

Hoe baken je een grondrecht af?

Als de voortekenen niet bedriegen staat ons binnenkort een grondwetswijziging inzake de vrijheid van meningsuiting, het recht op privacy en het recht op vertrouwelijke communicatie te wachten. In een brief van 15 december 1998 aan de Voorzitter van de Eerste Kamer kondigde minister Peper van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties - mede namens de minister-president, de minister van Justitie, de staatssecretaris van OCW en de minister van Verkeer en Waterstaat - de instelling van een adviescommissie aan.¹ De commissie moet gaan adviseren over de gevolgen van nieuwe informatie- en communicatietechnologie voor in het bijzonder de artikelen 7, 10 en 13 van de Grondwet. Voorts kan de commissie gevraagd worden “zonodig nieuwe grondrechten te ontwikkelen die gelet op de huidige stand van de informatie- en communicatietechnologie worden gemist”. Als voorbeeld noemt de minister in bovengenoemde brief een grondrecht met betrekking tot de toegankelijkheid van (elektronische) (overheids-)informatie.

Het plan om de genoemde grondrechten principieel tegen het licht te houden, is gerezen tijdens de moeizame behandeling van wetsvoorstel 25443 betreffende artikel 13 van de Grondwet, ingediend op 5 juli 1997. Om precies te zijn: het wetsvoorstel houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet van de bepalingen inzake de onschendbaarheid van het brief-, telefoon- en telegraafgeheim. Naar huidig recht kent de Grondwet een briefgeheim enerzijds en een telefoon- en telegraafgeheim anderzijds. Volgens het wetsvoorstel zouden deze twee “geheimen” vervangen worden door één algemeen recht op vertrouwelijke communicatie, dat ook voor nieuwe technieken (fax, email, internet e.d.) kan gelden. Een lofwaardig streven, maar moeilijk vorm te geven. Dat bleek al spoedig uit de kritiek die onder meer in dit blad losbarstte.² De bestaande garanties voor het briefgeheim, die verder gaan dan de garanties voor het telefoon- en telegraafgeheim, zouden erop achteruit gaan. Niet versleutelde email dreigde zelfs geheel buiten de boot te vallen.

Het vorige kabinet had de ambitie het wetsvoorstel ruim vóór de Tweede Kamerverkiezingen van 6 mei 1998 in het Staatsblad te krijgen, zodat de tweede lezing tijdens de huidige zittingsperiode zou kunnen worden afgerond. Dat is niet gelukt, omdat de Eerste Kamer weigerde de zaak als een spoedklus af te handelen. Daarbij speelde een rol dat het wetsvoorstel inmiddels drastisch was gewijzigd ten opzichte van het oorspronkelijke voorstel. Het “recht op vertrouwelijke communicatie” werd bijvoorbeeld vervangen door de formule “het brief-, telefoon- en telegraafgeheim en het geheim van daarmee op één lijn te stellen technieken”. In haar voorlopig verslag van 20 oktober j.l. schreef de Eerste Kamer dat zij ook belangrijke bezwaren van inhoudelijke aard had.³ Zij miste onder meer een visie op de relatie tussen de artikelen 7, 10 en 13 van de Grondwet. In zijn brief van 15 december 1998 antwoordde de minister van Binnenlandse Zaken daarop dat hij voornemens is de behandeling van het wetsvoorstel aan te houden. Bedoeld zal zijn: de Eerste Kamer om aanhouding te verzoeken.

Het is te hopen dat de in te stellen commissie met een schone lei zal beginnen. In de worsteling om artikel 13 Grondwet aan te passen aan het digitale tijdperk, met

name aan de convergentie van technieken, vallen in ieder geval twee zaken op. In de eerste plaats lijkt men voetstoots aan te nemen dat het brief-, telefoon- en telegraafgeheim op een ander soort communicatie zien dan de uitingsvrijheid als bedoeld in artikel 7 Grondwet. De parlementaire stukken suggereren dat artikel 13 betrekking heeft op niet-openbare communicatie en artikel 7 op openbare communicatie. In de tweede plaats valt op, dat de regering weliswaar uitvoerig de nadelen schetst van een techniek-afhankelijke formulering, maar dat beide grondwetsartikelen niettemin technische begrippen blijven bevatten, zoals “televisie”, “telefoon” en “telegraaf”.

Naar onze mening deugt de huidige aanpak van de grondwetgever niet, omdat zij niet principieel genoeg is. Te snel wordt getracht vast te stellen welke handelingen van de burger onder het ene dan wel het andere grondrecht vallen. Op dat moment steken onvermijdelijk heikele vragen de kop op. Waar loopt de grens tussen openbare en niet-openbare communicatie? Is het sturen van een email aan 40 mensen een openbaarmaking? Waar loopt de grens tussen de verschillende communicatiemiddelen? Is internet telefoon, drukpers, omroep of iets anders? Tijdens de mondelinge behandeling in de Tweede Kamer herinnerde de regering eraan dat artikel 13 Grondwet - anders dan artikel 7 Grondwet - niet gekoppeld is aan een verspreidingsrecht. De tegenstelling tussen openbaren en verspreiden roept weer andere problemen op. Bij het schilderen van leuzen op een muur bijvoorbeeld lijken deze begrippen samen te vallen.

Al deze vragen gaan echter voorbij aan de kwintessens. Want waarvoor hadden we ook alweer klassieke grondrechten? Een klassiek grondrecht keert zich altijd tegen fundamenteel onrecht uit het verleden, dat voor de toekomst moet worden uitgebannen. Het richt zich in de eerste plaats tegen de overheid, en in het verlengde daarvan tegen derden. De gevreesde bemoeienis met communicatie is tweeledig. In de eerste plaats leert de ervaring dat machthebbers maar al te graag de publieke meningsvorming zouden willen beheersen. Gelukkig hebben we de uitingsvrijheid om ons te beschermen tegen schoolmeesterij en betutteling. In de tweede plaats hebben machthebbers - de geschiedenis biedt voorbeelden te over - een honger naar informatie uit de privé-sfeer. Wie alles over zijn onderdanen weet, blijft immers van de macht verzekerd. Gelukkig hebben we privacy-rechten tegenover autoriteiten die willen snuffelen en registreren wie welke informatie produceert, doorgeeft of tot zich neemt.

Naar onze mening is dit het hoofdonderscheid. De uitingsvrijheid richt zich tegen een overheid die communicatie met een bepaalde inhoud beperkt of anderszins een vrije informatiestroom belemmert. Daarbij doet het er niet toe of het om “openbare” of “vertrouwelijke” communicatie gaat. De uitingsvrijheid is niet alleen in het geding indien de overheid het publiceren van ongewenste teksten tegengaat, maar ook als zij verbiedt deze informatie per telefoon of in een persoonlijk gesprek door te geven. De privacy-rechten werpen op hun beurt een drempel op tegen de overheid als “spion”. Ook hier is het niet nodig op voorhand onderscheid te maken tussen openbare en niet-openbare communicatie. Evenmin is het nodig communicatie waar een derde-transporteur bij betrokken is, principieel te onderscheiden van een gesprek onder vier ogen. De privacy is niet alleen in het geding, wanneer de overheid brieven openmaakt, maar ook als de

overheid registreert wie welke internet-sites bezoekt en wie welke kranten leest, of gesprekken tussen burgers afluistert.

Het moeizame onderscheid tussen het “openbaren” en “verspreiden” van gedrukte stukken, kan worden vervangen door een meer transparante tweedeling. Waar het om gaat is dat er twee soorten bedreigingen zijn voor de uitingsvrijheid. De duidelijkste bedreiging komt van maatregelen die gericht zijn tegen een bepaalde inhoud. Anderzijds zijn er voorschriften omtrent tijd, plaats en wijze van het produceren en doorgeven van informatie. Zij bergen het gevaar in zich dat de uitoefening van het grondrecht praktisch onmogelijk wordt gemaakt. Uiteraard zullen beperkingen van de eerste categorie aan een strengere toets moeten voldoen dan beperkingen van de tweede categorie. Dat geldt niet alleen bij boeken en pamfletten die eerst worden geschreven en vervolgens aan de man (m/v) gebracht. Het geldt ook bij het schilderen van graffiti, het houden van een toespraak en het rondrijden met een geluidswagen.

Aandacht voor het onrecht dat men wil keren, is bij alle grondrechten nodig. Men kan er uren over praten of een bloemencorso of een file paarse bestelwagens een “betoging” is, maar de onenigheid verdwijnt waarschijnlijk wanneer de plaatselijke overheid een bloemencorso verbiedt omdat er teveel PvdA-achtige rozen in verwerkt zijn of wanneer de file uiteen wordt gejaagd om de enkele reden dat zij bedoeld is als protest tegen een nieuwe wegenbelasting van het paarse kabinet. Ook de wetenschap dat grondrechten indirect kunnen worden belemmerd, is bij meer grondrechten dan alleen de uitingsvrijheid relevant.

In het verleden is er wel eens verschil gemaakt tussen de kern van een grondrecht en perifere rechten. De Afdeling rechtspraak van de Raad van State oordeelde bijvoorbeeld dat een gemeentelijk besluit ter voorkoming van geluidshinder moest worden getoetst aan een met artikel 6 en 9 Grondwet verbonden “connex” recht op geluidsversterking.⁴ Een probleem is echter hoe de rechter moet bepalen of een bepaalde handeling valt onder het kernrecht dan wel onder een perifeer recht.

Op dit punt zou de grondwetgever zelf duidelijkheid moeten bieden. Zowel bij de uitingsvrijheid als bij de privacy is het mogelijk een of meer kernrechten te formuleren die vrijwel nooit mogen worden aangetast. Hierbij ware niet alleen te letten op de aard van de gedraging, maar ook op de beperkingen die men wil uitbannen. Een kernrecht kan techniek-neutraal worden geformuleerd. Technische criteria mogen hooguit een rol spelen bij perifere rechten. Het controleren van de kwaliteit van telefoonlijnen is immers iets anders dan het afluisteren van een gesprek. Een vergunning voor het gebruik van schaarse omroepfrequenties is iets anders dan een vergunning voor het vestigen van een boekhandel.

Dit betoog leidt tot de conclusie dat de in te stellen commissie voor een niet geringe opdracht staat. Daarbij is nog niet eens in aanmerking genomen dat zij een standpunt zal moeten ontwikkelen over de betekenis en functie van nationaal vastgelegde grondrechten ten opzichte van internationaal vastgelegde grondrechten. De commissie heeft één belangrijk voordeel: er bestaat een redelijke consensus dat de huidige grondwetsbepalingen steeds nijpender gebreken vertonen.

A.W. Hins
A.J. Nieuwenhuis

(Universiteit van Amsterdam, leerstoelgroep staatsrecht en instituut voor
informatierecht)

- 1 Kamerstukken EK, 1998-1999, 25443, nr. 40a.
- 2 Kritiek op het oorspronkelijke voorstel werd in dit blad geuit door N.A.N.M. van Eijk, '(G)een recht op vertrouwelijke communicatie: fax en email vogelvrij', *NJB* 19 september 1997, afl. 33, p. 1554; reactie van P.M.E. Bertini en naschrift in *NJB* 31 oktober 1997, afl. 39, p. 1809.
- 3 *Kamerstukken EK* 1998-1999, 25443, nr. 40.
- 4 ARRvS 5 januari 1996, AB 1996, 179 (De Deur v. B&W Zwolle).