



Universiteit
Leiden
The Netherlands

ICT en organisaties van Recht en Openbaar Bestuur.
Schmidt, A.H.J.; Franken H., Schmidt A.H.J.

Citation

Schmidt, A. H. J. (2003). ICT en organisaties van Recht en Openbaar Bestuur. *Iter Nr. 63*, 227-259. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3252>

Version: Not Applicable (or Unknown)
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3252>

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

6 ICT en organisaties van Recht en Openbaar Bestuur

Prof. dr. A.W. Koers en mr. A.H.J. Schmidt

1 Inleiding

Ter afsluiting van het Nationaal Programma voor Informatietechnologie en Recht (ITeR) past het om terug te zien en aandacht te besteden aan de resultaten van het programma. Maar het past ook om vooruit te zien: het is immers weinig aannemelijk dat de rechtswetenschappelijke vragen die in verband met ICT-ontwikkelingen kunnen worden gesteld inmiddels alle zijn beantwoord.

In beide ITeR-programma's is aandacht besteed aan de juridische aspecten van ICT-gebruik door publiekrechtelijke organisaties. Eerst onder de noemer: 'IT in organisaties van recht en openbaar bestuur'; later meer toegespitst onder de aanduiding: 'ICT en rechtspraak'.

Aan de basis van de ITeR-programma's ligt het werk van de commissie-Franken, in 1991 vastgelegd in het rapport *Informatietechnologie en Recht*.¹ De relatie tussen het recht en de maatschappelijke ontwikkeling van ICT-gebruik werd vooral daarom van belang geacht, omdat ICT-ontwikkelingen eerder een autonoom sturend karakter leken te hebben dan dat zij zich lieten sturen vanuit het recht, terwijl de economische en sociale impact ervan als aanmerkelijk werd beoordeeld. Vanuit deze positie is het een belangrijk wetenschappelijk (en maatschappelijk) vraagstuk hoe vorm dient te worden gegeven aan de juridische regulering van de (autonoom aandoende) impulsen die uitgaan van ICT-ontwikke-

1. H. Franken e.a., *Informatietechnologie en Recht*, Koninklijke Vermande 1991.

lingen.² Die impulsen hebben ook invloed op de werkwijze en de positie van organisaties van recht en openbaar bestuur, een onderwerp dat voor de UK-rechtspraktijk al in 1996 werd besproken door Richard Susskind in zijn *The Future of Law*.³

De samenleving had en heeft niet alleen normatieve vragen over de inzet van ICT, er is steeds haast geweest bij het verkrijgen van antwoorden. Gedurende de periode van het ITeR-programma (1995-2002) gaat het immers om *moving targets*: ICT staat niet stil, de reguleringsimpulsen vanuit Brussel evenmin en ook de organisatie en de werkwijzen van instellingen van recht en openbaar bestuur zijn in die periode sterk in beweging. Wat in 1991 van belang werd gevonden om te onderzoeken is rond 1995 ingehaald door de explosieve groei en verzelfstandiging van internet, en daarmee, van cyberspace. Wat rond 1998 van belang werd gevonden (onder meer verwoord in de trilogie van Castells)⁴ werd rond 2000 weer deels achterhaald door de explosieve groei van peer-to-peer systemen, *open source communities* en *digital rights management*-architecturen in cyberspace (zoals pregnant beschreven door Lessig).⁵

Wanneer we de genoemde publicaties van Susskind, Castells en Lessig opvatten als *de* internationale kernpublicaties op het gebied van ICT en recht, moeten we ons tegelijkertijd de vraag stellen of zij zich ook een centrale plaats hebben verworven binnen de Nederlandse rechtswetenschap. Wij menen dat te moeten betwijfelen – in de Nederlandse rechtswetenschap neemt de bestudering van het positieve recht daarvoor te zeer een dominante positie in. Hier te lande worden vraagstukken van regulering en publiekrechtelijke institutionalisering, in plaats van tot een bij uitstek multidisciplinair onderzoeksgebied behorend, eerder gerekend tot het terrein van de bestuurswetenschap dan tot het terrein van de rechtswetenschap.⁶ Wij komen hierop terug.

2 Deze vraag heeft, meer algemeen, velen in beweging gezet en heeft niet alleen geleid tot de in ITeR verwezenlijkte (en destijds nog opmerkelijke) samenwerking tussen de Nederlandse instelling voor wetenschappelijk onderzoek (NWO) en een aantal departementen (EZ, BZK, OCW, V&W en Justitie) Het algemene gevoel van urgentie dat er tussen 1995 en 2003 belangrijke juridische en beleidsvragen moesten worden beantwoord is aan bestuurlijke zijde onder meer tot uitdrukking gekomen in een reeks kabinet- en beleidsnota's, in de inrichting van het Nationale Actieplan Elektronische Snelwegen (NAP), in de inrichting en taakstelling van de Raad voor de Rechtspraak, en in de verwezenlijking van (vaak vanuit Europa via richtlijnen gevraagde) wetgeving – bijvoorbeeld op gebieden van de persoonlijke levenssfeer, van de opsporing, van intellectuele eigendom, van telecommunicatie, van elektronische handel en van elektronisch rechtsverkeer binnen de overheid en tussen overheid en burger

3 Richard Susskind, *The Future of Law*, Oxford University Press 1996

4 Manuel Castells, *The information age Economy, Society and Culture* (Vols I-III), Blackwell 1996-1998

5 Lawrence Lessig, *Code, and Other Laws of Cyberspace*, New York Basic Books 1999

6 Een sprekend voorbeeld bieden de preadviezen voor de Vereniging voor Administratief Recht uit 1993 van Franken en Snellen, welke werden bijeengebracht in de VAR-reeks nr 110 (zie noot 13)

Hoezeer de overheid er inmiddels van uitgaat dat ICT deel is gaan uitmaken van het maatschappelijke speelveld kan, bijvoorbeeld, worden afgelezen uit de recent in werking getreden SUWI wet⁷ en de daarmee verbonden uitvoeringsregeling (waarin uitvoering aandacht wordt besteed aan de inzet van ICT bij de uitvoeringsinstanties), uit het programma⁸ dat de inzet van ICT bij de rechtspraak een impuls heeft gegeven, alsmede uit de inzet van ICT in de communicatie naar de burger in verschillende webdiensten⁹. Hieruit blijkt dat in de ITeR-periode de werkwijzen van organisaties van recht en openbaar bestuur zich hebben aangepast aan de mogelijkheden die door ICT worden geboden. Minder gemakkelijk is het om er aanwijzingen voor te vinden dat de sturende impulsen vanuit de ICT hebben geleid tot institutionele aanpassingen van organisaties van recht en openbaar bestuur, voorzover het er over gaat om in 'de virtuele wereld'¹⁰ bestuur en rechtspraak te verwezenlijken.

In deze bijdrage besteden we aandacht aan de wijze waarop ITeR heeft bijgedragen aan het ophelderen van rechtswetenschappelijke vragen over relaties tussen ICT-ontwikkelingen en (werkwijzen en positie) van organisaties van recht en openbaar bestuur. Daartoe volgt eerst een beschrijvend deel met een overzicht van de publicaties van ITeR 1 en van ITeR 2 in ons thema. Daarna volgt het evaluatieve deel in de vorm van een terugblik, een blik vooruit en een conclusie.

2 Ordening en perspectieven

Organisaties van recht en openbaar bestuur hebben een publieke taak. Uitvoering van die taak vergt onder meer (a) *informatievergaring*, (b) *informatieverwerking* en (c) *informatieverschaffing*. We ordenen hieronder de onderzoeksvragen die in het kader van het ITeR-programma in ons thema werden gesteld aan de hand van deze indeling. In het overzicht komen alleen die onderzoeken aan de orde, waarvan de resultaten gepubliceerd beschikbaar zijn.¹¹ Het zijn er in totaal 26.

7 Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen van 29 november 2001 en het Besluit van 20 december 2001 tot vaststelling van een algemene maatregel van bestuur ter uitvoering van de Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen en in verband daarmee van enige andere socialezekerheidswetten.

8 Het Programma Versterking Rechterlijke Organisatie van 1999 (PVRO) – inmiddels beëindigd – het werk is overgenomen door de Raad voor de Rechtspraak.

9 Zie bijvoorbeeld <<http://www.overheid.nl>> en <<http://www.rechtspraak.nl>>

10 We gebruiken de termen *virtuele wereld* en *cyberspace* als synoniemen. Ze refereren naar de via de communicatiestructuur van internet toegankelijke verzameling van operationele informatie en programmaobjecten.

11 Het einde van het ITeR-programma in 2003 is in zoverre betrekkelijk dat geen nieuw onderzoek meer wordt uitgezet. Van een belangrijk aantal met name fundamentele studies zullen de resultaten in de komende drie jaren beschikbaar komen.

Naast een ordening ontleend aan het informatieproces hebben we ook nog door een andere bril¹² naar die 26 onderzoeken gekeken. We geven een korte beschrijving van drie perspectieven die ons hebben geholpen bij de analyse en waardering van het materiaal.

2.1 *Functionele equivalentie*

Gegeven de centrale plaats die in de Nederlandse rechtswetenschap wordt ingenomen door het positieve recht valt in te zien dat binnen het ITeR programma de primaire focus was gericht op de toepassing van het bestaande recht op ICT-ontwikkelingen. Binnen ons thema betekent dit dat de rechtswetenschap zich de vraag stelt of, en zo ja hoe, ICT kan worden ingezet bij *bestaande* werkwijzen en in *bestaande* instituties van rechtspraak en bestuur. De dominante belangen die dan naar voren komen zijn behoud van rechtsbescherming en behoud van de kwaliteit van bestuur en rechtspraak, zoals die in de offline wereld werden ontwikkeld. De concrete onderwerpen die aan de orde komen betreffen de in dit opzicht functionele equivalentie van de inzet van informatie- en communicatietechnologie (die meestal elders reeds maatschappelijk is ingeburgerd) in organisaties van recht en openbaar bestuur. Het leidende principe is aanvankelijk, dat organisaties van recht en openbaar bestuur handelen in de fysieke wereld en dat daaraan niets verandert, wanneer zij in hun werkprocessen gebruikmaken van ICT. Deze benadering beziet ICT-gebruik in rechtspraak en bestuur zuiver instrumenteel en beoordeelt dit gebruik aan de hand van het positieve recht – veelal functioneel: wat offline geschiedt dient ook online te geschieden. De benadering lijkt adequaat, zolang het gaat om informatieverhoudingen die beginnen en eindigen in de fysieke wereld en zolang de online deelprocessen kunnen voldoen aan de algemene beginselen van behoorlijk informatiegebruik zoals verwoord door Franken in 1993.¹³

2.2 *Normatieve maakbaarheid*

Het is echter niet altijd mogelijk of toereikend om het te laten bij functionele equivalentie: tenslotte openen ICT-ontwikkelingen ook nieuwe mogelijkheden. De impuls om van deze mogelijkheden gebruik te maken is van beleidszijde met name ingegeven door overwegingen van doelmatigheid en van wetenschapszijde door de verleidingen van de artificiële intelligentie. Wanneer ICT taken van rechters¹⁴ en bestuurders kan overnemen, is daar immers vanuit beide gezichtspunten winst te boeken. Met name in die gevallen waarbij het

12. August Willemsen, *De taal als bril*, Synopsis 1987.

13. Die beginselen zijn: beschikbaarheid, vertrouwelijkheid, integriteit, authenticiteit, transparantie en flexibiliteit. Deze beginselen ondersteunen de beheersbaarheid van ICT-processen die door organisaties van openbaar bestuur in de fysieke wereld worden ingezet. Zie H. Franken, *Kanttekeningen bij het automatiseren van beschikkingen*, Preadvies voor de Vereniging voor Administratief Recht, VAR-reeks nr. 110, Samsom H.D. Tjeenk Willink 1993, p. 15-50.

14. Zie hierover bijvoorbeeld: H.J. van den Herik, *Kunnen computers rechtspreken?* (inaugurale rede Leiden) 1991.

om zeer grote aantallen gaat, is de behoefte aan ICT-ondersteuning om efficiëntieoverwegingen groot en het is dan ook juist op dit gebied dat de eerste praktische ondersteunende systemen zijn ontwikkeld en ingezet (bijvoorbeeld: uitvoering van de Wet Mulder, de alimentatieberekeningsprogramma's, de Bijstandswet, de Algemene wet rijksbelastingen, de Wet op de studiefinanciering, de Huursubsidiewet, de straftoemeting).

Rechtswetenschappelijk is hier relevant op welke wijze rechtsbescherming en kwaliteit van rechtspraak en bestuur worden verwezenlijkt *en kunnen worden verbeterd* – alleen is het zo dat die vraag niet meer kan worden beantwoord vanuit de functionele equivalentie: strafvorderings- en straftoemetingsdatabanken scheppen mogelijkheden die er niet waren, ze onttrekken zich daarmee aan de benadering vanuit de functionele-equivalentiegedachte en roepen nieuwe vragen op over behoorlijke strafvordering en -rechtspraak.¹⁵ We maken die vragen door de databank te *maken*. Het gaat om de normatieve benadering van deze maakbaarheid.

2.3 Evolutie naar rechtspraak en bestuur in de virtuele wereld

Beide eerdergenoemde uitgangspunten, de functionele equivalentie en de normatieve maakbaarheid, gaan er in de kern nog steeds vanuit dat ICT-ontwikkelingen kunnen worden afgedaan vanuit de traditionele offline noties, gebaseerd op statelijke soevereiniteit en rechtsmacht. Het is de vraag of we daar in de toekomst mee zullen uitkomen. Steeds grotere gebieden van de maatschappelijke landkaart moeten we immers reserveren voor de virtuele wereld, welke we vooralsnog dienen in te kleuren als juridisch niemandsland.¹⁶ Het is opmerkelijk dat de specifieke vragen die dit niemandsland oproept voor organisaties van recht en openbaar bestuur,¹⁷ nog niet als kernvragen aan de orde zijn gesteld in de rechtswetenschap. Ze zijn wel aangestipt – onder meer in de nota *WES* en in de symposia over de regulering van internet waarvan verslag is gedaan in deel 9 van de *ITeR-reeks* – maar vooralsnog in het kader van enig ITeR-project in wezen onbeantwoord gebleven. Dit is er deels het gevolg van, dat dergelijk, echt grensverleggend onderzoek pas laat aan de orde is gesteld in de ITeR-programma's en dat het voor een deel nog niet tot gepubliceerde resultaten heeft geleid.¹⁸

15 Bijvoorbeeld de normatieve vraag of een ICT-instrument voor de rechtspraak, als het er eenmaal is, ook *behoort* te worden gebruikt.

16 Zie hierover A.H.J. Schmidt, 'Recht om te Spelen', *Juridische Aspecten van Internet*, jrg 2 nr 3, p 88 e v

17 Indicatief in hoeverre zijn er voor onze organisaties van recht en openbaar bestuur taken weggelegd die de virtuele wereld betreffen – niet alleen vanuit een institutionele positie in de fysieke wereld, maar ook als publiekrechtelijke organisaties in cyberspace

18 We geven ter illustratie een overzicht van enkele titels van deze onderzoeksprojecten *Informatietechnologie en behoorlijke rechtspleging, Staat en Informatietechnologie, Techniek als substituut voor regelgeving in het informatievoorzieningsproces ('Code as code'), Virtuele gemeenschappen en zelfregulering, Strafrechtelijke aansprakelijkheid voor strafbare feiten 'gepleegd' door intelligent agents, Structuur en inhoud van juridische legitimatie in het licht van virtualisering van rechtspraak, Dient wat offline geldt ook online te gelden bij juridische geschillenbeslechting door arbitrage?*

3 Informatievergaring

Bij de studies die voornamelijk de informatievergaring van organisaties van recht en openbaar bestuur treffen is de aandacht vooral uitgegaan naar de vragen die bij de opsporing van strafbare feiten aan het licht treden, wanneer informatie en communicatie digitale vormen hebben aangenomen. Hieraan werden negen onderzoeken gewijd, waarvan het leeuwendeel aan bijzondere opsporingsbevoegdheden in (inter)netwerken. We geven een overzicht:

- Rik Kaspersen, André Hofman & Joop Verbeek, ‘Vertrouwelijkheid van e-mail’, in: *ITeR* nr. 13 (1999). Het onderzoek stelt ten aanzien van e-mail de vraag welke strafvorderlijke regelingen toepasselijk zijn en of dit toereikend is. Geconcludeerd wordt dat in de flow-fase het e-mailverkeer op dezelfde manier wordt beschermd als telefoonverkeer. Kennisname door personeel van de dienstenaanbieder mag alleen ten behoeve van de dienst en moet geheim blijven. In de opslagfase echter zijn er volgens onderzoekers geen strafbepalingen die de dienstenaanbieder verbieden kennis te nemen van de mede onder zijn controle staande opgeslagen e-mailberichten in de mailbox van de gebruiker. Het onderzoek is gedaan vanuit het perspectief van de functionele equivalentie – en stelt daarbij een techniekonafhankelijk begrip als vertrouwelijke communicatie centraal. Aanbevelingen betreffen aanpassingen in de Telecommunicatiewet en het Wetboek van Strafrecht.
- Joop Verbeek, Cyril van der Net & Jaap Tempelman, ‘Netwerkzoeking in theorie en praktijk’, in: *ITeR* nr. 13 (1999). De vraag wordt gesteld hoe de nieuwe bevoegdheid tot netwerkzoeking van art. 125j Sv moet worden geplaatst in het geheel van strafvorderlijke bevoegdheden die politie en justitie ter beschikking staan. De antwoorden zijn veelzeggend: er wordt weinig gebruikgemaakt van de bevoegdheid, enerzijds omdat er nog weinig deskundigheid bij de opsporingsdiensten bestaat, en anderzijds doordat de techniek van de dubbele huiszoeking (zowel bij de verdachte als bij de ICT-dienstverlener) praktische voordelen biedt. Voorzover er van de bevoegdheden gebruik wordt gemaakt, wordt niet altijd voldaan aan de gestelde juridische vereisten, volgens onderzoekers evenwel niet in een verontrustende mate. Een belangrijk vraagstuk betreft de transnationale netwerkzoeking, die gemakkelijk tot bewijs kan leiden waarvan de aanvankelijke onrechtmatigheid via toestemming achteraf kan worden weggewerkt. Internationale verdragsvorming kan hierin verbetering brengen.
- Leonie Siemerink, *De wenselijkheid en mogelijkheid van infiltratie en pseudokoop op het Internet*, *ITeR* nr. 30 (2000). Vanuit het functionele-equivalentieperspectief wordt nagegaan in hoeverre de bijzondere opsporingsbevoegdheden infiltratie en pseudokoop op het internet kunnen worden gerealiseerd. Geconcludeerd wordt dat belemmeringen met name liggen op het gebied van de noodzakelijke ICT-kennis die bij de

uitvoerende en de toezichthoudende instanties voorhanden dient te zijn, en ook veroorzaakt worden door het grensoverschrijdende karakter van internet.

- Joop Verbeek, Theo de Roos & Jaap van den Herik, *Interceptie van vertrouwelijke communicatie*, ITeR nr. 35 (2000). De vraag wordt gesteld wat de nieuwe strafvorderlijke bevoegdheid van art. 126l en 126s Sv toevoegen aan het bestaande arsenaal van opsporingsbevoegdheden, wat de grenzen van de gelegitimeerde toepassing van deze bevoegdheid zijn, welke repercussies het gebruik van die bevoegdheid met zich meebrengt vanuit het gezichtspunt van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en wat de verwachte praktische hanteerbaarheid ervan is. Op basis van een positiefrechtelijke analyse, gepaard aan interviews met opsporingsinstanties, worden 35 conclusies getrokken en worden acht aanbevelingen geformuleerd. Opmerkelijk is de conclusie dat de nieuwe bevoegdheid met name een belangrijke aanvullende functie kan vervullen waar hij wordt ingezet voor (of na) het communicatietraject waarin de boodschap is versleuteld. Opmerking verdient eveneens de aanbeveling om de bevoegdheid uit te breiden voor situaties waarin verstoringen van de openbare orde zijn te verwachten. Nu is het bijvoorbeeld niet toegestaan om alsdan GSM-verkeer te onderscheppen omdat er dan doorgaans geen sprake is van een verdenking van een misdrijf waarop voorlopige hechtenis is toegelaten.

Een meer fundamentele vraag wordt aan de orde gesteld wanneer gegevens zijn versleuteld. Een ontsleutelplicht kan immers niet zonder meer aan een verdachte worden opgelegd.

- Bert-Jaap Koops, *Verdachte en ontsleutelplicht: hoe ver reikt nemo tenetur?*, ITeR nr. 31 (2000). Onderzocht wordt in hoeverre een bevel aan verdachten om te ontsleutelen toch in het Nederlandse strafproces zou kunnen worden ingevoerd, met inachtneming van de grenzen die het nemo tenetur-beginsel en praktische bezwaren daaraan stellen. Op basis van Europese jurisprudentie wordt de conclusie getrokken dat een wettelijke ontsleutelplicht in strijd komt met het beginsel, zoals dat door het Europese Hof wordt begrepen (functionele equivalentie). Op basis van de meer praktische overwegingen dat de maatschappelijke gevaren van het ontbreken van een ICT-ontsleutelplicht door de verdachte nog onvoldoende bekend zijn, wordt aanbevolen om vooralsnog van een bijzondere wettelijke bepaling omtrent een dergelijke plicht af te zien.
- Georges van den Eshof e.a., *Opsporing van verborgen informatie. Technische mogelijkheden en juridische beperkingen*, ITeR nr. 56 (2002). De vraag wordt gesteld welke de technische mogelijkheden zijn om afgeschermd informatie uit te wisselen via publieke computernetwerken, welke de strafvorderlijke regelingen zijn die hierop van toepassing zijn en wat de toegevoegde waarde is van bevoegdheden die door de commissie-Mevis alsook in het Cybercrime-verdrag van de Raad van Europa worden voor-

gesteld. Vanuit technisch perspectief wordt het verbergen van informatie geordend in vier modaliteiten: ontraceerbaarheid, onzichtbaarheid, onleesbaarheid en onherkenbaarheid. Per modaliteit wordt de techniek uiteengezet en worden de juridische aspecten belicht en geanalyseerd. Het rapport resulteert in elf conclusies (waaronder: “Door een aantal technische versluiermethoden te combineren is het mogelijk de opsporing in grote mate te frustreren; het is opvallend dat de wetgever hier tot dusverre geen aandacht aan heeft besteed.”) en zes aanbevelingen (waaronder: “Gezien de onderlinge verbondenheid van computernetwerken is het mogelijk dat onbevoegden strafbaar materiaal op de computer van een gebruiker plaatsen en waarna de gebruiker wordt vervolgd voor het bezit van dat materiaal; er dient derhalve onderzocht te worden in hoeverre een persoon nog aansprakelijk kan worden gesteld voor het materiaal op zijn computer.”).

Opmerkelijk (en ons inziens belangrijk) is de aandacht in een rechtswetenschappelijk programma voor de beleving van burgers van het spanningsveld dat tussen opsporings- en privacybelangen onvermijdelijk is.

- Bert-Jaap Koops & Anton Vedder, *Opsporing versus privacy: de beleving van burgers*, ITeR nr. 45 (2001). De vraag wordt gesteld wat de belangrijke overwegingen voor burgers zijn als het gaat om het spanningsveld tussen privacy en opsporingsbelangen, en wat de consequenties daarvan zijn voor wetgeving. Met behulp van vignetten (scenario's) is een empirisch onderzoek gedaan naar de houding van een steekproef uit de burgerbevolking waarop door 22% (264 respondenten) is gereageerd. Van belang in de perceptie van burgers blijken het doel van de privacyinbreuk te zijn (opsporing in het kader van zware criminaliteit legitimeert privacyinbreuken sterker dan in het kader van de openbare orde), de hoedanigheid van de uitvoerder (de politie mag meer dan particuliere opsporingsdiensten) en het middel dat wordt gebruikt (camera's in de publieke ruimte en het koppelen van gegevens wordt eerder aanvaardbaar geacht dan huiszoeking en telefoontap). Onderzoekers zijn van oordeel dat dergelijk empirisch onderzoek, in samenhang met normatieve en ethische analysetechnieken, van belang is voor de voorbereiding van wetgeving.
- Jan Holvast, *Het gebruik van persoonlijkheidsprofielen in de publieke sector*, ITeR nr. 42 (2001). De vraag wordt gesteld wat de mogelijkheden voor de overheid zijn om, mogelijk ten behoeve van een meer proactieve opstelling, gebruik te maken van persoonlijkheidsprofielen van burgers. Op basis van de analyse van de technieken die de ICT biedt voor datawarehousing en datamining en aan de hand van de juridische kaders voor proactief overheidsoptreden en voor de bescherming van persoonsgegevens wordt geconcludeerd dat de overheid beschikt over voldoende technische en juridische hulpmiddelen, en dat belangenafwegingen, mede aan de hand van proportionaliteit en subsidiariteit, in individuele gevallen zal moeten plaatsvinden. Het

opstellen van persoonlijkheidsprofielen door de overheid stuit eerder op maatschappelijke en ethische aanvaardbaarheid dan op strijd met de Wet bescherming persoonsgegevens. Schrijver spreekt zijn bezorgdheid uit over ontwikkelingen in de richting van relativisering van het recht op verzet als onderdeel van de Wet bescherming persoonsgegevens.

- Ruben Sietsma, Joop Verbeek & Jaap van den Herik, *Datamining en opsporing*, ITeR nr. 55 (2002). De vraag wordt gesteld hoever de Nederlandse overheid mag gaan bij het toepassen van datamining ten behoeve van de opsporing en welke de daarvoor benodigde strafvorderlijke en privacyrechtelijke kaders zijn. In de gedetailleerde analyse wordt het proces van informatiegaring onderscheiden in drie juridische stadia (opsporingsonderzoek, vekennend onderzoek en het verwerven en consolideren van de informatiepositie van de opsporingsdiensten) en vertaald in de richting van het dataminingproces, dat wordt onderscheiden in ongerichte en gerichte datamining, aangevuld met datamining ter verificatie van beschikbare informatie. Het onderzoek leidt tot achttien conclusies (bijvoorbeeld: “Een datawarehouse dat wordt aangelegd in het kader van datamining ten behoeve van de opsporing is in beginsel een politieregister in de zin van de Wet Politieregisters.”) en elf aanbevelingen, veelal aan de wetgever, welke er voornamelijk toe strekken om een ruimere inzet van dataminingprocessen bij de opsporing te legitimeren.

Al deze publicaties overziend, valt op dat er een aantal vragen zijn die wel worden aangestipt, maar die niet, of nog niet, echt worden uitgediept, laat staan beantwoord. Wij noemen er drie.

- Het eerste onderwerp dat met enige regelmaat en met grote hardnekkigheid naar voren komt, betreft de vraagstukken van *internationalisering en rechtsmacht* die het directe gevolg zijn van de ontwikkeling van cyberspace als ruimte voor maatschappelijk verkeer.
- Het tweede vraagstuk dat wel wordt opgemerkt, maar (nog) niet bevredigend wordt beantwoord, is *de verbeterde kennispositie van de overheid* ten aanzien van de burger, in het kader van beschikbare registraties en mogelijkheden van datamining en het gebruik van profielen.
- Het derde vraagstuk waarvan de contouren in de beschreven onderzoeksprojecten zichtbaar worden, heeft juist weer te maken met *kennisgebreken bij organisaties van recht en openbaar bestuur*. De techniek is zich zodanig aan het ontwikkelen dat voor bestuurlijke handhaving soms aanmerkelijke ICT-kennis is vereist. Ook dit vraagt om bezinning: hoever moeten instellingen van recht en openbaar bestuur gaan met het zich op de hoogte stellen en houden van de nieuwste ICT-ontwikkelingen?

4 Informatieverwerking

Het gaat in deze categorie om elf projecten. Ook wanneer de aandacht wordt gericht op ICT-gebruik binnen en tussen organisaties van recht en openbaar bestuur, komt het evenwicht tussen effectieve opsporing en privacy aan de orde, terwijl ook juridische belemmeringen tegen internationale (opsporings)gegevensuitwisseling sterk naar voren blijven treden.

- Joop Verbeek e.a., *Politie en Intranet*, ITeR nr. 19 (1999). De vraag wordt aan de orde gesteld of de bestaande nationale en internationale wet- en regelgeving aan de voorwaarden voldoet die worden gesteld aan een adequate geautomatiseerde internationale politieke gegevensuitwisseling zoals die in de Euregio Maas en Rijn plaats zou dienen te vinden en komt, in het verlengde hiervan, op de vraag of er een juridisch kader kan worden ontwikkeld dat een beveiligde koppeling met nationale politienetwerken mogelijk maakt. Het onderzoek inventariseert de technische mogelijkheden van het moment en de juridische kaders die koppelingen tussen de regionale informatiepunten met de nationale politienetwerken reguleren. Een lijst van 26 meer en minder gedetailleerde aanbevelingen is het resultaat. Het onderzoek is gedaan vanuit twee perspectieven, dat van de functionele equivalentie en dat van de normatieve maakbaarheid. Een goed onderzoek, dat niet kan verhullen dat legitieme internationale politieke samenwerking op het gebied van de informatievoorziening afhankelijk is van een proliferatie van (te harmoniseren) internationale afspraken, waarvan de belangrijkste op verdragsniveau.

Internationaliseringsvraagstukken voor organisaties van recht en openbaar bestuur zijn ook meer direct aan de orde gesteld:

- Bert-Jaap Koops e.a., *Overheden over internationalisering en ICT-recht*, ITeR nr. 39 (2000). De vraag is aan de orde gesteld hoe door enkele overheden in enkele landen (Duitsland, Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten) die voor Nederland vanuit het gezichtspunt van de internationalisering van rechtsmacht van belang zijn, wordt gedacht over internationalisering en ICT-recht. Onderzocht is welke de nationale standpunten van die landen zijn ten aanzien van enkele kernvragen op het gebied van het IT-recht: zelfregulering, het adagium ‘wat offline geldt dient ook online te gelden’ en (internationale) handhaving van ICT-recht. Vastgesteld wordt dat de benadering vanuit algemene adagia (zelfregulering verdient de voorkeur; offline normering bepaalt online normering) mogelijk in de aanvang van de ontwikkeling van het IT-recht van belang is geweest, maar dat nuancering naar meer specifieke gebieden noodzakelijk is geworden en ook op nationaal niveau wordt erkend. Daarbij ontstaan verschillen van inzicht, verschillen die ook ten aanzien van handhavingsvraagstukken bestaan. Geconcludeerd wordt dat anno 2000 nog onvoldoende

aandacht wordt besteed aan internationaliserings- en rechtsmachtvragen. Onderzoekers zijn niet erg optimistisch over deze ontwikkeling.

Vaker wordt de digitalisering van het werk van organisaties van recht en openbaar bestuur meer vanuit het traditionele perspectief van de soevereine rechtsstaat aan de orde gesteld:

- Miriam Lips & Paul Frissen, ‘Wiring government’, in: ITeR nr. 8 (1997). In deze studie worden de ontwikkelingen in Nederland, de UK en de USA in kaart gebracht, voorzover het gaat om het digitaal aanbieden van overheidsdiensten. De inventarisatie wordt gebruikt in een slotbeschouwing van voornamelijk bestuurswetenschappelijke aard, gericht op de veranderende structuur van de wijze van dienstverlening door overheidsorganisaties. Gesproken wordt bijvoorbeeld over ‘re-engineering government through ICT’, over de wijze waarop de overheid zich meer via een enkel loket zal gaan presenteren dan als een veelkoppig lichaam en over de betekenis van standaardisering van interne communicatie voor de interne organisatie van de overheid. Hoewel de schrijvers uitgaan van het evolutieperspectief, zijn de resultaten van hun (empirische) bevindingen eerder uitgedrukt in termen van het maakbaarheidsgezichtspunt. Het gaat natuurlijk ook om empirische bevindingen over de stand van zaken anno 1997. Door het nadrukkelijk bestuurswetenschappelijke karakter van deze studie schiet hij enigszins tekort binnen het ITeR-programma. Wat, ons inziens, ontbreekt is de discussie van de bestuurswetenschappelijke stellingen vanuit rechtswetenschappelijk perspectief. Wanneer dit onderzoek zou worden overgedaan (en daar is ons inziens anno 2003 alle reden toe) zou het aanbeveling verdienen de studie meer een bi-disciplinaire dialoog te doen zijn tussen bestuurs- en rechtswetenschappen.
- Justin Broeders e.a., *Vergunningen op Internet: meer dan gokken op een handhaafbaar stelsel*, ITeR nr. 53 (2002). De vraag wordt gesteld welke kansen en bedreigingen er bestaan ten aanzien van een effectief handelsregulerend vergunningstelsel in een elektronische en internationale omgeving. De nationale gerichtheid van vergunningstelsels leidt tot juridisch-technische en tot handhavingsproblemen op het bij uitstek internationale internet. Aanbevolen wordt om vanuit nationaal perspectief deze problemen te lijf te gaan door ingrepen in de wetgeving en het aansturen van zelfregulering, en door bij de handhaving de focus te richten op die zaken die zich richten op een bepaalde binnenmarkt van een staat. Op internationaal niveau wordt aanbevolen aansluiting te zoeken bij harmoniserende initiatieven. Voor de handhaving wordt gesuggereerd gebruik te maken van elektronische handtekeningen en van filtertechnieken.

- J.E.J. Prins (Ed.), *E-Government and its Implications for Administrative Law: Regulatory initiatives in France, Germany, Norway and the United States, IT&Law Series Volume 1* (2002). Vanuit de gedachte dat overheden hun dienstverlening aanmerkelijk kunnen verbeteren met behulp van ICT, is in deze studie nagegaan welke veranderingen in het administratieve recht daartoe nodig waren en zijn getroffen in vier landen. Daarmee is het perspectief van de normatieve maakbaarheid dominant. Aan de orde zijn verschillende benaderingen en aspecten van zorgvuldige communicatie in het publieke domein.

- C. Nicoll, J.E.J. Prins & M.J.M. van Dellen (Eds.), *Digital Anonymity and the Law – Tensions and Dimensions, IT&Law Series Volume 2* (2003). Het boek bevat een verzameling essays over de juridische implicaties van anonimiteit in cyberspace. Veelal wordt daarbij uitgegaan van de offline wereld en is het perspectief dat van de functionele equivalentie. De spanningen die worden besproken betreffen de belangen van anonimiteit (en privacy) enerzijds, tegenover belangen van opsporing, van nationale veiligheid, van commerciële aard, van vrijheid van meningsuiting en van wetenschappelijk onderzoek. Steeds moet een evenwicht worden gevonden in situaties die worden gekenmerkt door een zekere asymmetrie. Wanneer de blik wordt gericht op de toekomst, wordt aandacht besteed aan de mogelijkheden en gevaren van intelligent agents.

Er is ook aandacht voor de ondersteuning bij (straf)rechtelijke procedures:

- H. Franken e.a., ‘ICT en straftoemeting: de conferentie van 23 april 1998’, in: *IT&R* nr. 22 (1999). De conferentie was gewijd aan het werk van E.W. Oskamp, die in zijn promotieonderzoek vanuit de rechtsinformatica een informatiesysteem ten behoeve van een consistentere straftoemeting ontwierp en toetste. De conferentie zelf was voornamelijk gewijd aan positiefrechtelijk georiënteerde bespiegelingen over de aan het gebruik van een dergelijk systeem verbonden vragen. Opmerkelijk is misschien de variëteit aan inzichten die in de waardevolle bijdragen van met name Otte, Machielse en Van den Haak aan de orde werden gesteld. Van den Haak formuleert rechtsstatelijke condities waaraan beleidsafspraken tussen rechters dienen te voldoen.

- A.H.J. Schmidt, ‘ICT en rechtvaardige strafoplegging bij zeden- en opiumzaken’, in: *IT&R* nr. 22 (1999). Op basis van het materiaal van het onderzoek van Oskamp (E.W. Oskamp, *Computerondersteuning bij straftoemeting: de ontwikkeling van een databank*, Gouda Quint 1998), uit onvrede met de inmiddels wettelijk gelegitimeerde praktijk van het verkorte strafvonnis en in de overtuiging dat ICT-ondersteuning de inhoudelijke rechtsontwikkeling op het gebied van de straftoemeting in Nederland kan bevorderen, wordt een model ontwikkeld voor rechtvaardige strafoplegging dat meer aansluit bij de relevante rechtsbeginselen dan de huidige praktijk en dat gebruikmaakt

van de inmiddels technisch realiseerbare verbeteringen op het gebied van de informatie-uitwisseling. De werking ervan wordt verantwoord aan de hand van beschikbaar casusmateriaal.

- Arno R. Lodder, Anja Oskamp & Aernout H.J. Schmidt (Eds.), *IT Support of the Judiciary in Europe*, ITeR nr. 43 (2001). De vraag is aan de orde hoe de IT-ondersteuning van de rechterlijke macht ervoor staat in zes Europese landen (Noorwegen, Italië, Nederland, Verenigd Koninkrijk, Frankrijk en België). Op basis van landenrapporten wordt geconcludeerd dat er grote verschillen zijn in ICT-ontwikkelingsgraad en dat verschillen mede samenhangen met de organisatiegraad en bestuurbaarheid van de rechterlijke macht. Daartegen bestaat aanmerkelijk minder weerstand binnen de rechterlijke organisaties in de noordelijke Europese landen dan in de overige. In de analyse worden zes stellingen geformuleerd die nader onderzoek rechtvaardigen.
- A.R. Lodder, A. Oskamp & M.J.A. Duker, *Informatietechnologische ondersteuning binnen het strafproces*, ITeR nr. 36 (2000). In deze studie wordt geïnventariseerd door welke typen informatiesystemen het strafproces wordt ondersteund en wordt nagegaan of integratie en afstemming van die systemen mogelijk en wenselijk is wanneer daar verwijssindexen en intelligent agents worden ingezet. Aandacht wordt besteed aan vraagstukken van normatieve maakbaarheid.

Een uitzonderingspositie nemen de volgende onderzoeksprojecten in, omdat het wel gaat over werkwijzen van instellingen van openbaar bestuur, maar er geen aandacht wordt besteed aan de wijzen waarop ze zelf gebruikmaken van ICT:

- Marc van Leent, ‘Overheidstoezicht op bemiddelingsorganisaties in het auteursrecht’, in: ITeR nr. 6 (1997). In dit stand van zaken-onderzoek inventariseert Van Leent de status en de mogelijkheden van het overheidstoezicht op bemiddelingsorganisaties in het auteursrecht in Nederland en zet hij zijn bevindingen af tegen de toestand in Duitsland. De (impliciete) vraag is of dit toezicht voldoende is toegerust voor de digitale tijd, die immers nieuwe uitdagingen biedt aan de auteursrechtelijke handhaving. Deze vraag wordt beantwoord vanuit positiefrechtelijk gezichtspunt – vragen van functionele equivalentie komen (nog) niet aan de orde. Het onderzoek leidt wel tot de betekenisvolle conclusie dat het overheidstoezicht op bemiddelingsorganisaties zeer divers is geregeld in Nederland, dat in de statuten van bemiddelingsorganisaties vaak ruimere bevoegdheden zijn neergelegd dan men op grond van de onderliggende regelgeving zou mogen verwachten en dat de mogelijkheden van de toezichthouder om in te grijpen te beperkt zijn.
- R. van Wendel de Joode, J.A. De Bruijn & M.J.G. Van Eeten, *Protecting the Virtual Commons. Self-Organizing Open Source and Free Software Communities and Innovative*

Intellectual Property Regimes, IT&Law Series Volume 3 (2003). De vragen die aan de orde worden gesteld betreffen de achtergrond van de diversiteit van open source-licenties, de invloed van die licenties op organisatie en innovatiekracht van de gemeenschappen die ze gebruiken, de spanningen die optreden tussen *open source*- en *proprietary* bedrijfsmodellen en de regelgeving die deze spanningen kan reguleren. De resultaten zijn geordend in drie reguleringsscenario's die kunnen worden gevolgd in drie verschillende situaties: (i) wanneer bovengenoemde bedrijfsmodellen in evenwicht zijn, (ii) wanneer het *proprietary* bedrijfsmodel maatschappelijk de overhand heeft en (iii) wanneer het *open source*-model de overhand heeft. Schrijvers wijzen op de belangen van een situatie van evenwicht.

Vanuit de 'harde' rechtsinformatica worden er in deze categorie twee meer fundamentele bijdragen geleverd:

- Laurens Mommers, *Knowing the law*, ITeR nr. 25 (1999). De vraag wordt aan de orde gesteld in hoeverre juridische informatiesystemen kunnen worden gezien als kenbronnen van het recht. De vraag wordt niet positiefrechtelijk, maar fundamenteel en theoretisch behandeld vanuit het gezichtspunt van de rechtsinformatica (en daarmee van de digitale maakbaarheid). De resultaten geven een model van de verschillende kenniselementen en hun onderlinge relatie, zoals deze in juridische informatiesystemen behoren te worden onderscheiden.
- Tina van der Linden-Smith, *Een duidelijk geval: geautomatiseerde afhandeling*, ITeR nr. 41 (2001). Aan de hand van drie case studies (uitvoering Wet Mulder, uitvoering Algemene Bijstandswet en de operationele werkwijze van de Belastingdienst) wordt de vraag gesteld of *hard cases* bij het gebruik van geautomatiseerde systemen als *clear cases* worden afgedaan en hoe dat, normatief, gewaardeerd moet worden. Na een heldere definitie van onderscheid tussen *hard* en *clear cases* wordt op basis van literatuuronderzoek en interviews (niet mogelijk bij de belastingdienst) geconcludeerd dat er bij de Wet Mulder en bij de Belastingdienst inderdaad *hard cases* voorkomen die als *clear cases* worden afgedaan. In het geval van de Wet Mulder wegen de voordelen op tegen de nadelen, omdat de beroepsmogelijkheid bestaat en ook wordt gebruikt en, voorzover van beroep wordt afgezien omdat die drempel te hoog is, de belangen van individuele behandeling betrekkelijk gering zijn, tegenover de winst die geautomatiseerde afhandeling met zich meebrengt. De uitvoering van de Algemene Bijstandswet dwingt de uitvoeringsambtenaren niet zozeer in een keurslijf dat zij individuele gevallen niet individueel kunnen afhandelen, en de *hard cases* die als standaardgevallen worden afgehandeld door de belastingdienst pakken alle ten voordele uit van de belastingplichtige. Het onderzoek laat zien dat uiteindelijk in de normatieve weegschaal het belang van individualisering van de besluitvorming moet worden afgewogen tegen het cumulatieve belang van efficiency, rechtsgelijkheid en rechtszekerheid.

Dit alles overziende valt ons op dat ook in deze categorie van projecten – dat wil zeggen bij studies die gaan over ICT-gebruik in de werkprocessen van organisaties van recht en openbaar bestuur – de drie eerder genoemde niet-beantwoorde vragen (internationalisering en rechtsmacht, verbeterde kennispositie en betekenis kennisgebreken) naar voren komen. Daarnaast treedt er in deze categorie een vierde ‘grote’ vraag aan het licht: de bestuurlijke afweging die gemaakt moet worden bij het vormgeven van besluitvormingsprocessen tussen individualisering en efficiëntie – tussen maatwerk of lopende band.

5 Informatieverschaffing

Er waren drie projecten die de informatieverschaffing door organisaties van openbaar bestuur en recht betreffen.

- Mireille van Eeoud & Jan Kabel, *Prijsbepaling voor elektronische overheidsinformatie*, ITeR nr. 14 (1998). De vraag die wordt gesteld betreft de wijzen waarop en de prijs waartegen overheidsinformatie in elektronische vorm ter beschikking wordt gesteld. Onderscheid moet worden gemaakt tussen informatieverstrekking tussen overheden (waar doelmatige informatieverstrekking en de kwestie van onderlinge kostenverrekening voor onduidelijkheden zorgen) en tussen overheid en burger (waar het beginsel van de openbaarheid van overheidsinformatie moet worden vormgegeven). Twee tegenstrijdige beleidsprincipes blijken een rol te spelen: het profijtbeginsel en het tegengaan van concurrentievervalsing. Waar de prijzen niet door het bedrijfsleven worden bepaald omdat de informatieverstrekking aan het bedrijfsleven is overgelaten (destijds: alle elektronisch beschikbare wetgeving, kamerstukken en jurisprudentie), geldt veelal bovendien dat de prijs de kosten van verstrekking niet te boven mag gaan. Gelet op de onduidelijkheid ten aanzien van welke kostensoorten daarbij in rekening mogen worden gebracht, lijken de feitelijk gevraagde vergoedingen vaak aanmerkelijk te verschillen.
- Luuk Matthijssen, *Jurisprudentiedatabanken*, ITeR nr. 34 (2000). De vraag wordt gesteld in hoeverre het Nederlandse systeem voor publicatie van rechterlijke uitspraken, gezien in de anno 2000 geldende ICT-mogelijkheden, voldoet aan de grondwettelijke plicht tot openbaarmaking. In een vergelijking met de praktijk van de USA, Zweden en België wordt, op basis van feitelijk-organisatorische (selectie, prijsstelling), positiefrechtelijke (grondslag, anonymisering) en maakbaarheidsoverwegingen (het gebruik van ICT) geconcludeerd dat het in Nederland beter kan en moet. Inmiddels zijn de conclusies van dit rapport grotendeels gerealiseerd in <www.rechtspraak.nl>.
- Mirjam Lips, Simone van der Hof & Kees Schalken, *Multiformity in information provision in a new media age*, ITeR nr. 40 (2000). De vraag wordt gesteld hoe in verschillende landen (Zweden, Duitsland en het Verenigd Koninkrijk) vorm wordt gegeven aan het regelgevend beleid ten aanzien van de pluriformiteit van de informatievoorzie-

ning. Het gaat met name om de regulering van internet als medium; juridisch handvat op het niveau van de grondrechten is art. 10 EVRM. In de drie onderzochte landen wordt het begrip pluriformiteit van de informatievoorziening verschillend geïnterpreteerd. Ook de regulering wordt verschillend aangepakt: Zweden en het Verenigd Koninkrijk stellen zich hier terughoudend op, terwijl in Duitsland een specifieke wettelijke regeling is verwezenlijkt. Onderzoekers achten de feitelijke ontwikkelingen nog onvoldoende ver om van een uitgekristalliseerd maatschappelijk vraagstuk te kunnen spreken (ook in Duitsland wordt verwacht dat de wettelijke regeling een tijdelijk karakter heeft) en bevelen aan dat Europa een gidsrol op zich neemt.

Overall: duidelijk is dat vraagstukken van ICT-recht en informatievoorziening door organisaties van openbaar bestuur en recht eigenlijk nauwelijks nieuw zijn, maar wel kunnen botsen met het eerdergenoemde vraagstuk van rechtsmacht en internationalisering. Nieuw, en verder nauwelijks besproken in ITeR-verband, is het evenwichtsvraagstuk van mededingingsrechtelijke aard dat wordt opgeworpen door een overheid, die zich actief beweegt op de informatie- en mediamarkt.

6 Evaluatie

Uit deze vooral beschrijvende inventarisatie van de resultaten van tot nu toe gepubliceerde ITeR-projecten binnen het thema 'ICT en organisaties van recht en openbaar bestuur' blijkt dat er naast een indrukwekkende verzameling beantwoorde en beantwoorde vragen een vijftal thema's zijn waar wezenlijke vragen onbeantwoord bleven:

- internationalisering en rechtsmacht;¹⁹
- normering rond de verbeterde kennispositie van organisaties van recht en bestuur;
- normering rond kennisgebreken bij organisaties van recht en openbaar bestuur;
- normering van de belangenafweging tussen individualisering en efficiëntie in en van besluitvormingsprocessen;
- normering van de mededingingsrechtelijke vragen wanneer de overheid zich op de markt voor digitale informatievoorziening begeeft.

Die constatering neemt evenwel niet weg dat er zowel in ITeR 1 als in ITeR 2 heel wat onderzoek werd geëntameerd naar de betekenis van ICT voor organisaties van openbaar bestuur en rechtspraak. Dit thema was zeker niet het meest gewichtige onderdeel van ITeR – noch in geld, noch in aantal publicaties – maar uit de bijlage²⁰ blijkt dat er in totaal toch 38²¹ onderzoeksprojecten werden aangepakt. Wat is nu – terugkijkend – de betekenis van dat alles, zowel wetenschappelijk als maatschappelijk?

19. Aan het vraagstuk van internationalisering is in ITeR 2 een afzonderlijk thema gewijd; het is ook voorwerp van een afzonderlijk essay in deze bundel.

20. De bijlage bevat een opsomming van alle ITeR-projecten binnen ons thema.

21. Waarvan er op dit moment 26 tot publicatie hebben geleid.

6.1 *Wetenschappelijk belang*

Het wetenschappelijk belang van ITeR 1 en ITeR 2 in relatie tot het thema openbaar bestuur en rechtspraak is niet alleen gelegen in de kwaliteit van de wetenschappelijke output van ITeR: dat belang betreft ook de effecten van ITeR op de organisatie van het onderzoek, vooral in de universitaire wereld. Dit organisatorische aspect was zelfs een van de belangrijkste opgaven van ITeR 2: wat er in ITeR 1 was bereikt, moest in ITeR 2 worden ingebed in het reguliere universitaire onderzoek – en dat is een doelstelling van wetenschappelijk-organisatorische aard.

Aard output

Het thema openbaar bestuur en rechtspraak onderscheidde zich van de andere ITeR-thema's doordat het het enige veld was waarin de rechtsinformatica (of juridische informatica) een belangrijke rol speelde; zo af en toe kwam zelfs de jurimetrie om de hoek kijken. Ging het in de andere thema's in de kern om rechtswetenschappelijk onderzoek (waarin kennis van de techniek uiteraard vaak onmisbaar is), in het thema openbaar bestuur en rechtspraak ging het nu juist vooral om die techniek (waarbij kennis van het recht meestal onmisbaar is). De rode draad in de ITeR-publicaties op het thema openbaar bestuur en rechtspraak is immers de vraag of en hoe ICT kan worden ingezet in het werk van organisaties in het publieke domein. Dat was een essentieel andere insteek dan die van de andere ITeR-thema's.²²

In ITeR 1 werd, als opgemerkt in de Inleiding, het werkveld afgebakend als 'openbaar bestuur en rechtspraak', terwijl in ITeR 2 de grenzen werden versmald tot 'rechtspraak'. Deze inperking werd niet ingegeven door het idee dat vragen naar ICT en openbaar bestuur niet meer belangrijk zouden zijn, noch door twijfels over de kwaliteit van de publicaties over dit onderwerp in ITeR 1. Van belang was vooral dat er vanuit de bestuurskunde²³ en de sociale wetenschappen al veel onderzoek werd gedaan naar ICT en openbaar bestuur, terwijl daarnaast het begin van ITeR 2 samenviel met een groot-scheepse operatie tot modernisering van de rechterlijke organisatie in Nederland.²⁴ Het idee was dat een focus van ITeR 2 op rechtspraak een bijdrage zou kunnen leveren aan dat moderniseringsproces.

Wat opvalt aan de output van ITeR op het thema openbaar bestuur en rechtspraak is de relatief grote bandbreedte tussen theorie en praktijk. Rechtswetenschappelijk onderzoek – ook die in de andere ITeR-thema's – is meestal sterk gericht op het positieve recht. Het

22 Met als praktisch gevolg dat onder de auteurs van de publicaties op het gebied van openbaar bestuur en rechtspraak relatief veel niet-juristen zitten

23 Vooral door de groep van Frissen bij de Universiteit van Tilburg (toen nog KUB).

24 In het bijzonder het Programma Versterking Rechterlijke Organisatie en de oprichting van de Raad voor de Rechtspraak.

vertrekt daarom vaak vanuit vragen en problemen in de rechtspraak en reflecteert vervolgens daarop vanuit een meer dogmatisch/theoretisch perspectief. Dat soort onderzoek komt ook voor in de output van ITeR op het thema openbaar bestuur en rechtspraak, maar binnen dat thema zijn er ook publicaties die nu eens niet vertrekken vanuit een praktijkprobleem, maar die zich vooral en soms zelfs uitsluitend richten op theoretische vragen en theorievorming. Dit lijkt haaks te staan op de eerder genoemde rode draad – of en hoe ICT kan worden ingezet in openbaar bestuur en rechtspraak – maar nadere beschouwing leert dat die rode draad niet betekende dat de ambitie beperkt was tot praktijkgerelateerd onderzoek: juist binnen het thema openbaar bestuur en rechtspraak was de ambitie ook om zuiver theoretisch onderzoek te doen. Uit bovenstaande bespreking van de diverse publicaties kan worden afgeleid dat die ambitie in elk geval in een aantal publicaties is gerealiseerd.

Voorzover het ITeR-thema openbaar bestuur en rechtspraak theoretische publicaties voortbracht, lagen deze vooral op het gebied van artificiële intelligentie en recht. Dat het aantal ITeR-publicaties op dit gebied relatief beperkt is gebleven, wordt verklaard door het feit dat zeker in de periode van ITeR 1 veel van het rechtsinformatica-onderzoek buiten het kader van ITeR zich richtte op AI-gerelateerde vraagstukken, zoals ontwikkeling van juridische kennis- of expertsystemen, representatie van juridische kennis, emulatie van juridisch redeneren etc. Omdat er op dit gebied al veel werd gedaan, was het ITeR-beleid om juist andersoortig onderzoek te stimuleren: hoe boeiend en waardevol het onderzoek naar AI en recht ook was (en is), de relatie tussen ICT en recht omvat meer.

Het geheel van de wetenschappelijke output van ITeR op het thema openbaar bestuur en rechtspraak overziende, is de meest pregnante vraag wellicht of, en in welke mate, het in wetenschappelijke zin innovatief en grensverleggend is geweest. Wat die vraag lastig te beantwoorden maakt, is niet alleen de subjectiviteit van de criteria – wat is ‘innovatief’ en wat is ‘grensverleggend’? – maar ook wezenlijke veranderingen in het referentiekader. Domineerde in ITeR 1 nog het beeld dat informatietechnologie vooral een zaak was van lokale computers (stand-alone of hoogstens in een lokaal netwerk), in de ITeR 2-periode werd dat beeld door de internetrevolutie radicaal omver gehaald. Anders gezegd: de vragen in ITeR 1 waren nog vooral vragen naar ‘IT’ en recht – in ITeR 2 ging het vooral om ‘ICT’ en recht – dus inclusief ‘communicatie’. Dat was een ontwikkeling die zelfs Bill Gates overviel en die het nu, anno 2003, lastig maakt om te oordelen over de ‘innovativiteit’ en ‘grensverleggendheid’ van de ITeR-output.

Dat gezegd zijnde – en dus in alle subjectiviteit – is ons oordeel dat, een enkele uitzondering daargelaten, de output van ITeR op het thema openbaar bestuur en rechtspraak toch overwegend traditioneel positiefrechtelijk van aard is geweest. En dus slechts in beperkte mate echt innovatief en grensverleggend.

In het ITeR 2-programmavoorstel werd het volgende onderscheid gemaakt:

- fysieke rechtspraak (fysiek bestuur) in de fysieke wereld;
- fysieke rechtspraak (fysiek bestuur) in de virtuele wereld;
- virtuele rechtspraak (virtueel bestuur) in de fysieke wereld;
- virtuele rechtspraak (virtueel bestuur) in de virtuele wereld.²⁵

Als deze indeling op het geheel van de hierboven besproken publicaties wordt gelegd, moet de conclusie zijn dat ze dominant betrekking hebben op de eerste rubriek: ze handelen over vragen, problemen en mogelijkheden bij de inzet van ICT in fysieke rechtspraak in de fysieke wereld, dat wil zeggen: de rechtspraak en het openbaar bestuur zoals we die vandaag de dag kennen. Het dominante rechtswetenschappelijke perspectief dat hierbij hoort, is dat van de functionele equivalentie.

Als er al voelhorens naar *terra incognita* werden uitgestoken, dan was het in de rubriek ‘virtuele rechtspraak in de fysieke wereld.’ Hier gaat het om de inzet van ICT in de werkprocessen van organisaties van openbaar bestuur en rechtspraak op een zodanige wijze, dat essentieel nieuwe mogelijkheden ontstaan – rechtspraak per computer, online media-tie etc. Over die nieuwe mogelijkheden zijn normatieve uitspraken mogelijk. In de termen van de in de vorige paragraaf geschetste drie perspectieven gaat het daarbij vooral om het perspectief van de normatieve maakbaarheid.

De rubrieken ‘fysieke rechtspraak in de virtuele wereld’ en ‘virtuele rechtspraak in de virtuele wereld’ zijn eigenlijk niet aan de orde gekomen – of, misschien beter gezegd, hebben nog niet tot resultaat geleid.²⁶ Wij nemen aan dat onderzoek in deze rubrieken gepaard zal moeten gaan met een perspectiefwisseling die – wederom in de termen van de drie besproken perspectieven – de overgang maakt van normatieve maakbaarheid naar de evolutie naar rechtspraak en bestuur in de virtuele wereld.

De implicatie van deze beschouwingen is dat achteraf gezien het ITeR-onderzoek op het thema openbaar bestuur en rechtspraak vooral een inventariserend en interpreterend karakter heeft gehad en dat er niet echt sprake was van onderzoek op zoek naar paradigmatische innovatie en grensverlegging: ‘basic beliefs’ werden niet echt op de schop genomen.²⁷ In de diverse studies en projecten werd overwegend uitgegaan van bestaande instituties en van hun huidige manier van werken, en werden die instituties en manieren van werken niet fundamenteel ter discussie gesteld. In die zin was het ITeR-onderzoek op

25 Hoewel toegespitst op rechtspraak kan, zoals aangegeven, voor openbaar bestuur moeiteloos dezelfde indeling worden gemaakt

26. Zoals uit het eerder gegeven overzicht van onderzoeken die nog niet tot publicaties hebben geleid, maar die wel vanuit een evolutieperspectief zijn opgezet.

27 Jazeker wij waren er zelf bij en deze uitspraak adresseert dus ook ons

het gebied van openbaar bestuur en rechtspraak – hoewel in bepaalde opzichten afwijkend van de andere thema's – in de kern toch ook weer typisch rechtswetenschappelijk van aard: eerder gericht op het conserveren van wat werkt dan op het problematiseren van het onbekende.²⁸

Daarmee is natuurlijk geenszins gezegd dat het onderzoek en de output kwalitatief onder de maat zouden zijn – integendeel. Inventariserend en interpreterend onderzoek in een zo turbulente omgeving als ICT en recht is methodisch bepaald geen sinecure en vraagt van de onderzoekers niet alleen doorzettingsvermogen, maar ook creativiteit en originaliteit. De kwaliteit van de diverse publicaties wijst uit dat ook op het gebied van openbaar bestuur en rechtspraak ITeR er in is geslaagd die talenten te mobiliseren.

De vraag is zelfs of het anders had gekund of anders had gemoeten. Echte innovatie op paradigmatisch niveau is niet iets dat geleidelijk aan groeit uit vele kleine stapjes: het is vaak een abrupte doorbraak die komt als de tijd er rijp voor is. Als er dus in het ITeR-thema openbaar bestuur en rechtspraak geen sprake was van echte innovatie en grensverlegging, dan kan de verklaring simpelweg zijn dat de tijd er (nog) niet rijp voor is: er is nog te veel turbulentie en onzekerheid – het stof waait nog steeds hoger op – om het echt nieuwe te kunnen zien aankomen en om een echte sprong vooruit te kunnen maken.²⁹

Wij achten het aannemelijk dat deze stand van zaken mede het gevolg is van het in Nederland ontbreken van de mogelijkheid om wetten aan de grondwet toetsen op rechtmatigheid. Publieke debatten tussen wetgever en rechter komen hier dan ook niet of nauwelijks voor. Uitermate boeiende en effectieve discussies als – bijvoorbeeld – tussen het Amerikaanse hoogerechtshof en de Amerikaanse wetgever over de evenwichtige regulering van de uitingsvrijheid enerzijds en de bescherming tegen *obscenity in cyberspace* anderzijds (respectievelijk leidend tot de *Communications Decency Act* van 1996, de *Child Online Protection Act* van 1998 en de *Children's Internet Protection Act* van 2000)³⁰ zijn er hier dus niet. En vormen derhalve ook geen centraal punt van aandacht voor de Nederlandse rechtswetenschap – kunnen dat ook niet zijn. Als gevolg daarvan behoort de beoordeling van voorgenomen regelgeving traditioneel niet tot de kern van het

28. Zoals dat op indringende wijze wel gebeurde in bestuurskundig onderzoek naar ICT en openbaar bestuur; zie met name de publicaties van Frissen en zijn onderzoeksgroep.

29. In de wetenschapstheorie wordt betoogd dat daarvoor vaak een generatiewisseling nodig is.

30. Zie A. Horowitz, 'The Constitutionality of the Children's Internet Protection Act', *St. Thomas Law Review* 2000, p. 425-444.

Nederlandse rechtswetenschappelijke discours,³¹ ook niet wanneer het om reguleringsvraagstukken gaat die door ICT worden ingegeven.

Organisatorische aspecten

Het wetenschappelijk belang van ITeR zit – als gezegd – niet alleen in de output als zodanig, maar ook in wat ITeR nalaat qua wetenschappelijke infrastructuur. Ging het in ITeR 1 nog vooral om het uitbouwen en versterken van die infrastructuur, in ITeR 2 verschoof het accent naar het consolideren van wat door ITeR 1 werd opgebouwd. En dus was het een expliciete missie van ITeR 2 te bereiken dat het onderzoek naar ICT en recht ingebed werd in het reguliere rechtswetenschappelijke onderzoek.

Uit het voorafgaande valt af te leiden dat die inbedding juist voor het thema openbaar bestuur en rechtspraak geen eenvoudige opgave zou zijn. Immers:

- veel onderzoek op dit gebied gaat wel over het recht, maar is niet juridisch van aard;
- onderzoek op dit gebied is niet alleen een zaak van juristen, maar ook van niet-juristen;
- het bestaande rechtsinformatica-onderzoek was sterk gericht op theoretische AI-vragen.

Kortom: veel van het onderzoek en veel van de onderzoekers op het gebied van openbaar bestuur en rechtspraak lagen – en liggen – buiten het blikveld van de modale juridische onderzoeker, faculteit en facultaire bestuurder. En dan zouden dat onderzoek en die onderzoekers ‘ingebed’ moeten worden in het reguliere juridische onderzoek? En dan ook nog bij faculteiten die in het universitaire bestel aantoonbaar op achterstand staan bij de verdeling van onderzoeksgelden?

Het rechtsinformatica-onderzoek kwam van de grond in het midden van de jaren tachtig dankzij een eenmalige, maar structurele injectie van fondsen uit de zogenoemde ‘herbestedingsgelden’.³² Conform de doelstellingen werden die gelden door juridische faculteiten ingezet voor het opzetten van onderwijs en onderzoek op het gebied van het informaticarecht en de rechtsinformatica. Bij de rechtsinformatica leidde dit qua onderwijs vooral tot inleidende cursussen en trainingen in het gebruik van computers, terwijl het onderzoek zich – als eerder gezegd – overwegend richtte op vraagstukken van AI en recht. In het midden van de jaren negentig werd echter duidelijk dat onderzoek naar AI en recht een zaak van lange adem zou worden – en kwam het rechtsinformatica-onder-

31 Die discussies worden natuurlijk wel gevoerd binnen het rechtswetenschappelijke veld, maar ze snijden, juist doordat in dit opzicht bindende uitspraken vanuit de rechtspraak ontbreken in Nederland, minder diep in het hout

32 Ontstaan doordat het ministerie wat te effectief was geweest in het opleggen van bezuinigingen aan het WO.

zoek in de ene na de andere faculteit onder druk te staan. Dat onderzoek was en bleef immers toch in veel opzichten een vreemde eend in de vijver van de rechtswetenschap.

Maar juist toen was er ITeR 1.

Hoewel ITeR – als gezegd – geen bijzondere prioriteit toekende aan onderzoek naar AI en recht, bood het rechtsinformatici wel de kans om alternatieve geldbronnen aan te boren, mits ze althans bereid waren om verder te kijken dan AI en recht.³³ In wetenschappelijk-organisatorische zin heeft ITeR er dus via het thema openbaar bestuur en rechtspraak aan bijgedragen dat het Nederlandse rechtsinformatica-onderzoek qua omvang redelijk op peil bleef, ook toen na 1990 veel juridische faculteiten de eigen geldkraan dicht begonnen te draaien. ITeR, en in het bijzonder het thema openbaar bestuur en recht, heeft er ook geleid tot een verbreding van dat onderzoek, zodat het meer ging omvatten dan vraagstukken van AI en recht.³⁴ Dat het Nederlandse rechtsinformatica-onderzoek nog steeds meetelt in Europees en internationaal verband is natuurlijk in de eerste plaats de verdienste van de onderzoekers zelf. Feit is echter dat zonder ITeR waarschijnlijk maar een zeer beperkt aantal van dat soort onderzoekers de facultaire bezuinigingen van de jaren negentig had overleefd.

De implicatie van het voorafgaande is natuurlijk wél dat de toekomst van het Nederlandse rechtsinformatica-onderzoek verre van zeker is, nu ITeR is afgerond en er geen directe opvolger of alternatieve financieringsbron voor de deur staat. De meeste juridische faculteiten hebben nog wel een enkele medewerker in dienst die zich met rechtsinformatica bezighoudt, maar het volume van dat onderzoek loopt gestaag terug. Hierna meer over de mogelijke betekenis hiervan, juist nu het weer spannend gaat worden.

6.2 *Maatschappelijk belang*

Dat onderzoek in het ITeR-thema ‘openbaar bestuur en rechtspraak’ vooral op conservering was gericht en dat het niet, of slechts in zeer beperkte mate, toekwam aan echte innovatie en grensverlegging, is – hoe verklaarbaar ook – wetenschappelijk gezien misschien jammer, maar die constatering ziet er ineens heel veel positiever uit als het gaat om het maatschappelijke belang van datzelfde onderzoek. Anders gezegd: het (toch) typisch rechtswetenschappelijke karakter van het ITeR-onderzoek op het thema openbaar bestuur en rechtspraak – focus op het positieve recht, binding met de rechtspraak, beperkte tijdshorizon, weinig aandacht voor theorievorming als zodanig – heeft

33. Een insteek waarover, zeker in de begintijd van ITeR, heel wat onderzoekers behoorlijk boos waren.

34. Zie bovenstaande bespreking van de diverse publicaties.

wezenlijk bijgedragen aan het vergroten van de maatschappelijke relevantie van dat onderzoek.

Nu hoeft deze conclusie ook overigens weinig verbazing te wekken: maatschappelijk belang was al direct vanaf het begin een belangrijk criterium bij het opstellen van het werkprogramma van ITeR 1 en, zelfs in sterkere mate, van ITeR 2. Dit vloeyde voor een deel voort uit de aard van de geldgevers: ministeries die in de praktijk geconfronteerd worden met allerlei ICT-gerelateerde (beleids)vragen. Daarom ook kende het ITeR-programma expliciet bepaalde typen onderzoek die bedoeld waren de financierende ministeries te ondersteunen in hun worsteling met die beleidsvragen.³⁵ Die programma-tische sturing op maatschappelijke relevantie ook in het thema openbaar bestuur en rechtspraak drong vanzelfsprekend door tot de onderzoekers die bij ITeR aanklopten met onderzoeksvoorstellen. Naast sturing vooraf was er daarom ook al snel sprake van een zekere mate van zelfregulering bij de onderzoekers: ze wisten hoe de vlag erbij stond.

In ITeR 2 spitste het streven naar maatschappelijke relevantie zich toe op rechtspraak, mede in het licht van het Programma Versterking Rechterlijke Organisatie en het oprichten van een Raad voor de Rechtspraak. Dit leidde tot een aantal specifiek op ICT en rechtspraak gerichte onderzoeksprojecten met een directe relevantie voor de vraag hoe ICT kan bijdragen aan het verbeteren van de kwaliteit van de rechtspraak, dan wel aan het vergroten van de efficiency. Dat het in deze projecten niet ging om 'virtuele rechtspraak in de virtuele wereld' (zie boven) droeg wezenlijk bij aan het directe maatschappelijk belang ervan en aan de betekenis van die studies voor het moderniseringsproces van de rechtspraak.

Het voorafgaande impliceert niet dat het in het thema openbaar bestuur en rechtspraak uitsluitend ging om maatschappelijke relevantie of dat de financierende ministeries uitsluitend bereid waren hun geld in te zetten op beleidsrelevant onderzoek. Integendeel, zoals hierboven werd opgemerkt, produceerde het thema openbaar bestuur en rechtspraak ook enkele (overwegend) theoretische studies, terwijl opvalt hoeveel geld er door die ministeries beschikbaar werd gesteld voor echt 'curiosity-driven' onderzoek, vooral in de vorm van promotieonderzoek.³⁶

35. In het bijzonder het zogenoemde 'stand van zaken'- en 'korte termijn'-onderzoek.

36. Veel van dit onderzoek is nog niet voltooid en kan hier derhalve ook niet worden besproken – zie ook de bijlage.

7 Vooruitblik

De basis voor ITeR werd gelegd in het in de Inleiding genoemde rapport *Informatietechnologie en Recht* van de commissie-Franken van 1991. Een van de centrale ideeën in dat rapport was dat er in de relatie tussen ICT en recht sprake is van verkeer in twee richtingen: het recht stuurt ICT, maar ICT stuurt al evenzeer het recht. Uit het voorafgaande valt af te leiden dat die stelling zich in ITeR niet echt heeft bewezen, omdat het dominante paradigma van het ITeR-onderzoek – ook binnen het thema openbaar bestuur en recht – was dat met de nodige inventiviteit en goede wil de inzet van ICT door het recht in goede banen kan worden geleid. Zoals hierboven werd geconstateerd, het onderzoek op het gebied van openbaar bestuur en recht – maar hetzelfde geldt, menen wij, voor de andere ITeR-thema's – was in de kern conserverend van aard: behoud van het bestaande, ook in een wereld die verandert door de inzet van ICT.

7.1 Open vragen

Toch zijn er in ITeR indicaties te vinden van een groeiend besef dat de commissie-Franken het in 1991 goed zag: dat ICT evenzeer het recht stuurt, zoals het recht de inzet van ICT stuurt.³⁷ Voor het thema openbaar bestuur en rechtspraak vinden wij de aanwezigingen daarvoor juist bij de eerdergenoemde vraagstukken die wel werden aangestipt, maar niet echt werden opgepakt, laat staan opgelost.

- *Rechtsmacht*. Het besef dat in de fysieke wereld ICT de rechtsmacht van nationale overheden fundamenteel aantast, en dit zowel voor wat betreft de 'jurisdiction to prescribe' als voor de 'jurisdiction to enforce'. Opvallend is ook dat dit besef in tal van publicaties wordt verwoord – ook buiten ITeR – maar dat het vervolgens blijft bij die constatering. Ontbreekt het aan echte oplossingen omdat hier ICT het recht stuurt – met als gevolg dat het traditionele rechtswetenschappelijke onderzoek geen antwoorden heeft? Hiermee verbonden is het inzicht dat de virtuele wereld steeds meer een domein wordt waarin fysieke entiteiten niet alleen informatie overdragen, maar ook rechtshandelingen verrichten en strafbare feiten begaan en dat het overheden – nationaal en internationaal – in die virtuele wereld ontbreekt aan mogelijkheden en middelen hun klassieke rol te vervullen in relatie tot die handelingen en feiten. Ook hier: het blijft bij de constatering en dus ook hier de vraag of het recht wel kan sturen en of het niet de inzet van ICT is die het recht stuurt.
- *Kennisposities*. De realisatie dat kennisposities in cyberspace van een geheel andere orde zijn dan in de fysieke wereld, dat voor effectieve deelname aan het maatschappelijke

37. Waarbij, om het echt ingewikkeld te maken, ICT en recht niet alleen elkaar wederzijds beïnvloeden, maar ook elk voor zich ingrijpend veranderen onder invloed van maatschappelijke en technologische ontwikkelingen.

lijk verkeer in cyberspace de kennispositie van de deelnemer (of de deelnemende organisatie) van fundamenteel belang is en dat het daarmee van belang zal gaan worden om kennisposities in cyberspace te normeren. Hierbij gaat het ten minste om twee dingen: ten eerste dringt de vraag zich op in hoeverre organisaties van recht en openbaar bestuur vanuit het zorgvuldigheidsbeginsel gehouden zijn om beschikbare virtuele kennisbronnen te gebruiken en/of te doen aanleggen.³⁸ Ten tweede: de overheid beschikt in toenemende mate over digitale informatie aangaande de toestand en het gedrag van al haar burgers (denk aan de informatieposities van het CBS en het CBP), informatie welke onder geheel andere voorwaarden of in het geheel niet beschikbaar is voor controle via pers en wetenschap. Ook hier: in het IT&R-onderzoek wel de constatering, maar geen echte oplossingen.

- *Individualisering en efficiëntie.* De constatering dat bij het inzetten van ICT in de werkprocessen van organisaties van recht en openbaar bestuur keuzes zullen moeten worden gemaakt. Enerzijds kan besluitvorming volledig worden overgelaten aan mensen in de fysieke wereld (al dan niet ondersteund door ICT), die individuele afwegingen maken en verantwoorden – anderzijds wordt het mogelijk besluitvorming over te laten aan geautomatiseerde systemen die interacteren met andere systemen in cyberspace. In dat laatste geval kunnen normering, opsporing en handhaving naar elkaar toegroeien en zelfs komen samen te vallen in vormen van regulering door de technische architecturen van de diverse systemen. Ook hier geldt dat het vraagstuk³⁹ is geagendeerd, maar dat het IT&R-onderzoek nog geen echte oplossingen heeft opgeleverd.

Er zijn meer en andere voorbeelden te bedenken, maar het bovenstaande adstrueert de opmerking van Bill Gates dat als het om de betekenis van ICT gaat, we systematisch de effecten op korte termijn overschatten, terwijl we al even systematisch de effecten op langere termijn onderschatten. In IT&R 1 en IT&R 2 werd, ook binnen het thema openbaar bestuur en rechtspraak, de virtuele wereld – cyberspace – en wat daar gebeurde geduid vanuit het paradigma dat het gestuurd *moest* en *kon* worden door het recht. Zeker, dat te bereiken zou intellectueel een hele opgave zijn en het zou veel wetenschappelijke en beleidsmatige creativiteit vergen, maar dat deed geen afbreuk aan het paradigma. Die

38 Bij dit laatste is van belang dat elk gebruik van cyberspace sporen achterlaat die het mogelijk maken gebruikers en gebruik te analyseren en te relateren aan gebruiks- en gebruikersprofielen. Als extra probleem doet zich hierbij voor dat natuurlijke en rechtspersonen in cyberspace allerlei verschillende identiteiten kunnen aannemen en zich zelfs anoniem kunnen maken. Ook de kopieerbaarheid en manipuleerbaarheid van virtuele objecten en stukken staat op gespannen voet met het verkrijgen van de nodige zekerheden op het punt van authenticiteit.

39 Betreffende bijvoorbeeld de inzet van zogenoemde 'digital rights management systems' welke de afhandeling van auteursrechtelijke licenties geheel kunnen automatiseren, maar welke minder geschikt zijn om door excepties gelegitimeerd gebruik te faciliteren.

grondhouding had wél tot gevolg – zo stellen we – dat het onderzoek zich voornamelijk richtte op het direct zichtbare en dat wat er onder de oppervlakte (of achter de technologische schermen) gebeurde zo af en toe wel zijdelings werd aangestipt – zie de zojuist genoemde punten – maar niet ten principale onder ogen werd gezien. Want dat zou tot de conclusie kunnen leiden dat er geen juridische oplossingen zijn, misschien zelf wel geen oplossingen die passen binnen de democratisch-rechtsstatelijke verhoudingen zoals we die kennen en, wat ons betreft, positief waarderen.

7.2 *Sturing door ICT?*

Laten we daarom eindigen met een korte en impressionistische poging dat wél te doen en (dus) te erkennen dat de commissie-Franken het in 1991 goed zag: dat cyberspace een eigen autonomie en dynamiek heeft, of zal verwerven, die niet door het klassieke recht en de klassieke democratisch-rechtsstatelijke instituties en werkprocessen kunnen worden bestuurd, maar die – integendeel – nu juist het recht en die instituties en werkprocessen sturen of zullen gaan sturen.⁴⁰

Werkprocessen

Nu al heeft internet/cyberspace de informatierelaties tussen burgers onderling en tussen burger en overheid drastisch veranderd en uiteraard beïnvloedt dit de werkprocessen van de democratie en de rechtstaat. Zie de hierboven besproken IT&R-publicaties. De echte schok zal zich echter manifesteren als die informatierelaties zich uitsluitend gaan afspeelen in cyberspace, dat wil zeggen: zonder enige omzetting in een fysieke vorm of naar de fysieke wereld. Wil een burger dan nog geïnformeerd en effectief aan het maatschappelijke verkeer en het rechtsverkeer kunnen deelnemen, dan is het betreden van cyberspace onvermijdelijk geworden.⁴¹ Datzelfde geldt voor politieke partijen, maatschappelijke organisaties en de overheid.

Wellicht nog betekenisvoller is dat internet/cyberspace niet alleen de informatierelaties verandert, maar ook – en in steeds sneller tempo – transactionele relaties, dat wil zeggen: relaties waarin zaken worden gedaan, besluiten genomen en (dus) rechtshandelingen verricht. Als het gaat om zaken doen, is het wachten op een goedkoop en betrouwbaar systeem voor het doen van virtuele betalingen van kleinere bedragen, maar als de tekenen niet bedriegen, is dat systeem nabij. Bedrijven die niet bereid of in staat zijn hun bedrijfsvoering daarop aan te passen, zullen het moeilijk krijgen.⁴² Datzelfde zal *a fortiori* gelden voor de overheid.

40. Dan betreden we dus het domein van 'virtuele rechtspraak in de fysieke wereld' en 'virtuele rechtspraak in de virtuele wereld'.

41. En is het punt bereikt waar volgens de nota *Wetgeving voor de elektronische snelweg*, ministerie van Justitie, 1998, de overheid in beweging moet komen.

42. Zie de muziekindustrie, die krampachtig probeert vast te houden aan oude bedrijfsmodellen – en dus het risico over zich afroept door nieuwkomers te worden ingehaald.

Zeker, ook in overheidsland wordt gewerkt aan het elektronisch afdoen van transacties tussen burgers en overheid, maar dat zijn de eerste zuchtjes wind van wat, zo denken wij, een forse bries of storm gaat worden op het moment dat die transacties zich uitsluitend zullen (moeten) afspelen via internet/cyberspace. Vooral omdat de werkprocessen en de organisatie van de overheid daarop volstrekt niet zijn berekend, noch vanuit een democratisch perspectief, noch vanuit een rechtsstatelijk kader.

Een voorbeeld om dit alles wat concreter te maken. Weinigen die internet met enige regelmaat gebruiken, zullen Google niet kennen. Maar weten die gebruikers ook hoe Google aan al die hits komt als er een zoekwoord wordt ingetikt en welke criteria worden gehanteerd? Google hoeft dat ook niet uit te leggen, want Google is een private rechtspersoon en niemand is verplicht van Google gebruik te maken, want er zijn nog alternatieven, variërend van een bezoek aan de bibliotheek tot Yahoo! Maar stel nu dat Google een monopolist weet te worden, terwijl bovendien allerlei informatie alleen nog op internet te vinden is.⁴³ Natuurlijk, ook dan zijn er vast en zeker alternatieven,⁴⁴ maar een bedrijf, maatschappelijke organisatie, politieke partij of overheidsdienst die niet weet door te dringen tot de (top van de) hitlijst van Google heeft dan wel een serieus probleem. En dat probleem wordt des te ernstiger met de mate waarin transactionele relaties uitsluitend in internet/cyberspace worden afgewikkeld: wie wil nog zaken doen met een bedrijf dat niet te vinden is via Google en welke burger gaat nog stemmen op een politieke partij die niet in de hitlijst van Google weet door te dringen? En ten slotte: hoe weet die klant of burger dat Google hem in contact brengt met de echte organisatie waarover hij informatie wil en waarmee hij eventueel zaken wil doen? Wie zegt dat <www.overheid.nl> of Google inderdaad de overheid is?⁴⁵

Instituties

Als de werkprocessen van de overheid zo ingrijpend zouden moeten⁴⁶ veranderen, dan zal dat al even ingrijpende gevolgen hebben voor al die instituties die collectief de overheid vormen. Opvallend is dat in de bestuurskundige literatuur die (mogelijke) gevolgen al sinds jaar en dag aan de orde worden gesteld,⁴⁷ maar dat, op een enkele uitzondering na, die discussie tot nu toe niet wordt gevoerd in de rechtswetenschappelijke literatuur.⁴⁸ We noemen nog twee aspecten van de institutionele implicaties van autonoom sturende ICT.

43 Het laatste is op veel gebieden al het geval en het eerste zou wel eens binnen afzienbare tijd een feit kunnen worden

44 Vooral voor hen die technisch of financieel weerwerk kunnen bieden.

45 Zelfs *dat* laat de overheid tot nu toe over aan particulier initiatief

46 'Moeten', want ons scenario is immers dat ICT-ontwikkelingen het recht sturen

47. Zie vooral de publicaties van Frissen

48 Maar zie het recente boek van Mark Bovens, *De digitale republiek Democratie en rechtsstaat in de informatiemaatschappij*, Amsterdam University Press 2003, dat op een fraaie wijze bestuurskundige en rechtswetenschappelijke perspectieven weet te verbinden.

Als informationele en transactionele relaties verschuiven – en werkprocessen daardoor (moeten) veranderen – dan gaan ook de machtsverhoudingen binnen de overheid schuiven. Op macroniveau zien we dat nu al in de afnemende betekenis van de wetgever (want die worstelt met (mede) door ICT aangestuurde processen als globalisering en versneling) en de toenemende betekenis van de uitvoerende macht (want die gebruikt ICT voor het realiseren van een informatievoorsprong, zo niet -monopolie) en de rechterlijke macht (want die moet op casuïstisch niveau de steken herstellen die de wetgever op algemeen regelgevingsniveau heeft laten vallen). Op microniveau zien we het binnen overheidsdiensten als de politiedistricten, die met grote ijver de eigen informatiepositie opbouwen en verdedigen, soms zelfs als dat ten koste kan gaan van de gezamenlijke effectiviteit. En natuurlijk manifesteren verschuivende machtsverhoudingen zich ook in de relatie overheid en burgers, al was het alleen maar omdat de overheid – zie boven – de grootste moeite heeft zelfs maar te weten wat een burger allemaal doet in cyberspace.⁴⁹ In dit perspectief lijkt het slechts een kwestie van tijd totdat een echt fundamentele herinrichting van instituties en institutionele relaties binnen de overheid onvermijdelijk wordt.

Op institutioneel niveau gaat de betekenis van autonoom sturende ICT misschien zelfs nog wel een stap verder dan het machtsaspect en raakt het direct de vraag naar de bestaansgrond van de overheid en van overheidsdiensten. In de fysieke wereld vervult de overheid – wetgever, uitvoerende macht en rechtspraak – een even essentiële als onmisbare rol als het gaat om het scheppen en borgen van maatschappelijk vertrouwen zodat burgers en bedrijven zich kunnen ontwikkelen en ontplooien. In cyberspace ‘schittert’ tot nu toe de overheid juist in dit opzicht door afwezigheid – voor een deel wellicht noodgedwongen, omdat, zoals wij hier betogen, cyberspace zich niet of slecht laat sturen, maar voor een ander deel uit vrije keuze of – erger – uit onkunde en onverschilligheid. Waarom zijn er wel wettelijk kaders – en vroeger zelfs een staatsbedrijf – voor het fysieke briefverkeer en is er geen enkele overheidsbemoeyenis met e-mail? Waarom wel overheidsregisters om de authenticiteit van fysieke actoren en objecten te waarborgen, maar niets vergelijkbaars voor actoren en objecten in cyberspace? Waarom reguleert de overheid markten van fysieke goederen en diensten⁵⁰ en laat de overheid markten in cyberspace over aan het vrije spel der krachten?

Wij pleiten er geenszins voor dat de overheid nu ineens gaat proberen te emuleren in cyberspace wat die overheid traditioneel doet in de fysieke wereld – integendeel! Ons

49. Zelfs als in aanmerking wordt genomen dat die burger in cyberspace altijd digitale sporen nalaat.

50. Variërend van zeer strak als dat nodig is ter egalisering van machtsverschillen (voorbeeld: de arbeidsmarkt) tot zeer globaal (voorbeeld: de zwarte markten op zaterdag).

punt is slechts dit: als de bestaansgrond van de overheid in belangrijke mate ligt in het scheppen en borgen van maatschappelijk vertrouwen, wat is dan nog de betekenis van een overheid die deze functie niet vervult in cyberspace op het moment dat – zoals wij poneren – veel maatschappelijk verkeer zich nog uitsluitend daar afspeelt?

8 Conclusie

De logica van onze stelling – dat de sturende invloed van ICT zal moeten leiden tot een evolutie in het denken over instellingen van recht en openbaar bestuur voorzover het om relaties in cyberspace gaat en dat dit een paradigmaverandering betekent – dwingt ons te erkennen dat het voorafgaande wellicht gebaseerd is op verouderde ideeën en opvattingen. Zo gaan we ervan uit dat de overheid een rol te vervullen heeft in cyberspace omdat wij cyberspace opvatten als een publieke ruimte. Misschien faalt ons verhaal omdat het hinkt op twee, in principe strijdige benen: enerzijds postuleren we dat ICT autonoom sturend zal gaan worden, anderzijds verwachten we toch van alles van het recht en van de overheid. We kunnen dus niet uitsluiten dat ook onze beschouwingen gebaseerd zijn op een achterhaald paradigma en dat cyberspace en alles wat daarin gebeurt volstrekt adequaat gereguleerd kan worden via zelfsturing.⁵¹ Waarschijnlijk in samenhang daarmee zijn er wel degelijk aanwijzingen te vinden dat organisaties van recht en openbaar bestuur hun normatieve greep op die virtuele wereld verliezen, waar die greep vanuit het bedrijfsleven toeneemt. Het verschijnsel *spam* maakt dit bijvoorbeeld thans hinderlijk zichtbaar. Het zou dan ook zo kunnen zijn dat cyberspace zich ontwikkelt tot een nieuw soort feodaliteit: een private hiërarchie waaraan burgers onderhorig zijn, maar die hen in ruil daarvoor een mate van bestaanszekerheid biedt. Met – zo veronderstellen we – Bill Gates in de rol van leenheer.⁵²

Waar wij dus nog uitgaan van een *contrat social* tussen overheid en burgers zou de informatiesamenleving wel eens op een heel ander *contrat social* gebaseerd kunnen zijn: tussen mondige burgers onderling of tussen burgers en private machtsstructuren. Of op nog weer wat anders. Maar welk soort *contrat social* het ook wordt, het zal in elk geval antwoord moeten geven op de drie essentiële problemen die wij hierboven indentificeerden:

51. Zoals thans ook het geval is, zeker als het gaat om de protocollen en afspraken waarop internet is gebaseerd

52. Prima als u nu glimlacht, maar bedenk wel dat bij afwezigheid van enigelei overheidsrol, Microsoft thans serieus overweegt om gebruikers van Windows te gaan beschermen tegen misbruik van e-mail. Als de overheid het laat afweten, ruilt de burger dus bij private machthebbers onafhankelijkheid in voor zekerheden. Is dat niet de kern van een feodale relatie?

- de fundering en vormgeving van rechtsmacht in cyberspace, publiek of privaat;
- de normering van de kennisposities van de actoren met rechtsmacht in cyberspace;
- de normering van wat wel en wat niet in cyberspace kan worden afgedaan.

Er is maar één conclusie mogelijk: organisaties van recht en openbaar bestuur die een rol willen spelen in cyberspace dienen zich voor te bereiden op revolutionaire ontwikkelingen. Het is daarmee tijd voor een generatie die de moed heeft om echt innovatief en echt (paradigmatisch) grensverleggend onderzoek te entameren naar ICT en recht op het werkveld van openbaar bestuur en recht. Wij hopen dat IT&R ertoe heeft bijgedragen die generatie tot wasdom te laten komen.

BIJLAGE**Overzicht van relevante ITeR-projecten**

In totaal werden in de ITeR-programma's in het thema 'ICT en organisaties van Recht en Openbaar Bestuur' 38 projecten uitgezet. Op het moment van schrijven waren van 26 daarvan de resultaten gepubliceerd, worden er thans acht nog uitgevoerd en zijn er vier afgebroken.

| titel | status / in ITeR-reeks |
|--|-----------------------------------|
| <i>Overheidstoezicht op bemiddeling in het auteursrecht</i> | 6 |
| <i>Inventarisatie van de werkwijzen die in andere landen (bijvoorbeeld Groot-Brittannië en de Verenigde Staten) worden gebruikt om overheidsinformatie te coördineren en daarbij de uitwisselbaarheid en interconnectiviteit te ondersteunen (bijvoorbeeld door het stellen van standaarden)</i> | 8 |
| <i>Kennisneming van elektronische post in strafrecht en strafprocesrecht</i> | 13 |
| <i>Netwerkzoekende in recht en praktijk</i> | 13 |
| <i>Prijsbepaling van elektronische overheidsinformatie</i> | 14 |
| <i>Normering van Netwerkkoppeling en Grensoverschrijdend Gebruik van Multimediale Databases op een Internationaal Politieel Intranet (NORMA)</i> | 19 |
| <i>ICT en straftoemeting: de conferentie van 23 april 1998</i> | 22 |
| <i>ICT en rechtvaardige strafoplegging bij zeden- en opiumdelicten</i> | 22 |
| <i>Knowing the Law</i> | 25 |
| <i>De mogelijkheid en wenselijkheid van infiltratie en pseudo-koop in een digitale omgeving</i> | 30 |
| <i>Verdachte en ontsleutelplicht: hoe ver reikt nemo tenetur</i> | 31 |
| <i>Jurisprudentiedatabanken</i> | 34 |
| <i>Interceptie van vertrouwelijke communicatie</i> | 35 |
| <i>Informatietechnologische ondersteuning binnen het strafprocesrecht</i> | 36 |
| <i>Overheden over internationalisering en ICT-recht</i> | 39 |
| <i>Inventarisatie en evaluatie van de wijzen waarop in Europese landen wordt vormgegeven aan de zorgplicht van de overheid voor een pluriforme informatievoorziening</i> | 40 |
| <i>Het onderscheid tussen 'hard' en 'clear' cases in de praktijk</i> | 41 |
| <i>Gebruik van persoonlijkheidsprofielen in de publieke sector</i> | 42 |
| <i>IT Support of the Judiciary in Europe</i> | 43 |

| titel | status / in ITeR-reeks |
|---|-----------------------------------|
| <i>Opsporing versus privacy: de beleving van burgers</i> | 45 |
| <i>Vergunningen op internet</i> | 53 |
| <i>Datamining en -interceptie ter opsporing en beveiliging</i> | 55 |
| <i>Opsporing van 'verborgen' informatie</i> | 56 |
| <i>Taking Administrative Law to the Digital Era</i> | IT&Law Vol. 1 |
| <i>Internationaal netwerkvormend onderzoek inzake internationalisering en rechtsmacht</i> | IT&Law Vol. 2 |
| <i>Virtuele gemeenschappen en zelfregulering</i> | IT&Law Vol. 3 |
| <i>Informatietechnologie en behoorlijke rechtspleging</i> | lopend |
| <i>Formele zorgvuldigheid en publiekrechtelijke EDI</i> | lopend |
| <i>Rechtsregels in kennissystemen: redeneren met uitzonderingen, conflicten en toepasselijkheid</i> | lopend |
| <i>De opsporing in een ICT-omgeving</i> | lopend |
| <i>Staat en informatietechnologie</i> | lopend |
| <i>Techniek als substituut voor regelgeving in het informatie-voorzieningsproces ('Code as code')</i> | lopend |
| <i>De civiel-, bestuurs- en mededingingsrechtelijke aspecten van ingrepen in de fysieke infrastructuur van de omgeving</i> | lopend |
| <i>Lichaam, huis en opsporing: nieuwe privacybedreigingen door ICT?</i> | lopend |
| <i>Integratie van machten? Een empirische verkenning en een juridisch-bestuurswetenschappelijke problematisering van de rol van informatisering bij verticale en horizontale integratie van beleidsketens</i> | afgebroken |
| <i>Gebruik van IT in andere landen ter ondersteuning van juridische oordeels- en besluitvorming</i> | afgebroken |
| <i>IT-toepassingen ten behoeve van wetgeving buiten Nederland</i> | afgebroken |
| <i>Privacybelemmeringen voor datamining ten behoeve van strafrechtelijk fenomeenonderzoek</i> | afgebroken |

Stellingen

Stelling 1

Een eerste plaats op de hitlijst van Google zal binnenkort voor een politiek partij minstens zo belangrijk zijn als een hoge score in opiniepeilingen.

Stelling 2

De uitspraak “wat offline geldt, dient ook online te gelden” miskent ten principale de eigen aard en dynamiek van cyberspace, ook als het gaat om rechtvaardigheid en openbare orde.

Stelling 3

Dat het ITeR-onderzoek naar openbaar bestuur en rechtspraak niet echt grensverleggend was, hangt samen met de sterk positiefrechtelijke oriëntatie van de Nederlandse rechtswetenschap.

Stelling 4

Het feit dat de Hoge Raad wetten niet mag toetsen aan de Grondwet, draagt ertoe bij dat het rechtswetenschappelijke debat in Nederland achter de feiten aanloopt.

Stelling 5

Het *contrat social* tussen burgers en overheid zal aan waarde verliezen in de mate waarin die overheid weigert positie te kiezen in cyberspace.

Stelling 6

Echt paradigmatisch grensverleggend onderzoek naar ICT en openbaar bestuur en rechtspraak zal in Nederland niet van de grond komen.