



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Communicatiegrondrechten: een onderzoek naar de constitutionele bescherming van het recht op vrijheid van meningsuiting en het communicatiegeheim in de informatiesamenleving

Asscher, L.F.

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Asscher, L. F. (2002). *Communicatiegrondrechten: een onderzoek naar de constitutionele bescherming van het recht op vrijheid van meningsuiting en het communicatiegeheim in de informatiesamenleving* Amsterdam: Otto Cramwinckel

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <http://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

8. Communicatiegrondrechten in de Verenigde Staten

In de komende hoofdstukken wordt onderzocht op welke manier de communicatiegrondrechten beschermd worden in het Amerikaanse constitutionele recht. De belangrijkste redenen te kiezen voor een rechtsvergelijking met de Verenigde Staten zijn:

1. In de Amerikaanse traditie wordt de vrijheid van meningsuiting sterk beschermd, door het First Amendment. Het communicatiegeheim heeft daarentegen geen directe bescherming in de Amerikaanse grondwet. Dit roept de vraag op of bij deze andere benadering dezelfde knelpunten optreden als in het Nederlandse recht.
2. Ook in de Verenigde Staten zijn verschillende media verschillend gereguleerd. Het is de vraag hoe daar omgegaan wordt met de verschijnselen van convergentie en internationalisering.
3. In het Amerikaanse systeem van beperkingen wordt bewust rekening gehouden met lokaal verschillende opvattingen. Ligt hier wellicht een mogelijkheid om specifiek Nederlandse opvattingen over communicatievrijheid te behouden binnen een internationale grondrechtenbescherming?
4. Een aantal vragen van dit onderzoek is al aan de orde geweest in de rechtspraak van het Supreme Court. Dat Hof heeft een grote betekenis voor de uitleg van de Amerikaanse constitutie. In Nederland staat het toetsingsverbod een dergelijke rol voor de rechter in de weg. Het is interessant te zien of dit leidt tot verschillende uitkomsten in het uiteindelijke beschermingsniveau.

De rechtsvergelijking zal uitgaan van een onderzoek naar rechtspraak, wetgeving en doctrine en beoogt niet een uitgebreide beschrijving van de betrokken rechtsgebieden te geven. Het gaat vooral om de vraag in hoeverre de bescherming van de uitingsvrijheid en het communicatiegeheim is veranderd als gevolg van de informatierevolutie.

Hoewel het Amerikaanse recht een geheel ander systeem kent dan het Nederlandse, en op zijn beurt ook weer dan het 'Europese Recht', wordt de keuze voor vergelijking met het Amerikaanse recht ingegeven door de bovenbeschreven argumenten.¹ Het Amerikaanse recht is represen-

tatief voor de common law rechtsfamilie. Bovendien zou men de Verenigde Staten als specialist op het gebied van de uitingsvrijheid kunnen beschouwen en reeds daarom interessant als object van vergelijking.²

Na een inleiding over het Amerikaanse Constitutionele recht en een korte schets van de geschiedenis van het First Amendment volgt een schematische beschrijving van de communicatievrijheid in de Verenigde Staten. Het Amerikaanse constitutioneel recht verschilt op een aantal wezenlijke punten van het Nederlandse. De voor dit onderzoek meest belangrijke verschillen zijn het federalisme, de *limited powers doctrine*, de rol van het Supreme Court en de complexe verhouding tussen federaal en statelijke recht via het 14th Amendment.³

Met federalisme wordt bedoeld dat de Verenigde Staten een federaal systeem hebben waarin de nationale overheid bestaat naast de statelijke overheden. Daarmee hangt samen dat de federale overheid slechts beperkte bevoegdheden (*limited powers*) heeft. Die bevoegdheden bevinden zich op die gebieden die daartoe in de Grondwet zijn aangewezen, met name de belangrijke bevoegdheden uit article 1, section 8 waarin onder andere de belastingheffingsbevoegdheid en de regelingsbevoegdheid van de intellectuele eigendom aan het Congres zijn opgedragen. Een andere belangrijke bron van bevoegdheid is de in article 1, paragraph 8 opgenomen commerce clause, die de federale overheid machtigt het handelsverkeer tussen staten te reguleren.⁴

Eveneens belangrijk in de verhouding tussen federale overheid en staten is de *due process clause* in het 14th Amendment. Daarin staat: 'no state shall make or enforce any law which shall ... deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law...'. Een gevolg van de interpretatie van deze bepaling is dat het Amerikaanse grondrechtenhoofdstuk, de *bill of rights*, in beginsel ook geldt voor de Staten. Door het Supreme Court zijn vrijwel alle aspecten van de bill of rights zo belangrijk gevonden dat een staat die ze beperkt, tevens de *liberty* van het individu beperkt. De due process clause heeft (onder meer) grote gevolgen voor de bescherming van de privacy door de verschillende Staten.

Na de losmaking van Engeland in 1776 heeft het Amerikaanse recht een eigen ontwikkeling doorgemaakt. Engelse wetten en precedenten golden niet meer rechtstreeks. Wel bleven zij 'highly persuasive'. De

1 Kokkini-Iatridou e.a. 1988, p. 138.

2 Peters 1981, p. 164-165.

3 Tribe 2000, p. 143.

4 Tribe 2000, p. 156-185.

rechtsontwikkeling vindt plaats tegen een geheel andere maatschappelijke achtergrond dan de Engelse. Een meer op de maatschappij gerichte rechtsvorming is vooral ontstaan onder invloed van Supreme Court Justice Oliver Wendell Holmes (1841-1935).⁵ Anders dan bijvoorbeeld de Engelse rechter ziet de Amerikaanse rechter het als zijn taak te doen aan *social engineering* (hij beperkt zich niet tot de vraag hoe het recht luidt maar stelt expliciet de vraag hoe het recht zou moeten luiden). In sommige gevallen leidt die rechtsvormende taak ertoe dat de taak van de (statelijke) wetgever voor een fors gedeelte wordt overgenomen.⁶ De soms teleologische benadering van het recht komt zien we terug bij de beschrijving van de rechterlijke reactie op nieuwe communicatietechnieken.⁷

Het Supreme Court heeft de bevoegdheid wetten te toetsen op hun grondwettelijkheid. Daarnaast mag het Supreme Court beslissingen van Statelijke rechters herzien indien er federaal recht was toegepast. Over de verhouding tussen rechterlijke macht en wetgevende macht ging het in 1803 in de *Marbury v. Madison* zaak.⁸ Daarin werd geoordeeld dat als er een conflict geconstateerd wordt tussen een bepaling van de Constitutie en een wet van het Congres, dat het Hof de bevoegdheid en de plicht heeft om die wet als onconstitutioneel te vernietigen. *The constitution is paramount*, hetgeen besloten ligt in het karakter van een geschreven Grondwet. Uit te maken of iets in strijd is met de Grondwet, is een taak van de rechter.

Kenmerkend aan de Amerikaanse rechtspraak is voorts de mogelijkheid van van het vonnis afwijkende opinies, zogenaamde *dissenting opinions* die soms voor de opinievorming even belangrijk zijn als het vonnis zelf.⁹ Bovendien wordt een *decision* soms door verschillende rechters gesteund om verschillende redenen, the *plurality of concurring opinions*. Daarnaast zijn rechtersbenoemingen in de Verenigde Staten veelal politiek gemotiveerd hetgeen betekent dat we in sommige gevallen een ommezwaai daarmee in verband kunnen brengen. Met name in zaken met betrekking tot grondrechten kan de politieke samenstelling van het Supreme Court naar voren komen.¹⁰

5 Kokkini-Iatridou e.a. 1988, p. 566-567.

6 Kokkini-Iatridou e.a. 1988, p. 572.

7 Tribe 2000, p. 645-672.

8 Besproken bij Tribe 2000, p. 207-213.

9 Vgl. de bekende dissenting opinion van Holmes in *Abrams v. US*, zie Smolla 1992, p. 101-103.

10 Zo stond het Warren Court als liberaal bekend. 'Liberaal' betekent in de Verenigde Staten zo iets als 'progressief' hier. Het belangrijkste voorbeeld van deze liberale rechtsvorming door het Warren Court (1953-1969) is *Brown v. Board of Education*, 347 US 483; Kokkini-Iatridou 1988, p. 575.

Tenslotte is het Supreme Court weliswaar bevoegd om eerdere uitspraken te herroepen maar kiest het er meestal voor te komen met een nadere precisering waardoor het onduidelijk is in hoeverre oudere beginselen nog steeds van kracht zijn en onder welke voorwaarden.

De rechter speelt dus een belangrijke rol bij de beoordeling van de grondwettigheid van wetten. Dit vergt een interpretatie van de (betekenis van de) Grondwet door de rechter. Van der Pot-Donner ziet de Amerikaanse grondwet als een in de ontwikkeling van de Verenigde Staten zeer belangrijke factor die 'vooral door de rechter op de tijd [wordt] gehouden, wat aan de samenleving een geprononceerd juridische trek geeft'.¹¹ Interpretatie is noodzaak, 'Immers, de nieuwe grondwetten zagen vooral op de actuele problemen van de tijd waarin zij tot stand kwamen, maar niet veel verder'.¹² Lessig meent dat de *framers* (de ontwerpers van de constitutie) uitgingen van de techniek en problemen van hun tijd, en dat de *Constitution* daardoor tekort kan schieten in de huidige context.

In de Amerikaanse samenleving neemt de constitutie een centrale rol in. Over de interpretatie ervan zijn de meningen verdeeld. Er zijn veel verschillende stromingen van grondwetsinterpretatie. Denk bijvoorbeeld aan *translation* (zoals voorgestaan door Lessig) en *textualism* (zoals voorgestaan door Scalia, rechter in het Supreme Court). Lessig stelt in zijn boek *Code* de vraag hoe we de Amerikaanse constitutie en grondrechten moeten bezien in het licht van de ontwikkelingen rond het Internet. Hij geeft als mogelijk antwoord de interpretatiemethode die hij *translation* noemt. Bij *translation* worden de waarden die de *framers* in de constitutie hebben neergelegd, 'vertaald' naar de huidige samenleving. *Translation* is volgens Lessig '*finding a way to produce original values in a fundamentally different context*'¹³, en '*translation decides the present in terms of the past*'.¹⁴

Lessig is er niet op uit waarden in de constitutie te lezen die deze nooit heeft bevat. Hij meent juist dat in de constitutie bepaalde onveranderlijke waarden zijn neergelegd, dat de constitutie een kern heeft die ongeacht tijd en context toegepast kan worden, en dat *translation* daartoe het voornaamste middel is.

¹¹ Van der Pot-Donner e.a. 2001, p. 164.

¹² Van der Pot-Donner e.a. 2001, p. 166.

¹³ Lessig, *Statement by Lawrence Lessig, Professor of Law before the Committee on the Judiciary U.S. House of Representatives, May 21 1998*, p. 4.

¹⁴ Lessig 1999, p. 109.

Lessig geeft het voorbeeld van het Fourth Amendment, dat in zijn originele betekenis met betrekking tot privacy alleen voorziet in bescherming tegen fysieke inbreuken op eigendom, huis of papieren door de overheid.¹⁵ Deze beperkte bescherming komt voort uit het feit dat ten tijde van het opstellen van de constitutie *trespassing* de technologie was waarmee inbreuk op privacy kon worden gemaakt. Maar met de informatierevolutie is de techniek veranderd. De *framers* zijn uitgegaan van een vooronderstelling (inbreuk op privacy vindt plaats door middel van huisvredebreuk) die veranderd is (inbreuk kan nu ook plaatsvinden door middel van bijvoorbeeld afluisterapparatuur, video-observatie en screening van internet). Deze verandering moet ondervangen worden, wil de bescherming van de privacy op hetzelfde niveau blijven zoals die oorspronkelijk door het Fourth Amendment werd gegeven. Vandaar dat de constitutie anders gelezen moet worden, vertaald moet worden naar de huidige context, opdat deze dezelfde waarde heeft als zij bij inwerkingtreding had.¹⁶ Soms is translation geen optie: '*Changing contexts sometimes reveals an ambiguity latent in the original context.*'¹⁷ Het is mogelijk dat *translation* uitkomsten oplevert die dubbelzinnig zijn. Waar *translation* tekort schiet, moet een keuze worden gemaakt. Auteur Lessig meent dat de rechter het meest geschikt is om deze keuze te maken. Hoewel het eigenlijk aan de wetgever is om dit te doen, zijn het in Amerika de rechters die vandaag de dag de constitutieve waarden bewaken én formuleren en de benodigde expertise bezitten. Al was het maar om anderen (de wetgever) te inspireren, moeten zij de *latent ambiguities* actief benaderen en niet passief afwachten tot de wetgever in actie komt.

Scalia gruwelt van Lessigs interpretatiemethode. Zijn uitgangspunt is: 'The words are the law.' (In tegenstelling tot Lessigs 'Code is law'.)¹⁸ Scalia behoort tot de school van het *textualism*, ook wel *originalism* genoemd. Tekstualisten leggen de constitutie zeer eng uit. Zij nemen de tekst zoals hij is neergelegd en gaan uit van de redelijke betekenis die daaraan gegeven mag worden. Van een vertaling van de constitutie naar de huidige context willen zij niets weten. Men moet zich houden aan het origineel. Scalia houdt vast aan een constitutie die tamelijk onveranderlijk is, zelfs als veranderingen in de maatschappij (informatierevolutie) om nieuwe of aangepaste (grond)rechten vragen.¹⁹ De consti-

¹⁵ Lessig 1999, p. 115.

¹⁶ Rechter Brandeis in zijn dissenting opinion in *Olmstead v. United States*, 277 US 438 (1928).

¹⁷ Lessig 1999, p. 118.

¹⁸ Zie voor een beschouwing van Scalia over textualism: Antonin Scalia, *A Theory of Constitution Interpretation*, <http://www.freerepublic.com/forum/a3a3106363816.htm>.

¹⁹ Verandering is wel mogelijk via amendementen op de constitutie.

tutie is door de *framers* gemaakt om een toekomstige maatschappij er voor te behoeden blind te handelen naar de wil van de meerderheid, waarbij het individu geslachtofferd wordt. De *framers* '*worried that future generations may not have the integrity and the wisdom that they do*', aldus Scalia.

Flexibele interpretaties van de constitutie hollen deze uit en verzwakken de democratie. Voor Scalia staat rechtszekerheid van het individu ten aanzien van een (kwaadwillende) meerderheid voorop, en de constitutie is er om die te garanderen. In de hoofdstukken over het First Amendment en het Fourth Amendment hieronder, zien we verschillende interpretatiewijzen van de constitutie de revue passeren. In de conclusies wordt ook enige aandacht besteed aan de gevolgen van de informatierevolutie voor de interpretatie van de Grondwet.