

RECHTEN VAN DE MENS

Het af luisteren van telefoongesprekken en het registreren van uitgaande en binnenkomende oproepen

1. Op 2 augustus 1984 heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in voltallige terechtzitting een arrest uitgesproken in een zaak waarin de bescherming van het telefoongeheim centraal stond. (Zaak Malone, *Publ. Cour*, reeks A, vol. 82).

Nu de behandelde kwesties precies het voorwerp uitmaken van het op 10 november 1983 ingediende wetsontwerp tot bescherming van bepaalde aspecten van de persoonlijke levenssfeer (*Parl. St.*, Kamer, 1983-84, nr. 778-1), spreekt het vanzelf dat dit arrest ook voor ons van belang kan zijn.

A. Feiten en procedure

2. De klager in de zaak, James Malone, was een Engelse antiekhandelaar, die beschuldigd was van heling van gestolen goederen. Tijdens de behandeling van zijn zaak — die zou uitlopen op een vrijspraak — kwam aan het licht dat een bepaald telefoongesprek dat hij gevoerd had, door de politie was afgeluisterd, op bevel van de minister van Binnenlandse Zaken. Daarop stelde Malone voor de burgerlijke rechter een aansprakelijkheidsvordering in tegen het hoofd van de plaatselijke politie, op grond dat het af luisteren onwettig was. Hij voerde overigens aan dat hij niet slechts die ene keer was afgeluisterd, maar dat zulks regelmatig het geval was geweest, zelfs na zijn vrijspraak. Bovendien beschuldigde hij de telefoondienst ervan alle nummers die hij op zijn toestel draaide, te registreren en aan de politie door te geven.

De vordering van Malone werd op 28 februari 1979 verworpen door Sir Robert Megarry, ondervoorzitter van de Chancery Division van de High Court (*Malone v. Commissioner of Police of the Metropolis* (nr. 2), *All England Law Reports*, 1979, vol. 2, p. 620, en *Weekly Law Reports*, 1979, vol. 2, p. 700). Deze magistraat was van oordeel dat het af luisteren van telefoongesprekken en het registreren van opgeroepen telefoonnummers door het interne Engelse recht niet verboden, en derhalve toegelaten waren. De vordering werd op die grond afgewezen.

Opmerkelijk is evenwel dat het vonnis ook rekening hield met het Europees Verdrag over de rechten van de mens, meer bepaald met artikel 8, dat het recht op eerbiediging van het privé-leven en de briefwisseling waarborgt. Volgens Sir Robert Megarry waren de genoemde praktijken *strijdig* met het Verdrag; evenwel werd die conclusie voor het geschil irrelevant geacht, omdat het Europees Verdrag in de Engelse rechtsorde geen directe werking heeft.

Daarop diende Malone een klacht in bij de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens, die op haar beurt de zaak aanhangig maakte bij het Hof. Dat die zaak in Engeland nauwlettend gevolgd werd, blijkt o.m. uit het feit dat (voor de eerste maal) gebruik werd gemaakt van de mogelijkheid om voor het Hof als «amicus curiae» op te treden: aan een vakbond van technici en ingenieurs van de telefoondienst werd toestemming verleend om schriftelijk een standpunt mede te delen.

B. De inmenging in het recht op eerbiediging van het privé-leven en de briefwisseling

3. Het Hof bevestigde wat het reeds vroeger beslist had: telefoongesprekken behoren tot het «privé-leven» en de «briefwisseling», in de zin van artikel 8, lid 1, van het Europees Verdrag. Het aftappen van telefoonlijnen en het registreren van opgeroepen nummers zijn dan ook «inmengingen» in het recht op eerbiediging van het privé-leven en de briefwisseling (Zie arrest van 6 september 1978, *Klass*, *Publ. Cour*, reeks A, vol. 28, p. 21, § 41. Zie in dezelfde zin, *Cass.*, 24 mei 1983, elders in dit nummer).

Bovendien bestaat die inmenging niet alleen bij een *effectieve* aftapping resp. registrering, maar vormt een *systeem* van *geheime* controle van telefoongesprekken op zich reeds een dergelijke inmenging, zelfs buiten elke effectieve toepassing op een betrokkene (Cf. arrest *Klass*, *o.c.*, *l.c.*). Het Hof achtte het ten deze, waar een dergelijk systeem aan de orde was, niet nodig in feite te onderzoeken of en in welke mate Malone's telefoongesprekken afgeluisterd of geregistreerd waren: voldoende was vast te stellen dat hij behoorde tot een categorie verdachten op wie dergelijke maatregelen konden worden toegepast.

C. De verantwoording van de inmenging

4. Volgens artikel 8, lid 2, is een inmenging in het recht op eerbiediging van het privé-leven en de briefwisseling slechts toegestaan, «voor zover (zij) bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving nodig is in het belang van 's lands veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen».

Het Hof moest dan ook nagaan of de aangeklaagde inmengingen op grond van de geciteerde bepaling konden worden verantwoord.

1. «Bij de wet voorzien»

5. Met aanhaling van zijn vroegere rechtspraak, bevestigde het Hof twee beginselen. In de eerste plaats omvat de «wet», in de zin van artikel 8, lid 2, niet alleen de formele wet, maar moet daartoe ook het ongeschreven recht worden gerekend (arrest van 26 april 1979, *Sunday Times*, *Publ. Cour*, reeks A, vol. 30, p. 30, § 47); in de tweede plaats houdt het vereiste van artikel 8, lid 2, in dat de litigieuze inmenging een rechtsgrond moet hebben in het interne recht (arrest van 25 maart 1983, *Silver*, *Publ. Cour*, reeks A, vol. 61, p. 33, § 86). Uit die beginselen moet afgeleid worden dat de inmenging moet steunen op een norm die voldoende *toegankelijk* is voor de burger, en die bovendien voldoende *precies* is, opdat de burger zijn gedrag daarop kan afstemmen (Arrest *Sunday Times*, *o.c.*, p. 31, § 49; arrest *Silver*, *o.c.*, p. 33, §§ 87-88).

Dit geldt des te meer wanneer de inmenging in het geheim gebeurt. In dat geval moet de wet voldoende duidelijk zijn, om aan een ieder de omstandigheden en de voorwaarden aan te geven, waarin de overheid gemachtigd is om in het privéleven in te dringen.

Anderzijds is het niet onverenigbaar met artikel 8, lid 2,

dat de interne wet ter zake een zekere *beoordelingsbevoegdheid* verleent aan de overheid, voor zover die bevoegdheid niet onbepaald is. De voorwaarden en modaliteiten voor de inmenging moeten namelijk zo duidelijk omschreven worden als nodig is voor een doelmatige bescherming tegen willekeurig overheidsop treden.

Dit toepassend op de voorliggende zaak, was het Hof van oordeel dat het Engelse recht de litigieuze inmengingen weliswaar niet verbodt, maar dat zulks niet voldoende was om die inmengingen te verantwoorden vanuit het oogpunt van het Europees Verdrag. Op grond van een minutieus onderzoek van de wetgeving en van de tegenstrijdige zienswijzen van de partijen, kwam het Hof inderdaad tot de conclusie dat het interne recht «duister en vatbaar voor uiteenlopende interpretaties» was. In die omstandigheden kon niet met voldoende zekerheid en duidelijkheid gezegd worden welke de grenzen en de modaliteiten waren van de aan de overheid toekomende beoordelingsmacht, zodat de minimale bescherming tegen het overheidsop treden ontbrak.

Eenparig besliste het Hof dan ook dat de litigieuze inmengingen niet «bij de wet voorzien» waren, in de zin van artikel 8, lid 2, zodat artikel 8 geschonden was.

6. Naar Belgisch recht wordt van overheidswege traditioneel gezegd dat het *afluisteren* van telefoongesprekken in elk geval en voor een ieder, ook voor de overheid, verboden is, op grond van de artikelen 17 t.m. 20 van de wet van 13 oktober 1930 tot coördinatie der verschillende wetsbepalingen op de telegrafie en de telefonie met draad. Wat het *registreren* van nummers betreft, dat in de wet niet geregeld is, wordt aanvaard dat gegevens als het tijdstip en de duur van een verbinding en het nummer van de opgeroepene moeten worden meegedeeld aan een *onderzoeksrechter* die daartoe opdracht geeft. Deze opvatting blijkt uit een omzendbrief van de minister van Justitie van 17 augustus 1923 (omzendbrief nr. 1989, met bijlage, *Verz. omzendingbrieven Min. Just.*, 1923, 279), waarnaar in het recente verleden herhaaldelijk verwezen werd (zie o.m. de antwoorden van de minister van Justitie, *Parl. Vr. en Antw.*, Senaat, 1980-81, 2 december 1980, 262 (vr. Lagasse); Kamer, 1982-83, 12 april 1983, 1839 (vr. Desutter); Senaat, 1982-83, 21 juni 1983, 1420 (vr. Van Puymbroeck)). Overigens zij aangestipt dat de R.T.T., op verzoek van een *abonnee*, ook de nummers van de uitgaande oproepen van diens toestel, evenals die van de binnenkomende oproepen kan noteren, en aan de betrokken abonnee kan meedelen.

(Zie antwoord van de staatssecretaris voor P.T.T., *Parl. Vr. en Antw.*, Kamer, 1982-83, 28 juni 1983, 2970 (vr. Kuijpers)).

In een recente studie heeft A. De Nauw erop gewezen dat de strenge interpretatie van de minister van Justitie wordt bijgevallend door verschillende auteurs (M. Denys, J. Hoefler, J. Matthys, J. Velu en J. D'Haenens), doch anderzijds — gedeeltelijk — betwist wordt door een aantal auteurs (H. Bekaert, A. Vandeplas), die van oordeel zijn dat het voor een *onderzoeksrechter* toegestaan is bevel te geven tot het afluisteren van telefoongesprekken (A. De Nauw, «Het afluisteren van telefoongesprekken op bevel van de onderzoeksrechter», *R.W.*, 1982-83, (2369), 2376-2377, nrs. 6-7. Adde, in de zin van de ministeriële interpretatie, E. Guldix, «Schending van de privacy door afluistering», noot onder *Corr. Turnhout*, 24 mei 1983, *R.W.*, 1983-84, (2112), 2117, nr. 9; J. Messine, «La vie privée et le droit de la preuve en

matière pénale», *Ann.Dr.Lv.*, 1984, (403), 416).

De rechtspraak verschaft over het probleem van het afluisteren van telefoongesprekken, op bevel van de onderzoeksrechter, geen duidelijke aanwijzingen (Vgl., i.v.m. het ontbreken van bewijswaarde van bekentenissen door een *particulier* «afgeluisterd» en op band opgenomen, *Cass.*, 29 oktober 1962, *Pas.*, 1963, I, 272). Weliswaar heeft het Hof van Cassatie in het algemeen beslist dat de onderzoeksrechter alle verrichtingen mag uitvoeren, «die noch wettelijk verboden, noch met de waardigheid van zijn functies onverenigbaar zijn» (*Cass.*, 2 mei 1960, *Arr. Verbr.*, 1960, 783). Bovendien heeft het Hof recent beslist dat de Nederlandse wet, die het afluisteren op bevel van een rechter-commissaris toestaat, «als zodanig niet strijdig is met de principes die de Belgische wetgever als essentieel beschouwt voor het vrijwaren van de Belgische morele, politieke of economische orde», en dat de aldus verkregen gegevens wettig tot bewijs in een strafproces in België mogen dienen (*Cass.*, 24 mei 1983, elders in dit nummer). Hoewel uit het laatste arrest een onmiskenbaar gunstig vooroordeel t.a.v. het afluisteren van telefoongesprekken op rechterlijk bevel valt af te leiden, is toch niet zonder meer duidelijk dat uit beide arresten samen zou moeten besloten worden dat het de Belgische onderzoeksrechter geoorloofd is telefoongesprekken af te luisteren (In Frankrijk, waar evenmin een uitdrukkelijke wettelijke machtiging bestaat, werd geoordeeld dat de onderzoeksrechter wettig opdracht kan geven tot het aftappen van de telefoonlijn van een gedetineerde verdachte (*Cass. fr.*, 9 oktober 1980, met noot J. Pradel, *D.*, 1981, 332, en met noot G. di Marino, *J.C.P.*, 1981, II, nr. 19.578)).

7. Wat er ook van zij, er kan moeilijk ontkend worden dat er geen «toegankelijke en precieze» normen zijn, die het afluisteren van telefoongesprekken op bevel van de rechterlijke overheid regelen. (Wat de andere overheden betreft, is er een algemeen aanvaard verbod.) Zelfs als een dergelijk afluisteren naar intern recht niet verboden zou zijn — wat op zijn minst een betwistbare stelling is —, dan nog zou het in geen geval «bij de wet voorzien» zijn, in de zin van artikel 8, lid 2, van het Europees Verdrag. Het afluisteren moet in die omstandigheden dan ook strijdig worden geacht met het recht op eerbiediging van het privéleven en de briefwisseling (In dezelfde zin, A. De Nauw, *o.c.*, 2378-2380, nr. 8. Vgl. H.R., 10 april 1979, met noot Th. W. v(an) V(een), *N.J.*, 1979, nr. 374; *Cour sup. just. G.-H. Luxemburg*, 2 april 1980, *J.T.*, 1980, 489).

Hetzelfde geldt t.a.v. het registreren, in opdracht van de onderzoeksrechter, van de nummers die op een bepaald toestel worden opgeroepen, of die zelf een bepaald nummer oproepen (*Contra*: A. De Nauw, *o.c.*, 2380, nr. 8). Weliswaar wordt die praktijk uitdrukkelijk toegelaten door de bovenvermelde omzendbrief van 17 augustus 1923, maar nergens wordt bepaald in welke gevallen de onderzoeksrechter bevel zou kunnen geven tot een dergelijke maatregel, noch met welke waarborgen zij omgeven wordt.

De wettigheid van het registreren van nummers op verzoek van een abonnee wordt anderzijds op zichzelf betwist (*Rb. Luik*, 6 maart 1984, *Jur. Liège*, 1984, 219).

Het reeds genoemde wetsontwerp tot bescherming van bepaalde aspecten van de persoonlijke levenssfeer biedt, althans in zekere mate, een wettige grondslag voor de besproken aantastingen van het telefoongeheime. Volgens de arti-

kelen 6 en 7 zouden, in bepaalde gevallen, een aantal ministers resp. de onderzoeksrechter of de procureur des Konings opdracht kunnen geven om telefoongesprekken *af te luisteren*; die bepalingen roepen verder een controle door een rechterlijke «Raad voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer» resp. de onderzoeksgerechten in het leven.

Gelet op de beslissing van het Europees Hof in de zaak Malone, zou het aanbeveling verdienen om eveneens precieze regels te formuleren voor het *registreren* van telefonische oproepen, niet alleen op verzoek van een rechterlijke of bestuurlijke overheid, maar ook op verzoek van een abonnee.

2. De noodzaak van de inmenging

8. Het is niet voldoende dat een inmenging in het privéleven en de briefwisseling «bij de wet is voorzien»; die inmenging moet bovendien nodig zijn, «in een democratische samenleving», om een of meer van de in artikel 8, lid 2, opgesomde doeleinden te bereiken.

Hoewel het Hof reeds beslist had dat de litigieuze inmengingen niet bij de wet voorzien waren, en zij dus in geen geval nog als geoorloofd konden worden beschouwd, hechtte het eraan om m.b.t. de «noodzaak» van een maatregel, «in een democratische samenleving», nog een belangrijk beginsel in herinnering te brengen.

Weliswaar erkende het Hof dat het afluisteren van telefoongesprekken en het registreren van telefoonnummers nodig konden zijn, ter bescherming van de openbare orde en ter voorkoming van strafbare feiten. Aldus schaarde het Hof zich achter de stelling van de regering van het Verenigd Koninkrijk, volgens welke het afluisteren «onmisbaar» was geworden voor een moderne misdaadbestrijding (Zie reeds arrest Klass, *o.c.*, p. 23, § 48). Het Hof benadrukte echter dat die maatregelen, opdat zij nog aanvaardbaar zijn in een democratische samenleving, vergezeld moeten gaan van waarborgen tegen misbruiken, d.w.z. overdreven inmengingen (Zie eveneens arrest Klass, *o.c.*, pp. 23-24, §§ 49-50). Het Hof achtte het ten deze evenwel niet nodig om verder te onderzoeken of het Engelse recht die waarborgen bood. (Zie voor een verder doorgedreven analyse, steunend o.m. op rechtsvergelijkende gegevens, de «concurring opinion» van de Franse rechter Pettiti.)

9. Het Hof bevestigde m.a.w. dat de wettigheid zelf van een systeem van geheime afluisterpraktijken afhangt van het bestaan van ernstige en doeltreffende waarborgen ter bescherming van het individu.

Het geciteerde arrest van het Hof van Cassatie van 24 mei 1983 lijkt dit aspect over het hoofd te zien. Het Hof concludeerde daarbij immers tot de verenigbaarheid van het afluisteren van telefoongesprekken met artikel 8 van het Europees Verdrag op de enkele grond «dat de inmenging van het openbaar gezag ten deze 'bij de wet was voorzien' en nodig was onder meer om de openbare orde te beschermen en strafbare feiten te voorkomen». Over het bestaan van controlemaatregelen of waarborgen tegen overdreven inmengingen wordt in het arrest met geen woord gerept.

Paul Lemmens

BOEKEN

R.H. DONKERS en J. VAN DER KOLK, *Het E.E.G.-milieurecht*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1984, 38 blz.

In dit verslag van de zesde ledenvergadering van de (Nederlandse) Vereniging voor Milieurecht op 29 mei 1984 zijn opgenomen de inleidingen van Donkers en Van der Kolk, en een samenvatting van de daarop volgende discussie.

Donkers beschrijft achtereenvolgens het institutionele stelsel van de Europese Gemeenschap, de juridische instrumenten voor een communautair milieubeleid (artikelen 30-36, 100 en 235), en de taak van de nationale wetgevers.

Van der Kolk bespreekt de noodzaak en de grondslag van het Europese milieubeleid en de communautaire maatregelen en formuleert enkele concrete aanbevelingen ter zake.

Tijdens de discussie werd vooral aandacht besteed aan de uitvoering van de E.E.G.-richtlijnen in de nationale rechtsorde.

L.P.S.

M. SCHELTEMA, e.a., *De partijdige wetgever*, Kluwer, Deventer, 1984, 42 blz.

Dit boekje geeft een overzicht van een symposium over de toekomst van de rechtswetenschap; het bevat een inleiding door M. Scheltema, korte reacties van Van Brunschot, Van Buuren, Franken, Koeman, en Kuitenbrouwer, en een weerwoord van Scheltema.

De hoofdstelling is dat, terwijl in de laatste decennia het aantal wettelijke bepalingen sterk is toegenomen, de rechter zich minder strikt door de wet laat leiden dan vroeger het geval was. Scheltema acht dit een juiste evolutie: de rechter moet het bestuurscentrisme — d.i. het bestuur redeneert in te sterke mate vanuit de eigen positie — corrigeren, aansluitend bij algemene rechtsbeginselen. Tegelijkertijd moet ook in de structuur van de wetgeving en het wetgevingsproces de eenzijdigheid worden tegengegaan. Met name bepleit Scheltema de invoering van algemene regels van bestuursrecht.

Van Bunschot is van oordeel dat «de rechter zich nog onvoldoende bewust (is) van de agressievere houding van de belastingdienst bij de uitvoering van de belastingwetgeving» (p. 22).

Van Buuren deelt de mening van Scheltema slechts in geringe mate; hij meent dat er geenszins aanleiding is te vrezen voor een overaccentuering van de bevoegdheden van het bestuur.

Franken wijst erop dat bij het strafprocesrecht de wetgever en de rechter in dezelfde richting hebben gewerkt: beiden in de richting van de bescherming van het individu.

Koeman vestigt de aandacht op het feit dat in het burgerlijk recht — met name het Nieuw Burgerlijk Wetboek — vage normen soms al te harde regels corrigeren.

Ten slotte schrijft Kuitenbrouwer: «Het accent op de rechter — in de verwachting dat hij ernst maakt met de door Scheltema aangeduide armslag ten opzichte van de strikte wet — doet recht aan de geschakeerdheid die deze problemen in de werkelijkheid vertonen» (p. 37).

Moet in concreto recht worden gedaan «zelfs in strijd met de geschreven regel» (p. 34)?

Mijn antwoord is duidelijk: neen. De passage, die mij in het hele boek het meest aanspreekt, is van de hand van H. Franken: «Men hoede zich echter voor een vlucht in rechtsbeginselen. Dan zou men in de euforie van deze hoge waarden in ons rechtssysteem de beginselen in een inflatiespiraal kunnen brengen. De verwatering, die dan optreedt, moeten we voorkomen» (p. 29).

L.P. Suetens

H.D. TJEENK WILLINK, *De mythe van het samenhangend overheidsbeleid*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1984, 26 blz.

Tekst van de rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van buitengewoon hoogleraar «politieke en bureaucratische be-