lijn, zoals uiteengezet door oud-minister Jo Ritzen, *De Minister. Een handboek*, Bert Bakker: Amsterdam 1998, p. 59, die meende dat ambtenaren binnen je werkkamer 'maximaal brutaal' mogen zijn maar dat 'daarbuiten maximaal loyaal' als parool zou moeten gelden.

De secretaris-generaal is echter niet van zins zich te laten beknotten in wat hij noemt 'zijn vrijheid van meningsuiting'. Dit is tenslotte een grondrecht. En grondrechten gelden ook voor ambtenaren, heeft de grondwetgever van 1983 uitgemaakt. Hij kan zich bovendien beroepen op een serie uitspraken van de Centrale Raad van Beroep.<sup>32</sup> Blijkt daaruit niet overduidelijk dat ambtelijke uitingsvrijheid een geaccepteerd principe is in de Nederlandse Jurisprudentie? En heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg niet eveneens in een vaste jurisprudentie bepaald dat vrijheid van meningsuiting in beginsel ook voor ambtenaren geldt?

Het zal dus aankomen op een conflict tussen minister en secretaris-generaal. Voor de vraag of we nu kunnen spreken van ambtelijke uitingsvrijheid is van belang *wie* in dit conflict het verlossende woord spreekt ('Wer entscheidet?'). Men kan daarbij drie verschillende posities onderscheiden.

De eerste is dat de *ambtenaar* het laatste woord heeft. Hij maakt uiteindelijk zelf uit of de goede functionering van de openbare dienst is gewaarborgd. Het behoeft weinig betoog dat in een dergelijk geval zijn vrijheid van meningsuiting optimaal is gewaarborgd.

De tweede positie is dat de *minister* daarover het laatste woord heeft. Het behoeft dan weinig betoog dat in een dergelijk geval van de vrijheid van meningsuiting van de ambtenaar niets overblijft. Het resultaat is precies omgekeerd.

De Nederlandse wetgever lijkt sinds 1988 te hebben gekozen voor een derde optie: de beoordeling moet bij de *rechter* te liggen. Op het eerste gezicht is dat een voor de hand liggende keuze. Maar toch lijkt mij die keuze problematisch, zoals duidelijk kan worden gemaakt aan de hand van een doordening van het hiervoor geschetste conflict. De rechter moet dan beoordelen of de uiting van de secretaris-generaal 'de goede vervulling' van de ambtelijke functie frustreert en of een 'goede functionering van de openbare dienst' nog wel is gewaarborgd. Stel nu eens dat de rechter zich aan de zijde van de secretaris-generaal schaart: de betreffende uiting wordt *niet strijdig* geacht met een goede functionering van de openbare dienst. Wat zal de minister dan antwoorden? Hij zal zeggen: 'dat is allemaal goed en wel, maar het parlement is een andere mening toegedaan en *daarmee* heb ik te leven'. Daar heeft de minister gelijk in. Het parlement kan hem, de minister, wegsturen op grond van een ambtelijke meningsuiting die de rechter hem onmogelijk maakt te verbieden. Hier raakt de rechter in een heel bijzondere rolopvatting betrokken en de minister in een onmogelijke positie. Naar mijn idee moet de rechter hier nooit in meegaan. Essentieel voor ons bestel is een onderscheid tussen juridische en politieke oordelen. Wanneer de rechterlijke macht zich zou voegen in de rol

---

32 Zie voor een bespreking van die uitspraken: E. Verhulp, *Vrijheid van meningsuiting van werknemers en ambtenaren*, NV SdU: Den Haag 1996 en L.F.M. Verhey, *De zwoegers uit het vooronder. Over ambtelijke taakuitoefening, ministeriële verantwoordelijkheid en parlementaire controle*, W.E.J. Tjeenk Willink: Deventer 2001.

die zij eigenlijk op grond van de Ambtenarenwet min of meer wordt gedwongen te gaan vervullen dan zou ons constitutioneel systeem zich ontwikkelen in een onwenselijke richting. De parlementaire democratie zou onevenwichtig veel controlemacht overhevelen naar de rechterlijke macht. En waarvoor? Allemaal omdat de mensen het zicht op de uitgangspunten van ons bestel zijn kwijt geraakt. Men laat zich betoveren door de mythologie van mensenrechten.

#### DRIE OPLOSSINGEN VOOR ONS DILEMMA: RADICAAL EN NIET ZO RADICAAL

Als ik het goed zie zijn er drie uitwegen voor het geschetste dilemma.

De eerste zou men het compromismodel kunnen noemen. We erkennen dan dat het hiervoor geschetste gevaar dat ambtelijke meningsuiting de ministeriële verantwoordelijkheid uitholt reëel is. Maar, zo stelt men dan, daarmee kan de rechter best omgaan. De rechter moet inderdaad het conflict tussen de minister en de secretaris-generaal beoordelen in het licht van artikel 125a AW, maar de rechter zal dan marginaal toetsen of het standpunt van de minister te handhaven is.

Het bezwaar dat ik heb tegen een dergelijke oplossing is tweërlei. Allereerst dat daarmee de heikele beslissingen door de *rechter* moeten worden genomen en dat de ene rechter daarmee beter zal kunnen omgaan dan de andere. Een tweede probleem met dit model is dat het goed beschouwd enigszins misleidend is te blijven spreken van een vrijheid van meningsuiting in beginsel, terwijl verwacht wordt dat de rechter zich juist in beginsel op het standpunt zal stellen dat de minister en niet de ambtenaar het laatste woord heeft ter beoordeling van de vraag of een goede invulling is gegeven aan de ambtelijke functie of dat het goede functioneren van de ambtelijke dienst in gevaar is gebracht.

Deze eerste oplossing, goed aansluitend bij het Nederlandse poldermodel natuurlijk, is om de genoemde redenen onbevredigend (hoewel te verwachten valt dat deze velen zal aanspreken).<sup>33</sup>

Een tweede oplossing voor ons probleem is een radicale oplossing: breken met de volle ministeriële verantwoordelijkheid. Dit is de oplossing van de vele stemmen in de doctrine die de ministeriële verantwoordelijkheid tot een 'fictie' verklaren of moeilijk te handhaven in deze tijd met hoogopgeleide pro-

---

33 Tijdens een lezing voor de leden van de Haagse Rechtbank die ik over dit onderwerp heb gegeven in de Hervormde Kerk op Kaag-eiland op 11 mei 2001, kwam dit bezwaar tegen mijn strenge afwijzing van de ambtelijke uitingenvrijheid dan ook bij verschillende rechters op: 'Wij kunnen daarmee omgaan. We toetsen slechts marginaal.' Anderen meenden na enig gewetensonderzoek toch wel te moeten constateren dat het marginaal – toetsen sommigen van hen goed zou afgaan, anderen niet.

professionals in de ambtelijke dienst.<sup>34</sup> Zo zou men bijvoorbeeld kunnen bepalen dat een minister alleen verantwoordelijk is voor handelen en niet voor spreken. In zijn meest radicale variant zou dat zelfs het eigen spreken van de minister kunnen betreffen. Wij beoordelen onze minister van Economische Zaken dan niet meer op wat zij over de Franse president zegt maar op de vraag hoe zij tegenover hem *handelt*.<sup>35</sup> Wij veroordelen niet meer een *uiting* van onze minister van Volksgezondheid, maar wij wachten af of zij *daadwerkelijk komt met een wetsvoorstel* ter legalisering van de pil van Drion.

Uit de hier gegeven voorbeelden blijkt echter al dat dit een gekunsteld onderscheid zou zijn. In zekere zin is spreken ook een vorm van handelen. Als we een minister niet meer op zijn of haar woord mogen geloven dan wordt het toch wel erg 'Alice in Wonderland'.

Maar misschien is het een oplossing wanneer we weliswaar de minister verantwoordelijk houden voor het *eigen* spreken, maar niet meer voor dat van de *bureaucratie*. Voor de bureaucratie geldt dat men de minister publiekelijk mag kritiseren, maar als het aankomt op een dienstbevel moet men trouw de gekritiseerde regel of maatregel uitvoeren. 'To censure freely, to obey punctually', heeft men wel gezegd.<sup>36</sup>

Maar is dit realistisch? Wat betekent dat voor het imago van de over-

34 In de literatuur vindt men keer op keer de opvatting herhaald dat het idee van ambtelijke loyaliteit niet meer te rijmen zou zijn met de professionaliteit van de hedendaagse ambtelijke organisatie. Waarom niet het omgekeerde zou gelden is echter volslagen onduidelijk. Het is juist amateuristisch te denken dat ambtenaren de politiek kunnen overnemen. Wat Weber beschrijft in *Politik als Beruf*, Siebente Auflage, Duncker & Humblot:Berlin 1982 (1919) en *Staatssoziologie. Soziologie der rationalen Staatsanstalt und der modernen politischen Parteien und Parlamente, Mit einer Einführung und Erläuterungen herausgegeben von Johannes Winckelmann*, Zweite, durchgesehene und ergänzte Auflage, Duncker & Humblot:Berlin 1966, is juist de ambtelijke organisatie als *professionele* organisatie. De pratende ambtenaren die in aanvaring komen met hun politieke bazen zijn de amateurs. De anomieme ambtenaren die trouw hun werk doen en niet in opspraak raken zijn de ware professionals.

35 De Nederlandse minister van Economische Zaken, Jorritsma, noemde in het radioprogramma *Spijkers met koppen* van 31 maart 2001 president Chirac van Frankrijk een 'engerd'. (In een discussie over het koningschap. Met een 'engerd' als president Chirac zou men niet beter af zijn). Vgl. 'Jorritsma: Chirac is engerd. Tweede Kamer verontwaardigd over uitgljijer vice-premier', *Trouw* 2 april 2001. Alleen partijgenoot Weisglas stelde: 'Ik heb niet de behoefte op privé-opvattingen van de minister in te gaan. Dit is haar mening over een type man en dat is geen politiek onderwerp.' NRC-commentator J.L. Heldring becommentarieert onder de titel 'Plaatsvervangende schaamte', *NRC Handelsblad* 5 april 2001, de uitspraak als volgt: 'Waar het (...) om gaat, is dat de mate van mevrouw Jorritsma's ontvankelijkheid voor de aantrekkingskracht van leden van het andere geslacht volstrekt oninteressant is, maar dat de openbaring ervan door *minister* Jorritsma wel degelijk politieke gevolgen kan hebben (...)'. Weken later bleek de Nederlandse ambassadeur in Parijs, C. Kröner, op het matje te zijn geroepen bij hoge medewerkers van Chirac. Vgl. 'Gezant op matje om uitspraak Jorritsma', *NRC Handelsblad* 21 juni 2001.

36 Dat was de houding van de verlichtingsfiloof Jeremy Bentham. Vgl. Hart, 1958. Men kan dit ook onderkennen bij een andere verlichter: Immanuel Kant, *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?* (1784), in: *Schriften zur Anthropologie, Geschichtsphilosophie, Politik und Pädagogik*, 1, Hrsg. W. Weischedel, Suhrkamp: Frankfurt am Main 1981, p. 53-61.

heidsdienst? Is het werkelijk te verwachten dat een ambtenaar loyaal uitvoering zal geven aan een regeling die hij bitter heeft bestreden in het publieke debat? En wat betekent kritiek van de secretaris-generaal op de minister voor de loyaliteit van lagere ambtenaren aan de minister? Zou dat niet betekenen dat zij in een ernstig loyaliteitsconflict komen? Naar wie moeten zij luisteren? Naar hun secretaris-generaal of naar hun minister?

Dit lijken mij reële problemen. Een en ander betekent dat ik geen andere uitweg zie uit het geschetste dilemma dan het bewandelen van een derde weg. Deze derde oplossing is misschien even radicaal als de tweede, maar zij is staatsrechtelijk zuiver en zij leidt niet tot innerlijke tegenstrijdigheden binnen ons bestel. De derde oplossing is – natuurlijk – geheel te breken met de mythe van de ambtelijke uitingsvrijheid. Het is inderdaad een terugkeer naar de door velen als 'ouderwets' gebrandmerkte leer dat vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren een onhoudbare illusie is.

Voor velen is het moeilijk voorstelbaar dat men zoiets kan doen. Vele staatsrechtgeleerden zijn in de ban van een soort vooruitgangsgeloof dat het almaar beter wordt met de doctrine. 'Thans is zulks gemeengoed', schrijft een trouw discipel van de moderne leer over dit onderwerp.<sup>37</sup> Het beeld van de ambtenaar die verborgen onder de vleugels van de politiek verantwoordelijke bestuurder nagenoeg is afgesloten van de buitenwereld 'is allang geen werkelijkheid meer'.<sup>38</sup>

Het probleem dat ik heb met dit soort passages is dat zij de staatsrechtwetenschap enigszins onwaardig zijn. Staatsrecht is geen empirische sociologie.<sup>39</sup> De staatsrechtwetenschap *schrijft voor*. Zij constateert niet dat een bepaalde ontwikkeling 'heeft plaatsgevonden' en sluit zich daar vervolgens kritiekloos bij aan – dat zou het beeld zijn van een wetenschap in verval. Toch is dat de tragische werkelijkheid van vandaag. Ontbreekt het de staatsrechtgeleerden aan verbeeldingskracht om de eigen tijd kritisch te belichten? Men denkt kennelijk 'Wesen ist was gewesen ist',<sup>40</sup> terwijl ... 'It ain't necessarily so'.

37 Aldus: L.F.M. Verhey, *De zwoegers uit het vooronder. Over ambtelijke taakuitoefening, ministeriële verantwoordelijkheid en parlementaire controle*, W.E.J. Tjeenk Willink: Deventer 2001, p. 2, over de hedendaagse praktijk dat departementen zelfstandig naar buiten treden met een jaarverslag.

38 Verhey 2001, p. 2 (zie noot 32).

39 Hoewel het in de jaren zestig en zeventig in de staatsrechtelijke doctrine wel sterk die kant is uitgegaan. Je treft het bijvoorbeeld aan bij: H.Th.J.F. van Maarseveen, 'Ministeriële verantwoordelijkheid en Openbaar Ministerie na 1976', *NJB* 26 februari 1977, p. 209-215; H.Th.J.F. van Maarseveen, 'Ministeriële verantwoordelijkheid', *NJB*, 1965, p. 495-507, ook in: M. Bense, Th. Holterman, G.F. van der Tang (red.), *Expositie Van Maarseveen*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1991, p. 161-172. Staatsrechtgeleerden kwamen altijd 'te laat'. Het staatsrecht werd bepaald door de politiek, zo dacht men, en als de politieke strijd was geëindigd verschenen de staatsrechtgeleerden om de stand van zaken op te nemen.

40 Of, 'as Hegel said, that everything actual is rational', zoals William James schrijft. Vgl. James, William, *The Varieties of Religious Experience. A Study in Human Nature*, edited with an Introduction by Martin E. Marty, Penguin Books: Harmondsworth 1982 (1902), p. 132.

---

 WAAROM HET TOCH DE GOEDE KANT UITGAAT

Eindig ik daarom in mineur? Is mijn stem er een van een roepende in de woestijn? Welnee, want er zijn allerlei positieve ontwikkelingen die mij optimistisch gestemd maken over de toekomst. Ik zal er vier noemen.

Allereerst: het overgrote deel van de ambtenaren en politici gaat nog steeds uit van het door mij geschetste klassieke model.<sup>41</sup> Weliswaar zijn secretarissen-generaal als Van Wijnbergen, Geelhoed, Borghouts en anderen in opspraak geraakt vanwege uitingen in het openbaar, maar zij zijn – gelukkig – uitzonderingen. Het overgrote deel van de ambtelijke dienst werkt nog volledig anoniem, met klassieke Weberiaanse opvattingen over loyaliteit aan de politieke leiding.

Een tweede punt dat optimistisch stemt: in 1998 heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in de uitspraak *Ahmed vs het Verenigd Koninkrijk* de modernistische leer van ambtelijke uitingsvrijheid een zware slag toegebracht.<sup>42</sup> Britse wetgeving waarin aan ambtenaren werd verboden zich op politiek terrein te begeven werd niet in strijd geacht met het verdrag. Deze beperkingen werden noodzakelijk geacht in een democratische samenleving. Helaas heeft het Hof met deze uitspraak nog niet het gehele leerstuk van de ambtelijke uitingsvrijheid afgeschoten, maar met de stelling dat ambtelijke uitingsvrijheid op gespannen voet staat met de eisen van een democratische samenleving is het geheel in harmonie met de lijn van het door mij gepresenteerde betoog.

Een derde punt dat mij tot enig optimisme stimuleert, is dat er een trendbreuk lijkt te bestaan in de cultuur. De doctrine van de ambtelijke uitingsvrijheid is een product van de jaren zestig. Maar het leerstuk is allerminst onomstreden. Secretaris-generaal Van Wijnbergen moest het veld ruimen na een conflict met zijn minister, Jorritsma. Het moment van terugtreden van Van Wijnbergen, 26 september 1999, is een datum in onze constitutionele geschiedenis zoals 1866/68 een belangrijke periode is in onze constitutionele geschiedenis: in de krachtmeting tussen politieke machten en die van de bureaucratie prevaleerden de politieke machten. Het verbaast mij, eerlijk gezegd, dat in de

---

41 Men spreekt ook wel van het 'Weberiaanse model', omdat Weber het hiervoor uiteengezette standpunt verdedigde in: Max Weber, *Politik als Beruf*, Siebente Auflage, Duncker & Humblot: Berlin 1982 (1919). Men vindt het ook bij de Amerikaanse politieke theoreticus: Herman Finer, 'Administrative Responsibility in Democratic Government', *Public Administration Review* Summer 1941, p. 336-341, onder de titel 'the case for subservience', gedeeltelijk ook in: John C. Koritansky & Hiram College, *Public Administration in the United States*, Focus Publishing: R. Pullins and Company 1999, p. 80-84.

42 ECHM, *Ahmed and Others v. The United Kingdom*, 2 september 1998 (65/1997/849/1056). Vgl. ook: Niessen, C.R., 'Ambtenaar en grondrechten, ofwel: leve het poldermodel!', *NJCM-Bulletin*, 1999-24/7, p. 947-961, die overigens de pointe van de uitspraak geheel mist. Niessen put hoop uit het feit dat het Hof lippendienst bewijst aan de ambtelijke uitingsvrijheid, maar hij miskent dat bij het Hof de pratende ambtenaren de deksel op de neus krijgen.

handboeken van het Nederlandse staatsrecht aan deze kwestie geen aandacht wordt besteed. De geschiedenis van het ongeschreven staatsrecht is toch niet afgerond met de belangrijke data uit de vorige eeuw?

Gelukkig is men ook in de politiek al enkele jaren bezig met pogingen tot herstel van het primaat van de politiek. Ook zijn successen op dit terrein geboekt. Het leerstuk van het onafhankelijk OM dat in feite werd gevoed door dezelfde ideeën als die ten grondslag liggen aan ambtelijke uitingsvrijheid, is politiek en legislatief verlaten. Men is in feite teruggekeerd naar het oude systeem van een geheel aan de uitvoerende macht ondergeschikt OM, zoals Van Maanen dat in 1827 voor ogen had.<sup>43</sup> Kortom, er lijkt een trendbreuk te onderkennen in de goede richting.

Een vierde punt dat mij optimistisch stemt is de geringe invloed van academische verhandelingen over staatsrechtelijke onderwerpen op het wetgevingsproces. We hebben dat al gezien bij het OM. De gehele strafrechtelijke gemeenschap inclusief het OM zelf was voor een verregaand onafhankelijk OM. Het heeft niets geholpen. Noch de toenmalige minister van justitie (Sorgdrager), noch de leden van de Staten-Generaal hebben zich daar ook maar iets van aangetrokken. De politiek trok zijn eigen lijn. Waarschijnlijk hebben de vele conflicten tussen minister Sorgdrager en het college van procureurs-generaal daarbij als katalysator gewerkt:<sup>44</sup> voor iedereen in de politiek werd duidelijk dat men bij het OM onafhankelijkheidsaspiraties koesterde.

Geen reden tot ongerustheid dus. Maar het is wel nodig waakzaam te blijven. Pascal zei al: 'Het hart heeft zijn redenen die de rede niet kent'. Pascal bedoelde dat ten gunste van het hart. Ik ben het daar niet zo mee eens. Soms hebben mensen hun hart aan iets verpand, terwijl zij hun rede hadden moeten gebruiken om te doorzien dat zij de verkeerde sympathieën koesteren.<sup>45</sup> Liefde maakt blind. Laten we hopen dat ook op het punt van de ambtelijke uitingsvrijheid de rede zal zegevieren.

#### ALS BUITENLID VAN DE COMMISSIE-FRANKEN STEL IK VOOR...

Het voorgaande betoog zou kunnen uitmonden in een praktisch voorstel. Zoals bekend is Hans Franken verschillende keren opgetreden als voorzitter van staatscommissies. De laatste keer was dat ten behoeve van de commissie

43 Vgl. P.B. Cliteur, 'De historische ontwikkeling van de doctrine over de constitutionele positie van het Openbaar Ministerie (1827-1997)', in: C.J.H. Jansen, en M. van der Vrugt (red.), *Recht en geschiedenis*, Ars Aequi: Nijmegen 1999, p. 63-77.

44 Mooi beschreven in: Ad Liempt van & Ger van Westing, *Klem in de draaideur. Arthur Docters van Leeuwen en het Ministerie van Justitie 1995-1998*, Balans, z.p. 2000.

45 Dat is het gevaar met voluntaristische benaderingen, zoals die van de pragmatist James, bij wie de wens de vader van de gedachte wordt. Vgl. William James, 'The Will to Believe', in: William James, *Writings 1878-1899*, The Library of America 1984, p. 457-479. Beter lijkt mij: W.K. Clifford, *The Ethics of Belief and Other Essays*, Introduction by Timothy J. Madigan, Prometheus Books, Amherst: New York 1999 (1877), p. 70-96.

'Grondrechten in het digitale tijdperk'. De commissie-Franken stelt in haar rapport voor artikel 7 van de grondwet te wijzigen in de volgende zin. Het eerste lid van artikel 7 zou moeten komen te luiden: 'Ieder heeft het recht vrij zijn mening te uiten. Dit recht omvat de vrijheid om denkbeelden of andere informatie te openbaren, te verspreiden of te ontvangen.'<sup>46</sup> De vraag is nu wat 'ieder' zou moeten betekenen. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens werd voor eenzelfde vraag gesteld toen beantwoord moest worden wat dient te worden verstaan onder 'everyone' (een ieder), zoals te vinden in – onder andere – artikel 10 van het EVRM (vrijheid van meningsuiting). Het heeft nauwelijks betoog dat in de lijn van mijn betoog zou liggen ambtenaren uit te sluiten als vallend onder 'een ieder'. Helaas is dat noch ten aanzien van artikel 10 EVRM noch ten aanzien van de grondwet gebeurd. Althans nog niet. In de zaak Ahmed vs. Verenigd Koninkrijk (1998) herhaalt het Hof de bewoordingen die eerder in de Vogt-zaak waren gebezigd, namelijk dat artikel 10 EVRM ook van toepassing is op ambtenaren. Het gaat mij met name om de redengeving die het Hof daarvoor aanvoert. Het zegt: 'Although it is legitimate for a State to impose on civil servants, on account of their status, a duty of discretion, civil servants are individuals and, as such, qualify for the protection of Article 10 of the Convention.'

De gedachte lijkt hier de volgende te zijn:

- Alle individuen hebben de rechten van het EVRM
- Een ambtenaar is een individu
- Derhalve heeft een ambtenaar de rechten van het EVRM.

Hier volgt inderdaad de conclusie logisch uit de premissen. De enige mogelijkheid om de conclusie ter discussie te stellen is het kritisch ondervragen van de premissen. Kan dat? Het Hof schijnt te menen van niet, maar dat is verre van duidelijk. De fout schuilt in de tweede premisse: *ambtenaren zijn namelijk géén individuen*. 'Individu' is 'alles wat niet gedeeld kan worden zonder een wezenlijke verandering te ondergaan'. Het is 'wat op zichzelf bestaat'.<sup>47</sup> Een ambtenaar staat echter niet 'op zichzelf'. Hij is een onlosmakelijk onderdeel van de overheid of van de 'staat'. Het mooiste komt dat misschien nog tot uitdrukking bij de ambtenaren van het Openbaar Ministerie waar men het principe van de 'één en ondeelbaarheid' kent. Het houdt in dat een individuele officier altijd optreedt namens het OM als geheel. Elke officier is ook door een andere vervangbaar.<sup>48</sup> Men concludeert *namens de staat*.

46 Rapport Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk, p. 107.

47 Vgl. K. Kuypers, *Encyclopedie van de filosofie*, Elsevier: Amsterdam Brussel 1979, p. 354.

48 Vgl. J. Matthijs, *Het Belgische Openbaar Ministerie en zijn beleid, getoetst aan de nieuwe wetten*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1969, p. 38. Over de ondeelbaarheid van het OM schrijft Matthijs dat de magistraten van het OM nooit uit eigen naam optreden, maar uit naam van het parket waaraan zij verbonden zijn: 'hun persoonlijkheid vermengt zich met de morele persoon, samengesteld uit het geheel van de magistraten van één zelfde parket'. In Nederland gaan we overigens eveneens van de één en ondeelbaarheid uit. Vgl. onder andere: Baron W.A. van der Feltz en J.M.A.V. Moons, *De ambtelijke verhouding in het Nederlandse Openbaar Ministerie*, Preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1969.

Bij sommige delen van het overheidsapparaat brengt men dat symbolisch tot uitdrukking met toga's (rechterlijke macht) en uniformen (leger), alsof de onderlinge verschillen tussen individuen zoveel mogelijk moeten worden weggenomen. Maar ook waar dat niet het geval is geldt de norm van uniform optreden door de overheid. De grilligheden van het individuele moeten zoveel mogelijk worden geëlimineerd. De ambtenaar treedt niet op eigen naam en titel op, maar namens de overheid die hij representeert. Het is misschien mogelijk om aan ambtenaren bepaalde grondrechten toe te kennen, maar zeker *niet* op de grond dat zij 'individuen' zouden zijn, zoals het EHRM ten onrechte lijkt te veronderstellen.

Integendeel: individualisering van het ambtelijk apparaat zou een terugval in de constitutionele geschiedenis zijn die we moeten ontmoedigen. Eens was het staatsgezag niet ónpersoonlijk, maar persoonlijk. Het was de tijd dat de koning kon zeggen 'l'état c'est moi'.<sup>49</sup> Maar sinds de opkomst van de democratie wordt de soevereiniteit gedragen door fluctuerende ambten met een zo groot mogelijk gezag over aangestelde ambten. En dat laatste vergt weer ónpersoonlijk en anoniem optreden van de 'vierde macht' die eigenlijk geen 'macht' zou mogen zijn.<sup>50</sup>

Terug naar het rapport van de commissie-Franken: als de grondwetgever zich toch over dit onderwerp gaat buigen zou ik – als denkbeeldig buitenlid van de commissie-Franken – willen voorstellen nog een tweede voorstel in overweging te nemen. Het zou verstandig zijn dat in artikel 7 grondwet in het tweede lid werd opgenomen dat ambtenaren worden uitgesloten van de bescherming van artikel 7. 'Een ieder' moet betekenen: iedere *burger*. Staatshoofd en ambtenaar vallen daarbuiten.

Misschien zal Hans Franken schrikken wanneer hij dit leest: 'staat mijn functionele rechtsleer aan de wieg van dit uitermate conservatieve betoog?'

Laat dit hem tot troost strekken. Ook hiervoor geldt: It ain't necessarily so.

I'm preachin' this sermon to show  
It ain't nessa, 't aint't nessa, 'taint't nessa,  
'T ain't necessarily so.

49 Hoewel niet alleen koningen die pretentie hadden. Vgl. Chateaubriand over Bonaparte: "Geen redevoering van Bonaparte waarin niet zijn aversie blijkt jegens de republiek waaruit hij was voortgekomen; maar van de misdaden van de republiek had hij een minder grote afschuw dan van haar vrijheidsprincipes. (...)". Napoleon zei: 'Wil men de soevereiniteit van het volk herstellen? Goed, in dat geval roep ik mezelf tot volk uit; want ik ben altijd daar waar de soevereiniteit is'. Chateaubriand: 'Nimmer heeft een despoot op krachtiger wijze zijn eigen aard onderstreept: hij keerde gewoon de uitspraak van Lodewijk XIV om: 'De Staat, dat ben ik''. Vgl. Chateaubriand, Francois-René, *Memoires van over het graf*. Autobiografie, Meulenhoff: Amsterdam 2000, p. 232.

50 R. Crinice le Roy, *De vierde macht. Een hernieuwde kennismaking*, derde, herziene druk, Den Haag 1976, die het begrip 'vierde macht' in Nederland bekend heeft gemaakt, is overigens zelf niet duidelijk over de vraag of hij die vierde macht een goede of een kwade zaak vindt. De oratie (later boek) van Crinice le Roy heeft trouwens veel verwarring gesticht. Het begrip 'macht' in de aanduiding 'vierde macht' is een geheel ander begrip van macht dan bij Montesquieu. Staatsrechtelijke bevoegdheden worden hier weer met empirische sociologie verward.