

OPENBAARHEID EN TOEGANKELIJKHEID VAN RECHTERLIJKE UITSPRAKEN. VAN OUDE PRINCIPES DIE NIET VOORBIJGAAN

Leonie van Lent*

Zou de wetgever moeten bepalen dat alle rechterlijke uitspraken op internet worden gepubliceerd? In dit artikel wordt deze vraag in het licht geplaatst van de doelen van het openbaarheidsbeginsel. Dit gedachtegoed levert sterkere argumenten daarvoor op dan een beroep op 'hedendaagse opvattingen': het uitgangspunt van het openbaarheidsbeginsel is immers wantrouwen jegens de rechterlijke macht.

1 Inleiding

'Judgment shall be pronounced publicly', zo luidt artikel 6 lid 1, tweede volzin, EVRM. In artikel 121 van de Grondwet, tweede volzin, wordt bepaald: 'De uitspraak geschiedt in het openbaar'. Geen van beide bepalingen laat het maken van uitzonderingen toe. De openbaarheid van de uitspraak gaat bovendien, zoals hieronder naar voren komt, terug op onze oudste constitutionele regelgeving. De openbare uitspraak is een leerstuk van respectabele statuur, althans, dat leert een eerste, vluchtige blik

De openbare uitspraak is een leerstuk van respectabele statuur, althans, dat leert een eerste, vluchtige blik

Een nadere verkenning roept echter veel vragen op. In de loop van vele jaren is de openbare uitspraak geregeld onderwerp van bespreking geweest, waarbij vooral de discrepantie tussen de ongeclausuleerde constitutionele verplichting van openbaar uitspreken en de bestaande praktijk aan de orde werd gesteld. Een telkens terugkerende overweging is dat het (altijd) openbaar uitspreken van rechterlijke beslissingen een tijdrovende activiteit is die (vanwege afwezigheid van belangstellenden en het toesturen van uitspraken aan de partijen) dikwijls als zinloos wordt ervaren, en daarom in de praktijk niet of onvolledig wordt nageleefd.¹ Ook is aangekaart dat de (grond) wetgever zelf de constitutionele waarde van dit leerstuk heeft verwaarloosd.² Met recht is dan ook de conclusie getrokken dat de constitutionele eis van een openbare uitspraak vooral bespiegelingen

van technische aard heeft opgeleverd en niet de status van klassiek grondrecht heeft verworven.³ Deze eis is 'wegwerprecht' genoemd en de praktijk is als 'schijnvertoning' bestempeld.⁴

Desondanks, of wellicht juist om die reden, is het leerstuk van de openbare uitspraak aan een ware comeback bezig. Van de verschillende kwesties die onder de paraplu van dit leerstuk vallen,⁵ gaat dit artikel in op de toegankelijkheid van uitspraken door middel van publicatie op internet. De verwachtingen van het internet en de opvatting dat rechterlijke uitspraken, conform de grondwettelijk vereiste openbaarheid, altijd op internet gepubliceerd zouden moeten worden, werden al in 2000 door Martens uitgesproken in zijn lezing bij de opening van de site www.rechtspraak.nl.⁶ Sedertdien wordt geregeld kritische aandacht gevraagd voor de wijze waarop en de mate waarin dit gebeurt en zou moeten gebeuren.⁷ Recentelijk heeft Barkhuysen opnieuw opgeroepen tot een wettelijke regeling ter zake.⁸

Met recht is de conclusie getrokken dat de constitutionele eis van een openbare uitspraak vooral bespiegelingen van technische aard heeft opgeleverd en niet de status van klassiek grondrecht heeft verworven

Het is verleidelijk, en ook niet onjuist, om algemene publicatie op internet te bepleiten door te stellen dat dit overeenkomt met tegenwoordige opvat-

* Dr. L. van Lent is als universitair docent verbonden aan het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen en als onderzoeker aan het Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging van de Universiteit Utrecht.

- 1 J.E.A.A. ten Berg-Koolen, 'De totstandkoming van het vonnis', *NJB* 1979, afl. 28, p. 616; H. Drion, 'De openbare uitspraak van vonnissen', *RMThemis* 1979, p. 541-544; M.F.J.M. de Werd, 'De openbare uitspraak. Reconstructie van een verwaarloosd leerstuk', *NJB* 2001, afl. 2.
- 2 In de literatuur worden verschillende voorbeelden genoemd van de beperkte betekenis van het grondwettelijk voorschrift bij herziening en invoeren van wettelijke voorschriften; zie daarover J.T. Buijs, *De Grondwet. Toelichting en kritiek*, tweede deel, Arnhem: Gouda Quint 1887, De Werd 2001, en J.M. de Meij e.a., 'Toegang tot rechterlijke uitspraken. Rapport van de VMC-studiecommissie openbaarheid van rechtspraak', *Mediaforum* 2006, afl. 4. Wat betreft de grondwetgever zelf spreekt De Waard van pragmatische deconstitucionalisering, zie B.W.N. de Waard, 'De grote ogen van de grondwetgever. Het onderwerp "rechtspraak" in de Grondwet van 1983', in: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), *De Grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg* (Burkens-bundel), Zwolle: Tjeenk Willink 1995.
- 3 G. Boogaard & J. Uzman, 'Commentaar op artikel 121 van de Grondwet', in: E.M.H. Hirsch Ballin & G. Leenknecht (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, webeditie 2018 (www.nederlandrechtsstaat.nl).
- 4 De Werd 2001, p. 74; S.K. Martens, 'De opening van de website www.rechtspraak.nl', *Tema* 2000, afl. 1, p. 1-4.



5 Bijzondere vermelding verdient de aloude vraag wat de motiveringsplicht betekent in de 'nieuwe' vorm van begrijpelijkheid en 'klare taal'. Een kleine bloemlezing: Y. Buruma, 'Zuinig motiveren, maar wel uitleggen', AA20150150; G. van der Bruggen, 'En toen vloog er een stoel door de rechtszaal – De communicatieve functie van uitspraken', *NJB* 2015/679; L. Verheij, 'Lezing over begrijpelijke taal in de rechtspraak gehouden tijdens symposium 'De kracht van begrijpelijke taal' op 21 juni 2016, www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Gerechtshoven/Gerechtshof-Den-Haag/Nieuws/Documents/Begrijpelijke%20Taal%20in%20de%20rechtspraak.pdf; A. Verburg, 'De rechter tussen straattaal en jargon: op weg naar begrijpelijke uitspraken', AA20180169; M. Malsch, 'Vaktaal en incrowd', *Trema* 2018, afl. 1, <https://trema.nvr.org/editie/2018-01/vaktaal-en-incrowd>.

6 Martens 2000.

7 De Meij e.a. 2006; R.H. van den Hoogen, *E-justice; beginselen van behoorlijke elektronische rechtspraak* (diss. Utrecht), Den Haag: Sdu 2007, p. 77-80; L. Mommers, G.-J. Zwenne & B. Schermer, 'Het best bewaarde geheim van

tingen van transparantie en past in het digitale tijdperk.⁹ Maar aangezien de breed gevoelde zinloosheid van de mondelinge uitspraak als de kiem wordt gezien van de verwaarlozing in recht en praktijk, is het van groot belang dat het 'waarom' van de openbare uitspraak ook terug te zien is in het 'hoe': de wijze van openbaarmaking.¹⁰ Daarom ga ik in dit artikel in op de (ideeën)historische doelen van het openbaarheidsbeginsel (in het bijzonder in het strafproces) en bespreek ik in hoeverre deze doelen terugkomen in de in Grondwet en EVRM neergelegde openbaarheid van uitspraken. In de conclusie bespreek ik wat een en ander aan argumenten oplevert voor een wettelijke regeling van publicatie van rechterlijke uitspraken.

2 Achtergrond en doelen van het openbaarheidsbeginsel

De openbaarheid van de uitspraak en de openbaarheid van de terechtzitting gelden nu als de twee samenhangende onderdelen van het beginsel van openbaarheid van de rechtspraak. Deze theoretische samenhang is echter historisch geen vanzelfsprekendheid. De verplichting om met open deuren uitspraak te doen werd als artikel 101f opgenomen in de Grondwet van 1814, ontleend aan de Staatsregeling van 1798.¹¹ Daarmee werd de openbare uitspraak ruimschoots eerder dan de openbare terechtzitting (1848) een constitutioneel beginsel. Daaraan ligt, wat betreft het strafrecht,

een fundamentele scheidslijn ten grondslag; toen de openbare uitspraak een grondwettelijke norm werd, was de openbaarheid van de zitting (ingevoerd door de Franse overheerser) net afgeschaft. De wetsgeschiedenis van de eerste decennia van de negentiende eeuw laat vervolgens een grote worsteling zien met het concept van openbaarheid in relatie tot het rechterlijk onderzoek in strafzaken, alvorens de voorstanders de overhand kregen en de zittingsopenbaarheid in 1838 in de wet werd neergelegd.¹²

De openbaarheid van de uitspraak en de openbaarheid van de terechtzitting gelden nu als de twee samenhangende onderdelen van het beginsel van openbaarheid van de rechtspraak. Deze theoretische samenhang is echter historisch geen vanzelfsprekendheid

Verder terug in de tijd is van openbaarheid als norm voor behoorlijke rechtspraak geen sprake: het geheime en schriftelijke karakter was wezenlijk

voor het inquisitoire strafrechtelijke onderzoek in grote delen van Europa, en het openbaar uitspreken van het vonnis was de plechtige aanloop tot de strafvoltrekking; deze openbaarheid was bestemd voor machtsvertoon.¹³ Deze historische situatie is van belang, omdat zij ten grondslag ligt aan de ontwikkeling van openbaarheid als normatief concept. Dat is goed terug te zien in de betekenis die aan openbaarheid werd toegekend, bijvoorbeeld door Beccaria, wiens werk van grote invloed is geweest op de hervorming(svoorstellen) van het strafproces in de achttiende eeuw.¹⁴ Het sterkste schild van de tirannie is het geheim, aldus Beccaria. Het wegnemen van het geheim en het openbaar maken van zitting en bewijsvoering zou de openbare mening in staat stellen tot een 'remmende uitwerking [...] op de gewelddadigheden en driften'.¹⁵ Beccaria dicht dus aan de openbaarheid een normerende functie toe. In zoverre is openbaarheid een rechtsbeschermende notie; de bedoeling is dat de rechter zich, geconfronteerd met de publieke opinie, aan haar maatstaven (zorgvuldig en gewetensvol handelen met het oog op de vrijheden van het individu) zou onderwerpen. Het is van belang te onderkennen dat de afkeuring van de bestaande situatie in hoge mate was gebaseerd op wantrouwen jegens het gerechtelijk apparaat en de rechterlijke macht, door Beccaria onder meer verwoord als 'de willekeur van een massa kleine tirannen'.¹⁶ Beccaria's notie van openbaarheid omwille van de zuiverende invloed van de openbare mening staat in nauw verband met zijn pleidooi voor het legaliteitsbeginsel¹⁷ en voor lekenrecht-spraak.¹⁸ De rechtspraak gold als instituut waarin behoud van macht en stand centraal stond, en als belangrijke vorm van onderdrukking. Montesquieu, zelf rechter, sprak van 'la puissance de juger, si terrible parmi les hommes'.¹⁹ De hervormingsvoorstellen van eind achttiende eeuw waren dan ook sterk gericht op het ontnemen van macht aan de rechter.²⁰ Het concept van openbaarheid moet dus niet in afzondering worden beschouwd: in het hervormingsdiscours stond het altijd in verband met andere vormen van invloed van burgers op machtsuitoefening en beperking van de macht van de rechter.

Het concept van openbaarheid moet niet in afzondering worden beschouwd: in het hervormingsdiscours stond het altijd in verband met andere vormen van invloed van burgers op machtsuitoefening en beperking van de macht van de rechter

Met andere woorden: openbaarheid is weliswaar gepropageerd als middel om de in het proces betrokken burger (concreet) te beschermen tegen alles wat met het geheime onderzoek werd geassocieerd – geweld en pressie, samenspan-

ning tussen aanklagers en rechters, vervalsing van getuigenissen – maar die bescherming zou zich uiteindelijk algemeen moeten manifesteren in de nieuwe oriëntatie die de publieke opinie zou afdwingen. De verlichte geest van de wetgeving moest via de openbaarheid in de rechtspraak tot uiting komen. In die zin dient openbaarheid ook zichtbaarheid te geven aan de invloed van burgers die in het legaliteitsbeginsel besloten ligt, en de invloed van de rechtspraak zichtbaar te beperken ('bouche de la loi').²¹

Samenvattend: de norm van openbaarheid komt voort uit wantrouwen jegens de professionele rechtspraak en is – in samenhang met andere modaliteiten – gericht op normering van rechterlijke machtsuitoefening. De openbaarheid ziet in de eerste plaats op de verhouding tussen rechterlijke macht en het algemene (leken)publiek, waarin de rechtspraak zich tegenover het publiek dient te legitimeren door te laten zien dat zij haar machtspositie niet misbruikt en haar taak uitoefent op een wijze die overeenstemt met publieke maatstaven van goede rechtspraak. Via deze (indirecte) weg worden de in het proces betrokken burgers beschermd.

Het concept van openbaarheid ontmoette in de eerste decennia van het Koninkrijk der Nederlanden veel huiver

3 Terug naar de Grondwet

Hierboven meldde ik al dat het concept van openbaarheid in de eerste decennia van het Koninkrijk der Nederlanden veel huiver ontmoette. Het Souverein Besluit van 11 december 1813 (een van de eerste besluiten van de nieuwe vorst, vanaf 1815: Koning Willem I) schafte de 'algemeen bestaande zwarigheden' van de Franse strafrechtspleging, waaronder de openbaarheid van het zittingsonderzoek in strafzaken en de juryrechtspraak, onmiddellijk na het vertrek van de Fransen af.²² Deze afschaffing kan in hoge mate worden verklaard doordat openbaarheid en juryrechtspraak werden beschouwd als uitdrukking van wantrouwen jegens de (professionele) rechter; hier te lande bestond juist een groot vertrouwen in de rechtsgeleerde rechter.²³ De openbare uitspraak bleef buiten schot. De opvatting was kennelijk dat het openbaar uitspreken ook in het strafrecht – al was het pas bij de tenuitvoerlegging – altijd had bestaan.²⁴

Dat heeft ertoe geleid dat in de (grond)wets-geschiedenis de openbaarheid van de uitspraak nauwelijks als zelfstandig leerstuk is besproken. In de context van de grondwettelijke bepaling ging de discussie hetzij over de openbaarheid van de zitting, hetzij over de motivering van uitspraken. Het benoemen van de waarde daarvan staat overigens bijna van meet af aan in verband met (voorstellen tot) het aanbrengen van beperkingen, die dienden om de gewone wetgever meer armslag te bieden of vereenvoudiging van rechtspleging mogelijk te maken.²⁵ Toch kan constitutionele gedachtevoor-

de raadkamer', *NJB* 2010/1692; C.C.M. Althoff, J.C.D. Crezée, M.G. Smeenk & J.D.A. den Tonkelaar, 'Publicatie van feitenrechtspraak', *Trema* 2017, afl. 2.

- 8 T. Barkhuysen, 'Naar een wettelijke regeling voor publicatie van rechterlijke uitspraken op rechtspraak.nl', *NJB* 2017/1278.
- 9 Vgl. De Meij e.a. 2006, p. 8 en vgl. (m.m.) ECLI:NL:HR:2001:AB2371 (*WORM*), r.o. 3.4.
- 10 Zie De Werd 2001, p. 68, De Waard 1995, p. 450 en Drión 1979, p. 544.
- 11 Buijs 1887, p. 420.
- 12 Zie hierover uitvoerig: L. van Lent, *Externe openbaarheid in het strafproces* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 30-39.
- 13 Wat niet wegneemt dat met deze openbaarheid, net als met de tegenwoordige norm, ook een vorm van legitimatie van machtsuitoefening werd beoogd, Zie daarover uitvoerig A. Beijer & C.H. Brants, 'Openbare rituelen. Van schavot tot strafproces', in: A. Beijer e.a. (red.), *Openbare strafrechtspleging*, Deventer: Kluwer 2002, p. 25-43 en W. Schild, 'Der "endliche Rechts-tag" als das Theater des Rechts', in: P. Landau & F.-C. Schroeder (red.), *Strafrecht, Strafprozess und Rezeption. Grundlagen, Entwicklung und Wirkung der Constitutio Criminalis Carolina*, Frankfurt am Main: Klosterman 1984.
- 14 C. Beccaria, *Over misdaden en straffen (1764)*. Ingeleid, van aantekeningen voorzien en vertaald door J.M. Michiels, Zwolle: Tjeenk Willink 1971.
- 15 Beccaria 1971, p. 330.
- 16 Beccaria 1971, p. 316.
- 17 Waarmee 'voorgoed een einde [wordt] gemaakt aan die fatale vrijheid van redeneringen en interpretaties, die meestal door willekeurige kleingeestige haarkloverij of onkoperij worden geïnspireerd', Beccaria 1971, p. 315.
- 18 'Daarin heb ik meer vertrouwen dan in de wetenschap van een beroepsrechter, die door beroepsmissivorming gewoon is overal schuldigen te zien en te willen vinden, en die alles herleidt tot de kunstmatige theorieën. Gelukkig is het land waar de kennis van de wetten geen wetenschap is!', Beccaria 1971, p. 328.
- 19 T.O. Hueglin, *Classical debates for the 21st century. Rethinking political thought*, Peterborough: Broadview Press 2008, p. 141-142, stelt dat deze kwalificatie voortkomt uit het feit dat de rechtspraak, anders dan de wetgevende macht en de uitvoerende macht, per definitie op individuen betrekking heeft.
- 20 Zie daarover Van Lent 2008, p. 17-28.
- 21 Van Lent 2008, p. 21, noot 47 en 48 Beccaria 1971, p. 328-329. Zo acht Beccaria een strak zittings-

ceremonieel nodig voor zowel aanvaarding door het ongeletterde volk als voor begrenzing van de ruimte voor rechterlijke willekeur, spreekt hij zich uit voor lekenrecht-spraak vanwege de beroepsmisvorming van de geleerde rechter en het standverschil dat een bron van machtsmisbruik zou zijn.

- 22 Besluit van 11 december 1813, nr. 1, *Stb.* 1813, 10 houdende bepalingen ten aanzien van de Lijfstrafelijke Regtsoefening in de Vereenigde Nederlanden.
- 23 G. Bossers, *Welk eene natie, die de jurij gehad heeft, en ze weder afschaft!*, Delft: Eburon 1987, p. 90-94.
- 24 J. de Bosch Kemper, *Wetboek van Strafvordering, naar deszelfs beginselen ontwikkeld, en in verband gebracht met de algemene rechtsgeleerdheid, derde deel*, Amsterdam: Johannes Muller 1840, p. 574: 'nimmer hier te lande geheel in onbruik [is] geweest [...]'.
25 Zie over de discussie die uiteindelijk leidde tot beperking van het motiveringsvereiste in 1922, Buijs 1887, p. 420-431; B.D.H. Tellegen, 'Welke bepalingen omtrent de Justitie zijn in de Grondwet onmisbaar?', in: *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging* (deel 1), Den Haag: Gebr. Belinfante 1883, p. 89-92.
- 26 Tellegen 1883, p. 87. Deze opvattingen waren afkomstig van de zuidelijke leden en deze gaven uiteindelijk de doorslag, overigens niet als het geval was bij de invoering van de openbare (straf)zitting, zie daarover Van Lent 2008, p. 34-35.
- 27 Tellegen 1883, p. 106-107 (uit de voetnoot blijkt dat hij met 'openbaarheid der rechtspraak' het oog heeft op de openbaarheid van de terechtzitting).
- 28 De Bosch Kemper 1840, p. 574.
- 29 *Kamerstukken II* 1913/14, 286, 3, p. 147.
- 30 Vgl. Buijs 1887, p. 424-430; De Waard 1995, p. 448-449.
- 31 De Waard 1995, p. 448-449.
- 32 *Kamerstukken II* 1979/80, 16162, 3-4, p. 22.
- 33 Eindrapport van de Staatscommissie van Advies inzake de Grondwet en de Kieswet, Staatsuitgeverij 's-Gravenhage 1971, p. 277.
- 34 Barkhuysen 2017 spreekt dan ook terecht van een uit de Grondwet voortvloeiende 'positieve verplichting' tot actieve openbaarmaking.
- 35 EHRM 8 december 1983, 7984/77 (*Preto t. Italië*), r.o. 21 en 22.
- 36 EHRM 8 december 1983, 7984/77 (*Preto t. Italië*).
- 37 EHRM 11 februari 2010, 31465/08, r.o. 53 (*Raza t. Bulgarije*); EHRM 16 april 2013, 40908/05, r.o. 69 (*Fazlyiski t. Bulgarije*).

ming over openbaarheid van de uitspraak, waarin het onder 2 besproken gedachtegoed naar voren komt, wel degelijk worden aangetroffen, maar alleen in samenhang met de motiveringsverplichting. Zo werd de introductie van de eis van motivering van civiele vonnissen, door Van Maanen 'nietig, belachelijk, althans onbeduidend' genoemd, bepleit met: 'Er is geen verschrikkelijker macht dan de rechterlijke macht; zal deze meester zijn van mijn eer en fortuin, zonder motieven van zijne opinie te geven – dit kan nooit.'²⁶ Tellegen noemt de openbaarheid der rechtspraak en de verplichting om de vonnissen te motiveren als correctief tegen de rechterlijke onafhankelijkheid ('het verheven zijn boven alle kritiek') en als middel om bij de rechter 'het gevoel van verantwoordelijkheid wakker te houden, en tevens is het een raad aan de juristen gegeven: oefent kritiek uit op de handelingen der Rechterlijke Macht'.²⁷ Het met open deuren uitspreken en met redenen bekleeden van de uitspraak wordt door De Bosch Kemper omschreven als 'een der grootste waarborgen voor den Staat en den beschuldigde, dat geen willekeur en overijling des regters handelingen geleid hebben'.²⁸

Over de waarde van de openbaarheid van de uitspraak als zodanig vinden we enige opmerkingen bij De Bosch Kemper met betrekking tot de strafrechtelijke uitspraak: 'Het arrest drukt het zegel op de handelingen des regters; het is het uiterlijke teeken van de orde en de wijsheid, waarmede de beraadslagingen geleid zijn.' Daarmee heeft de openbare uitspraak volgens hem als functie 'het publieke vertrouwen in de rechter te verlevendigen en het strafgeding op waardige wijze af te sluiten'. Daarop sluit de opmerking in de Memorie van Toelichting bij het Wetboek van Strafvordering aan, waarin gesteld wordt dat 'meer dan bij het op schrift stellen van het vonnis' de rechter zich bij het uitspreken verplicht zal voelen niet alleen aan de wettelijke formaliteiten te voldoen 'maar mede om bevrediging te schenken aan het rechtsgevoel van anderen en om vertrouwen te wekken in zijne rechtspraak'.²⁹

De vroege constitutionele geschiedenis laat een ambivalente houding zien ten opzichte van de in de grondwet samengebrachte waarborgen van openbaarheid en motivering

Dit korte overzicht van de vroege constitutionele geschiedenis laat een ambivalente houding zien ten opzichte van de in de grondwet samengebrachte waarborgen van openbaarheid en motivering. Als ratio voor deze (gecombineerde) waarborgen werd weliswaar verwezen naar verantwoording door de rechterlijke macht, het tegengaan van rechterlijke willekeur en het zorgen voor publiek vertrouwen in de rechtspraak, maar deze noties werden niet als leidend principe voor wetgever of rechter gehanteerd en stonden niet in de weg aan pragmatische beperkingen van de eisen van openbaarheid en motivering.³⁰

Ook in het kader van de Grondwet van 1983 heeft de discussie zich toegespitst op clausulering of beperkende formulering van de eisen van openbaarheid en motivering om praktische redenen.³¹ Er wordt nauwelijks uitleg gegeven aan de betekenis die de grondwetgever van 1983 aan de eis van openbare vonnissen toekende, namelijk een 'waarborg van de burger tegen geheime vonnissen'.³² Juist door de 'basale' betekenisgeving in de vorm van verwijzing naar de tegenpool – de geheime vonnissen – komt de grondwetgever echter dichtbij het oorspronkelijke gedachtegoed van het openbaarheidsbeginsel: de in het geding betrokken burger wordt beschermd doordat vonnissen niet geheim mogen worden gehouden voor het (grote) publiek. De Staatscommissie-Cals/Donner had in dit verband gewezen op 'het belang van voldoende toegankelijkheid van vonnissen' en had, gelet op de beperkte publicatie van uitspraken, een wettelijke regeling voor inzage bepleit.³³ Hierover heeft de grondwetgever zich niet uitgelaten, maar door het afwijzen van 'geheime vonnissen' verbiedt de grondwet de rechtspraak haar vonnissen geheim te houden voor het publiek. Door vervolgens te stellen dat tegen geheime vonnissen wordt gewaakt doordat vonnissen moeten worden uitgesproken en, met verwijzing naar artikel 6 EVRM, geen clausulering op te nemen, heeft de grondwetgever bij de rechtspraak een opdracht tot openbaar maken neergelegd.³⁴

Door het afwijzen van 'geheime vonnissen' verbiedt de grondwet de rechtspraak haar vonnissen geheim te houden voor het publiek. De grondwetgever heeft bij de rechtspraak een opdracht tot openbaar maken neergelegd

4 Het EHRM: sterke principes, diffuse toepassing

In het arrest *Preto* is de basis van de Straatsburgse opvatting van openbaarheid neergelegd. Het EHRM verbindt de openbaarheid van de zitting en de openbaarheid van de uitspraak met elkaar en spreekt van 'the principle of publicity'.³⁵ Dit dient ter bescherming van procespartijen tegen 'administration of justice with no public scrutiny; it is also one of the means whereby confidence in the courts [...] can be maintained.' Het doel van de eis van een openbare uitspraak is specifiek: 'to ensure scrutiny of the judiciary by the public with a view to safeguarding the right to a fair trial'.³⁶ Veel later komt het hof met de volgende specificatie: 'The publicity of judicial decisions aims to ensure scrutiny of the judiciary by the public and constitutes a basic safeguard against arbitrariness'.³⁷ Het hof verwoordt dus uitdrukkelijk, vanaf zijn eerste uitspraak op dit leerstuk, dat door de openbaarheid controle op de rechtspraak door het publiek tot stand moet worden gebracht. Met verwijzing naar de lange traditie van de Lidstaten

om uitspraken (ook) op andere wijzen dan via een mondelinge voordracht openbaar te maken, wordt in *Pretto* een letterlijke interpretatie van de eis van 'public pronouncement' van de hand gewezen. Het hof bepaalt dus niet de wijze waarop openbaarmaking van de uitspraak moet plaatsvinden. Dat is een van de redenen waarom de Straatsburgse jurisprudentie tot op heden nauwelijks een rol speelt in de (gedachtevorming over) vormgeving van de eis van een openbare uitspraak. Een andere belangrijke reden is de 'flexibele' benadering die het hof aan de dag heeft gelegd; soms blijkt openbaarmaking van de individuele rechterlijke uitspraak niet vereist om te voldoen aan de eis van een openbare uitspraak. Zo heeft het EHRM in *Sutter* uitgemaakt dat, gelet op de aard van de cassatieprocedure – zij betreft alleen rechtsvragen en bepaalt de uitkomst van het geding niet – aan de eis van openbaarheid was voldaan door de (wettelijke) mogelijkheid dat aantoonbare belanghebbenden de volledige uitspraak kunnen verkrijgen gecombineerd met de gewoonte dat belangrijke jurisprudentie wordt gepubliceerd. '[...] its jurisprudence is therefore to a certain extent open to public scrutiny', zo concludeert het hof ten aanzien van het Zwitsers Militair Cassatiehof.³⁸ Voorts geeft het hof ruimte om de individuele uitspraak niet openbaar te maken, op grond van zwaarwegende (privacy)belangen van de procespartijen zoals bijvoorbeeld in familierechtelijke procedures. In *B & P*, over een procedure tussen gescheiden ouders over het gezag over de kinderen, was de uitspraak niet openbaar gemaakt ter bescherming van het privéleven. Ook hier oordeelt het hof dat aan de eis van openbare uitspraak was voldaan door de mogelijkheid van inzage door belanghebbenden en de gewoonte belangrijke jurisprudentie te publiceren, 'thereby enabling the public to study the manner in which the courts generally approach such matters and the principles applied in them'.³⁹

Het EHRM verbindt de openbaarheid van de zitting en de openbaarheid van de uitspraak met elkaar en spreekt van 'the principle of publicity'

Uit deze jurisprudentie blijkt dus dat het hof het niet in alle gevallen nodig acht dat de individuele rechterlijke uitspraak openbaar wordt gemaakt en lijkt zeer beperkte openbaarmaking of toegankelijkheid te moeten te kunnen komen aan de Verdragseis van een openbare uitspraak. Vanwege deze invulling wordt aan de Verdragseis minder normerende betekenis toegekend dan aan de grondwettelijke eis.⁴⁰

In recente Straatsburgse jurisprudentie komt een meer principiële benadering naar voren. Zo geeft het hof in *Moser tegen Oostenrijk*,⁴¹ een zaak over ouderlijk gezag, nader uitleg over de afwegingen die bepalend waren voor de uitspraak in de zaak *B & P*. Daarin was de uitspraak niet openbaar gemaakt, maar volstond volgens het EHRM dat belanghebbenden een kopie van de uitspraak konden verkrijgen en dat belangrijke jurisprudentie werd gepubliceerd. Daaraan mag niet, zoals de Oostenrijkse regering deed, de conclusie worden verbonden dat die vorm

van openbaarheid in familierechtelijke procedures volstaat en dat zonder meer mag worden afgezien van openbaar maken van de individuele uitspraak. Een wezenlijk verschil ten opzichte van de situatie van *Moser* was dat in *B & P* door de nationale rechter na afweging van belangen was besloten om van een openbare zitting af te zien; deze beslissing was gemotiveerd en daartegen kon beroep worden ingesteld. Deze afwijking werd door het EHRM akkoord bevonden. Een vergelijkbaar zorgvuldige afweging was er in *Moser* niet: dit type zaken werd in Oostenrijk altijd buiten de openbaarheid behandeld. De openbaarheid van de uitspraak wordt, zo blijkt uit *Moser*, door het EHRM in samenhang met de openbaarheid van de procedure zelf beoordeeld; als er geen openbare zitting heeft plaatsgevonden, neemt het belang van openbaarheid van de uitspraak toe. Het hof achtte het bovendien in *Moser* noodzakelijk dat aan de uitsluiting van de publieke controle een belangenafweging vooraf zou gaan, aangezien het – anders dan in *B & P* – ging om de overdracht van ouderlijk gezag naar jeugdzorg, 'thus, opposing an individual to the State'. Derhalve volstond het niet dat belanghebbenden een kopie van de uitspraak konden verkrijgen en dat belangrijke zaken werden gepubliceerd.⁴² In deze uitspraak maakt het hof duidelijk dat privacygevoeligheid redenen kan zijn, maar dat lang niet altijd mag zijn, om van het openbaar maken van de uitspraak af te zien. Het hof acht publieke controle op de concrete procesvoering in ieder geval noodzakelijk als een burger in een rechtsgeding tegenover een overheidsinstantie staat. In deze uitspraak is de onder 2 besproken samenhang tussen publieke controle, bescherming van de burger en handhaving van vertrouwen in de rechtspraak te herkennen. Door het zonder verantwoording uitsluiten van de mogelijkheid van publieke controle in dergelijke zaken kan immers de rechterlijke onafhankelijkheid en onpartijdigheid gemakkelijk ter discussie komen te staan en het publieke vertrouwen in de rechtspraak in gevaar komen: is de rechter niet te gemakkelijk meegegaan met de jeugdbescherming, heeft de moeder een eerlijke kans gehad? Ook maakt *Moser* duidelijk dat de mogelijkheid van inzage door belanghebbenden niet voldoet aan de openbaarmaking waarop artikel 6 EVRM in beginsel het oog heeft; een dergelijke 'tweederangs-openbaarheid' maakt geen publieke controle in de individuele zaak mogelijk.

Het hof acht publieke controle op de concrete procesvoering in ieder geval noodzakelijk als een burger in een rechtsgeding tegenover een overheidsinstantie staat

In *Ryakib Biryukov* zet het EHRM nadrukkelijk een nieuwe lijn uit door de motivering van de uitspraak in de openbaarheidseis op te nemen en te beoordelen 'whether the public had access to the reasoned judgment'.⁴³ In deze zaak was het dictum van de uitspraak (over aansprakelijkheid van een ziekenhuis voor de amputatie van de arm van klager) in het openbaar voorgelezen en werd de gemotiveerde uitspraak enkele dagen later aan de klager toegezonden. Het

38 EHRM 22 februari 1984, 8209/78 (*Sutter t. Zwitserland*), r.o. 34

39 EHRM 24 april 2001, 36337/97 en 35974/97 (*B & P t. het Verenigd Koninkrijk*), r.o. 47.

40 Vgl. De Meij e.a. 2006, p. 8 en De Werd 2001, p. 69.

41 EHRM 21 december 2006, 12643/02 (*Moser t. Oostenrijk*).

42 Mommers, Zwenne & Schermer 2010, p. 2075 stellen op basis van deze overweging dat de Nederlandse praktijk in een groot aantal zaken dus niet voldoet aan art. 6 EVRM.

43 EHRM 17 januari 2008, 14810/02 (*Ryakib Biryukov t. Rusland*), r.o. 39.

hof constateert dat het nationale recht niet voorzag in toegang voor het publiek tot de volledige tekst van uitspraken; de motivering was dus niet toegankelijk voor het publiek. Het openbaar voorgedragen dictum was, aldus het hof, 'not informative to members of the public who did not have the relevant legal knowledge'. Nu de motivering die het mogelijk zou maken te begrijpen waarom de eis van klager was afgewezen, niet toegankelijk was voor het publiek, concludeert het EHRM dat in deze zaak het doel 'to ensure scrutiny of the judiciary by the public with a view to safeguarding the right to a fair trial' niet was bereikt en dat daarom niet was voldaan aan het vereiste van een openbare uitspraak. Door de motivering in de eis van een openbare uitspraak op te nemen geeft het EHRM inhoud aan de notie van publieke controle; de openbaar te maken uitspraak moet voor een lekenpubliek begrijpelijk zijn.

In *Fazliyski* (2013) geeft het hof specifieke uitdrukking aan de openbaarheidsnotie, door te benadrukken dat de openbaarheidsnorm zich 'afspeelt' tussen rechtspraak en publiek, los van de procespartijen:

'[...] although linked to the overall requirement of fairness, the requirement of Article 6 para 1 that judgement be pronounced publicly is free-standing. Therefore, it cannot be regarded as decisive that the applicant was able to access the judgments in his case in the Supreme Administrative Court's registry and exercise his right to appeal. What ultimately matters is whether those judgments were, in some form, made accessible to the public.'⁴⁴

Het hof eist dus dat uitspraken toegankelijk moeten worden gemaakt voor publiek; in de aldus mogelijk gemaakte publieke controle ligt de bijdrage van de openbaarheidseis aan de bescherming van de justitabele. Verder stelt het hof vast dat de geheimhouding van de uitspraken meer dan een jaar en drie maanden na sluiting van de procedure verviel, en merkt ter zake op 'that the Supreme Administrative Court's judgments were not given any form of publicity for a considerable period of time, and that no convincing justification has been put forward for this situation'.⁴⁵ Het hof geeft aan dat zelfs als staatsgeheimen aan de orde zijn, modaliteiten bestaan om uitspraken openbaar te maken.

In de principes die het EHRM ten grondslag legt aan zijn uitspraken is het gedachtegoed van het openbaarheidsbeginsel duidelijk terug te vinden. 'Scrutiny of the judiciary by the public' wordt als het doel van de openbaarheidseis aangewezen en deze publieke controle dient om de burger die betrokken is in een procedure te beschermen tegen oneerlijkheid; zo is openbaarheid een waarborg tegen willekeur. Deze principes zien we echter in veel zaken niet eenduidig en overtuigend terug in de Straatsburgse beslissingen.⁴⁶ De meer recente Straatsburgse jurisprudentie laat duidelijk een principiële benadering zien, doordat publieke controle als het doel van de openbaarheid van de uitspraak nadrukkelijk bij de beslissing van het hof wordt betrokken. Dat komt in het bijzonder tot uiting doordat het hof in *Ryakib Biryukov* de motivering onder de eis van openbaarheid brengt en aangeeft dat het lekenpubliek de uitspraak niet alleen moet kunnen kennen, maar ook moet kunnen begrijpen. Uit deze verwijzing naar een niet-juridisch geschoold publiek, de afwijzing van een inzagemogelijkheid voor belanghebbenden in *Moser* en het principe dat uitspraken 'must be made

accessible to the public' in *Fazliyski*, wordt duidelijk dat de openbaarmaking algemeen moet zijn en niet beperkt tot belanghebbenden. Het EHRM verplicht nog altijd niet tot een bepaalde vorm van openbaarmaking; toegankelijkheid moet tot stand worden gebracht 'in any form'. Van de jurisprudentie waarin een 'tweederangs' openbaarheid akkoord werd bevonden onder verwijzing naar de aard van de procedure doet het hof niet expliciet afstand. Het vermeldt nu echter wel dat wat betreft de openbare uitspraak geen 'implied limitation' geldt.⁴⁷ Ook herhaalt het EHRM dat zijn jurisprudentie over openbaarheid van uitspraken in cassatie is gebaseerd op het feit dat daarin alleen rechtsvragen aan de orde zijn en de rechtspositie van de procespartijen ten gronde niet wordt bepaald. Hieruit lijkt te kunnen worden afgeleid dat de openbaarmaking van uitspraken in feitelijke instantie waarin de zaak ten gronde wordt besloten aan strengere eisen moet voldoen, omdat deze uitspraken (in beginsel) alle aan publieke controle moeten worden onderworpen. In de hierboven besproken latere jurisprudentie speelt de aard van de procedure eveneens een rol in de beoordeling, maar leidt dit inderdaad juist tot het stellen van strengere openbaarheidseisen. Zo vraagt het hof van de rechter dat deze uitdrukkelijk een belangenafweging maakt alvorens een zaak aan publieke controle te onttrekken, en zich daarbij rekenschap geeft van het belang van kritische controle gelet op de aard van de individuele zaak. Ook stelt het hof dat de kwalificatie als kwestie van 'nationale veiligheid' geen argument is om een uitspraak niet openbaar te maken, onder vermelding dat openbaarheid een waarborg tegen willekeur is.

De 'eersterangs' openbaarheid – de individuele, gemotiveerde, uitspraak moet toegankelijk worden gemaakt voor het 'grote' publiek – lijkt voorts in ieder geval vereist in zaken waarin burger en overheid tegenover elkaar staan.

Het openbaarheidsbeginsel is geënt op wantrouwen jegens de rechterlijke macht

5 Argumenten voor een norm van publicatie

In het voorgaande is naar voren gekomen dat het openbaarheidsbeginsel is geënt op wantrouwen jegens de rechterlijke macht. De openbaarheid dient om de rechtspraak aan publieke controle te onderwerpen waardoor de rechter wordt afgehouden van willekeur en partijdigheid en wordt aangezet rechtszaken te behandelen op een wijze die publiek vertrouwen tot stand brengt en handhaaft. Dit gedachtegoed heeft zich in Nederland, waar vertrouwen in de professionele rechtspraak een uitgangspunt is, met moeite gevestigd; wetgeving en vormgeving van de grondwettige eisen van openbaarheid en motivering worden getekend door halfhartigheid. Niettemin vindt de openbaarheidsnotie weerklank in de Grondwet waarin is bepaald dat rechterlijke vonnissen niet geheim mogen worden gehouden en in het EVRM, dat ter publieke controle op de rechterlijke macht eist dat rechterlijke uitspraken toegankelijk worden gemaakt voor het publiek. Op welke wijze deze toegankelijkheid tot stand moet worden gebracht, wordt niet als zodanig voorgeschreven.

44 EHRM 16 april 2013, 40908/05 (*Fazliyski t. Bulgarije*), r.o. 65.

45 EHRM 16 april 2013, 40908/05 (*Fazliyski t. Bulgarije*), r.o. 68. Een opmerkelijk verschil van benadering ten opzichte van EHRM 10 juli 2001, 28923/95 (*Lamanna t. Oostenrijk*), r.o. 32: in die zaak was aan de eis van een openbare uitspraak voldaan doordat de appelrechter zes jaar na zijn uitspraak – als reactie op de ontvankelijkheidsverklaring in Straatsburg – deze alsnog in het openbaar had voorgedragen.

46 Wel bijvoorbeeld in EHRM 24 november 1997 (*Werner t. Oostenrijk*), r.o. 57, waarin het hof aangeeft dat de regeling dat aantoonbaar belanghebbenden een kopie van de uitspraak kunnen verkrijgen niet voldoet omdat 'such leave is granted only at the discretion of the relevant courts so that the full texts of the judgments are not made available for everyone'.

47 EHRM 16 april 2013, 40908/05 (*Fazliyski t. Bulgarije*), r.o. 66.

De Meij en anderen stellen daarom in hun rapport dat een plicht tot publicatie van uitspraken op internet uit de Grondwet noch uit het EVRM valt af te leiden.⁴⁸ Ook Van Opijnen concludeert dat er geen rechtsgrond is die publicatie op internet eist.⁴⁹ Dat grondwetgever noch het EHRM een dergelijke verplichting direct stellen, betekent echter niet dat daaruit geen belangrijke argumenten kunnen worden afgeleid voor een dergelijke verplichting. Mijn conclusie is dat het oorspronkelijke gedachtegoed van het openbaarheidsbeginsel in zoverre verankering heeft gevonden in Grondwet en EVRM, dat daaruit een aantal wezenlijke argumenten voor een wettelijke regeling van publicatie van rechtspraak op internet kan worden afgeleid. In dit artikel is naar voren gekomen dat de (individuele) waarborgfunctie van openbaarheid moet worden waargemaakt door te voorzien in publieke controle op de rechtspraak, waarmee de rechtspraak zich tegenover het grote publiek, de rechtsgemeenschap, legitimeert. Rechterlijke uitspraken moeten daartoe, aldus ook het EHRM, toegankelijk worden gemaakt voor het publiek en wel, aldus blijkt ook uit de rechtspraak van het EHRM, zodanig dat daadwerkelijk (ook inhoudelijk) publieke controle mogelijk wordt gemaakt. In de openbaarheidsnorm ligt daarom de opdracht besloten de openbaarheid vorm te geven op een wijze die tegemoetkomt aan deze grondgedachten rondom publieke controle. Publicatie van alle uitspraken op het internet komt daaraan het beste tegemoet, en wel gelet op de volgende argumenten.

In de openbaarheidsnorm ligt de opdracht besloten de openbaarheid vorm te geven op een wijze die tegemoetkomt aan de grondgedachten rondom publieke controle. Publicatie van alle uitspraken op het internet komt daaraan het beste tegemoet

De openbare uitspraak ziet principieel op het grote (leken)publiek; dit komt ook naar voren in de jurisprudentie van het EHRM. De rechtsbescherming die de burger als procespartij aan de openbaarheid ontleent, is van het bestaan van een onbeperkte mogelijkheid tot publieke controle afhankelijk. Uitspraken op internet plaatsen maakt deze voor iedereen toegankelijk en biedt iedereen op dezelfde wijze toegang.

De openbaarheidsnorm komt voort uit wantrouwen jegens de rechtspraak als instituut en is gericht op legitimering van rechterlijke taakuitoefening: de rechtspraak moet vertrouwen winnen door zich te onderwerpen aan controle op (in het bijzonder) willekeur en partijdigheid. De legitimiteit van de rechtspraak moet, nu haar onafhankelijkheid een algemene democratische verantwoordingsstructuur uitsluit, op het niveau van de individuele beslissing worden bevestigd.⁵⁰ Daarom bepalen het EVRM en de Grondwet ongeclausuleerd dat de rechter zijn uitspraken niet geheim mag houden. De 'tweederangs' openbaarheid waartoe het EHRM ruimte biedt betreft procedures waarin geen directe 'machtsuitoefening' door de rechter jegens de burger plaatsvindt.

Dat betekent dat het ten principale niet aan de rechtspraak zelf mag worden overgelaten te bepalen welke uitspraken wel en welke niet openbaar worden gemaakt.

Nu rechtspraak.nl het platform voor publicatie van uitspraken is geworden, geldt dat het niet publiceren van een uitspraak daarop betekent dat voor die uitspraak een ander, minder vergaand regime van openbaarheid geldt. Dat is in strijd met Grondwet en EVRM. Het systeem waarin de rechtspraak zelf en ten dele de individuele rechter bepaalt of en welke uitspraken worden gepubliceerd, verdraagt zich niet met de notie dat de rechter zijn uitspraak niet geheim mag houden. Door uitspraken niet te publiceren worden deze onttrokken aan (de aard en mate van) publieke controle en oordeelsvorming die wel geldt voor gepubliceerde uitspraken. Onder 2 is naar voren gekomen dat het wantrouwen jegens de rechterlijke macht ook te maken had met afkeer van 'juristerij'. Met dat in het achterhoofd is het relevant dat publicatie van alle uitspraken voorkomt dat de al dan niet publicatie wordt bepaald door een uitsluitend 'juridische' blik, zonder besef van de vele redenen van publieke belang(stelling) voor uitspraken. Vergelijkbare noties liggen besloten in de rechtspraak van het EHRM, dat een strengere eis van openbaarheid stelt aan uitspraken in feitelijke instantie dan aan uitspraken in cassatie.

Het publiceren van alle uitspraken is niet alleen nodig om te voorkomen dat de te controleren macht invloed heeft op de controle, maar komt ook tegemoet aan de betekenis van openbaarheid voor het vertrouwen van het publiek en de bescherming van de burgers betrokken in procedures. De ideeëngeschiedenis gaat uit van een normerende openbaarheid die burgers als procespartijen bescherming biedt, doordat de rechter weet dat hij wordt gecontroleerd en zich ten opzichte van de publieke opinie moet legitimeren. Ook dat is een argument om alle beslissingen aan hetzelfde openbaarheidsregime te onderwerpen: in iedere zaak moet de rechterlijke verantwoordelijkheid 'wakker gehouden worden' en het 'publieke vertrouwen worden verlevendigd'.

Een argument van andere orde is dat digitale beschikbaarheid van alle uitspraken ook fundamenteel onderzoek naar bijvoorbeeld institutionele kwesties mogelijk maakt dat eerder slechts gedeeltelijk kon worden gedaan. Dat de rechtspraak zich blootstelt aan dergelijk onderzoek sluit aan bij de 'scrutiny of the judiciary', het doel van de openbare uitspraak volgens het EHRM. Het argument voor publicatie van alle uitspraken om dergelijk onderzoek mogelijk te maken geldt in sterkere mate gelet op de tegenwoordige positie van de rechtspraak in het staatsbestel. De rechter heeft de fundamentele taak van rechtsbescherming van de burger tegen de overheid, en is een essentiële factor in rechtsvorming en beleid geworden waar de wetgever kwesties laat liggen of aan de rechtspraak overlaat.⁵¹ Publicatie van een selectie van uitspraken onttrekt een deel van de uitspraken aan dergelijke publieke controle en houdt dergelijk onderzoek tegen. In dit verband verdient herhaling dat de openbaarheid door Beccaria werd beschouwd als middel om het publiek te laten ervaren dat de wet rechterlijke willekeur aan banden had gelegd. Juist waar de democratisch gelegitimeerde wetgever belangrijke kwesties afwentelt op de rechtspraak, dient deze de waarborgen van publieke controle op de rechtspraak vorm te geven. Het onderwerp van publieke controle op de rechtspraak hoort nadrukkelijk niet thuis bij de rechtspraak.

48 De Meij e.a. 2006, p. 13.

49 M. van Opijnen, *Op en in het web. Hoe de toegankelijkheid van rechterlijke uitspraken kan worden verbeterd*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 167.

50 Conclusie A-G Machiels, ECLI:NL:PHR:2002:AE4767, voor HR 2 juli 2002, NJ 2003/2 (*Mink K.*)

51 Vgl. ook Martens 2000 en zie W. Voermans, 'Judicial transparency furthering public accountability for new judiciaries', *Utrecht Law Review* 2007, afl. 1, p. 148-159.