

ik van oordeel dat de oratie van Baauw een nuttige en prikkelende aanzet geeft voor verdere bezinning op de vraag welke (fraude)zaken uiteindelijk voor berechting door de strafrechter in aanmerking behoren te komen. Een zo fundamentele kwestie is niet beperkt tot de Nederlandse situatie, maar leent zich voor een vergelijking met regelingen en opvattingen onder buitenlandse rechtsstelsels. Moge dit voor Baauw een aansporing zijn om zijn onderzoek in die richting voort te zetten.

*A.H.J. Schmidt**

Bert-Jaap Koops, *The Crypto Controversy: a key conflict in the Information Society*, Law and Electronic Commerce Series, Volume 6 (diss. Tilburg), Den Haag: Kluwer Law International 1999.

De positiefrechtelijke wortels van het ICT-en-Recht onderzoek haken zich vast in de klassieke informatiegrondrechten en in de uitwerking door de wetgever van voorwaarden waaronder inbreuken zijn toegestaan en waaronder afgeleide zorgplichten moeten worden verwezenlijkt. Op dit moment is in het spoor van de voorstellen van de Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk de aandacht met name gericht op de mogelijke herformulering van art. 7, 10 en 13 Gw. In zijn boek over de Crypto-controverse gaat Bert-Jaap Koops niet in op mogelijke herformulering van de grondwet. Hij gaat bij zijn analyses uit van de genoemde grondrechten (ook in hun Europese gedaante) zoals ze anno 1998 waren en nu nog zijn. Deze werkwijze maakt het mogelijk de aandacht te richten op de crypto controverse zelf – op de discussie over de wijzen waarop het gebruik van cryptografie zou kunnen worden gereguleerd, en wel zodanig, dat de kip (privacy, vertrouwelijke, betrouwbare communicatie) en het ei (effectieve opsporing) worden gespaard. Ook bij de crypto controverse gaat het uiteindelijk om belangenafweging. In zijn dissertatie benadert Koops het vraagstuk principieel en wetenschappelijk. In het eerste deel worden de feiten gegeven en beschreven. Deze zijn: (i) de informatiemaatschappij in wording, (ii) de ingeburgerde cryptografische technieken, (iii) de ernst van het probleem (de mate waarin criminelen van cryptografische technieken gebruik maken) en (iv) de schematische vormen die regulering ook internationaal aannemen. Dit

* *UHD recht & informatica Universiteit Leiden*

eerste deel is helder en toegankelijk geschreven. De rest van het boek ook, maar voor het technische en beschrijvende deel van een dissertatie over een belangrijke maatschappelijke discussie die over een weinig toegankelijke techniek gaat, acht ik de presentatie opmerkelijk doorzichtig en toegankelijk. Koops schuwt het gebruik van *comics* niet (Fokke en Sukke leveren om de haverklap commentaar) en hij maakt veelvuldig gebruik van ingekaderd voorpaginanieuws om de maatschappelijke context voor- en de aandacht van de lezer vast te houden.

Bij ICT-en-recht onderzoek loopt men het gevaar dat informatie snel veroudert. Om dit voor te zijn heeft Koops een website waarin hij het overzicht van cryptoreguleringen bijhoudt (<http://cwis.kub.nl/~frw/people/koops/lawsurvey.htm>). Op p. 95 voorspelt hij: *The profoundest impact will likely result from incorporating strong cryptography in general software programs, such as 'browsers'* Die incorporatie heeft inmiddels plaats gevonden.

In het tweede deel wordt allereerst het raamwerk voor de normatieve analyse voorgesteld. Het gaat om een produkt van de praktische rede, toegepast op Rawls' methode voor het bereiken van *reflective equilibrium*, en toegesneden op het cryptodebat. Hier worden de beginselen genoemd die voor de evaluatie van cryptoregelsystemen belangrijk zijn. Het gaat om twee categorieën: (1) fundamentele rechten op privacy, op een eerlijk proces, op openbare orde (zo lees ik Koops' gebruik van de term *the rule of law*), op economisch welzijn en (2) beginselen in de sfeer van realiseerbaarheid als uitvoerbaarheid, internationale inpasbaarheid en technische haalbaarheid.

De rest van het tweede deel wordt gewijd aan de bespreking van regulerings-scenario's: het cryptografieverbod, de voorafgaande verzekering van toegang tot sleutels ten behoeve van de opsporing (via verplichte key escrow e.d.), het decryptiebevel, de alternatieve opsporingsmethoden en tenslotte het scenario van een afwachtende wetgever: de nul-optie. De beschrijvingen die Koops ervan geeft in de hoofdstukken 6½ t/m 10 vormen de kern van zijn boek en geven een uitstekende beschrijving van werkwijzen, architecturen en belangenconflicten die gemoeid zijn met de verschillende reguleringsbenaderingen. Het is aanbevolen literatuur voor iedereen die belangstelling heeft voor de eigenaardigheden van de spanning tussen rechtsbescherming en opsporings-instrumentaliteit in de digitale context. Ten aanzien van het decryptiebevel heeft Koops later bovendien nog een uitstekend boekje geschreven over de rol van het *nemo tenetur* beginsel (Bert-Jaap Koops, *Verdachte en ontsleutelplicht: hoe ver reikt nemo tenetur?*, ITeR-reeks nr. 31, Deventer: Kluwer 2000).

Terug naar de dissertatie. Met de beschrijving van de verschillende scenario's is de normatieve fase voorbereid: in het derde deel past Koops met behulp van een gedachtenexperiment de methode van Rawls toe op het cryptodebat. Hier is het, dat het boek — naast respect voor de genomen risico's en bewondering voor de helderheid — inhoudelijke vragen gaat oproepen. Om de navolgende overwegingen in perspectief te plaatsen geef ik twee citaten uit het eerste hoofdstuk, over de doelstellingen. Het eerste luidt: *I have refrained from giving detailed legal or cryptographic analyses and focused instead in combining the two fields in a readable book. If I have succeeded in making the two parties that have so often taken side against each other in the crypto debate gain some understanding of the other side of the crypto debate ...* Dit citaat geeft een belangrijke doelstelling van het boek, een doelstelling die voortkomt uit een wetenschappelijke basishouding: de uitvoerige en onpartijdige beschrijving van verschillende mogelijkheden maakt de discussie tussen fervente aanhangers van verschillende benaderingen tenminste in theorie mogelijk. In dit opzicht acht ik het boek volledig geslaagd. Het tweede citaat (eveneens te vinden op p. 8) luidt: *All too often, people list options and criteria, and jump to that one or the other option best balances the interests, essentially leaving hidden the process of arriving at this conclusion. A second aim of this book, then, is to bring to light the methodological issue of how to balance interests ...* Dit citaat geeft eveneens een belangrijke ambitie van het boek. Die ambitie is evenwel geen wetenschappelijke, maar een politieke, die in wetenschappelijke termen is verpakt (*methodological issue*). Vanuit deze tweede ambitie, de ambitie om te laten zien welke objectieve methode de wetgever moet volgen bij het afwegen van de cryptobelangen die door voorgenomen wetgeving worden geraakt, acht ik het boek mislukt. Bij nadere lezing bevat de dissertatie ook geen sterkere pretentie dan te laten zien dat enkele aspecten van Rawls' procedure goed kunnen worden gebruikt voor de formulering van een gedachtenexperiment. Bij dat gedachtenexperiment, dat de gedaante aanneemt van een hypothetische discussie over het beste reguleringscenario door enkele vertegenwoordigers van belangengroeperingen, worden voortdurend keuzen gemaakt en toegelicht. Dat is, meen ik, wat Koops bedoelt met zijn tweede doelstelling, hij wil zijn eigen afwegingen tijdens het gedachtenexperiment expliciet maken en onderbouwen. Hij wil het proces dat tot de keuze leidt zichtbaar maken. Deze zucht naar zichtbare beslissingsprocedures is op veel plaatsen in de rechtswetenschap evident — zelf heb ik eraan gewerkt waar het gaat om straftoemingsbeslissingen. Maar in dit geval gaat het om belangenafweging in

het politieke debat (de voorfase van regulering) en niet om individuele rechterlijke beslissingen die behoren te worden gemotiveerd. De voorgestelde werkwijze is aantrekkelijk: het gaat om een gedachtenexperiment waarbij de deelnemers vijf verschillende rollen spelen (de belangengroeperingen vertegenwoordigend), maar niet weten welke rol hen toevalt nadat de vergadering in concensus is afgesloten. Om dit te bereiken gelden er enkele spelregels: vastgesteld moet worden welke rol de zwakste is in het veld: een aanname van de gevolgde werkwijze is dat deze zwakste partij een belangrijke rol speelt bij de verwachting dat een rechtvaardige oplossing zal worden gevonden. De beschikbare rollen zijn: (1) een gezagsgetrouwe cryptogebruiker, (2) een bedrijf, (3) een opsporingsambtenaar, (4) een verdachte en (5) een cryptocrimineel (deze laatste mag niet mee doen met de discussie omdat hij q.q. onbetrouwbaar wordt geacht). Op expliciet beschreven, maar op overigens onnavolgbare wijze komt Koops' gedachtenexperiment erop uit dat de gezagsgetrouwe cryptogebruiker de zwakste partij is. De lezer tast in het duister waarom niet de meest omvangrijke belangengroep is vertegenwoordigd (de gezagsgetrouwe internetgebruiker die afziet van cryptografie), en evenmin wordt duidelijk waarom de gezagsgetrouwe cryptogebruiker meer te verliezen heeft dan de verdachte. Wel wordt na lezing van het vervolg duidelijk, dat deze keuzen, die aan het begin van de 'methodologie' worden gemaakt van invloed zijn op het uiteindelijke resultaat. In deze zin heb ik fundamentele kritiek op het werk van Koops: de gehanteerde methode is dusdanig ondergespecificeerd, dat elke willekeurige uitkomst verdedigbaar is.

Terwijl ik dit opschrijf bekruipt me het gevoel niet helemaal recht te doen aan Koops' dissertatie: het gaat om een goed en informatief boek, waarin de tweede doelstelling misschien wat ongelukkig werd geformuleerd, zodat aan de uiteindelijke belangenafweging in hoofdstuk II — via een gedachtenexperiment dat het boek aan de gang houdt en tot een expliciete afsluiting brengt — meer wetenschappelijke betekenis wordt toegekend dan de bedoeling was. Maar in de conclusie van het boek gaat Koops expliciet in op de betekenis van de Rawls' procedure voor de belangenafweging — aangevend, dat *die* procedure (die bij lezing mij de indruk gaf van te leiden tot uiterst willekeurige resultaten) een deugdelijke is: *The Rawls procedure is a good way of showing these choices and arguing for the decisions made ... The procedure is open to discussion as well, although I argue that this procedure is preferable to that used by most studies so far ...* zegt Koops op p. 259. Voorafgaand aan een dergelijke conclusie verwacht de lezer op zijn minst een inventarisatie van de werk-

wijzen *used by most studies*. Anders dan Koops, die van oordeel is dat in de meeste rechtswetenschappelijke verhandelingen waarin belangenafwegingen aan de orde zijn die belangenafwegingen niet worden verantwoord wil ik, op zijn minst in de context van voorgenomen wettelijke regulering, wijzen op de methoden die zijn ontstaan bij als gevolg van *constitutional review* in die rechtssystemen waar dat tot de cultuur behoort. Zelfs voor de Nederlandse wetgever kan men deze methoden (met behulp waarvan de wetgeving wordt getoetst aan de grondwet c.q. de Europese mensenrechten), tenminste in een gedachtenexperiment, naast de methode van Rawls onderzoeken. En het zou jammer zijn wanneer Koops' lezers zouden aannemen dat alleen Rawls' methode van *reflective equilibrium* beschikbaar is. Dennis Patterson schetst alleen al in zijn *Law & Truth* (Oxford University Press 1996) zeven andere denkmodellen voor de bedoelde belangenafweging.

Met de stelling dat dogmatiek en rechtspraktijk, verbonden aan constitutionele toetsing van producten van wetgeving van belang zijn voor de belangenafweging van de wetgever, zijn we terug bij de positiefrechtelijke wortels van het ICT-en-Recht onderzoek. Eén vraag houd ik dan nog over. *An effective criminal must be a good information manager* zegt Koops op p. 63. Ongestoorde communicatie in vereniging is het type communicatie waarom het in de cryptografiecontoverse vooral gaat: het gaat om geheim gemaakte communicatie in criminele organisaties (in 'vereniging' dus). Die communicatie als zodanig geniet bescherming van art. 8 Gw, maar er is geen bescherming van vertrouwelijkheid. Juridisch gezien rust de vertrouwelijkheid jegens de overheid van communicatie in vereniging voorsnog op een grondrechtelijk vacuüm. De grondwet beschermt immers alleen de vertrouwelijkheid van één-op-één communicatie in art. 13 Gw. Het is mij niet duidelijk geworden of, en zo ja, hoe deze overweging een rol heeft gespeeld in Koops' analyses. Maar dit zijn nauwelijks zwaarwegende kanttekeningen voor wie kennis wil nemen van de cryptocontoverse en de belangen en beginselen die daarbij een rol spelen. Aanbevolen.