



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## 8/5, de dag van de Protect America Act

Schmidt, A.H.J.

### Citation

Schmidt, A. H. J. (2007). 8/5, de dag van de Protect America Act. *Mediaforum*, 19(9), 257-257. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/12394>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/12394>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

# 8/5: de dag van de 'Protect America Act'

Opinie

Aernout Schmidt\*

Het is tijd om toe te geven aan de behoefte te jeremiëren over mijn lot: deel te zijn van een volk dat de verwantschap tussen oneliners als 'regels zijn regels' en 'Befehl ist Befehl' over het hoofd ziet, dat zich door evacuees uit rampgebieden (Hirsi Ali, Ellian) laat aanpraten dat de manier waarop *daar* met dreigingen wordt omgegaan *hier* de voorkeur verdient boven onze beproefde 'polder-naïviteit' en dat de eerste considerans van het *Plakkaat van Verlatinghe* uit 1581 is vergeten. Zo, dat lucht op.

Waarom dit vreemde lijstje? Het gaat om evenwichten, maar op een ingewikkelde manier. Het eerste gaat over de verhouding tussen inzicht en onderbuikgevoelens, het tweede over de balans tussen vrees en hoop en het laatste over de wederkerigheid tussen leiders en volgelingen. Het zijn geen evenwichten waar je van buiten naar kunt kijken, maar waar je in zit en zonedig iets aan moet doen – als in een zeilboot met teveel wind. Het ongemakkelijke besef deel te zijn van een volk dat soeverein is – ook in mijn overtuiging – en dat tegelijkertijd een richting inslaat die je niet kunt volgen.<sup>1</sup>

De aanleiding komt uit Amerika. Op 5 augustus 2007 bekrachtigde president Bush de wet die regelt wat door de Amerikaanse overheid mag worden afgeluisterd en hoe daarop wordt toegezien. De nieuwe wet heet de Protect America Act (hierna: PAA), een naam met de uitstraling en diepgang van een boodschap als *Retteketet naar Beter Bed*. Het daarmee weggenomen rechterlijke toezicht op de nu uitgebreide bevoegdheid tot het afluisteren van elektronisch berichtenverkeer door de overheid geeft, na een indrukwekkende reeks van verwante wetswijzigingen zowel in Europa als in de USA,<sup>2</sup> serieus te denken. Zo introduceert de PAA dat de bevoegdheid om informatie bij ISP's te doen loggen en op te kunnen vragen in rechte niet mag worden geïnterpreteerd als 'surveillance,' een juridisch-technische term waaraan in de Amerikaanse wetssystematiek nogal wat rechtsbescherming is verbonden. Inhoud en adressering van elektronisch berichtenverkeer tussen personen waarvan er tenminste één vermoedelijk buiten Amerika verblijft wordt onbelemmerd en efficiënt toegankelijk voor de Amerikaanse veiligheidsdiensten. Wat de gevolgen zullen zijn voor Nederlandse onderdanen is onduidelijk. Afluisteren van buitenlands berichtenverkeer was al wettelijk toegestaan, toen nog gebonden aan rechterlijke toestemming. Afgaand op het incident in Los Angeles op 11 augustus 2007, waar een storing in de 'terroristenopsporingscomputer' de douane deed besluiten de grens gedurende meer dan acht uur lang te blokkeren, kan ongemak zich vanuit onverwachte hoek voordoen. Het meest klemmende risico voor individuele burgers is natuurlijk de toenemende kans om bij aankomst in de Verenigde Staten toegang te worden geweigerd – wie weet zelfs te worden ingerekend – op basis van onvoorspelbare interpretaties van in het kader van de PAA geanalyseerd e-mailverkeer. En dat is niet alles. De PAA maakt opvragen van gelogd telecomverkeer legitiem voor de Amerikaanse veiligheidsdiensten. Die zullen, voorspelbaar, hun ambities ook richten op de verzamelingen die, bijvoorbeeld, in het kader van de bewaarplicht telecommunicatiegegevens in Europa worden aangelegd. In dit alles komt een bredere beweging tot uitdrukking: we kunnen de Amerikaanse overheid niet meer vertrouwen omdat die ons niet meer vertrouwt.

De wetswijziging is democratisch tot stand gekomen net als de verwante Nederlandse wetswijzigingen. Zij laten zien dat we

het wederkerigheidsevenwicht tussen bestuur en bestuurden op de helling hebben gezet, dat we de voorkeur geven aan regelgeleid gedrag boven moraliteit en dat we onze hoop aan het verkopen zijn aan de overheid in de verwachting dat die onze angst zal wegnemen. *Gevaarlijk veilig*, zegt Van Gunsteren<sup>3</sup> daartegen. En 'men kan de rechtsstaat niet beschermen door hem op te heffen' is een cliché geworden. Hebben we te maken met oud, dat wil zeggen geen, nieuws van het Westelijk front, betekenisloos als denkvoer voor – vergeef me de term – *mainstream jurisme*?

Wat de wijzigingen en de ermee verbonden meningsverschillen mijns inziens vooral laten zien is dat we (nog) niet goed raad weten met de vraag hoe de ICT-mogelijkheden te integreren in de rechtsstaat. Waar blijft de rechtswetenschap eigenlijk, nu we op een cruciaal keerpunt staan: oog in oog met de beweging van retro-actief strafrecht naar op giswerk gebaseerde proactieve beveiliging? Wat hebben we meer te bieden dan opinies<sup>4</sup> in een publiek debat dat vooral associaties oproept met een morele flipperkast?

Ik ben, als jurist, wel eens jaloers op de economen. Om hun benadering die de norm vereenzelvigt met een positieve basisvooronderstelling (efficiency als spontaan resultaat van marktwerking) zodat empirisch onderzoek naar de aard van en de remedies tegen verstoringen (marktfalen, externaliteiten) als kennis kan worden gepresenteerd en betekenis kan krijgen, niet gehinderd door filosofische doodoeners<sup>5</sup> over feiten en normen.

Zou, anders dan de rechtspraktijk, de *rechtswetenschap* erop vooruit gaan wanneer we ons losmaken van de aanname dat het positieve recht, dat immers met één pennestreek kan worden veranderd, de norm is? Wanneer we onze norm zouden durven vereenzelvigen met een eigen positieve basisveronderstelling, een eigen 'onzichtbare hand' die optimale collectieve moraliteit als spontaan resultaat van contractvrijheid erkent? Zodat empirisch onderzoek naar de aard van en de remedies tegen verstoringen (machtsmisbruik, technologische innovatie<sup>6</sup>) ook als kennis kan worden gepresenteerd en betekenis kan krijgen in het publieke debat en voor de wetgever?

Als gezegd, het beste dat we nu kunnen aanvoeren ter verdediging van onze grondrechten zijn opinies, misschien ook ontroerende vergelijkingen als die van Philip Bobbit:

*Law reflects and at the same time determines the fate and worth of our society [...] Like the grub that builds its chamber for the winged thing it has never seen but is going to be, we labor within our forms of constitutional decision to bring into being a just society.<sup>7</sup>*

8/5, 5 augustus 2007, de dag van de PAA, markeert de datum waarop duidelijk is geworden dat vergelijkingen of ander vertoon van literaire superioriteit niet langer voldoende zijn om onze normatieve kennis te verdedigen. Wetenschappelijk gezien hebben we behoefte aan zwaarder materieel, aan een empirische rechtswetenschap die onafhankelijk van politiek-religieuze overtuiging kan worden beoefend en die kennis opbouwt over werkwijzen en verschijnselen die onze gemeenschappelijke moraliteit aantasten. En die de stelling dat regelingen als de PAA onze moraliteit niet aantasten empirisch zou kunnen weerleggen.

[Voetnoten, zie p. 276]

- \* Prof. dr. A.H.J. Schmidt is hoogleraar Recht & Informatica en is verbonden aan eLaw@Leiden, Centrum voor Recht in de Informatiemaatschappij van de Universiteit Leiden.
- 1 Omdat de geschiedenis overloopt van aanwijzingen waarnaar die richting leidt. Zie bijvoorbeeld: M. Howard, *The Invention of peace and the Reinvention of War, revised and extended edition*, London: Profile Books 2002.
  - 2 Over, onder meer, de bevoegdheden (en het toezicht op de wijzen waarop van die bevoegdheden door overheidsdiensten gebruik wordt gemaakt) tot: aftappen, bewaren telecomverkeersgegevens, cameratoezicht, bankgegevens, passagiergegevens, koppeling, data mining, biometrisch registreren en legitimeren. Zie voor samenvattende beschouwingen daarover bijvoorbeeld: G. Hossein, *Threatening the Open Society: Comparing Anti-terror Policies and Strategies in the U.S and Europe*, Privacy International, 2005; A. Vedder, L. van der Wees, B.J. Koops en P. de Hert, *Van Privacyparadijs tot controlestaat? Misdaad- en terreurrebestrijding in Nederland aan het begin van de 21e eeuw*, Den Haag: Rathenau Instituut, 2007; Study 49; P. de Hert en G. J. Zwenne, 'Over passagiersgegevens en preventieve misdaadbestrijding binnen de Europese Unie, NJB nr. 27, 2007, p. 1662-1670.
  - 3 H. van Gunsteren, *Gevaarlijk veilig*, Van Gennip 2004.
  - 4 Zie bijvoorbeeld de conclusies van de literatuur aangehaald in noot 3.
  - 5 Met name de op gedachten van Hume en Moore gevestigde 'naturalistic fallacy.'
  - 6 Technologische innovatie, met name de IT, heeft verstorende invloeden omdat (1) de IT het registreren en bewerken van onwaarschijnlijke hoeveelheden informatie over individueel gedrag mogelijk maakt, hetgeen ontwikkelingen in de richting van wat vroeger politiestaten werden genoemd zeer gemakkelijk en omdat (2) het toezicht op IT-dienstverlening wordt bemoeilijkt door de inherente kennisachterstand van toezichthouder op dienstverlener
  - 7 P. Bobbitt, *Constitutional Fate*, Oxford University Press 1982, p. 242.