Computercriminaliteit en historisch besef

Opinie

*Wouter Hins**

Het is altijd interessant om te lezen wat juristen in de jaren dertig van de vorige eeuw bezig hield. De economische crisis, politieke onrust, bezorgdheid om de nationale identiteit en de roep om een krachtig overheidsingrijpen, we herkennen het meteen. Om harder te kunnen optreden tegen opruiende publicaties van de communisten en de NSB, gingen stemmen op om een tijdelijk verschijningsverbod voor kranten en tijdschriften mogelijk te maken. De Staatscommissie De Wilde/Van Schaik (1936), die een herziening van de Grondwet voorbereidde, boog zich over de vraag of dit plan te rijmen was met artikel 7 van de Grondwet. Een meerderheid van de commissie meende dat een tijdelijk verschijningsverbod op zichzelf niet in strijd was met de Grondwet, maar dat het beter was die bevoegdheid uitdrukkelijk in artikel 7 op te nemen. De minderheid, waaronder de bekende hoogleraren Van den Bergh en Kranenburg, was stelliger: preventieve maatregelen zijn in strijd met de regel 'Niemand heeft voorafgaand verlof nodig (...)'. Tot halverwege de jaren vijftig zijn er pogingen gedaan een preventieve bevoegdheid bij wet te creëren, maar die hadden geen succes. Zo werd in 1939 een wetsvoorstel ingediend dat het nooit verder heeft gebracht dan een zeer kritisch voorlopig verslag van de Tweede Kamer. Artikel 7 van de Grondwet was het grote struikelblok.[1]

Bij de algehele grondwetsherziening van 1983 bleef de eerste zin van artikel 7 Grondwet met betrekking tot de drukpersvrijheid ongewijzigd. Toch heeft de parlementaire behandeling iets nieuws gebracht. In de Memorie van Toelichting wordt namelijk een principieel onderscheid gemaakt tussen preventieve en repressieve maatregelen. De regering stelde voorop dat artikel 7, eerste lid, met name ten doel heeft te waken tegen een te grote bemoeienis van de overheid. 'Het artikel legt dit overheidsgrijpen allereerst aan banden door een verbod van preventieve bemoeienis met de uitingsvrijheid en vervolgens door de repressieve bemoeienis aan de formele wetgever voor te behouden waarbij een belangrijke rol wordt toegekend aan een van de overheid onafhankelijk orgaan, de rechterlijke macht'.[2] Met andere woorden: de wetgever kan niet afwijken van het grondwettelijke voorschrift dat preventieve maatregelen door bestuursorganen zijn uitgesloten. De wetgever kan bestuursorganen alleen bevoegd maken achteraf op te treden tegen een reeds bekende uiting. Deze uitleg, die door de Staten-Generaal niet is weersproken, sluit naadloos aan bij die van de minderheid van de staatscommissie De Wilde/Van Schaik uit 1936.

De zojuist besproken geschiedenis is relevant voor de beoordeling van het voorontwerp Wet versterking bestrijding computercriminaliteit, dat het ministerie van Justitie op 28 juli 2010 in de openbaarheid bracht.[3] Het voorstel houdt onder meer een wijziging van het Wetboek van Strafvordering in. Het eerste lid van een nieuw artikel 125p Sv zou komen te luiden: 'De officier van justitie kan van een aanbieder van een communicatiedienst of van degene die de beschikkingsmacht heeft over een geautomatiseerd werk, vorderen om onverwijld alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevergd om gegevens die worden opgeslagen of doorgegeven, ontoegankelijk te maken, voor zover dit nodig is ter beëindiging van een strafbaar feit of ter voorkoming van nieuwe strafbare feiten'. Zou het slechts gaan om het ontoegankelijk maken van een bepaalde strafbare boodschap, dan was er niet zo veel aan de hand. Het Openbaar Miniserie is ook bevoegd papieren met kinderpornografie in beslag te nemen, waarna de houder beklag kan doen bij de rechter. Van een verboden preventieve beperking is dan geen sprake, want de inhoud van de publicatie is reeds bekend.

Het voorontwerp gaat echter veel verder. Het OM zou complete websites en diensten kunnen afsluiten om toekomstige strafbare feiten te voorkomen. Dit doet erg denken aan een verschijningsverbod voor een tijdschrift. Zou het helpen als niet de officier van justitie, maar de onafhankelijke rechter bevoegd wordt tot het geven van een bevel? Mijns inziens is dat niet de oplossing. Volgens vaste jurisprudentie mag ook de rechter alleen onder strikte voorwaarden een publicatieverbod opleggen. Hij zal nauwkeurig moeten omschrijven wat de veroordeelde moet nalaten. Zo kan een uitgever worden verboden een bepaald boek in de handel te brengen of een bepaald bericht te publiceren. In beginsel zal de rechter het manuscript gezien moeten hebben, zodat het verbod daarop kan worden toegespitst.[4] Een bevel dat een opruiend blaadje gedurende een bepaalde periode niet mag verschijnen omdat de redacteuren wellicht nieuwe strafbare feiten zullen begaan, is een vorm van '*overkill*'. Geen enkel bericht kan dan meer in dat medium verschijnen, ook niet als het een nuttige bijdrage aan een publiek debat zou zijn geweest.[5]

Met andere woorden: de kernvraag is niet of het bevel tot ontoegankelijk maken van een website wordt opgelegd door de officier van justitie met de mogelijkheid van beroep op de rechter dan wel door de rechter op vordering van de officier van justitie. Nog belangrijker is dat publicaties alleen met een chirurgische precisie ontoegankelijk worden gemaakt. Een botte bijl past niet bij artikel 7 van de Grondwet, ook niet in de handen van een rechter.[6]

* Prof. mr. A.W. Hins is bijzonder hoogleraar mediarecht aan de Universiteit Leiden, docent staats- en bestuursrecht bij de Universiteit van Amsterdam en redacteur van dit blad.

1 *Kamerstukken II*, 1938/39, nr. 401. Zie voor de geschiedenis J.M. de Meij c.s., *Uitingsvrijheid. De vrije informatiestroom in grondwettelijk perspectief*, 3e druk, Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgever 2000, p. 14-19.

2 *Kamerstukken II*, 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 18.

3 Over het wetsvoorstel heeft een internetconsultatie plaats gevonden die op 30 september 2010 eindigde. Vermeldenswaardig zijn onder meer de reacties van Bits of Freedom (www.bof.nl) d.d. 15 september 2010 en van XS4ALL (www.xs4all.nl) van 29 september 2010.

4 J.M. de Meij c.s., a.w., p. 98-100.

5 Internetpublicaties vallen in beginsel onder het derde lid van artikel 7 Grondwet, maar dat maakt niet veel uit. Preventieve maatregelen 'wegens de inhoud' zijn ook op grond van het derde lid uitgesloten.

6 Laten we tenslotte artikel 10 EVRM niet vergeten. In EHRM 20 oktober 2009, Ürper e.a./Turkije, beoordeelde het Europese Hof een rechterlijk verschijningsverbod voor enkele kranten. Het Hof concludeerde in r.o. 44: '*The practice of banning the future publication of entire periodicals (...) went beyond any notion of "necessary" restraint in a democratic society and, instead, amounted to censorship.*' Deze overweging is herhaald in EHRM 15 juni 2010, Turgay e.a./Turkije en EHRM 5 oktober 2010, Ölmez en Turgay/Turkije.