

HANDELINGEN
DER
NEDERLANDSE
JURISTEN-VERENIGING
1965

VIJFENNEGENTIGSTE JAARGANG

I



N.V. UITGEVERSMAATSCHAPPIJ
W. E. J. TJEENK WILLINK, ZWOLLE

INHOUD

Prae-advies Jhr. Mr. P.J. W. de Brauw

1. <i>Inleiding</i>	1
2. De benadering van het probleem elders . . .	2
3. en in Nederland	6
4. De begrippen persoonlijke sfeer en privé-sfeer	7
5. Het Droit Moral	12
6. Geheimhouding	14
7. De Nederlandse Grondwet	15
8. Internationale regelingen	17
9. Kerkgenootschappen, vereniging en vergade- ring	19
10. De Nederlandse wetgeving	21
11. <i>Waarnemingen betreffende de privé-sfeer</i>	22
12. Waarnemingen met technische middelen in de fysiek te bepalen privé-sfeer	23
13. Waarnemingen buiten de fysiek te bepalen privé-sfeer	26
14. Waarnemingen van communicatie van privé- sfeer tot privé-sfeer	28
15. Afluisteren van telefoongesprekken door de overheid	30
16. Waarnemingen door brief, schriftuur, geluids- band en film	32
17. Waarnemingen betreffende de privé-sfeer van ondergeschikten	33
18. Welke bescherming is tegen waarneming be- treffende de privé-sfeer noodzakelijk? . . .	34
19. <i>Publikatie en gebruik van waarnemingen betreffende de privé-sfeer</i>	37
20. Vrijheid van meningsuiting en massacommuni- catiemiddelen	38
21. Stand van de Rechtspraak met betrekking tot het algemeen belang betrokken bij het optre- den der massacommunicatiemiddelen	41
22. <i>Publikatie van waarnemingen betreffende de privé- sfeer</i>	43
23. Mensen van Morgen – De grenzen te stellen bij een kunstwerk	46
24. Publikatie van portretten	49

25. Publikatie van brieven en vertrouwelijke geschriften	53
26. De positie van de geadresseerde	56

Ander gebruik van waarnemingen betreffende de privé-sfeer

27. Ander gebruik van brieven – kopiëren . . .	58
28. Bandopnamen	60
29. Spontane interviews door radio en t.v. . . .	62
30. Medische en psychotechnische rapporten . .	62

Conclusies

31, 32, 33 en 34	65
----------------------------	----

INHOUD

Prae-advies Dr. Th. W. van Veen

1. Inleiding	77
2. De middelen	79
3. In de V.S. van Amerika	84
4. Andere mogelijkheden	91
5. Afweging van belangen.	99
6. Rechtvaardiging van strafsancties	106
7. Bescherming van grondrechten	114
8. De camera, al dan niet verborgen	124
9. „Electronisch” af luisteren.	131
10. Korte samenvatting	137

Behoort de wetgever regelen te treffen ter bescherming van de individu tegen het doen, het gebruiken en het openbaar maken van waarnemingen, diens persoonlijke sfeer betreffende?

Prae-advies Jhr. Mr. P. J. W. de Brauw

Inleiding:

1. Liefhebbers van detective-verhalen en spionnageromans wisten het allang. Bij de ontwikkeling der techniek is het steeds moeilijker een geheim te bewaren. Schrijvers van zwartgallige toekomstromans voorspelden een nimmer aflatende controle van almachtige overheidsorganen op tot in hun denken blootgelegde onderdanen. En berichten van diplomaten schenen de fantasie te bevestigen: de moderne techniek opent de meest intieme vertrekken voor de oren van nieuwsgierige buitenstaanders.

Maar werkelijke ongerustheid bevangt ons pas sinds kort, nu is gebleken dat het niet alleen met bijzondere machtsmiddelen beklede overheidsdienaren zijn, die de elektronische oren te luisteren kunnen leggen. Recente Amerikaanse publikaties tonen zonneklaar aan, dat iedere privé-persoon, zonder van enige apparatuur der publieke dienst gebruik te maken, gesprekken in binnenkamers kan af luisteren, in het donker kan fotograferen en filmen. En tegelijkertijd blijken niet alleen in de zoeklichten der publiciteit staande personen buiten hun medeweten gefilmd of gefotografeerd te worden – hetgeen wij als bij hun bevoorrechte positie behorende last hadden aangenomen – maar blijkt iedere burger, tot de bescheidenste en meest ingetogen persoon toe, bloot te staan aan het risico in de openbaarheid gebracht te worden, ook dan wanneer zijn gezicht niet in de plooi of zijn kostuum niet aangepast is en zijn bezigheid niet in overeenstemming met het beeld dat hij in de openbaarheid van zichzelf wil geven.

Onbeschermd zijn tegenover de overheid is een toestand die wij kennen. En in onze westerse wereld vleien wij ons met de gedachte, dat de overheid zich aan regels heeft te houden, die een vrij belangrijke bescherming bieden. Zolang wij ons maar niet op het pad der misdaad begeven of ongepaste

nieuwsgierigheid in militaire zaken vertonen, menen en hopen wij van de belangstelling der overheid voor ons privé-leven ontslagen te zijn.

Maar hoe staat dit ten opzichte van onze mede-onderdanen? Is hun nieuwsgierigheid aan banden te leggen, nieuwsgierigheid die met de middelen der moderne techniek maar al te gemakkelijk is te bevredigen, zoals mijn mede-prae-adviseur zal uiteenzetten.

Het is deze vraag, die het bestuur van de Nederlandse Juristenvereniging ter discussie wilde stellen. Geheel beperkt tot de vragen die de mogelijkheden der moderne techniek opwerpt, kan zij niet blijven. Want gelijk hierboven reeds opgemerkt, ook zonder technische middelen is ongepaste nieuwsgierigheid voor publiciteitsdoeleinden niet nieuw. In de V.S. van Amerika, waar de publiciteit altijd een indringend karakter heeft gehad, werd de vraag in hoeverre de individu een „right to privacy” had, reeds in 1890 gesteld in een artikel van Warren en Brandeis in de Harvard Law Review¹. In 1941 beschreef de bekende New Yorkse advocaat Louis Nizer in de Michigan Law Review „A half Century's Development”² van „The Right of Privacy”. De afwijkende titel geeft de ontwikkeling tot een gevestigd begrip duidelijk aan. Maar de vraag is in Nederland nog niet dringend genoeg geworden, dat een vertaling voor het woord „privacy” is gevonden. In de vraag die in dit prae-advies wordt behandeld, is dan ook een omschrijving gebruikt en onderzoeken wij de vragen met betrekking tot „waarnemingen betreffende de persoonlijke sfeer”.

2. Het onderwerp is daarmee beperkter dan wat het in de Verenigde Staten van Amerika zou omvatten. Daar worden onder „right of privacy” naast het indringen in de afzondering van de individu en in diens persoonlijke aangelegenheden en naast de publikatie van „embarrassing private facts” ook gerekend onjuiste publikaties over de persoon en onrechtmatig gebruik van iemands naam of portret³. In een aantal Noord-Amerikaanse staten wordt „privacy” door de wet beschermd, in andere geeft de aantasting een met onze

¹ Warren and Brandeis, The Right to Privacy, Harvard Law Review 193 (1890).

² L. Nizer, The Right of Privacy - A half Century's Development, 39 Michigan Law Review 526 (1941).

³ Prosser, Californian Law Review, Vol. 48, page 389 - 401.

onrechtmatige daadsactie vergelijkbare „action”. Het totale beeld is onduidelijk; in een artikel over de aansprakelijkheid van televisieondernemers zegt een schrijver: „Text books . . . suggest the broadcaster should use caution, whenever the right becomes an issue, but fail to give clear instructions . . .”⁴

Ook de grens met „libel” en „slander” is niet duidelijk getrokken, met name waar onjuiste berichtgeving over de persoon als een aantasting van het „Right of Privacy” wordt gezien. Morris L. Ernst, een bekend advocaat uit New York, prijst in zijn memoires⁵ de Verenigde Staten gelukkig een eigen systeem te hebben ontwikkeld en niet te zijn blijven steken in het Engelse systeem, waar de hele bescherming van de individu op „actions” uit „libel” of „slander” berust, aangevuld met vorderingen tot „exemplary” of „parasitic damages” en acties uit „copyright” en „trespass”, waarin slechts de specialist zijn weg weet te vinden, ondanks het feit dat sedert 1952 een Defamation Act en in 1956 een Copyright Act tot stand zijn gekomen, waarvan de werking zich ook tot ons onderwerp uitstrekt.

In West-Europa is Zwitserland vooraangegaan, waar reeds in 1908 in het Zivilgesetzbuch⁶ in Art. 28 het recht erkend werd tegen aantasting van persoonlijke omstandigheden op te treden, waarmede in het bijzonder op „Persönlichkeitsrechte” of „Individualrechte” werd gedoeld⁷. In het in 1911 tot stand gekomen en gelijktijdig in werking getreden Obligationenrecht wordt in Art. 49 een aanspraak gegeven op schadeloosstelling en in bijzonder ernstige gevallen op betaling van een geldsom als „Genugtuung”. Naast bescherming van de naam en het portret wordt de „persönliche und berufliche Geheimosphäre” beschermd, waarbij de nadruk meer valt op de wens tot geheimhouding uit economische motieven dan op grond van het privéleven⁸, dat als zodanig bescherming behoeft.

⁴ R.S. Kurtz, The Right to Privacy – A legal Guideport to Television Programming, Journal of Broadcasting, Vol. VI : 3.

⁵ The best is yet, Harpers and Brothers, 1943.

⁶ In 1912 in werking getreden.

⁷ Art. 28: Wer in seinen persönlichen Verhältnissen unbefugterweise verletzt wird, kann auf Beseitigung der Störung klagen. Eine Klage auf Schadenersatz oder auf Leistung einer Geldsumme als Genugtung ist nur in den vom Gesetze vorgesehenen Fällen zulässig.

⁸ Vgl. Egger, Kommentar zum Zivilgesetzbuch, I, Art. 28.

In het Franse recht is van oudsher veel gewicht gehecht aan het briefgeheim en aan het beroepsgeheim, die men aanvankelijk als contractuele verplichtingen zag, terwijl het recht op de naam naast de familierechtelijke betekenis als onderwerp van eigendom werd gezien⁹. Eerst langzamerhand is de erkenning naar voren gekomen, dat het hier niet om vermogensrechtelijke rechten gaat en worden uitdrukkingen gebruikt als „droits de la personnalité, droits primordiaux” of „droits extra-patrimoniaux”¹⁰.

Over de inhoud van deze begrippen heerst grote verwarring. Sommige schrijvers willen ook dergelijke rechten aan rechtspersonen toekennen¹¹. Toch is er in het algemeen nog geen duidelijke omschrijving van wat nu juist naar Amerikaanse begrippen onder „right to privacy” zou vallen. Dan spreekt men liever niet van recht, maar van bevoegdheid, „faculté”¹², of van vrijheid, „liberté du mode de vie” en „liberté de la sphère d'intimité”¹³. Ook deze vrijheid wordt weer beperkt opgevat en strekt zich vooral uit tot een bescherming tegen uitgaven van levensbeschrijvingen.

Dat intussen de persoonlijkheidsrechten als zodanig bescherming ondervinden doordat aantasting daarvan als onrechtmatige daad wordt beschouwd, wordt wel algemeen aangenomen¹⁴.

Ook het recht op vergoeding van immateriële schade wordt in deze gevallen erkend¹⁵, zij het ook vaak door een symbolische schadeloosstelling.

Duitsland kende tot 1946 geen positief persoonlijkheidsrecht. Tegen aantastingen, vooral wat betreft naam, eer en afbeelding bestond een zekere mate van bescherming in Art. 823 B.G.B. Voor een ontwikkeling van de gedachte aan een uitdrukkelijke erkenning van bepaalde persoonlijkheidsrech-

⁹ Baudry-Lacantinerie et Chevaux, *Traité théorique et pratique de droit civil*, IV, p. 161.

¹⁰ Zie A. Decocq, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, no. 2.

¹¹ Dabin, *Le droit subjectif*, p. 169 v.

¹² Nerson, *Les droits extrapatrimoniaux*, thèse Lyon 1939.

¹³ J. Carbonnier, *Droit Civil*, I, p. 229 v. 2e druk 1957.

¹⁴ Carbonnier, loc. cit.; A. Colin et H. Capitant, *Traité de Droit Civil*, bewerkt door L. Julliot de la Morandière, I, no. 64; G. Marty et P. Raynaud, *Droit Civil*, I, no 330 v; Planiol-Ripert-Boulanger, *Traité de Droit Civil*, I, p. 348 v.

¹⁵ Vgl. N. Lalou, *Traité pratique de la Responsabilité Civile*, no 149 v. en de daar vermelde schrijvers.

ten zoals lichamelijke onaantastbaarheid, vrijheid van arbeid, en het recht op bescherming van de Privatsphäre, was het klimaat weinig gunstig in de jaren voor en gedurende de laatste wereldoorlog. Toch werd ook in die tijd aan zekere persoonlijkheidsrechten zoals eer en recht op arbeid aandacht besteed.

Na de oorlog zijn in de Duitse Bondsrepubliek de persoonlijkheidsrechten uitdrukkelijk erkend bij het tot standkomen van de Bonner Grondwet¹⁶ waarvan Art. 1 als volgt luidt:

Art. 1. „Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.

Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt.

Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.”

terwijl Art. 2 lid 1 het recht van de persoonlijkheid zelf erkent:

Art. 2. „Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmässige Ordnung oder das Sittengesetz verstösst.

Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden.”

Op grondslag van dit Art. 2 lid 1 van de Bonner Grondwet wordt een heel systeem van persoonlijkheidsrechten ontwikkeld, zonder dat daarover eenstemmigheid bestaat en zonder dat in het algemeen gepretendeerd wordt dat de gekozen opsomming volledig is¹⁷. Van de meeste daarvan kan reeds een grondslag in het vroegere recht worden aangetroffen¹⁸. Juist waar het om de Privatsphäre ging, bestond die grondslag nog niet.

¹⁶ dd. 23 mei 1949.

¹⁷ Zie Bettermann-Nipperdey, Die Grundrechte, Deel IV, Band 2, p. 826 v.

¹⁸ Zie voor een zeer volledige opsomming van schrijvers het in de vorige noot genoemde werk, voetnoten no. 394 en 401.

Begrijpelijkwijze heeft de reactie op vroegere toestanden de Duitse pers het juiste gevoel voor proporties laten verliezen. Het scheppen van de wettelijke grondslag voor de bescherming van enkele der meest persoonlijke rechten is niet voldoende gebleken en een wetsontwerp werd aanhangig gemaakt¹⁹ „zur Neuordnung des zivilrechtlichen Persönlichkeits- und Ehrenschützes“. Hieronder zal hierop nader worden teruggekomen²⁰. Uit hetgeen hierboven zeer summier werd aangeduid moge blijken dat in de West-Europese landen, langs de weg van de rechtspraak op de onrechtmatige daad een zekere bescherming tegen inbreuken op de persoonlijkheid van de individu is gegeven. Hoewel men zich er rekenschap van gaf dat zij niet op één lijn te plaatsen waren met belediging of andere onrechtmatige gedragingen, worden zij thans duidelijker onderkend als gericht tegen een categorie rechten, die men als persoonlijkheidsrechten begint te kwalificeren. Daarbij is de bescherming der persoonlijke sfeer, waarvoor geen wettelijke grondslag bestond – met uitzondering van Zwitserland – enigszins verdrongen. In het Amerikaanse systeem daarentegen heeft juist het beginsel van bescherming der „privacy“ als grondslag gediend voor de afweer van inbreuken, die niet als „slander“ of „libel“ kunnen worden beschouwd²¹ en zijn onder dit begrip tal van „andere“ persoonlijkheidsrechten gebracht.

3. In het Nederlandse positieve recht ontbreekt iedere aanwijzing dat er iets als „persoonlijkheidsrechten“ bestaat. De Franse rechtspraak kon verwijzen naar Art. 1166 der Code Civil, waarin sprake is van „les droits . . . qui sont exclusivement attachés à la personne“, zij het ook alleen om aan te geven, dat deze rechten geen verhaalsobject bieden. Wanneer Prof. A. Amiaud opmerkt²² dat in de Code Civil de persoonlijkheidsrechten . . . „du fait, qu'ils ne sont pas normalement évaluables en argent, sont par suite restés à l'arrière-plan des préoccupations de ses rédacteurs“, geeft het ten aanzien van het Nederlands Burgerlijk Wetboek wel te den-

¹⁹ Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des zivilrechtlichen Persönlichkeits- und Ehrenschützes, Drucksache 1237, Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 3. Wahlperiode, dat echter als ingetrokken moet worden beschouwd.

²⁰ Nos. 24, 26 en 33.

²¹ Waarmede men in Engeland wel heeft kunnen uitkomen.

²² A. Amiaud, Les droits de la personnalité, Travaux de l'Ass. H. Capitant 1946, II, p. 292 v.

ken, dat bij het besluit de bepaling van Art. 1166 C.C. niet in het B.W. over te nemen aan de niet-materiële rechten zelfs niet enige het notuleren waardige, aandacht is besteed ²³.

Deze economische preoccupatie duurt nog altijd voort. Mr. R. J. Polak ²⁴ wil de persoonlijkheidsrechten als „onvervreemdbaar aan de persoonlijkheid verbonden grondrechten” nog wel zien als „object van maatschappelijke bescherming”, maar „voor classificatie onder de civiel- (d.i. vermogens-) rechtelijke subjectieve rechten bestaat geen aanleiding.”

Meer of anders dan de „buitenkant” van de persoonlijkheid rakende rechten is hier nooit in bescherming genomen: rechten op persoonlijke integratie en recht op persoonlijke vrijheid zijn een enkele maal gronden geweest waarop een actie wegens aantasting van persoonlijkheidsrechten op grond van Art. 1401 B.W. werd ingesteld ²⁵. Daarnaast is enige uitbreiding gegeven aan de betekenis van Art. 1408 B.W. ²⁶.

Het kan echter niet alleen aan het ontbreken van wettelijke grondslagen te wijten zijn, dat de Nederlandse rechtspraak zich zo weinig met de aantasting van de persoonlijkheidsrechten heeft bezig gehouden wanneer zij geen verband houden met vermogensrechtelijke aanspraken. Blijkbaar is het de aard van de Nederlander niet de meer persoonlijke belangen van zijn medemens op zo ernstige wijze aan te tasten, dat daaruit een actie in rechte zou moeten volgen. Met name het publiciteitswezen in Nederland kenmerkt zich, wanneer men de vergelijking trekt met de buitenlandse jurisprudentie, door een merkwaardige ingetogenheid. De indruk is, dat daarin – ook in Europees verband – enige wijziging begint te komen.

4. Een voordeel van het achterblijven van Nederland bij het erkennen van de persoonlijkheidsrechten is, dat het eenvoudiger is het recht op bescherming van de persoonlijke sfeer een eigen plaats te geven, ruimer dan die in Frankrijk of

²³ Asser, Het Nederlands B.W. vergeleken met het Wetboek Napoléon, p. 706.

²⁴ Aanspraak en aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, p. 107.

²⁵ Zie „Onrechtmatige daad” onder redactie van Prof. Mr. H. Drion, nos. 57 en 58.

²⁶ HR 14 nov. 1958, NJ 1959, no 15 (noot L.E.H.R.).

Duitsland was overgebleven, maar toch niet zo veelomvattend als de Amerikaanse rechtspraak aan het „right of privacy” wel toeschrijft.

Bij het onderzoek naar inhoud en omvang van dit persoonlijkheidsrecht zal uitgangspunt zijn dat ieder mens recht heeft binnen zekere grenzen, die de samenleving waartoe hij behoort, stelt, „op zichzelf” te kunnen zijn. Een mens zonder eigen innerlijk leven is geen mens. Het ontwikkelen van zijn gedachten, het kunnen uitspreken van zijn ideën en het uitdrukking geven aan zijn gevoelens, zijn eigenschappen van de mens die, hoezeer ook bij velen weinig ontplooid, hem tot een wezen maken met een vrije wil, geschikt om zijn eigen bestemming te bepalen. Deze eigenschappen zijn de basis op grond waarvan de mens drager van rechten kan zijn. Naast de erkenning van de menselijke waardigheid is de mogelijkheid ieder mens gegeven om de eigen persoonlijkheid te handhaven en te ontplooien, de diepste grondslag voor iedere regeling van menselijke verhoudingen²⁷.

Nog betrekkelijk kort geleden verschaft de fysieke levensruimte die de individu zich reserveerde, hem tegelijkertijd de mogelijkheid zijn eigen leven te leiden en zo zijn persoonlijkheid te ontplooien²⁸. De bescherming van die ruimte was in beginsel gegeven door de regels van privaatrechtelijke aard en zekere grondrechten. Sociale omstandigheden maakten die bescherming vaak illusoir, maar de bestaande rechtsregels maakten in beginsel het afbakenen van een eigen sfeer mogelijk.

De bevolkingstoename enerzijds en anderzijds de techniek die de arm van de mens verlengd, zijn stem versterkt en zijn gezicht en gehoor verscherpt heeft, hebben de simpele fysieke begrenzing illusoir gemaakt. Zelfs de rijksten zijn nauwelijks meer in staat zich een afzondering te scheppen op materiële middelen gebouwd. Kon een mens zich vroeger terugtrekken op eigen terrein (in fysieke zin) met degenen die

²⁷ Vgl. de Préambule van de Universal Declaration, waarnaar verwezen wordt door de Préambule van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden; de Bonner Grondwet Art. 1 en 2 en de Préambule van de Franse Grondwet van 1946. Zie ook Prof. H. Krabbe, *De idee der persoonlijkheid in de staatsleer*, Leiden 1908; Mr. N.E.H. van Esveld, *De ontplooiing van het individu in het arbeidsrecht*, Amsterdam 1946.

²⁸ Vgl. A. Amiaud, loc. cit.

hij daar toeliet, of zich onttrekken aan contact met anderen, thans is dit „eigen terrein” open voor waarnemingen door de gemeenschap en is contact met de gemeenschap buiten „eigen terrein” voor vrijwel ieder onvermijdelijk.

De mogelijkheid om zich terug te trekken en „op zichzelf” te zijn was een feitelijk gegeven — althans voor het meer bevoorrechte deel der mensheid — dat voldoende bescherming bood. Daarnaast was de mogelijkheid dat publiciteit de anderen een blik gunde op dat eigen terrein gering. Aantasting langs die weg van de persoonlijkheid was geen ernstige bedreiging.

En wanneer al naast de lichamelijke integriteit en de feitelijke vrijheid de eer en de goede naam op den duur betere bescherming kregen, als meer uiterlijke aspecten der persoonlijkheid, de intimiteit der persoonlijkheid²⁹ bleef onopgemerkt, zolang daarvoor nog bestaansmogelijkheid en ontplooiingsruimte zonder bezwaar te vinden was. Werd zij in bescherming genomen, dan was dit als aspect van een ander recht dat als passende in het stelsel der vermogensrechten of in het strafrechtstelsel beschermd werd.

Er is dus meer te beschermen dan de mogelijkheid om op zichzelf te zijn. Een aspect of een deel van de menselijke persoonlijkheid, hier samengevat als de intimiteit (over de nadere definitie waarvan de jurist het oordeel aan psychologen en filosofen zal moeten overlaten) dient bestaansrecht te krijgen als in de toepassing van het recht meetellend beginsel. Ook daar waar de individu niet fysiek op „eigen terrein” is, zal met de intimiteit van zijn persoonlijkheid rekening moeten worden gehouden. Ook daar bevindt zich dus — maar in overdrachtelijke zin — de „privé-sfeer”. Met opzet wordt hier in plaats van ons uitgangspunt „de persoonlijke sfeer” in den vervolg van „privé-sfeer” gesproken. Zoals uit het voorgaande volgt en hieronder nader zal worden uiteengezet, valt toch het begrip privé-sfeer, wanneer wij dat aan de mogelijkheden tot bescherming van de intimiteit der persoonlijkheid toetsen, uiteen in een fysiek te bepalen en een geheel overdrachtelijk af te bakenen begrip.

²⁹ De hierbedoelde uitdrukking is, voorzover na te gaan, als juridisch begrip voor het eerst gebruikt in de zaak-Zeeuwsche dame, vonnis Rb. Amsterdam 3 dec. 1923, NJ 1924, pag. 232, zie hieronder no 24, waarin zal worden aangetoond dat deze zaak niet de bescherming van de privé-sfeer betrof.

Tegenover de privé-sfeer waarbinnen de mens op zichzelf is, staat de gemeenschap, het totaal der andere individuen aan wie hij de intimiteit van zijn persoonlijkheid niet prijs wil geven. De begrenzing van de privé-sfeer is aldus gezien altijd een gevolg van eigen instelling. Binnen de grenzen die zijn behoren-bij-de-gemeenschap aan zijn bewegingsvrijheid stelt, kan de individu zich terugtrekken in of treden buiten de privé-sfeer, terwijl hij bovendien een „eigen kring” kan formeren, die hij binnen zijn privé-sfeer toelaat en die dus met hem tegenover de gemeenschap komt te staan, waarbij ook de anderen in die kring geacht moeten worden zich binnen hun eigen privé-sfeer te bevinden. Is hun verhouding blijvend, dan is ook hun deelneming blijvend. Men denke hierbij in het bijzonder aan het gezinsverband, dat in normale omstandigheden als de natuurlijke privé-sfeer van de mens moet worden beschouwd. Ieder gezinslid heeft een eigen privé-sfeer die naar omstandigheden in meerdere of mindere mate met die van de andere gezinsleden samenvalt. Ook anderen zullen al naar hun verhouding met de medemens in deze privé-sfeer opgenomen zijn of hem in hun privé-sfeer opnemen.

Naast het gezin is de natuurlijke privé-sfeer de woning van de individu. De wettelijke bepalingen die aan de woning en het huisrecht bescherming geven, hebben dan ook zeker mede de strekking de privé-sfeer te beschermen. Het feitelijk karakter van het object van deze bescherming is zo groot, dat het zin heeft uitdrukkelijk te onderscheiden tussen dat deel der privé-sfeer dat fysiek te bepalen is en dat deel, waarvan slechts in overdrachtelijke zin kan worden gesproken. De fysiek te bepalen privé-sfeer omvat meer dan de woning. Zij omvat al die feitelijk te begrenzen plaatsen waar de individu het recht heeft zich af te zonderen, bijv. ook het werkvertrek en de hotelkamer. Hij kan de gemeenschap in de fysiek te bepalen privé-sfeer toelaten, bijv. door een groot aantal gasten uit te nodigen, de pers toe te laten of in zekere zin, door eenvoudig 's avonds geen gordijnen te sluiten aan de straatzijde.

Treedt de individu uit de fysiek te bepalen privé-sfeer (die hier verder aldus wordt aangeduid, omdat het woord „woning” verwarring moet scheppen), dan hangt het van door hem zelf bepaalde factoren af in hoeverre hij zich een privé-sfeer handhaaft.

Naast de eigen gedragingen waaruit blijkt of het zijn bedoeling is met de gemeenschap in contact te treden, die elk moment kunnen verschillen, speelt daarbij een rol waar men zich ophoudt. In een stille straat of op een eenzame landweg is geen bijzondere gedraging nodig om afstand van de gemeenschap te nemen. Op een openbare vergadering of bij de aankomst der „Beatles” op het vliegveld zal een zeer bijzondere gedraging pas tot de conclusie kunnen leiden, dat de betrokkene zich in zijn privé-sfeer heeft willen terugtrekken.

Daarnaast speelt een belangrijke rol in hoeverre uit de plaats die de individu in de maatschappij inneemt, moet volgen dat hij geacht moet worden in min of meer voortdurend contact met de gemeenschap te staan. Hij wiens positie medebrengt dat zijn persoonlijkheid publiek bekend is, heeft in beginsel een contact met „de gemeenschap” waar de onbekende enkeling nog in de privé-sfeer blijft³⁰. De onbekende privé-persoon treedt dus eerst door zijn optreden uit de privé-sfeer. De publieke persoonlijkheid zal daarentegen, wanneer de omstandigheden dit toelaten, in de privé-sfeer kunnen treden, bijvoorbeeld door duidelijk blijk te geven niet het – voor hem normale – contact met de gemeenschap, maar een contact met de eigen kring te wensen (de minister die op het Binnenhof een kamerlid terzijde neemt).

Uit dit laatste voorbeeld blijkt, dat de privé-sfeer nog graden van bescherming kent, die samenhangen met de aard van het contact, dat tussen individu en gemeenschap tot stand komt en de mogelijkheid, dat door dat contact de intimiteit der persoonlijkheid aan waarneming door de gemeenschap wordt prijsgegeven. De hierboven bedoelde minister en kamerlid zullen zichtbaar zijn, maar hun gesprek vindt in de privé-sfeer plaats, voor auditieve waarnemingen moeten zij beschermd zijn.

Het begrip privé-sfeer waarvan hier wordt uitgegaan, bestaat dus in het geheel der omstandigheden waaronder de individu bepaalde gedragingen en uitingen aan de waarnemingen van de gemeenschap wil onttrekken en de mate waarin hij zich daaraan kan onttrekken, bepaald enerzijds door de gesteldheid van de plaats waar hij zich op een gegeven ogenblik bevindt en anderzijds door de positie die hij in het algemeen ten opzichte van de gemeenschap inneemt. Daarbij is

³⁰ Vgl. J. Carbonnier, op. cit. p. 235 v.

in aanmerking te nemen, dat in de fysiek te bepalen privé-sfeer de mogelijkheid tot doen van waarnemingen feitelijk zo zeer beperkt is, en door de betrokken individu zelf kan worden beïnvloed, dat daar het laatstgenoemde criterium nauwelijks een rol speelt. Ook de publieke persoonlijkheid kan zich daar terugtrekken.

Een bijzondere uitbreiding kan aan de fysiek bepaalde privé-sfeer worden gegeven, waar het gaat om de communicatie tussen twee individuen, zonder dat zij zich tot de gemeenschap richten (per brief, telefoon, telegram; maar niet roepen naar de overkant!).

Wanneer men denkt aan de privé-sfeer als een te begrenzen gebied, waarbinnen zich het eigen leven van een of meer personen afspeelt, dan behoort tot het object van hetgeen daar is waar te nemen niet alleen het zich afspelende leven in een voortdurend wisselend beeld, of in te beluisteren gesprekken. Zij, wier leven zich binnen die privé-sfeer afspeelt, kunnen daaraan een blijvende gestalte geven of kunnen uitingen van hun privé-leven in enige vorm vastleggen. Het binnenhuis, het dagboek, de brieven, aantekeningen, foto's, films, geluidsbanden, maken deel uit van het eigen leven en behoren tot de privé-sfeer van de betrokken individu.

5. Alvorens te onderzoeken welke aanknopingspunten het Nederlandse positieve recht geeft voor de bescherming van de privé-sfeer, dient op twee punten een duidelijk onderscheid naar voren te worden gebracht.

Het zogenaamde „droit moral”, ook wel „persoonlijkheidsrecht”³¹ van de auteur genoemd, hoewel volgens sommige schrijvers bedoeld als een bescherming van het intieme leven of van de integriteit van de auteur³² zal als onoverdraagbaar, hoogstpersoonlijk recht wel onder de persoonlijkheidsrechten moeten worden gerekend.

Met de bescherming van de privé-sfeer heeft het niets te maken. Slechts in één geval kunnen de bescherming die de Auteurswet geeft en die welke de privé-sfeer behoort te genieten, samenvallen. Wanneer een individu aantekeningen van

³¹ In het Wetsontwerp tot Herziening van de Auteurswet 1912 (Bijlage Handelingen IIe Kamer zitting 1964-65, no 7877) zijn beide termen terecht vermeden.

³² Michaelides-Nouaros, *Le droit moral de l'auteur*, no 104; van Isacker, *De morele rechten van de auteur*, pag. 27.

hoogstpersoonlijke aard heeft neergelegd in een geschrift, dat als werk van letterkunde, wetenschap of kunst moet worden beschouwd, zal het zowel uit auteursrechtelijk oogpunt als ter bescherming van de privé-sfeer van de betrokken individu voor openbaarmaking tegen zijn wil moeten zijn gewaarborgd. Op dat moment is er ten aanzien van dat ongepubliceerde geschrift echter geen sprake van „droit moral”³³. Dat is een recht, dat pas ontstaat als het geschrift een openbaar-gemaakt werk is³⁴. Maar met de openbaarmaking, met de door de betrokken individu gewilde confrontatie van dit stuk privé-sfeer – dat dit verondersteld hoogstpersoonlijke geschrift vóór de publikatie was – met de gemeenschap heeft het opgehouden tot de privé-sfeer te behoren. Ware de betrokken individu geen „maker”, slechts de bescherming van de zorgvuldigheidsnormen, die in de maatschappij voor ieder gelden, en de bescherming die de Strafwet biedt, zou hem toekomen. Zijn bijzondere kwaliteit geeft hem in het „droit moral” een bescherming die met die van de privé-sfeer in enkele opzichten overeenkomt, maar die een volstrekt andere grondslag heeft.

Noch het auteursrecht, noch het recht op de naam, dat naar Noord-Amerikaans recht als „right of privacy” beschermd wordt, behoren in de privé-sfeer thuis. Nog minder is dat het geval met het recht op het eigen portret of op de eigen stem, die als objecten van waarnemingen in de privé-sfeer tot aantasting van de intimiteit der persoonlijkheid aanleiding kunnen zijn en als zodanig in het Amerikaanse en Engelse recht dan weer als „copyright”, dan weer als „privacy” beschouwd worden. Daardoor wordt, zoals hieronder nader uiteengezet, óf een te ruime bescherming gegeven óf een grote rechtsonzekerheid geschapen met betrekking tot de werkelijke omvang van die bescherming.

6. Een tweede gebied, zeker verwant, maar niet te identificeren met dat waar de privé-sfeer moet worden beschermd,

³³ Anders Prof. Dr E. D. Hirsch Ballin in *Advocatenblad* 1954, pag. 378, die de bevoegdheid om niet te publiceren „een droit moral bij uitnemendheid” noemt. Het is niet duidelijk waarom dat niet eenvoudig een uitoefening van het auteursrecht zelf zou zijn. Pas als dat is overgegaan, heeft immers een aparte bevoegdheid als „droit moral” zin.

³⁴ Vgl. Prof. Mr. S. Gerbrandy, *Het persoonlijkheidsrecht van de auteur*, *NJB* 1964, no 37, pag. 390.

betreft de geheimhouding. In het Zwitserse recht wordt als „Verletzung in seinen persönlichen Verhältnissen”³⁵ beschouwd een aantasting van de „Geheimsphäre... die alle Tatsachen des privaten, beruflichen oder auch wirtschaftlichen Lebens des einzelnen (umfasst)... auf die sich der Geheimhaltungswille des einzelnen bezieht”³⁶.

Met dit begrip wordt dus naast wat hierboven als privé-sfeer is aangeduid ook een heel ander gebied beschermd en oudere schrijvers brengen daar niet alleen het beroepsgeheim, maar zelfs de bescherming van auteursrechten en octrooi-rechten onder³⁷.

Ook bij de Franse schrijvers is veelal „le droit de la vie privée” het uitgangspunt voor de bescherming van persoonlijkheidsrechten, waaronder zeker ook die gevallen te rangschikken zijn die als aantasting der privé-sfeer in de bovenomschreven zin zouden moeten worden beschouwd³⁸, waarbij in het bijzonder aandacht wordt besteed aan het briefgeheim, waarvan de schending door een privé-persoon zonder meer als onrechtmatige daad wordt beschouwd.

Binnen het bestek van dit praec-advies is dit onderwerp niet te passen en moet volstaan worden met een duidelijke aanduiding van de begrenzing. De wil tot geheimhouding is op zichzelf niet voldoende om een feit of een waarneming als behorende tot de privé-sfeer te stempelen; het feit dat de waarneming in de fysiek bepaalde privé-sfeer is gedaan brengt geen geheimhoudingsverplichting mede³⁹. Of degeen aan wie de wetenschap van dit feit is toevertrouwd of die die waarneming heeft gedaan, verplicht is geheimhouding te bewaren, is een vraag die van tal van omstandigheden afhangt en ten aanzien waarvan in Nederland weinig vaststaat. Zelfs ten aanzien van het beroepsgeheim draagt onze belangrijkste publikatie de titel van „Doolhof”⁴⁰. In hoeverre schending van een geheim door hem die geen op enigerlei wijze in

³⁵ Art. 28 Z.G.B., zie noot 7.

³⁶ Egger, op. cit. Art. 28, Anm. 39.

³⁷ Dr Hans Giesker, *Das Recht des Privaten an der eigenen Geheimsphäre*, diss. Zürich 1904.

³⁸ Martin, *Le secret de la vie privée*, *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1959, Par. 8, pag. 234; Nerson, op. cit. no 88.

³⁹ Al wordt hieronder, zie no 19, op nader uiteen te zetten gronden aanbevolen publikatie ten aanzien van een dergelijke waarneming onrechtmatig te beschouwen.

⁴⁰ Mevr. Prof. Mr. D. Hasewinkel-Suringa, *De Doolhof van het beroepsgeheim*.

de wet neergelegde verplichting tot geheimhouding had tot rechtsgevolgen kan leiden, is hoogst onzeker.

De enige samenhang met het onderwerp van dit *prac-advies* is derhalve de bescherming die uitgaat van de geheimhoudingsplicht die uit het beroepsgeheim voortvloeit. Waarnemingen betreffende de *privé-sfeer* door wie daardoor gebonden is, genieten een zekere bescherming. De vraag of er een verder strekkende geheimhoudingsplicht zou bestaan en tot welke gevolgen die zou leiden, zal hier buiten beschouwing blijven.

7. Is het beginsel van eerbiediging van de *privé-sfeer* reeds in onze wetgeving te vinden? Wij zullen daartoe moeten nagaan in hoeverre de verschillende aspecten van persoonlijkheidsrecht, waartoe het beginsel behoort, in onze wetgeving te vinden zijn, en wel primair bij de Grondwet en de verdragen betreffende de Rechten van de Mens om vervolgens een onderzoek in te stellen naar aangrijpingspunten in de verdere wetgeving.

De Nederlandse wetgeving houdt zich niet bezig met persoonlijkheidsrecht in de zin waarin het hier moet worden opgevat. De grondrechten die onze Grondwet kent zijn vrijheidsrechten, zij waarborgen de onderdaan zekere vrijheden ten opzichte van overheidsbemoeïing. De waarborgen die zij geven verhinderen misschien ook wel overheidsbemoeïingen die de persoonlijkheid van de onderdaan zouden kunnen treffen; bij hun totstandkoming is daaraan nog niet gedacht⁴¹. De staatsorganen worden in hun bevoegdheden ten opzichte van de onderdanen op bepaalde gebieden aan regels gebonden; een voorschrift dat die regels rekening moeten houden met de onderdaan als menselijke persoonlijkheid ontbreekt.

Toch heeft de vrijheid van woning een direct verband met ons onderwerp. Want zoals wij zagen is een belangrijk deel van de *privé-sfeer* fysiek te bepalen. De bijzondere last die de Grondwet eist voor het binnentreden van de woning – in tegenstelling tot een bedrijfsruimte – is mede een erkenning van het bijzondere karakter dat de woning heeft als terrein waar het eigen leven van de individu zich in de eerste plaats afspeelt.

De regeling van de vrijheid van godsdienst en de vrijheid

⁴¹ Vgl. A. Amiaud, loc. cit.

van meningsuiting in de Nederlandse Grondwet heeft uitsluitend betrekking op wat zich buiten de privé-sfeer manifesteert⁴². Zij impliceren naar men aanneemt de vrijheid om wereldbeschouwelijke opvattingen en eigen meningen te koesteren⁴³. Maar bij gebreke van enige verwijzing daarnaar kan in de Artikelen 7 en 181 van de Grondwet geen aanwijzing met betrekking tot de bepaling der privé-sfeer worden gezien. Met betrekking tot het recht van vereniging en vergadering en de vrijheid van onderwijs moet hetzelfde geconstateerd worden.

Anders is het met de bescherming van het briefgeheim. Hoewel de geschreven verklaring van de ene mens om in handen van een ander te komen de fysieke privé-sfeer moet verlaten, behoudt hij in de opvatting die aan dit beginsel ten grondslag ligt, zijn hoogstpersoonlijk karakter en moet hij dit kunnen behouden. Het briefgeheim is dus in de eerste plaats een wettelijke uitbreiding van de privé-sfeer buiten de fysiek te bepalen privé-sfeer, het is tevens de erkenning dat wat de mens schriftelijk vastlegt, behoort tot zijn privé-sfeer tot hij door eigen wilsbesluit tot mededeling aan de gemeenschap overgaat⁴⁴.

De sociaal-economische grondrechten geven geen aanwijzing die voor de afbakening der privé-sfeer van belang zou kunnen zijn.

De vraag moet onder ogen gezien worden of niet – naar voorbeeld van het in Duitsland gevolgde systeem – de Grondwet zou moeten worden aangevuld met een bepaling, die de persoonlijkheidsrechten onderdeel van het positieve Nederlandse recht zou maken⁴⁵. De vraag moet ontkennend beantwoord worden. In Duitsland werd reeds onder de vorige Grondwet aangenomen dat naast de werking ten aanzien van de overheid verschillende bepalingen in de Grondwet een zogenaamde „Drittwirkung” hadden⁴⁶.

⁴² Buys I pag. 56 v. en II pag. 494 v.; van der Pot, Handboek van het Nederlandse Staatsrecht, 7e druk pag. 468 v. en 483 v.

⁴³ T.a.v. de godsdienstige overtuiging Kranenburg, Het Nederlandse Staatsrecht, 8e druk pag. 502.

⁴⁴ Vgl. Prof. Dr B. de Goede, die in zijn inaugurele rede „De staatsvrije sfeer”, Delft 1958, de onschendbaarheid van lichaam, persoonlijke beweging, woning en vertrouwelijke schriftelijke mededeling tezamen de intimiteitsrechten noemt.

⁴⁵ zie no 2.

⁴⁶ Zie Walter Leisner, Grundrechte und Privatrecht, pag. 90 v. Zie voor de vraag van de Drittwirkung o.a. nog Nipperdey, Grund-

De Nederlandse Grondwet heeft een zoveel beperkter karakter dat slechts een algemene herziening tot een zo verstrekkende aanvulling zou kunnen leiden. Want een voorschrift als thans in Art. 2 van de Bonner Grondwet een plaats heeft gevonden, heeft zonder twijfel een verdere strekking dan een regeling van de verhouding van staat en burger en zelfs dan de aanwijzing van de staatstaak die in (nog niet bestaande) sociale grondrechten zou zijn gelegen. Meer dan een vage beginselverklaring zou de bepaling niet worden. Daarbij zou aan de persoonlijkheidsrechten een wettelijke basis worden gegeven, die zonder uitwerking geen betekenis zou hebben. Pas wanneer een rechtsbeginsel inhoud heeft, heeft het zin daaraan een grondslag te geven die de verdere uitwerking garandeert. Bovendien: de conclusies waartoe de Nederlandse Juristen Vereniging in 1953 met betrekking tot de vraag of sociale grondrechten in de Grondwet moesten worden opgenomen, is gekomen, zijn niet dubbelzinnig. In dezelfde zin zal zeker opnieuw beslist worden.

8. Op het gebied der internationale regeling van de grondrechten heeft Nederland mede ondertekend de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens van 10 december 1948, die geen bindende rechtsregels vaststelt, maar wel richtlijnen geeft zowel voor de overheid als voor de individuele onderdaan bij de toepassing van het recht. Doel van de verklaring blijktens het slot van de considerans is toch „...dat ieder individu en elk orgaan der gemeenschap met deze verklaring voortdurend voor ogen, ernaar zal streven... deze rechten algemeen en daadwerkelijk te doen erkennen en toepassen...”. Art. 12 van deze Universele Verklaring bepaalt:

„Niemand zal onderworpen worden aan willekeurige inmenging in zijn persoonlijke aangelegenheden⁴⁷, in zijn gezin, zijn tehuis of zijn briefwisseling, noch aan enige aantasting van zijn eer of goede naam. Tegen een dergelijke inmenging of aantasting heeft een ieder recht op bescherming door de wet.”

rechte und Privatrecht, en Bettermann-Nipperdey, op. cit Deel II, Band 4. Voor het Nederlandse recht o.a. Hof 's-Gravenhage 23 nov. 1960, NJ 61, 501, waarin de Drittwirkung werd afgewezen.

⁴⁷ In de Franse tekst staat voor „persoonlijke aangelegenheden”: „vie privée; in de Engelse „privacy”.

De tekst geeft een duidelijke aanwijzing in de richting van de privé-sfeer: „persoonlijke aangelegenheden, gezin, tehuis”, en „briefwisseling”⁴⁸. Het lijkt geen twijfel of de Nederlandse Regering heeft door ondertekening van de Verklaring de verplichting op zich genomen de privé-sfeer te beschermen. Wel bindende rechtsregels geeft het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden; een soort internationale grondrechten is hiermee geschapen, waaraan zelfs, op grond van Art. 66 der Grondwet, de rechter de Nederlandse formele wet kan toetsen.

Art. 8 luidt:

1. „Een ieder heeft recht op eerbiediging van zijn privé leven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling.
2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan met betrekking tot de uitoefening van dit recht, dan voor zover 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.”

Wij vinden hetzelfde beginsel terug als in de verklaring van de Rechten van de Mens doch in andere bewoordingen. De „persoonlijke aangelegenheden” (oorspr. Engels *privacy*; Frans *vie privée*) van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens zijn in het Verdrag „privé leven” (oorspr. Franse tekst *vie privée*; Eng. *private life*) geworden; „gezin” is „gezinsleven” geworden (Frans *vie familiale*; Eng. *family life*)⁴⁹. Het is niet gelukt voor deze duidelijke tekstuele afwijking een reden te vinden.

De reeds hierboven vermelde onmogelijkheid het begrip „privacy” in andere talen weer te geven heeft de Nederlandse vertaler van de Universele Verklaring doen zoeken naar een betere vertaling dan „privé leven” (zoals de Franse vertaling heeft gekozen). Aangenomen moet worden dat deze Franse tekst van het Verdrag van Rome uitgangspunt is ge-

⁴⁸ Niet duidelijk is waarom in de vertaling niet het woord „woning” gebruikt is, dat in de Nederlandse wetgeving gebruikelijk is.

⁴⁹ Het Engelse „home” en het Franse „domicile” zijn ook in het Verdrag niet als „woning” maar ditmaal als „huis” vertaald.

weest. Het is zeer wel denkbaar dat alleen hiermee de term „privé-leven” gebruikt in de Nederlandse tekst, verklaard kan worden en dat hetzelfde begrip is bedoeld als in de Universele Verklaring.

Tot ondersteuning van de dezerzijds verdedigde opvatting omtrent de privé-sfeer moge hier gewaagd worden een betekenis aan het onderscheid tussen de termen „privé-leven” en „privé-sfeer” te hechten, die voor ons onderwerp niet zonder belang is. Het Verdrag richt zich tot de overheid⁵⁰, wier verhouding tot de onderdaan in een ander vlak ligt dan waar zich het contact tussen individu en individu afspeelt.

Het onvertaalbare woord „privacy” is een begrip dat zich uitsluitend laat hanteren, waar het gaat om de grens tussen wat hier is aangeduid als „de gemeenschap” en de enkeling; het is, zoals zo vaak in het Angelsaksisch idioom, een woord dat dicht ligt bij de gewone spreektaal. Het woord privé-leven dekt een begrip dat de enkeling betreft en, zonder uitsluitend op zijn verhouding tot de overheid betrekking te hebben, toch ook in die verhouding kan worden gebezigd.

9. Als bijzondere uitwerking van twee grondrechten dient aandacht besteed aan de „Wet van 10 september 1853 (Stb. no 102) tot Regeling van het Toezicht op de onderscheidene Kerkgenootschappen” en de „Wet van 22 april 1855 (Stb. no 52) tot Regeling en Beperking der uitoefening van het Regt van Vereeniging en Vergadering”. Want bij de beoordeling van de grenzen van de privé-sfeer zal de vraag rijzen of een vereniging, een kerkgenootschap en met name de godsdienstoefening en de vergadering binnen of buiten die grenzen vallen.

Zowel de Grondwet als de Wet van 1852 spreken van openbare godsdienstoefening en regelen derhalve godsdienstige manifestaties voorzover ze in beginsel voor ieder toegankelijk zijn. Enig beginsel waarop een zekere beslotenheid van kerkgenootschap of kerkdienst zou berusten, is in de wet niet te vinden.

Hetzelfde geldt voor de vereniging; de bepalingen van de

⁵⁰ Commissie voor de Rechten van de Mens, 20 juli 1957 D.D. pag. 188, besproken in het prae-advies van Mr. D. J. Veegens voor de Vereniging van Internationaal Recht, Mededelingen van deze vereniging no 43, nov. 1960.

Wet van 1855 verwijzen naar de statuten of reglementen en het zal aan de hand daarvan moeten worden bepaald, of het besloten karakter der vereniging de kring der leden een zo persoonlijk karakter geeft, dat van een duidelijke afscheiding van de gemeenschap kan worden gesproken.

Ook ten aanzien van vergaderingen heeft de Wet van 1855 alleen op openbare vergaderingen betrekking. De bepaling van Art. 21 betreffende bijeenkomsten om zich in het hanteren van wapens te oefenen maakt hierop een uitzondering. Hierin wordt een dergelijke bijeenkomst die door meer dan tien personen wordt bijgewoond, gelijkgesteld met die gehouden op een plaats gewoonlijk voor het publiek toegankelijk. Dit criterium berust echter te veel op veiligheidsoverwegingen, dan dat er enige betekenis aan kan worden gehecht in verband met de vraag naar de grens van al of niet beslotenheid.

De conclusie moet zijn, dat de Nederlandse wetgeving geen enkele aanwijzing geeft noch ten aanzien van godsdienstoefeningen, noch ten aanzien van vergaderingen, die tot een bijzondere beslotenheid van karakter zou kunnen doen concluderen. Het kerkgebouw als zodanig geniet ten overstaan van de overheid niet eens de bescherming die de woning geniet : wat in de kerk geschiedt, wanneer deze opengesteld is, valt klaarblijkelijk buiten de privé-sfeer, ondanks het hoogstpersoonlijk karakter dat de godsdienstoefening voor de lidmaten zal hebben. Ten aanzien van de vergadering geeft de wet geen aanwijzing. De aard van vergadering, het besprokene, het voorbehoud met betrekking tot mededeling naar buiten gemaakt, zullen van geval tot geval de normen moeten zijn aan de hand waarvan de conclusie kan worden getrokken of van een duidelijk stelling nemen tegenover de gemeenschap sprake is geweest. Daarbij zal de grote moeilijkheid zijn, dat niet uitgegaan kan worden van de wens van een of meer individuele deelnemers aan de vergadering. De vraag gaat de vergadering als zodanig aan, de opvatting van tenminste de meerderheid zal daarvoor beslissend zijn. In zoverre verschilt de vergadering – een voor een bepaald doel bijeengeroepen groep personen – van een toevallig samenzijn. Vindt dat in een woning plaats dan is in beginsel aannemelijk dat degeen, in wiens fysieke privé-sfeer het samenzijn plaatsvindt, de anderen tot zijn „eigen kring” heeft bestemd.

Een toevallig samenzijn buiten de woning lijkt in het algemeen buiten de privé-sfeer te vallen, tenzij door het geringe aantal deelnemers, door de afzondering die in acht is genomen, of krachtens uitdrukkelijke afspraak het omgekeerde aannemelijk is.

10. Een speurtocht door de Nederlandse wetgeving naar bepalingen die enige samenhang met het vraagstuk der bescherming van de privé-sfeer vertonen, leidt tot teleurstellende resultaten. Dat vermogensrechtelijke bepalingen daarmee geen verband zouden houden lag voor de hand.

Zelfs de bepalingen van burennrecht — die het uitzicht regelen — kunnen niet geacht worden enige andere bedoeling te hebben dan het nuttig gebruik van de betrokken onroerende goederen te bepalen. De arbeider moge krachtens Art. 1639 sub 9 B.W. een dringende reden tot ontslag geven als hij bijzonderheden aangaande de huishouding van zijn werkgever bekend maakt, de werkgever heeft een dergelijke verplichting tot zwijgen niet. De inwonende arbeider moet hij wel in de gelegenheid stellen zijn godsdienstplichten te vervullen en ontspanning van de arbeid laten genieten; dat daartoe een op zichzelf-zijn nodig zou kunnen zijn, voorziet de wet niet.

Het personenrecht geeft geen ander resultaat. Het K.B. van 31 oktober 1950 (Stb. no K 468) houdende de voorwaarden waaraan rechtspersonen waaraan voogdij kan worden opgedragen, moeten voldoen, eist wel geschiktheid voor de geestelijke en lichamelijke verpleging, maar schrijft geen mogelijkheid tot afzondering van zelfs een vrijwel meerderjarige voor.

Dat de veelsoortige bepalingen waarbij het binnentreden van woningen werd geregeld, niet met de bescherming van de privé-sfeer behoeften te rekenen, lag voor de hand. Maar de deurwaarder, die bij beslag op roerende goederen huisraad mag doen openen en ook andere dan geldswaardige papieren moet verzegelen⁵¹, zal daarbij ook die papieren moeten betrekken die een hoogstpersoonlijk karakter hebben daar deze niet van het beslag zijn uitgezonderd.

Noch de Arbeidswet, noch de Wet op de Schepelingen, waarin de zorg van de wetgever voor zedelijk en lichamelijk welzijn van ondergeschikten is neergelegd, geven blijk

⁵¹ Art. 444 en 446 Rv.

van enig belang gehecht aan de bescherming van de privé-sfeer der betrokkene.

De conclusie kan alleen zijn, dat de aantasting daarvan in het algemeen óf zelden plaatsvindt, óf als weinig storend wordt ondervonden. Op grond daarvan moet worden aangenomen, dat dit onderwerp dat in de bepalingen betreffende strafrechtspleging niet uitdrukkelijk is vermeld, ook niet geacht kan worden daarin te zijn geregeld, al zou de bescherming der privé-sfeer van de verdachte en zijn eigen kring mede bedoeld kunnen zijn in enkele bepalingen⁶². Bespreking van de vraag in hoeverre die bescherming gewenst zou zijn en in hoeverre de wet daarbij aanvulling zou behoeven, valt buiten het kader van dit prac-advies.

WAARNEMINGEN BETREFFENDE DE PRIVÉ-SFEER

11. In de hier gevolgde gedachtengang om de privé-sfeer als een te begrenzen gebied en zelfs ten dele als samenvallend met een fysiek te bepalen ruimte te beschouwen is waarnemen in de privé-sfeer een zeer normale, dagelijkse gedraging. Uit de veelheid van waarnemingen die onder het hier te bespreken begrip vallen, moeten die afgezonderd worden, waarvoor de bescherming van de betrokken individu door de wetgever in aanmerking zou kunnen komen.

In beginsel is iedere waarneming betreffende de privé-sfeer van een individu door een ander in strijd met het karakter der privé-sfeer. Maar de waarneming waartoe toestemming is verleend (stilzwijgend of uitdrukkelijk) behoeft geen bespreking en wij kunnen ons verder beperken tot die waarnemingen, de privé-sfeer betreffende, die op enigerlei wijze die privé-sfeer storen en daarom in verband met de bescherming, die de privé-sfeer behoeft, maatschappelijk ontoelaatbaar moeten worden geacht. Ten aanzien daarvan zullen wij hebben te onderzoeken in hoeverre die storing of maatschappelijke ontoelaatbaarheid onder de bestaande wettelijke bepalingen tot onrechtmatigheid of strafbaarheid zou leiden om daarna na te gaan in hoeverre de wettelijke bepalingen in die zin aanvulling zouden behoeven.

⁶² Bv. Artt. 111 v. Sv.

Omdat het doen van waarnemingen betreffende de privé-sfeer voorwaarde is voor publikatie en ander gebruik zal de bespreking zich moeten uitstrekken tot gevallen waar het doen van waarnemingen op zichzelf toelaatbaar is te achten.

Verreweg de belangrijkste bescherming van de privé-sfeer voorzover die samenvalt met een fysiek te bepalen plaats, bestaat in de bescherming die die plaats zelf biedt. Het zonder toestemming binnendringen in woning of lokaal bij anderen in gebruik is strafbaar gesteld⁵³. Is toestemming gegeven tot het betreden van een plaats die samenvalt met de privé-sfeer van een of meer personen (waarbij aangenomen wordt dat het karakter van privé-sfeer daardoor niet verloren gaat), dan is het doen van normale waarnemingen binnen het kader van de toestemming geoorloofd en geen aantasting van de privé-sfeer. Pas wanneer van die toestemming een gebruik gemaakt wordt tot het doen van waarnemingen buiten het doel, waartoe de toelating tot de privé-sfeer strekte, is aantasting van de privé-sfeer aanwezig. Daarbij moet bedacht worden, dat degenen om wiens privé-sfeer het gaat, wanneer hij kennis draagt van de mogelijkheid tot het doen van waarnemingen, tegen ongewenste waarnemingen kan optreden of afweermaatregelen nemen.

Daar waar de individu in contact met de gemeenschap treedt, heeft hij de bepaling van zijn privé-sfeer in eigen hand. Het is in de eerste plaats zijn eigen zaak zich tegen waarnemingen te beschermen of zich daaraan te onttrekken.

12. Bij het bespreken van de waarnemingen betreffende de fysiek te bepalen privé-sfeer kunnen wij ons beperken tot de gevallen waarbij degenen, wiens privé-sfeer het betreft, zich van het feit dat de waarnemingen verricht worden, niet bewust is. Dit geval zal zich allereerst voordoen, wanneer wij met een indringer of insluiper te maken hebben, waartegen de strafrechtelijke bepalingen omtrent huisvredebreuk bescherming bieden. Meer in het bijzonder interesseren ons de gevallen, waarin door gebruikmaking van technische middelen waarnemingen betreffende de privé-sfeer worden gedaan zonder dat daartoe toestemming is verleend en zonder dat degenen wiens privé-sfeer aldus aangetast wordt, zich daarvan bewust is.

Binnen de fysiek te bepalen privé-sfeer kunnen die waar-

⁵³ Art. 138 Sr.

nemingen gedaan worden door het aanbrengen binnen de betrokken woning of lokaliteit van een geluidsregistratie-apparaat of van microfoons, al of niet door een draad verbonden met een af luisterpost — soms met gebruikmaking van een telefoonverbinding waarbij de microfoon in het telefoontoestel kan worden verborgen ⁵⁴.

Het is ook mogelijk waarnemingen betreffende de fysiek te bepalen privé-sfeer te doen door middel van een buiten de woning of lokaliteit gevestigde apparatuur met zo groot registratievermogen, dat binnen de woning of lokaliteit gevorderde gesprekken nog waarneembaar zijn. Visuele waarnemingen kunnen worden gedaan door met bijzondere, daarvoor ingerichte camera's van buiten in een woning te fotograferen. Of het mede mogelijk is een „candid t.v.-camera” in een vertrek op te stellen is onzeker. In theorie is het echter mogelijk en het is daarom niet onzinvol deze mogelijkheid in gedachte te houden. In beginsel is er uiteraard geen onderscheid tussen visuele en auditieve waarnemingen.

Het lijkt geen twijfel, dat wij zowel bij waarnemingen van binnenuit als bij die van buitenaf te maken hebben met duidelijke aantastingen van de privé-sfeer. Toch moet een onderscheid gemaakt worden dat theoretische en praktische betekenis heeft.

Het af luisteren (en visueel waarnemen) door middel van een vooraf aan te brengen microfoon (of camera) heeft het betreden van de betrokken plaats noodzakelijk gemaakt. Het is mogelijk dat het betreden rechtmatig was, maar het achterlaten van een waarnemingsapparaat heeft de betekenis van het niet volledig verlaten hebben van het vertrek. Men laat als het ware zijn oren of ogen achter. Aldus is het vergelijkbaar met een ongemerkt of onder bedriegelijk voorwendsel fysiek binnendringen van een woning of lokaal in gebruik bij anderen met het duidelijk doel waarnemingen te doen. De overeenkomst met het misdrijf van huisvredebreuk springt in het oog.

Praktisch is het zeer moeilijk om zich tegen dit soort van indringen in de privé-sfeer te verdedigen. De afmetingen van deze fijngevoelige microfoons zijn zo gering, dat het opmerken uitgesloten kan worden geacht en zelfs het opsporen vaak met grote moeilijkheden gepaard gaat. Bovendien is de

⁵⁴ Dit geval dient onderscheiden te worden van het af luisteren van de telefoon, waarover hieronder, zie no 15.

gevoeligheid zo groot, dat het niet mogelijk is zich daartegen met technische middelen doeltreffend te wapenen.

Bij huisvredebreuk wordt het strafbaar gestelde binnendringen geacht aanwezig te zijn onder meer wanneer de indringer zich met valse sleutels, een valse order of een vals costuum toegang heeft verschaft ⁵⁵. De gelijkenis met het verborgen opstellen van een microfoon is zeer groot.

Enigszins anders is het met de apparatuur die van buitenaf wordt gebruikt. De ontwikkeling der techniek maakt inderdaad ook waarnemingen in een zich binnenshuis bevindende ruimte van buitenaf mogelijk ⁵⁶. Deze apparatuur is echter kostbaar en de resultaten zijn (nog?) verre van volmaakt. Het is duidelijk, dat het slachtoffer van deze manipulaties zich in een betere positie bevindt dan hij die binnenshuis met betrekkelijk eenvoudige middelen belaagd wordt. Slechts wanneer aan tal van technische eisen is voldaan, is doeltreffend af luisteren mogelijk ⁵⁷. Dit brengt mede, dat hij die zich tegen deze manipulaties wil wapenen, daartegen wel met technische middelen iets kan ondernemen, zodat het gevaar aan dit soort van onmaatschappelijke manipulaties verbonden minder groot is.

Ook vanuit het vraagpunt bezien in hoeverre hier van een ontoelaatbaar handelen kan worden gesproken, moet het accent anders gelegd worden dan bij de eerderbesproken categorie. Bij het doen van waarnemingen van buitenaf bevinden zich waarnemer en apparatuur geheel buiten de fysiek bepaalde privé-sfeer en zijn daar ook niet binnen geweest. De waarnemer was en blijft op terrein waarop hij in beginsel vrijheid van handelen heeft.

De vrijheid om waar te nemen wat buiten de woning voor ieder waarneembaar is, kan niemand worden ontzegd. Indiscreet gebruik van die vrijheid zal zeker voorkomen en leiden tot het doen van waarnemingen betreffende de privé-sfeer zonder dat degen, te wiens laste een waarneming wordt

⁵⁵ Art. 138, lid 2 Sr.

⁵⁶ Een tussenvorm is denkbaar door het af luisterapparaat buiten aan een huis te bevestigen. Dan is een met binnendringen vergelijkbare toestand aanwezig.

⁵⁷ Tal van berichten — grotendeels van enigszins sensationele aard — doen het tegendeel geloven. De weinige informaticus, die op de ook in dit opzicht onwetende de indruk maken technisch verantwoord te zijn, bevestigen het hier en in de volgende zin gestelde.

gedaan, zich daarvan bewust is. Het moge denkbaar zijn, dat in extreme gevallen een dergelijk optreden zo onmaatschappelijk wordt, dat van onrechtmatigheid kan worden gesproken, in de praktijk heeft zich de vraag nog nooit voorgedaan.

In beginsel is hij die bij het doen van dergelijke waarnemingen van de hier bedoelde apparatuur gebruik maakt, niet in een andere positie. Zijn indiscretie is moeilijker op te merken en dus moeilijker af te weren, maar meer dan een verregaande indiscretie begaat hij niet. Het resultaat van zijn handelingen moge gelijk zijn aan dat bereikt bij gebruik van binnenshuis opgestelde apparatuur; zijn handelen op zichzelf tast de privé-sfeer niet aan.

Dit zal duidelijk worden, wanneer men zich de praktische uitwerking van een wettelijke voorziening tracht voor te stellen die dit optreden onrechtmatig of strafbaar zou verklaren. Hij die een microfoon binnenshuis opstelt, stelt een aantoonbare gedraging waarvan de strekking: waarnemen in de privé-sfeer, gewoonlijk niet twijfelachtig kan zijn en waarvan de enige rechtvaardiging zou zijn: toestemming van hem die het object der waarneming is. De af luisteraar van buiten zal tenminste het resultaat van zijn manipulaties moeten vastleggen, alvorens aantoonbaar is, dat zijn waarnemingen de privé-sfeer betreffen.

Dit leidt tot de conclusie, dat waar het betreft waarnemingen betreffende de fysiek te bepalen privé-sfeer een wettelijk verbieden van het doen van waarnemingen door middel van daarin op te stellen apparatuur aanvaardbaar is, mede omdat de mogelijkheid van ernstige inbreuken op de privé-sfeer veel groter is.

Daartegenover is het doen van waarnemingen van buiten de fysiek te bepalen privé-sfeer veel moeilijker en dus maatschappelijk een kleiner gevaar, zodat het aanvaardbaar is de handelingen die tot het doen van die waarnemingen leidden niet zonder meer onrechtmatig te noemen.

13. Buiten de fysiek te bepalen privé-sfeer staat het in beginsel vrij alles en ieder waar te nemen. Toch moet de mogelijkheid bestaan bepaalde uitingen of gedragingen, die de intimiteit der persoonlijkheid raken, aan waarnemingen te onttrekken; de individu moet ook buitenshuis in staat zijn zich „in zijn privé-sfeer terug te trekken”. De gedragingen die

daarop gericht zijn zullen gewoonlijk de strekking hebben waarnemingen van zijn persoon of zijn uitingen onmogelijk te maken of te beperken. En waar hij waarnemingen weer mogelijk maakt „treedt hij uit zijn privé-sfeer”. Er is dus in normale omstandigheden een evenwicht tussen het bepalen van de privé-sfeer door de betrokken individu en de mate van waarneembaarheid van zijn uitingen door de gemeenschap. Opmerking verdient hierbij, dat hier een aanmerkelijk verschil tussen visuele en auditieve waarnemingen bestaat, wat betreft de indringingsmogelijkheid in de privé-sfeer. Zo zal de fotograaf, die een foto maakt van een duidelijk „apartje” van twee ministers nog niet zonder meer geacht worden hun privé-sfeer te hebben geschonden. Wel zou dat de radio- of televisiereporter doen bij een poging het gesprek met de microfoon op te vangen.

Misbruik van de vrijheid om waar te nemen bestaat dus daar waar waarnemingen gedaan worden, die blijkens de door de waargenomene aangenomen houding of genomen maatregelen, in strijd zijn met de bescherming van de privé-sfeer die deze, mede in aanmerking genomen zijn maatschappelijke positie, mag verwachten. Het vriend paartje, dat zich op een bankje in het park heeft teruggetrokken, zal de intimiteit van het gesprek en gedragingen afhankelijk maken van de nabijheid der voorbijgangers. Maar met de gluurder in het struikgewas kunnen zij geen rekening houden, nog minder met de „candid camera” of het af luister-apparaat op afstand. Hier vinden dus duidelijke waarnemingen in de privé-sfeer plaats, die een aantasting van die privé-sfeer zijn. Dat deze aantasting maatschappelijk ongewenst is, moet worden erkend; zij gaat echter niet in schadelijkheid uit boven de gevolgen van vele andere misbruiken van vrijheid van handelen, die voorkomen in de maatschappelijke samenleving. Bovendien, ieder individu zal zich moeten aanpassen aan een steeds geringer worden van de mogelijkheden zich buitenshuis een privé-sfeer te scheppen en aan de technische ontwikkeling, die indiscretie op afstand mogelijk maakt. Een zich aan deze ontwikkeling aanpassend gedrag mag gevorderd worden van wie zich in de gemeenschap een privé-sfeer wil scheppen.

Tegenover het belang dat de privé-sfeer beschermd wordt, staat het belang, dat de vrijheid van handelen niet meer dan nodig aan banden wordt gelegd. De consequentie van in-

discreet gebruik van die vrijheid moge een aantasting van persoonlijkheidsrecht zijn, bij een waarneming zonder meer is dit een zo ephemere confrontatie met de gemeenschap, dat daaraan in redelijkheid geen rechtsgevolgen kunnen worden verbonden. Anders is dat met het gebruik van de waarneming, die daaraan of een blijvend karakter geeft of tot een werkelijke confrontatie van privé-sfeer en gemeenschap zal leiden.

14. Een bijzondere categorie van waarnemingen betreffende de privé-sfeer bestaat in het onderscheppen van communicaties van privé-sfeer naar privé-sfeer. Een brief kan – als mededeling van hoogstpersoonlijke aard – tot een privé-sfeer behoren. Door een brief of gesloten stuk aan het postverkeer toe te vertrouwen verlaat deze de privé-sfeer om in die van de geadresseerde binnen te komen. Door de bepaling van Art. 173 der Grondwet en de daarop berustende strafrechtelijke bepalingen⁵⁸ is de inhoud van een brief voor waarneming door anderen zorgvuldig beschermd, mits zij aan de posten of een openbare instelling van vervoer is „toevertrouwd”. Is de brief niet of niet meer in handen van de posten, of een andere openbare instelling, dan is er van bescherming van het briefgeheim geen sprake meer. Tegen onbevoegd openen van brieven die bij ondernemingen of in de grote flatgebouwen bezorgd worden, door anderen dan de geadresseerden bestaat geen bescherming.

De telegrafist verkeert in vergelijking met de postbeambte die de brievenpost behandelt in een in zoverre andere situatie, dat hij de inhoud der mededelingen kent: te zijnen aanzien zijn dus bijzondere strafrechtelijke bepalingen getroffen die moeten voorkomen, dat hij de waarnemingen die hij doet doorgeeft⁵⁹.

Men heeft gemeend eenzelfde bescherming te kunnen geven tegenover de telefonist door de bepaling van Art. 374 bis Sr., waarbij het aan telefoonbeambten verboden is de inhoud van een gesprek, door hun tussenkomst gevoerd, aan anderen door te geven. Dit laat onverlet dat het voor deze beambten vrij staat gesprekken af te luisteren, een bepaling die in de voor-automatische tijd waaruit zij stamt niet onredelijk was, maar die nu minder noodzakelijk voorkomt en

⁵⁸ Artt. 371 v. Sr.

⁵⁹ Artt. 371, 374 en 375 Sr.

met de voortschrijding der automatisering aanvulling zal behoeven. Bijzonder merkwaardig doet het daarbij aan, dat het niemand verboden is telefoongesprekken af te luisteren, dat dus het beginsel van het briefgeheim niet verder is doorgetrokken⁶⁰. Het is aannemelijk dat men, bij het tot stand komen van de desbetreffende bepalingen (die uit de oorspronkelijke Telegraaf- en Telefoonwet stammen)⁶¹, zich het technisch apparaat zo perfect heeft voorgesteld, dat opzettelijk af luisteren zonder medewerking van een beambte niet mogelijk was.

In een op 29 oktober 1963 gehouden debat in de Tweede Kamer⁶² heeft de Minister-President op vragen van de heer Vondeling uitdrukkelijk verklaard, dat dit (buiten uitzonderlijke gevallen van technische storingen) inderdaad niet mogelijk is voorzover het gaat om telefoonverkeer dat onder direct toezicht van de PTT staat.

Daarmede onderscheidt zich Nederland zeer gunstig van b.v. de Verenigde Staten, waar juist het af luisteren van de telefoon één der meest op de voorgrond tredende inbreuken op de privé-sfeer blijkt te zijn, waartoe de gelegenheid is geboden door het feit, dat enerzijds onzekerheid bestaat over de strekking van de federale strafbepaling⁶³, anderzijds privé-ondernemingen de telefoondienst verzorgen en bij de aanleg met grote reserve voor nieuwe aansluitingen wordt rekening gehouden, hetgeen veel gelegenheid tot af luisteren schijnt te verschaffen. Het overheidsmonopolie op dit gebied moge dan leiden tot ongerief, de bescherming die het de individu biedt, weegt hiertegen wel op.

Geen garantie bestaat tegen af luisteren van gesprekken via telefooninstallaties binnen gebouwen of kantoorcomplexen buiten de rechtstreekse bemoeienis van de PTT. De installaties kunnen zo ingericht zijn, dat meeluisteren wordt waargenomen door een teken; door een eenvoudige ingreep is de installatie zo te wijzigen, dat meeluisteren ongemerkt mogelijk is. Daar waar het om meerdere gelijkgerechtigde gebruikers gaat, is het probleem geen ander dan waar

⁶⁰ Van Bemmelen, *Leerboek van het Nederlandse Strafprocesrecht*, pag. 234, 6e druk; van der Pot, op. cit. pag. 491; Belinfante, *Beginnels van Nederlands Staatsrecht*, pag. 176.

⁶¹ Art. 19, vervallen bij de wet van 19 mei 1922, S. 313.

⁶² *Handelingen IIe Kamer 1963-64*, pag. 220 v.

⁶³ Art. 306 van de Rules and Regulations of the Federal Communications Committee.

het gaat om gezamenlijk gebruik van een gebouw. De vanuit de privé-sfeer gedane mededelingen treden door het gebruik der telefooninstallatie in de openbaarheid, tenzij een duidelijke afspraak gemaakt is, deze als behorende tot de privé-sfeer wederzijds te beschermen. Een andere situatie doet zich voor waar de gebruiker van de installatie deze medegebruikt voor de controle van de gesprekken van zijn ondergeschikten. Wij hebben hier met een bijzonder soort waarnemingen in de privé-sfeer te maken, die hieronder zal worden behandeld.

15. Anders dan voor het briefgeheim kent de Nederlandse Grondwet ten aanzien van de telefoon geen grondrecht. Tegen af luisteren van de telefoon van overheidswege is de bescherming van de burger in de wet zeer gebrekkig geregeld. De PTT-beambte is volgens Art. 100 lid 3 Sv. verplicht de Officier van Justitie inlichtingen te geven. Af luisteren met het oogmerk van opsporing van strafbare feiten is niet goorloofd en vindt volgens de mededelingen van de Minister-President in bovenvermeld Kamerdebat niet plaats⁶⁴. Er is dus geen aanleiding op dit onderwerp in dit prae-advies in te gaan, hoewel het — naast de strafproceesrechtelijke betekenis — zeker ook de bescherming van de privé-sfeer raakt.

De vraag doet zich voor of een ontbreken van enige wettelijke regeling niet gemakkelijker tot onbevoegd gebruik kan leiden. Het publiek belang dat betrokken is bij het opsporen van misdrijven is groot en het lijdt geen twijfel dat ongestoord gebruik van de telefoon het organiseren van misdrijven en het zich onttrekken aan de opsporing in de hand werkt. Een regeling die even uitvoerig is als die met betrekking tot het briefgeheim⁶⁵ en die nauwkeurig gedefiniëerde bevoegdheden aan de opsporingsorganen geeft, zou dus voor de hand liggen. Ook al zou daaruit voor het ogenblik geen grotere bescherming van de privé-sfeer voortvloeien dan praktisch aan de Nederlandse burger gegeven is, de justitie en politie zou onder behoorlijke garantie meer armslag kunnen worden gegeven⁶⁶. De vraag rijst daarbij

⁶⁴ zie noot 62.

⁶⁵ Artt. 100 v. Sv.

⁶⁶ Vgl. van Bemmelen, *Strafprocesrecht*, pag. 234; Belinfante, op. cit. pag. 176; In dezelfde zin het Engelse Report of the Committee of Privy Councillors on unauthorised tapping of telephones. Het *Noorse* Wetboek van Strafrecht stelt in haar Art. 145a straf-

of dit niet tevens zou kunnen leiden tot een regeling met betrekking tot een ander onderwerp waarvoor blijkens hetzelfde Kamerdebat iedere wettelijke voorziening ontbreekt. In een aan bovengenoemd Kamerdebat voorafgaande vergadering van de Vaste Commissie van Binnenlandse Zaken dd. 24 oktober 1963⁶⁷ heeft de Minister van Binnenlandse Zaken verklaard, dat de B.V.D. in uitzonderlijke gevallen wanneer de veiligheid van de Staat direct bedreigd wordt, telefoongesprekken kan afluisteren, waaraan hij toevoegde, dat er – niet nader gedefiniëerde – afdoende waarborgen zijn, dat in deze gestelde zeer nauwe grenzen nimmer worden overschreden. Dit betekent dat bescherming van de privé-sfeer ten deze afhankelijk is van door de overheid gestelde grenzen. Meer dan deze geheel onvoldoende bescherming tegen aantasting van de privé-sfeer hier aanduiden, heeft geen zin.

Een prae-advies dat de vraag heeft te beantwoorden of wettelijke bepalingen op een bepaald punt vereist zijn, moet zich bepalen tot de vragen die rijzen in normale omstandigheden, wanneer de beginselen die het recht beheersen de grondslag van de rechtsgemeenschap zijn. Regels die gelden of achteraf geacht worden te hebben gegolden, in een periode waarin het recht voor geweld is geweken en die slechts gelden „behoudens absolute verhindering”, kunnen nuttig

baar o.m. het afluisteren met behulp van een geheim afluisterapparaat van telefoongesprekken of andere gesprekken tussen anderen of besprekingen in een besloten bijeenkomst; het met behulp van een geluidsband of andere technische apparatuur heimelijk maken van opnamen van gesprekken als hierboven genoemd of van besprekingen waaraan men niet zelf deelneemt; en het aanbrengen van een afluisterapparaat, geluidsband of andere technische apparatuur met bovengenoemd doel.

Het nieuwe *Zweedse* Wetboek van Strafrecht van 1962 stelt in Hoofdst. 4, par. 8 strafbaar het aan iemand beschikbaar stellen van een boodschap, overgebracht d.m.v. de telefoon.

Het *Deense* Wetboek van Strafrecht stelt in section 263 (I) (I) in het algemeen schending van het briefgeheim strafbaar; krachtens de beslissing van het Hooggerechtshof van 21 oct. 1939 vindt deze bepaling ook toepassing bij het afluisteren van telefoongesprekken d.m.v. een geheim afluisterapparaat.

Zie ook het arrest van de Cour de Cassation van 18-3-1955, D. 1955, 573 met noot van Savatier, waarbij afluisteren ten behoeve van een politie-onderzoek onrechtmatig werd geoordeeld.

⁶⁷ Commissieverslagen, Bijlagen Handelingen IIe Kamer 1963-64, pag. C. 149.

zijn, maar hebben geen werkelijke grondslag in die beginselen, die het recht beoogt te beschermen en te behouden. In een rechtsgemeenschap die dergelijke regels blijft toepassen is een voortdurende dreiging aanwezig, dat de belangen die dergelijke regels dienen hoger geacht worden dan de beginselen, waarop die rechtsgemeenschap gebaseerd behoort te zijn.

16. Uitingen van persoonlijke aard, vastgelegd in geschreven vorm, op geluidsbanden, op foto of op film, maken deel uit van de privé-sfeer van de individu die zij betreffen, zolang deze niet zelf het contact met de gemeenschap tot stand brengt door de uiting buiten de eigen kring te brengen. Kennisneming daarvan is dus eveneens een waarneming betreffende de privé-sfeer en is in wezen niet anders te beoordelen dan het aanhoren van een gesprek of het visueel opnemen van een situatie.

Door het permanente karakter dat deze uitingen hebben gekregen is de mogelijkheid tot waarneming zonder dat de individu om wiens uiting het gaat daarvan kennis draagt en dit dus eventueel zou kunnen verhinderen, veel groter. Daartegenover staat, dat de uitingen door de vastlegging een tastbare vorm hebben verkregen en daardoor gemakkelijker te beschermen zijn.

Die tastbare vorm maakt deze uitingen ook tot „goed” of „voorwerp” in de zin van het Wetboek van Strafrecht,⁶⁸ waardoor een strafrechtelijke bescherming bestaat tegen waarnemingen zonder medewerking van de betrokkene. Hierbij dient bedacht te worden, dat brieven gewoonlijk geen optekeningen van hoogstpersoonlijke aard zijn en de wettelijke bescherming van het briefgeheim veel meer beoogt dan alleen een bescherming van de intimiteit der persoonlijkheid of handhaving van de privé-sfeer. De bijzondere verantwoordelijkheid, die een ontvanger van een brief de verplichting kan opleggen deze niet aan derden te laten lezen, betreft dan ook geenszins alleen de privé-sfeer van de afzender.

Voor ons onderwerp is slechts van belang de vraag in hoeverre het beschikken over een „voorwerp” of „goed” waarop een hoogstpersoonlijke uiting is vastgelegd door degeen

⁶⁸ Zie HR 8 mei 1933, NJ 1933, blz. 1180. Vgl ook HR 4 maart 1935, NJ 1935, pag. 685.

die dat ter persoonlijke kennisneming heeft gekregen op zodanige wijze, dat daarvan ook anderen kennisnemen, een aantasting van de privé-sfeer is. De vraag wordt echter onder het gebruik van waarnemingen behandeld, waar ook de vragen met betrekking tot brieven een plaats vinden.

17. Een bijzonder soort van waarnemingen betreffende de privé-sfeer raakt tenslotte de werknemers en in het algemeen aan enig gezag onderworpen ondergeschikten.

In de fabriek, het kantoor en in onderwijsinstellingen vindt een voortdurende controle plaats op de gedragingen van de individuen die daar werkzaam zijn. Niet alleen betreft deze controle de vraag of gedurende de tijd dat arbeid verricht moet worden, deze inderdaad verricht wordt, het is eveneens van belang dat de gedragingen van de ondergeschikten de goede gang van zaken niet storen. Dit geeft aanleiding tot waarnemingen juist ook met betrekking tot de gedragingen binnen de werktijd of binnen het werkterrein die buiten het kader der eigenlijke werkzaamheden vallen. Hiermede zijn natuurlijk ook gedragingen gemoeid, die een hoogstpersoonlijk karakter hebben. Enige grens is hier niet te stellen; van de wijze waarop een bedrijf, een kantoor of een onderwijsinstelling is georganiseerd zal afhangen welke mate van controle nodig is. Het zal van de betrokken individu afhangen of hij de controle als inbreuk op zijn privé-sfeer ervaart of dat hij die zonder krenking van zijn persoonlijkheid binnen het kader der door hem aanvaarde arbeidsverhouding kan ondergaan. Ontoelaatbaar is die controle, die gebruik maakt van waarnemingen die geen voor het verloop der werkzaamheden adequaat effect afwerpen. Het opstellen van microfoons kan nut hebben om op een centraal punt op de hoogte te blijven van de gang van zaken op een afdeling; een dergelijke controle kan ook het niet-toelaatbaar voeren van privé-gesprekken betreffen. Leidt zij echter tot af luisteren van — al dan niet toelaatbare — privé-gesprekken dan vindt een onaanvaardbare aantasting der privé-sfeer plaats. Hetzelfde geldt voor televisiecamera's. Zij mogen b.v. een blik op de werkplaats veroorloven, maar behoren in de kleedruimte niet thuis.

Geheel onaanvaardbaar is waarnemings-apparatuur waarvan de ondergeschikte niet op de hoogte is gesteld, omdat daarmee mogelijk wordt gemaakt, hem daar waar het toe-

laatbaar is dat hij zich in zijn privé-sfeer terugtrekt, toch waar te nemen. Zelfs zonder enige nadere wettelijke regeling op dit punt zou de werkgever door het toepassen van dit soort „controle” in strijd komen met zijn in Art. 1638 x B.W. neergelegde plicht om de werklokalen zo in te richten, dat de arbeider tegen gevaar voor lijf, eerbaarheid en goed beschermd is. Daarmede kan de wetgever van 1907 geacht worden bescherming tegen dit soort aantastingen van de privé-sfeer te hebben bedoeld.

In de arbeidsverhouding doet zich nog een geheel ander soort waarnemingen betreffende de privé-sfeer voor. Meer en meer wordt bij het aannemen van arbeidskrachten een intensief onderzoek ingesteld naar de persoonlijke omstandigheden van de sollicitant en pleegt hem „het hemd van het lijf” gevraagd te worden — een typerende uitdrukking voor doordringen in de privé-sfeer! Zodra naar belangrijke posten wordt gesolliciteerd worden tests en psychologische onderzoeken verricht en komen deskundige onderzoekers meer te weten omtrent het privé-leven van de betrokkene dan zijn eigen familie ooit zal bevroeden. De betrokkene zal voor deze onderzoeken zijn toestemming hebben gegeven en moet geacht worden de waarnemer in zijn privé-sfeer te hebben toegelaten. De rapporten die op grond van deze onderzoeken worden opgesteld, behoren ook tot de privé-sfeer en kennisneming daarvan is dus een waarneming betreffende de privé-sfeer; het zal van de omstandigheden afhangen of de betrokkene geacht kan worden zijn toestemming daartoe te hebben gegeven.

Het doen van waarnemingen, waartoe de toestemming of medewerking ontbreekt, is volstrekt ontoelaatbaar, daar het ook hier om waarnemingen gaat, waarvan de betrokkene onkundig is, die hij niet kan voorkomen en waartegen hij zich niet wapenen kan. Daarbij dient in overweging genomen te worden, dat deze waarnemingen juist zullen worden gedaan in dat deel van de privé-sfeer dat de individu door eigen handelen of gedraging in zijn contact met de gemeenschap afbakt en vaak een belangrijk deel van het leven dat zich in de fysiek te bepalen privé-sfeer en in het gezinsverband afspeelt, zullen betreffen.

18. In hoeverre blijkt nu bescherming van de privé-sfeer tegen waarnemingen gewenst te zijn? Bij het onderzoeken van

de vraag kunnen twee belangrijke beperkingen worden toegepast. Allereerst kunnen onbesproken blijven de waarnemingen die met instemming van de betrokkene plaats vinden. In de tweede plaats is in het hierboven behandelde⁶⁹ reeds de beperking aangebracht, dat daar waar tegenover het recht van de ene individu op bescherming van zijn privé-sfeer de vrijheid van de andere individu staat waarnemingen te doen, de vrijheid behoort voor te gaan, zolang degene die object der waarnemingen is zich daarvan bewust is of redelijkerwijs bewust behoort te zijn. Het laatste geval zal zich ook voordoen, waar de geobserveerde zich tegen de waarnemingen had kunnen beschermen, maar dit niet of niet voldoende heeft gedaan.

Dit leidde tot de conclusie dat in beginsel alle waarnemingen, de privé-sfeer van een individu betreffende, maar gedaan buiten de fysiek te bepalen privé-sfeer als toelaatbare in het maatschappelijk verkeer te dulden waarnemingen moeten worden beschouwd, zelfs al kunnen zij een aantasting van de privé-sfeer inhouden.

Ook waarnemingen met middelen der moderne techniek waarop de geobserveerde niet opmerkzaam is, vallen daaronder, mits deze waarnemingen gedaan worden op een plaats of onder omstandigheden waar in beginsel voor ieder vrijheid tot het doen van waarnemingen moet bestaan en waar de geobserveerde met het doen van dergelijke waarnemingen moet rekenen.

Dit brengt mede, dat slechts tegen waarnemingen, gedaan binnen de fysiek te bepalen privé-sfeer — uit te breiden tot de besloten gehouden communicatie tussen zulke plaatsen — bescherming nodig is, alsmede tegen die waarnemingen die plaats vinden daar waar het niet voor ieder vrijstaat waarnemingen te doen — zodat de geobserveerde met het blootstaan aan waarnemingen niet behoeft te rekenen — en die desniettemin zonder dat hij zich er van bewust is, worden gedaan.

Eerstbedoelde bescherming is in de bestaande wettelijke bepalingen grotendeels gegeven. De strafbepalingen betreffende huisrecht, die betreffende briefgeheim, gebruik van telegraaf en telefoon, beschermen de fysiek te bepalen privé-sfeer in belangrijke mate⁷⁰. Het beginsel van het huisrecht

⁶⁹ Zie nos 12 en 13.

⁷⁰ Betreff. huisrecht Artt. 138 en 370 Sr; betreff. briefgeheim, telegraaf en telefoon Artt. 371 v. Sr.

maakt een privaatrechtelijke actie tegen inbreuken in de fysiek te bepalen privé-sfeer mogelijk, al is die actie weinig toegepast ⁷¹. Of een ruime interpretatie van Art. 1638 x B.W., waarvoor voldoende grond aanwezig schijnt, de werknemer voldoende tegen ongemerkt observeren dat zijn privé-sfeer aantast, beschermt, is twijfelachtig.

Slechts op één punt, de gebruikmaking van de moderne middelen der techniek binnen de fysiek te bepalen privé-sfeer, is geen redelijke afweer mogelijk, omdat het af luisteren en misschien in de naaste toekomst „afkijken” – door de geringe afmetingen der apparatuur – door de geobserveerde ongemerkt plaatsvindt.

Enige wettelijke bescherming tegen dit zeer reële gevaar van aantasting der privé-sfeer is niet aanwezig. Een strafbepaling op dit punt is dus zeker gewenst.

Hoewel de aantasting der privé-sfeer eerst plaatsvindt, wanneer het apparaat voor af luisteren gebruikt wordt, is het theoretisch en praktisch juist het aanbrengen van de apparatuur reeds strafbaar te stellen. Theoretisch omdat, zoals hierboven betoogd, het delict een samenhang vertoont met huisvredebreuk. Het is, ook ten aanzien van de dader die met recht een woning of lokaal is binnengetroden, een achterlaten van een verlengstuk van de zintuigen, op een wijze die nog aanmerkelijk bedrieglijker is dan het gebruik van valse orders of een vals costuum ⁷². Praktisch omdat het aantonen van het gebruik het bewijs aanzienlijk zou verzwaren.

Het zou daarom aanbeveling verdienen als Art. 138 a een nieuwe strafbepaling in het Wetboek van Strafrecht op te nemen, dat het plaatsen van technische apparatuur in een woning of besloten lokaal bij een ander in gebruik, met het oogmerk tot het doen van waarnemingen buiten des daders aanwezigheid, strafbaar stelt.

Voorzover bekend is tot nu toe slechts in het Noorse Wetboek van Strafrecht een strafbepaling met betrekking tot de moderne technische middelen opgenomen ⁷³, die echter een

⁷¹ HR 13 juni 1913, NJ 1913, pag. 782; A. G. Tak voor HR 31 jan. 1919, NJ 1919, p. 161; HR 14 jan. 1949, NJ 1949, no 557; Rb. R'dam, 3 nov. 1948, NJ 1950, no 37.

⁷² Zie Art. 138, lid 2 Sr.

⁷³ Zie noot 66. Wel vindt men in andere buitenlandse wetgevingen bepalingen met betrekking tot het gebruik en met name publikatie van waarnemingen waartoe dergelijke middelen gediend hebben.

veel verdergaande strekking heeft en ook het af luisteren zelf en het maken van opnamen strafbaar stelt, wanneer het gaat om gesprekken van anderen, of gesprekken waarbij men heimelijk aanwezig is of waaraan men onder valse voorwendsels deelneemt. Deze verdergaande strafbaarstellingen zijn naast die van het opstellen der apparatuur niet nodig voor bescherming van de privé-sfeer. Zij gaan in sommige opzichten te ver, reden waarom in de Noorse Strafwet uitdrukkelijk bepaald is dat vervolging alleen plaatsvindt als het algemeen belang dit vereist.

PUBLICATIE EN GEBRUIK VAN WAARNEMINGEN BETREFFENDE DE PRIVÉ-SFEER

19. Ook bij de bespreking van het gebruik van waarnemingen betreffende de privé-sfeer dienen beperkingen te worden gemaakt. Zoals ieder mens voortdurend waarnemingen in de privé-sfeer doet, zo wordt voortdurend van dergelijke waarnemingen gebruik gemaakt. Het is echter niet mogelijk een volledige bespreking te geven van alle gebruik van waarnemingen betreffende de privé-sfeer. Dat interesseert ons slechts, waar of de bescherming van de intimiteit der persoonlijkheid in het geding komt, of de schending van de privé-sfeer door ongeoorloofde waarnemingen tot dat gebruik heeft kunnen leiden.

Met gebruik wordt dan bedoeld het — met enig oogmerk — buiten de kring der privé-sfeer doorgeven van de waarneming, c.q. van een mededeling omtrent de waarneming. Onbesproken blijft het doorgeven in zo kleine kring dat niet van een zinnig oogmerk kan worden gesproken of in ieder geval niet van een reële aantasting van de intimiteit der persoonlijkheid. Het gaat hier echter als met andere gebieden waarop het persoonlijkheidsrecht moet worden beschermd: een zekere mate van aantasting is in het maatschappelijk verkeer onvermijdelijk; kwetsing van eergevoel en godsdienstige gevoelens komen in het verkeer met de medemens voor zonder de vorm aan te nemen van een inbreuk die tot gevolgen in rechte aanleiding kan zijn.

Onze jurisprudentie op Art. 1401 B.W., al hield zij zich nog weinig bezig met inbreuken op persoonlijkheidsrecht

ten⁷⁴, kent op het gebied van belediging en hinder een heel gamma van nuances, aan de hand waarvan het „quantum quo incipit curare praetor” vrij exact is af te leiden⁷⁵.

Hieronder worden alleen een aantal bijzondere gevallen behandeld, waarbij de inbreuk op de privé-sfeer zo evident is, dat de vraag of de wetgever zou moeten optreden in het geding kan komen. De belangrijkste groep bestaat uit die gevallen waarin een mededeling betreffende de privé-sfeer op enigerlei wijze gepubliceerd is. Het meest op de voorgrond treedt daarbij vanzelfsprekend het gebruik dat de massacommunicatiemiddelen van waarnemingen betreffende de privé-sfeer kunnen maken. Doel van deze publikaties is een zo groot mogelijk aantal personen te bereiken. Indien ergens de gemeenschap als tegenstelling tot de privé-sfeer belichaamd wordt dan is het in de afnemerskring van dagbladen, illustraties, film, radio en televisie. Het zonder toestemming overbrengen van een waarneming betreffende de privé-sfeer aan deze media is dus onvermijdelijk een schending van de bescherming die die privé-sfeer behoeft. In hoeverre hem, die deze schending niet wenst, enige bescherming toekomt, is allereerst het onderwerp van bespreking.

20. Buiten het kader van dit prac-advies valt de vraag in hoeverre Art. 7 van de Grondwet inderdaad vrijheid van meningsuiting mogelijk maakt in de omvang, die in overeenstemming is met de moderne opvattingen omtrent de draagwijdte van dit grondrecht, met name ook met betrekking tot andere communicatie-middelen dan de daarin uitdrukkelijk genoemde drukpers⁷⁶.

Er zal hier echter uitgegaan worden van de veronderstelling dat in tot stand te komen wetgeving tenminste het beginsel aanvaard wordt van Art. 10 van het Europese Verdrag omtrent de Rechten van de Mens, dat alle communicatie-middelen omvat (zij het soms met zekere beperkingen om technische redenen). Daarmede is wel de onafhankelijkheid ten opzichte van de overheid gegeven, doch nog niets gezegd over de verhouding van de massacommunica-

⁷⁴ Zie de rechtspraak vermeld in H. Drion, op. cit. blz. I - 53 v.

⁷⁵ Rb. Leeuwarden, 7 jan. 1960, NJ 1962, no 403; Hof Amsterdam, 25 febr. 1960, NJ 1960, 502; Rb. Amsterdam, 3 febr. 1959, NJ 1959, no 403; Rb. Haarlem, 11 nov. 1958, NJ 1959, no 445; Hof 's Hertogenbosch, 26 mei 1959, NJ 1960, no 20.

⁷⁶ Zie Kranenburg, op. cit. pag. 530.

tiemiddelen tot de privé-persoon, hetzij dan dat deze van de zijde van de overheid alleen maar in geval van excessen enige bescherming kan verwachten. Zolang niet van een strafbare handeling sprake is, kan de overheid ten aanzien van de pers niet optreden en behoorde zij ten aanzien van film, radio en televisie niet te kunnen optreden.

Hiermede behoeft aan de communicatiemiddelen geen vrijbrief gegeven te worden, die hun een geprivilegieerde positie geeft boven andere privé-personen, voorzover die niet uit de bijzondere functie, die de communicatiemiddelen te vervullen hebben, voortvloeit. De taak der massacommunicatiemiddelen in de moderne maatschappij bestaat uit opsporing en verzameling van feitenmateriaal, berichtgeving, voorlichting, kritiek, het bepleiten van een streven of standpunt en daarbij of daaruit voortvloeiend een zekere educatieve taak⁷⁷. Daarnaast vervullen zij een tweede functie, die al naar de aard van het medium een grotere of kleinere plaats in ieders totale arbeidsgebied inneemt, die van ontspanning, verstrooiing en amusement. Tenslotte dienen sommige – en in de nabije toekomst alle – dezer media een derde doel, dat van platform voor mededelingen ten behoeve van de werving van klanten door het bedrijfsleven.

Dit laatste element, dat de massacommunicatiemiddelen tot volwaardige deelnemers aan het bedrijfsleven maakt, schept geen bijzondere verhouding tussen deze media en hun afnemers. Zij zijn slechts platform: de inhoud der advertenties staat buiten hun verantwoordelijkheid. Op grond van dit element komt hun geen enkel privilege toe.

Dat de eerstgenoemde taak de massacommunicatiemiddelen een bijzondere functie in de maatschappij geeft, is een onbestreden standpunt. Voorlichting kan niet plaats vinden zonder dat enerzijds de mogelijkheid bestaat zo volledig mogelijke inlichtingen te krijgen, anderzijds de vrijheid die inlichtingen door te geven, commentaar en kritiek te leveren. Dit brengt mede dat op velerlei gebied berichtgeving tot stand komt, die de daarbij betrokkenen niet aangenaam is en die zelfs onder omstandigheden de betrokkenen schade

⁷⁷ Mr. M. Vrolijk, „Pers en vrijheid” in „De journalist”, 6.6. wijst er terecht op dat de openbaarheid der vertegenwoordigende lichamen en der rechtspraak zonder pers in feite niet bestaan zou. Zie ook H. Samkalden, Publieke mening, pers en staat, diss. Leiden 1932; Prof. Mr. Dr. M. Rooy, „De vrijheid van de journalist”, pag. 8v., inaug. rede, Amsterdam 1958.

berokkent. De pers is de belangrijkste factor in het aan het licht brengen van misstanden, vaak de enige manier om de voor die misstanden verantwoordelijke personen zich bewust te doen worden van de noodzaak deze op te heffen.

Met sommige andere privaatrechtelijke instellingen hebben de massacommunicatiemiddelen dus gemeen, dat zij mede een gemeenschapsbelang behartigen en dat zij om dat belang te kunnen dienen zekere voorrechten hebben te genieten. Daarbij moet echter op de voorgrond treden, dat wat zij in dit verband dienen het belang der gemeenschap is. Dat betekent dat waar zij voorlichten, kritiseren, bepleiten, onderwerpen de gemeenschap als geheel aangaande onderwerp van hun activiteit moeten zijn, willen zij hun speciale functie uitoefenen en in een geprivilegieerde positie staan, die men zou kunnen omschrijven met de stelling dat te hunnen aanzien aangenomen kan worden dat zij in het algemeen belang hebben gehandeld. Maar dit impliceert dat, waar het om groepsbelangen of persoonlijke hobbies gaat, voor een privilege geen plaats is.

Onderwerpen de gemeenschap als geheel aangaande mogen dus volstrekt niet geïdentificeerd worden met wat de journalist „nieuws” noemt. Nieuws is wat de lezers, hoorders of kijkers graag willen lezen, horen of zien. Wie zich tot taak stelt aan dit verlangen te voldoen, vervult een functie in de maatschappij die niet te onderscheiden is van welke andere functie ook: hij voorziet in zekere behoeften van zijn medeburgers. Slechts voorzover hij dat doet op het gebied waarop voorlichting, kritiek, commentaar de gemeenschap als geheel aangaan, neemt hij een bijzondere maatschappelijke positie in.

Daar waar het massacommunicatiemiddel zich in de eerste plaats ten doel stelt ontspanning of amusement te verschaffen, geldt dit nog sterker. Het voorziet in een maatschappelijke behoefte, die niet anders te waarderen is dan tal van andere in het commerciële verkeer verhandelde waren, over wier waarde voor de afnemer men van mening kan verschillen.

Nu is uiteraard tussen deze categorieën van activiteiten de grens niet te trekken. In verstrooiing kan zeer gegronde maatschappelijke kritiek verweven zijn; over het algemeen belang verbonden aan een nieuwsbericht zullen veelal de meningen verdeeld zijn. Men kan dus bezwaarlijk de geprivilegieerde

positie der massacommunicatiemiddelen beperken tot die gevallen, waarin het algemeen belang van het resultaat van hun werkzaamheden duidelijk is.

Wie meent dat de massacommunicatiemiddelen in de moderne maatschappij een bijzondere taak hebben te vervullen, zal gaarne erkennen dat zij zich bij hun berichtgeving een openhartigheid kunnen permitteren, die de privé-burger zich niet kan veroorloven. Zij kunnen zich beroepen op het algemeen belang dat zij dienen. Daarbij hebben zij het risico te aanvaarden, dat – als vastgesteld zou worden dat in een gegeven geval het algemeen belang niet is gediend – zij als ieder ander voor hun in dat geval onrechtmatig handelen worden aansprakelijk gehouden. Deze vaststelling is moeilijk, zoals wij reeds zagen. Nog veel moeilijker is die vaststelling, wanneer het gaat om beoordeling van de rechtmatigheid der stappen genomen om tot een berichtgeving te komen.

In feite is de vrijheid die de massacommunicatiemiddelen voor zich opeisen dan ook veel groter, dan theoretisch afwegen van de risico's, die zij lopen met een actie uit onrechtmatige daad besprongen te worden of een strafvervolgning tegen zich ingesteld te zien, zou doen vermoeden. Wie het ernstig meent met de vrijheid van meningsuiting kan dit aanvaarden, hij zal bereid zijn vrijheid te laten ook daar waar duidelijk niet het algemeen belang, maar het amusement der grote getallen, of de prikkeling der querulanten het doel van een publikatie is. Bewust van de schade die dit voor enkelen of zelfs velen kan meebrengen, zal hij dit nadeel van de vrijheid aanvaarden in de hoop, dat in geval van excessen de rechter hulp kan bieden.

21. In de Nederlandse rechtspraak is het beroep op het algemeen belang dat met name de dagbladpers in tegen haar ingestelde acties uit onrechtmatige daad of wegens belediging heeft gedaan, herhaaldelijk erkend, ook daar waar toch veroordeling tot schadevergoeding volgde.

In de oudere rechtspraak pleegt daarbij de opzet om te beledigen als criterium te worden gebruikt. Aldus bij een courantenbericht over afgekeurd vlees⁷⁸ en naar aanleiding van scherpe kritiek op het beleid van een wethouder⁷⁹.

⁷⁸ Hof Amsterdam, 19 maart 1920, NJ 1920, pag. 833.

⁷⁹ Hof 's Hertogenbosch, 21 juli 1930, NJ 1931, pag. 241.

In latere vonnissen pleegt echter de taak van de pers als een criterium voor de beoordeling van de onrechtmatigheid te worden aangenomen, al wordt dit niet zo uitdrukkelijk overwogen. Ten aanzien van publikaties over Barmat, die de Amsterdamse Rechtbank onrechtmatig had geoordeeld, overwoog het Hof⁸⁰, dat een bericht in een dagblad gerechtvaardigd is, dat geschikt is om de waakzaamheid te bevorderen betreffende een persoon te wiens aanzien gegronde vrees bestaat, dat hij op financieel gebied in strijd zal handelen met hetgeen naar algemeen inzicht wordt beschouwd als te zijn van publiek belang. In dezelfde zin werd een waarschuwing tegen praktijken van een voorschotbank in bescherming genomen, als een sociaal gerechtvaardigde voorlichting van het publiek⁸¹. Een artikel tegen het Unilever-concern, waarvan de mogelijkheid erkend werd, „dat daarvan materiële schade voor de erin becristiseerde is te verwachten”, werd naar vorm, betoogtrant en strekking niet onrechtmatig bevonden⁸².

Ten aanzien van een waarschuwing tegen financiële praktijken werd overwogen, dat ter bestrijding van dit maatschappelijk kwaad een reactie (van de deskundige financiële pers) niet kan worden gemist en wordt zelfs een hier en daar wel eens verkeerde voorstelling der feiten, ongunstige beoordeling der verhoudingen of een scherper toon dan in het algemeen gewenst of gepast is, gezien de betrokken persoon en zijn manipulaties niet onrechtmatig geoordeeld. Personen, wier gestic van dien aard is, dat waarschuwing in het openbaar nodig is, hebben het risico van tegen hen gevoerde perscampagnes te aanvaarden. In dergelijke gevallen praevaleert het algemeen belang⁸³.

Soms is het criterium of de juistheid van het bericht aan twijfel onderhevig was⁸⁴, soms of de – niet geheel juist gebleken – opvatting, die als onrechtmatige publikatie was aangevallen, goed geargumenteerd was⁸⁵.

Enige malen is in de laatste tijd de vraag ter sprake gekomen of een in het algemeen belang geachte publikatie

⁸⁰ 23 mei 1935, NJ 1935, pag. 1623.

⁸¹ Rb. Rotterdam, 24 jan. 1936, NJ 1937, no 679.

⁸² Pres. Rb. Maastricht, 24 aug. 1938, NJ 1939, no 311.

⁸³ Hof Amsterdam, 1 juni 1939, NJ 1940, no. 100.

⁸⁴ Rb. Amsterdam, 20 febr. 1935, W. 12337.

⁸⁵ Rb. Amsterdam, 20 mei 1941 (uniformenzaak), NJ 1941, no 652.

een individualiserende persoonsaanduiding mag geven, dan wel namen noemen. Ten aanzien van de verslaggeving van een rechtbankzitting is dit niet te allen tijde onoirbaar geacht⁸⁶. Het vermelden van namen van bepaalde personen of handelszaken in verband met maatschappelijke euvelen achtte de Amsterdamse Rechtbank⁸⁷ bepaaldelijk ongeoorloofd, welk vonnis het Hof met enige restrictie bevestigde⁸⁸.

De rechtspraak heeft dus de bijzondere vrijheid van de pers ongetwijfeld erkend. Al is de Nederlandse jurisprudentie veel minder rijk aan uitspraken op dit gebied dan die der omliggende landen, er kan toch van een gevestigde opvatting worden gesproken.

Behoudens met betrekking tot publikatie van portretten, waarop hieronder nader wordt teruggekomen⁸⁹, heeft bijna uitsluitend de vraag of belediging aanwezig was, een rol gespeeld. Daar waar onrechtmatig handelen in meer algemene zin werd gesteld, is nimmer schending der privé-sfeer als grondslag der onrechtmatigheid aangevoerd.

22. Anders dan in sommige der ons omringende landen blijkt de rechtspraak tot bescherming der privé-sfeer van de individu tegenover de massacommunicatiemiddelen nog niet geroepen te zijn geweest⁹⁰. Voor een belangrijk deel is dit te danken aan de terughoudendheid van de Nederlandse media. Ook hier is echter een toenemende belangstelling waar te nemen voor het privé-leven en voor de privé-sfeer. Veel objecten der publieke nieuwsgierigheid voeden deze belangstelling door het ijverig toelaten van „voorlichters” in de intimiteit der woonkamer, daarbij terzijde een kijkje gunnende in kinderkamer en slaapvertrek. De lichte muze vooral vertoont een behoefte aan gedetailleerde publiciteit over haar persoonlijk leven die ten nauwste schijnt samen te hangen met de publieke belangstelling voor haar muzische prestaties.

En, onvermijdelijke wisselwerking, zo ontstaat op het ogenblik een gelijkgerichte belangstelling voor alles wat „persoonlijkheid” is. Van abstracte begrippen heeft het pu-

⁸⁶ Rb. Amsterdam, 16 nov. 1954, NJ 1955, no 201.

⁸⁷ 3 febr. 1959, NJ 1959, no 403.

⁸⁸ 25 febr. 1960, NJ 1960, no 502.

⁸⁹ zie no. 24

⁹⁰ Zie b.v. Cour d'Appel de Paris, 16 maart 1955, D. 55.1.295 (vie privée de Marlène Dietrich);

blik genoeg, mensen van vlees en bloed, met menselijke eigenschappen naast hun politieke inzicht, kunstzinnige scheppingsdrang, wetenschappelijke speurzin en bestuurlijke kwaliteiten wil het leren kennen.

De badkamer en de keuken zijn „nieuws” wanneer degenen die ze gebruikt „nicuws” is en daarbij houdt het niet op. De nieuwsgierigheid betreft zich op het hele leven. De persoon, die in één opzicht „nicuws” wordt, dreigt het voor 100% te worden. Dat brengt mee, dat de privé-sfeer van ieder die „nicuws” is in de openbaarheid dreigt te komen; weldra is de privé-sfeer zo de smaak van het publiek geworden, dat er „nieuws” uit de privé-sfeer geschapen moet worden. Niet meer de „nieuws”-waardige personen, maar de privé-sfeer zelf wordt „nicuws”. En waar de ontwikkeling der technische hulpmiddelen waarnemingen betreffende de privé-sfeer op grote schaal hebben mogelijk gemaakt, waarnemingen die op zichzelf in vrijheid mogelijk moeten zijn, neemt dit soort berichtgeving een omvang aan, die leiden moet (en elders, waar de pers en andere media minder zelfbeheersing aan de dag leggen dan in Nederland het geval is, reeds geleid heeft) tot groot gevaar voor de bescherming van de privé-sfeer, naast andere aspecten van het persoonlijkheidsrecht.

Waar het gaat om gebruik van waarnemingen betreffende de privé-sfeer voor grootscheepse publiciteit houdt immers de privé-sfeer op te bestaan. En daar het bestaan van een privé-sfeer een voorwaarde is voor het volwaardig mens-zijn, wordt hier een van de grondvesten van onze rechtsorde aangetast. Men kan door de keuze van zijn maatschappelijke positie, door het toestaan van publiciteit omtrent de eigen privé-sfeer, het terrein waarop de intimiteit der persoonlijkheid nog gewaarborgd is, zelf sterk beperken. Juist onder die omstandigheden zal een individu – door de druk van de voortdurende aandacht die op hem is gevestigd – een bijzondere behoefte hebben aan eerbiediging van wat hem aan privé-sfeer is overgebleven.

Het is niet mogelijk te stellen, dat iedere berichtgeving omtrent de privé-sfeer buiten het kader valt waar de taak der communicatiemiddelen het algemeen belang dient. Wel mag men vaststellen, dat dit meestal het geval zal zijn. Het valt echter niet te ontkennen, dat het privé-leven van wie een publieke functie aanvaard heeft en daarbij zich op zekere beginselen beroept, de toetsing kan zijn van zijn ernst

met die beginselen. De gedragingen van de familie van een staatsman kunnen de aanwijzingen zijn van komende gebeurtenissen van internationale betekenis.

In het algemeen is de privé-sfeer, ingeperkt op een wijze als hierboven aangegeven, een aangelegenheid van privébelang. Daartegenover is de bescherming van de privé-sfeer van ieder mens het algemeen belang dat gediend moet worden, een belang, dat op gelijke waarde moet worden gesteld met de vrijheid van meningsuiting. Beide zijn een aspect van het volledig mens-zijn. Zijn wij bereid ter voorkoming van onaanvaardbare inperking van die vrijheid de communicatiemiddelen de vrije hand te laten zoals hierboven, in no 21 bepleit, ook daar waar het risico bestaat dat gerechtvaardigde privé-belangen geschaad worden, zo dient daartegenover aanvaard te worden, dat de privé-sfeer onbeperkte bescherming geniet, ook in die gevallen waar wellicht de opheffing dier bescherming een berichtgeving zou kunnen mogelijk maken, die onder de eigenlijke taak van de communicatiemiddelen zou vallen. Althans voorzover de intimiteit der persoonlijkheid moet worden beschermd.

Het is duidelijk dat buiten de kring van woning en gezin waarnemingen gedaan kunnen worden, wier openbaarmaking het algemeen belang dient, terwijl die openbaarmaking niet behoeft te leiden tot enige inbreuk op de intimiteit der persoonlijkheid. Dergelijke publikaties behoeven niet absoluut onmogelijk gemaakt te worden, omdat de bescherming van de privé-sfeer daarbij niet betrokken is. Is de intimiteit van de persoonlijkheid in het geding, dan moet openbaarmaking van gegevens uit de privé-sfeer zonder toestemming van de betrokkene in beginsel niet mogelijk zijn. Binnen de kring van woning en gezin zijn ook waarnemingen te doen, die niet de intimiteit der persoonlijkheid raken. Daar is echter de privé-sfeer in meest strikte zin in het geding, waarvan de bescherming in haar geheel een zo groot belang is, dat niet meer afweging behoort plaats te vinden naar aanleiding van de vraag in hoeverre de intimiteit der persoonlijkheid van ieder afzonderlijk individu in het geding was. Zij wier privésfeer door hun maatschappelijke functie het kleinste is, die diensgevolge aan waarnemingen het meest bloot staan, behoeven een absolute bescherming van de privé-sfeer binnen woning en gezin tegen openbaarmaking van daarin gedane waarnemingen. Dit zou betekenen dat de massacommunica-

tiemiddelen zich niet alleen niet op een verondersteld handelen in het algemeen belang moeten kunnen beroepen, wanneer het gaat om een publikatie betreffende waarnemingen, die stammen uit de kring van woning en gezin, maar dat daarentegen zal moeten worden aangenomen, dat een dergelijke publikatie altijd een aantasting der privé-sfeer uitmaakt, zelfs wanneer die waarnemingen niet de intimiteit der persoonlijkheid zouden raken. Publikaties van of over waarnemingen de privé-sfeer betreffende, maar buiten de kring van woning en gezin gedaan, moeten dan in beginsel geacht blijven in het algemeen belang te zijn geschied, tenzij blijkt, dat de waarneming de intimiteit der persoonlijkheid van de betrokken individu betreft. Een verdere beperking zal nog moeten worden opgelegd bij het gebruik van vastlegging van het gesproken woord, waarop hieronder in no. 28 wordt teruggekomen.

23. De hier besproken gedachtengang kan geïllustreerd worden door een voorbeeld, dat van algemene bekendheid is geworden, de film „Mensen van Morgen” van Kees Brusse, waarvan de vertoning op 3 november 1964 bij vonnis van de President der Arrondissements-Rechtbank te Amsterdam werd verboden ⁹¹.

In deze film werden opnamen van een aantal jonge mensen, tot stand gekomen in een onderhoud met de regisseur, gemonteerd in een vorm die een gezamenlijk gesprek suggereerde, waarbij de betrokkenen zich in hoofdzaak over hoogstpersoonlijke onderwerpen uitlieten. Hoewel dit in de voornaamste plaats aan de kwaliteiten van de maker van de film was te danken, was het grote succes van de film een voorbeeld van de stijgende publieke belangstelling voor de privé-sfeer, voor de intimiteit van iedere belangwekkende of belangwekkend gemaakte persoonlijkheid.

Een van de jongens (nog minderjarig) die aan de film medewerkte, liet zich bij het interview weinig vlelend uit over het gezin waartoe hij behoorde. Niemand kan twijfelen dat hij daarbij mededelingen deed betreffende de privé-sfeer van dat gezin. Het is ook niet twijfelachtig dat de intimiteit der persoonlijkheid van de ouders gekwetst werd. De vader eiste een verbod van de film, in de eerste plaats gegrond op de klacht dat de vertoning plaatsvond zonder zijn toestem-

⁹¹ NJ 1964, no 477.

ming. Mede klaagde de dagvaarding over het in opspraak brengen van het gezin en over het feit, dat de film „op schromelijke wijze . . . de beslotenheid van het gezin doorbreekt en de meest intieme gebeurtenissen in eisers gezin publiek maakt”.

De President heeft het gevraagde verbod verleend, omdat de vader geen toestemming had gegeven, terwijl hij, naar het oordeel van de President, zeker met het oog op het welzijn van zijn zoon en ter bescherming van de goede naam van zijn gezin – als hij geweten had dat de jongen een portret van zichzelf en zijn ouderlijk huis had gegeven – zijn toestemming zou hebben geweigerd.

Reeds de bescherming van de goede naam van het gezin achtte de President voldoende voor het verbod. Maar het is duidelijk, dat de mede telastegelegde aantasting, die in de publikatie van deze mededelingen betreffende de privé-sfeer – zowel in woord als geluid – gelegen was, een reden voor het verbod had kunnen zijn ⁹².

Twee vragen doen zich echter voor. Uit de stellingen van de dagvaarding – en verdere toelichtingen tot de film die gepubliceerd zijn – blijkt, dat niet de mededelingen zelf zoals zij gedaan zijn door de betrokkenen, vertoond werden, maar een compositie waardoor – volgens de stellingen van de dagvaarding – „een geknoei en leugenachtige weergave als zogenaamde authentieke weergave van eisers zoon wordt openbaar gemaakt.” Over de juistheid van deze stelling is niet gecoördeld. Zij is echter van groot belang. Neemt men aan, zoals hierboven is geschied, dat publikatie van een waarneming binnen de woning of binnen de kring van het gezin als aantasting van de privé-sfeer moet worden beschouwd, dan gaat men er min of meer vanzelfsprekend vanuit, dat een dergelijke waarneming heeft plaatsgehad, en dat de mededeling daaromtrent juist is. De moderne techniek maakt het echter zeer eenvoudig een waarneming aan te vullen of te wijzigen en daardoor een andere vorm te geven. Zolang geen wettelijke bepaling bestaat, die het doen van onjuiste publikaties verhindert – wanneer zij niet duidelijk beledigend of schadelijk zijn –, hebben wij hier met

⁹² Uitdrukkelijk zij opgemerkt dat de vragen der „candid camera” hier niet naar voren komen en ook niet kunnen komen. De opnamen van de film kunnen niet geacht worden in de privé-sfeer gemaakt te zijn; slechts de mededelingen van de betrokkene betreffen de privé-sfeer.

een bijzondere inbreuk op de privé-sfeer te doen, die maatschappelijk nog ongewenster is dan wanneer een dergelijke publikatie tenminste uit ware mededelingen bestaat. Dergelijke publikaties zouden bovendien tot grote processuele moeilijkheden leiden, omdat de stelling dat een publikatie de privé-sfeer zou betreffen afgeweerd zou worden met de mededeling, dat niet waarnemingen betreffende de privé-sfeer, maar fantasie de bron van de publikatie zou zijn. Met publikaties die waarnemingen in de privé-sfeer betreffen mochten dus geheel gelijkgesteld worden publikaties die pretenderen dergelijke waarnemingen te betreffen. De film „Mensen van Morgen” deed dit immers volgens de geciteerde passage in de dagvaarding.

Maar hiermede komt een nieuwe vraag in het geding. Kan het feit dat het bij de film „Mensen van Morgen” om een kunstwerk ging, nog tot bijzondere gevolgtrekkingen leiden? In beginsel moet die vraag bevestigend beantwoord worden. De enge grenzen waarbinnen een communicatiemiddel zich mag bewegen wanneer de privé-sfeer onderwerp van een publikatie is, kunnen ten aanzien van een kunstwerk niet getrokken worden. De bedoeling van de kunstenaar is immers niet in de eerste plaats om publiciteit aan een bepaald uit de werkelijkheid afkomstig feit of feitencomplex te geven; hij geeft een feit weer om daarmee in het totaal van indrukken, dat hij schept een kleur, een accent, een achtergrond aan te geven. Hij schept een nieuwe ideële werkelijkheid door zijn beelden, die niet geïdentificeerd mag worden met de achter die beelden liggende feitelijke werkelijkheid en bij juiste toepassing van zijn kunst ook niet tot identificatie zal leiden, omdat daarmede de indruk der te scheppen nieuwe werkelijkheid verloren gaat of geschaad wordt. Het moge voor de kennissenkring duidelijk zijn wie een schrijver op het oog heeft met een romanfiguur of welke situatie uit het werkelijke leven een filmer tot voorbeeld heeft gestrekt, het publiek behoeft dit niet te weten. Is de bedoeling van een kunstenaar een nieuwe werkelijkheid te scheppen, dan zal hij geen namen noemen of gefingeerde namen gebruiken. Daar waar de kunstenaar verslaggever wordt is het anders en is er geen reden hem een bijzondere plaats te geven⁹³. Dikwijls

⁹³ Vgl. Tr. civ. Seine, 8 nov. 1950, D. 1950, 762 (auteur van een boek vervolgd wegens het beschrijven van herkenbare personen in zijn roman).

zal het moeilijk zijn de grens te trekken, criterium kan alleen maar zijn in hoeverre hij bij het beschrijven van bestaande personen en toestanden een verslag geeft ⁹⁴.

„Mensen van Morgen” is een duidelijk grensgeval. Al acht Kees Brusse zijn film geen „cinéma de vérité”, maar alleen zijn „eigen werkelijkheid” ⁹⁵, hij schept de illusie werkelijke mensen in hun werkelijkheid weer te geven, hij laat ze hun eigen uiterlijke verschijning, hun eigen naam houden en laat ze vertellen uit hun eigen leven.

De President van de Rechtbank te Amsterdam, die zich beperkt heeft tot het constateren van inbreuk op de goede naam van het gezin, waarop zijn vonnis betrekking heeft, kan echter juist met het feit, dat hij hier met een kunstwerk te maken had, hebben rekening gehouden, toen hij de vraag van de inbreuk op de privé-sfeer van het betrokken gezin buiten beschouwing liet. Daarmede kon ook de vraag in hoeverre het weergegevene de werkelijkheid betrof buiten beschouwing blijven.

24. In samenhang met de bovengenoemde film is een andere film genoemd, „Alleman” van Bert Haanstra. Deze film is een montage van grotendeels met de „candid camera” gemaakte opnamen van personen, waarvan zich verschillende in een situatie bevonden, waarin zij de indruk wekten zich onbespied te wanen. Zoals hierboven uiteengezet, hebben wij hier slechts te maken met waarnemingen betreffende de privé-sfeer, wanneer de betrokkenen inderdaad mochten aannemen, dat zij niet waargenomen werden. (De film betreft geen waarnemingen in huis). Wie zich gedragingen veroorlooft die gewoonlijk tot de privé-sfeer beperkt blijven, terwijl hij redelijkerwijs moet aannemen, dat hij waargenomen kan worden, kan door die gedraging alleen niet geacht worden zich in zijn privé-sfeer te hebben teruggetrokken. Maar is dat wel het geval dan is een openbaarmaking van die waarneming een handeling die in het maatschappelijk verkeer niet kan worden geduld, tenzij de betrokkene tot die publikatie toestemming geeft.

⁹⁴ Aan de hand van dat criterium zijn heel wat passages uit „Ik, Jan Cremer”, al zijn die vermoedelijk aan fantasie ontsproten, een ontoelaatbare inbreuk op de privé-sfeer van de met name genoemde personen die hij laat optreden, door wier instemming de publikatie echter wel rechtmatig kan zijn.

⁹⁵ Algemeen Handelsblad van 7 nov. 1964.

In dit verband dient aandacht besteed aan de vraag in hoeverre een communicatiemiddel het recht heeft een portret of afbeelding van een persoon buiten diens toestemming in de openbaarheid te brengen. Met de bescherming van de privé-sfeer heeft deze vraag slechts zijdelings te maken. Het portret kan onderwerp van een waarneming betreffende de privé-sfeer zijn. Op zichzelf onderscheidt zich dit geval niet van andere waarnemingen betreffende de privé-sfeer.

In verschillende rechtstelsels is het recht op het portret als een bijzonder aspect van het persoonlijkheidsrecht erkend, naast het recht op de privé-sfeer, aldus Frankrijk⁹⁶, Zwitserland⁹⁷, Duitsland⁹⁸, en Italië⁹⁹, waar de buiten zijn

⁹⁶ Zie voor *Frankrijk*: Jean Stoufflet, *Le droit de la personne sur son image*, JCP. 1957, I, 1374; het Avant-Projet voor de Code Civil, uitgegeven door het Ministère de la Justice in 1953, bepaalt in art. 162:

„En cas de publication, d'exposition, ou d'utilisation de l'image d'une personne, celle-ci peut, à moins qu'elle n'y ait consenti à l'avance, demander qu'il y soit mis fin, sans préjudice de la réparation de tout dommage matériel ou moral.

Le même droit appartient au conjoint et aux parents en ligne directe au premier degré d'une personne décédée dont l'image serait publiée, exposée ou utilisée après son décès dans des conditions de nature à porter atteinte à son honneur ou à sa considération.”

⁹⁷ Zie voor *Zwitserland*: Art. 28 ZGB (zie noot 7) en Art. 35 van de Urheberrechtsgesetz van 1922, dat luidt:

„Vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen dürfen Exemplare eines bestellten Personenbildnisses ohne Einwilligung des Abgebildeten weder in Verkehr, noch in die Öffentlichkeit gebracht werden. Kann der Abgebildete nicht angefragt werden oder ist er verstorben, so ist die Einwilligung seines Ehegatten oder seiner Kinder, Eltern oder Geschwister erforderlich; doch sind jeweils die Nachfolgenden dazu nur bei Verhinderung der ihnen Vorgehenden beauftragt.

Vorstehende Bestimmung ist nicht anwendbar wenn Behörden im Interesse der Rechtspflege ein bestelltes Personenbildnis in Verkehr oder an die Öffentlichkeit bringen.”

Zie ook Landwehr, *Das Recht am eigenen Bilde*, Winterthur 1955, pag. 43.

⁹⁸ Zie voor *Duitsland*: Par. 17 van het in noot 19 genoemde „Entwurf”:

„Eine widerrechtliche Verletzung im Sinne des Par. 12 (d.w.z. van de persoonlijkheden) liegt vor, wenn jemand unbefugt ein Bild eines anderen veröffentlicht.

Die Veröffentlichung ist zulässig, wenn es sich handelt um

1. Bilder aus dem Bereich der Zeitgeschichte;
2. Bilder von Ereignissen oder Örtlichkeiten, bei denen der Abgebildete nur als Nebenfigur erscheint;

toestemming geportretteerde een groter bescherming heeft dan Art. 21 van de Nederlandse Auteurswet geeft aan degenen wiens portret zonder daartoe strekkende opdracht is vervaardigd. Dit artikel verbiedt de maker van dat portret dit openbaar te maken, voorzover een redelijk belang van de geportretteerde of diens nabestaanden zich daartegen verzet.

De Nederlandse rechtspraak heeft slechts in enkele gevallen een dergelijke belang erkend¹⁰⁰. Aan één beslissing danken

3. Bilder von Versammlungen, Aufzügen oder ähnlichen öffentlichen Veranstaltungen;
4. Bilder die nicht auf Bestellung des Abgebildeten angefertigt sind, sofern ein ernsthaftes Interesse der Kunst oder Wissenschaft die Veröffentlichung rechtfertigt.

Die Veröffentlichung ist auch unter den Voraussetzungen des Absatzes 2 unzulässig, wenn sie ein berechtigtes Interesse des Abgebildeten verletzt.

Eine widerrechtliche Verletzung im Sinne des Par. 12 liegt vor, wenn jemand abgesehen von den Fällen des Absatzes 2, Nr. 1 bis 3 ein Bild eines anderen gegen dessen erkennbaren Willen anfertigt oder durch die Anfertigung eines Bildes ein berechtigtes Interesse des Abgebildeten verletzt⁹⁹.

⁹⁹ Zie voor Italië: De Auteurswet van 1941 (te vinden in de uitgave van de UNESCO: „Copyright laws and treaties of the world”), Hoofdstuk VI, Afd. II, artt. 96, 97 en 98.

Art. 96: „Subject to the provisions of the following Article, the portrait of a person may not be displayed, reproduced or commercially distributed without the consent of such person”.

Art. 97: „The consent of the person portrayed shall not be necessary when the reproduction of the portrait is justified by his notoriety or his holding of public office, or by the needs of justice or the police, or for scientific, didactic or cultural reasons, or when reproduction is associated with facts, events and ceremonies which are of public interest or have taken place in public.

The portrait may not, however, be displayed or commercially distributed when its display or commercial distribution would prejudice the honor, reputation or dignity of the person portrayed”.

Art. 98: „In the absence of agreement to the contrary, a commissioned photographic portrait may be published, reproduced, or caused to be reproduced by the person photographed or by his heirs or successors in title, without the consent of the photographer, subject to the payment of equitable remuneration to the photographer by any person making commercial use of the reproduction. If the name of the photographer appears upon the original photograph such name must be indicated.”

¹⁰⁰ K. Middelburg, 14 nov. 1923, W. 11932 (publikatie van portretten van werkwilligen tijdens een staking is niet geoorloofd); Rb. Rotterdam, 2 maart 1926, W. 11496 (publikatie van portretten i.v.m. een artikel getiteld „De roofohlen en hunne bevolking” is niet geoorloofd); Rb. Amsterdam 3 dec. 1923, NJ 1924, pag. 232,

wij het begrip „intimiteit der persoonlijkheid”. Het is het vonnis van de Rechtbank te Amsterdam van 3 december 1923¹⁰¹, waarin het ging om een dame, wier portret in Zeeuws costuum zo was gepubliceerd, dat de indruk gewekt werd, dat dit geschied was „vooral met het oog op haar sterk ontwikkelde lichaamsvormen, die in het uitknipsel nog aangedikt lijken en om de lezers te doen lachen te haren koste...” De kwetsing van de intimiteit der persoonlijkheid, die de Rechtbank hier aanneemt, is inbreuk op een ander „redelijk belang” dan dat van de privé-sfeer.

De betrokken foto was gemaakt ter gelegenheid van een bezoek van de Koningin aan Zierikzee. Wie zich in het openbaar vertoont bij een dergelijke manifestatie is, gelijk hierboven betoogd, zelden in de privé-sfeer. Wie dan in een belachelijke houding wordt gesnapt, heeft dat risico willens en wetens gelopen. In het betrokken geval was de foto opzettelijk belachelijk gemaakt.

In beide gevallen kan, wanneer een dergelijke foto wordt gepubliceerd, het zeer wel mogelijk zijn, dat de intimiteit van de persoonlijkheid wordt gekwetst en dient de wet bescherming te bieden, omdat dit aspect van het persoonlijkheidsrecht altijd, ook buiten de privé-sfeer bescherming behoeft. Zij kan daarom als redelijk belang worden erkend in de zin van Art. 21 der Auteurswet.

De Beaufort, „Auteursrecht”¹⁰², is van oordeel, dat publicatie op een opvallende wijze van een portret van iemand die er volstrekt niet op gesteld is dat de publieke belangstelling aldus op zijn persoon wordt gevestigd en die daartoe zelf nooit aanleiding heeft gegeven, als inbreuk op de intimiteit der persoonlijkheid beschouwd moet worden. In zijn algemeenheid gaat de conclusie te ver, tenzij men de omstandigheid dat de gefotografeerde zelf aanleiding heeft gegeven, aanwezig acht in alle gevallen, waarin men redelijkerwijs kan verwachten gefotografeerd te worden. Dan immers blijven alleen die gevallen over waarin een door zijn functie of positie niet in de openbaarheid tredende persoon ook buiten

vernietigd door Hof Amsterdam, 6 maart 1925, NJ 1926, pag. 188 o.g.v. het ontbreken van het „redelijk belang”; Pres. Rb. Rotterdam, 14 april 1959, NJ 1959, no 648, vervolgd door Hof 's Gravenhage, 13 april 1960, NJ 1961, no 160 (geval Teddy Scholten).

¹⁰¹ zie vorige noot.

¹⁰² pag. 160.

huis of gezin zich zodanig gedraagt, dat hij geacht kan worden zich in de privé-sfeer te bevinden.

Het bijzondere belang van de bescherming van de waarde en de intimiteit der persoonlijkheid zal ook hier moeten worden afgewogen tegen de voorrechten die de massacommunicatiemiddelen toekomen. De hierboven voorgestelde begrenzing van die voorrechten ten aanzien van publikatie van waarnemingen betreffende de privé-sfeer, voorzover het gaat om waarnemingen binnen de kring van woning of gezin kan ook ten aanzien van portretten zonder meer toepassing vinden. De vraag of een foto waarop mede de afbeelding van een bepaalde persoon voorkomt als een portret moet worden beschouwd kan dan buiten beschouwing blijven. Een foto is altijd een waarneming, de vraag voor ons onderwerp is uitsluitend of zij de privé-sfeer betreft.

Daarnaast geeft de strafwet een bescherming tegen beledigende foto's en Art. 21 der Auteurswet — naast de bescherming in de bijzondere gevallen dat geen belediging aanwezig is en buiten de privé-sfeer de intimiteit der persoonlijkheid gekwetst is — een meer en meer erkenning vindende bescherming tegen kwetsing van commerciële belangen die met publikatie van een foto gemoeid zijn. Portretten van „nieuwswaardige” personen hebben voor advertentie- en publiciteitsdoeleinden vaak een grote commerciële waarde, zoals ook in de Nederlandse jurisprudentie is erkend¹⁰³. Het is echter duidelijk, dat dit onderwerp met de bescherming van de privé-sfeer der betrokkene geen samenhang heeft en dus buiten het kader van dit prae-advies valt.

25. Tot hier toe werd uitgegaan van publikatie door de massacommunicatiemiddelen waar zich de problemen meestentijds voordoen. Daarom is publikatie in de eerste plaats gezien als mededeling over of beeld van een waarneming betreffende de privé-sfeer. De verslaggever, de radioreporter, de fotojournalist en ook de schrijver en filmer, voorzover zij de werkelijkheid weergeven, geven hun versie door van de waarneming in de privé-sfeer zoals zij die op hun manier vastgelegd hebben.

Maar wanneer de betrokken individu door middel van een brief of een ander geschrift (bijv. een dagboek), een hand-

¹⁰³ O.a. in de zaak-Teddy Scholten, zie noot 100.

opname of een foto of afbeelding, zelf vastlegt wat zijn gedachtenwereld of zijn gezinsleven betreft, of wat op andere details van de intimiteit van zijn persoonlijkheid betrekking heeft, dan hebben wij direct met de privé-sfeer te maken en is iedere waarneming met betrekking tot een dergelijke vastlegging een directe waarneming betreffende de privé-sfeer van die individu.

De publikatie van die vastlegging schept een zeer directe confrontatie van de privé-sfeer met de gemeenschap. In deze gevallen zal er geen sprake zijn van rechtstreekse waarneming binnen de kring van woning en gezin; bescherming tegen publikatie van die waarnemingen zou geen hulp bieden. Toch is hier, waar de intimiteit der persoonlijkheid bij uitstek in het geding kan zijn een gelijke bescherming noodzakelijk.

Iedere brief, uitgaande van een natuurlijke persoon, heeft een eigen persoonlijk karakter, de schrijver treedt als het ware sprekende op en richt zich tot de ontvanger. Kent de schrijver de ontvanger niet en doet hij hem uitsluitend zakelijke — hem niet persoonlijk betreffende — mededelingen, dan is de privé-sfeer niet in het geding¹⁰⁴. Dit is evenmin het geval wanneer een brieven-schrijver aan een onbekende persoonlijke mededelingen doet. Die kan niet geacht worden door het simpele feit dat hij geadresseerde is, in de privé-sfeer van de afzender te zijn betrokken¹⁰⁵.

Behandelt de brief aan een bekend geadresseerde persoonlijke onderwerpen, dan moeten die beschouwd worden als besproken in een volstrekte afzondering, waarbij juist door het gebruik van de briefvorm een afscheiding van iedere waarnemingsmogelijkheid vanuit de gemeenschap is geschapen, die daarom gelijk staat aan die van de woning. Er is geen reden om aan de brief van persoonlijk karakter een mindere bescherming toe te kennen, dan aan een uiting gedaan in de privé-sfeer van de woning.

Eenzelfde opvatting moet gehuldigd worden ten aanzien van vertrouwelijke aantekeningen en andere soorten van vastlegging van eigen uitingen, voorzover die een persoonlijk

¹⁰⁴ Er kunnen andere redenen zijn waarom publikatie en ander gebruik dan toch niet toelaatbaar is.

¹⁰⁵ Hierbij moet men in het oog houden dat veel aan de afzender onbekenden uit hoofde van hun ambt, beroep of functie de geheimhoudingsplicht hebben.

karakter dragen. Hij die van zijn eigen stem een bandopname maakt doet in wezen niets anders dan een persoonlijke aantekening maken, zijn eigen gedachten geeft hij zelf weer, het hoogstpersoonlijk karakter daarvan moet worden aangenomen.

Zoals reeds opgemerkt is één belangrijke bescherming aanwezig. Door de vastlegging op papier, band of film hebben wij met objecten te maken, die op zichzelf voorwerp van eigendom kunnen zijn. Onbevoegd gebruik, ook als dat tot publikatie kan strekken, kan worden verhinderd. Voorwaarde hiervoor is, dat de stukken in handen zijn van degeen wiens belang die verhindering meebrengt. Juist wanneer dat niet het geval is – en bij brieven is dat een normale toestand – is andere bescherming noodzakelijk.

Op auteursrechtelijk gebied is die slechts ten dele te verwachten. De „auteursrechtelijke bescherming” die onder de jurisprudentie van de Hoge Raad ¹⁰⁶ aan „geschriften” bedoeld in Art. 10, sub 1 Auteurswet wordt gegeven is hier van geen belang. Brieven en andere geschriften die een zeer persoonlijk karakter hebben, maar die iedere hoedanigheid van werk van letterkunde, wetenschap of kunst kunnen ontberen, kunnen naar die opvatting geen onderwerp van auteursrecht zijn. Het ontbreken van een persoonlijk karakter is immers een reden om een gepubliceerd of voor publikatie bestemd „geschrift”, ook al is bij het maken ervan geen scheppende arbeid verricht, auteursrechtelijke bescherming te geven. Het aanwezig zijn van een persoonlijk karakter alleen impliceert nog niet dat aangenomen kan worden dat bij het maken wel scheppende arbeid verricht is. Integendeel, nu op grond der geschiedenis der Auteurswet bepaalde alleen-commerciële belangen als „geschriften” beschermd kunnen worden, is er geen reden het begrip schepping met grote elasticiteit te hanteren, zoals in andere landen mede tot bescherming van commerciële belangen wel geschiedt ¹⁰⁷.

Voor brieven geldt dit zeer zeker. Tal van brieven bevatten mededelingen van zakelijke aard, dikwijls het privéleven betreffende, maar waarvan noch de „op-schriftstelling”,

¹⁰⁶ HR. 17 april 1953, NJ 1954, no 211 (nt. DJV) en HR 27 jan. 1961, NJ 1962, no 355 (nt. H. B.).

¹⁰⁷ Vgl. de in de noot H.B. onder het in de vorige noot genoemde arrest sub 4 geciteerde schrijvers en vindplaatsen.

noch de zakelijke inhoud enige te beschermen waarde¹⁰⁸ heeft. Wanneer een dergelijke brief toch gepubliceerd zou worden, zou het aan die publikatie toegekende belang niet liggen in de eigenlijke inhoud, noch in de „op-schriftstelling”, maar in het intieme karakter, in het feit, dat deze brief betrekking had op de privé-sfeer van de schrijver of – bijzondere complicatie – op die van de geadresseerde.

Het hoogstpersoonlijke karakter van eigen aantekeningen en van persoonlijke brieven brengt mede, dat tegen publikatie buiten de instemming van de betrokkene (hetgeen in geval van brieven ook de ontvanger dient te zijn) bescherming moet bestaan.

Foto's en films waarmee wel een beeld de privé-sfeer betreffende wordt vastgelegd, maar die gewoonlijk met het gedachtenleven niet te maken hebben behoeven in het algemeen geen bescherming. Het hoogstpersoonlijke karakter kan daarvan slechts bij uitzondering worden aangenomen. Merkwaardig genoeg bestaat echter ten aanzien ook van door amateurs gemaakte foto's en films, waarvan het element van scheppend werk gering is, vrijwel altijd een auteursrechtelijke bescherming¹⁰⁹.

26. Er is aanleiding op de vragen van publikatie van brieven nog nader in te gaan, omdat zoals hierboven reeds aangegeven, het bijzonder karakter van de brief – als middel van communicatie tussen twee privé-sferen – meebrengt, dat ook de belangen van de geadresseerde bijzondere aandacht verdienen. Natuurlijk kunnen ook privé-aantekeningen hun persoonlijk karakter ontleen aan het feit, dat zij anderen dan de schrijver betreffen. Die anderen hebben echter geen betrekking tot dat geschrift dat wat hen betreft een vastlegging is van een waarneming betreffende hun privé-sfeer. Maar de geadresseerde heeft zonder twijfel een recht ook ten aanzien van de inhoud van de brief (die als voorwerp zijn eigendom wordt, wat in ieder geval de betekenis heeft dat hij de brief vernietigen kan).

Met betrekking tot of in verband met het auteursrecht bestaan er verschillende regelingen, die soms ook het publikatierecht betreffen en daarbij de geadresseerde eigen rech-

¹⁰⁸ Hierbij is te bedenken dat auteursrecht een vermogensrecht is, zie hierboven no. 5.

¹⁰⁹ Pfeffer, Kort Commentaar op de Auteurswet 1912, pag. 33.

ten geven. De Franse schrijvers die in het algemeen het recht tot gebruik van de brief van de geadresseerde erkennen, beperken dit wanneer de brief een vertrouwelijk karakter heeft ¹¹⁰. Deze beperking van het eigendomsrecht is gebaseerd op het aan het persoonlijkheidsrecht verbonden recht op bescherming der intimiteit van de persoonlijkheid van de afzender ¹¹¹. In het Avant-Projet voor de Code-Civil wordt in Art. 163 uitdrukkelijk aan de geadresseerde verboden de inhoud van een vertrouwelijke brief ¹¹² bekend te maken zonder toestemming van de afzender. Wel is overlegging in rechte geoorloofd. Na de dood van de geadresseerde kan de schrijver onder omstandigheden de brief terugkrijgen of daarvan vernietiging of bewaring vorderen.

Ook het Duitse ontwerp ¹¹³ dat in beginsel publikatie van brieven of aantekeningen van vertrouwelijke aard onrechtmatig verklaart, heft die onrechtmatigheid pas op na toestemming van ontvanger en schrijver.

In Italië is het onderwerp in de Auteurswet geregeld (Art. 93 en 94) onder uitdrukkelijke erkenning dat het hier geen auteursrecht betreft ¹¹⁴. Brieven, verzamelingen van brieven, optekeningen een persoon of zijn familie betreffende of die een vertrouwelijk karakter hebben of verband houden met de intimiteit van het privéleven, mogen niet worden gepubliceerd zonder uitdrukkelijke toestemming van de schrijver – bij brieven ook van de geadresseerde – of hun ouders, echtgenoten, kinderen en afstammelingen tot in de vierde graad, terwijl bij verschil van oordeel tussen twee of meer dezer rechthebbenden de rechter beslist.

De Nederlandse rechter is nog niet geroepen geweest op dit punt een uitspraak te doen en Nederlandse schrijvers hebben zich over de vraag – voorzover niet de auteursrechtelijke bescherming betreffende – niet uitgelaten ¹¹⁵.

Wanneer men aanneemt dat de brief geacht moet worden

¹¹⁰ Zie ook: Trib. civ. Seine, 27 nov. 1928, D.H. 1928, 616 en Trib. civ. Montpellier, 21 juni 1958, D.H. 1958, 552.

¹¹¹ Planiol et Ripert, *Traité pratique*, Band 3, no 485, 2e druk Parijs 1952.

¹¹² „lettre missive confidentielle”. Zie noot 96.

¹¹³ Par. 15, lid 2. Zie noot 19.

¹¹⁴ Art. 95 bepaalt, dat de voorzieningen van Artt. 93 en 94 ook van toepassing zijn op brieven die voorwerp van auteursrechtelijke bescherming zijn.

¹¹⁵ E.D. Hirsch Ballin in *Advocatenblad* 1954, pag. 376.

een communicatie tussen de privé-sfeer van afzender en van geadresseerde uit te maken, ligt het voor de hand de geadresseerde gelijke bescherming te geven. Gelijk reeds opgemerkt kan deze zienswijze echter niet volgehouden worden ten aanzien van brieven geschreven aan een willekeurige onbekende.

Een onbekende maakt nooit deel uit van de „eigen kring” en met een dergelijke brief treedt de afzender in de gemeenschap door de verzending. Publikatie door de ontvanger is dan ook mogelijk voorzover daartegen geen andere bezwaren bestaan, zoals geheimhoudingsplicht e.d. Dit brengt mede, dat de afzender de brief ook kan publiceren. Bevat de brief echter mededelingen die berusten of die pretenderen te berusten op waarnemingen in de privé-sfeer van de geadresseerde, dan behoort daarom de publikatie ongeoorloofd te zijn.

Natuurlijk is het als „vertrouwelijk” of „persoonlijk” kenmerken van een brief geen middel deze als behorend tot de privé-sfeer van de afzender te kenmerken. Daarvoor is alleen de inhoud beslissend.

Terecht merkt De Page¹¹⁶ op, ook waar het andere dan persoonlijke brieven betreft, dat dit een vreemde manier zou zijn de geadresseerde een geheimhoudingsplicht op te dringen, daar hij voor hij door opening van de brief deze aanvaardde niets van deze verplichting afwist. Iets anders is het wanneer reeds op de enveloppe een dergelijke vermelding plaatsvindt. Meer betekenis dan — niet bestemd voor publikatie — zal aan de vermelding „vertrouwelijk” op een brief of stuk dan ook niet kunnen worden gehecht. Ander gebruik dan publikatie zal hiermede bezwaarlijk kunnen worden voorkomen.

ANDER GEBRUIK VAN WAARNEMINGEN BETREFFENDE DE PRIVÉ-SFEER

27. De conclusie waartoe de vorige paragraaf leidde, was dat de aanduiding „vertrouwelijk” of „persoonlijk” hoogstens publikatie van een brief zou kunnen voorkomen en deze

¹¹⁶ *Traité élémentaire de Droit Civil Belge*, deel V, no 1128.

zeker niet als behorend tot de privé-sfeer kenmerkt. Nog minder volgt hieruit een geheimhoudingsplicht voor de ontvanger.

Daar een geadresseerde in het algemeen over een brief kan beschikken — tenzij hij uit hoofde van een andere verhouding met de afzender tot geheimhouding van de inhoud verplicht zou zijn — brengt dit mede, dat hij gerechtigd zal zijn de brief die hij heeft ontvangen aan anderen te tonen en die zelfs aan anderen ter hand te stellen, om daarvan verder gebruik te maken. Dit is ook het geval indien een brief hoogstpersoonlijke mededelingen bevat en waarneming betreffende de privé-sfeer van de afzender mogelijk maakt. Enig onderscheid tussen het laten lezen van schriftelijk gedane mededelingen en mondeling overbrengen van wat in een gesprek is opgevangen bestaat daarin dat hij van wie deze mededeling afkomstig is, deze welbewust een vastgelegde vorm heeft gegeven, een gradueel verschil dus. Maar in het normale verkeer kan men verder mededelen wat men gehoord heeft, tenzij uitdrukkelijk overeengekomen is stilzwijgen te bewaren.

Natuurlijk kan er sprake zijn van een zodanige indiscretie dat de zorgvuldigheidsnormen in het maatschappelijk verkeer in acht te nemen, worden geschonden. Maar daarvoor is nodig dat discretie krachtens uitdrukkelijke afspraak of door de gegeven omstandigheden duidelijk was opgelegd. Daarbij zal het doorgeven van de inhoud van een hoogstpersoonlijke brief onder omstandigheden, die het waarschijnlijk maken dat daarvan door een grotere kring zal worden kennisgenomen eerder als een ontoelaatbare indiscretie moeten worden gezien.

Dit „voorrecht” van de geadresseerde ontbreekt bij persoonlijke optekeningen (dagboeken e.d.). Wanneer deze ter lezing worden gegeven, zal zonder uitdrukkelijke toestemming geen ander gebruik daarvan mogen worden gemaakt. Het hoogstpersoonlijke karakter impliceert dit zelfs zonder dat een uitdrukkelijk beding is gemaakt.

Zal dus bijvoorbeeld de ontvanger van een brief deze mogen gebruiken door hem ter lezing te geven aan wie belang heeft bij de beoordeling van de persoon of de kwaliteiten van de afzender, diens dagboek zal degenen die dat ter lezing heeft ontvangen, zonder de uitdrukkelijke toestemming van de schrijver niet mogen afstaan voor zodanig doel. Hetzelf-

de geldt persoonlijk gemaakte bandopnamen en foto's of films het privé-leven betreffende.

Wat is de consequentie van het zonder toestemming maken van een copie van een brief of vastleggen van een persoonlijke uiting door degeen aan wie brief, stuk, geluidsband, film of foto ter kennisneming werd gegeven? Deze nieuwe vastlegging valt buiten het gebruik of het doel waartoe de inzage gegeven werd. Zij is reeds daarom ontoelaatbaar; zij is het ook, omdat daarmee een der belangrijkste feitelijke beschermingsmogelijkheden van tot de privé-sfeer behorende vastleggingen van persoonlijke uitingen, gelegen in het gehecht zijn aan een lichamelijk object, verloren gaat. De eigenaar die het origineel terugkrijgt, mist daarmee het stuk privé-sfeer dat daarin is vastgelegd, feitelijk voor waarnemingen te kunnen beschermen, het bestaan van de copie maakt dit illusoir. Enige wettelijke bescherming is op dit punt niet gegeven.

28. Met het zonder toestemming maken van copieën van een vastgelegde uiting van persoonlijke aard is vergelijkbaar het vastleggen van persoonlijke uitingen – die mondeling worden gedaan – zonder dat degeen van wie zij afkomstig zijn zich daarvan bewust is. Er moet wel onderscheid gemaakt worden tussen de plaats waar of de wijze waarop de persoonlijke uiting gedaan wordt.

Twee gevallen kunnen zich voordoen. De waarneming kan plaatsvinden binnen de privé-sfeer van de betrokkene, die zich wel van de waarneming bewust is, maar die de waarnemer niet in de gelegenheid heeft willen stellen tot de vastlegging¹¹⁷. Dan is er sprake van een veel verder strekkend gebruik der toelating tot de privé-sfeer dan was beoogd en wordt deze daardoor aangetast.

In het tweede geval zal de betrokkene zich niet eens van de waarneming bewust zijn¹¹⁸. Op zichzelf moet een dergelijke waarneming al als aantasting van de privé-sfeer worden gezien¹¹⁹ al is zij niet zonder meer onrechtmatig te noemen. Zij is dat niet, omdat het doen van waarnemingen buiten

¹¹⁷ Hier is verwaarloosd het theoretische geval dat een „insluiper” waarnemingen doet.

¹¹⁸ Dit kan dus nooit een waarneming betreffen door iemand die in de fysiek bepaalde privé-sfeer is toegelaten; zij vindt altijd daarbuiten of van daarbuiten plaats.

¹¹⁹ Zie hierboven no.s 13, 14, 15 en 16.

de fysiek bepaalde privé-sfeer in beginsel vrijstaat, de waargenomenen daarmee moet rekenen en zich daartegen kan beschermen. Door de vastlegging verliest de waarneming het vluchtig karakter en krijgt de aantasting van de privé-sfeer een zo indringend karakter, dat die onrechtmatig moet worden genoemd.

De maatschappelijke ongewenstheid van dit soort manipulaties springt in het oog. En niet alleen de bescherming van de privé-sfeer maakt het clandestien vastleggen van het door een ander gesprokene ongewenst. Ook daar waar het gesproken woord de intimiteit der persoonlijkheid niet betreft, is vastlegging van hetgeen onvoorbereid en nog niet overwogen gezegd wordt een aantasting van de vrijheid om in het maatschappelijk verkeer door woord en wederwoord tot een eigen opinie en een bindende opvatting te komen. Van dit soort in een gesprek tot stand komende uitingen moet natuurlijk wel onderscheiden worden wat gezegd wordt met het oogmerk om een weloverwogen bindende opvatting te uiten, met name bij openbare gebeurtenissen en op vergaderingen.

De techniek maakt het mogelijk niet alleen een bepaalde uitspraak uit het verband van het verder gezegde af te scheiden en die alleen te reproduceren; het is zelfs met eenvoudige middelen mogelijk een uitspraak zodanig te reconstrueren, dat een geheel andere uiting tot stand komt ¹²⁰. Natuurlijk kan dit ook gebeuren ten aanzien van een uiting, die vastgelegd wordt met medeweten en instemming van de spreker. Maar dan is deze zich althans bewust geweest van de vastlegging en zal hij enerzijds „op zijn woorden gepast hebben”, anderzijds in staat zijn na te gaan wat met de vastlegging geschiedt.

Enig redelijk nut is van vastlegging van het gesproken woord zonder medeweten van de spreker niet te verwachten. De mogelijkheid tot misbruik is zo groot dat van bewijskracht geen sprake kan zijn. Waar gevaar voor aantasting der privé-sfeer en voor misbruik op ander gebied groot is, is

¹²⁰ Alan Basth citeert in „The Price of Liberty” ex-District-Attorney Samuel Dash van Philadelphia, die in een rapport voor een Senaatscommissie vermeldt hoe een door hemzelf gedicteerde bandopname van een rede die Godsvrucht en moederschap preekt en het communisme bestreed, in twee uur veranderd werd in een bekentenis van diefstal en moord en een oproeping tot revolutie, zonder dat een woord werd toegevoegd.

er aanleiding het vastleggen van het gesproken woord buiten medeweten van de spreker te verbieden in al die gevallen, waarin deze redelijkerwijs niet behoefte te verwachten, dat vastlegging plaatsvond; op openbare vergaderingen, bij publieke gelegenheden, bij in het oog der publiciteit staande evenementen, zal dit b.v. wel het geval zijn.

29. Radio en televisie plegen ter verlevendiging van hun programma's op straat onbekenden aan te klampen en die omtrent hun opvatting te vragen. Strikt gesproken wordt hier natuurlijk niet een vastlegging van het gesproken woord of van het beeld gemaakt buiten de wetenschap van degenen die object van de opname is. Op zichzelf heeft hier allerminst van waarnemingen betreffende de privé-sfeer sprake te zijn. Toch ligt voor de hand, dat door deze methode uitspraken worden verkregen, die een hoogstpersoonlijk karakter kunnen hebben – hetgeen in vele gevallen ook de bedoeling van deze opnamen is – en dat het verrassend element zo groot is, dat van een voorafgaande toestemming niet kan worden gesproken. Hetgeen opgenomen wordt is onvoorbereid en niet overwogen en mag dus niet als standpunt of bindende opvatting van een geïdentificeerde persoon worden gepubliceerd. Is de vastlegging dus een moment-opname van een ongeïdentificeerde persoon, dan zal door de publikatie aantasting van de privé-sfeer nauwelijks te verwachten zijn. De vastlegging zelf, mits met medeweten geschied, is dan ook aanvaardbaar. Zodra een persoon geïdentificeerd wordt – hetgeen altijd het geval zal zijn wanneer zijn beeld op het t.v. scherm verschijnt – moet hij te kennen hebben gegeven achter zijn uiting te staan ¹²¹, daar publikatie anders niet aan redelijke zorgvuldigheidsnormen beantwoordt.

30. Een aantal vrije beroepen brengt de beoefenaren daarvan in een verhouding tot degenen, die zich aan hun zorgen toevertrouwen, die medebrengt dat zij in bijzondere mate met het privéleven en de intimiteit van de persoonlijkheid van de betrokkenen geconfronteerd worden. De geestelijke, de medicus, de advocaat, de notaris kunnen in veel opzichten

¹²¹ In de V.S. mag zelfs het beeld van een persoon die te kennen gegeven heeft niet geïnterviewd te willen worden, niet worden uitgezonden. Vgl. Edward L. Burke, *The right of Privacy and Television*, Notre Dame Lawyer, Vol. 28.

een vertrouwenspersoon zijn en moeten om hun taak te kunnen uitoefenen meer wetenschap omtrent patiënt of cliënt verwerven dan uiterlijke waarneming van zijn omstandigheden en economische positie kan geven¹²². Om deze waarnemingen mogelijk te maken wordt hun beroepsgeheim erkend dat de nergens in de wet omschreven geheimhoudingsplicht impliceert. Dit soort waarnemingen betreffende de privé-sfeer, die bovendien veelal in enige vorm worden vastgelegd, is door de geheimhoudingsplicht afdoende beschermd. Wel rijst een probleem in verband met de mogelijkheid een dergelijk gesprek op de band op te nemen. Al is de betrokkene er zich van bewust, dat zijn mededelingen in enige vorm zullen worden vastgehouden, hij zal zich anders en zorgvuldiger uiten wanneer hij weet, dat zijn mededelingen letterlijk worden geregistreerd. Om dit nadeel – de mededelingen worden minder spontaan – te voorkomen, worden dergelijke gesprekken wel geregistreerd zonder dat de betrokkene dit weet. Wellicht is dit voor bepaalde medische onderzoeken, vooral van de psychiater, onvermijdelijk, in beginsel is dit een ongeoorloofd gebruik van de gelegenheid die de waargenomene geeft om in zijn privé-sfeer door te dringen. Hij geeft zich niet méér bloot, maar zijn onthulling blijft bestaan.

Voor andere dan medische doeleinden is deze praktijk dan ook zonder twijfel een ongeoorloofde aantasting van de privé-sfeer, die niet onderscheiden behoeft te worden van het onder andere omstandigheden vastleggen van het in de privé-sfeer gesproken woord zonder voorkennis van de spreker.

De vraag rijst of een registratie op geluidsband met voorkennis van patiënt of cliënt van zijn mededelingen gemaakt, aan een collega, eveneens gebonden door zijn geheimhoudingsplicht, mag worden ten gehore gebracht. Men neemt aan dat – wanneer het in het belang van patiënt of cliënt is – geoorloofd is om onder de geheimhoudingsplicht vallende mededelingen aan een collega voor te leggen.

Het is duidelijk dat het zo direct confronteren van een derde met de letterlijke inhoud van een gesprek dat de intimiteit van de persoonlijkheid van patiënt of cliënt raakt, slechts geoorloofd kan zijn indien het diens belang is, dat zijn mededelingen en zijn intonatie in zijn eigen presentatie

¹²² Vgl. het in noot 40 aangehaalde werk van Mevr. Prof. Mr. D. Hasewinkel-Suringa, pag. 18 v.

worden doorgegeven. Het is niet aannemelijk dat zich dit in andere gevallen dan waar het een medisch onderzoek betreft, zal voordoen.

Naast de hierboven besproken onderzoeken vinden tegenwoordig veelvuldig psychologische onderzoeken en intelligentietests plaats, met het doel de geschiktheid van een individu voor een bepaalde werkkring te onderzoeken, waarbij dikwijls ook vragen aan de orde komen, die de intimiteit der persoonlijkheid raken.

Hoewel de ernstige beoefenaars van deze wetenschap zich zonder twijfel aan een geheimhoudingsplicht gebonden achten, is de bescherming die daaruit voortvloeit gering. Anders toch dan het onderzoek, dat de medicus of advocaat instelt dient dit niet tot grondslag van eigen werkzaamheid¹²³, maar dient het tot voorlichting van de toekomstige werkgever, wiens voorlichting wellicht niet mededeling van alle bij het onderzoek verworven details vereist, maar voor wie toch in sommige gevallen de wetenschap, juist betreffende het privé-leven en de intimiteit der persoonlijkheid, van groot belang kan worden geacht.

De onderzochte die zich aan het onderzoek heeft onderworpen, weet dat het verslag daarvan naar zijn toekomstige werkgever gaat. Hij weet niet wat verder met dit verslag gebeurt. Hij zal in vele gevallen verwachten dat niet zijn mededelingen maar slechts de conclusie naar de principaal gaat. Weet hij beter, dan verwacht hij dat het stuk daar met discretie zal worden behandeld. Het staat echter wel vast, dat welke maatregelen de onderzoekers ook nemen, zij machteloos staan tegenover het doorgeven van de rapporten aan andere employees en in het bijzonder aan volgende werkgevers, een gebruik van waarnemingen betreffende de privé-sfeer dat zo ver gaat buiten de omvang waartoe de waargenomene die heeft toegelaten, dat geen twijfel kan bestaan, dat daarbij de normale zorgvuldigheidsnormen worden overschreden.

In geringere mate kan met betrekking tot persoonlijke gegevens die de werkgever over een werknemer bezit, op dezelfde manier onzorgvuldig worden omgegaan. Zoals hierboven

¹²³ Dit is ook niet het geval bij de controlerende arts; de sociale wetten en het gebruik bij de grote levensverzekeringsmaatschappijen geven echter een redelijke garantie dat zijn waarnemingen niet onder andere dan door beroepsgeheim gebonden ogen komen.

reeds uiteengezet ¹²⁴ is een dergelijke handelwijze tevens in strijd met een moderne interpretatie van het bepaalde in Art. 1638 x B.W.

CONCLUSIES

31. Moet de wetgever maatregelen stellen ten aanzien van publikaties van of omtrent waarnemingen betreffende de privé-sfeer?

Hierboven in no. 22 is uiteengezet dat een afweging van de belangen die bescherming van de privé-sfeer en die welke een voldoende armslag voor de massacommunicatiemiddelen eisen, nodig is.

In beginsel is iedere publikatie van een waarneming betreffende de privé-sfeer buiten toestemming van de betrokkene een inbreuk. Van geval tot geval zou moeten worden nagegaan of de publikatie geacht kan worden werkelijk een aantasting van de te beschermen intimiteit der persoonlijkheid te zijn en of de publikatie desniettemin geacht kon worden te behoren tot het stuk algemeen belang dat met een dergelijke publikatie gediend kan zijn. Zoals uiteengezet is het te verwachten dat bij die afweging het gewicht van de bescherming der vrije meningsuiting het gemakkelijk zal winnen van de betrekkelijke imponderabilia die van geval tot geval de intimiteit van de persoon van een individu uitmaken. Ten behoeve van beide belangen is het daarom aan te bevelen een duidelijke lijn te trekken tussen publikaties die wel en publikaties die niet toelaatbaar zijn, wanneer zij waarnemingen gedaan in de privé-sfeer betreffen. Die grens is hier getrokken ¹²⁵, waar het waarnemingen betreft, gedaan in de woning of binnen de kring van het gezin en dan ook in absolute zin, zonder uitzonderingen. Daarmee wordt bovendien een doelmatige bescherming bereikt. Immers, eerst de publikatie is de aantasting van het te beschermen recht – de waarneming is dat, zoals wij zagen, zelden – maar het risico dat een geoorloofde of zelfs uitdrukkelijk toegelaten waarneming tot een publikatie zou kunnen leiden, maakt een waakzaamheid nodig, die daar, waar ieder individu zeker een eigen leven moet worden gewaarborgd, in de kring

¹²⁴ No 20.

¹²⁵ Zie no 22.

van gezin en in de eigen woning, moet worden vermeden.

Uiteraard zal naast dit verbod tot publikatie betreffende waarnemingen in de woning en binnen de kring van het gezin de mogelijkheid blijven bestaan, dat een publikatie betreffende de privé-sfeer van de individu een zo evidente aantasting van de intimiteit van zijn persoonlijkheid is dat deze aan de in het maatschappelijk verkeer in acht te nemen zorgvuldigheidseis getoetst als onrechtmatig moet worden beschouwd ¹²⁶.

Verbod tot publikatie, hoe is dit te verwezenlijken? Een strafbepaling ligt voor de hand, het delict is in de eenvoudige vorm waarin het hier wordt voorgesteld niet moeilijk te omschrijven. Publikatie en het feit dat deze tot onderwerp heeft een waarneming of een beweerde waarneming betreffende de kring van woning en gezin van een bepaald individu, maakt het strafbaar feit uit. Het delict zou een overtreding moeten zijn in vergelijking met belediging aan de ene kant en het delict van Art. 35 Auteurswet aan de andere kant. Het is duidelijk dat de aantasting van de persoon die de publikatie betreft, van een ander karakter is dan die zich bij de belediging voordoet. Nu is in de praktijk de bescherming die uitgaat van de beide bovengenoemde strafbepalingen voorzover het publikaties betreft, gering. Niet de strafbepaling zelf, maar het feit dat deze (mede) een wettelijke basis legt voor de civielrechtelijke onrechtmatigheid van de publikatie is de werkelijke bescherming die ervan uitgaat ¹²⁷. Of Art. 35 Auteurswet enig ander belang – als strafbepaling – meebrengt is te betwijfelen.

Het is zeer twijfelachtig of een strafbepaling in de hier aangegeven zin de mogelijkheid tot een actie ex art. 1401 B.W. zou geven. Anders dan Art. 35 Auteurswet waar het mede gaat om materiële belangen ¹²⁸ is het geschade belang bij aantasting van de privé-sfeer alleen ideëel. Naast de genoemde strafbepaling is dus tenminste een bepaling nodig die toekenning van vergoeding van ideële schade uitdrukkelijk mogelijk maakt. Daarbij zal dan de vraag rijzen hoe deze

¹²⁶ De grens waar aantasting van eer en goede naam aanwezig is, ligt hier natuurlijk dichtbij; in veel gevallen zijn beide inbreuken aanwezig.

¹²⁷ Vgl. Pres. Rb. 's Gravenhage, 15 april 1964, NJ 1964, no 483 (ad Art. 35 Auteurswet) en Rb. 's Gravenhage, 13 febr. 1914, NJ 1914, pag. 519 (ad Art. 261 v. Sr.).

¹²⁸ Zie zaak-Teddy Scholten, in noot 100 vermeld.

schade gewaardeerd wordt. De normen van Art. 1408 B.W. waartegen veel bezwaren bestaan¹²⁹ zullen hier slecht vol-doen. Is het „min of meer grove” van een belediging nog te meten, een al of niet ernstige aantasting van de privé-sfeer zou een ondoenlijke afweging van hoogstpersoonlijke ele-menten vorderen.

Daarbij dient crop gewezen, dat bij een onrechtmatige daad bestaande in publikatie zich een bijzondere situatie voordoet. Terwijl de schade in ieder geval voor een belang-rijk deel ideëel is, is er aan de zijde van de laedens vrijwel altijd een duidelijk economisch voordeel in direct verband met de schadetoebrengende daad. Slechts in een enkel ge-val waarin dan ook vrijwel altijd van belediging sprake zal zijn, zal de publikatie niet ten minste mede een economisch doel hebben.

Al doet zich de vraag als zodanig zelden voor, in feite wordt bij de vaststelling van materiële schadeloosstelling die het gevolg is van een onrechtmatige gedraging zeker rek-ning gehouden met het voordeel dat de laedens uit zijn ge-draging heeft getrokken. Het soort van publikaties dat wij hier op het oog hebben, vindt zijn reden in de aantrekke-lijkheid der privé-sfeer voor het publiek. Er is alle aanleiding het verband te trekken tussen de schadelijke publikatie en de daaraan verbonden publiciteitswaarde.

Daarmede zou voor dit soort van gevallen de ideële scha-deloosstelling een eigen beschermende functie kunnen krij-gen, niet als „vindictive” of „exemplary damages” van het Engelse Recht¹³⁰, maar veelmeer als een uitwerking van het beginsel dat wie ten koste van een ander is bevoordeeld, diens schade heeft te vergoeden. Gaat het om materiële schade dan zal er geen twijfel bestaan of de vergoeding van de schade hangt samen met de verrijking, al zal zij die ver-rijking zelden te boven gaan.

Is de schade immaterieel dan is er alle reden in beginsel de materiële schadeloosstelling aan de hand van de ver-rijking vast te stellen. In het geval van publikatie is het eco-nomisch effect van een onderdeel van een drukwerk of van

¹²⁹ Zie de Toelichting op Art. 6.3.18 Ontwerp B.W. en de daar vermelde litteratuur. Verder o.a. Hofman-Drion-Wiersma, Het Ne-derlands Verbintenissenrecht, II, pag. 284 v.

¹³⁰ Zie Mr. C. D. van Boeschoten in Bijlage bij het Advocaten-blad van 15 okt. 1952.

een programma niet precies te bepalen. Daarbij is er reden om zonder de samenhang met het economisch element te verbreken, ook het met de publikatie beoogde doel in immateriële of ideële zin in aanmerking te nemen. Ook de omvang van de kring waarvoor de publikatie bestemd is, is een zeer belangrijke omstandigheid, die echter met de beide voorgaande criteria voldoende samenhang heeft om niet afzonderlijk tot uitdrukking te worden gebracht.

Dit betekent dat in de stand van wetgeving en jurisprudentie op het ogenblik een bijzondere bepaling aan het B.W. zou moeten worden toegevoegd, waarnaast een strafbepaling als hierboven aangegeven weinig zelfstandige betekenis zou hebben.

Een artikel 1407 a B.W. luidende:

„Hij ten aanzien van wie, zonder zijn toestemming enige waarneming, hetzij gedaan binnen zijn woning of binnen de kring van zijn gezin, hetzij betrekking hebbende op door hemzelf vastgelegde persoonlijke uitingen, hetzij op zodanige uiting zelf, wordt openbaar gemaakt, heeft het recht vergoeding der daardoor aan zijn persoonlijkheid of aan die van zijn gezinsleden toegebrachte schade te vorderen van degenen, die heeft openbaar gemaakt.

Een gelijke vordering komt toe aan degene te wiens aanzien zonder zijn toestemming een aan hem geadresseerde brief of een waarneming daarop betrekking hebbende wordt openbaar gemaakt.

De schade zal worden gewaardeerd naar de omstandigheden, naar het doel dat met de openbaarmaking is beoogd en naar het economische belang dat met de openbaarmaking is nagestreefd”, zou de gewenste bescherming geven, ook daar waar het publikatie van brieven, geluidsbanden en vertrouwelijke stukken betreft.

Bepaald buiten het kader van dit prae-advies zou een bespreking zijn van de consequenties van de hier verdedigde opvatting voor het ontwerp B.W. Met name de vraag of in Art. 6.1.11 lid 1 de woorden „op andere wijze in zijn persoon is aangetast” mede kunnen worden toegepast op gevallen van aantasting der privé-sfeer, schijnt, gezien de beantwoording door de IIe Kamer van vraagpunt 11, twijfelachtig¹³¹.

¹³¹ Vraagpunt 11 luidt: Moet aan een ieder het recht gegeven

32. Hetgeen met betrekking tot verder gebruik van waarnemingen betreffende de privé-sfeer werd uiteengezet, leidt, voor wat de mogelijke taak van de wetgever betreft, tot de volgende conclusies:

a. Het gebruik van brieven en aantekeningen van persoonlijke aard leidt niet tot andere ongewenste gevolgen dan die met toepassing van zorgvuldigheidsnormen door Art. 1401 B.W. zijn te bestrijden.

Aantekening verdient hier dat de brief nog andere problemen, buiten ons onderwerp vallende oplevert, waarbij het gebruik als bewijsmiddel wel het voornaamste is. Zo is ook het vraagstuk van het kopiëren van stukken waarover men tijdelijk beschikken mag, zo veel omvangrijker dan waar het de bescherming van de privé-sfeer van de individu betreft, die hier slechts een geringe mate van bescherming eist, dat er geen aanleiding kan zijn in dit verband een mogelijke wettelijke maatregel te suggereren.

b. De ontwikkeling der techniek heeft ook op het gebied van het gebruik van waarnemingen op één punt een mogelijkheid gecreëerd waardoor de bescherming van de privé-sfeer ernstig bedreigd wordt, omdat de toepassing daarvan zich totaal aan het bewustzijn van degene die het object is der waarneming, onttrekt. Zoals hierboven betoogd, is de bandrecorder, indien tersluiks gebruikt, een groot gevaar, niet alleen voor de bescherming van de privé-sfeer van de individu, maar ook in andere onderdelen der samenleving. Misbruik van de mogelijkheid het gesproken woord zonder medeweten van de spreker vast te leggen, kan leiden tot tal van ongewenste praktijken, terwijl met enkele uitzonderingen van een dergelijk gebruik geen wezenlijk nut kan uitgaan.

Er is dan ook alle grond voor een strafbepaling die verbiedt het gesproken woord van een ander langs mechanische

worden op een geldelijke tegemoetkoming voor een hem onrechtmatig berokkend leed (zg. ideële schade)?

Conclusie 11: De wet moet niet aan een ieder het recht geven op een geldelijke tegemoetkoming voor een hem onrechtmatig berokkend leed (zg. ideële schade). Wel dient deze tegemoetkoming te worden gehandhaafd in de gevallen waarin de wet en de rechtspraak haar thans reeds toekennen. Verder moeten binnen redelijke grenzen worden vergoed de uitgaven die het gevolg zijn van een onrechtmatig handelen en die strekken tot opheffing of vermindering van het ondervonden nadeel.

of elektronische weg vast te leggen, zonder dat die ander daartoe zijn toestemming tevoren heeft verleend, of van de voorgenomen vastlegging op zodanige wijze op de hoogte is gesteld, dat hij in staat is de inhoud van het door hem gesprokene met het oog op de opname te bepalen. De laatste zinsnede zou het gebruik wettigen van telefonische opname-apparaten die bij afwezigheid van de abonnee de aanvrager van een gesprek langs elektronische weg uitnodigt een boodschap te geven, maar zou de radio- en t.v. momentopname waarbij een geïdentificeerde voorbijganger genoodzaakt kan zijn zonder enige voorbereiding te spreken, onwettig maken, zonder dat vragen kunnen rijzen of ook het publiceren door uitzending van dergelijke opnamen enige wettelijke voorziening zou vereisen, waarbij het beginsel der vrijheid van meningsuiting ten onrechte betrokken zou kunnen worden.

Wel zal een uitzondering moeten worden gemaakt voor opnamen van sprekers die bij publieke gebeurtenissen en op openbare vergaderingen het woord voeren.

c. De geheimhoudingsplicht in tal van beroepen beschermt de vastlegging en het verder gebruik van beroepsmatig verkregen waarnemingen betreffende de privé-sfeer. Een uitzondering daarop maken rapporten opgemaakt ten behoeve van werkgevers.

Een aanvulling van Hoofdstuk III van de Arbeidswet met een bijzonder voorschrift tot het tegengaan van gevaar voor de aantasting van de intimiteit der persoonlijkheid der arbeiders zou het doen van waarnemingen als hierboven onder No. 17 vermeld binnen het door de arbeidsinspecties bewaakte terrein brengen en zou althans de geheimhoudingsplicht met betrekking tot hoogstpersoonlijke rapporten en gegevens als verplichting van de werkgever vastleggen. Bovendien zou die verplichting in Art. 1638 x B.W. duidelijk kunnen worden vastgelegd.

33. Een rechtsvergelijkende bespreking van wat op het punt van bescherming van de individu tegen publikatie en ander gebruik van waarnemingen betreffende de privé-sfeer in de omringende landen bestaat, heeft weinig zin. Een afzonderlijke regeling alleen op dit punt bestaat nog nergens en buiten de Angelsaksische rechtsgebieden is het „right to privacy” in engere zin weinig onderwerp van bespreking of

rechtspraak geweest. Daar waar op enigerlei wijze persoonlijkheidsrecht in de wet erkend was, met name Zwitserland¹³², zijn een groot aantal rechten daarop gebaseerd, zoals het recht op de eigen naam, op de eigen afbeelding en in dat kader is ook de bescherming van de privé-sfeer en ook van de „Geheimsphäre” toegepast. Verwezen moge worden naar hetgeen hierboven sub 2 werd opgemerkt.

Een poging tot regeling van deze onderwerpen is ondernomen in Frankrijk waar het Avant-projet voor de Code-Civil, in 1953 uitgegeven¹³³, in de artikelen 148-165 in een hoofdstuk getiteld „Des droits de personnalités”, naast rechten op het lichaam, een bepaling bevat dat geen bekentenis of verklaring verkregen door beïnvloeding der persoonlijkheid geldigheid heeft¹³⁴. Verder bevat het nog bepalingen omtrent begrafenissen en de reeds aangehaalde bepaling betreffende publicatie van portretten en brieven, alsmede de volgende bepalingen:

Art. 164.

„Les droits de la personnalité sont hors du commerce. Toute limitation volontaire apportée à l'exercice de ces droits est nulle si elle est contraire à l'ordre public.”

Art. 165.

„Toute atteinte illicite à la personnalité donne à celui qui la subit le droit de demander qu'il y soit mis fin, sans préjudice de la responsabilité qui peut en résulter pour son auteur.”

De neiging te denken dat deze eenvoudige bepalingen ook in het Nederlandse rechtstelsel de mogelijkheid zouden openen in de meeste hier besproken gevallen de noodzakelijke bescherming aan de burgerlijke rechter over te laten, in het gegronde vertrouwen dat deze in het labyrint der verschillende belangen wel tot een juiste afweging zou komen, heeft in het eerste stadium van voorbereiding van dit praeadvies overheest.

Nauwkeuriger bestudering van het bovengenoemde „Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des zivilrechtlichen

¹³² ZGB Art. 28, zie noot 7.

¹³³ Zie noot 96.

¹³⁴ Hetgeen onder de huidige omstandigheden het tempo van de invoering niet gunstig zal beïnvloeden.

Persönlichkeits- und Ehrenschützes" ¹³⁵ en enkele naar aanleiding daarvan verschenen publikaties ¹³⁶ hebben echter tot de overtuiging geleid, dat een werkelijke bescherming van de privé-sfeer niet gediend is met een kunstig systeem van bepalingen en uitzonderingen, hoe rationeel ook uitgedacht en hoe juist ook toegepast. Zolang het uiteindelijk gaat om economische belangen, mag vertrouwd worden dat hij die onder het motto „wie waagt die wint" te ver gaat, tenslotte wel voor de schade die hij daardoor veroorzaakt, zal moeten opkomen en zal in het algemeen die schade ook wel vergoedbaar blijken.

Maar waar het gaat om uitsluitend ideële belangen moeten zoveel voorbehouden worden gemaakt en uitzonderingen in acht genomen, en is de kans dat eenmaal veroorzaakte schade onherstelbaar is, zo groot, dat het de voorkeur verdient een bepaald beperkt gebied zonder uitzondering te beschermen en de regelende hand niet verder uit te strekken. Alleen op die manier brengt de bescherming die de wet geeft de rust mede die bescherming van de privé-sfeer van de individu werkelijk efficiënt maakt.

Een voorbeeld van de hier geschetste moeilijkheden moge dit toelichten.

Het Duitse ontwerp ¹³⁷ dat aan de bepalingen met betrekking tot natuurlijke personen in het B.G.B. een aantal artikelen wil toevoegen uitgaande van een nieuw artikel 12 bepaalt dat hij die wederrechtelijk een ander in zijn persoonlijkheid aantast, tot het ongedaan maken daarvan verplicht is. Bij de onrechtmatige daad wordt dan de schadeloosstellingsverplichting geregeld. Reeds bij dit uitgangspunt is een eerste uitzondering nodig:

„Beeinträchtigungen, die nach verständiger Auffassung im menschlichen Zusammenleben hinzunehmen sind, bleiben ausser Betracht."

In Artikel 15 komt ons onderwerp ter sprake:

„Eine widerrechtliche Verletzung im Sinne des Par. 12 liegt vor, wenn jemand unbefugt Behauptungen tatsächlicher Art über das Privat- oder Familienleben eines anderen öffentlich aufstellt oder verbreitet. Die Mitteilung

¹³⁵ Zie noot 19 en nos. 24 en 26.

¹³⁶ Schüle-Huber, Persönlichkeitsschutz und Pressefreiheit; E. Hirsch, Maulkorb für die Presse.

¹³⁷ Zie noot 19.

ist zulässig, wenn sie der *angemessenen* Wahrnehmung eines *berechtigten* öffentlichen oder privaten *Interesses* dient."

De (hier aangebrachte) cursivering geeft duidelijk aan hoeveel onzekerheden in ieder geval kunnen rijzen. Maar dit is nog niet alles. Op „Wahrnehmung eines berechtigten Interesses" kan zich nu weer niet beroepen de inbreukmaker die „eine ehrenrührige Behauptung tatsächlicher Art in Kenntnis ihrer Unwahrheit aufstellt oder verbreitet." ¹³⁸ Het is interessant zich te verdiepen in de complicaties die uit de bewijsrechtelijke moeilijkheden in dit verband kunnen voortkomen. Het ontwerp heeft het nog niet tot wet gebracht, maar of het een daadwerkelijke bescherming van de persoonlijkheidsrechten zal zijn dan wel een bron van procedures, zal afhangen van de toepassing van de daaraan verbonden voorgestelde wijziging van Art. 847 B.G.B. ¹³⁹, waaruit volgens de toelichting zo omvangrijke vergoeding van immateriële schade het gevolg kan zijn, dat voor „kommerzialisierung der Ehre" moet worden gewaakt ¹⁴⁰.

34. Het in dit prae-advies besproken onderwerp is met de bovenstaande behandeling allerm minst uitgeput. Meer dan een poging om de voor de hand liggende aspecten te belichten, voornamelijk waar die verwantschap vertoonden met de problemen die de ontwikkeling der techniek stelt, kon niet worden gedaan. Iedere verdere uitbreiding bleek gebieden van het recht in dit betoog te betrekken, die een aparte behandeling behoeven. Reeds bij de thans toegepaste beperkingen zijn verschillende onderwerpen tot een minimum be-

¹³⁸ Par. 14, lid 2, zin 2.

¹³⁹ De voorgestelde versie van Art. 847 BGB:

„Wer in seiner Persönlichkeit verletzt wird, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine angemessene Entschädigung in Geld einschliesslich einer Genugtuung für die erlittene Unbill verlangen; dies gilt nicht, soweit eine Herstellung im Sinne des Par. 249 möglich und genügend oder soweit dem Verletzten Genugtuung in anderer Weise als durch Geld geleistet ist; eine unerhebliche Verletzung bleibt ausser Betracht. Die Höhe der Entschädigung bestimmt sich nach den Umständen, insbesondere nach der Schwere der Verletzung und des Verschuldens. Der Anspruch ist nicht übertragbar und geht nicht auf die Erben über, es sei denn, dass er durch Vertrag anerkannt oder dass er rechtshängig geworden ist".

¹⁴⁰ Drucksache 1237 (zie noot 19), blz. 28 v.

snoeid. Node zal vooral worden gemist een behandeling van de rechten en verplichtingen met betrekking tot geheimhouding en een bespreking van de vraag in hoeverre de praktijk van de strafvordering met de bescherming der privé-sfeer moet rekening houden. Ook zou een nader onderzoek naar de plaats der persoonlijkheidsrechten in het algemeen en die van de bescherming van de privé-sfeer daartussen zeker tot een beter inzicht hebben geleid.

Uit het bovenstaande volgt dat in geen enkel opzicht is gestreefd naar enige volledigheid in citaten of aanhalingen. Toch scheen het juist datgene wat met hulp van velerlei zijde ¹⁴¹ bijeen werd gebracht, voorzover het tot hetgeen op schrift werd gesteld bijdroeg, in noten te vermelden, omdat aan de hand daarvan enig inzicht kan worden verkregen in de problemen die zich bij uitwerking van het vraagstuk zullen voordoen.

¹⁴¹ Bijzondere dank is verschuldigd aan Mejuffrouw Mr. I. P. Hoogendam van het Molengraaff Instituut te Utrecht voor haar bijstand bij het onderzoek voor en de afwerking van dit praec-advies.

INHOUD

1. <i>Inleiding</i>	1
2. De benadering van het probleem elders . . .	2
3. en in Nederland	6
4. De begrippen persoonlijke sfeer en privé-sfeer	7
5. Het Droit Moral	12
6. Geheimhouding	14
7. De Nederlandse Grondwet	15
8. Internationale regelingen	17
9. Kerkgenootschappen, vereniging en vergade- ring	19
10. De Nederlandse wetgeving	21
11. <i>Waarnemingen betreffende de privé-sfeer</i>	22
12. Waarnemingen met technische middelen in de fysiek te bepalen privé-sfeer	23
13. Waarnemingen buiten de fysiek te bepalen privé-sfeer	26
14. Waarnemingen van communicatie van privé- sfeer tot privé-sfeer	28
15. Afluisteren van telefoongesprekken door de overheid	30
16. Waarnemingen door brief, schriftuur, geluids- band en film	32
17. Waarnemingen betreffende de privé-sfeer van ondergeschikten	33
18. Welke bescherming is tegen waarneming be- treffende de privé-sfeer noodzakelijk? . . .	34
19. <i>Publikatie en gebruik van waarnemingen betreffende de privé-sfeer</i>	37
20. Vrijheid van meningsuiting en massacommuni- catiemiddelen	38
21. Stand van de Rechtspraak met betrekking tot het algemeen belang betrokken bij het optre- den der massacommunicatiemiddelen	41
22. <i>Publikatie van waarnemingen betreffende de privé- sfeer</i>	43
23. Mensen van Morgen – De grenzen te stellen bij een kunstwerk	46
24. Publikatie van portretten	49
	75

25. Publikatie van brieven en vertrouwelijke geschriften	53
26. De positie van de geadresseerde	56
<i>Ander gebruik van waarnemingen betreffende de privé-sfeer</i>	
27. Ander gebruik van brieven – kopiëren	58
28. Bandopnamen	60
29. Spontane interviews door radio en t.v. . . .	62
30. Medische en psychotechnische rapporten . .	62
<i>Conclusies</i>	
31, 32, 33 en 34	65

Behoort de wetgever regelen te treffen ter bescherming van de individu tegen het doen, het gebruiken en het openbaarmaken van waarnemingen, diens persoonlijke sfeer betreffende?

Prae-advies Dr. Th. W. van Veen

Inleiding.

Het is mogelijk gesprekken af te luisteren met behulp van verborgen instrumenten. Het is mogelijk foto's te nemen van zo grote afstand, dat de gefotografeerde niet eens kán bemerken, dat hij wordt genomen. Verborgen televisiecamera's kunnen een toezien oog houden, zonder dat iemand van de bekeken mensen het bemerkt. Het af luisteren van telefoons door aftapping vindt in sommige landen op ruime schaal plaats. Het ongemerkt op de band vastleggen van gesprekken is geen kunst meer.

Deze ontwikkeling van de mogelijkheden tot af luisteren en bespieden doet de vraag stellen of de bescherming van de individu nog wel voldoende is. De vraag of zijn „privacy” niet zo wordt bedreigd, dat de wetgever zou moeten ingrijpen — als hij dat effectief zou kunnen. De technische vinden zijn stuk voor stuk uitbreidingen van vanouds bestaande mogelijkheden. Zó worden zij ook dikwijls geïntroduceerd. En daarom konden zij wellicht worden ingevoerd zonder al te veel weerzin te wekken en opzien te baren.

Het gesloten televisiecircuit in warenhuizen neemt de controlerende taak over van de warenhuisdetective. Het af luisteren van de telefoon van door de justitie verdachte personen kon gedeeltelijk de „undercover” man, de zich als vertrouwde binnendringende stille verklikker, overbodig maken. Het per band vastleggen van gesprekken is een perfectie van het notuleren. De microfoon, aan de wand gekleefd, vervangt het menselijk oor, dat door het sleutelgat meeluistert. Het nieuwe zit in de perfectie van de techniek. Ook de afweertechiek is in volle ontwikkeling. Maar het is op zijn minst de vraag of van ieder mens, die niet onverhoeds afgeluisterd wil worden, verwacht mag worden, dat hij zich met de nodige detectie-apparatuur uitrust.

Niet alleen schept de ontwikkeling van de techniek een

nieuwe situatie. Ook de enorm gegroeide behoefte aan informatie heeft de toestand gewijzigd. Tal van bedrijven en overheidsdiensten wensen informatie over hun personeel, hun klanten, hun leveranciers. De gebruikswaarde van gegevens omtrent mensen is daardoor enorm gestegen. De drang en de verleiding om die gegevens te verzamelen derhalve ook.

Daar komt dan nog bij de behoefte aan publikatie van persoonlijke gegevens. Het verschijnen van foto's in de kranten en de ontwikkeling van de televisie hebben – om een voorbeeld te noemen – de aandacht voor de individuele mens geprikkeld. Naarmate men meer van elkaar wil weten – ook meer behoefte heeft zich zelf terug te vinden in de situatie van de ander –, groeit de vraag naar meer bijzonderheden over de personen, die in het nieuws komen. Of dat nu door een jubileum, een heldendood of een verkeersongeluk is.

Tenslotte moet bedacht worden, dat de grens van wat in een samenleving wel en niet gemeengoed is van het persoonlijk leven van individuele burgers, niet steeds op dezelfde plaats ligt. Bovendien wordt over deze grens in verschillende milieu's en verschillende streken anders gedacht.

Met hoeveel waarborgen is het onderzoek naar de persoon van de verdachte in ons Wetboek van Strafvordering niet omkleed. Hoe ontbreekt elke waarborg bij het onderzoek naar de persoon van de sollicitant, die bij een dienst of bedrijf van enige standing een functie ambieert. Hoeveel verzet en bedenkingen zijn er niet tegen het invoeren van de lic-detector in het strafprocesrecht. Het invoeren en gebruiken van de lie-detector in het bedrijfsleven schijnt in de Verenigde Staten van Amerika de gewoonste zaak van de wereld gevonden te worden.¹

Wat zal dan de invoering van dit instrument in ons bedrijfsleven tegenhouden?

De mate waarin men bereid is mededelingen over zichzelf te doen is ongetwijfeld van invloed op de mate waarin men behoefte voelt aan privacy-bescherming.

De literatuur over de bescherming van de privacy is alleen reeds in de Verenigde Staten van Amerika zo omvangrijk, dat er slechts een enkele greep uit gedaan kan worden. De mededelingen over enkele andere landen beogen enige

¹ Vance Packard: *The Naked Society* 1964, pag. 56 e.v.

indruk te geven van de wijze waarop men de privacy beschermt of zou willen beschermen. Daarbij is wat men over waarnemingen in de persoonlijke sfeer denkt en publiceert dikwijls nauw verweven met opvattingen over andere aspecten van de bescherming van die sfeer. Het kan niet toevallig zijn dat in de literatuur die wij onder ogen hebben gehad geen verwijzing naar publikaties uit staten voorkomt, waar persvrijheid en politieke democratie ontbreken. En dat is niet omdat daar de af luister technieken onbekend zouden zijn of bijvoorbeeld door de staatsorganen niet zouden worden toegepast!

Het onderwerp voert telkens tot de bevoegdheden van de justitie en tot de grondrechten. De bescherming van de persoonlijke sfeer is zeker niet minder een probleem van civiel recht dan van straf- en staatsrecht. Genoopt tot het doen van een keuze uit de vele mogelijkheden en geleid door eigen voorkeur hebben wij getracht ons voor te stellen waar strafsancities zouden kunnen dienen om tot een bevredigende privacy-bescherming te komen. Bevredigend ook voor de met de nieuwsvoorziening belaste publiciteitsorganen.

Wat aan buitenlandse publikaties is gebruikt werd vermeld. Bij het overwegen van wijzigingen in het Nederlandse strafrecht is gebruik gemaakt van de gedachten en voorbeelden daarin gevonden, zonder telkens daarheen te verwijzen. Ter informatie zijn enige bepalingen van ander recht enigszins uitvoerig geciteerd. Eveneens hebben wij ter informatie getracht aan het begin een zeer beknopt overzicht te geven van de soorten apparaten, waarmee kan worden afgeluisterd en bespied. Dit overzicht maakt op enige volledigheid geen aanspraak. Wij moeten om clementie vragen voor ons gebruik van technische termen. Zou het Amerikaans reeds een rijkere woordenschat kunnen hebben dan wij? Een woord als „af luister tuig” voor dit soort apparatuur hebben wij niet aangedurfd.

DE MIDDELEN

De bedoeling van af luister en bespieden is, dat degene die wordt afgeluisterd of bespied het niet bemerkt. Het gaat om het bevredigen van nieuwsgierigheid, om het voorkomen

van delicten, om het vergaren van bewijs, om het controleren van medemens en of het voeren van de concurrentiestrijd.

De af luisterapparaten zijn alle toepassingen van microfoons en zend-installaties, gecombineerd met opname-apparatuur. Voor het bespieden wordt gebruik gemaakt van televisiecamera's en fototoestellen met te lenzen of fototoestellen, die met infrarood licht voor het menselijk oog niet waarneembare objecten kunnen vastleggen. Ook de wandspiegel, die zo is geconstrueerd, dat men vanuit een belendend vertrek onbemerkt door het spiegelglas heen kan kijken, bestaat nog.

Met het in gebruik geraken van de telefoon zijn methoden ontwikkeld voor het aftappen van telefoongesprekken.²

De oudere methode is het aftappen door een aan te leggen telefoondraad van de draad waardoor de af te luisteren gesprekken worden gevoerd. Daarvoor moet men weten welke lijn men af moet tappen en waar die lijn gemakkelijk te bereiken valt. Dat is in het algemeen dicht bij het af te luisteren toestel. Nieuwer is het af luisteren zonder dat men behoeft af te tappen door een draadverbinding tot stand te brengen. Het is mogelijk van inductiestromen gebruik te maken door vlak bij het telefoontoestel zelf een ontvanger te verbergen. Deze ontvanger neemt de gesprekken op, die door het toestel worden gevoerd. Technisch mogelijk schijnt het te zijn om een apparatuur om een telefoonkabel heen aan te brengen, die een magnetisch veld van een zodanige betekenis doet ontstaan, dat gebruik gemaakt kan worden van het af luisteren door middel van inductie.

Op de af luisterpost zelf behoeft niet steeds iemand aanwezig te zijn. De afgeluisterde gesprekken kunnen op de band worden vastgelegd. Bij het hulpmateriaal behoort ook een apparatuur, die registreert welk nummer de afgeluisterde telefoongebruiker heeft gedraaid.

Voor het af luisteren van gesprekken wordt van verborgen microfoons gebruik gemaakt. Deze microfoons kunnen in het vertrek zijn aangebracht, waar men het gesprek wil af

² Een uitvoerig overzicht van de gebruikte technieken vindt men bij Samuel Dash, Richard F. Schwartz en Robert E. Knowlton: *The Eavesdroppers*, pag. 305 e.v., waaraan veel van wat hier over de middelen wordt meegedeeld is ontleend. (Rutgers University Press, New Brunswick 1959).

AMPLIFIES SOUND 1,000,000 TIMES!

THE SNOOPER-

**WORLD'S ONLY
PRIVATE LISTENING
DEVICE**

- Aim it at a group of friends a block away and hear every word!
- An outgrowth of the fabulous missile-tracking antennas
- Transistorized
Weighs only 4 lbs.

This is literally an electronic marvel that's a direct result of the space age. Incredible as it may seem, it does amplify sound 1,000,000 times. Sensitive 18" disk reflector will pick up normal conversations at a distance (500 ft.) where you can't even see lips moving. Just think of the ways you can use this. Portable; complete with tripod and stethoscopic earphones. The best part—a regular tape recorder can be plugged into the back to take everything down. Have fun!

=====

LINCOLN ELECTRONICS, Dept. ES-10, 122 East 42nd St., N. Y. 17

Send—Snoopers @ \$19.95. Enclosed check or M. O. for \$_____

NAME _____

ADDRESS _____

CITY _____ STATE _____

(Add 85c postage)

Reproductie van een advertentie in een Amerikaans tijdschrift.

luisteren. De fabricage heeft zich toegelegd op steeds kleinere en compacter gebouwde apparaten.

Het is niet nodig de microfoon in het vertrek zelf aan te brengen. De microfoon kan ook van buiten af of vanuit een belendend vertrek in of aan de wand zijn bevestigd. Nodig is slechts, dat het apparaat verbonden is aan een of andere buis of leiding, die in het af te luisteren vertrek uitkomt. Het voordeel van deze methode is, dat deze microfoons moeilijk zijn te ontdekken.

Voor het af luisteren worden ook microfoons gebruikt zonder draden. Dat zijn gecombineerde microfoon-zenders, die op batterijen werken of b.v. op de stroom van een telefoonlijn. Zij zijn zo klein, dat zij gemakkelijk verborgen kunnen worden. Ook in de kleding van iemand, die aan het gesprek deelneemt. Het zendertje wordt in de naaste omgeving beluisterd en wat ontvangen wordt kan door de tape-recorder onmiddellijk worden vastgelegd.

Nog een derde manier die wordt gebruikt is de heel gevoelige gerichte microfoon. Deze microfoon is zo geconstrueerd, dat hij op een aanzienlijke afstand gericht op het af te luisteren geluid gesprekken kan opvangen.

Deze apparaten zijn echter nog niet te verbergen. Dat laat hun omvang niet toe.

Wel worden kleine apparaten vervaardigd, die het af luisteren van gesprekken op straat mogelijk maken. Zij worden als speelgoed in de Verenigde Staten verkocht.³ Het is heel goed denkbaar, dat de gevoeligheid van de microfoon zo groot wordt, dat op straat gesprekken binnenshuis met een klein apparaat zijn te beluisteren.

Een technisch snuffje, dat Samuel Dash in 1959 nog als mogelijkheid voor af luisteren noemt⁴, wordt door Arnold Beichman⁵ als feitelijke bedreiging van de privacy opgesomd in 1964. Het is het gebruik van laser beams. Laser betekent Light Amplification by Stimulated Emission of Radiations. Men zendt een soort straling van buiten door een gesloten ruimte, waarin wordt gesproken. Door de „straling” of golf weer op te vangen is af luisteren mogelijk.

³ Vance Packard: *The naked society*, pag. 150, 151. Zie ook het getuigenis van Samuel Dash voor het Subcommittee on constitutional Rights van de Amerikaanse Senaat. *Hearings*, pag. 101 e.v.

⁴ The Eavesdroppers, t.a.p. pag. 353 e.v.

⁵ Arnold Beichmann: *Who will be watching you?* *Spectator* 13 maart 1964 nr. 7081, pag. 335/337.

Waar met een centrale antenne de t.v. wordt opgevangen en per draad gedistribueerd is het mogelijk na te gaan welk program op elk toestel wordt bekeken⁶. Waar een oproepsysteem bestaat om vanuit een centraal punt met microfoons mededelingen te doen is het betrekkelijk eenvoudig om met behulp van dit net op of bij de centrale post elk vertrek af te luisteren, waar een microfoon is aangebracht. Steeds weer moet bedacht worden, dat alles wat door microfoons wordt opgevangen of per draad en draadloos wordt doorgegeven, op band en plaat kan worden vastgelegd.

Voor het bespieden is in de eerste plaats de verborgen camera van betekenis. Met groot raffinement worden miniatuurcamera's geconstrueerd, waarmee ongemerkt foto's gemaakt kunnen worden. De techniek van de telelens is niet gebaseerd op het vervaardigen van een klein apparaat maar op het fotograferen van zo grote afstand, dat het object niet van dichtbij benaderd behoeft te worden.

De mogelijkheid om een fototoestel van veraf te bedienen langs radiografische weg opent vele mogelijkheden voor het gebruik van een verborgen camera. Ook de mogelijkheid om een fototoestel af te stellen op een bepaald tijdstip waarop het in werking treedt.

Het gesloten televisiecircuit krijgt verscheidene toepassingen. Sommige gelijken op die van het electrisch oog. Daar gaat het om het registreren, het tellen, het waarschuwen bij de contrôle van machines. Maar de televisie wordt ook gebruikt bij de contrôle op mensen. In fabrieken, in woningen. Soms openlijk, soms verborgen. Verborgen televisie in paskamers en bij banken bijvoorbeeld. Teneinde diefstal en overvallen te voorkomen worden de beelden van alle klanten met behulp van de televisie op filmstroken vastgelegd. Verborgen televisie is ook gemonteerd in liften en toiletten om het personeel in de gaten te houden. Verborgen televisie kan worden gebruikt in ziekenhuizen, ten behoeve van de verpleegster die de wacht heeft. Verborgen, of omdat men weet en voelt, dat televisie op toiletten niet gewaardeerd wordt, of omdat men weet dat het werken of ziek liggen onder een voortdurend zichtbaar wakend oog een obsessie kan worden. De t.v.-camera is te verbergen. Zelfs de lens kan worden gecamoufleerd. Eén van de wel gebruik-

⁶ Vance Packard: *The naked society*, pag. 155 e.v.

te methoden is het richten van de lens op een spiegel, die het verlangde beeld weerkaatst.

De hier genoemde methoden zijn in de Verenigde Staten van Amerika toegepast. Met enthousiasme omdat vele Amerikanen een zwak hebben voor alles wat de techniek aan handige apparaatjes voortbrengt. Met zorg ook, omdat de aantasting van de privacy onmiskenbaar was. Een zorg waarvan Edward Bennett Williams bijvoorbeeld getuigt in zijn *One man's freedom*.⁷ De problematiek die deze ontwikkeling oproept kent men in de Verenigde Staten. Men zit daar al midden in. Het af luisteren van telefoons heeft de federale wetgever en verscheidene staats-wetgevers doen ingrijpen. In de andere af luistermethodes is men zeer geïnteresseerd, zoals ook de Hearings door de Senaat laten zien.

Het lijkt daarom van belang iets nader in te gaan op de problematiek van de Amerikaan, die het eerst en het meest met de ontwikkeling van de af luister- en bespieders-apparaatuur te maken heeft gekregen. De aanwezigheid van een onderwereld, die steunt op het exploiteren van de goklust en de handel in verdovende middelen, geeft een bijzonder aspect aan de Amerikaanse problematiek.

IN DE VERENIGDE STATEN VAN AMERIKA

Het af luisteren is in de Verenigde Staten een van de moeilijkste vraagstukken, waarmee de justitie is geconfronteerd. Het *Olmstead v. U.S.*-arrest dateert van 1928. Het U.S. Supreme Court oordeelde in dat arrest het aftappen van telefoongesprekken door de politie *niet* in strijd met het vierde of het vijfde amendement op de Constitutie.⁸

⁷ Atheneum New York 1962.

⁸ Amendments to the Constitution.

Article IV: The right of the people to be secure in their persons, houses, papers and effects, *against unreasonable searches and seizures*, shall not be violated, and no warrants shall issue but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

Article V: No person shall be held to answer for a capital or other infamous crime unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service, in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; *nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself*, nor be deprived of life, liberty

Omdat het vierde amendement alleen beschermt tegen het in beslag nemen van stoffelijke zaken. Dat zijn gesprekken per telefoon niet. Ook het vijfde amendement, dat een verdachte vrijwaart voor dwang om tegen zichzelf te getuigen, werd niet geschonden geacht door het af luisteren van een telefoon.

Sedertdien is de wetgever actief geweest. Maar zes en dertig jaar later verklaarde op 3 december 1964 de acting Attorney-General van de U.S., Nicholas Katzenbach in Washington: „The problem takes on an ironic aspect because wiretapping, as such, is not now illegal. While present law forbids the disclosure of wiretap information in court or in public, it does not, in the opinion of court decisions and eight Attorneys General, forbid actual interception by wiretap.

Meanwhile, private investigators and others tap phones widely..... in divorce cases, in seeking inside information on the stock market or the races, in extortion schemes, or even, as in one bizarre case, in an effort to check on the progress of government investigative agents.We have not yet tried to respond to the even greater problems posed by the whole growing array of electronic eavesdropping devices..... like the miniature microphone which can be sewn, unknown to the wearer, into a lapel; or the „bug” recently advertised for \$ 100..... if placed on the outside wall, it allows one to hear what goes on inside the „boss’s office”.

.....One thing I can say, however, is that we have no right to continue to leave the issue as murky, no matter how passionately murky, as it is”.....

Het probleem is „obsuur”, om meer dan één reden. Er zijn groepen, die elk af luisteren met behulp van apparaten strafbaar willen stellen. Zij achten dit af luisteren een onduidbare inbreuk op de persoonlijke vrijheid. Er zijn anderen, die een doeltreffende bestrijding van de criminaliteit niet mogelijk achten zonder de justitie het recht te geven af te luisteren.

Dan is er de enorm groeiende afzet van af luisterapparaten. In 1964 zijn er volgens Vance Packard al tenminste dertig maatschappijen in de Verenigde Staten die electro- or property without due process of law; nor shall private property be taken for public use without just compensation.

nische af luisterapparatuur vervaardigen. Alleen al in 1962 verviervoudigde zich de verkoop van één van de grotere maatschappijen, de Solar Research, Inc. in Florida. De verkoop vindt door sommigen plaats aan politie en justitie, door anderen aan iedereen, die belangstelling heeft.

Vance Packard noemt een advertentie, waarin een „Be a Spy”-cursus wordt aangeboden in een aan elektronica gewijd magazine voor \$ 22.50. De cursus geeft instructie in af luisteren.⁹ Men mag dus verwachten, dat een toenemend aantal industrieën geïnteresseerd is in de vrije afzet van af luisterapparatuur – en de onschuldigheid van het af luisteren zal beklemtonen.

Tenslotte worstelt men in de Verenigde Staten met de vraag of het treffen van maatregelen een federale taak is of een taak van de staten.

Na het Olmstead v. U.S.-arrest, een arrest dat met vier van de negen stemmen tegen werd gewezen, werden verscheiden wetsvoorstellen bij het Congres ingediend om het aftappen van de telefoon strafbaar te stellen. In 1934 werd de Federal Communications Act aangenomen, geënt op de Radio Act van 1927. Daarin werd bepaald: „No person not being authorized by the sender shall intercept any communication and divulge or publish the existence, contents, substance, purpose, effect, or meaning of such intercepted communication to any person..... (Section 605).

Federale justitie-autoriteiten stelden zich op het standpunt, dat Sectie 605 verbood het onderscheppen van telefoongesprekken en het verbreiden van de inhoud. Mededeling doen aan een superieur van wat een met af luisteren belast ambtenaar heeft gehoord zou derhalve geen af luisteren *en* verbreiden zijn en dus niet strafbaar zijn.

Het Supreme Court heeft in enkele arresten Sectie 605 nader geïnterpreteerd. Daarbij is het in 1957 (Benanti-case) zover gegaan, dat het doen van mededeling van door af luistering verkregen gegevens aan een jury schending is van Sectie 605 en dus ontoelaatbaar bij een Federaal Hof. Daarbij is het onverschillig of afgeluisterd is door de federale instelling of door de justitie van een staat, die het af luisteren aan de justitie uitdrukkelijk toestaat. Zoals de staat New York.

⁹ The naked society 1964, pag. 33,34.

Het af luisteren van gesprekken met geheime microfoons en andere elektronische middelen werd herhaaldelijk aan het Supreme Court voorgelegd. In deze gevallen bleef de vraag beslissend of het huis of vertrek, waarin de afgeluisterde personen zich bevonden, op de één of andere wijze gepenetreerd was. Waar dat niet was gebeurd, doordat het af luisterapparaat niet in de wand was bevestigd maar op de wand was gekleefd, werd geen schending van het vierde amendement aangenomen. Steeds wordt vastgehouden aan het vereiste dat er een physical trespass moet zijn geweest.¹⁰

De federale rechtspraak maakt de positie van de justitie moeilijk en onzeker. Temeer omdat verschillende staatswetten bevoegdheden geven aan de justitie, die de federale wet niet geeft. Daar komt bij dat de federale justitie in gevallen van staatsveiligheid en van kidnapping met toestemming van de President wel af luistert. Dat kan óók als afgeluisterde gesprekken niet aan een jury als bewijsmateriaal kunnen worden overgelegd. In wat de justitie af luistert kan zij aanwijzingen vinden voor verder onderzoek. Sectie 605 zou immers het af luisteren door de justitie zonder verbreiding niet strafbaar stellen..... Verder zijn de vragen ter sprake geweest in hoeverre toestemming van één van de telefonerende personen tot af luisteren nog een delict oplevert. De meeste rechterlijke uitspraken en staatswetten in de Verenigde Staten achten het af luisteren met toestemming van één van de partijen geoorloofd. Behalve wanneer de beide personen die telefoneren in een verhouding tot elkaar staan, die vergt dat het besprokene geheim blijft.¹¹

Verreweg de meeste Amerikaanse staten hebben strafbepalingen, die af luisteren van de telefoon tegengaan. Voorzover deze bepalingen dateren uit de tijd van vóór de automatisering beogen zij soms niet meer dan wat de artikelen 374, 374 bis en 375 van het Nederlandse Wetboek van Strafrecht strafbaar stellen. Zij verplichten de telefonist tot geheimhouding. Met dit verschil dat, waar de telefoonmaatschappijen in de Verenigde Staten particuliere maatschappijen zijn, de telefonisten geen ambtenaren zijn maar particulieren.

In achttien staten is tussen 1953 en 1958 wire tapping en af luisteren met apparaten naar aanleiding van ingedien-

¹⁰ Zie Samuel Dash: *The Eavesdroppers*. 1959. pag. 427 e.v.

¹¹ Samuel Dash, *idem*, pag. 423 e.v.

de wetsontwerpen aan de orde geweest.¹² Het af luisteren door particulieren wordt vrij algemeen als een kwaad beschouwd.

Ongeveer zeventig procent van de Amerikaanse pers sprak zich uit voor strafbepalingen tegen elke vorm van particulier aftappen van telefoon en af luisteren met apparaten. Een derde deel is ook tegen elke mogelijkheid voor de justitie om af te luisteren.¹³

Eén van de moderne wetten is die van de Staat New York van 1957. In de Penal Law is een nieuw artikel 73 opgenomen¹⁴, waarvan de par. 738-742 thans bepalingen bevatten die zowel het telefoon aftappen als het met elektronische

¹² Statement van prof. Alan F. Westin van de Columbia University N.Y. voor het Subcommittee on Constitutional Rights of the Committee on the Judiciary van de Senaat. Hearings May. 9, 10, 11 and 12, 1961, on S. 1086, S. 1221, S. 1495 and S. 1822, Bills relating to wiretapping and eavesdropping, pag. 195-245.

¹³ Prof. A. F. Westin t.a.p. pag. 212 e.v.

¹⁴ Art. 73.

Par. 738 Eavesdropping. A person: 1. not a sender or receiver of a telephone or telegraph communication who wilfully and by means of instrument overhears or records a telephone or telegraph communication, or who aids, authorizes, employs, procures or permits another to so do, without the consent of either a sender or receiver thereof; or

2. not present during a conversation or discussion who wilfully and by means of instrument overhears or records such conversation or discussion, or who aids, authorizes, employs, procures or permits another to so do, without the consent of a party to such conversation or discussion; or

3. who, not a member of a jury, records or listens to by means of instrument the deliberations of such jury or who aids, authorizes, employs, procures or permits another to so do; is guilty of eavesdropping.

Par. 739. Exemption.

There shall be exempt from the provisions of this article:

1. eavesdropping pursuant to an ex parte order granted pursuant to section eight hundred thirteen-a of the code of criminal procedure;

2. eavesdropping, as described in subdivision two of section seven hundred thirty-eight of this article, by a law enforcement officer pursuant to section eight hundred thirteen-b of the code of criminal procedure without an ex parte order obtained pursuant to section eight hundred thirteen-a of said code;

3. the normal operation of a telephone or telegraph corporation; and

4. the normal use of the services and facilities furnished by such corporation pursuant to its tariffs.

Par. 740. Punishment for eavesdropping.

middelen af luisteren strafbaar stellen. Beide gedragingen worden even strafbaar geacht. Strafbbaar wordt bovendien gesteld het in bezit hebben van af luisterapparaten, bestemd voor af luisteren.

De Code of Criminal Procedure van de Staat New York regelt de bevoegdheid van de politie tot af luisteren in par. 813a. (zoals die in 1958 is geamendeerd). ¹⁶

A person who violates any subdivision of section seven hundred thirty-eight of this chapter shall be guilty of a felony punishable by imprisonment for not more than two years.

Par. 742. Eavesdropping instruments.

A person who has in his possession any device, contrivance, machine or apparatus designed or commonly used for eavesdropping as defined in section seven hundred thirty-eight of this chapter, under circumstances evincing an intent to unlawfully use or employ or allow the same to be so used or employed for eavesdropping, or knowing the same is intended to be so used, shall be guilty of a misdemeanor, and if he has been previously convicted of any crime, he shall be guilty of a felony.

¹⁵ Par. 813 a Code of Criminal Procedure:

Ex parte order for eavesdropping.

An ex parte order for eavesdropping as defined in subdivisions one and two of section seven hundred thirty-eight of the penal law may be issued by any justice of the supreme court or judge of a county court or of the court of general sessions of the county of New York upon oath or affirmation of a district attorney, or of the attorney-general or of an officer above the rank of sergeant of any police department of the state or of any political subdivision thereof, that there is reasonable ground to believe that evidence of crime may be thus obtained, and particularly describing the person or persons whose communications, conversations or discussions are to be overheard*) or recorded and the purpose thereof, and, in the case of a telegraphic or telephonic communication, identifying the particular telephone number or telegraph line involved. In connection with the issuance of such an order the justice or judge may examine on oath the applicant and any other witness he may produce and shall satisfy himself of the existence of reasonable grounds for the granting of such application. Any such order shall be effective for the time specified therein but not for a period of more than two months unless extended or renewed by the justice or judge who signed and issued the original order upon satisfying himself that such extension or renewal is in the public interest. Any such order together with the papers upon which the application was based, shall be delivered to and retained by the applicant as authority for the eavesdropping authorized therein. A true copy of such order shall at all times be retained in his possession by the judge of justice issuing the same, and, in the event of the denial of an application for such an order, a true copy of the papers upon which the application was based, shall in like manner be retained by the judge or justice denying the same.

*) So in original. Probably should be „overheard”.

De discussies in de Hearings van de Subcommittee on Constitutional Rights naar aanleiding van wetsvoorstellen om de wetgeving tegen wiretapping en eavesdropping te verbeteren, spitsen zich vooral toe op de mogelijkheid voor de justitie om af te luisteren. Een fel verdediger van de persoonlijke vrijheid als Edward Bennett Williams¹⁶ is bereid om de justitie de bevoegdheid tot af luisteren te geven als volstrekt duidelijk blijkt, dat de staat anders niet voldoende tegen hoogverraad, spionage en sabotage is te beschermen. Ook de voorzitter van het Committee on Civil Rights van de New York County Lawyers Association, Whitney North Seymour Jr., meent dat een nauwkeurig omschreven uniforme bevoegdheid voor af luisteren door de politie de beste garantie is voor het handhaven van de persoonlijke vrijheid van de burger.¹⁷ Zulks in tegenstelling tot de Bar Association van Chicago en van Philadelphia¹⁸ en tot de American Civil Liberties Union, die in zijn geschrift „The wire tapping problem today”¹⁹ elk telefoon aftappen door wie dan ook verboden wil zien en elk gebruik van door aftapping verkregen bewijsmateriaal onwettig verklaard.

Maar als de justitie mag af luisteren, wie zal haar daartoe machtigen? De rechter? En in welke gevallen? Alleen bij ernstige misdrijven? Alleen als er een ernstig vermoeden is? Heeft de verdachte recht op het horen van al het verzamelde materiaal? Hoe lang moet wat is afgeluisterd bewaard worden? Welke regels moeten worden gesteld voor vernietiging? Welke waarborgen kunnen worden geschapen tegen vervalsing van bandopnamen? Hoe zijn de mensen te beschermen, die niets met de af te luisteren persoon te maken hebben? Hoe is te voorkomen dat door de justitie te respecteren geheimen van hen, die krachtens hun ambt of beroep een verschoningsrecht hebben, worden afgeluisterd?²⁰

¹⁶ One man's Freedom, New York 1962, pag. 105. Zie ook idem The Wiretapping-Eavesdropping Problem. A Defense Counsel's View-Minnesota Law Review-April 1960. Opgenomen in Hearings t.a.p. 1962 pag. 389.

¹⁷ T.a.p. Hearings on S. 2813 and S. 1495. 24 mei 1962, pag. 362 e.v.

¹⁸ T.a.p. prof. Westin, pag. 236.

¹⁹ New York, March 1962.

²⁰ Bijvoorbeeld het af luisteren van gesprekken van verdachten met hun raadsman, waarvan uitdrukkelijk gewag wordt gemaakt.

En moet een bevoegdheid tot af luisteren een termijn bevatten?

Ook over de feitelijke vraag of de justitie zonder de bevoegdheid om af te luisteren minder effectief is, lopen de meningen geheel uiteen.²¹ Evenals over de vraag hoeveel telefoons door de politie worden afgeluisterd. Het af luisteren is een tijdrovend werk en vereist gespecialiseerde krachten.

De F.B.S. had op 2 juli 1959 over de hele Verenigde Staten 74 wiretaps, in mei 1958 had zij 90 wiretaps.²² De schattingen van het af luisteren door particulieren lopen derhalve ook nogal uiteen. Er is een voorkeur voor een systeem, waarbij de rechter tot af luisteren machtigt. Zoals de rechter tot huiszoeking machtigt. Daarbij is men zich ervan bewust af te wijken van de praktijk van Groot-Brittannië.

ANDERE MOGELIJKHEDEN

De Amerikaanse voorkeur voor een rechterlijk bevel in nauwkeurig omschreven gevallen indien de justitie inbreuk mag maken op het verbod tot af luisteren, wordt niet gedeeld door de Engelsen. Wel is ook daar ongerustheid over de praktijk van het telefoon af luisteren. Op 9 en 16 december 1959 heeft het Lagerhuis over een geval van af luisteren gediscussieerd, waarbij geen toestemming was gegeven door de Home Secretary. Volgens de meerderheid van het Huis was dat ook niet nodig omdat één van de afgeluisterde personen toestemming had gegeven. Waar niet één van de afgeluisterde partners toestemming heeft gegeven, heeft de politie een machtiging nodig van de Home Secretary. De overgrote meerderheid van machtigingen tot af luisteren werd gegeven aan de Metropolitan Police. Waarschijnlijk omdat Londen het centrum is van de Engelse onderwereld.

In 1957 heeft zich een commissie van drie Privy Coun-

²¹ Volgens de studie die Samuel Dash c.s. voor de Pennsylvania Bar Association verrichtte, wordt het aantal illegale wiretappings per jaar in New York op 16000 à 25000 geschat. Dat acht de District Attorney Frank O'Connor vrijwel onmogelijk. Hearings 1961 t.a.p. pag. 450.

²² T.a.p. Hearings pag. 1481, (part 5). T.a.p. Hearings pag. 1039, (part 4).

cillors met het probleem van het af luisteren en de bescherming van de privacy bezig gehouden. Het rapport van deze commissie is in oktober 1957 aan het Parlement aangeboden door de Prime Minister. Deze commissie is ervan overtuigd, dat de politie de telefoon van een van ernstige delicten verdacht persoon moet kunnen af luisteren. De ernstige criminaliteit wordt in Engeland dikwijls in en vanuit Londen georganiseerd. De zekerheid dat de telefoon niet mag worden afgeluisterd door de politie zou de Londense onderwereld een enorme voorsprong geven.

Deze commissie ziet voor de rechtschappen burger geen gevaar. Alleen telefoons van verdachten worden afgeluisterd. Natuurlijk wordt ook het gesprek beluisterd van een niet-verdachte, die met de verdachte telefonert. Maar is dat zo erg? De gemaakte opnamen worden door de justitie vernietigd. En het is niet de bedoeling dat de afgeluisterde gesprekken ooit als bewijsmateriaal aan de openbaarheid worden prijs gegeven. De politie gebruikt het materiaal als hulpmiddel bij de opsporing. Meer niet.²³

Gevestigde democratieën als Denemarken en Zweden kennen eveneens het recht van de politie om telefoon af te luisteren. Dit af luisteren is analoog aan de huiszoeking geregeld. De rechter geeft toestemming tot het af luisteren bij een reeks in de wet opgesomde delicten, indien er ernstige verdenkingen zijn en indien het af luisteren van wezenlijke betekenis zal zijn voor het ophelderen van het misdrijf.²⁴

De Deense strafwet bevat echter onder het hoofdstuk „Krenkingen van privacy en van persoonlijke eer” een be-

²³ Samuel Dash citeert in *The Eavesdroppers* op pag. 289 e.v. enkele belangrijke passages uit dit rapport.

²⁴ De desbetreffende bepaling van het Deense wetboek van rechtsvordering luidt (art. 750a): Bij een rechterlijke beschikking kan worden bepaald, dat de betrokken telefoon-administratie de politie gelegenheid geeft tot het af luisteren van telefoongesprekken tussen bepaalde telefoonaansluitingen binnen een nader aangegeven tijdperk, indien:

1. er een aanwijsbare reden is om aan te nemen, dat er via die bepaalde telefoonaansluiting mededelingen worden gegeven van of aan iemand, die verdacht wordt van één van de in de navolgende strafbepalingen opgenomen misdrijven (misdrijven tegen de veiligheid van de staat, tegen de hoogste staatsautoriteit en gezag, een enkel misdrijf tegen de openbare orde, misdrijven tegen de algemene veiligheid van personen en goederen, misdrijven tegen de persoonlijke vrijheid en andere nog met name genoemde artikelen, alsmede

paling, die het af luisteren van de telefoon impliciet strafbaar stelt door degene, die, door brieven te openen of op andere wijze zich wetenschap van enige aan een ander gerichte gesloten mededeling verschaft, schuldig te verklaren aan het plegen van inbreuk op de persoonlijke sfeer en met een boete of hechtenis van ten hoogste zes maanden te bedreigen. Deze inbreuk staat naast andere vormen van aantasting van de persoonlijke sfeer, die in hetzelfde artikel 263 van het Deense Wetboek van Strafrecht strafbaar zijn gesteld. Te weten: het zonder redelijke grond zich toegang verschaffen tot iemands bureau (kast); het doen van openbare kennisgeving (mededeling) van iemands uitsluitend particuliere huiselijke aangelegenheden; het doen van openbare kennisgeving (mededeling) van andere aangelegenheden, die tot het privéleven behoren en die redelijkerwijs aan de openbaarheid behoren te worden onttrokken.

Deze royale bescherming van de privacy in de strafwet blijkt dus heel wel verenigbaar met een nogal ruime bevoegdheid tot af luisteren voor de justitie. Het valt op dat de strafbepaling tracht de privacy te beschermen door enerzijds het inbreuk maken op de persoonlijke sfeer strafbaar te stellen, anderzijds het bekend maken van gegevens uit die sfeer te straffen, die eventueel zonder inbreuk te maken zijn verkregen. De middelen waarmee die gegevens zijn verkregen blijven eigenlijk buiten beschouwing.

De wet is geenszins toegespitst op de moderne af luister technieken. Dat is, voorzover het om af luisteren gaat, de Noorse strafwet wel. Zij bepaalt in artikel 145a:

misdrifven waarop de strafwet een gevangenisstraf van 8 jaren of meer stelt);

2. er aangenomen moet worden, dat het af luisteren van *wezenlijke* betekenis zal zijn tot opheldering van het misdrijf.

lid 2. Indien de voorwaarden voor af luisteren overeenkomstig lid 1 aanwezig zijn, kan de politie, voorzover er klaarblijkelijk gevaar bestaat, dat het beoogde doel gemist wordt als de rechterlijke uitspraak eerst afgewacht moet worden, tot af luisteren overgaan, zonder voorafgaande rechterlijke beschikking, doch alleen waar de verdenking een misdrijf betreft, die in de strafwet onder de paragrafen 98, 99, 102, 106-110 en 111-113 (misdrifven tegen de zelfstandigheid en de veiligheid v.d. staat en misdrifven tegen staatsautoriteiten) zijn opgenomen of overigens gevaar voor het leven en het welzijn van een mens of belangrijke maatschappelijke waarden oplevert.

lid 3.

Daarmee vergelijkbaar is hoofdstuk 15 par. 30 van het Zweedse Wetboek van Strafrecht.

„Met boete of met gevangenisstraf van ten hoogste 6 maanden wordt gestraft hij die

1. met behulp van een geheim af luisterapparaat telefoon-gesprekken of andere gesprekken tussen anderen of besprekingen in een besloten bijeenkomst, waaraan hij zelf niet deelneemt, af luistert of
 2. met behulp van een geluidsband of andere technische apparatuur heimelijk opnamen maakt van gesprekken als hierboven genoemd of van besprekingen in een besloten bijeenkomst waaraan hij niet zelf deelneemt, of waartoe hij zich toegang heeft verschaft onder valse voorwendsels of door insluiping, of
 3. een af luisterapparaat, geluidsband of andere technische apparatuur aanbrengt met bovengenoemd doel.
- Medeplichtigheid wordt op dezelfde wijze gestraft.
Vervolging vindt alleen plaats wanneer het algemeen belang dit eist.”

Naast deze strafrechtelijke benadering verdient ook een benadering van de civielrechtelijke kant in de Duitse Bondsrepubliek de aandacht. Strafrechtelijk heeft daar de regeling van de bevoegdheid van de justitie om af te luisteren in 1963 en 1964 in het centrum van de belangstelling gestaan. Maar die discussie levert weinig nieuws op. Het gaat om de vraag hoe de inbreuk geregeld moet worden, die de justitie op de grondrechten mag of moet maken.

Civielrechtelijk is het ontwerp voor een nieuwe regeling van de „Zivilrechtliche Persönlichkeit und Ehrenschaft”²⁵ van belang. Juist omdat deze aanpak civielrechtelijk is menen de voorstanders van dit ontwerp, dat de felle actie van een deel der Duitse pers tegen deze „Neuordnung” elke grond mist. De staat vraagt immers niet om beteugeling van de pers bij het inbreuk maken op de privé sfeer. De staat geeft aan de burgers een grotere en vooral beter geformuleerde rechtsbescherming. En het staat iedere burger vrij zijn recht al dan niet geldend te maken.²⁶ Het gaat in de grond van de zaak om een uitbreiding of nadere formulering van de onrechtmatige daad. En de behoefte daaraan is vooral gevoed door de ontwikkeling van een aantal boulevard-achtige

²⁵ Drucksache 1237. Deutscher Bundestag. 3. Wahlperiode.

²⁶ Prof. dr. Karl Larenz: Der Persönlichkeitsschutz, Eine Forderung an den Gesetzgeber. Bulletin des Presse-und Informationsamtes der Bundesregierung, Juli 1959.

dag- en weekbladen, die om lezers te trekken allerlei bijzonderheden uit het privé-leven publiceerden van personen die daarop niet gesteld waren. Nieuws en foto's.

De Duitse jurisprudentie was aan het gevoel van onbehagen al een eindweegs tegemoet gekomen door te aanvaarden, dat door sommige publikaties onstoffelijke schade was geleden, die tot schadevergoeding en betaling van smartegeld verplichtte. Overwogen werd, dat art. 1 en 2 lid 1 van de Grondwet zich niet alleen tot de staat maar ook tot de medeburgers richten. In artikel 1 wordt de „Würde des Menschen" onaantastbaar verklaard, in artikel 2 lid 1 wordt aan ieder het recht op vrije ontplooiing van zijn persoonlijkheid, voorzover hij niet de rechten van anderen aantast en de door de Grondwet verzekerde orde en de goede zeden niet schendt, gewaarborgd. Aldus is het Bundesgerichtshof ertoe gekomen, een onrechtmatige daad aan te nemen als dit algemene „Persönlichkeitsrecht" door de Grondwet bedoeld, is aangetast door een medeburger.

Maar daarmee is nog allerminst vastgesteld waar de grenzen liggen van wat wel en niet aanvaardbaar is.

Het ontwerp werkt een aantal regels uit, waarbij de verplichting tot schadevergoeding wordt vastgelegd wegens aantasting van de „Persönlichkeit" en van de eer. Deze regels strekken zich ook uit tot waarnemingen in de persoonlijke sfeer gedaan en tot het verbreiden van die waarnemingen. De algemene bepaling is in de nieuw ontworpen par. 12 van het B.G.B. aldus geredigeerd: „Wer widerrechtlich einen anderen in seiner Persönlichkeit verletzt, ist ihm zur Beseitigung der Beeinträchtigung verpflichtet; dies gilt insbesondere in den Fällen der Par. 13 bis 19. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Verletzte auch auf Unterlassung klagen. Beeinträchtigungen, die nach verständiger Auffassung im menschlichen Zusammenleben hinzunehmen sind, bleiben ausser Betracht".

Wederrechtelijk handelt volgens par. 15 iemand, die onbevoegd „Behauptungen tatsächlicher Art über das Privat- oder Familienleben eines anderen öffentlich aufstellt oder verbreitet". Evenals degene die onbevoegd de „vertraulichen Inhalt von Briefen oder Aufzeichnungen persönlicher Art veröffentlicht".

Maar de mededelingen van feitelijke aard over het persoonlijke leven zijn toelaatbaar „wenn sie der angemessenen

Wahrnehmung eines berechtigten öffentlichen oder privaten Interesses dient." En volgens par. 14 „Nehmen Presse Rundfunk und Film ein berechtigtes Interesse wahr, wenn sie im Rahmen ihrer öffentlichen Aufgabe der Öffentlichkeit unterrichten oder Kritik üben".

Wederrechtelijk is volgens par. 17 het onbevoegd publiceren van een portretfoto. Maar toelaatbaar is de publikatie wanneer het gaat om:

1. Bilder aus dem Bereich der Zeitgeschichte;
2. Bilder von Ereignissen oder Örtlichkeiten bei denen der Abgebildete nur als Nebenfigur erscheint;
3. Bilder von Versammlungen, Aufzügen oder ähnlichen öffentlichen Veranstaltungen;
4. Bilder, die nicht auf Bestellung des Abgebildeten angefertigt sind, sofern ein ernsthaftes Interesse der Kunst oder Wissenschaft die Veröffentlichung rechtfertigt.

Maar wanneer een „berechtigtes Interesse" van de afgebeelde persoon zich verzet, is publikatie ontoelaatbaar. En wederrechtelijk is de publikatie van een foto, niet vallend onder de gevallen van par. 17 lid 2 onder 1 tot en met 3, hierboven geciteerd, die tegen de klaarblijkelijke wil van de afgebeelde in is vervaardigd.

Wederrechtelijk handelt ook hij die onbevoegd met gebruik van technische middelen het gesproken woord van een ander vastlegt of „öffentlich wahrnehmbar" maakt (par. 18). Evenals hij, die zich met een af luisterapparaat of iets dergelijks kennis verschafft van niet voor hem bestemde uitingen van een ander of van feiten uit het persoonlijke of gezinsleven van een ander (par. 19) ²⁷

Het ministerie van justitie van de Bondsrepubliek heeft getracht op twee punten vooral duidelijkheid te scheppen: Het ontwerp is niet in strijd met de Grondwet, waarin bijvoorbeeld het recht op persvrijheid en vrijheid van meningsuiting is gegarandeerd. Het ontwerp dient de rechtszekerheid, ook de rechtszekerheid voor de pers, door bij wet vast te leggen wat door jurisprudentie – als een lappendeken – bezig was te ontstaan ²⁸ In een Gutachten, voor dit ministerie door prof. dr. Hans Huber uit Bern geschreven, wordt

²⁷ Par. 20 regelt een „droit de réponse".

²⁸ Het ontwerp is niettemin blijven liggen. Omdat het in de vierde Wahlperiode niet opnieuw is ingediend is het niet meer aan de orde.

het ontwerp vergeleken met het Zwitserse recht. Prof. Huber komt tot de conclusie, dat veel van wat voorgesteld is met de Zwitserse jurisprudentie over de persoonlijkheidsbescherming overeenstemt.²⁹

Het Zwitserse recht kent een algemeen recht op privacy als subjectief recht in het Zwitserse Zivilgesetzbuch van 1907, aldus geformuleerd: „Wer in seinen persönlichen Verhältnissen unbefugterweise verletzt wird, kann auf Beseitigung der Störung klagen. Eine Klage auf Schadenersatz oder auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung ist nur in der vom Gesetz bestimmten Form zulässig.”

In artikel 49 van het Obligationen Recht staat dan: „Wer in seinen persönlichen Verhältnissen verletzt wird, hat bei Verschulden Anspruch auf Ersatz des Schadens, wo die besondere Schwere der Verletzung und des Verschuldens es rechtfertigt, Anspruch auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung.....”

De persoonlijke sfeer (waarover niet gepubliceerd behoort te worden) omvat alle feiten „des privaten, beruflichen oder auch wirtschaftlichen Lebens des einzelnen, die nicht bekannt oder allgemein wahrnehmbar sind und auf der sich der Geheimhaltungswille des einzelnen bezieht”.³⁰

Van belang voor de beoordeling van de bescherming, die de privacy tegen waarneming van buiten en publikatie geniet, zijn wellicht nog de onderscheidingen, die prof. H. Huber maakt in de beoordeling van strafbare aantasting van de eer door publikatie door de Zwitserse rechter. Hij onderscheidt drie categorieën. De ambtsdragers in de ruimste zin van het woord, die zich een grote mate van kritiek en beoordeling mochten laten welgevalen. De „reinen” Privatpersonen, die van hun doen en laten aan de openbare mening geen verantwoording schuldig zijn en die zich heel weinig

²⁹ Persönlichkeitsschutz und Pressefreiheit. Gutachten im Auftrag des Bundesministers der Justiz erstattet von dr. Hans Huber und dr. Adolf Schüle. Bonn 1960.

³⁰ Zie het overzicht tot 1959, in het Gutachten des Max Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht, uitgebracht aan het Ministerie van Justitie in Bonn. Met een voorwoord van prof. dr. Hans Döle. Hamburg, 15 mei 1959. Zie ook pag. 73 van het Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des zivilrechtlichen Persönlichkeits- und Ehrenschatzes en de daarbij in Drucksache 1237 (3. Wahlperiode Deutscher Bundestag) gepubliceerde bijlagen.

publiciteit over hun privéleven behoeven te laten welgeval-
len. En de categorie daartussen, mensen, die in de econo-
mie, in de kunst, in de wetenschap, in de sport naar voren
treden of op enigerlei wijze op de openbare mening een
beroep doen.

Van de tweede categorie haalt prof. H. Huber het geval
aan, dat de pers over de verhoudingen in een gezin bericht-
te, waaruit een veertienjarig kind was weggelopen. De hui-
selijke omstandigheden zouden de vertwijfeling van het kind
hebben veroorzaakt. Dit is een grensgeval. In het algemeen
rekent de rechter in Zwitserland het niet tot de taak van
de pers over het privéleven van „reinen Privatpersonen” te
berichten.³¹

Met de gedachte, dat degene, die in het openbare leven
gewild of ongewild (de delinquent, het slachtoffer van een
ernstig ongeluk) een rol speelt op veel minder bescherming
aanspraak mag maken dan degene die geen enkele aanlei-
ding voor publiciteit heeft gegeven werd bij de bepalingen
in het Westduitse wetsontwerp voor het publiceren van
foto's waarop een mens is afgebeeld rekening gehouden.

Het recht op eigen portret is in de Verenigde Staten de
aanloop geworden voor de ontwikkeling van een recht op
privacy als een grondrecht op zichzelf in de wetten van een
aantal staten. De eerste wettelijke maaregelen nam de staat
New York na een proces in 1902 over het recht om iemands
foto als reclamefoto voor meelverpakking te gebruiken zon-
der toestemming van de betrokkene. De gefotografeerde
verloor het proces en dat werd aanleiding voor de wet van
1903, die burgers beschermt tegen het zonder hun toestem-
ming gebruiken van hun afbeeldingen bij de commerciële
reclame.³² De verdere ontwikkeling van het „right to be
let alone”³³ heeft een aantal gevallen van penetratie van
het persoonlijke leven uitdrukkelijk tot onrechtmatige daad
gestempeld. Daaronder het geval van het installeren van
een verborgen aflluistcrapparaat om bewijsmateriaal te ver-
zamelen voor een proces en het geval van het onbevoegd

³¹ Huber, Gutachten t.a.p. pag. 12 tot en met 14.

³² Par. 50 en 51 van de Consolidated Laws of New York.

³³ Vgl. het aardige boek van Morris L. Ernst and Alan U.
Schwartz: *The Right to be let Alone*. Macmillan Comp. New York
1962, waarin een groot aantal gevallen op een onderhoudende wijze
wordt behandeld.

afluisteren en vastleggen van telefoongesprekken.

Het verzamelen van bewijsmateriaal is één van de meest gebruikte aanleidingen voor het gebruik van de verborgen afluister- en afgluurapparaten. Hoe er wordt gedacht over het afluisteren door de justitie werd hiervoor vermeld. Het laten afluisteren van telefoongesprekken of gesprekken „onder vier ogen” door één van de gesprekspartners heeft niet alleen in de Verenigde Staten maar ook in Frankrijk tot een uitgebreide jurisprudentie aanleiding gegeven.³⁴ Daarbij gaat het om de geoorloofdheid van het middel en om de bewijskracht van het aldus verzamelde bewijs. Voor de bewijskracht is beslissend of van de vastgelegde afgeluisterde gesprekken de authenticiteit wordt erkend. Voor de toelaatbaarheid van het verzamelen van bewijs op deze manier gaat het om het standpunt dat men inneemt als één van de partijen buiten medeweten van de ander een gesprek vastlegt.

Een zo absolute uitspraak als prof. dr. Karl Larenz vermeldt³⁵ van een in 1957 gehouden bijeenkomst van juristen, publicisten en andere vertegenwoordigers van het publieke leven in Weinheim, sluit elk bewijs verzamelen op deze manier wel uit. Deze bijeenkomst kwam tot de principe-uitspraak: Heimlicher Tonbandaufnahmen, wo immer sie geschehen, sind ein schwerer Vertrauensbruch. Sie greifen in die von der Rechtsordnung zu schützende Persönlichkeits-sphäre ein.

AFWEGING VAN BELANGEN

Het verweer tegen de afluister- en bespiedapparaten komt vooral voort uit de vrees voor de wereld, die Orwell zo suggestief heeft beschreven. Een maatschappij, waarin ieder geobserveerd en geanalyseerd kan worden. Een samenleving, die de volledige contrôle op het doen, het laten, het spreken en tenslotte het denken van haar leden krijgt.

Daarnaast spelen andere angsten en verlangens een rol. De angst om in de massa op te gaan bijvoorbeeld. Het kan een obsessie worden, nergens meer alleen te zullen zijn,

³⁴ Pierre Mimin: La preuve par magnétophone. Doctrine 1957, 1370.

³⁵ Die Persönlichkeitschutz. Zie hiervoor.

nooit zeker te weten dat men niet gehoord of gezien kan worden.

Radio, television, and a host of detectional apparatus now threaten even the privacy of the bedroom and the closet, for what is whispered can be amplified from the housetop.³⁶

De vrijheid tegenover de staat wordt bedreigd geacht. Het verweer tegen het af luisteren met geheime microfoons is verweer tegen een almachtige justitie. Het verzet tegen het af luisteren van telefoons is gevoed door hetzelfde gevoel. Als het af luisteren van telefoons zomaar kan, staat een groot deel van de communicatie tussen de burgers onder contrôle. Het controleren van deze communicatie is evenals het controleren van de post een middel om de vrijheid van de burgers tegenover de overheid te fnuiken.

De vrijheid, de privacy wordt eveneens bedreigd geacht door de medemens. Door de tegenpartij in de zakenwereld. Door de tegenpartij in een proces, een civiel proccs, een echtscheidingsproces, waarin bewijs wordt verzameld. Door de tegenpartij bij onderhandelingen, bijvoorbeeld tussen werkgevers en werknemers. Door de publiciteitsmedia die nieuws vergaren. Door medeburgers die hun nieuwsgierigheid willen bevredigen. Door ondernemingen die terwille van hun afzet, ter beveiliging van hun belangen, ter contrôle van hun personeel, informaties wensen uit de persoonlijke sfeer.

Nu is er een tegenstelling tussen de bescherming die men zelf wil genieten en de vrijheid die men wenst om over anderen feiten te verzamelen en opinies te vormen. Zoals er ook een tegenstelling is tussen het belang om de grondrechten te handhaven en het belang om de rechtsorde te handhaven, waartoe de staat inbreuk moet kunnen maken op de grondrechten. De vraag in welke mate de privacy beschermd moet worden en in welke mate de staat op de grondrechten inbreuk mag maken is geen juridische vraag. Veeleer gaat het bij het instellen van de balans om de waarde die men aan de belangen hecht, om de visie die men heeft op de ontwikkeling van de samenleving, om de richting die men wenselijk acht en om de beoordeling van de middelen die

³⁶ Voorwoord van Judge Curtis Bok van het Supreme Court of Pennsylvania in „Privacy, The Right to Be Let Alone” van Morris L. Ernst and Alan U. Schwartz, pag. VIII.

men zou kunnen gebruiken om die ontwikkeling in de gewenste richting te sturen.

De balans tussen wat de burgers van elkaar wel en niet hebben te gedogen is een andere dan de balans tussen wat de burger wel en niet behoeft te aanvaarden van de staat bij het betreden van de privé-sfeer.

Het betreden van grond en woning tegen de uitdrukkelijke en kenbare wil van de rechthebbende of bewoner is voor de medeburger verboden en onder de omstandigheden, genoemd in het Wetboek van Strafvordering, aan bij de wet bevoegd verklaarde functionarissen toegestaan. Er is wel verband tussen beide afwegingen. Hoe meer betekenis men aan de privacy hecht, hoe strikter men het recht van de overheid om inbreuk op de privacy te maken zal willen beperken en formuleren. De afweging van bijvoorbeeld het belang van een doeltreffende opsporing van strafbare feiten en het belang van het beschermen van de privacy moet rekening houden met de waardering die de privacy in de hele samenleving geniet.

Derhalve eerst enige opmerkingen over de privacy in de verhouding van mens tot mens.

Het oordeel over wat men wel en niet behoort te weten van de ander verschilt niet alleen naar de tijd maar ook naar de plaats waarin men leeft. Verschillende delen van ons land, verschillende sociale milieu's hebben hun eigen normen. Het stadsgezin is geslotener dan – in sommige streken – het plattelandsgeszin.³⁷ Het gezin van de ongeschoolde in een volksbuurt levende arbeider is opener voor de buurt dan het gezin van een beter gesitueerde.³⁸ De privacy in een dorp met een intens verenigingsleven is anders dan de privacy in de stad. Men weet meer van elkaar, interesseert zich meer voor elkaar, maar is er derhalve meer op bedacht zich niet bloot te geven dan in een grootstedse samenleving.

Het gezin met inwonend personeel heeft minder privacy dan het gezin zonder personeel. De privacy van mensen die een rol in het openbare leven spelen is kleiner dan de pri-

³⁷ Zie, om een voorbeeld uit Nederlandse literatuur te noemen: Dr. C. D. Saal: *Het boerengezin in Nederland*. Assen '58. Of Prof. dr. E. W. Hofstee: *Rural life and rural welfare in the Netherlands*. The Hague 1957. pag. 103 e.v. over de „social groups”.

³⁸ Vgl. Dr. J. Haveman: *De ongeschoolde arbeider*. Assen 1952, pag. 60 e.v.

vacy van hen die geen enkele publieke functie vervullen. Het privéleven van ambts- en gezagsdragers is trouwens mede van invloed op de beoordeling van de geschiktheid voor de functie die wordt vervuld.

Er zijn tekenen dat men eerder minder dan meer om de privacy geeft. Op een enquête over het seksuele leven kregen Kinsey en zijn medewerkers zeer veel antwoorden binnen. Zo snel is de grens verschoven van wat men wel en niet over dit deel van het privéleven durft vragen, dat een enquête onder rooms-katholieken in Zuid-Limburg naar de huwelijksbeleving, gedaan door dr L. A. G. J. Timmermans voldoende studiemateriaal opleverde.³⁰ De openhartigheid waarmee men medewerkt aan radio- en televisieprogramma's van het soort „Dit is uw leven” is eveneens een teken dat men eenmaal in het middelpunt van de belangstelling gebracht of gekomen vreemden een vrij diepe blik in het eigen leven gunt. Deze bereidheid komt tegemoet aan een kennelijk aanwezige belangstelling voor de medemens. Een verlangen dat misschien gestimuleerd is door de popularisering van de psychologie en de psychiatrie.

Bovendien is gebleken van een opmerkelijk grote bereidwilligheid zich aan waarnemingen in de zeer persoonlijke sfeer, de persoon zelf, te onderwerpen. Het feit dat steeds meer particuliere ondernemingen als voorwaarde voor het in aanmerking komen voor een functie stellen, dat de sollicitant zich aan een psychologisch onderzoek onderwerpt, is zonder verzet aanvaard. Evenals de eis dat men zich aan medische keuring onderwerpt om voor pensioenverzekering in aanmerking te kunnen komen. Het lijkt derhalve niet waarschijnlijk dat voor het doen van waarnemingen in de persoonlijke sfeer de behoefte wordt gevoeld aan meer of andere wettelijke regelen dan de bestaande. Tenminste voorzover het gaat om het doen gebruiken en openbaar maken van waarnemingen op de gebruikelijke manier. Er is geen

³⁰ Huwelijksbeleving van katholieke jonggehuwden. Dekker en Van de Vegt, Utrecht/Nijmegen 1964. Wel heeft dr Timmermans de enquête beperkt tot die geselecteerde groep jonggehuwden, die deelnamen aan cursussen voor hen bestemd. Met hen bestond dus een zekere vertrouwensrelatie. Een „at random” gekozen steekproef van Limburgse echtparen zou – meent hij – vele weigeringen om mee te doen hebben opgeleverd, omdat de bevolking veel minder gewend is aan deze wijze van sociaal onderzoek dan in de Verenigde Staten (pag. 16).

aanwijzing dat de normoverschrijdingen bij het doen van waarnemingen in de persoonlijke sfeer – het binnengluuren, het luisteren aan het sleutelgat – toenemen of als ernstiger kwetsing van de privacy worden gevoeld dan voorheen. Er zijn daarentegen veel aanwijzingen dat men tegenover het openbaren van waarnemingen in de persoonlijke sfeer eerder minder dan meer afwijzend staat. Als tenminste de toegenomen bereidheid zelf feiten uit de persoonlijke sfeer mede te delen daarvoor een maatstaf is. Men denke aan de populariteit van vragenrubrieken in dagbladen en tijdschriften.

Aan een bepaling als de Deense, die het openbaar maken van iemands huiselijke aangelegenheden of van andere aangelegenheden die tot de privé-sfeer behoren, doch redelijkerwijze aan de openbaarheid behoren te worden onttrokken, strafbaar stelt, lijkt geen aanwijsbare behoefte te bestaan. Tegen een dergelijke bepaling gevoelen wij bovendien het bezwaar dat men het publiceren van waarnemingen strafbaar stelt, terwijl men het doorvertellen van waarnemingen ongemoeid laat en wel ongemoeid moet laten. Wat strafeloos verteld wordt behoort niet strafbaar te blijven als het openlijk wordt gezegd of gedrukt en verspreid – voorzover er geen sprake is van het plegen van een delict als opruiing zoals dat in ons Wetboek van Strafrecht is geformuleerd. Indien men geen fluister- en roddelcampagnes van mond tot mond wil stimuleren.

Onze wetgever beperkt het strafbaar stellen van het bekend maken van waarnemingen, in de persoonlijke sfeer gedaan, tot diegene die uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift tot geheimhouding verplicht is.⁴⁰ De arts die bekend maakt dat een patiënte in verwachting is, maakt zich aan strafbare geheimschending schuldig. Maar de huisgenoot die dat doet, niet. Wat artikel 272 Sr. beschermt is dan ook volgens prof. dr. D. Hazewinkel-Sugginga niet de privacy, de beslotenheid van het persoonlijk leven, het meest intieme „ik”. Neen, het belang dat de strafrechter beschermt is het belang van de individu die voor zijn noden bij arts, geestelijke, advocaat terecht moet kunnen

⁴⁰ Het „wettelijk voorschrift” is in het ontwerp voor een nieuwe redactie van 272 Sr. opgenomen. In het nieuwe lid 2 wordt de culpose geheimschending geregeld. De Tweede Kamer heeft het voorstel tot wijziging van art. 272 Sr. op 11 febr. '65 (Hand. blz. 1187) aanvaard.

zonder beducht te zijn dat zijn geheim gevaar loopt bij deze ambt-bekleders tot wie hij zich om hulp wendt. Wendt hij zich tot iemand die niet krachtens zijn beroep tot geheimhouding verplicht is, dan is zijn geheim niet door een strafsanctie beschermd.⁴¹

De niet-strafbaarheid van het bekend maken van waarnemingen in de persoonlijke sfeer, behoudens in het geval van art. 272 Sr., betekent nog niet, dat de publiciteitsmedia hun gang maar kunnen of zullen gaan. Het publiceren van sommige waarnemingen in de persoonlijke sfeer zal zo weinig gerechtvaardigd zijn en zo schadelijk voor de betrokkene dat een onrechtmatige daad aanwezig moet worden geacht. Daarbij is te denken aan de Zwitserse opvattingen en de gedachten die neergelegd zijn in het ontwerp voor de Persönlichkeitsschutz in de Bondsrepubliek. Uitgangspunt is steeds dat er zonder instemming van de betrokkene is gepubliceerd en dat de publikaties inbreuk maken op zijn „privacy”. Dan komt men tot het opstellen van groepen. Naarmate een burger op de een of andere wijze meer op de voorgrond treedt wordt het terrein van zijn privacy kleiner en moet hij meer publiciteit gedogen. De publiciteitsmedia dienen mede een algemeen belang. Bij publikaties die inbreuk maken op de privacy moet het persoonlijk belang van de betrokkene tegen het algemeen belang, dat met informatie over de betrokkene is gediend, worden afgewogen.

Het komt ons voor, dat een verdere ontwikkeling van de jurisprudentie ware af te wachten alvorens tot enige beslissing te komen of de mogelijkheden voor de burger om bescherming van zijn privacy te verkrijgen vergroot behoren te worden – of verminderd.

Het is immers ook denkbaar dat de rechter reeds zo gauw aanneemt dat de privacy is aangetast, dat een redelijke voorlichting omtrent personen door de pers in gevaar dreigt te komen.

De publiciteitsmedia zelf zijn bezig zich meer en meer bewust te worden van de publieke functie die zij als particuliere ondernemingen vervullen. De laatste decennia neemt de belangstelling toe voor de ethiek van de publiciteit. Een Press Council in Groot-Brittannië, een Raad voor de Journalistiek in ons land zijn opgericht door de pers om klachten over publikaties te behandelen en de persethiek in de prak-

⁴¹ De doolhof van het Beroepsgeheim. Haarlem 1959, blz. 43 e.v.

tijk vorm te geven. Een van de regels van persethiek is dat het particuliere leven van een privé-persoon niet zonder diens toestemming en zonder enige aanleiding in de publiciteit gebracht behoort te worden. In een Belgische publicatie van Joseph Demartean en Léon Duwaerts⁴² wordt dit uitgangspunt aldus geformuleerd: Al is het privaat leven in principe voor de pers onschendbaar, toch moet men hieruit niet besluiten dat de journalist zich nooit mag of moet bezighouden met particulieren die buiten enig officieel ambt handelen. Immers de pers staat ten dienste van het algemeen belang en heeft tot opdracht haar lezers voor te lichten over al wat hun belangstelling kan wekken, en na te gaan of hetgeen zij waarneemt, wel strookt met het algemeen welzijn dat zij moet dienen.⁴³

Het lijkt de moeite waard de door de pers gecreëerde Raad voor de Journalistiek (opvolgster van de Raad van Tucht van de Federatie van Nederlandse Journalisten)⁴⁴ de gelegenheid te geven om als er klachten zijn aan de persethiek op dit punt nadere inhoud te geven.

Zowel voor de rechter die voor de vraag staat of er van onrechtmatige daad sprake is, als voor de Raad voor de Journalistiek is ongetwijfeld de in het Verdrag van Rome overgenomen bepaling uit de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens – artikel 12 – van betekenis, luidende:

„Niemand zal onderworpen worden aan willekeurige inmenging in zijn persoonlijke aangelegenheden, in zijn gezin, zijn tehuis of zijn briefwisseling, noch aan enige aantasting van zijn eer of goede naam. Tegen een dergelijke inmenging of aantasting heeft een ieder recht op bescherming door de wet”.

Ook al doet de bepaling denken aan een grondrecht dat geformuleerd is om de overheid te weerhouden van willekeur in de persoonlijke sfeer van de burger, de tekst laat

⁴² Rechten en Plichten van de journalist; Algemene Belgische Persbond, Commissie voor de Beroepsmoraal. Pershuis, Brussel.

⁴³ Zie pag. 59.

⁴⁴ Opggericht in 1948. Overzicht van uitspraken van deze Raad in Beslissingen van de Raad van Tucht der Federatie van Nederlandse Journalisten (1948-1961), samengesteld onder toezicht van de voorzitter van de Raad van Tucht, prof. dr J. A. van Hamel. Stenfert Kroese, Leiden '62.

zich ook lezen als een bepaling die iets zegt over de verhouding tussen de burgers.

Civiele rechter en Raad voor de Journalistiek kunnen, wanneer daaraan behoefte blijkt te bestaan, nader normerend optreden als perspublicaties een zodanige inbreuk op de persoonlijke sfeer betekenen, dat er bij de afweging van belangen hetzij voor schadevergoeding reden is hetzij voor een lakende uitspraak van de Raad.

Het komt ons voor, dat er voor de wetgever geen reden is om meer mogelijkheden te openen of bestaande mogelijkheden af te snijden, zolang er nog zo weinig materiaal is om tot een nadere afbakening te komen. De gepubliceerde uitspraken van de Raad van Tucht uit de jaren 1948-1961 bevatten geen enkele uitspraak over een klacht over publicaties die ongemotiveerd inbreuk maken op de persoonlijke sfeer.⁴⁵

RECHTVAARDIGING VAN STRAFSANCTIES

De techniek heeft een inbreuk op de privacy mogelijk gemaakt, waartegen aan een ieder ter beschikking staande bescherming ontbreekt. En deze techniek zal gebruikt worden. De ontwikkeling in de Verenigde Staten laat zien wat ons waarschijnlijk te wachten staat. Zowel de menselijke nieuwsgierigheid als het belang om op de hoogte te zijn van gesprekken in de persoonlijke sfeer drijven naar het gebruik maken van technische vondsten. Daarbij komt, dat er een grote drang is om technische snufjes te gebruiken – het is één van de kenmerken van onze beschaving – en dat een industrie klaar zal staan om dit afzetgebied te exploiteren.

Als wij geen samenleving willen waarin niemand meer zeker kan zijn onafgeluisterd te spreken en onbespied te handelen, dan loont het de moeite na te gaan wat de wetgever kan doen. Daarbij valt in de eerste plaats te denken aan de strafwet. De strafwet die niet de gewone argeloosheid beschermt maar wel degene, die met de in art. 326 Sr.

⁴⁵ De klachten zijn samengevat in vijf groepen: 1 Beweerde onjuistheid van feitelijke berichten of beschouwingen; 2. Recensies; 3. Strijd tussen journalistieke publicaties en andere belangen; 4. Niet-journalistieke bijmotieven; 5. Verwikkelingen bij het benutten van nieuwsbronnen.

genoemde middelen wordt opgelicht. De strafwet, die in art. 138 de huisvrede beschermt.

Aan de strafwet valt ook daarom te denken omdat er, wil men de af luisterpraktijken keren, die werken met behulp van de moderne techniek, behoefte is aan scherp afgebakende grenzen. Niet de privacy van een persoon maar de privacy als te beschermen goed is de inzet. Het gaat minder om het handhaven van normen dan om het vormen van normen. Omdat het gevaar nieuw is en de kans groot om in een volkomen onoverzichtelijke situatie te geraken waarin de bereidheid ontstaat zich bij het als onvermijdelijk beschouwde neer te leggen.

Bovendien lijkt het gemakkelijker passende maatregelen te treffen als het af luisteren nog geen dagelijkse praktijk is met in het af luisteren gespecialiseerde mensen, dan wanneer de af luistertechniek zich reeds heeft ingeburgurd.

De strafsancie impliceert dat het handhaven van de privacy tegen de aantasting door af luistertechniek als een algemeen belang wordt beschouwd. Een algemeen belang dat de overheid heeft te behartigen. En doeltreffende afweer zal niet wel mogelijk zijn zonder opsporing en vervolging van inbreuk op de privacy met behulp van de moderne techniek. Ook dat is alleen met de creatie van strafsancies te bereiken. Waar het gaat om het stellen van normen en het inscherpen van de bedenkelijkheid van dit soort af luisteren moet ook waarde gehecht worden aan de generaal preventieve werking die van strafsancies verwacht mag worden. Met name van strafsancies, die gedragingen strafbaar stellen die frequent kunnen voorkomen en op zichzelf betrekkelijk onschuldig zijn. De afweer tegen inbreuk op de privacy is immers een afweer tegen gedragingen die, als zij worden toegelaten, grotere gevaren oproepen. Te denken valt aan chantage met door af luisteren verkregen gegevens, om één van de misbruiken te noemen uit de Verenigde Staten. De afweer tegen de af luister- en bespied-techniek is te vergelijken met de afweer tegen het besturen van auto's onder invloed van alcohol. Een vergelijking die zich ook opdringt omdat de af luisterapparatuur is te vervaardigen uit onderdelen die vrij verkrijgbaar zijn en zullen zijn. Een geoefend knutselaar zal in een niet te verre toekomst af luisterapparaten kunnen bouwen. Tenslotte verdient het aanbeveling om de mogelijkheden van de strafsancies te bezien omdat de

strafsanctie iedereen in de bescherming van de justitie brengt. Het aanspannen van een actie tot schadevergoeding door degene die het slachtoffer van een verborgen af luisterapparaat is geworden, vereist niet alleen het initiatief van het slachtoffer maar ook een zekere vertrouwdheid met de mogelijkheden die het burgerlijk recht biedt. De gang naar de politie is velen vertrouwder dan de gang naar de burgerlijke rechter. En daar komt bij dat het opsporen van de af luisteraar veelal alleen de justitie zal kunnen gelukken.

Van de gedragingen waarom het hier gaat gelden de criteria, die prof. mr. L. H. C. Hulsman in zijn inaugurele oratie „Handhaving van Recht”, gehouden in Rotterdam op 28 jan. '65, heeft aangegeven voor inschakeling van het strafrecht. Te weten : – de benadeelde zal in de regel niet in staat zijn degene die het nadeel veroorzaakt te identificeren ; – het onrecht brengt onvoldoende geïndividualiseerd nadeel te weeg om het instellen van een civiele actie te rechtvaardigen ; – het onrecht is maatschappelijk zo nadelig dat uit een oogpunt van opsporing of sanctie niet met civielrechtelijke handhaving kan worden volstaan.

Het scheppen van een strafrechtelijke afweer zal de wetgever voor een aantal moeilijk op te lossen vraagstukken plaatsen. Enkele springen in het oog.

Het delict van het af luisteren of bespieden zou een klachtdelict kunnen zijn. Men kan zich gevallen voorstellen waarin het slachtoffer op vervolging geen prijs stelt. Niettemin zijn er tenminste twee redenen om dit delict niet als een klachtdelict te beschouwen. Vooreerst de wenselijkheid om te accentueren dat het niet om de bescherming van een vooral persoonlijk belang – zoals de eer – gaat maar om de bescherming van een algemeen belang, de privacy, in een maatschappij waarin zich een kolossale af luister techniek ontwikkelt. In de tweede plaats omdat in al die gevallen waarin wordt afgeluisterd om te kunnen chanteren het eerste doel van de afperser zal zijn het voorkomen van het indienen van een klacht door het slachtoffer.

Een essentieel element van het eventueel strafbare af luisteren zal zijn dat het verborgen gebeurt. Het gaat om de verborgen microfoon. En het bespieden geschiedt met de verborgen camera. Bij het trekken van de grens tussen strafbare en niet strafbare gedraging zal het element van het

verborgene, het stickeme een rol moeten spelen.

Tevens zal het wellicht onvermijdelijk zijn om in eventuele strafbaarstellingen de opzet, ja het oogmerk om af te luisteren op te nemen. Immers het is niet de bedoeling het bezit en gebruik van dicteerapparaten, bandrecorders, telelenzen en wat dies meer zij op zichzelf strafbaar te stellen. Het gaat om het gebruik, het misbruik dat van af luisteren opname-apparatuur wordt gemaakt.

Ook zal de vraag moeten worden beantwoord of men het af luisteren met toestemming van één van degenen die in gesprek zijn, strafbaar wil stellen. Er is reeds een zekere praktijk. Bijvoorbeeld in het laten meeluisteren van een telefoongesprek zonder dat de gesprekspartner aan de andere kant het weet. En het op de band vastleggen van een telefoongesprek of een in een vertrek gevoerd gesprek zonder dat de gesprekspartner dat weet.

Wil men dat ook als strafbaar af luisteren beschouwen? De vraag zal rijzen in hoeverre men gebruik mag maken van gegevens, door strafbaar af luisteren verkregen. Een vraag die zich eventueel anders laat beantwoorden voor de particulier dan voor de rechter. Waar het om het vaststellen van de waarheid gaat kan men zich voorstellen dat ook het strafbaar stellen van het gebruik van wat elektronisch is afgeluisterd de rechter niet zal weerhouden aldus verkregen bewijsmateriaal te aanvaarden. Terwijl men anderen gebruik van dit materiaal ontzegt.

Eenmaal op het pad van de strafbaarstelling van door de moderne techniek mogelijk geworden af luister- en bespied-praktijken komt de vraag aan de orde of de strafwet alleen het huis moet beschermen, zoals artikel 138 Sr. doet. Zou een dergelijke bescherming zich niet evenzeer tot een werkvertrek en een kantoor en een conferentiekamer in een hotel moeten uitstrekken? Zou ook de privacy buitenshuis niet voor bescherming in aanmerking moeten komen? Kiest men deze weg dan zal het recht van de bewoner om zijn huis in te richten zoals hij wil eventueel moeten wijken voor het recht van de bezoeker om niet door verborgen microfoons of camera's heimelijk afgeluisterd of bespied te worden. Het is daarentegen ook mogelijk dat men het recht van de bewoner om in zijn huis de apparaten aan te brengen die hij wenst, laat prevaleren – en daarmee rekening houdt met het formuleren van de strafbepalingen.

Als de wetgever strafbepalingen in het leven roept tegen het af luisteren en bespieden met moderne technische mid delen komt de vraag aan de orde of daarmee kan worden volstaan. Er zal verschil van behandeling moeten zijn van de af luister-apparaten enerzijds en van de camera's en te levisie-apparaten anderzijds. Een strafbepaling tegen het hebben en gebruiken van een af luisterapparaat zoals de staat New York heeft, laat zich wel denken. Een strafbepaling tegen het hebben en gebruiken van een camera niet.

Maar indien men bepaalde manieren van televisie- en camera-gebruik strafbaar stelt, zal men dan het gebruik van de doorzichtige spiegel straffeloos kunnen laten? Dit middel om heimelijk te bespieden is van vóór de ontwikke ling van de moderne techniek. Maar het is een vorm van bespieden die nauwelijks verschilt van het bespieden met een verborgen t.v.-camera.

In een beleid dat er op uit is de aandacht voor het goed van de privacy te vragen zal ook aan de orde moeten komen of de strafbepalingen die het geheim van post-, telefoon- en radio-verkeer behoeden nog wel voldoen. Temeer waar met name post- en telefoonverkeer in vele grote bedrijven plaats vindt door kanalen waarvoor de overheid niet meer verantwoordelijk is.

Het komt ons voor, dat buiten de strafbepalingen die het geheim van post-, telefoon-, telegraaf- en radioverkeer be schermen alleen de bepaling die de huisvredebreuk strafbaar stelt een aanknopingspunt biedt voor de ontwikkeling van een strafrechtelijke afweer tegen de af luistertechniek. De wetgever heeft bij het strafbaar stellen van „hinderlijk vol gen” (art. 426 bis Sr.) niet aan de privacy-bescherming ge dacht maar aan het vrijwaren van werkwilligen voor over last, hen door stakers aangedaan. Waar een Algemene Po litie Verordening als die van Amsterdam het zitten op stoe pen en vensterbanken zonder toestemming van de bewoner verbiedt gaat het blijkbaar minder om het inkijken bij dan om het uitkijken van de bewoners.⁴⁶

Een strafrechtelijk optreden op zichzelf heeft slechts een beperkt effect. Het strafbaar stellen van verkeersgedragin gen en het straffen van verkeersdelinquenten behoort deel te zijn van verkeersopvoeding, dat wil zeggen van verkeers-

⁴⁶ A. P. V. Amsterdam art. 82d.

onderwijs en propaganda voor veilig verkeer. Bovendien behoort het verbeteren van voertuigen en wegen tot beleid dat beoogt grotere veiligheid te scheppen. In een dergelijk complex van maatregelen en activiteiten past het opstellen en hanteren van strafbepalingen als een deel van het stuurmechanisme van de maatschappij. Tot de strafbaar gestelde gedragingen behoren sommige die, als het veroorzaken van lichamelijk letsel en dood door schuld, op zichzelf zeer laakbaar zijn. Andere gedragingen zijn strafbaar gesteld om te verhinderen dat het tot erger of echt wangedrag komt.

Bij een poging om het door afluisteren en bespieden met behulp van de moderne techniek ondermijnen van de privacy tegen te gaan zal de strafwet ook veel hebben van een instrument dat naast andere instrumenten gebruikt pas rendement oplevert. Een aantal gedragingen zal strafbaar gesteld moeten worden om te verhinderen dat ernstiger delicten worden gepleegd. Het zoveel mogelijk markeren van de betekenis van de privacy zal niet alleen aan de strafwet overgelaten mogen worden. Het strafrechtelijk optreden zal begeleid moeten worden door volksopvoeding. Maatregelen van strafrechtelijke aard zullen vergezeld moeten gaan van maatregelen en beleid op andere terreinen. Die terreinen kunnen ver van elkaar liggen.

Te denken valt bijvoorbeeld aan een beïnvloeding van de openbare mening over het enquêteren. De bewerking van de consument is in onze samenleving een behoefte geworden voor de producent. Hij kan niet meer zonder marktverkenningen. Hij schakelt experts in die met allerlei enquête-technieken de smaak, het snobisme, de gevoeligheid, de onbewuste begeerten en verlangens van de consument trachten op te sporen. De bereidwilligheid en het genoegen waarmee wordt geantwoord is even treffend als de vrijmoedigheid waarmee en waarnaar wordt gevraagd. Onze samenleving is zich nog nauwelijks bewust dat er grenzen zijn aan wat men vragen mag, dat het doel waarvoor wordt gevraagd van invloed behoort te zijn op wat men vraagt en dat het antwoorden op vragen allerminst vanzelf spreekt. De experts die vragen stellen weten hun vragen zo te formuleren dat het antwoord meer of andere dingen openbaart dan degene die antwoordt zelf bescft. Een samenleving die de privacy wil beschermen zal er niet aan ontkomen op dit nieuwe terrein nieuwe normen te scheppen.

Een ander voorbeeld: hoe hoog de privacy in het huis ook in aanzien heeft gestaan, het heeft onze maatschappij niet verhinderd voor de minst draagkrachtigen krotten, één- en tweekamerwoningen en huurkazernes te bouwen, die van de privacy voor belangrijke aantallen mensen weinig overlaten. Een afweer tegen de inbreuk op de privacy door de moderne techniek zal zijn weerslag moeten hebben in de eisen die aan de huisvesting, aan de geluidsdichtheid van flats bijvoorbeeld, zullen moeten worden gesteld.

Ook het gebruik dat van de psychotechniek wordt gemaakt zou niet buiten beschouwing mogen blijven. Meer en meer heeft deze techniek zich ontwikkeld tot een selectie-instrument, dat door overheid en bedrijfsleven wordt gehanteerd bij het aanstellen van personeel. De toestemming van de sollicitant om de waarnemingen van en in zijn persoon te ondergaan is fictiever naarmate het aantal ondernemingen en overheidsdiensten dat de psychotechniek gebruikt, toeneemt. Er zijn geen garanties dat deze waarnemingen geheim blijven. Het is trouwens niet het belang van de sollicitant maar van de werkgever, dat voorop staat. Tot het hanteren van de psychotechniek is iedereen „bevoegd”.

Over de vlucht die deze aantasting van de privacy heeft genomen bestaat in de Verenigde Staten van Amerika hier en daar een even grote verontrusting als over de aantasting van de privacy met technische af luisterapparaten.⁴⁷ Het gebruik en misbruik van deze tests heeft enorme omvang aangenomen. Daar is de vraag aan de orde waar de werkgever het recht vandaan haalt een sollicitant te onderwerpen aan een „personality-test”, waarbij met behulp van de moderne techniek getracht wordt „achter de schermen” te kijken. In Nederland gaat het testen, ook door overheidsdiensten, nog onbekommerd door alsof er geen kou aan de lucht is. Bij een verweer tegen af luister technieken zal een verweer tegen de psychotechniek, anders dan op verzoek van de betrokkene die zich door een bureau voor beroepskeuze wil laten adviseren, en onder garantie van deskundigheid en geheimhouding, vroeg of laat aan de orde moeten komen. Eventueel ook met behulp van de wet.

⁴⁷ Dat blijkt bijvoorbeeld uit Arnold Beichman: Who will be watching you? Spectator 7081 - maart 1964 pag. 335/337. En uit een boekje als dat van Martin L. Gross: The brainwatchers, Signet Book 1963.

Een vierde terrein dat verkend zou moeten worden is dat van de staatsburgerlijke vorming. Niet alleen vergt het functioneren van de democratische staat een minimum aan kennis en inzicht van de staatsinstellingen bij de burger. Het besef van vrijheid en eigenwaarde, essentieel voor de rechtsstaat, moet gevoed worden door een algemeen verbreide kennis van tenminste de grondrechten. Wil een strafrechtelijk verweer tegen aantasting van de privacy door de moderne techniek nut afwerpen dan zal het bestendig laten doordringen van de grondrechten in het bewustzijn van ons volk, onze jeugd, noodzakelijk zijn. Omdat in de grondrechten de gedachte van een eigen leven, een eigen recht, een eigen persoonlijke sfeer van de burger in de allereerste plaats verankerd ligt.

Ingebed in een veelomvattend beleid zal, evenals bij het streven het verkeer hanteerbaar te houden, het strafrecht een rol kunnen vervullen bij het binnen de perken houden van het gebruik van nieuwe af luister- en bespiedtechnieken. Het zou aanbeveling verdienen om de afweer op te bouwen vóór deze golf van toegepaste techniek over de Nederlandse samenleving heen spoelt.

Omdat deze strafrechtelijke afweer voor een belangrijk deel van typisch normvormende aard zal zijn, is het voor de wetgever en voor de strafrechter van groot belang, dat het spanningsveld bekend is waarin deze strafbepalingen moeten werken. Sociologisch onderzoek zal moeten worden verricht om te weten hoe in ons volk de gevoelens en gedachten zijn. Temeer omdat er een kans is dat de bescherming van de privacy de in de problematiek geïnteresseerden veel nader aan het hart ligt dan de grote massa van ons volk — gezien de graagte waarmee nieuwe technische snufjes worden toegepast. De onbezorgdheid waarmee de psychotechniek in haar huidige maatschappelijke functie is aanvaard en wordt gehanteerd is een teken aan de wand.

Bij het normvormend sturen met behulp van de strafwet is het een zaak van uiterste zorgvuldigheid de afstand te kennen tussen de norm die men wil vormen of in een grote groep van de bevolking wil handhaven en het bestaande normbesef. Omdat strafrechtelijk sturen altijd bijsturen is, moet men de koers weten teneinde de mogelijkheid van correctie te kunnen schatten.

De suggesties voor een aantal wettelijke (straf)bepalin-

gen die hier worden gedaan, pretenderen dan ook niet meer te zijn dan een uitgangspunt ter bepaling van de gedachten. Sociologische research-arbeid zal pas een verantwoorde strafrechtelijke aanpak mogelijk maken.

BESCHERMING VAN GRONDRECHTEN

De nauwe verbondenheid van elke afweer tegen verdere aantasting van de privacy met het functioneren van de bestaande grondrechten wettigt, menen wij, nog enige opmerkingen over deze grondrechten. Behalve enkele suggesties voor een strafrechtelijke afweer zouden wij ook een betere strafrechtelijke beveiliging van enige grondrechten die de privacy beschermen tegen anderen dan de overheid en haar dienaren in overweging willen geven.

In de verhouding burger-overheid zijn de grondrechten voorzover het om waarnemingen in de persoonlijke sfeer en het gebruiken van die waarnemingen gaat in bij de wet omschreven gevallen onder in de wet gestelde waarborgen geheel of gedeeltelijk buiten werking gesteld. Het Wetboek van Strafvordering regelt de voorwaarden waaronder een verdachte en een getuige zich moeten onderwerpen aan onderzoek van persoon en kleding.

Art. 29 Sv. en 173 Sv., die beogen te garanderen dat van de verdachte geen verklaring wordt verkregen waarvan niet gezegd kan worden dat zij in vrijheid is afgelegd, veroorlooft de verdachte zijn gedachten voor zich te houden en daar de afbakening van zijn privacy te leggen waarbinnen de justitie niet zonder zijn toestemming mag doordringen. Of met toestemming van de verdachte technische middelen als de liedetector mogen worden toegepast is voor discussie vatbaar.⁴⁸

Verder hebben bij de wet daartoe bevoegd gemaakte ambtenaren in door de wet vastgestelde situaties het recht woningen te betreden tegen de wil van de bewoner, om waarnemingen te doen in de persoonlijke sfeer. Voor het geval dat het onder strafbedreiging verboden zou worden om met elektronische middelen af te luisteren of met geheime camera's te fotograferen, rijst de vraag of de justitie onder bij wet vast te stellen voorwaarden het recht moet

⁴⁸ Zie bijvoorbeeld Hand. N. J. V. 1956.

hebben om wel van deze hulpmiddelen gebruik te maken bij de opsporing van strafbare feiten.

Het is mogelijk de lijn, die wij kennen voor het betreden van woningen, door te trekken en bij ernstige verdenking van een misdrijf het af luisteren van een woning bij wet mogelijk te maken. Men kan zich echter ook op het standpunt stellen dat het vrijwaren tegen af luisteren van een woning van zo grote betekenis is voor onze samenleving dat ook de justitie die bevoegdheid niet behoort te hebben. De justitie is door art. 29 Sv. ook drastisch beperkt in haar middelen om een verklaring van een verdachte los te krijgen. Het past derhalve in onze rechtsopvatting ter bescherming van de persoon grenzen te stellen, die ook terwille van de opsporing van strafbare feiten niet mogen worden overschreden.

Wij zouden de justitie niet de bevoegdheid willen geven met elektronische middelen woningen en daarmee gelijk te stellen ruimten af te luisteren.

De andere grondrechten die steeds ter sprake komen bij de bescherming van de privacy zijn het briefgeheim en het geheim van telegraaf en telefoon. Vooral het telefoongeheim speelt een grote rol omdat het af luisteren van de telefoon één van de vraagstukken is waarover de discussie gaat bij de ontwikkeling van af luistertechnieken.

Het gaat hier niet om de privacy van de eigen woning of het directe gesprek van mens tot mens. Het gaat om de verbinding tussen twee mensen die zich op een afstand van elkaar bevinden. Die verbindingen heeft de wetgever willen beveiligen. In Nederland worden deze verbindingen door de staat verzorgd. De strafrechtelijke beveiliging is derhalve gericht tegen ambtenaren die het geheim schenden van aan hen toevertrouwde post en telegrammen en door hen tot stand gebrachte telefoonverbindingen (art. 371-375 Sr.)

De justitie is weer bevoegd zich de brieven en telegrammen en door de telefonist verkregen wetenschap te laten overhandigen en meedelen (art. 100-102 en 114 Sv.). De vordering daartoe kan aan ieder – dus niet alleen aan bevoegde ambtenaren – worden gedaan. Vandaar dat de desbetreffende bepalingen van het Wetboek van Strafvordering, de artikelen 217-219, waarin het recht om zich van het geven van getuigenis te verschonen wordt geregeld, van

overeenkomstige toepassing worden verklaard. Terwijl in de delictsommschrijving, waarbij ambtenaren wordt verboden de inhoud van poststukken, telegrammen en telefoongesprekken bekend te maken, de wederrechtelijkheid als element is opgenomen.

De bepalingen die het geheim van de verbindingen tussen de burgers beschermen en de bevoegdheden van de justitie regelen zijn verouderd. Het briefgeheim is op aandringen van Thorbecke in 1848 in de Grondwet gebracht toen het postverkeer snel aan betekenis ging winnen. Dat is met het telefoon- en telegraafgeheim niet gebeurd toen deze verbindingen een grote rol gingen spelen.

Het briefgeheim, vastgelegd in art. 173 van de Grondwet, is zo uitdrukkelijk alleen als een tegenover de overheid te beschermen grondrecht gezien, dat de strafbepalingen alleen het geheim beschermen zolang de brief onder de hoede is van de P.T.T. Art. 201 Sr. luidt: „Hij die opzettelijk brieven of andere stukken, aan een post- of telegraafkantoor bezorgd of in een postbus gestoken aan hun bestemming onttrekt, opent of beschadigt, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar.” Dit delict is geen delict tegen de brieveschrijver of briefontvanger maar een delict tegen het openbaar gezag. Er is dan ook strafbaar gesteld het aan hun bestemming onttrekken, openen of beschadigen van brieven of andere stukken. Het kennis nemen van de inhoud zonder de brief te openen of te beschadigen is niet strafbaar gesteld. En deze beveiliging van het briefgeheim tegen de medeburger lijkt op te houden als de brief door de P.T.T. is besteld – al dan niet aan het juiste adres.

De bevoegdheden van de justitie regelen zorgvuldig de omstandigheden waaronder en de wijze waarop bij in beslag nemen en openen van brieven zal worden gehandeld. Maar de wetgever gaat er van uit dat brieven geopend moeten worden om van de inhoud kennis te kunnen nemen (art. 100-102 Sv.). Wel heeft de minister-president bij een gedachtenwisseling over het brief- en telefoongeheim in de Tweede Kamer op 29 oktober 1963⁴⁹ aan de afgevaardigde mr. Geertsema geantwoord, dat op het doorlichten van brieven de bepalingen over het openen van brieven van toepassing zijn, maar dat lijkt, gezien de intentie van art. 201

⁴⁹ Handelingen 1963-'64, pag. 222.

Sr., niet zeker. En als de justitie in de gevallen dat zij brieven opent ook zou mogen doorlichten, zou het correct zijn te bepalen dat, voorzover het belang van het onderzoek dat niet verbiedt, ook doorgelichte brieven worden gewaarmerkt, zoals art. 102 lid 2 Sv. voor geopende brieven voorschrijft.

Het telegraaf- en telefoongeheim, niet in de Grondwet geregeld, is alleen beschermd door strafbepalingen die het de ambtenaren, belast met de P.T.T.-dienst, verbieden onbevoegden te laten delen in de kennis van telegrammen en telefoongesprekken, die zij in hun dienst opdoen. Niet alleen het bedienen van de telegraaf en de telefoon, ook het opsporen van storingen, het repareren en andere werkzaamheden betrekken het personeel in gevoerde gesprekken. Daar komt bij dat art. 14 van de Telegraaf- en Telefoonwet 1904 de bevoegdheid geeft om telefoongesprekken te weigeren of te stuiten en telegrammen te weigeren als de inhoud in strijd wordt geacht met de veiligheid van de staat, de openbare orde of de goede zeden.

Er ontbreekt enige bepaling, te vergelijken met art. 201 Sr. over telefoongesprekken en telegrafisch verkeer.

In antwoord op vragen van de afgevaardigde dr. Vondeling heeft de minister-president in de Tweede Kamer op 29 oktober 1963 geantwoord: „het is niet mogelijk in telefoongesprekken mee te luisteren zonder toestemming of medewerking van de P.T.T. Ik laat buiten beschouwing het uitzonderlijke geval van een technische storing of een strafbaar handelen in strijd met de regels van het vrije telefoonverkeer”.⁵⁰ De minister-president heeft daarbij wellicht de strafbare handeling, geformuleerd in art. 375 bis Sr., op het oog gehad. Daarin wordt de ambtenaar van enige openbare instelling van vervoer of van de telegrafie of telefonie strafbaar gemaakt, die opzettelijk toestaat dat een ander het telefoon- of telegraafgeheim schendt. Met andere woorden, de ambtenaar die een onbevoegde laat meeluisteren en het gehoorde laat bekend maken is strafbaar.

De Amerikaanse ervaringen leren echter dat weliswaar voor de klassieke wiretap met een draad van de lijn als regel de hulp van een telefonie-beambte nodig is om de gewenste lijn te vinden, maar dat moderne methoden van af luisteren

⁵⁰ Handelingen Tweede Kamer 1963-'64, pag. 221.

met behulp van andere apparaten die hulp overbodig maken. Ook is voor het aanbrengen van een af luisterapparaat in of bij een telefoontoestel geen hulp nodig van een employé van de telefoonmaatschappij.

Het verdient daarom toch overweging of er geen behoefte bestaat aan een strafsanctie tegen het af luisteren van telefoon- en telegraafgesprekken die tegen „ieder” is gericht. En dan zou het delict dat strafbaar wordt gesteld geen gedraging, gericht tegen het openbaar gezag, moeten zijn maar een gedraging tegen de privacy van personen.

Verouderd schijnen weer de bepalingen in het Wetboek van Strafvordering, waarin de bevoegdheid wordt geregeld van de justitie. De bepalingen dateren van vóór de telefoonautomatisering. Was daarvóór de telefonist een functionaris die de justitie kon inlichten over de verbindingen die hij tot stand had gebracht met een bepaald nummer, na de automatisering is hij dat niet meer. De wet bepaalt in art. 100 lid 3 Sv. dat ieder die werkzaam is bij een instelling van telefonie, de door de officier (voor de rechter-commissaris geldt hetzelfde) gewenste inlichtingen geeft terzake van al het verkeer dat door tussenkomst van deze instelling is geschied. De officier kan dus geen opdracht geven tot af luisteren aan iemand, werkzaam bij de telefoon.

Is dat ook vol te houden bij een geautomatiseerde telefoon?

Ook valt op dat de door de justitie in beslag genomen brieven voorzover die van belang zijn voor het onderzoek bij de processtukken moeten worden gevoegd (art. 102 lid 1 Sr.). Omtrent de verkregen inlichtingen van de telefoonemployé is niets soortgelijks bepaald. Indien men ten behoeve van de justitie onder bij de wet bepaalde omstandigheden zou mogen af luisteren is de techniek van het op de band opnemen thans zo algemeen in gebruik dat soortgelijke bepalingen over het op de band opgenomen materiaal zouden moeten worden overwogen. Daar is vóór te zeggen, dat de verdachte recht heeft de inhoud te kennen van de stukken die tot het bewijs van het ten laste gelegde hebben bijgedragen. Het argument tegen geeft de praktijk in Groot-Brittannië waar afgeluisterde telefoongesprekken als aanwijzingen worden behandeld en waar de banden waarop de gesprekken zijn vastgelegd door de justitie worden vernietigd. Het bewijsmateriaal wordt mede naar aanleiding van

de door af luisteren verkregen aanwijzingen vergaard. Men vernietigt de banden omdat bij het afgeluisterde gesprek met de verdachte altijd een ander betrokken is en men de inbreuk op de privacy van die ander tot het onvermijdelijke minimum wil beperken.

De vraag of de justitie onder dezelfde omstandigheden waaronder zij brieven en telegrammen mag in beslag nemen ook telefoongesprekken mag af luisteren of laten af luisteren heeft verscheidene aspecten. De terughouding van onze wetgever is begrijpelijk. Het in beslag nemen van brieven zal geschieden bij een sterke aanwijzing dat die brieven zelf bewijsmateriaal bevatten over een delict dat is gepleegd of staat gepleegd te worden. Het af luisteren van telefoongesprekken zou bij ernstige verdenking reeds kunnen worden toegepast als één van de middelen om de gangen van een verdachte te volgen, zonder dat er speciale reden is om juist te verwachten dat die telefoongesprekken bewijsmateriaal opleveren. Bovendien is het, wanneer af luisteren van telefoongesprekken is toegestaan aan of ten behoeve van de justitie soms onvermijdelijk het nummer van een publieke telefooncel onder controle te houden, waardoor de justitie ook de privacy doorbreekt van personen die met de verdachte niets hebben uit te staan.

Een ander aspect is het nut dat de opsporing van delicten van het af luisteren heeft en de ernst van de criminaliteit waarop de opsporing is gericht. In de Verenigde Staten menen velen dat de justitie het middel van het af luisteren van de telefoon niet kan missen. Anderen daarentegen achten het niet aantoonbaar dat de criminaliteit door minder intense opsporing stijgt waar de justitie niet mag af luisteren. Degenen, die het af luisteren door de justitie verdedigen, wijzen op delicten als kidnapping, waarbij het af luisteren van telefoongesprekken voor het redden van het ontvoerde kind beslissend kan zijn.

In Groot-Brittannië menen velen, dat de zekerheid dat de telefoon niet wordt afgeluisterd aan de Londense georganiseerde misdaad een grote voorsprong bij het organiseren van overvallen zou geven. De justitie zou ernstig worden belemmerd bij het handhaven van recht en veiligheid.

Ervan overtuigd dat het af luisteren van de telefoon een verder gaande inbreuk op de privacy is dan het openen van brieven menen wij toch, dat het af luisteren door de justitie

in principe mogelijk moet zijn als de ontwikkeling van de criminaliteit in Nederland daartoe zou nopen. Zolang dat niet het geval is zou de huidige toestand behouden kunnen blijven, hoe weinig inlichtingen na de automatisering de telefonisten nog aan de justitie kunnen geven.

De bepalingen omtrent het telefoongeheim laten ten slotte toch nog de mogelijkheid open dat er van overheidswege wordt afgeluisterd. Niet terwille of in opdracht van de justitie maar in opdracht van de regering terwille van de staatsveiligheid, zoals de minister-president heeft verklaard.⁵¹

De justitie is gebonden aan de bepalingen van art. 100 e.v. Sv. En het Wetboek van Strafrecht stelt en de ambtenaar die wederrechtelijk inlichtingen geeft aan onbevoegden strafbaar en de ambtenaar die zich met overschrijding van zijn bevoegdheid inlichtingen laat geven over de inhoud van brieven, telegrammen en telefoongesprekken (art. 371 Sr.). Dat neemt niet weg dat de regering een ambtenaar de bevoegdheid kan geven af te luisteren en het resultaat van zijn af luisteren aan de regering mee te delen. Een dergelijke ambtenaar handelt, naar wij uit wat minister-president Marijnen heeft gezegd afleiden, volgens de regering niet in strijd met de strafwet. En de ambtenaar van de instelling voor telefonie die hem behulpzaam zou zijn zal dan niet wederrechtelijk handelen.

Het is wél merkwaardig, dat de bevoegdheden van de justitie in art. 100 Sv. minutieus zijn geregeld, waarbij af luisteren of doen af luisteren haar niet is toegestaan, dat de telefonie-ambtenaren met straf worden bedreigd als zij wederrechtelijk het telefoongeheim bekend maken of anderen in staat stellen dit bekend te maken, dat ambtenaren die zich onbevoegd de inhoud van telefoongesprekken laten meedelen, strafbaar zijn en dat de regering niettemin ambtenaren met af luisteren kan belasten.

Zowel prof. mr. C. H. F. Polak als mr. J. H. Smeets, die in het Nederlands Juristenblad⁵² daarover van gedachten hebben gewisseld, staat op het standpunt dat een wettelijke

⁵¹ Handelingen Tweede Kamer 1963-'64 pag. 220, 221.

⁵² N.J.B. 23 nov. 1963 afl. 40 pag. 935-936. N.J.B. 21/28 dec. 1963 afl. 44/45 pag. 1038-1040. N.J.B. 15 febr. 1964 afl. 7 pag. 164-166.

regeling noodzakelijk is, waarin deze bevoegdheid van de regering wordt vastgelegd. Mr. Smeets meent dat artikel 8 van het Verdrag van Rome sedert de goedkuring door Nederland in 1954 reeds daartoe noopt. Prof. Polak betwijfelt dat, maar acht, nu de bestaande (straf)bepalingen volgens de regering een dergelijke opdracht niet onmogelijk maken, een wettelijke regeling gewenst.

Als het telefoongheim en het telegraafgeheim evenals het briefgeheim als grondrecht in de Grondwet waren opgenomen en zoals in art. 173 Grondwet met het geheim der aan de post of andere openbare instelling van vervoer toevertrouwde brieven onschendbaar was verklaard, behalve op last des rechters en in de gevallen in de wet omschreven, zou er geen twijfel mogelijk zijn geweest. Kiest men deze redactie voor het opnemen van het telefoon- en telegraafgeheim in de Grondwet, dan sluit men opdrachten tot af luisteren ten behoeve van de staatsveiligheid buiten de rechter om, uit. Indien men deze mogelijkheid wil behouden dan zal men bij het telefoongheim de woorden „op last des rechters” niet moeten gebruiken. De wet zal dan wel moeten aangeven, wie ter beveiliging van de staat bevoegd is te laten af luisteren in afwijking van de daarvoor eventueel op te nemen bepalingen in het W. v. Sv. Dit zullen gevallen zijn, waarbij er van een ernstige verdenking van misdrijf (nog) geen sprake behoeft te wezen. Bij het opnemen van telegraaf- en telefoongheim in de Grondwet ware ook te denken aan de telex, een communicatiemiddel dat in het Wetboek van Strafrecht en Strafvordering nog niet voorkomt en dat met de geautomatiseerde telefoon te vergelijken is. Al vallen de geproduceerde telexberichten onder de schriftelijke stukken die zich voor inbeslagneming lenen. Ook als het om ponsbanden gaat.

Wat hier over de privacy van de verbindingen is geschreven houdt geen rekening met de wettelijke voorzieningen voor buitengewone omstandigheden.

Het geheel van de grondrechten die de geheimhouding van het verkeer tussen burgers garanderen, voorzover dat plaats vindt per post, telegrafie, telefonie en telex, overzien de komen wij tot de aanbeveling:

1. Het telefoon-, telegraaf- en telex-geheim als grondrecht in de Grondwet onschendbaar te verklaren zoals het briefgeheim in art. 173 Grondwet met de in de wet voor-

ziene uitzonderingen. Al dan niet met de beperking: op last des rechters.

2. In de bevoegdheden van de justitie de bevoegdheid om in beslag genomen brieven door te lichten op te nemen.
3. Aan de justitie, als de omvang en de ernst van de criminaliteit dat eist, de bevoegdheid te geven de telefoon van een verdachte in die gevallen waarin voorlopige hechtenis mogelijk is, af te luisteren of te doen af luisteren.
4. In dat geval te bepalen dat het op de band vastgelegde materiaal voorzover het van belang is voor het onderzoek, bij de processtukken wordt gevoegd en dat al het andere niet daarvoor van belang zijnde materiaal wordt vernietigd.
5. Eventueel: Bij de wet te regelen in welke gevallen de regering in het belang van de staatsveiligheid zonder last des rechters de opdracht tot af luisteren van telefoon-gesprekken kan geven.

Voorts zouden wij deze grondrechten door de strafwet beschermd willen zien tegen ieder. De strafbepaling ter bescherming van de aan de post toevertrouwde stukken beschermt de P.T.T. meer dan de afzender en geadresseerde. Deze bepaling (art. 201 Sr.) zou zonder schade kunnen vervallen als het openen van brieven strafbaar bleef. Art. 350 Sr. waarin beschadiging en verminking van goederen strafbaar wordt gesteld beschermt ongetwijfeld de aan een postkantoor bezorgde of in een postbus gestoken brieven of andere stukken.

Als men aan de afzender en de geadresseerde denkt, ligt het voor de hand het briefgeheim de hele weg van de brief tegen ieder te beschermen en niet alleen gedurende dat deel van de weg waarvoor de P.T.T. verantwoordelijk is. Daartoe is temeer reden omdat bij het samenwonen, het inwonen, het op gemeenschappelijke trappen wonen en het in een grote onderneming persoonlijk post ontvangen de kans veel groter is dat „ieder” het briefgeheim verbreekt dan gedurende de tijd dat de brief in handen van de P.T.T. is.

Hetzelfde geldt voor het telegraafgeheim. En voor wat het telefoongeheim betreft, waarom zou wel de ambtenaar strafbaar zijn, die een ander het telefoongeheim laat schenden en niet de ander zelf? Bovendien is niet duidelijk waarom het af luisteren van de telefoon wel de aandacht zou

hebben van de wetgever als het gebeurt binnen bereik van de P.T.T. maar niet als het gebeurt in bedrijven, ziekenhuizen, bejaardentehuizen, buiten bereik van de P.T.T.

Met behoud van de ambtsdelicten zouden wij willen pleiten voor het strafbaar stellen van de aantasting van het brief-, telegram- en telefoongeheim in de vorm van een delict tegen de openbare orde. In de formulering zou tot uiting moeten komen wie opzettelijk en wederrechtelijk een brief of telegram opent, aan een ander geadresseerd, en wie redelijkerwijze moet vermoeden dat de inhoud niet voor hem is bestemd, strafbaar is. Zo zou ook het opzettelijk en wederrechtelijk af luisteren van een telefoongesprek buiten medeweten van al degenen die het gesprek voeren strafbaar gesteld kunnen worden.

Deze delicten zouden als misdrijven tegen de openbare orde strafbaar gesteld kunnen worden met een straf als op de opzettelijke belediging staat (art. 266 Sr.).

Art. 441 Sr.⁵³ waarin de privacy van de radioboodschap wordt beschermd, zou daarentegen kunnen verdwijnen.

De bedoeling van deze bepaling is het publiceren van niet voor publikatie bedoelde mededelingen over de radio tegen te gaan. Sinds de radio als attractie voor de betrokkenen én voor het hele luisterende publiek vele groeten-programma's aan zeevarenden en strijdkrachten heeft uitgezonden en van bezwaar tegen reportages van deze programma's niet is gebleken, blijkt er weinig behoefte aan deze strafbepaling. Het radioverkeer met schepen wordt ook zonder bezwaar openlijk bekend gemaakt bij noodsituaties op zee. Het radioverkeer van de politie is een bron van nieuws.

De radio is een te openbaar middel van communicatie om strafsancities op het verbreiden van per radio ontvangen nieuws te stellen. Wel is het mogelijk dat een krant journalistiek zondigt door zonder reden een te particuliere mededeling over de radio gedaan te publiceren, en dat onder bepaal-

⁵³ Art. 441 Sr.: Met een hechtenis van ten hoogste drie maanden of geldboete van ten hoogste duizend gulden wordt gestraft hij die de inhoud van hetgeen door middel van een onder zijn beheer staand of door hem gebruikt ontvangsttoestel voor draadloze telegrafie of telefonie is opgevangen en, naar hij redelijkerwijs moet vermoeden, niet voor hem of voor het publiek bestemd is, hetzij aan een ander mededeelt, indien hij redelijkerwijs moet vermoeden, dat dan openlijke bekendmaking van de inhoud volgen zal en openlijke bekendmaking volgt, hetzij openlijk bekend maakt.

de omstandigheden de rechter in een dergelijke publikatie een onrechtmatige daad zou zien. Als men de privacy wil beschermen met strafbepalingen dient men die strafbepalingen te richten op de bescherming van wat naar zijn aard ontoegankelijk is. Dat is een mededeling per radio niet.

De afweer met de strafwet tegen het af luisteren en bespielen met behulp van elektronische middelen en camera's vereist een nadere beschouwing.

DE CAMERA, AL DAN NIET VERBORGEN

De ontwikkeling van de techniek heeft geleid tot het vervolmaken van de camera, die van grote afstand een scherpe foto kan nemen, en tot de zeer kleine camera, die ieder object ongemerkt kan fotograferen. Op tal van wijzen kunnen minuscule camera's worden verborgen. Voorts kunnen verborgen camera's op afstand worden bediend. Tevens heeft zich de televisie ontwikkeld, ook de aan het oog onttrokken televisiecamera die ter contrôle van menselijk gedrag wordt gebruikt. Het vervaardigen van nauwkeurige foto's, gemaakt van grote hoogte boven het aardoppervlak, is mogelijk, het van buiten met foto-opnamen doordringen in afgesloten ruimten is in ieder geval in de science-fiction niet ongewoon meer.

Bescherming van de privacy bieden de Auteurswet en het civiele recht. Zowel de Auteurswet als de rechtspraak inzake de onrechtmatige daad geven de rechter de plicht en de mogelijkheid tot belangenafweging. In een beschouwing over de Candid Camera schreef de rechtskundige medewerker van de Nederlandse Beroepsvereniging van Filmers mr. J. C. F. Pons in 1964⁶⁴: „Men kan wel stellen dat iemand, als hij dat niet wil en daartoe geen enkele redelijke aanleiding heeft gegeven, mag verhinderen dat hij wordt gefilmd, als hij ziet dat iemand dat van plan is”.

.....„De regisseur die de weigerachtige „speler” dan toch laat filmen doet dit niet alleen zonder diens toestemming, doch tegen diens uitdrukkelijke wil. De opname is dan ongetwijfeld ongeoorloofd”. „De vertoning van een zonder toestemming of tegen de wil van de gefilmde persoon genomen

⁶⁴ N.B.F. Bulletin 1964 nr. 2.

opname is in het algemeen onrechtmatig, althans jegens de aldus gefilmde en vertoonde persoon”.

Mr. Pons raadt dan ook de filmers aan zich in het geheel niet aan candid camera-werk – het werken met een verborgen, althans door de gefilmde niet opgemerkte, camera – te wagen.

De Auteurswet kent de mogelijkheid dat een zonder toestemming gemaakte foto wordt gepubliceerd. Mits zich daartegen geen redelijk belang van de gefotografeerde verzet. Een voorbeeld uit de rechtspraak: een drietal meisjes van wie met hun toestemming foto's in badcostuum waren gemaakt, hadden een redelijk belang dat deze foto's niet als prentbriefkaart in de handel werden gebracht (H.R. 24.1.'52 N.J. 1955 no. 742). Een voorbeeld van onrechtmatige daad: de president van de Rotterdamse Rechtbank oordeelde het onrechtmatig dat de foto van een plotseling beroemd geworden zangeres als blikvanger werd gebruikt (pr. rb. Rotterdam 14 IV '59, N.J. 1959 no. 648, bekrachtigd door Hof 's-Gravenhage op 13 april 1960, N.J. 1961 no. 160).

De Auteurswet 1912 beschermt in zoverre de privacy dat de geportretteerde zeggingschap heeft over het openbaar maken van zijn portret, het fotografisch portret daaronder begrepen, als dat gemaakt is door of vanwege de geportretteerde (art. 19 en art. 20 Auteurswet). Over de publikatie van een portret dat niet in zijn opdracht (door of vanwege de geportretteerde of te diens behoefte gegeven) is gemaakt, heeft de geportretteerde geen zeggingschap. Maar de publikatie wordt een strafbaar feit als een redelijk belang van de geportretteerde zich daartegen verzet (art. 21 en 35 Auteurswet).

Hier is dus niet sprake van het beschermen tegen het nemen van foto's maar uitsluitend van het beschermen tegen publikatie van foto's. Die bescherming is voor in opdracht vervaardigde portretten ruim. Voor zonder opdracht vervaardigde foto's – en dat zullen verreweg de meeste buiten gemaakte nieuwsfoto's van mensen zijn – geldt die bescherming alleen op de ingewikkelde wijze dat degene die publiceert strafbaar is als een redelijk belang van de gefotografeerde zich tegen de openbaarmaking verzet.

Deze beoordeling ligt niet alleen bij de fotograaf die het auteursrecht heeft, maar ook bij degene die de foto ter openbaarmaking koopt. Wanneer de situatie waarin de gefoto-

grafeerde zich bevindt zodanig is, dat klaarblijkelijk redelijke belangen van hem zich tegen publikatie verzetten, mag een beoordeling van degene die publiceert worden gevraagd. Hoewel het nog de vraag is of bij zo vage en soms in beweging zijnde normen een strafsanctie op zijn plaats is. Maar als aan de foto zelf niets te zien is dat doet vermoeden dat een redelijk belang van deze gefotografeerde zich door bijzondere omstandigheden tegen de publikatie verzet, waar ligt dan de verwijtbaarheid: bij degene die publiceert? Houdt men bovendien rekening met de snelheid waarmee de publiciteitsmedia over de publikatie van nieuwsfoto's van mensen — dus dikwijls portretten in de zin van de Auteurswet — moeten beslissen, dan is er reden om deze strafbaarstelling nog eens te bezien.

De privacy, de waarneming in de persoonlijke sfeer van mensen buiten zou wellicht gediend zijn wanneer gezocht werd naar enkele objectieve criteria. Men zou zich als één criterium kunnen voorstellen dat de publikatie zonder toestemming van de gefotografeerde van foto's die intimiteiten onthullen, strafbaar zou worden gesteld. Daarmee zou de privacy in zoverre meer gediend zijn dat het redelijke belang van de geportretteerde als criterium geen rol meer speelt. De publiciteitsmedia zouden aan enkele van zulke in de wet neergelegde criteria een stevig houvast hebben. Zij die de verantwoordelijkheid voor de fotokeuze dragen zouden toch aan de afbeelding zelf moeten kunnen zien of de publikatie gevaar voor overtreding van de strafwet oproept. Bij het formuleren van dergelijke criteria zou een onderzoek naar de huidige opvattingen in ons volk noodzakelijk zijn en een onderzoek naar de opvattingen bij de publiciteitsmedia. Het lijkt immers niet onwaarschijnlijk dat de normen mede onder invloed van de televisie en onder invloed van films als „Zoo” en „Alleman” in beweging zijn. De vrijmoedigheid en massaliteit waarmee vakantiefoto's en films worden gemaakt is er misschien een aanwijzing voor, dat onze samenleving zeer veel vrijheid toestaat in het publiceren van foto's van mensen die buitenshuis zonder hun opdracht of toestemming zijn genomen. Zou men tot een aldus door een strafsanctie beschermde regel komen omtrent het publiceren van „portretten”, buitenshuis en niet in opdracht van de geportretteerde gemaakt, dan zou een dergelijke bepaling als misdrijf tegen de openbare orde eer-

der in het Wetboek van Strafrecht behoren dan in de Auteurswet.

De Auteurswet biedt een zekere bescherming aan de geportretteerde tegen publikatie van het portret. Verder gaat de privacy-bescherming tegen waarnemingen in de persoonlijke sfeer met strafsancties niet. Met name is er geen bescherming tegen het zonder opdracht of zonder toestemming van de bewoner fotograferen van zijn interieur, of tegen het zonder zijn toestemming publiceren van zulke foto's. Bij het toestaan van een grote vrijheid in het maken en publiceren van buitenshuis gemaakte foto's zou er behoefte kunnen bestaan aan een grotere bescherming van de intimiteit van de woning.

Men zou de privacy kunnen beschermen door het maken van fotografische opnamen binnen een woning of van buiten af binnen een woning te binden aan de toestemming van de bewoner. Met de woning zou gelijk te stellen zijn de kamer in een ziekenhuis en andere als „woning” dienst doende vertrekken. Overweging verdient of het opzettelijk en zonder toestemming van de bewoner vervaardigen van zulk een fotografische opname niet strafbaar gesteld zou kunnen worden in het Wetboek van Strafrecht. Het zou ons niet verbazen als nader onderzoek naar het normbesef van ons volk op dit punt voldoende aanknopingspunten bood voor een dergelijke strafbepaling.

Veel moeilijker lijkt het enige strafsanctie te stellen op het fotograferen van personen buiten hun weten met een telelens of een op afstand bediende camera. Deze opnamen hebben het karakter van het onverhoeds betrappen. Zolang men mensen ziet of vermoedt kan men zich gedragen zoals men zich onder het oog van anderen wil gedragen. De afstandfoto die gemaakt wordt terwijl men zich onbespied mocht wanen, maakt naar veler overtuiging inbreuk op de privacy. Niet zelden zijn leden van vorstenhuizen of beroemde actrices het slachtoffer van met telelensen genomen foto's. Een recent geval, waarvoor de Koningin van Groot-Brittannië en haar zuster prinses Margaret te langen leste de aandacht van de Britse Press Council hebben gevraagd betrof de fotografen R. Bellisario en R. Haswell, die met een telelens de Koningin en de prinses bij een zwempartij in een privé-deel van een meer hadden gefotografeerd of wilden fotograferen. Het verweer van één van de fotografen was,

dat hij de foto met een telelens had kunnen nemen van een openbaar pad. De andere fotograaf was ontdekt in een niet voor het publiek toegankelijk deel van het park bij het meer. De editors van de Sunday Express, The People en de Daily Express die de foto's hadden gepubliceerd, voerden aan dat zij onkundig geweest waren van de wijze waarop die tot stand waren gekomen.

Het oordeel van de Press Council luidde:

„The Press Council is satisfied that the photographs published in the SUNDAY EXPRESS and THE PEOPLE were taken surreptitiously by Mr. R. Bellisario when the Queen and the Princess obviously were unaware that the pictures were being taken and that Mr. Bellisario was trespassing on the private ground of Her Majesty at the time. The Press Council is also satisfied that Mr. Bellisario deceived the editors of the two newspapers and led them to believe that the photographs had been taken from a public footpath in a position where the public could be and were seen by the Queen and the Princess. This information was untrue, but it was accepted by the newspapers in good faith. Nevertheless editors should exercise care in publishing photographs of the Royal Family taken in circumstances which appear to involve intrusion into their private lives.

The Press Council unreservedly condemns the actions of Mr. R. Bellisario.

The Council strongly censures Mr. Robert Haswell the DAILY EXPRESS photographer who was found in Her Majesty's private grounds where he had gone, without permission, for the purpose of taking photographs.”⁵⁵

Belangrijker lijkt het ons dat de Koningin en de prinses zich er niet van bewust waren en dat ook niet behoefden te zijn, bespied en gefotografeerd te worden, dan dat de fotografen voor het maken van hun foto's met een telelens zelfs op particulier terrein waren doorgedrongen. Een bescherming door de strafwet, en daarmee een opsporingsmogelijkheid van de justitie is aantrekkelijk, maar moeilijk te formuleren.

Niettemin zou een bepaling waarin een zo ergerlijk gebruik van het telelens-fototoestel strafbaar wordt gesteld in

⁵⁵ Press Release nr. B 271/B 580, gepubliceerd door de Press Council op 20 december 1964.

overweging genomen kunnen worden als in Nederland dergelijke methoden in zwang zouden komen.

Indien men zou besluiten tot het strafbaar stellen van fotograferen onder bepaalde omstandigheden, zoals het maken van foto's zonder toestemming van de bewoner binnen een woning, rijst de vraag van de strafrechtelijke aansprakelijkheid voor de publikatie van foto's die op strafwaardige wijze zijn gemaakt.

De aansprakelijkheid ligt in de eerste plaats bij de fotograaf. In onze gedachtengang zou het maken van de foto strafbaar zijn. De foto zelf zal als regel geen afbeelding bevatten waarvan het verspreiden een strafbaar feit is. Maar wel zal de publikatie van een dergelijke foto dikwijls de eerste aanwijzing zijn dat er een strafbaar feit is gepleegd. Om een enigszins effectieve vervolging mogelijk te maken zal de in art. 418 en 419 Sr. neergelegde aansprakelijkheid voor het publiceren van strafbare afbeeldingen ook toepasselijk gemaakt kunnen worden op het publiceren van de hier bedoelde afbeeldingen, die op zichzelf zelden strafbare afbeeldingen zullen zijn. Daarbij ware te overwegen deze bepalingen in zoverre te moderniseren dat de hoofdredacteur strafrechtelijk aansprakelijk wordt gesteld vóór de uitgever en drukker.

Hoewel in de Verenigde Staten ook kritische stemmen opgaan tegen het verzamelen, het verhandelen en het gebruik van gegevens over personen hebben wij niet de indruk dat de bescherming van de privacy op dit terrein om nadere wettelijke voorziening vraagt.

Anders is het met de verborgen televisie-camera's. De mogelijkheid dat men met televisie-camera's wordt geobserveerd en dat een film wordt gemaakt van alle gedragingen die de televisielens waarneemt, heeft iets van het schrikbeeld dat Orwell heeft opgeroepen van de samenleving met het alziend oog van de centrale instantie.

Niet te ontkennen valt dat de verborgen televisie bij beveiliging van banken en warenhuizen een nuttige rol kan spelen. Ook in bedrijven wordt televisie gebruikt. Zij kan werken als een obsessie voor de werknemers en als een vernedering, wanneer de camera's in liften en toiletten zijn aangebracht. Zij kan, waar weinig mensen grote complexen van machines controleren ook werken als een contactschepend communicatiemiddel.

Het zou de privacy ten goede komen als in voor publiek toegankelijke plaatsen geen verborgen televisietoestellen gebruikt zouden mogen worden zonder dat het publiek daarvan op de hoogte wordt gebracht. Zoals wij bij snelheidscontrole meters voor het verkeer waarschuwingen kennen, zo zou een verplichting kunnen worden gecreëerd tot het duidelijk bekend maken dat een ruimte beveiligd is door een (verborgen) televisiesysteem. Het niet voldoen aan deze verplichting zou bij de overtredingen tegen de openbare orde in het Wetboek van Strafrecht kunnen worden opgenomen.

Waar het doel van deze t.v.-toepassing beveiliging is, lijkt een openbare waarschuwing het effect niet te verminderen, doch eerder te versterken.

Aan de toepassing van t.v.-camera's in die afdelingen van bedrijven die niet voor het publiek toegankelijk zijn, zou de voorwaarde moeten worden gesteld, dat het personeel van het bestaan en de plaats van deze camera's op de hoogte is. Niet nakomen van deze voorwaarde zou op dezelfde wijze een overtreding zijn als het achterwege laten van openbare waarschuwingen aan het publiek, zoals hierboven in overweging werd gegeven. Of een onderneming met televisiecontrole in zijn bedrijf mag gaan werken ware het beste over te laten aan het overleg van werkgevers- en werknemersorganisaties, omdat deze toepassing van zo grote invloed kan zijn op de arbeidssituatie in de bedrijven.

Bij deze beschouwingen zijn wij uitgegaan van de camera die in beginsel niet meer kan zien dan het menselijk oog zou kunnen zien. Indien camera's op de markt komen die het iedereen mogelijk zouden maken door gordijnen en wanden heen te fotograferen zou het overweging verdienen het bezit en het gebruik van dergelijke camera's afhankelijk te maken van een vergunningstelsel. Het gevaar bestaat steeds, dat de ontwikkeling van de techniek zo overrompelend snel gaat, dat technische vindingen worden gebruikt voordat wordt beseft welke risico's voor de privacy dit gebruik meebrengt.

Tenslotte moge nog worden opgemerkt, dat het stellen van een strafsancie op het zonder toestemming van de bewoner in diens woning fotograferen ertoe zou moeten leiden dat de justitie uitdrukkelijk deze bevoegdheid wél krijgt.

„ELECTRONISCH" AFLUISTEREN

De tot een obsessie wordende vrees voor een massaal af-luisteren met de hiervoor beschreven technische middelen is de vrees voor het nergens meer veilig zijn. De vrees dat elk ogenblik de privacy van de woning een illusie kan blijken te zijn, omdat elk woord dat gesproken wordt opgevangen kan worden.

De electronische eavesdropping en het met technische middelen af luisteren van de telefoon bedreigen meer dan wat ook de persoonlijke sfeer. Uit wat wij over de Verenigde Staten hebben gemeld blijkt welk een omvang dit af-luisteren dreigt te krijgen.

Bij de bedreiging van een zo algemeen belang is ook een beroep op de strafwet op zijn plaats. Om het onaanvaardbare van de eavesdropping met electronische middelen te markeren. Om de privacy te beschermen tegen een waarnemen in de persoonlijke sfeer, in eigen woning bijvoorbeeld, waartegen de gewone afweer van het sluiten van deur of raam, het spreken op gedempte toon, geheel faalt. Maar óók om handelingen strafbaar te stellen die dikwijls worden gepleegd ter voorbereiding van ernstige delicten als afdreiging of spionage.

Dat het af luisteren met allerlei apparaten in de Verenigde Staten ook als een soort sport wordt beoefend door jongelui om een avond van verveling door te komen, wijst wel op het feit dat niet ieder de ernst van dit af luisteren inziet. Maar het behoeft de overheid er niet van te weerhouden in een totaal beleid van afweermaatregelen van de strafwet het af luisteren met moderne technische apparaten als een misdrijf strafbaar te stellen.

Aangenomen dat het onze wetgever gelukt woorden te vinden die als het Amerikaanse „bug" en „mike" voldoende aangeven waarom het gaat, achten wij de afweer tegen het electronisch af luisteren van minstens dezelfde betekenis als de afweer tegen huisvredebreuk. Het electronische af luisteren, om het nu zo maar te noemen, ware ook te beschouwen als een misdrijf tegen de openbare orde, waarop meer dan een jaar zou moeten staan. Omdat het er typisch om gaat onze maatschappij voor een invasie van deze af luistertechnieken te behoeden. Een actieve opsporing door de politie en justitie van af luisterapparaten zou dan ook mogelijk moe-

ten zijn. Anders dan bij geheimschending tegen een persoon (art. 272 Sr.) of tegen een onderneming (art. 273 Sr.) gericht, zouden deze delicten geen klachtdelicten moeten zijn.

Bij de bescherming van de woning tegen „electronisch af luisteren” zou, rekening houdend met ervaringen in de Verenigde Staten, op een paar elementen moeten worden gelet. Strafbaar zou moeten zijn het zonder toestemming van de bewoner aanbrengen in of aan de woning van af luisterapparaatuur — evenals het gebruiken van deze apparaatuur. Maar ook zal strafbaar moeten zijn het af luisteren van wat er in een woning wordt gesproken, gedaan met een apparaatuur die op welke afstand ook buiten de woning wordt gehanteerd of opgesteld. Alleen een zo ruime formulering houdt de ontwikkeling van de af luistertechniek bij.

Het element „zonder toestemming” lijkt noodzakelijk omdat het aanleggen van af luisterapparaten met toestemming van de bewoners niet ongebruikelijk is. Bijvoorbeeld om contact met een ziekenkamer te kunnen houden of met de slaapkamer van kleine kinderen. Daarmee is nog niet strafbaar de bewoner, die met een verborgen af luisterapparaat het gesprek met zijn gasten buiten hun voorkennis vastlegt. Aan deze nog verder gaande stap kan misschien ooit behoefte ontstaan.

Met de woning zouden de kamer in een ziekenhuis en dergelijke vertrekken gelijkgesteld moeten worden. Naar wat er uit de praktijk van het af luisteren wordt bericht zou het ook aanbeveling verdienen de auto met de woning gelijk te stellen. Het aanbrengen van af luisterapparaatuur in eens anders auto en het daarmee af luisteren is even laakbaar als het af luisteren van eens anders woning — en wordt ook toegepast.

Als een even ernstig misdrijf zou ook het af luisteren van de telefoon door onbevoegden met speciale af luisterapparaten moeten worden strafbaar gesteld.

Een schending van het telefoongeheim met gebruik van af luisterapparaten gaat veel verder dan het opzettelijk af luisteren (bijvoorbeeld op de telefooncentrale van een bedrijf), waarvoor wij een strafbepaling hebben voorgesteld.⁵⁶

Niet onwaarschijnlijk heeft men bij degenen die met af luisterapparaten onbevoegd telefoon af luisteren ook met een

⁵⁶ Zie pag. 118 en 122 e.v.

heel andere categorie delinquenten te maken dan bij hen die zonder gebruik van deze middelen tot opzettelijk afluisteren van de telefoon zouden komen.

In de derde plaats ware een soortgelijke bepaling als voor het afluisteren van wat er in een woning gebeurt te overwegen voor het afluisteren van wat er in andere gebouwen gebeurt.

Tenslotte zal, als de verkoop van afluisterapparaten een grote vlucht gaat nemen, het wellicht noodzakelijk zijn reeds het in bezit hebben van een apparaat om verborgen af te luisteren of het bezit van een apparaat waarvan men weet of reden heeft te vermoeden dat het gebruikt zal worden of kunnen worden voor ongemerkt afluisteren, als misdrijf strafbaar te stellen. Een dergelijke bepaling zou bovendien het gunstige effect hebben dat het afluisteren met afluisterapparaten buitenshuis tegengegaan zou kunnen worden. De intentie van het ongemerkt, het verborgen afluisteren zal wel in de delictomschrijving noodzakelijk zijn om allerlei bandopname-apparaten en filmapparatuur waarmee buiten onschuldige opnamen worden gemaakt buiten de strafbepaling te houden. Maar eenvoudig zal dat niet zijn.

De verborgen microfoon vindt ook nuttige toepassing. In vergaderzalen, hotels, bedrijven, winkels, ziekenhuizen. Waar een (af)luisterapparatuur is in een voor het publiek toegankelijke plaats zou het publiek gewaarschuwd moeten worden. En ook, net als bij de t.v.-camera, waar in een bedrijf een (af)luisterapparatuur wordt gebruikt, moet het personeel worden ingelicht. Niet voldoen aan deze verplichting zou weer als een overtreding tegen de openbare orde kunnen worden beschouwd. Een dergelijke waarschuwing van het publiek zou ook verplicht gesteld kunnen worden in alle voor publiek toegankelijke gebouwen, hotels inbegrepen, waarin met een centraal bediend systeem van luidsprekers wordt gewerkt. Want elk vertrek dat op zo'n systeem is aangesloten kan door een eenvoudige technische ingreep gemakkelijk worden afgeluisterd.

Als de wetgever zou besluiten deze kant op te gaan zouden opnieuw bevoegdheden van de justitie, geregeld in het Wetboek van Strafvordering, aan de orde moeten worden gesteld. De vraag waar het om draait is of de justitie wel over de elektronische afluisterapparatuur zou mogen beschikken. En de tweede vraag, of zij die zou mogen gebrui-

ken onder bij de wet gestelde voorwaarden. De eerste vraag zouden wij niet ontkennend durven beantwoorden. Als men denkt aan delicten tegen de staatsveiligheid, om een voorbeeld te noemen, laten zich situaties denken waarin de justitie deze apparatuur moet hebben en moet kunnen gebruiken.

Maar het doordringen met af luisterapparatuur *in de woning*, is een bevoegdheid, die wij de justitie niet zouden willen geven. Ook niet bij zeer ernstige verdenking van een zeer ernstig misdrijf. Omdat het er toch juist om gaat de privacy, dat is in de eerste plaats de mens, in zijn eigen woning tegen het alvorend oor van de moderne techniek te beschermen. Ook tegen het oor van de justitie, die bij uitstek het orgaan van de overheid, de staat is. Het komt ons voor dat hier weer één van die grenzen is aan het optreden van de justitie, die wij ook in art. 29 Sv. aantreffen, waarin bijvoorbeeld de afschaffing van de pijnbank vast ligt. Het effect van de afweer tegen de af luister techniek zal wellicht ook groter zijn wanneer de staat zelfs aan de justitie geen bevoegdheid geeft met deze techniek waarnemingen te doen in de persoonlijke sfeer van de woning.

Indien men de justitie de bevoegdheid geeft tot telefoon af luisteren is er geen probleem wat de methodiek betreft. Als de justitie de bevoegdheid tot telefoon af luisteren niet heeft zal zij met behulp van de moderne techniek, die het af luisteren zonder aftappen mogelijk lijkt te maken, ook niet mogen af luisteren als aan de bedoeling van de wetgever wordt voldaan.

De Deutsche Juristentag in 1957 te Düsseldorf heeft heel nadrukkelijk naast het publiceren van sensationele berichten over het privé-leven en het af luisteren van gesprekken het in het geheim vervaardigen van bandopnamen als een gevaar voor de persoonlijke vrijheid, voor de integriteit van de persoonlijke sfeer, beschouwd. Er is ook verschil tussen het af luisteren en het heimelijk op de band vastleggen. Eén van de gesprekspartners kan zonder dat de anderen het weten het gesprek op de band vastleggen. Dat kan een gesprek in een vertrek zijn, dat ongemerkt wordt opgenomen. Dat kan ook een telefoongesprek zijn. In zulke gevallen is er geen sprake van af luisteren met elektronische middelen. Er is alleen sprake van een voor één of meer gesprekspartners geheim gehouden vastleggen van het gesprokene.

Als degene die af luistert het beluisterde vastlegt, zoals dat bijna altijd bij het „electronisch” af luisteren gebeurt, is het vastleggen een deel van de verboden af luisteringshandeling. Dan lijkt er geen reden voor het formuleren van nog een delictomschrijving. Dan is het duidelijk dat het vastleggen van het afgeluisterde even laakbaar is als het af luisteren zelf.

Maar als iemand wat hij door de telefoon verneemt op een band vastlegt zonder dat de ander het weet, gedraagt hij zich dan strafwaardig? Is er een groot verschil met degene die een ander laat meeluisteren? De meningen lopen sterk uiteen. Dat het correct zou zijn bandopnamen te maken van iemand, zonder dat die dat weet, hebben wij niet zien betogen. Wanneer het wordt gedaan is het nogal eens om bewijsmateriaal te hebben, voor het geval de ander later het (telefoon)gesprek ontkent — of ontkent dat de inhoud correct is weergegeven. Heeft die ander er geen recht op te weten dat zijn woorden worden vastgelegd?

Er komt nog bij dat met een op de band opgenomen relaas van alles mogelijk is. Men moet zeer deskundig zijn om te kunnen constateren dat de bandopname niet het origineel is, maar een opname van de eerste band die met knippen en plakken van inhoud is veranderd. Dat een dergelijke methode om een stuk te vervaardigen dat als bewijs wordt voorgedragen gelijk staat met vervalsing van een schriftelijk document lijkt evident. Waar het hier om gaat is of zulke wijzigingen bijvoorbeeld bij wijze van grap aangebracht en door de radio uitgezonden een zodanige aantasting van de persoonlijke sfeer betekenen, dat strafsancities nodig zouden zijn.

Sommigen menen, dat als iets zo persoonlijks als iemands stemgeluid, zonder zijn voorkennis, in handen van de ander is gekomen door het vastleggen op de band, er stellig een ernstige aantasting van de privacy is.

Een ontwikkeling van de jurisprudentie over de vragen wat wel en wat niet onrechtmatig wordt geacht bij het heimelijk, want eenzijdig vastleggen van iemands stem op een band zouden wij willen afwachten, omdat hier een afstand zou kunnen liggen tussen wat moreel laakbaar en wat strafwaardig wordt geacht. Zouden strafrechtelijke voorzieningen gewenst blijken te zijn dan laten zich twee delicten onderkennen. Het zonder medeweten van de betrokkene op

de band vastleggen van een met hem gevoerd gesprek. En het zonder toestemming van de betrokkene openbaar maken van een band met zijn stem, waarin is geknipt. Het op de band vastleggen van wat in het openbaar wordt gezegd of in vertegenwoordigende lichamen of in een openbare rechtszitting zou, om een greep te doen, zonder toestemming van de betrokkenen moeten kunnen plaats vinden. Ook altijd zonder voorkennis?

Een enkel woord nog over het openbaar maken van gegevens die door af luisteren zijn verkregen. Heeft het zin ook het openbaar maken van zulke „waarnemingen in de persoonlijke sfeer” strafbaar te stellen?

Aangenomen wordt, dat het publiceren niet reeds strafbaar is om de bijvoorbeeld zedekwetsende inhoud van het afgeluisterde materiaal. De bezwaren tegen een dergelijke strafbaarstelling lijken ons overwegend.

Vooreerst omdat aan een dergelijke strafbaarstelling alleen behoefte schijnt te bestaan als degene die publiceert een ander is dan degene die heeft afgeluisterd. In deze gevallen kan het zijn dat degene die publiceert het strafbare feit heeft meegepleegd of uitgelokt, of dat hij – bij een misdrijf – medeplichtig is. Ook dan is hij reeds strafbaar. Er blijven de gevallen over waarin degene die publiceert het materiaal in handen heeft gekregen zonder betrokken te zijn geweest bij het af luisteren.

In die gevallen is het eerste argument tegen een strafbaarstelling, dat het aanbeveling verdient zoveel mogelijk de grondgedachte van ons Wetboek van Strafrecht te volgen. In de bepalingen die publikaties strafbaar stellen gaat het als regel om publikaties die een strafbare inhoud hebben. En daaraan ook kenbaar zijn. Justitie en verdachte hebben aan de inhoud houvast bij de beoordeling van de publikatie. Zou men het publiceren van nieuws dat anderen door af luistering hebben verkregen, strafbaar stellen dan wijkt men van deze zo goed hanteerbare regel af.

En dan is er nog het argument dat ook bij het publiceren van nieuws, dat bekend wordt omdat iemand een geheimhoudingsplicht heeft geschonden, geldt. Het openbaar maken van zulk nieuws is voor alle betrokkenen van zoveel waarde, omdat zij aldus weten dat het geheim geen geheim meer is. Zij kunnen dan de nodige maatregelen nemen, waarbij het nadeel dat het verbroken geheim door de publi-

katie in wijde kring bekend is geworden op de koop toe genomen wordt. En aan de bevoordeling van enkelen die van de geheimbreuk zouden kunnen profiteren komt zo snel mogelijk een einde. Dat argument geldt hier nog in versterkte mate. In vele gevallen zal de betrokkene zelf of de justitie pas door een publikatie op het spoor van een af luisteraffaire komen. En dat zal dikwijls belangrijker zijn dan dat de inhoud van wat afgeluisterd werd gepubliceerd is.

Vandaar dat wij het openbaar maken van door strafbare af luistering verkregen waarnemingen niet strafbaar zouden willen stellen. Dat onder bepaalde omstandigheden een dergelijke publikatie als een onrechtmatige daad zou worden beschouwd laat zich zeer goed denken. Dat zal uiteraard sterk afhangen van de inhoud van de publikatie.

KORTE SAMENVATTING

Bij het overwegen van het in de eerste hoofdstukken genoemde materiaal zijn wij tot de conclusie gekomen, dat het wel gewenst is dat onze samenleving zich inspannt om de privacy te beschermen tegen penetratie met de af luister- en bespied-techniek die in volle ontwikkeling is. Daarbij zullen wellicht ook wettelijke regelingen een rol kunnen vervullen. Wij hebben ons geconcentreerd op de vraag welke strafsancties zin zouden kunnen hebben.

Omdat het voor een niet onbelangrijk deel om normvormend, sturend strafrecht gaat, achten wij sociologisch onderzoek noodzakelijk alvorens tot de formulering van door strafsancties te handhaven normen te komen. Bovendien zal het hanteren van de strafwet deel moeten uitmaken van een beleid dat ook op andere manieren tracht het respect voor de privacy te bevorderen. Want het gaat mede om de waarde die ons volk zelf aan de bescherming van de persoonlijke sfeer hecht.

Niettemin hebben wij enige suggesties voor strafbepalingen gedaan. Bij de misdrijven tegen de openbare orde zouden wij enkele strafbepalingen willen opnemen die beschermen tegen het af luisteren met moderne af luisterapparaten en het zonder toestemming van de betrokkene fotograferen. Daarbij zouden wij ook enige gedragingen strafbaar willen stellen, die inbreuk maken op het brief-, telegram- en tele-

foongeheim. In de Grondwet zouden wij het telefoon- en telegramgeheim en eventueel het telex-geheim op dezelfde wijze onschendbaar willen verklaren als het briefgeheim.

De strafbepalingen die wij hebben voorgesteld, zijn gericht op het strafbaar stellen van de *manier van waarnemen*. Alleen bij het publiceren van foto's die zonder de vereiste toestemming zijn gemaakt, hebben wij in overweging gegeven de hoofdredacteur strafrechtelijk aansprakelijk te stellen als de fotograaf niet bekend gemaakt wordt. En wij zouden een bepaling mogelijk achten die het publiceren van die foto's strafbaar stelt, die zo intiem zijn dat publikatie zonder toestemming van de betrokkenen niet toelaatbaar is.

Voor het publiceren van portretten zouden wij gaarne een andere, meer houvast gevende regeling zien, waarbij enerzijds de bescherming van de persoonlijke sfeer zou worden uitgebreid, anderzijds ingekrompen.

Omtrent bevoegdheden van de justitie voor het in beslag nemen van brieven en telegrammen en het inlichtingen vorderen van ambtenaren van de P.T.T. zijn enkele suggesties gedaan. Eventueel zou de politie de bevoegdheid om een telefoontoestel af te luisteren of af te doen luisteren moeten hebben als de ontwikkeling van de criminaliteit daartoe zou nopen. Daarentegen zou de justitie niet de bevoegdheid mogen hebben of krijgen met af luister-apparaat in woningen af te luisteren.

De suggesties voor strafbepalingen zijn de volgende:

A. Als misdrijven die met ernstige vormen van huisvredebreuk zijn gelijk te stellen:

1. Het met „electronische” middelen af luisteren van woningen.
2. Idem van andere gebouwen.
3. Het op die wijze af luisteren van de telefoon.
4. Het in zijn bezit hebben van zulke apparaten, geschikt of bestemd voor verborgen af luisteren.

B. Als minder ernstige misdrijven tegen de openbare orde:

1. Drie bepalingen die het schenden van brief-, telefoon- en telegramgeheim strafbaar stellen. Ook als de brief, het telegram of het telefoongesprek niet meer onder de hoede van de P.T.T.-ambtenaar staat.

2. Het fotograferen in een woning zonder toestemming van de bewoner.
3. (Eventueel) Het publiceren van een ongevraagd gemaakte foto buitenshuis, zonder toestemming van de betrokkene, als de inhoud van de foto zodanige intimiteiten weergeeft dat de betrokkene die toestemming had moeten geven.

C. Als overtreding:

1. Het gebruik van een verborgen (televisie) camera in een voor publiek toegankelijke ruimte, zonder dat het publiek gewaarschuwd wordt.
Idem voor niet voor publiek toegankelijke ruimten en bedrijven enz., zonder dat het personeel ingelicht is.
2. Gelijksortige bepalingen voor af luisterapparatuur. Daaraan is toegevoegd de verplichting om de aanwezigheid van een centrale oproepinstallatie bekend te maken.

Eventueel zouden kunnen vervallen art. 201 en art. 441 Wetboek van Strafrecht.

De Auteurswet zou enigszins gewijzigd kunnen worden voorzover het om de publikatie van portretten gaat.

Meer dan suggesties zijn dit niet. Het vaststellen van een wetstekst zal niet alleen sociologisch onderzoek vergen, maar ook verder onderzoek naar hanteerbare formuleringen.

In de Verenigde Staten zoekt men moeizaam naar bevredigende oplossingen in een samenleving die elk nieuw technisch snufje graag aanvaardt.

Van de vele problemen hebben wij binnen dit bestek slechts enkele kunnen aanduiden.

INHOUD

1. Inleiding	77
2. De middelen	79
3. In de V.S. van Amerika	84
4. Andere mogelijkheden	91
5. Afweging van belangen.	99
6. Rechtvaardiging van strafsancties	106
7. Bescherming van grondrechten	114
8. De camera, al dan niet verborgen	124
9. „Electronisch” afluisteren.	131
10. Korte samenvatting	137