

Kenmerk	W01.01.0465/I
Datum advies	24 januari 2002
Vindplaats	Bijvoegsel Staatscourant 9 november 2004, nr 216

Volledige tekst

Voorstel van wet met memorie van toelichting houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet van de bepaling inzake de vrijheid van meningsuiting.

Bij Kabinetsmissive van 4 september 2001, no.01.004125, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, mede namens de Minister-President, Minister van Algemene Zaken, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet met memorie van toelichting houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet van de bepaling inzake de vrijheid van meningsuiting.

Het voorstel van wet bevat een nieuwe formulering van de grondwetsbepaling inzake de vrijheid van meningsuiting. De bestaande grondwettelijke vrijheid van drukpers wordt uitgebreid tot alle nu en in de toekomst voor de vrije meningsuiting geschikte media. Onder de vrijheid van meningsuiting wordt ook de ontvangstvrijheid begrepen. Bovendien wordt als taak van de overheid vastgelegd de pluriformiteit in de meningsuiting te bevorderen en wordt handelsreclame niet langer uitgezonderd van de grondwettelijke bescherming van de vrijheid van meningsuiting.

Het wetsvoorstel maakt deel uit van een reeks voorstellen tot wijziging van de Grondwet (GW), te weten de artikelen 7 (vrijheid van meningsuiting), 10 (persoonlijke levenssfeer) en 13 (brief-, telefoon- en telegraafgeheim), en tot invoering van een nieuw artikel 5a (toegang tot bij de overheid berustende informatie). Tevens is een brief van het kabinet aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal inzake artikel 5 GW (petitierecht) voor advies aan de Raad van State voorgelegd, waarnaar in de toelichting bij het onderhavige wetsvoorstel wordt verwezen. De wetsvoorstellen zijn voorafgegaan door een kabinetsstandpunt "Grondrechten in het digitale tijdperk". (zie noot 1) Dit kabinetsstandpunt is gebaseerd op het advies van de gelijknamige commissie onder leiding van prof. mr. H. Franken (hierna: de Commissie).

De Raad maakt naar aanleiding van deze serie wetsvoorstellen allereerst een aantal opmerkingen van algemene aard. Vervolgens bespreekt hij het onderhavige voorstel. De Raad heeft bedenkingen bij dit voorstel op enige belangrijke punten en is daarom van oordeel dat over het voorstel in deze vorm niet positief kan worden geadviseerd.

1. Aanleiding tot de wetsvoorstellen

Naar aanleiding van de discussie in de Tweede Kamer en de bezwaren van de Eerste Kamer

der Staten-Generaal tegen het voorstel tot wijziging van artikel 13 GW in eerste lezing is de Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk ingesteld. Deze Commissie kreeg tot taak te adviseren over de aanpassing van grondrechten, zoals opgenomen in hoofdstuk I GW, en over de wenselijkheid van de vaststelling van nieuwe grondrechten. In de nota van toelichting bij het instellingsbesluit werd gewezen op de voortschrijdende ontwikkelingen op het gebied van informatie- en communicatietechnologie (ICT). De Commissie signaleert in haar rapport dat Internet en andere elektronische diensten als consumptiegoederen een belangrijke maatschappelijke functie vervullen. Op een aantal terreinen is het maatschappelijk verkeer, bijvoorbeeld het betalingsverkeer, afhankelijk geworden van elektronische middelen. De ontwikkelingen op weg naar een informatiesamenleving hebben volgens de Commissie een ingrijpend karakter, voor de samenleving en voor de overheid. (zie noot 2) De staat dient fundamentele rechtsbelangen als de informatie- en uitingsvrijheid en de persoonlijke levenssfeer te beschermen.

De technologische ontwikkelingen brengen met zich dat er nieuwe mogelijkheden ontstaan die bescherming behoeven. Grote aantallen mensen maken gebruik van e-mail, het Internet en GSM-toestellen. Daardoor ontstaan nieuwe mogelijkheden voor communicatie en informatie-uitwisseling. Naast deze mogelijkheden voor individuele burgers kunnen ook overheid, bedrijven en andere organisaties van de nieuwe technieken gebruikmaken. Door het achterhalen en opslaan van gegevens "in voorraad" die naderhand volgens verschillende procedures kunnen worden doorzocht, gecombineerd en bewerkt, kan de overheid op steeds snellere en doel treffender wijze aan relevante informatie komen, hetgeen, onder andere, aan doel treffender opsporing van strafbare feiten ten goede kan komen. Het gebruik van nieuwe technologieën biedt zowel burgers als overheid mogelijkheden waarvan te bezien staat of deze onder de huidige tekst van de GW vallen.

Regulering en rechtshandhaving door nationale overheden worden bemoeilijkt door het grensoverschrijdende en demateriële karakter van nieuwe ICT-middelen. (zie noot 3)

Het Internet vergemakkelijkt de totstandkoming van nieuwe sociale structuren met nieuwe technische mogelijkheden, maar dit brengt ook mee dat mensen zich gemakkelijker aan regels kunnen onttrekken en dat het aantal strafbare feiten, begaan met behulp van nieuwe communicatiewegen, toeneemt. (zie noot 4)

Hierbij kan worden gedacht aan delicten zoals "hacking", verspreiding van kinderporno en fraude met betaalmiddelen.

Verder is niet langer in alle gevallen een identificeerbare natuurlijke persoon aan spreekbaar. Verschillende nieuwe technische ontwikkelingen hebben reeds tot aanpassing van wetgeving geleid, zoals de Wet computercriminaliteit I (zie noot 5) en de mogelijkheid van het opnemen van vertrouwelijke communicatie met een technisch hulpmiddel in artikel 126l van het Wetboek van Strafvordering. (zie noot 6) Daarnaast staat er nog een aantal aanpassingen op stapel (zoals het wetsvoorstel computercriminaliteit II (zie noot 7) en de voorstellen van de commissie strafvorderlijke gegevensvergaring). (zie noot 8)

De Raad onderschrijft de opvatting van het kabinet dat deze ontwikkelingen een herbezinning op de grondwettelijke waarborg inzake communicatie en informatie-uitwisseling wenselijk maken. Het gebruik van nieuwe technieken dient bij de bescherming van grondrechten ook in ogenschouw te worden genomen. Voor de uitoefening en realisering van grondrechten hebben deze technieken - potentieel - zowel positieve als negatieve effecten. "De computer" is niet naar zijn aard een bedreiging van de persoonlijke levenssfeer of een bergplaats van kinderporno, ook al kan hij daarvoor worden gebruikt. De ontwikkelingen in de informatie- en communicatietechnologie bieden tegelijk nieuwe

mogelijkheden voor publiek debat, laagdrempelige uitwisseling van denkbeelden en informatie, en betere vervulling van publieke taken. De voorstellen betreffende de artikelen 5a, 7, 10 en 13 (en het voornemen artikel 5 ongewijzigd te laten) moeten dan ook worden gezien als een poging tot het waar nodig scheiden van kaf en koren op dit terrein. De uitgangspunten van de adviezen van de Raad over de afzonderlijke wetsvoorstellen zullen hierna in algemene zin aan de orde komen.

2. Uitgangspunten van de grondwetsherziening

a. De verhouding tot Europese en internationale bescherming van grondrechten

De Raad staat allereerst stil bij de vraag, in hoeverre behoefte bestaat aan een modernisering van nationale grondrechten, nu voor de rechtspraak de Europese en internationale bescherming daarvan zozeer maatgevend is geworden. Het kabinet is (met de Commissie) van oordeel dat er voldoende redenen zijn om aan het bestaan van nationale grondrechten te blijven hechten. Nederland blijft een aparte natie vormen, waarin aan eigen normen en waarden een grote waarde wordt gehecht. Het niveau van grondrechtenbescherming in internationale regelingen kan niet meer zijn dan de grootste gemene deler van de verschillende niveaus die de betrokken staten willen hanteren. Onze nationale grondrechten geven naar het oordeel van het kabinet het peil aan dat onze eigen samenleving heeft bereikt op het gebied van onder meer cultuur en rechtvaardigheid. *(zie noot 9)*

Ervan uitgaande dat in deze opvatting ook ruimte wordt gelaten voor een positieve beïnvloeding van onze rechtscultuur van buitenaf (in het bijzonder in Europees verband), met inachtneming van de beginselen van de democratische rechtsstaat, kan de Raad de wenselijkheid van een eigen grondwettelijke verankering van grondrechten op zichzelf onderschrijven. Overwegingen van constitutioneel patriottisme ontslaan echter niet van de plicht na te gaan, hoe de verschillende niveaus van grondrechtenbescherming zich juridisch tot elkaar verhouden, en aan welke voorwaarden moet zijn voldaan om de veronderstelde aanvullende waarde van "eigen" grondrechten te realiseren.

De regering heeft met de thans aan de Raad voorgelegde wetsvoorstellen bewust gekozen voor een andere formulering dan de corresponderende bepalingen in het Europees Verdrag van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Het overnemen van de terminologie van het EVRM zou de bescherming op een hoger niveau in eigen land bemoeilijken; de verwarring die zou ontstaan door in dezelfde termen een hoger beschermingsniveau te bieden, wordt door een eigen formulering voorkomen, zo stelt het kabinet. *(zie noot 10)*

De Raad is van oordeel dat voorzichtigheid is geboden bij het opnieuw formuleren van een grondrecht dat nauw aansluit bij een grondrecht dat wordt beschermd door het EVRM, het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR) of een ander internationaal document zoals het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie. *(zie noot 11)*

Bij een slechts gering verschil ten opzichte van de verdragsbepaling zullen de voordelen van de beoogde verbetering niet opwegen tegen het risico van onnodige complicaties bij de interpretatie en toepassing. *(zie noot 12)*

Bij afwijking van die internationale bepalingen is dan ook altijd een afweging nodig tussen het risico van verwarring en de behoefte een betere bescherming te bieden dan door die documenten wordt geboden. Voor deze afweging is een analyse vereist van verschillen en overeenkomsten tussen hetgeen door de verdragsbepaling en de daarop gebaseerde

jurisprudentie wordt beschermd enerzijds en het voorgestelde artikel anderzijds. Die analyse wordt in de voorliggende stukken gemist.

b. Het karakter van hoofdstuk 1 van de Grondwet

Het doel van het onderhavige wetsvoorstel en van de andere, ook aan de Raad voor advies voorgelegde voorstellen namelijk om hoofdstuk 1 GW bij de "digitale" tijd te brengen moet worden gezien tegen de achtergrond van de opzet van hoofdstuk 1. Het kabinet memoreert in navolging van de Commissie dat voor onze GW een "sober karakter" wordt nagestreefd. Daargelaten of dit in alle opzichten het geval is, geeft de nagestreefde soberheid in elk geval aanleiding expliciet de vraag aan de orde te stellen op welke gronden en op welke punten behoefte bestaat aan hercodificatie van grondrechten in de Nederlandse GW naast de bescherming van grondrechten in Europees en internationaal verband. Verdragen spelen een belangrijke rol in de bescherming van grondrechten binnen de Nederlandse rechtsorde. Dit geldt in het bijzonder voor de in het EVRM en bijbehorende Protocollen neergelegde grondrechten, waaraan - voorzover zij een eenieder verbindend karakter hebben - de Nederlandse rechter de toepassing van nationale wettelijke voorschriften kan en moet toetsen. Bij die toetsing komt onder meer regelmatig aan de orde of een wettelijke beperking van een grondrecht "in een democratische samenleving noodzakelijk" is wegens een van de in het verdrag specifiek vermelde belangen.

Een dergelijke rechterlijke toetsing aan de GW is naar Nederlands constitutioneel recht uitgesloten als het gaat om wetten in formele zin (artikel 120 GW). (zie noot 13) Anders dan het geval is in het stelsel van het EVRM, waarin de rechterlijke bescherming van grondrechten en de dynamische interpretatie van die grondrechten door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens centraal staan, is in Nederland bij de grondwetsherziening van 1983 uitdrukkelijk gekozen voor een opzet waarbij grondwetsbepalingen vooral fungeren als zo'n - tot het wezenlijke beperkt, maar tegelijkertijd terminologisch nauwgezet geredigeerd - normatief kader voor de "gewone" wetgeving. In een ook door de Commissie geciteerde passage van de Nota grondwetsherzieningsbeleid 1974 is beklemtoond dat "de Grondwet alleen een factor van stabiliteit kan vormen wanneer zij niet te veel wil regelen. Zij dient het kader te bieden waarbinnen veranderingen in de maatschappelijke omstandigheden en in de opvattingen die daaromtrent worden gekoesterd, zullen of kunnen leiden tot herziening of aanvulling van de wetgeving of van andere activiteiten van de overheid". Dit heeft consequenties voor de beoordeling van de voorgestelde herziening.

c. Bevoegdheden tot beperking van grondrechten

Het belang van de in de GW geformuleerde grondrechten staat of valt met de ruimte die bevoegdheden tot beperking daarvan bieden. In hoofdstuk 1 GW wordt de bevoegdheid daartoe in veel gevallen voorbehouden aan de wetgevende macht. In de gevallen waarin de terminologie "bij de wet" wordt gebruikt, is die beperkingsbevoegdheid exclusief aan de formele wet voorbehouden; wordt daarentegen gebruik gemaakt van de uitdrukking "bij of krachtens de wet" of van termen als "regels" of het werkwoord "regelen", dan kan de beperkingsbevoegdheid worden gedelegeerd. Anders dan het EVRM kent hoofdstuk 1 GW slechts een beperkt aantal, sober geredigeerde doelclausules ten aanzien van de beperking van grondrechten. Ook de uitleg van die clausules is in belangrijke mate een taak van de wetgevende macht.

De Raad ziet er niet aan voorbij dat de regering zich (wederom) beraadt over de wenselijkheid artikel 120 GW te wijzigen (mede naar aanleiding van de opvatting van de grootst mogelijke meerderheid in de Commissie dat zo'n wijziging nodig zou zijn om de door haar voorgestelde, van de techniek onafhankelijk geredigeerde bepalingen hun volle effect te

geven).(zie noot 14)

Vooralsnog dient de inrichting van de bepalingen van hoofdstuk 1 echter te worden beoordeeld tegen de achtergrond van het bestaande artikel 120 en de daaruit voortvloeiende "taakverdeling" met de bescherming van grondrechten in Europees en internationaal verband. Dit betekent dat één van de toetsingspunten dient te zijn of de voorgestelde bepalingen het vereiste normatieve houvast aan de wetgever bieden. Onduidelijkheid kan immers door de rechtspraak niet adequaat worden gecompenseerd, terwijl een bepaling die voor de wetgever geen duidelijk richtsnoer biedt, (haast) evengoed achterwege kan blijven.

d. De keuze tussen grondrechten als subjectief recht en als regelingsopdracht

In hoofdstuk 1 van de Nederlandse GW wordt, zoals gezegd, slechts sporadisch gewerkt met doelclausules bij bevoegdheden tot beperking van grondrechten. Het accent ligt bij de aanwijzing van het tot beperking bevoegde orgaan. In verband met de voorliggende voorstellen tot grondwetsherziening is het van belang, ook uitdrukkelijk stil te staan bij de - hieraan voorafgaande - keuze tussen:

- een grondrecht als aanspraak van de burger jegens de overheid om van bepaalde ingrepen in de vrijheid verschoond te blijven of soms juist om een bepaalde prestatie te ontvangen ("subjectief recht" (zie noot 15)), dan wel;
- een grondrecht in de juridisch "zachtere" vorm van een tot de overheid gerichte instructienorm, inhoudende een regelingsopdracht dan wel de opdracht aan een bepaald onderwerp zorg te besteden.

In beide gevallen speelt de wetgever in de systematiek van hoofdstuk 1 een belangrijke rol, wat het tweede alternatief betreft althans voorzover sprake is van een regelingsopdracht. De Raad is er niet van overtuigd dat de keuze tussen deze alternatieven in alle aan hem voorgelegde wetsvoorstellen voldoende doordacht is. Een principieel verschil is daarin gelegen dat in het eerste geval de bescherming van het grondrecht uit de GW zelf voortvloeit en een beperking daarvan een bijzondere legitimatie behoeft (waaraan dan bijna altijd de wetgever te pas moet komen), terwijl in het tweede geval de daadwerkelijke bescherming pas ontstaat doordat de wetgever actief wordt.

Het zou een misverstand zijn te menen dat daarom het eerste alternatief uit een oogpunt van grondrechtenbescherming altijd de voorkeur verdient. Wanneer het subjectieve recht gekoppeld moet worden aan een open beperkingsclausule en ter uitvoering daarvan zeer veel of zeer vergaande beperkingen moeten worden gesteld, doet deze systematiek afbreuk aan het reële normatieve gehalte van de GW en veroorzaakt zij bovendien soms een zinloze vloed aan "beperkende" wetgeving. De Raad wijst in zijn advies over het voorgestelde artikel 5a op dat risico. Een keuze om in de GW niet in algemene termen een recht toe te kennen dat vervolgens door de wetgever vergaand moet worden beperkt, maar te volstaan met een regelingsopdracht kan dan ook bijdragen aan de doorzichtigheid van GW en wetgeving.

De Raad wijst daarnaast op een ander argument, dat eveneens in de richting van een keuze voor een regelingsopdracht kan wijzen. In tegenstelling tot grondrechten als "subjectieve rechten", die slechts jegens de overheid betekenis kunnen hebben, bieden regelingsopdrachten de mogelijkheid aan "derdenwerking" gestalte te geven. In de voorliggende wetsvoorstellen wordt een deel van de regelingsopdrachten ook aldus gemotiveerd. De Raad geeft in zijn adviezen over artikel 5a en - waar het gaat over de bescherming van persoonsgegevens - artikel 10 in overweging, te kiezen voor een grondrecht van het type van de (eigenstandige, niet aan een subjectief recht gekoppelde) regelingsopdracht.

Deze laatste benadering is juist in het "digitale tijdperk" wellicht meer dan voorheen geïndiceerd. De door de Commissie als kenmerkend besproken "horizontalisering" en

"kwetsbaarheid" betreffen ontwikkelingen waarbij de vrijheid en persoonlijke waardigheid van de burger niet alleen door overheidsoptreden gevaar lopen, maar minstens zozeer door misbruik van technologische machtsmiddelen bijvoorbeeld manipulatie van informatievoorziening van de kant van private subjecten. Het voorgestelde artikel 7, vierde lid (over de pluriformiteit van het informatieaanbod) en de regelingsopdrachten in artikel 10, derde lid, en artikel 13, vierde lid, geven daar blijk van. Dit betekent dat de overheid in zoverre niet wordt gezien als een af te weren potentiële bedreiging van grondrechten. De adequate vervulling van staatstaken op dit terrein waarvoor uiteraard democratische en rechterlijke controle verzekerd moet zijn is veeleer een onmisbaar bestanddeel van de verwerkelijking van deze grondrechten. Dit doorkruist de traditionele tweedeling van "klassieke" en "sociale" grondrechten, waarin wordt aangenomen dat de eerste de overheid buiten de deur willen houden en de laatste de overheid tot activiteit verplichten. Deze wijziging van perspectief op tot de klassieke grondrechten gerekende onderwerpen wordt mede opgeroepen en versterkt door de informatisering, en verdient in het kader van de nu voorgestelde grondwetsherziening uitdrukkelijke bespreking.

Een implicatie hiervan is dat regelingsopdrachten niet gezien hoeven te worden als tweede keus; daarbij moet uiteraard wel onverminderd worden voldaan aan de voorwaarde dat er óók toereikende bescherming is tegen ongerechtvaardigd overheidsingrijpen via grondrechten die als subjectieve rechten zijn opgezet en alleen onder strikte condities kunnen worden beperkt.

e. Onafhankelijkheid van de techniek

Grondrechten strekken ertoe, de persoonlijke waardigheid van mensen - hun identiteit, voorwaarden van bestaan en relaties met anderen - te beschermen. Met het oog daarop worden onder meer activiteiten in het vlak van de communicatie en uitwisseling van informatie met anderen beschermd. De Raad onderschrijft het streven van de regering, deze grondwetsbepalingen zo te schrijven dat ze niet nodeloos vastzitten aan bepaalde vormen en instrumenten die worden gebezigd bij de uitoefening van het grondrecht.

De Commissie signaleert kort een aantal ontwikkelingen in de ICT (digitalisering, miniaturisering, mobilisering en convergentie). Zij wijst daarbij op de onvoorspelbaarheid van de veranderingen, zeker op de langere termijn. (zie noot 16) In de bepalingen die de wetsvoorstellen beogen te wijzigen, wordt in de huidige tekst aangeknoopt bij de gebruikte technieken. In artikel 7 is sprake van de drukpers, van radio en televisie, in artikel 13 van het briefgeheim, het telefoon- en telegraafgeheim. (zie noot 17)

De door de regering nagestreefde "techniek-onafhankelijkheid" (in goed Nederlands: de onafhankelijkheid van de techniek) betekent dat ook met door de technische ontwikkeling beschikbaar komende middelen zoals digitale datatransmissie en elektronische gegevensverwerking rekening moet worden gehouden. In de wetsvoorstellen is er in het algemeen voor gekozen, deze "nieuwe" middelen niet expliciet te noemen, maar de benoeming van de "oude" middelen te schrappen. Dit impliceert een sterkere nadruk op de functie van de betrokken grondrechten. Deze verandering heeft op zichzelf het voordeel dat niet bij elke, niet-voorspelbare, ontwikkeling in de ICT een nieuwe grondwetswijziging nodig is. Het nadeel is - algemeen gezegd - dat juist door die onvoorspelbaarheid van ICT-ontwikkelingen voor de grondwetgever niet vooraf duidelijk is waarover zijn bescherming (en de bijbehorende beperkingen) in de toekomst zich feitelijk zal uitstrekken, zodat, paradoxaal genoeg, het eerstgenoemde voordeel niet eens helemaal vaststaat: het is niet uitgesloten dat niet-voorzien consequenties van een nieuwe tekst te eniger tijd toch tot aanpassing zullen noodzaken. Bovendien kleeft aan deze aanpak het risico dat te zeer verschillende middelen over één kam worden geschoren en een te bonte verscheidenheid van activiteiten in dezelfde mate onder de bescherming van het grondrecht wordt gebracht. Dit kan zowel tot

een te grote als tot een te geringe bescherming leiden. Laat de GW, om dit probleem te verhelpen, via een open beperkingsbevoegdheid ook het niveau van de grondrechtenbescherming in het midden, dan doet zulks afbreuk aan de normatieve kracht van de GW ten opzichte van de wetgever, terwijl de bestaande bescherming nodeloos wordt verzwakt.

De Raad ziet hierin bezwaren van de verschuiving van middel naar functie in de aan hem voorgelegde wetsvoorstellen. Een grondwet waaraan de rechter wetten niet mag toetsen moet het juist hebben van precisie en helderheid. Bescherming die op sommige punten wenselijk wordt geoordeeld, mag niet achterwege worden gelaten ter wille van het gebruik van algemene formuleringen.

Bij de toetsing van de afzonderlijke wetsvoorstellen zal de Raad hierop nader ingaan. Te bezien staat of het in alle gevallen omwille van een van de techniek onafhankelijke bescherming van grondrechten nodig is, af te zien van een aanwijzing van de middelen waarop de grondrechtelijke bescherming betrekking heeft, terwijl het anderzijds ook geenszins vaststaat dat nieuwe middelen evenveel bescherming verdienen als bestaande. Behalve de techniek evolueert immers ook de taal. Onder "drukpers" werd eertijds een pers verstaan die de inktafdrukken van het zetsel op het papier zette; thans ziet niemand meer het gebruik van een pers als essentieel voor het kwalificeren van een stuk als "gedrukt". Evenmin zijn er dwingende redenen om bij "schriftelijk" en "geschrift" uitsluitend te denken aan schrifttekens die op papier zijn geplaatst.

f. Gevolgen van de technische ontwikkeling voor de verhouding van overheid en burger
De beschikbaarheid van meer en meer uiteenlopende middelen - dankzij de technische ontwikkeling - waarmee burgers in relatie kunnen treden tot anderen, raakt tevens de verhouding tussen overheid en burger op het terrein van de grondrechten. Grondrechten waren van oorsprong vooral van belang als correctie op een te grote afhankelijkheid van individuele burgers jegens een autoritair optredend staatsgezag. Democratisering in politieke zin is sinds de Tweede Wereldoorlog gevolgd door een vergaande democratisering van het maatschappelijk leven, die nog eens wordt versterkt door de aan het gebruik van nieuwe informatie- en communicatietechnieken eigen "horizontalisering" en de daaraan eigen "transparantie". (zie noot 18) De veelheid van middelen waarmee meningen kunnen worden geuit, persoonlijke contacten kunnen worden onderhouden en verzoeken tot de overheid kunnen worden gericht (onderwerpen waarop de grondwetsartikelen 7, 10 en 13 betrekking hebben), betekent dat er alternatieven zijn waar de burger vroeger op een enkel middel was aangewezen. Voor de grondrechtenbescherming acht de Raad dit in tweeërlei opzicht van betekenis. Om een ongewenste afhankelijkheid te voorkomen, moet de burger in eigen verantwoordelijkheid middelen kunnen gebruiken om zijn doel te realiseren (zich te uiten, te communiceren, een verzoek tot de overheid te richten). Dat kan een reden zijn om de traditionele aanwijzing van beschermde "middelen" te verruimen of althans ruimer op te vatten. Het is echter niet vanzelfsprekend dat dan alle middelen onder hetzelfde beschermingsregime moeten worden gebracht. Een herijking van het petitierecht, zoals gewaarborgd in artikel 5 GW, kan er bijvoorbeeld zeer wel toe leiden dat onder de schriftelijke indiening van verzoeken bij het bevoegd gezag naast documenten op papier ook elektronische documenten worden verstaan. Het voorkomen van een ongewenste afhankelijkheid van de overheid vereist echter niet dat zulke verzoeken op alle mogelijke manieren, bijvoorbeeld via overheidsbabbelboxen, kunnen worden ingediend.

Het tweede aspect dat in dit verband overweging verdient, is de mogelijke afhankelijkheid van burgers jegens andere organisaties dan de overheid bij het gebruik van sommige informatie- en communicatietechnieken. De Raad merkt op dat hieraan in verband met de

beoogde grondwetsherziening meer systematisch aandacht zou dienen te worden geschonken. De afwezigheid van belemmeringen van overheidswege biedt immers nog geen garantie dat er geen andere ongewenste belemmeringen kunnen opdoemen, bijvoorbeeld doordat de dienstverlening beperkt wordt tot gebieden waar deze winstgevend is. Hier raakt de uitwerking van regelingsopdrachten ten behoeve van derdenwerking, zoals in enige bestaande en voorgestelde grondwetsartikelen opgenomen, vragen die de Raad eerder in zijn adviezen betreffende de privatisering van de telecommunicatie en de inrichting van het omroepbestel onder de aandacht heeft gebracht.

g. Aandachtspunten bij de beoordeling van de afzonderlijke wetsvoorstellen

Het vorenstaande geeft de Raad aanleiding bij elk van de aanhangige wetsvoorstellen te bezien of de geschreven grondwetsbepalingen voldoen

- als normatief kader voor de wetgeving;
- de nagestreefde onafhankelijkheid van de techniek ook kunnen bereiken zonder in het midden te laten tot welke middelen de bescherming zich uitstrekt;
- ten aanzien van het vereiste beschermingsniveau voldoende duidelijkheid verschaffen en dit noch voor bestaande middelen nodeloos verminderen, noch voor nieuwe middelen in te ruime mate verzekeren.

3. Vergelijking van de voorgestelde grondwetsbepaling met het huidige artikel 7 van de Grondwet en de daarop gebaseerde jurisprudentie

Het voorgestelde eerste lid van artikel 7 sluit tekstueel vrij nauw aan bij artikel 10, eerste lid, EVRM en het daarop geënte artikel 11, eerste lid van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie. Verschillen zijn echter gelegen in de normering van de beperkingen. De belangrijkste andere wijzigingen ten opzichte van het huidige artikel 7 GW zijn de volgende.

- De uitingsvrijheid wordt los van vorm en techniek beschermd.
- Naast de vrijheid om te openbaren en te verspreiden wordt ook de ontvangstvrijheid beschermd.
- De verspreidingsjurisprudentie wordt gecodificeerd. Daarbij wordt het mogelijk gemaakt dat de lagere wetgevers beperkingen stellen aan de verspreidings- en ontvangstvrijheid, mits dit geschiedt in het belang van de openbare orde.
- De handelsreclame of productinformatie wordt niet langer uitgezonderd van de uitingsvrijheid, zij het met een beperkingsmogelijkheid bij of krachtens de wet ter bescherming van de gezondheid of in het belang van de veiligheid.
- De overheid wordt verplicht zorg te dragen voor het bevorderen van de pluriformiteit in het informatieaanbod.
- De mogelijkheid vervalt om bij wet personen jonger dan 16 jaar te beschermen tegen de negatieve effecten van vertoningen.

Een en ander komt neer op een fundamentele verandering van de grondwettelijke waarborgen voor de vrijheid van meningsuiting. De argumenten daarvoor liggen voor een deel buiten de sfeer van een aanpassing aan "het digitale tijdperk". Artikel 7 nam bij de algehele grondwetsherziening van 1983 een bijzondere positie in. De exclusieve verwijzing naar de "drukkers" in artikel 7 zoals het voordien luidde, was toen reeds gedateerd. Toch is het oude artikel 7 GW letterlijk overgenomen in het nieuwe artikel 7, eerste lid, aangevuld met enige nieuwe bepalingen inzake de vrijheid van meningsuiting. Niet alleen eerbied voor de traditie was daarbij in het geding; de doorslag gaf de wens de "verspreidingsjurisprudentie" van de Hoge Raad onaangetast te laten. (zie noot 19) Anders dan toen waagt de regering zich nu wel aan een poging tot codificatie van deze jurisprudentie. Deze koerswijziging staat niet

in direct verband met het van de techniek onafhankelijk maken van artikel 7. Op de daaraan verbonden complicaties gaat de Raad in punt 4 van dit advies nader in. Andere aspecten van het voorgestelde nieuwe artikel 7 komen daarna aan de orde.

4. Codificatie van de verspreidingsjurisprudentie

Een belangrijke, zij het niet direct aan de technische ontwikkeling gerelateerde verandering is de in het wetsvoorstel neergelegde "codificatie" van de op artikel 7, eerste lid, GW (tot 1983: artikel 7) gebaseerde "verspreidingsjurisprudentie". In de jurisprudentie van de Hoge Raad werd het "verspreiden" aanvankelijk beschouwd als een element van het door de drukpers openbaren van gedachten of gevoelens (*zie noot 20*), maar in 1950 daarvan als een noodzakelijk daaraan verbonden connex recht onderscheiden, onder erkenning van een ruimere beperkingsbevoegdheid van de "lagere" wetgever. (*zie noot 21*) In latere jurisprudentie werd het recht om geschreven meningsuitingen te verspreiden c.q. bekend te maken echter weer meer gezien als behorende tot het in artikel 7 verankerde grondrecht. (*zie noot 22*)

De toelichting bij het onderhavige wetsvoorstel wijkt dan ook af van de bestaande jurisprudentie door "openbaren" en "verspreiden" als gescheiden activiteiten te behandelen. (*zie noot 23*) Een grondwetsherziening die ten doel heeft artikel 7 te ontdoen van de tekstuele koppeling aan de techniek van de drukpers, zou veeleer aanleiding moeten geven een nauwere relatie te zien tussen "openbaren" en "verspreiden en ontvangen". Kan men bij (daadwerkelijk) gedrukte uitingen nog onderscheiden tussen het moment waarop het drukwerk van de pers komt, en dat waarop het onder de mensen wordt gebracht, bij schriftelijke meningsuitingen via telecommunicatiediensten is dit onderscheid praktisch zonder betekenis, net als bij mondelinge meningsuitingen. De Raad is daarom van oordeel dat het wetsvoorstel ten onrechte de suggestie wekt dat via dit terminologische onderscheid een hoger beschermingsniveau voor het "openbaren" dan voor het "verspreiden" wordt verzekerd. In de maatschappelijke werkelijkheid zal vrijwel elke beperking die - onder de in de derde volzin van het tweede lid gestelde voorwaarden - aan het verspreiden of ontvangen van een meningsuiting wordt gesteld, neerkomen op een beperking van het openbaren van die mening.

Kritische aandacht verdient ook de manier waarop de bevoegdheid het verspreiden en het ontvangen van meningsuitingen te beperken, in het voorstel wordt geclausuleerd. Deze clausulering betreft alleen beperkingen "krachtens de wet". Zou het de bedoeling zijn ze ook te doen gelden voor beperkingen die in een wet in formele zin worden neergelegd, zoals in paragraaf 2.7 van de toelichting wordt gesteld, dan zouden de woorden "tevens krachtens de wet" moeten worden vervangen door "bij of krachtens de wet". Dat heeft echter het merkwaardige gevolg dat de bij wet te stellen beperkingen aan de vrijheid om te openbaren (mits geen voorafgaand verlot inhoudend) ingevolge artikel 7, tweede lid, eerste volzin, niet aan een doelclausule onderworpen zullen zijn, terwijl zo'n clausule wél geldt voor beperkingen van de vrijheid om te verspreiden of te ontvangen.

De hier bedoelde clausulering van de beperkingsbevoegdheid in de derde volzin omvat drie elementen: een criterium betreffende het doel van de beperking ("in het belang van de openbare orde"), een afbakening in die zin dat de beperking geen betrekking mag hebben op de inhoud, en een afbakening in die zin dat het middel voor verspreiding of ontvangst niet totaal verboden mag worden.

Deze bepaling roept bij de Raad bedenkingen op, ook al vindt ze ogenschijnlijk steun in de bestaande jurisprudentie. Door de koppeling aan een algemene bepaling over de vrijheid

denkbeelden of andere informatie te verspreiden of te ontvangen, veranderen de betekenis en het effect van de clausuleringen. In de context van jurisprudentie over gemeentelijke verordeningen ligt een verwijzing naar de openbare orde voor de hand, omdat daarin de grond pleegt te liggen voor regulering door de gemeenteraad. (zie noot 24) Als criterium voor beperking van grondrechten is het echter veel te onbepaald. De openbare orde behoort ook niet tot de in artikel 10 EVRM genoemde specifieke doelcriteria. In de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) speelt de eis dat een beperking noodzakelijk is in een democratische samenleving een belangrijke rol. (zie noot 25) Dit houdt in dat er een dringende sociale behoefte moet bestaan om de vrijheid te beperken. (zie noot 26) Anders dan de beperkingsgronden van artikel 10 EVRM, zoals die in de jurisprudentie van het Hof worden uitgelegd, mist in de Nederlandse wet- en regelgeving "het belang van de openbare orde" vrijwel elk onderscheidend karakter. De Raad is van oordeel dat het werken met een zo onbepaald doelcriterium te kort doet aan het vereiste normatieve karakter van de grondwetsbepaling.

Het verbod van beperkingen wegens de inhoud betekent tevens dat de nu op artikel 7, derde lid, laatste volzin, GW berustende mogelijkheid tot regulering van vertoningen die toegankelijk zijn voor kinderen, komt te vervallen. (zie noot 27) Blijkens paragraaf 2.8 van de toelichting is dit ook de bedoeling. De Raad acht de wenselijkheid van deze verandering niet overtuigend aangetoond. De regering meent dat de bestaande zelfregulering tot voldoende resultaten leidt om blootstelling van kinderen aan schadelijke audiovisuele producten te voorkomen. Onzeker is echter of dit ook zo zal blijven als de overheid zichzelf definitief de pas heeft afgesneden om terzake regulerend op te treden. Verder wijst de Raad erop dat het kabinet toch een - zij het beperkte bemoeienis - nodig acht met de zelfregulering (het opleggen van een classificatiesysteem aan de omroepinstellingen); in relatie tot het Nederlands Instituut voor Classificatie van Audiovisuele Media wordt het "denkbaar" geacht "dat de overheid een serieuze rol speelt bij het toezicht achteraf". Betwijfeld moet worden of dit in overeenstemming zou zijn met de voorgestelde grondwetsbepaling. Mede gelet op artikel 17, aanhef en onder e, van het Verdrag inzake de rechten van het kind adviseert de Raad in de GW de bestaande mogelijkheid in stand te laten van een regulering van vertoningen die toegankelijk zijn voor kinderen, ook wanneer naar huidig inzicht in belangrijke mate op zelfregulering zou kunnen worden vertrouwd.

Inzake de bepaling dat beperkingen van de vrijheid om te verspreiden of te ontvangen niet zo ver mogen gaan dat geen gebruik van enige betekenis van het middel overblijft, wijst de Raad erop dat het toepassingsveld hiervan ook alle niet-schriftelijke meningsuitingen omvat. Daarin onderscheidt dit onderdeel van het voorstel zich van de bestaande jurisprudentie; de consequenties hiervan behoeven ten minste nadere bespreking in de toelichting.

De Raad betwijfelt ten slotte of het - los van vorenstaande bedenkingen - uit het oogpunt van een effectieve bescherming van grondrechten gewenst is, de genuanceerde jurisprudentie betreffende middelen ter verspreiding van geschreven meningsuitingen op deze manier te codificeren. Doordat de rechter ingevolge artikel 120 GW niet mag treden in de grondwettigheid van wetten, betreft deze jurisprudentie in hoofdzaak gemeentelijke verordeningen. De daarin vervatte beperkingen betreffende de verspreidingen van schriftelijke meningsuitingen worden door de rechter getoetst aan op artikel 7 GW gebaseerde criteria. Volgens het wetsvoorstel zullen die beperkingen voortaan krachtens de wet moet worden vastgesteld (artikel 7, tweede lid, derde volzin). Aangenomen moet worden dat de desbetreffende delegerende wetgeving geen blanco-volmacht tot beperking

van de verspreiding aan de lagere wetgever zal verstrekken, maar deze beperkingen ook inhoudelijk zal normeren. Bij het iken van de termen "bij de wet", "bij of krachtens de wet", enz. in het kader van de algehele grondwetsherziening werd dit immers uitdrukkelijk als vereiste gesteld; zonder inhoudelijke normering zou het vereiste "krachtens de wet" trouwens nogal zinledig zijn. De toelichting lijkt dit te bevestigen. (zie noot 28) Al naar gelang de mate en de vorm waarin de formele wetgever in de toekomst de regulering van verspreiding bij verordening zal afbakenen, zal de beoordeling van de grondwettigheid daarvan bijgevolg aan de rechter worden onttrokken. Een implicatie van de voorgestelde codificatie van de verspreidingsjurisprudentie is dus dat daaronder een streep wordt gezet. Uit de toelichting blijkt niet dat dit gevolg is beoogd.

De Raad adviseert daarom de gedane poging tot codificatie van de verspreidingsjurisprudentie in heroverweging te nemen.

5. Andere onderwerpen

a. Handelsreclame

Het in 1983 in de GW opgenomen artikel 7, vierde lid, zondert handelsreclame volledig uit van grondrechtelijke bescherming. De Raad heeft begrip voor de wens, hiervoor een meer genuanceerde regeling in de plaats te stellen. Hij betwijfelt evenwel of de nu voorgestelde bepaling voldoende ruimte biedt voor maatpelijk aanvaarde beperkingen zoals de regulering van het verspreiden van brieven busreclame, nu ingevolge het voorstel de vereisten van de tweede en de derde volzin van het tweede lid in acht moeten worden genomen. De Raad adviseert in geval van vervanging van het huidige artikel 7, vierde lid, door een nieuwe bepaling, rekening te houden met de behoefte beperkingen te stellen ter voorkoming van overlast of schade voor het milieu, en de mogelijkheid van het eisen van voorafgaand verlof niet volledig uit te sluiten.

b. Pluriformiteit

Volgens het voorgestelde vierde lid van artikel 7 is bevordering van voldoende pluriformiteit in het informatieaanbod voorwerp van zorg van de overheid. De Raad kan zich, mede gelet op de structuur van de sociale grondrechten in hoofdstuk 1 GW, op zichzelf verenigen met het opnemen van een bepaling omtrent het - voor een democratische rechtsstaat - fundamentele belang van ideële pluriformiteit in de media. In artikel 11 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (EU) is aan het eerste lid, dat geënt is op artikel 10 EVRM, een bepaling toegevoegd volgens welke de vrijheid en de pluriformiteit van de media worden geëerbiedigd. Omdat het hier een bepaling betreft die behalve de vrijheid van meningsuiting ook de concurrentieverhoudingen binnen de EU raakt, dient de schijn te worden vermeden dat de GW ruime en veelomvattende steunverlening aan de pers mogelijk maakt.

De Raad acht de krachtige verzekering in het door de regering voorgestelde vierde lid, eerste volzin, van artikel 7 te pretentius. Anders dan de in artikel 23, eerste lid, voorgeschreven zorg voor het onderwijs kan de zorg voor "voldoende pluriformiteit in het informatieaanbod" niet het karakter aannemen van een haast alomvattende facilitering. Bij de steun aan kranten en tijdschriften zal het eerder gaan om bepaalde typen informatievoorziening van groot maatschappelijk belang. Een eenvoudige opdracht tot het stellen van regels ter bevordering van de pluriformiteit in het informatieaanbod, analoog aan artikel 18, tweede lid, en artikel 19, tweede lid, lijkt voor dit onderwerp geschikter.

c. Omroep

Het nieuwe artikel 7 is in hoofdzaak onafhankelijk van de techniek opgezet, maar daarop is één uitzondering gemaakt. Voor de omroep kunnen bij de wet regels worden gesteld ter bevordering van voldoende pluriformiteit in het informatieaanbod. Daar wordt aan toegevoegd dat er geen voorafgaand toezicht is op de inhoud van een afzonderlijk programma (vierde lid, derde volzin).

De bepaling is toegevoegd omdat, zo stelt de regering, omroepprogramma's voor de burgers belangrijke middelen zijn om zich in politiek, sociaal, cultureel en economisch opzicht te kunnen bewegen en ontplooien. Door de indringendheid van de radio en vooral de televisie en het grote bereik bepalen zij ook in de informatiesamenleving nog in belangrijke mate het gezicht van de hedendaagse maatschappij. (zie noot 29) De regering onderkent hoe tijdgebonden deze visie is: zij verwacht dat de traditionele omroep op den duur in belangrijke mate concurrentie om de aandacht van de burger zal krijgen van aanbod via Internet en andere nieuwe media. Zij meent niettemin dat het vooralsnog wenselijk is om de huidige mogelijkheden van de overheid om de omroep te reguleren, te handhaven. (zie noot 30)

Op dit punt wijkt de regering af van de commissie-Franken, die had voorgesteld van "publieke mediadiensten" te spreken. Het begrip "omroep" is echter ook bij de huidige stand van de techniek al moeilijk af te bakenen. Radio en televisie worden in toenemende mate tevens via het Internet aangeboden. Webcams maken via het Internet bepaalde al dan niet voor het publiek toegankelijke plaatsen zichtbaar.

Ondanks deze groeiende convergentie stelt de regering dat interactieve diensten niet onder "omroep" vallen. (zie noot 31) Er zijn echter nu al spelprogramma's op televisie, waarbij kandidaten in de zaal en kijkers thuis via de telefoon meespelen, en er zijn radioprogramma's waarbij luisteraars via Internet kunnen stemmen over stellingen.

De regering verwijst voorts naar de indringendheid van de omroep, wat dat ook mag zijn. Het is een criterium dat weinig houvast biedt. De Raad is daarom van oordeel dat het voorgestelde aparte regime voor de omroep slechts beperkt houdbaar zal blijken te zijn.

De Raad ziet niet voorbij aan een extra door de regering genoemd argument om ten aanzien van de omroep regels mogelijk te maken ter bevordering van voldoende pluriformiteit: de schaarste aan distributiekkanalen. Daar waar sprake is van schaarste bestaat, zo meent de regering, de noodzaak om een verdeling toe te passen. (zie noot 32) Deze stelling is weliswaar op dit moment niet onjuist, maar de tekst van het artikel sluit er niet op aan: in het vierde lid wordt schaarste niet als criterium genoemd. Voorzover als gevolg van technische ontwikkelingen zoals de verspreiding van radio- en televisieprogramma's via het Internet aan de schaarste een einde komt, blijft niettemin een ongeclausuleerde bevoegdheid tot regulering van de "omroep" bijvoorbeeld in de vorm van een concessiestelsel bestaan.

De conclusie bij het voorgaande is dat alleen het belang van voldoende pluriformiteit een bruikbaar argument is om regels te stellen inzake de omroep. Het verdient overweging, de voorgestelde bepaling nader te bezien in samenhang met de door de Raad in onderdeel b aanbevolen opnemings van een bepaling omtrent wetgeving ter bevordering van voldoende pluriformiteit in de media.

d. Verhouding tot andere grondrechten

Door de verbreding van het eerste lid tot alle vormen van meningsuiting zullen zich in de praktijk vragen kunnen voordoen of bijvoorbeeld een toneelvoorstelling valt onder het recht van vrije meningsuiting van artikel 7 dan wel onder de vrijheid van godsdienst van artikel 6 GW of artikel 9 GW (vergadering, betoging). De Raad adviseert deze verhouding tussen de grondrechten te verduidelijken, in het bijzonder uit het oogpunt van de toelaatbaarheid van beperkingen.

6. Voldoende reden voor grondwetsherziening?

Afsluitend moet de vraag worden gesteld of een ingrijpende herziening van artikel 7 gerechtvaardigd is. In het verleden (*zie noot 33*) is artikel 7, eerste lid, extensief geïnterpreteerd, zodat niet alleen openbaring door middel van de drukpers maar ook door andere middelen (gestencilde krantjes, handgeschreven gefotokopieerde pamfletten, geschreven en getekende middelen, een tekst in neonletters (*zie noot 34*)) werd beschermd. Denkbaar zou zijn bij een herziening van artikel 7 in plaats van aan meningsuiting door de "drukpers" naast een algemene waarborg van de vrijheid van meningsuiting bijzondere bescherming te bieden aan meningsuiting in geschrift. Daaronder kunnen - in het voetspoor van de bestaande jurisprudentie - zonder meer ook elektronische vormen van schriftelijke communicatie worden begrepen.

De talrijke ontwikkelingen op het terrein van de meningsuiting en de gebreken van de huidige bepaling zijn naar het oordeel van de Raad voldoende reden om een herziening van artikel 7 ter hand te nemen. Als normatief kader voor de wetgeving behoeven onderdelen van het voorstel echter heroverweging. De van de techniek merendeels onafhankelijk gemaakte onderdelen omvatten in het wetsvoorstel een te grote verscheidenheid van uitingvormen, waarbij de beperkingsclausules als normering tekortschieten. De codificatie van de verspreidingsjurisprudentie zal de rol van de rechter kunnen uithollen.

De Raad adviseert daarom het voorstel aan een grondige bewerking te onderwerpen alvorens het wordt ingediend.

De Raad van State heeft mitsdien bezwaar tegen het voorstel van wet en geeft U in overweging dit niet aldus te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal.

De Vice-President van de Raad van State

Nader rapport (reactie op het advies) van 29 oktober 2004

De Raad van State heeft bezwaar tegen het voorstel van wet en geeft U in overweging dit niet aldus te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Naar aanleiding van dit advies van de Raad van State merk ik het volgende op.

1. Met instemming heb ik kennis genomen van het standpunt van de Raad dat de technologische ontwikkelingen, zoals geanalyseerd door de Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk, een herbezinning op de grondwettelijke waarborg inzake communicatie- en informatie-uitwisseling wenselijk maken. Evenals de Raad ben ik van oordeel dat het gebruik van nieuwe technieken bij de bescherming van grondrechten in ogenschouw genomen dient te worden. De Raad wijst er terecht op dat deze technieken voor de uitoefening en realisering van grondrechten potentieel zowel positieve als negatieve effecten hebben.

2a. In het licht van de toenemende betekenis van de mensenrechtenverdragen en de daaruit voortvloeiende jurisprudentie voor de rechtspraak in Nederland, stelt de Raad terecht de vraag of er voldoende redenen zijn om aan het bestaan van nationale grondrechten te blijven hechten. Met instemming heb ik kennis genomen van het standpunt van de Raad dat deze de wenselijkheid van een eigen grondwettelijke verankering van grondrechten onderschrijft. Zoals het kabinet reeds stelde in het kabinetsstandpunt 'Grondrechten in het digitale tijdperk' blijft Nederland een aparte natie vormen, waarin aan eigen waarden en normen een grote waarde wordt gehecht. Juist in de huidige multiculturele samenleving waarin van een

gemeenschappelijke achtergrond en geschiedenis geen sprake is, zijn de in een nationale grondwet gewaarborgde grondrechten van groot belang. Zij weerspiegelen voor een belangrijk deel het morele acquis van onze samenleving.

Ik meen dat de Nederlandse grondwetgever zich bij het (her)formuleren van grondrechten in de Grondwet niet uitsluitend dient te laten leiden door de formulering van de in de mensenrechtenverdragen gekozen formuleringen van die grondrechten. Daargelaten dat de formuleringen van grondrechten in de verschillende mensenrechtenverdragen en andere internationale documenten onderling uiteenlopen, dient de grondwetgever zich mijns inziens bij het (her)formuleren van grondrechten in hoofdstuk 1 van de Grondwet te laten leiden door enerzijds het internationaalrechtelijke kader en anderzijds de specifieke plaats die de Grondwet inneemt in de Nederlandse samenleving.

De Raad stelt terecht dat voorzichtigheid is geboden bij het opnieuw formuleren van een grondrecht dat nauw aansluit bij een grondrecht dat wordt beschermd door het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR) of een ander internationaal document zoals het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie. Bij een slechts gering verschil ten opzichte van de verdragsbepaling zullen de voordelen van de beoogde verbetering volgens de Raad niet opwegen tegen het risico van onnodige complicaties bij de interpretatie en toepassing. Bij afwijking van die internationale bepalingen is naar het oordeel van de Raad dan ook altijd een afweging nodig tussen het risico van verwarring en de behoefte een betere bescherming te bieden dan door die documenten wordt geboden. Voor deze afweging is - zo stelt de Raad - een analyse vereist van verschillen en overeenkomsten tussen hetgeen door de verdragsbepaling en de daarop gebaseerde jurisprudentie wordt beschermd enerzijds en het voorgestelde artikel anderzijds. Die analyse wordt door de Raad in het wetsvoorstel gemist.

Voor wat betreft deze kritiek van de Raad merk ik op dat een diepgaande analyse als door de Raad bedoeld ten tijde van het opstellen van het wetsvoorstel niet mogelijk was, omdat de internationale rechtsontwikkeling met betrekking tot de bescherming van de vrijheid van meningsuiting in een digitale omgeving zich nog in de beginfase verkeerde en nog geenszins was uitgekristalliseerd.

Het uitvoerig en overtuigend gemotiveerde advies van de Raad heeft aanleiding gevormd om het wetsvoorstel opnieuw te bezien. Daarbij is in het bijzonder onderzocht hoe meer aansluiting kan worden gevonden bij de recente rechtsontwikkeling op internationaal niveau met betrekking tot de bescherming van grondrechten in een digitale omgeving. Nederland heeft daartoe tijdens het voorzitterschap van de Raad van Europa het voorstel ingediend om, op basis van de principes van het EVRM en uitgaande van de Political Message of the Committee of Ministers to the World Summit on the Information Society, normen te ontwikkelen voor de toepassing van mensenrechten in de informatiesamenleving. Het doel is richting te geven aan de Europese rechtsontwikkeling inzake de toepassing van mensenrechten in de informatiesamenleving in de lidstaten van de Raad van Europa.

De Raad van Europa heeft het Nederlandse voorstel overgenomen en bereidt thans een aanbeveling 'Human Rights and the Rule of Law in the Information Society' voor. De Raad van Europa is voornemens deze Aanbeveling in te brengen in de tweede fase van de World Summit on the Information Society (Tunis, november 2005). Bij besluitvorming inzake een

nieuw voorstel met betrekking tot artikel 7 van de Grondwet zullen deze internationale ontwikkelingen worden betrokken.

2b. Onder de punten 2b-2f en 3-6 heeft de Raad belangwekkende opmerkingen gemaakt. Gelet op het vorenstaande zal ik thans niet nader ingaan op deze opmerkingen. Bij de voorbereiding van een nieuw wetsvoorstel zullen deze opmerkingen alsnog worden betrokken en zal hierop alsnog uitvoerig worden ingegaan, uiteraard in het licht van de ontwikkelingen in wetgeving en jurisprudentie die na het advies hebben plaatsgevonden.

Daartoe gemachtigd door de ministerraad moge ik U in overweging geven het hierbij gevoegde voorstel van wet overeenkomstig het advies van de Raad van State niet aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden en goed te vinden dat het onderhavige nader rapport tezamen met het advies van de Raad van State en het voorstel van wet en de daarbij behorende memorie van toelichting zoals deze aan de Raad van State zijn voorgelegd, openbaar wordt gemaakt.

De Minister voor Bestuurlijke Vernieuwing en Koninkrijksrelaties

(1) Kamerstukken 2000/2001, 27 460, nr.1.

(2) Rapport-Franken, bladzijde 37.

(3) Met het demateriële karakter wordt bedoeld op het ontbreken van een fysieke drager van de informatie.

(4) Rapport-Franken, bladzijde 34, verwijzend naar rapport "Criminaliteit in cyberspace", Stol e.a. 1999, bladzijden vii en viii.

(5) Wet computercriminaliteit, Wet van 23 december 1992 tot wijziging van het wetboek van strafvordering in verband met de voortschrijdende toepassing van informatietechniek, Stb.1993, 92.

(6) Ingevoegd bij de Wet van 27 mei 1999 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering ter regeling van enige bijzondere bevoegdheden tot opsporing, Stb.245, inwerkingtreding 1 februari 2000.

(7) Voorstel van wet tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en de Telecommunicatiewet in verband met nieuwe ontwikkelingen in de informatietechnologie, Kamerstukken II 1998/99, 26 671.

(8) Gegevensvergaring in strafvordering, Nieuwe bevoegdheden tot het vorderen van gegevens ten behoeve van strafvorderlijk onderzoek, Rapport van de Commissie Strafvorderlijke gegevensvergaring in de informatiemaatschappij (Commissie-Mevis), mei 2001.

(9) Kamerstukken II 2000/2001, 27 460, nr.1, paragraaf 2.4.

(10) Kamerstukken II 2000/2001, 27 460, nr.2, vraag 17.

(11) Het Handvest betreft mede de uitvoering van EG- en EU-recht door de lidstaten. Vooralsnog is het Handvest alleen plechtig namens Raad, Commissie en Parlement van de Europese Unie geproclameerd, maar nog niet in de oprichtingsverdragen verankerd. Ingevolge Verklaring Nr.23, behorende bij het Verdrag van Nice, dient in het kader van de volgende Intergouvernementele Conferentie nader te worden beslist over de juridische status van het Handvest.

(12) Bij de voorgestelde formulering van artikel 10 GW speelt nog een ander probleem: de terminologie van een (veranderlijke) richtlijn wordt overgenomen; zie het advies van de Raad (no.W01.01.0464/I). In zijn advies van 31 augustus 2001 in zaak no.W12.01.0337/IV stelt de Raad dat het voortzetten van het gebruik van een afwijkende terminologie niet wordt

gerechtvaardigd door het argument dat aansluiting bij de bewoordingen en systematiek van de onderhavige richtlijnen afbreuk zou kunnen doen aan het beschermingsniveau dat door de thans geldende gelijke-behandelingswetgeving wordt geboden. Zo er al sprake zou zijn van een dergelijke afbreuk, staat het de Nederlandse wetgever overigens vrij om te voorzien in aanvullende bepalingen, waardoor de bescherming ten minste op hetzelfde niveau wordt gehandhaafd.

(13) Wel is zulke toetsing mogelijk ten aanzien van andere wettelijke voorschriften, maar wanneer de afwijking van de GW die de rechter daarbij meent te moeten constateren voortvloeit uit een wet in formele zin, geeft het toetsingsverbod van artikel 120 GW de doorslag.

(14) Rapport-Franken, bladzijde 49.

(15) Over de omschrijving van grondrechten van deze juridische aard als "subjectieve (publieke) rechten" is - zoals ook in het rapport-Franken (bladzijde 51, noot 23) wordtesignaleerd - in de juridische literatuur discussie gevoerd. Sinds de algehele grondwetsherziening van 1983 is deze term echter steeds meer in zwang gekomen om het onderscheid te karakteriseren met grondrechten die het karakter dragen van een instructienorm (een regelingsopdracht dan wel een zorgplicht van andere aard). De Raad ziet dan ook geen aanleiding op dit terminologische punt van het kabinet (en de Commissie) af te wijken.

(16) Rapport, bladzijden 24-25.

(17) In artikel 5 GW wordt bepaald dat een petitie schriftelijk moet worden ingediend.

(18) De Commissie-Franken (bladzijden 28-29) vermeldt "horizontalisering" en "transparantie" als "kenmerken van het digitale tijdperk".

(19) Zie bijvoorbeeld kamerstukken 1975/1976, 13 872, nr.3, blz.32-33.

(20) HR 7 november 1892, W 6259 (Haags ventverbod).

(21) HR 28 november 1950, NJ 1951, 137 (APV Tilburg).

(22) Zie onder meer HR 12 januari 1960, NJ 1960, 273 (Alkmaars plakverbod); ARRS 8 april 1988, AB 1989, 88.

(23) Zie paragraaf 2.4, derde alinea, vierde volzin, van de toelichting: "De term "openbaren" heeft echter uitsluitend betrekking op het openbaren in engere zin, terwijl de term "verspreiden" ziet op het onder het publiek verspreiden".

(24) Uit het Bidprentjes-arrest (18 april 1961, NJ 273) blijkt hoe ruim het doelcriterium "openbare orde" wordt opgevat. De Hoge Raad komt tot de conclusie dat de voorschriften van de Winkelsluitingswet "noch tot doel noch tot effect hebben het beletten van de verkoop van geschriften houdende meningsuitingen, doch veeleer beogen (...) het keren van een uit maatschappelijk oogpunt onaanvaardbare toestand (...)". Deze toestand zou ontstaan, indien winkeliers vrij zouden zijn hun winkels gedurende zeer lange tijd of zelfs permanent open te houden.

(25) Zie bijvoorbeeld Özgür Gündem tegen Turkije, 23144/93; Feldek tegen Slowakije, 29032/95; VgT (Verein gegen Tierfabriken) tegen Zwitserland, 24699/94, het "General Comment on Article 19", Office of the High Commissioner for Human Rights, Geneve, Zwitserland, 29 juli 1983 en de "Compilation of General Comments and General Recommendations adopted by Human Rights Treaty Bodies, International Human Rights Instruments", 7 februari 2000, bladzijden 89 en volgende.

(26) Özgür Gündem tegen Turkije, 23144/93.

(27) Deze bepaling luidt thans: "De wet kan het geven van vertoningen toegankelijk voor personen jonger dan zestien jaar regelen ter bescherming van de goede zeden."

(28) Eervoorlaatste alinea ad artikel 7, tweede lid.

(29) Toelichting op het vierde lid, onder "Regels over omroep", derde tekstblok.

- (30) Toelichting op het vierde lid, onder "Regels over omroep", vierde tekstblok.
- (31) Toelichting op het vierde lid, onder "Regels over omroep", negende tekstblok.
- (32) Toelichting op het vierde lid, onder "Regels over omroep", vijfde tekstblok.
- (33) Voorafgaand aan de grondwetsherziening van 1983, waarin artikel 7, derde lid, een basis bood voor openbaring door andere middelen.
- (34) HR 24 januari 1967, NJ 1967, 270 ("Nederland ontwapent").