

Digitalisering en de (dis)balans binnen de trias politica

Door: Reijer Passchier*

- Geaccepteerd door *Ars Aequi* (voor het oktobernummer van 2020).
- Commentaar welkom!

Digitalisering brengt negatieve gevolgen voor het machtsevenwicht binnen de trias politica met zich mee: vooral het bestuur profiteert; de rechter en de wetgever blijven achter. Door zelf ook digitale technologie te gebruiken, meer ondersteuning van digitaliseringsexperts te organiseren en digitalisering beter te reguleren kunnen de niet-bestuurlijke ambten van de overheid hun been wellicht nog bijtrekken.

1. Inleiding

De Nederlandse overheid digitaliseert razendsnel: zij neemt steeds meer en steeds geavanceerdere technologie voor het gebruik, de opslag, de verwerking en de uitwisseling van numerieke gegevens op in haar systemen. Het laatste deel van dit stormachtige verhaal is de toenemende inzet van op big data en artificiële intelligentie (AI) gebaseerde toepassingen om de uitvoering van overheidstaken te ondersteunen of zelfs volledig te automatiseren. Met de voortschrijdende digitalisering van de overheid vormen informatiestromen steeds vaker de basis van haar optreden.

Enerzijds brengt deze ontwikkeling belangrijke voordelen in verband met de rechtsstaat met zich mee. Denk daarbij aan een efficiëntere en rationelere bureaucratie (computers stappen, anders dan menselijke ambtenaren, nooit met hun verkeerde been uit bed), betere service voor burgers (zoals vooraf ingevulde belastingformulieren en een helder en actueel overzicht van nog resterende studieschulden) en meer veiligheid op straat (bijvoorbeeld door gezichtsherkenkende camera's en een 'corona-app'²).

Anderzijds brengt de digitalisering van de overheid burgerlijke rechten en vrijheden in gevaar. De overheid was al een van de machtigste entiteiten in de maatschappij. Maar door de samensmelting

* mr. dr. Reijer Passchier is als universitair docent staatsrecht en rechtstheorie verbonden aan de Open Universiteit en als universitair docent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden.
reijer.passchier@ou.nl Voor waardevol commentaar op eerdere versies van dit artikel ben ik dank verschuldigd aan de redactie van *Ars Aequi*, Heleen van Amerongen, Marlies van Eck, Margriet ten Napel, Ymre Schuurmans, Maarten Stremmer en Carla Zoethout.

² AI is op het moment van schrijven nog verre van duidelijk of er ooit een goed werkende corona-app komt.

van klassiek gezag en digitale technologie neemt haar vermogen om burgers bepaalde gedragingen op te leggen verder toe.³ De overheid zou dat vermogen natuurlijk op rechtvaardige wijze kunnen aanwenden. En vaak gebeurt dat ook.⁴ Tegelijkertijd blijkt modern staatsgezag en geavanceerde digitale informatietechnologie wereldwijd een bijzonder risicovolle combinatie.⁵ Het is daarom des te verontrustender dat ook de digitalisering van de *Nederlandse* overheid reeds in verband wordt gebracht met serieuze schendingen van mensenrechten⁶ en de erosie van fundamentele waarden voor grote groepen burgers.⁷ Hun ‘positie en bescherming’ zijn bij de digitalisering van de overheid in het geding, aldus de Raad van State in een recent advies.⁸ Hoe zorgen wij ervoor dat de digitaliserende overheid niet té machtig wordt? En willekeur en onderdrukking van overheidswege ook in de toekomst effectief worden tegengegaan?

Een klassiek – maar nog steeds uiterst relevant – antwoord op die actuele vragen is: door de overheid te binden aan de regels van het recht (*rechtsstaat*) en die binding door middel van een constitutie te borgen (*constitutionalisme*).⁹ Met een ‘constitutie’ bedoel ik niet uitsluitend een grondwet, maar een samenhangend geheel van juridische en niet-juridische normen, beginselen en bestendige praktijken dat de macht van een overheid structureert en limiteert met het oog op de bescherming van fundamentele waarden.¹⁰ Onze constitutie lijkt in rechtsstatelijk opzicht nog steeds

³ J. Susskind, *Future Politics*, Oxford: Oxford University Press 2018, p. 171-179.

⁴ Zo gebruikt de politie het digitale ‘Criminaliteits Anticipatie Systeem (CAS)’ om te voorspellen waar en wanneer woninginbraken zullen plaatsvinden. Zie: WRR, *Big Data in een vrije en veilige samenleving*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2016, p. 50-51.

⁵ In China, bijvoorbeeld, tuigt de overheid een ‘sociaalkredietsysteem’ op waarmee burgers op de voet worden gevolgd. Voor goed gedrag krijgen burgers punten. Voor slecht gedrag worden punten afgetrokken. Aan de score van burgers worden vervolgens allerlei consequenties verbonden, van consequenties op het gebied van huisvesting tot reizen en opleiding. Zie o.a. L. Vervaeke, ‘Je ouders niet bezorgd? Puntje eraf: het sociaalkredietsysteem in China’, *De Groene Amsterdammer* 12 september 2018. N. Kobie, ‘The complicated truth about China’s social credit system’, *Wired*, 7 June 2019.

⁶ Zie bijv. Rb. Den Haag 5 februari 2020 (SyRI), ECLI:NL:RBDHA:2020:865. M. Kuiper, ‘Politie en COA ‘overtreden privacywet’ met delen persoonlijke data asielzoekers’, *NRC* 12 juli 2020.

⁷ Zie bijv. A. Wildlak en R. Peeters, *De digitale kooi: (On)behoorlijk bestuur door informatiearchitectuur of: hoe we de burger weer centraal zetten in een digitaliserende overheid*, Den Haag: Boom Bestuurskunde 2018, m.n. p. 22.

⁸ Kamerstukken II 2017/18, 26643, nr. 557 (Ongevraagd advies over de effecten van de digitalisering voor de rechtsstatelijke verhoudingen van de Raad van State).

⁹ Een andere prominent (en in zekere zin klassiek) antwoord is door digitale machines ‘betrouwbaarder’ en ‘ethischer’ te maken. Men dus beter te programmeren of henzelf in staat te stellen om zich ethisch te vormen. Zie bijvoorbeeld Deskundigengroep op hoog niveau inzake kunstmatige intelligentie, *Ethische richtsnoeren voor betrouwbare KI*, Brussel: Europese Commissie 2018.

¹⁰ Zie over deze ‘constitutioneel-institutionalistische’ benadering R. Passchier & M. Stremmer, ‘Constitutional institutionalism: relating norms, ideas and facts across time’, *Unpublished Working Paper* 2020 (op verzoek te verkrijgen bij de auteurs). Zie ook: R. Passchier, *Informal constitutional change: Constitutional change without formal constitutional amendment in comparative perspective* (dissertatie Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017, p. 45 e.v.

redelijk te functioneren, althans in vergelijking met die van andere landen.¹¹ Maar in hoeverre is zij eigenlijk tegen digitalisering en haar gevolgen opgewassen? En hoe kunnen wij haar eventueel van een update voorzien?

Veel onderzoek naar die vragen focust zich op de borging van *specifieke* grondrechten,¹² zoals het recht op privacy,¹³ non-discriminatie¹⁴ en toegang tot sociale voorzieningen¹⁵. Dat is op zich behulpzaam en belangrijk: zonder een up-to-date grondrechtendoctrine kunnen de verschillende rechten en vrijheden van burgers niet worden gearticuleerd; kunnen schendingen van grondrechten niet worden geïdentificeerd; kan niet worden aangegeven wanneer en onder welke voorwaarden machtsuitoefening grondrechten mag beperken; en kan niet worden bepaald hoe ver deze beperkingen mogen gaan. Het zijn bovendien de individuele vrijheidsrechten waar het in de liberale rechtsstaat in materiële zin uiteindelijk om draait.¹⁶

Tegelijkertijd is gerichte grondrechtenbescherming op zichzelf niet genoeg om de overheid in toom te houden. Daarvoor moet ook – of misschien zelfs vooral – worden gekeken naar *structuren*. Dat wil zeggen, de institutionele verhoudingen binnen de overheid. Dáár komen eventuele willekeurige en onderdrukkende gedragingen immers grotendeels uit voort. Denk aan te hoge machtsconcentraties. Of het ontbreken van voldoende controle- en handhavingsmechanismen. Als daar niets aan wordt gedaan, dan heeft het maken van afzonderlijke regels ter borging van specifieke grondrechten weinig zin.¹⁷ Een rechtsstatelijke constitutie moet er daarom met name voor zorgen dat: (1) de bestuurlijke, rechtssprekende en wetgevende functies van de overheid worden onderscheiden en door verschillende ambten vervuld (*trias politica*); en (2) deze ambten elkaar op zo'n manier controleren

¹¹ Cf. Freedom House, 'Freedom in the World 2018'. <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2018> International IDEA, The Global State of Democracy Indices. <https://www.idea.int/gsod-indices/#/indices/world-map> (geraadpleegd op 22-6-2020).

¹² Zie bijv. M. Vetzo e.a., *Algoritmes en Grondrechten*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2019; R. van Est e.a., *Human rights in the robot age Challenges arising from the use of robotics, artificial intelligence, and virtual and augmented reality*, Den Haag: Rathenau Institute 2017.

¹³ H.R. Kranenborg & L.F.M. Verheij, *De Algemene Verordening Gegevensbescherming in Europees en Nederlands perspectief*, Mastermonografieën staats- en bestuursrecht, Deventer: Wolters Kluwer, 2018.

L. Moerel & C. Prins, C., 'Privacy voor de homo digitalis: Proeve van een nieuw toetsingskader voor gegevensbescherming in het licht van Big Data en Internet of Things', in: *Homo Digitalis. Preadviezen Nederlandse Juristen-Vereniging*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 9-124.

¹⁴ C. O'Niell, *Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*, Londen: Penguin 2017; R. Benjamin, *Race After Technology: Abolitionist Tools for the New Jim Code*, Polity, 2019; S. Noble, *Algorithms of Oppression: How Search Engines Reinforce Racism*, New York: NYU Press, 2018.

¹⁵ V. Eubanks, *Automating Inequality: How High-Tech Tools Profile, Police and Punish the Poor*, Londen: Picador 2019; E. Pilkington, 'Digital Dystopia: How Algorithms Punish the Poor', *The Guardian*, 14 October 2019.

¹⁶ M.C. Burkens e.a., *Beginnelen van de democratische rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2017, p. 16 e.v.

¹⁷ Dat is ook één van de redenen waarom constitutionalistten zich oorspronkelijk vooral met de borging van structurele waarden bezighielden, en veel minder dan nu met die van specifieke grondrechten.

en met elkaar samenwerken dat er binnen de overheid een zekere machtsbalans ontstaat (*checks & balances*).¹⁸

Wat betekent de digitalisering van de overheid voor de constitutionele borging van deze structuren? Die nog relatief weinig¹⁹ onderzochte vraag staat centraal in dit artikel. Ik zal allereerst betogen dat de digitalisering van de overheid tot nu toe de reeds bestaande dominantie van het bestuur binnen de trias politica verder vergroot. Tot op heden weet namelijk vooral het bestuur van digitale technologie te profiteren. De rechtspraak en het parlement blijven daar vooralsnog ver bij achter. Daarbij is het voor de rechter en het parlement steeds moeilijker geworden om het bestuur te controleren, mede vanwege de ondoorzichtigheid – het zogenaamde ‘*black box*-karakter’ – van veel digitale toepassingen. Vervolgens zal ik enkele suggesties doen voor manieren waarop de verstoring van het evenwicht der machten door digitalisering zou kunnen worden tegengegaan. Ik sluit af met een oproep en een agenda voor verder onderzoek.

2. De disbalans

De trias politica is een van de fundamentele beginselen van de democratische rechtsstaat.²⁰ Dit normatieve ideaal richt zich in essentie tegen de concentratie van macht binnen de overheid: het ontstaan van één absoluut overheidsambt.²¹ De historische ervaring leert immers dat dat de vrijheden van burgers bedreigt. Volgens de triasleer moet een constitutie daarom: (1) drie soorten overheidsfuncties onderscheiden, namelijk bestuurlijke, wetgevende en rechtsprekende functies (ook wel eens ‘machten’ genoemd); en (2) de bevoegdheid om die verschillende functies uit te oefenen toebedelen aan verschillende ambten. De Nederlandse constitutie volgt dit schema weliswaar niet perfect, maar wel grotendeels. Zij kent bestuurlijke bevoegdheden toe aan de

¹⁸ Burkens 2017, hoofdstuk 5.

¹⁹ Twee belangrijke uitzonderingen zijn: C. Prins, ‘De digitale (dis)balans binnen de trias’, *NJB* 2016/682, afl.14. Rowin Jansen, ‘Digitalisering, machtscheiding en transparantie’, *Montesquieu Instituut*, 16 april 2020. https://www.montesquieu-instituut.nl/id/vl7vdo9fojsr/nieuws/digitalisering_machtscheiding_en (geraadpleegd op 3-7-2020).

²⁰ Burkens 2017.

²¹ C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel Recht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 49-50. W.J. Witteveen, *De geordende wereld van het recht*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2008, p. 259.

regering, wetgevende bevoegdheden aan de regering en de Staten-Generaal gezamenlijk²² en rechtsprekende bevoegdheden aan het bestuur²³ en de rechtspraak.²⁴

Verder schrijft de trias politica voor dat (3) de autonomie van de verschillende overheidsambten ten opzichte van elkaar door de constitutie moet worden geborgd.²⁵ Uiteindelijk mag geen van de ambten die een van de verschillende overheidsfuncties krijgt toebedeeld, de baas zijn over een ander. De grondleggers van de trias en de Nederlandse constitutie hebben echter, anders dan wel eens wordt gesuggereerd, nooit een pure *scheiding* van overheidsfuncties voor ogen gehad.²⁶ Zonder onderlinge samenwerking en controle zouden immers geheel afzonderlijke ambten kunnen ontstaan, die elk op hun eigen terrein ongelimiteerde macht zouden hebben. En dat beoogd de trias, zoals gezegd, nu juist voorkomen. Onze constitutie bevat daarom ook (4) verschillende *checks & balances* die ervoor moeten zorgen dat er binnen de overheid een zeker machtsevenwicht tussen de ambten ontstaat. Zo bindt onze constitutie, althans op papier, de rechtspraak en het bestuur aan de wet,²⁷ dwingt zij de regering om verantwoording af te leggen aan de Staten-Generaal²⁸ en schrijft zij voor dat de leden van het kabinet hun ontslag moeten aanbieden als blijkt dat de Tweede Kamer geen vertrouwen meer in hen heeft.²⁹

Van een *daadwerkelijk* evenwicht der machten binnen de overheid is echter allang geen sprake meer.³⁰ In de twintigste eeuw werd het takenpakket van het overheidsbestuur enorm uitgebreid, met name in het kader van het verzorgings- en veiligheidsstaatsidee. Ook de omvang, de financiële slagkracht, de regelgevende bevoegdheden en het discretionaire handelingsvermogen van het overheidsbestuur namen daardoor toe.³¹ Tegelijkertijd werd het voor het parlement (dat qua omvang en formele bevoegdheden nagenoeg onveranderd bleef) moeilijker om het bestuur

²² Artikel 81 Grondwet. Misschien wel het voornaamste onderdeel van onze constitutie dat de trias niet volgt: de wetgevende macht wordt gedeeld door de regering en de Staten-Generaal.

²³ In het geval een burger of bedrijf in bezwaar gaat tegen een beslissing van een bestuursorgaan. Zie art. 5 en hoofdstuk 8 Awb.

²⁴ Art. 112 Grondwet en hoofdstuk 8 Awb.

²⁵ Kortmann 2008, p. 49.

²⁶ Kortmann 2008, p. 49-50.

²⁷ Cf. Artikel 11 Wet AB en het legaliteitsbeginsel dat deels ongeschreven is en deels te vinden is in artikel 16 Grondwet.

²⁸ Artikel 42 lid 1 Grondwet.

²⁹ Ingevolge de ongeschreven 'vertrouwensregel', die volgens sommige auteurs overigens ook tussen de regering en de Eerste Kamer geldt. Zie daarover P.T.T. Bovend'Eert & H.R.B.M. Kummeling, *Het Nederlandse parlement*, Deventer: Kluwer 2017, p. 43 e.v.

³⁰ Niet alleen in Nederland trouwens. Zie E. Posner & A. Vermeule, *The Executive Unbound*, Oxford: Oxford University Press 2009.

³¹ Burkens 2017, p. 32-33.

betekenisvol te controleren.³² De rechtspraak groeide deels met het overheidsbestuur mee, zowel qua omvang als qua (rechts)middelen.³³ Maar ook *haar* controlerende vermogen is volgens sommige commentatoren in de loop van de tijd onder druk komen te staan.³⁴ Een enkele auteur duidt het hedendaagse Nederlandse constitutionele bestel zelfs als een ‘unitas politica’, omdat eigenlijk alleen het bestuur nog relevant zou zijn.³⁵

Met de digitalisering van de overheid dreigt de machtsbalans binnen de trias politica verder verstoord te raken. Ten minste drie factoren spelen daarbij een rol.

2.1. Vooral de uitvoerende macht profiteert

Allereerst slagen er tot nu toe met name ambten met bestuurlijke functies in om digitale technologie in hun systemen op te nemen. Zo nemen digitale systemen (algoritmes) al zeker sinds de jaren ‘90 miljoenen besluiten per jaar voor hun rekening in de zogenaamde ‘beschikkingsfabrieken’ van onder andere de belastingdienst en het UWV.³⁶ Ook gebruikt het bestuur algoritmes als ‘hulpmiddel’, bijvoorbeeld bij het bepalen van WOZ-waardes en medische screening in asielzaken.³⁷ Illustratief zijn ook de ‘experimenteeromgevingen’ met slimme data-analyses om beter zicht te krijgen op kindermishandeling, op migratiemotieven en opleidingsniveaus van asielzoekers en op patronen met betrekking tot ondermijnende criminaliteit.³⁸ Steeds vaker worden de uitkomsten van data-analyses sturend voor het handelen van veiligheidsorganisaties zoals de politie en inlichtingendiensten.³⁹

De meest recente ontwikkeling is de implementatie van artificiële intelligentie (AI). TNO telde in 2019 al 74 gevallen van AI-gebruik (*machine learning*) in de publieke sector.⁴⁰ Daarbij gaat het om

³² Staatscommissie parlementair stelsel, *Lage Drempels Hoge Dijken. Democratie en rechtsstaat in balans*, Amsterdam: Boom 2018; R. Koole, ‘Gouvernementalisering: De veranderende verhouding tussen regering en parlement in Nederland’, *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2018, afl. 3, p. 317-341.

³³ Denk aan het bestuursrecht, het bestuursprocesrecht en de mensenrechtenrechtspraak.

³⁴ H.D. Tjeenk Willink, *Groter Denken Kleiner Doen: een Oproep*, Amsterdam: Prometheus 2019.

³⁵ A. Brenninkmeijer, ‘Unitas Politica’, *NJB*, 2012/176, afl. 3, p. 192-193. Ook in de VS is deze opvatting verkondigd: Zie E. Posner & A. Vermeule, *The Executive Unbound*, Oxford: Oxford University Press 2009.

³⁶ M.M. Groothuis, *Beschikken en digitaliseren. Over normering van de elektronische overheid* (diss. Leiden), Meijers-reeks, nr. 77. Den Haag: SDU Uitgevers, 2004.

³⁷ N.H. van Amerongen & Y.E. Schuurmans, ‘Advies van een deskundige of algoritme? De toetsing van ‘black box’-besluiten door de bestuursrechter’, in: Huisman P.J. e.a. (red.) *Verwant met verband: Ruimte, Recht en Wetenschap (vriendenbundel voor prof. mr. J. Struiksma)*, IBR: ‘s-Gravenhage, 2019, p. 175-196.

³⁸ Kabinetsreactie op de rapporten ‘Opwaarderen. Het borgen van publieke waarden’ en ‘Mensenrechten in het robottijdperk’, 9 maart 2018, p. 7.

³⁹ WRR 2016.

⁴⁰ Al blijkt het in sommige gevallen lastig om met zekerheid te achterhalen of er ook écht zelflerende algoritmes worden gebruikt of ‘gewoon’ voorgeprogrammeerde algoritmes, zij het complexe. A. Veenstra e.a., *Quick scan*

toepassingen op het gebied van fraudebestrijding in het sociale domein (SyRi), opsporing voor criminaliteitsbestrijding in het veiligheidsdomein (in het samenwerkingsverband FinPro), de optimale inzet van middelen of onderhoud in het fysieke domein (sensoren in vuilnisbakken in Rotterdam) en dienstverlening op maat (de vraagbaak Watson bij de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland). In een onderzoek van het CBS gaven 27 van 32 responderende overheidsorganisaties die in hun primaire processen gebruik maken van voorgeprogrammeerde, ‘rule-based’ algoritmen inmiddels ook ‘case-based’ algoritmes in te zetten: algoritmes die ‘leren’⁴¹ uit eerdere *cases* die zij verwerken.⁴² Veruit het meest genoemde doel van het gebruik van *case-based* algoritmes in het CBS-onderzoek is het signaleren van verhoogde risico’s, zoals het vroegtijdig verlaten van school, het risico op fraude of het risico op verzakking van fundingen. Daarnaast geven diverse overheidsorganisaties aan dat zij de ambitie hebben om zelflerende algoritmes te ontwikkelen, of de algoritmes die zij nu al hebben beter dan wel zelflerend te maken. Denk daarbij aan de Belastingdienst, de politie⁴³, de Autoriteit Consument en Markt, de Nederlandse Zorgautoriteit en de Autoriteit Financiële Markten.⁴⁴

Als het gaat om de inzet van digitale technologie blijven de rechtspraak en het parlement ver bij het overheidsbestuur achter. Digitaliseringsprojecten binnen de rechtspraak verlopen moeizaam.⁴⁵ Met AI wordt vooralsnog hooguit mondjesmaat geëxperimenteerd.⁴⁶ Bart Jan van Ettehoven en Bert Marseille observeren een sterk technologisch ‘conservatisme’ in de juridische beroepsgroep waaronder de rechterlijke macht: ‘Juristen, althans de meeste juristen, hechten aan het bestaande,

AI in de publieke dienstverlening, TNO 2019. Zie:

<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2019/04/08/quick-scan-in-de-publieke-dienstverlening>

⁴¹ D.w.z. zelfstandig hun code aanpassen.

⁴² Sophie Doove en Daniëlle Otten, ‘Verkenkend onderzoek naar het gebruik van algoritmen binnen overheidsorganisaties’, CBS november 2018.

⁴³ F. Bex, ‘Artificiële intelligentie in de praktijk: Lessen uit onderzoek bij de politie’ (lezing), verslag in: Raad voor de rechtspraak, *Algoritmes in de rechtspraak. Wat artificiële intelligentie kan betekenen voor de rechtspraak*, rechtstreeks 2019, nr. 2, p. 26-35. Zie ook: <https://it.kombijdepolitie.nl/predictive-policing>
<https://www.volkskrant.nl/wetenschap/hoe-de-politie-oude-zaken-nieuw-leven-inblaast-met-slimme-computers~bd5aeaec/>
https://www.securitymanagement.nl/de-snelle-opmars-van-deep-learning/?vakmedianet-approve-cookies=1&_ga=2.232661657.72048671.1568618791-17673515.1568618791 (allen geraadpleegd op 22-6-2020).

⁴⁴ Althans, afgaande op hun recruitmentbeleid. Zie: <https://www.acm.nl/nl/organisatie/werken-bij-de-acm/studenten-en-starters/data-science-traineeship-acm-afm-en-nza/data-science-bij-acm-afm-en-nza> (geraadpleegd op 22-6-2020).

⁴⁵ Zie bijv. M. Lievisse Adriaanse, ‘Digitalisering rechtspraak is mislukt en moet helemaal opnieuw’, *NRC Handelsblad* (10 april 2018). Zie ook: <https://www.recht.nl/167298/kei-ten-onder-aan-koudwatervrees-en-conservatisme/> (geraadpleegd op 22-6-2020).

⁴⁶ Zie bijvoorbeeld het project ‘Kunstmatige Intelligentie Kennissysteem – Rechtbank Oost-Brabant’. *Kamerstukken I 2018/19*, 37775 VI, p. 5.

aan oude rituelen en plechtstatig woordgebruik. Ze zien op tegen verandering en al helemaal tegen nieuwe technische ontwikkeling'.⁴⁷

Ook het parlement kent een relatieve lage digitaliseringsgraad vergeleken met die van het bestuur. Kamerleden googelen natuurlijk wel eens iets. Maar van de systematische inzet van AI om bijvoorbeeld betekenisvolle inzichten te halen uit de informatie die het parlement dagelijks van en/of over het overheidsbestuur krijgt, is, voor zover ik weet, geen sprake. De belangstelling van het parlement voor digitalisering en sensitiviteit voor haar risico's lijkt inmiddels wel wat toe te nemen,⁴⁸ maar staat nog altijd in geen verhouding tot de (potentiële) consequenties die digitalisering heeft voor de (relatieve) macht van de overheid en het functioneren van ons stelsel van checks & balances.

Wat de voorzitter van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) Corien Prins in 2016 opmerkte is nog steeds grotendeels waar: 'wie de ontwikkelingen beziet vanuit het perspectief van de machtscheiding, stelt vast dat het vooral de uitvoerende macht is die sterk op digitalisering inzet. De twee andere machten binnen de trias – de wetgevende macht en de rechtspraak – hebben duidelijk minder oog voor de kracht, maar ook macht van technologie.'⁴⁹ De balans binnen de trias raakt daardoor (verder) verstoord.

2.2. Digitalisering maakt ondoorzichtig

Een tweede factor die bij de verstoring van het evenwicht der machten in verband met digitalisering een rol speelt is het zogenaamde *black box*-karakter – de ondoorzichtigheid – van veel digitale systemen: het is voor rechters en parlementariërs vaak onduidelijk en niet te achterhalen hoe de digitale of gedigitaliseerde systemen van het overheidsbestuur werken, wat hun effecten zijn en op basis van wat voor aannames en keuzes deze systemen tot hun conclusies komen.⁵⁰

⁴⁷ B.J. van Ettekooven en B. Marseille, *Afscheid van de klassieke procedure in het bestuursrecht*, NJV Preadvies 2017, p. 237.

⁴⁸ Getuige de oprichting van een tijdelijke commissie 'digitale toekomst' door de Tweede Kamer. En het recente advies om die permanent te maken. Zie: Rapport tijdelijke commissie Digitale toekomst, *Update vereist: Naar meer parlementaire grip op digitalisering*, Den Haag: Tweede Kamer der Staten-Generaal 2020.

⁴⁹ C. Prins, 'De digitale (dis)balans binnen de trias', *NJB* 2016/682, afl.14.

⁵⁰ En trouwens voor ook anderen, inclusief het overheidsbestuur zelf. Zie bijv. Tweede Kamer, 71e vergadering, Dinsdag 10 april 2018 (Vragen van het lid Raemakers aan de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid over het bericht "Algoritme voorspelt wie fraude pleegt bij bijstandsuitkering"). https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/plenaire_verslagen/detail/d436d938-b5ab-4306-9e30-c6b8adb3387a (geraadpleegd op 22-6-2020).

Deze ondoorzichtigheid is drieledig.⁵¹ (1) Vaak worden de aannames en keuzes die in digitale beslissystemen opgesloten zitten intentioneel niet openbaar gemaakt in verband met belangen van de overheid zelf (denk aan opsporingsbelangen⁵²) of de commerciële belangen private ontwikkelaars (denk aan intellectueel eigendom⁵³). (2) Regelmatig zijn degenen die de werking van digitale systemen moeten controleren – in dit geval rechters en parlementariërs – niet deskundig genoeg om dat betekenisvol te doen. Ze missen de kennis om te begrijpen hoe systemen technisch werken en wat voor sociale gevolgen hun gebruik kan meebrengen. En (3) het komt nogal eens voor dat digitale systemen zó complex zijn, dat mensen – inclusief digitaliseringsexperts – überhaupt niet goed in staat zijn om deze volledig te doorgronden. Het betreft dan vooral systemen die gebruik maken van *machine learning* of *deep learning*-technieken die niet goed uitlegbaar zijn.⁵⁴ De verbanden die zulke systemen tussen verschillende datapunten leggen, zijn vaak zo talrijk en contra-intuïtief, dat zij voor mensen niet meer na te volgen zijn of de meeste mensen weinig zeggen.

De ondoorzichtigheid van de digitale systemen die het overheidsbestuur gebruikt om beslissingen te nemen en besluitvorming te ondersteunen, zet de effectiviteit van zowel rechterlijke als parlementaire controle onder druk. Neem eerst rechterlijke controle. Stel een rechter moet de rechtmatigheid van een besluit van een bestuursorgaan toetsen. Een van de belangrijkste zaken die hij dan moet beoordelen is of het betrokken overheidsorgaan bij het nemen van het betwiste besluit de juiste uitgangspunten heeft gehanteerd, de juiste aannames heeft gedaan en de juiste keuzes heeft gemaakt. Hij moet antwoord geven op de vraag: waren de bij het betreffende besluit gehanteerde beslisregels een goede afspiegeling van de toepasselijke wet- en regelgeving?⁵⁵ Als die beslisregels (vanwege hun complexe digitale vorm) voor een rechter niet toegankelijk, niet te

⁵¹ J. de Poorter & J. Goossens, 'Effectieve rechtsbescherming bij algoritmische besluitvorming in het bestuursrecht', *NJB* 2019/2777, afl. 44. p. 3304; J. Burrell, 'How the machine "thinks": Understanding opacity in machine learning algorithms', *Big Data & Society* 2016, p. 1-12.

⁵² Bijvoorbeeld in het geval van SyRI. Zie Rb. Den Haag 5 februari 2020 (SyRI), ECLI:NL:RBDHA:2020:865, r.o. 6.49.

⁵³ Bijvoorbeeld in het geval van de software voor de waardebepaling van onroerend goed die veel gemeenten gebruiken bij het vaststellen van de WOZ-waarde van huizen. Zie: J. Wolfswinkel, *Willekeur of algoritme? Laveren tussen analoog en digitaal bestuursrecht* (oratie Tilburg), Tilburg: Tilburg University 2020, p. 18-19.

⁵⁴ Zoals *machine learning*-expert Pedro Domingos bevestigt: 'Even books on big data skirt around what really happens when the computer swallows all those terabytes and magically comes up with new insights. At best, we're left with the impression that learning algorithms just find correlations between pairs of events, such as googling 'flu medicine' and having the flu. But finding correlations is to machine learning no more than bricks are to houses, and people don't live in bricks'. Zie P. Domingos, *The Master Algorithm: How the Quest for the Ultimate Learning Machine Will Remake Our World*, Londen Penguin Books, 2015, p. xvi.

⁵⁵ Sinds het inmiddels klassieke werk van Lessig weten we immers: code = law. Zie: L. Lessig, *Code: Version 2.0.*, New York: Basic Books 2006.

begrijpen of letterlijk onnavolgbaar zijn, kan de rechter onmogelijk toetsen of het daarop gebaseerde of daarmee genomen besluit rechtmatig is.⁵⁶

Ook het parlement stuit meer dan eens op het *black box*-karakter van de digitale technologie die het overheidsbestuur inzet. Het parlement mist vooral de expertise (al dan niet in de vorm van adequate ondersteuning) om de technische en sociale werking van digitale technologie te doorgronden.

Ondanks toegenomen belangstelling, geven nog steeds slechts enkele Kamerleden blijk van serieuze interesse in digitalisering, terwijl de expertise van de regering – belichaamd in de automatiseringsexperts bij de departementen, uitvoeringsinstanties en andere organisaties die voor de overheid werken – daarmee vergeleken enorm is. Daarbij hebben de Kamers, wederom in tegenstelling tot het overheidsbestuur, nauwelijks een structurele kennispositie op het gebied van digitalisering. Deze *tech-divide* in de trias kan op termijn grote gevolgen hebben voor de effectiviteit van de controle die het parlement op het overheidsbestuur kan uitoefenen.

2.3. Digitalisering maakt de overheidsorganisatie complex

Tot slot kan de digitalisering van de overheid in verband worden gebracht met een verdere verstoring van het evenwicht der machten in de trias, omdat zij de overheidsorganisatie als zodanig complexer maakt en daarmee moeilijker te controleren. Inderdaad: vaak wordt de digitalisering van de overheid voorgesteld als een proces waarbij de overheidsorganisatie zelf in wezen *niet* verandert.⁵⁷ Digitale technologie is in deze populaire visie slechts een instrument: wat vroeger met analoge technologie of de hand werd gedaan, wordt nu met of door digitale systemen afgehandeld. Het gaat alleen, als het goed is, wat efficiënter. Want wat maakt het nu eigenlijk uit of de overheid papieren of digitale belastingformulieren stuurt? Wat is het fundamentele verschil tussen beide handelingen?

En toch deugt deze visie niet. ‘Te weinig wordt onderkend’, in de woorden van de Raad van State, ‘dat digitalisering [ook] het functioneren van de overheid zelf verandert’.⁵⁸ Een van de belangrijkste veranderingen die digitalisering met zich meebrengt is dat het voor bestuursorganen steeds makkelijker en aantrekkelijker wordt om informatie uit te wisselen. Met elkaar. En met derden.

⁵⁶ Zie daarover M. van Eck, *Geautomatiseerde ketenbesluiten & rechtsbescherming. Een onderzoek naar de praktijk van geautomatiseerde ketenbesluiten over een financieel belang in relatie tot rechtsbescherming* (diss. Tilburg), 2018.

⁵⁷ Zie WRR, *iOverheid*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2011, p. 54-55.

⁵⁸ *Kamerstukken II 2017/18*, 26643, nr. 557 (Ongevraagd advies over de effecten van de digitalisering voor de rechtsstatelijke verhoudingen van de Raad van State), p. 8.

Mede daardoor is de overheidsorganisatie in toenemende mate niet langer een overzichtelijk, afgebakend, hiërarchisch systeem met de regering (of de wetgever) aan de top, maar een complexe, uit informatiestromen en -netwerken bestaande 'iOverheid'.⁵⁹ Een iOverheid, bovendien, die mede door de uitbesteding van systeem- en informatiebeheer steeds meer verweven raakt met de private sector.⁶⁰

Een concreet voorbeeld van wat ook wel de 'vernetwerking'⁶¹ van de overheid wordt genoemd is het Systeem Risico Indicatie (SyRI). In SyRI wisselden – het systeem ligt nu als het goed is stil⁶² – talloze uitvoeringsinstanties, waaronder de Belastingdienst en het UWV, gegevens met elkaar uit voor het uitvoeren van risicoanalyses ten behoeve van 'de voorkoming en bestrijding van onrechtmatig gebruik van overheids gelden en overheidsvoorzieningen op het terrein van sociale zekerheid en de inkomensafhankelijke regelingen, de voorkoming en bestrijding van belasting- en premiefraude en het niet naleven van de arbeidswetten'.⁶³

Een ander voorbeeld van vernetwerking door digitalisering is de Infobox voor Crimineel en Onverklaarbaar Vermogen (iCOV): een datagedreven samenwerkingsverband tussen onder meer het Ministerie van Justitie de opsporingsdiensten van ILT, NVWA en ISZW, de Financial Intelligence Unit (FIU), de Nederlandsche Bank (DNB) en de Autoriteit Consument en Markt (ACM) dat beoogt bij te dragen aan de bestrijding van witwassen en belastingontduiking.

Maar misschien nog wel het belangrijkste voorbeeld van vernetwerking zijn de zogenaamde 'basisregistraties'.⁶⁴ Deze registraties vormen de 'ruggengraat' van de informatiehuishouding van de overheid. Het zijn 'databanken met juridisch bindende feiten over een groeiend aantal objecten van overheidssturing (burgers, auto's, panden straten, enz.). Deze feiten worden als basisgegevens in meer en meer overheidsapplicaties ingelezen en daarmee door een toenemend aantal publieke

⁵⁹ WRR, *iOverheid*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2011.

⁶⁰ Zie daarover S. Ranchordas, *Public Law and Technology: Automating Welfare, Outsourcing the State*, Int'l J. Const. L. Blog, Jan. 15, 2020. <http://www.iconnectblog.com/2020/01/public-law-and-technology-automating-welfare-outsourcing-the-state/> (geraadpleegd op 20-7-2020).

⁶¹ H.C.G. Spoormans, 'De netwerkstaat en het recht', in: A.H. Lamers en C.M. Zoethout, *De netwerksamenleving vanuit juridisch perspectief*, Zutphen: Uitgeverij Paris, 2017, p. 15-33. M. Castells, *The rise of the network society*, Hoboken (NJ): Wiley 2009.

⁶² Omdat dit systeem begin 2020 door de rechter in strijd werd verklaard met het EVRM. Zie Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865. Zie ook: Kamerbrief naar aanleiding van vonnis rechter inzake SyRI, 23 april 2020. <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2020/04/23/kamerbrief-naar-aanleiding-van-vonnis-rechter-inzake-syri> (geraadpleegd op 6-7-2020).

⁶³ Wet SUWI, art. 64 lid 1.

⁶⁴ WRR 2011, p. 118. Widlak en Peeters 2018, p. 18-20

instanties gebruikt', aldus de WRR.⁶⁵ Ook private partijen, zoals verzekeraars en notarissen, kunnen zich bij basisregistraties aansluiten.⁶⁶

De vernetwerking van de overheid – of beter: het overheidsbestuur – en haar informatiestromen heeft belangrijke gevolgen voor haar controleerbaarheid. Zo worden in een vernetwerkende overheid beslissingen en activiteiten van het ene bestuursorgaan, inclusief besluiten in de zin van artikel 1:3 Awb, steeds vaker gebaseerd op gegevens die al zijn vastgelegd door andere bestuursorganen of private ondernemingen.⁶⁷ Zo konden analyses van SyRI voor de deelnemende instanties aanleiding zijn om bijvoorbeeld een nader onderzoek naar uitkeringsfraude in te stellen.⁶⁸ De uitkomsten van iCOV-analyses kunnen leiden tot opsporings- en vervolgingsacties.⁶⁹ En mutaties in basisregistraties kunnen grote impact hebben op de toegang van burgers tot rechten en diensten van de overheid, zoals huur-, zorg- en gezinstoeslagen, studiefinanciering, zorgverzekeringen en hypotheekrenteaftrek.⁷⁰ In sommige gevallen maken dit soort gegevensuitwisselingen en de 'ketenbeslissingen' en '-besluiten' die daarop worden gebaseerd controle op de overheid makkelijker, omdat gegevens – met behulp van digitale ICT – op meer gestructureerde wijze worden verzameld.⁷¹ Tegelijkertijd wordt er met elke uitwisseling van gegevens tussen bestuursorganen onderling en bestuursorganen en andere partijen iets in gang gezet waarvan niet alle gevolgen zichtbaar zijn, laat staan beheersbaar en voorspelbaar.⁷² Soms niet eens voor het bestuur zelf. Laat staan voor relatieve buitenstaanders als het parlement of de rechter. Ook is er de kwestie van verantwoordelijkheid.⁷³ Want wie moet er nu eigenlijk precies op eventuele fouten die voortkomen uit de vernetwerkte informatiestromen van de overheid en de gevolgen daarvan voor burgers worden aangesproken? Ook dat is lang niet altijd duidelijk.

3. Remedies

⁶⁵ WRR 2011, p. 118.

⁶⁶ Widlak en Peeters 2018, p. 20.

⁶⁷ Van Eck 2018.

⁶⁸ Kamerbrief motie met betrekking tot Systeem Risico Indicatie (SyRI), 8-6-2018.

<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2018/06/08/kamerbrief-motie-met-betrekking-tot-systeem-risico-indicatie-syri> (geraadpleegd op 6-7-2020).

⁶⁹ Zie bijv. <https://icov.nl/in-de-pers/mondkapjesfraude-in-kiem-gesmoord/> (geraadpleegd op 6-7-2020).

⁷⁰ Widlak en Peeters 2018, p. 77.

⁷¹ Van Eck 2018.

⁷² Ibid. Zo 'werkt' een agent die een auto terugvindt en dat registreert bewust of onbewust niet alleen voor de politie, maar ook voor de RDW en de belastingdienst. Die beginnen op dat moment immers respectievelijk weer op te roepen voor een Apk-keuring en wegenbelasting te heffen. Zie Widlak en Peeters 2018, p. 101.

⁷³ Widlak en Peeters 2018, p. 20.

Digitalisering – althans zoals deze ontwikkeling op dit moment verloopt – brengt dus een verstoring van de machtsbalans in de trias politica met zich mee. Valt daar nog iets aan te doen? Ik geloof van wel. Ik denk dat we met updates van ons constitutionele stelsel van *checks & balances* de kans aanzienlijk kunnen vergroten dat de rechtsstaat ook in tijden van digitalisering⁷⁴ voortleeft.⁷⁵ Maar voordat ik enkele concrete suggesties in die richting doe, is het goed om te constateren dat de rechtspraak en het parlement zelf ook al pogingen doen om hun been in de trias bij te trekken.

Zo maakt de rechtspraak zelf ook steeds meer gebruik van digitale technologie om effectiever te worden. Steeds meer data waar rechters zich op baseren worden digitaal ontsloten. Denk daarbij aan wetten.nl en het toegankelijk maken van rechterlijke uitspraken via de ECLI-code. Lange tijd gaven rechters bestuursorganen het voordeel van de twijfel indien zij niet helder konden maken hoe algoritmische besluiten tot stand waren gekomen.⁷⁶ Maar medio 2017 sommeerde de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in een zaak over het gebruik van een rekeninstrument waarmee toegestane hoeveelheden stikstofuitstoot werden berekend (AURIUS) de betrokken bestuursorganen om de daarbij 'gemaakte keuzes en de gebruikte gegevens en aannames volledig, tijdig en uit eigen beweging openbaar te maken op een passende wijze zodat deze keuzes, gegevens en aannames voor derden toegankelijk zijn'.⁷⁷ Volgens annotator Marlies van Eck laat de bestuursrechter er daarmee geen misverstand over bestaan: 'Als de overheid haar beslissingen baseert op een computerprogramma, dan kan dit alleen als dit geen *black box* is voor de burger en de rechter. Het bestuursorgaan dat het besluit neemt moet informatie over gemaakte keuzes, gebruikte keuzes en aannames volledig, tijdig en adequaat ter beschikking stellen. Dit moet het mogelijk maken de gemaakte keuzes en de gebruikte gegevens en aannames te (laten) beoordelen en zo nodig gemotiveerd te betwisten'.⁷⁸ De Hoge Raad nam in een latere zaak het toetsingskader van de Afdeling over.⁷⁹

⁷⁴ Ik gebruik expres niet de frase 'digitale tijden' of varianten daarop, omdat ik denk – en hoop – dat het proces van digitalisering nooit helemaal wordt voltooid. Het lijkt mij waarschijnlijk dat het maatschappelijke en persoonlijke leven fysieke aspecten *blijft* kennen. **Zie voor tegengestelde visies Harari en Bostrom**

⁷⁵ Al zal alleen een update van onze constitutie daarvoor zeker niet genoeg zijn, omdat de rechtsstaat op veel meer pijlers dan alleen constitutionele rust. Ook op die pijlers heeft digitalisering invloed. Zie daarover R. Passchier & C. Prins, 'Donner, de WRR, digitalisering en de rechtsstaat', in: B.J. van Ettekoven B.J. e.a., (eds.) *Rechtsorde en bestuur: liber amicorum aangeboden aan Piet Hein Donner*. Den Haag: Boom Juridisch, 2018, p. 351-368. <https://research.tilburguniversity.edu/en/publications/donner-de-wrr-digitalisering-en-de-rechtsstaat>

⁷⁶ Van Eck 2018.

⁷⁷ ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 14.3 en 14.4.

⁷⁸ ABRvS 17 mei 2017, bij ECLI:NL:RVS:2017:1259, *Computerrecht* 2017/256 m.nt. B.M.A. van Eck - de computer zegt ja/nee. <https://www.openrecht.nl/commentaar/820e6d91-c11f-49f9-9c85-efda4d064997/> (geraadpleegd op 22-6-2020).

⁷⁹ HR 17 augustus 2018, ECLI:NL:HR:2018:1316.

Ook het parlement lijkt inmiddels enkele (voorzichtige) pogingen te ondernemen om zijn achterstand in verband met digitalisering in te lopen. Het belangrijkste wapenfeit in deze context is de oprichting van een tijdelijke Tweede Kamercommissie Digitale Toekomst op 2 juli 2019.⁸⁰ Deze commissie heeft als doel voorstellen te doen voor een betere organisatie van de Tweede Kamer om digitale ontwikkeling sturing te kunnen geven, aldus de website van de commissie. Op 28 mei 2020 presenteerde de tijdelijke commissie haar rapport, met als belangrijkste advies een vaste Kamercommissie voor Digitale Zaken in te stellen.⁸¹ Die Kamercommissie zou onder andere de opdracht moeten krijgen, aldus de tijdelijke commissie, om andere Kamercommissies rondom digitalisering te ondersteunen en te bepalen wat voor kennis over digitalisering de Kamer nodig heeft.

Zowel de rechtspraak als het parlement lijken vanuit het oogpunt van de triasgedachte in de goede richting te bewegen. Tegelijkertijd is het de vraag of wat zij nu doen genoeg is. De rechter is bij het toetsen van besluiten nog steeds erg afhankelijk van de informatie die bestuursorganen aanleveren.⁸² Die onafhankelijkheid wordt mede veroorzaakt door het feit dat het zicht van de rechter vaak beperkt is tot één of enkele individuele zaken⁸³ en de rechter vaak niet in staat is om de representativiteit van data te toetsen en de technische complexiteit van algoritmische modellen te doorgronden, laat staan dat hij raad weet met een combinatie van deze factoren.

Met betrekking tot de inspanningen van het parlement valt onder andere te bezien of de oprichting van een speciale Kamercommissie voor Digitale Zaken de positie van het parlement ten opzichte van het digitaliserende overheidsbestuur ook echt zal versterken. Digitalisering is een zeer breed vraagstuk dat verweven is met ongeveer alle andere vraagstukken waar de overheid mee te maken krijgt. Immers, bijna de hele overheid – en de maatschappij waar zij onderdeel van is – digitaliseert. Het zal voor één Kamercommissie niet eenvoudig zijn om alles wat met digitalisering te maken heeft, te overzien. Bovendien is het in de parlementaire praktijk verre van vanzelfsprekend dat de ene Kamercommissie naar de andere Kamercommissie luistert (als een Kamercommissie al als eenheid weet te opereren). Daarbij schrijdt de digitalisering van het overheidsbestuur met rasse schreden voort. Het lijkt slechts een kwestie van tijd voordat het volgende hoofdstuk in dit stormachtige verhaal – de grootschalige introductie van AI – aanbreekt.⁸⁴

⁸⁰ https://www.tweedekamer.nl/kamerleden_en_commissies/commissies/tcdt (geraadpleegd op 22-6-2020).

⁸¹ Rapport tijdelijke commissie Digitale toekomst, *Update vereist: Naar meer parlementaire grip op digitalisering*, Den Haag: Tweede Kamer der Staten-Generaal 2020.

⁸² De Poorter & Goossens 2019, p. 3307.

⁸³ Dank aan Marlies van Eck voor dit inzicht.

⁸⁴ Zie bijv. A. Veenstra e.a., *Quick scan AI in de publieke dienstverlening*, TNO 2019. Sophie Doove en Daniëlle Otten, 'Verkennd onderzoek naar het gebruik van algoritmen binnen overheidsorganisaties', CBS november 2018.

Wat zou er nog meer gedaan kunnen worden – in termen van constitutioneel onderhoud – om het evenwicht der machten in de trias te redden of in elk geval een verdere verstoring in verband met digitalisering tegen te gaan? Ik doe in de volgende paragrafen drie suggesties.

3.1. Zelf ook tech inzetten

Zoals we hierboven hebben gezien is een van de factoren die het evenwicht der machten in de trias verstoort het feit dat vooral het bestuur digitale technologie in zijn systemen weet te implementeren. De rechtspraak en het parlement blijven daar ver bij achter. Zij slagen er, in tegenstelling tot het bestuur, tot nu toe slechts in beperkte mate in om met behulp van digitale technologie hun effectiviteit en handelingsvermogen te vergroten. Dat is vanuit constitutioneel-rechtsstatelijke oogpunt zonde, want er zijn kansen genoeg om dat wel te doen.

Neem de rechtspraak. De rechtswetenschappers Corien Prins en Jorgen van der Roest suggereren dat de al dan niet commerciële applicaties op het gebied van juridische dienstverlening rechters ondersteuning zouden kunnen bieden bij bijvoorbeeld het analyseren van jurisprudentie en het schrijven van uitspraken.⁸⁵ Wellicht is het binnenkort zelfs mogelijk om rechtspraak met behulp van AI (gedeeltelijk) te automatiseren.⁸⁶ Dat zal allereerst alleen lukken met relatief lichte zaken.⁸⁷ Maar daarmee zullen rechters misschien meer tijd overhouden voor ingewikkeldere zaken en/of zaken waarbij zij het verschil in de trias kunnen maken. Ook zou de rechterlijke macht digitale toepassingen, zoals big data en AI kunnen gebruiken om inzichten te halen uit eerdere zaken. De rechtspraak ‘zit op een berg aan waardevolle data’, zoals Corien Prins in navolging van oud-president van de Algemene Rekenkamer Saskia Stuiveling observeert.⁸⁸ Die data zou de rechtspraak onder andere kunnen gebruiken om minder afhankelijk te zijn van het beeld dat rijst uit één enkele individuele zaak.

⁸⁵ C. Prins en J. van der Roest, ‘AI en de rechtspraak. Meer dan alleen de ‘robotrechter’’, *NJB* 2018/206, afl. 4, p. 260-268.

⁸⁶ Aldus hoogleraar recht en informatica Jaap van de Herik in *Mr.*, zie: Redactie *Mr.*, ‘In 2030 zullen computers recht spreken’. <https://www.mr-online.nl/in-2030-zullen-computers-rechtspreken/> (geraadpleegd op 22-6-2020). Voor een tegengeluid: H. Prakken, ‘Komt de robotrechter er aan?’, *NJB* 2018/207, afl. 4, p. 269-274.

⁸⁷ Die overigens de bulk van de uitspraken lijken uit te maken. Van de ongeveer 1,25 miljoen zaken die de Nederlandse rechtspraak jaarlijks binnenkrijgt zijn bijvoorbeeld ongeveer 1 miljoen kantonzaken. Iets minder dan de helft daarvan bestaat uit geldvorderingen na het niet betalen van rekeningen, zoals bijvoorbeeld verzekeringspremies of abonnementsgeld voor mobiele telefonie.

<https://www.jaarverslagrechtspraak.nl/wp-content/uploads/2020/04/Jaarverslag-Rechtspraak-2019.pdf#page=47> (geraadpleegd op 22 juni 2020).

⁸⁸ C. Prins, ‘Is AI relevant voor de Rechtspraak? Op z’n minst: voer voor discussie!’, *Rechtstreeks* 2019, afl. 2 (*Algoritmes in de rechtspraak. Wat artificiële intelligentie kan betekenen voor de rechtspraak*), p. 16-25, aldaar p. 21.

Ook het parlement zou effectiever kunnen worden door meer digitale technologie te gebruiken. Met AI kunnen betekenisvolle inzichten uit de enorme hoeveelheid informatie die parlementariërs dagelijks van en/of over het overheidsbestuur krijgt gehaald worden. Tot op zekere hoogte gebeurt dat nu natuurlijk al als Kamerleden iets googelen. Maar specifiek zou het parlement gespecialiseerde computerprogramma's kunnen inzetten om beter gebruik te maken van het werk dat hij in het verleden reeds heeft verzet – eventueel in navolging van de rechter hierboven – of bijvoorbeeld om te controleren of er in het beleid van de overheid geen racistische of seksistische structuren schuilen.⁸⁹ Op het moment van schrijven (juni-juli 2020) is vooral dat laatste erg actueel in verband met de *black lives matter*-demonstraties.

3.2. Meer ondersteuning: technology assessment

Een ander belangrijk aspect van digitalisering, zoals ik hierboven heb besproken, is dat systemen moeilijker te begrijpen worden voor degenen die hen willen en/of moeten controleren. Niet iedereen heeft nu eenmaal een achtergrond in informatica en wiskunde. En niet iedereen heeft diep nagedacht over de sociale consequenties die de implementatie en het gebruik van technologie kunnen hebben. Dat geldt net zo goed voor parlementariërs.⁹⁰ En in het bijzonder voor rechters. Leden van die laatste groep hebben immers meestal alleen maar rechten gestudeerd. Parlementariërs en rechters hebben echter wel degelijk inzicht in socio-technologische ontwikkelingen nodig om het digitaliserende overheidsbestuur effectief te kunnen controleren. Hoe zetten zij dat recht?

Een deel van het antwoord zou natuurlijk kunnen zijn dat rechters en parlementariërs zelf *tech-savvy* moeten worden. Digitalisering heeft nu al grote gevolgen voor geschillen die de rechtspraak bereiken. Nu het bestuur AI begint te gebruiken, zal dat effect nog veel groter worden, zo constateren ook Van Ettekov en Marseille, mede 'omdat de rechtspraak zal moeten oordelen over geschillen waarover partijen in een eerdere fase AI-systemen hebben geraadpleegd'.⁹¹ Dat stelt de rechter voor nieuwe vragen die hij alleen kan beantwoorden met de juiste kennis en vaardigheden. Zo zal de rechter algoritmische besluitvorming en andere digitale toepassingen moeten begrijpen om in staat te zijn om het handelen van overheden te begrijpen, te controleren en tegenwicht te kunnen

⁸⁹ Zie bijv Penn State, 'Using artificial intelligence to detect discrimination', ScienceDaily, 10 July 2019. www.sciencedaily.com/releases/2019/07/190710121649.htm (geraadpleegd op 6-7-2020).

⁹⁰ In de huidige Tweede Kamer zitten slechts een relatief klein aantal personen dat blijk geeft van een structurele interesse in digitalisering en sensitiviteit voor de rechtsstatelijke risico's van deze ontwikkeling.

⁹¹ B.J. van Ettekov, B. Marseille, *Afscheid van de klassieke procedure in het bestuursrecht*, Preadviezen Nederlandse Juristen-Vereniging, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 139-264, aldaar p. 258.

bieden. Daarvoor is het nodig dat rechters het bestuur ook in digitaal opzicht de maat kunnen nemen, en dat zij niet uitsluitend de uitleg- en verantwoordingsopdracht op andermans bordje leggen – en zeker niet alleen op het bordje van de bestuursorganen zelf. Iets dergelijks geldt *mutatis mutandis* ook voor leden van het parlement.⁹²

Tegelijkertijd kunnen wij niet van alle rechters en parlementariërs verwachten dat zij digitaliseringsexperts worden, laat staan dat zij de enorme kennis die het overheidsbestuur op dit terrein in huis heeft op eigen kracht compenseren. Het parlement en de rechtspraak zouden daarom kunnen overwegen om hun ondersteuning in verband met digitaliseringsvraagstukken (drastisch) uit te breiden. Concreet zou de Tweede Kamer haar reeds bestaande Dienst Analyse en Onderzoek kunnen vergroten. Deze ondersteunende dienst kan in opdracht van de Kamercommissies zelf onderzoek verrichten en extern onderzoek uitzetten. Hiermee zou het parlement een zelfstandige en brede kennispositie op het gebied van digitalisering kunnen opbouwen. De Dienst Analyse en Onderzoek is echter niet gespecialiseerd in socio-technologische vraagstukken. Ons parlement zou er daarom in het licht van de trias goed aan doen om, in navolging van enkele buitenlandse parlementen, een speciaal parlementair bureau voor socio-technologisch aspectenonderzoek – ofwel ‘*technology assessment*’ – op te richten.⁹³ De taken van een dergelijk bureau kunnen variëren van het ondersteunen van geïnformeerde deliberatie in het parlement en het informeren van het parlement over op handen zijnde socio-technologische ontwikkelingen tot het ontwikkelen van alternatieve beleidsopties en het voorbereiden van beslissingen.

Een parlementair bureau voor *technology assessment* kan op verschillende manieren worden geïnstitutionaliseerd. Elke variant heeft weer andere gevolgen voor de relaties binnen de trias. Zo werkt het Duitse *Büro für Technikfolgen-Abschätzung beim Deutschen Bundestag* (TAB) primair voor het Comité voor Onderwijs, Onderzoek en Technologie Assessment.⁹⁴ Dit comité bepaalt ook de onderzoeksagenda van het TAB. Interessant genoeg moet het besluit over de issues waar het TAB van de Bondsdag onderzoek naar doet kunnen rekenen op de instemming van alle politieke partijen die in de Bondsdag vertegenwoordigd zijn. Dit mechanisme is uitdrukkelijk in het leven geroepen om de positie van het gehele Duitse parlement ten opzichte van de regering – en de meerderheid

⁹² Zie daarover bijv. M. Lokin, *Wendbaar Wetgeven: De wetgever als systeembeheerder*, Den Haag: Boom Juridisch, 2018.

⁹³ A. Grunwald, *Technology Assessment in Practice and Theory*, Routledge 2018, p. 52 e.v. zie ook: J. Ganzevles & R. van Est (eds), *Parliaments and Civil Society in Technology Assessment*, Pacita 2011. <http://www.pacitaproject.eu/wp-content/uploads/2013/01/TA-Practices-in-Europe-final.pdf> (geraadpleegd op 22-6-2020).

⁹⁴ <https://www.tab-beim-bundestag.de/de/> (geraadpleegd op 22-6-2020).

waarop zij doorgaans in het parlement kan rekenen – te versterken.⁹⁵ Het congres van de Verenigde Staten overweegt een bureau voor *technology assessment* op te richten waar elk individueel congreslid (en niet alleen de meerderheidspartij of leden daarvan) met vragen over technologie terecht kan.⁹⁶ De kans is groot dat dat hun effectiviteit als controleur van de executieve enorm zal vergroten.

Ook de rechter zou zich vanuit het oogpunt van *equality of arms* in de trias veel meer kunnen laten bijstaan door deskundigen. Al eerder riepen Van Ettehoven en Marseille daartoe op.⁹⁷ De rechtswetenschappers Jurgen de Poorter en Jurgen Goossens stellen voor om de Stichting Advisering Bestuursrechtspraak uit te breiden.⁹⁸ Deze reeds bestaande, onpartijdige deskundige adviseert op verzoek van bestuursrechters over geschillen op het gebied van de fysieke leefomgeving.⁹⁹ Zij zou inderdaad kunnen worden uitgebreid met deskundigen op het gebied van digitalisering en alles wat daarbij komt kijken. Ook zou, naar dit model, een geheel eigenstandig bureau voor *technology assessment voor de rechtspraak* kunnen worden opgericht. Dan zou de rechter wellicht wat sterker staan tegenover de expertise en ervaring van de duizenden automatiseringsexperts, data-analisten en programmeurs die voor de bestuurlijke departementen en uitvoeringsinstanties werken. Concreet zou een speciaal bureau voor *technology assessment* de rechtspraak kunnen helpen om minder afhankelijk te worden van de informatie die bestuursorganen aanreiken in individuele zaken en zelf meer zicht te krijgen op de structurele vraagstukken die achter die zaken schuilen. Dat zou het vermogen van de rechter om het overheidsbestuur betekenisvol te controleren en tegenwicht te bieden aanzienlijk kunnen vergroten.

3.3. Eisen stellen aan technologie

Met het oog op de grote rechtsstatelijke risico's die digitalisering met zich meebrengt wordt wel eens geopperd om deze ontwikkeling (gedeeltelijk) te stoppen of zelfs om te keren. Zo deden verschillende Amerikaanse steden automatische gezichtsherkenningssystemen in de ban, omdat het

⁹⁵ Grunwald 2018, p. 53.

⁹⁶ Takano, 'Reps. Takano and Foster, Sens. Hirono and Tillis Introduce the Office of Technology Assessment Improvement and Enhancement Act', September 19, 2019. Zie: <https://takano.house.gov/newsroom/press-releases/rep-takano-and-foster-sens-hirono-and-tillis-introduce-the-office-of-technology-assessment-improvement-and-enhancement-act> (geraadpleegd op 22-6-2020).

⁹⁷ Van Ettehoven & Marseille 2016, p. 260.

⁹⁸ De Poorter & Goossens 2019, p. 3311.

⁹⁹ <https://stab.nl/over-de-stab/> (geraadpleegd op 22-6-2020).

gebruik hiervan tot rechtsstatelijke problemen leidde.¹⁰⁰ Privacy bleek bijvoorbeeld niet goed te garanderen. Ook bleek de software mensen met een witte huidskleur adequater te identificeren dan mensen met een donkere huidskleur. Enkele jaren geleden schakelde Nederland zijn stemcomputers uit, ten gunste van het aloude stempotlood.¹⁰¹ Zo'n groot formulier waarin met de hand een kandidaat kan worden aangekruist, boezemde – terecht of onterecht – toch wat meer vertrouwen in dan zo'n gesloten computer.

Ik geloof zelf echter niet dat een ban op bepaalde digitale technologie, als zoiets als wenselijk zou zijn, op termijn houdbaar is. Technologische ontwikkeling heeft, naast nadelen, ook belangrijke voordelen, zoals efficiencywinst en nieuwe mogelijkheden om sociale grondrechten en veiligheid te verwezenlijken en fraude op te sporen.¹⁰² Sterker nog, de nieuwste digitale informatietechnologie, zoals AI, lijkt een onmisbaar instrument om bijvoorbeeld nieuwe vormen van criminaliteit en criminele ondermijning tegen te kunnen gaan.¹⁰³ AI-technieken worden door regeringen van over de hele wereld zelfs gezien als hét wapen tegen de coronapandemie.¹⁰⁴ Iets minder spectaculair – maar daarmee niet minder belangrijk – is dat het nauwelijks meer denkbaar is hoe instanties als de Belastingdienst en het UWV nog zouden moeten functioneren zonder algoritmes en digitale databases. Zouden kiezers het accepteren als deze instanties – als zij al voldoende personeel zouden kunnen vinden om al hun werk handmatig te doen – tien maal zo groot en duur worden omdat zij geen digitale automatiseringstechnologie meer mogen gebruiken?

Dat digitalisering van de overheid als zodanig niet kan worden tegengehouden, betekent nog niet dat de rechter en het parlement geen eisen aan digitale toepassingen binnen de overheid zouden kunnen stellen, of althans proberen te stellen. Hierboven spraken wij over de ondoorzichtigheid van veel digitale systemen van het overheidsbestuur in verband met de belangen van hun private ontwikkelaars. Die vorm van ondoorzichtigheid kan prima met regelgeving en slimme contracten met leveranciers worden tegengegaan. Zo maakt de Gemeente Amsterdam afspraken met leveranciers van digitale systemen over transparantie en uitlegbaarheid. Daarbij gaat het niet alleen om bijvoorbeeld de broncode, maar ook om antwoorden op vragen als: welke data zijn bij de ontwikkeling van de betreffende systemen gebruikt? Welke keuzes zijn gemaakt? Op welke

¹⁰⁰ Zie bijv. R. Metz, 'Beyond San Francisco, more cities are saying no to facial recognition', *CNN Business* July 17, 2019. <https://edition.cnn.com/2019/07/17/tech/cities-ban-facial-recognition/index.html> (geraadpleegd op 22-6-2020).

¹⁰¹ Zie daarover: H. Blankesteyn, *Vertrouw ons nou maar: opkomst en ondergang van de stemcomputer*, Den Haag: Boom 2016.

¹⁰² Zie in die zin ook Rb. Den Haag 5 februari 2020 (SyRI), ECLI:NL:RBDHA:2020:865, r.o. 6.6.

¹⁰³ WRR, *Big Data in een vrije en veilige samenleving*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2016.

¹⁰⁴ Zie bijv. E. Sánchez Nicolás, 'Pandemic speeds calls for ban on facial recognition', *euobserver* May 18, 2020. <https://euobserver.com/coronavirus/148387> (geraadpleegd op 22-6-2020).

aannames is het systeem gebaseerd? Andere overheden zouden dit voorbeeld kunnen volgen. Er zou zelfs kunnen worden overwogen om de Amsterdamse praktijk tot landelijke standaard te verheffen: een private partij mag dan alleen digitale systemen aan overheden leveren als zij altijd gedwongen kan worden om technische en procedurele informatie¹⁰⁵ te verstrekken over systemen die invloed hebben op burgers. De digitale systemen die bestuursorganen gebruiken zouden, kortom, ‘auditable’ moeten zijn, of zij nu door bestuursorganen zelf of door private partijen ontwikkeld zijn.¹⁰⁶

Ook de complexiteit – en daaruit volgende ondoorzichtigheid en oncontroleerbaarheid – van digitale systemen kan met regelgeving worden tegengegaan. De Raad van State pleitte er in een ongevraagd advies voor om de beginselen van behoorlijk bestuur, en in het bijzonder het motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel, verscherpt te interpreteren in de context van digitalisering.¹⁰⁷ Dat betekent onder meer dat ‘in een besluit moet worden toegelicht welke beslisregels (algoritmen) zijn gebruikt en welke gegevens zijn overgenomen van andere bestuursorganen’.¹⁰⁸ Volgens de Raad kan daarmee de positie van de burger bij geautomatiseerde (keten)besluitvorming worden versterkt. Ik zou daaraan willen toevoegen dat een ruimere interpretatie van bepaalde beginselen van behoorlijk bestuur ook de positie van de rechter en het parlement in de trias zou kunnen versterken, omdat het bestuur zich dan niet langer achter een mist van ‘black boxes’ en complexe organisatie- en beslisstructuren kan verschuilen.

Tot slot zouden de rechter en het parlement in verband met hun positie in de trias kunnen eisen dat de digitale technologie die het overheidsbestuur gebruikt überhaupt uitlegbaar is. Zo’n eis zou wellicht zelfs kunnen betekenen dat de overheid sommige complexe vormen van AI, zoals bepaalde *machine learning* en vooral *deep learning* algoritmes niet¹⁰⁹ of alleen onder strikte voorwaarden en onder speciaal toezicht kan gebruiken. Een (nog niet bestaand, of althans niet juridisch bindend) beginsel van uitlegbaarheid zou in combinatie met digitale technologie misschien zelfs het evenwicht der machten kunnen verbeteren. Zo is het voorstelbaar dat digitale algoritmes, beter nog dan

¹⁰⁵ Daarbij gaat het niet alleen om bijvoorbeeld de broncode, maar ook om antwoorden op vragen als: welke data is bij de ontwikkeling van de betreffende systemen gebruikt? Welke keuzes zijn gemaakt? Welke aannames zitten in het systeem ‘opgesloten’?

¹⁰⁶ Zie in die zin ook: Bijlage bij Brief over waarborgen tegen risico’s van data-analyses door de overheid, Bijlage 1. Richtlijnen voor het toepassen van algoritmes door overheden, p. 11.
<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2019/10/08/tk-bijlage-over-waarborgen-tegen-risico-s-van-data-analyses-door-de-overheid> (geraadpleegd op 22-6-2020).

¹⁰⁷ *Kamerstukken II 2017/18*, 26643, nr. 557 (Ongevraagd advies over de effecten van de digitalisering voor de rechtsstatelijke verhoudingen van de Raad van State). Zie ook: J. Wolfswinkel, ‘AR meets AI: Een bestuursrechtelijk perspectief op een nieuwe generatie besluitvorming’, *Computerrecht*, 2020, afl. 1, p. 22-29.
¹⁰⁸ *Kamerstukken II 2017/18*, 26643, nr. 557 (Ongevraagd advies over de effecten van de digitalisering voor de rechtsstatelijke verhoudingen van de Raad van State), p. 1.

¹⁰⁹ Zie Bijlage bij Brief over waarborgen tegen risico’s van data-analyses door de overheid, Bijlage 1. Richtlijnen voor het toepassen van algoritmes door overheden, p. 6.

menselijke bewindspersonen of ambtenaren, bij het uitvoeren van beleid laten zien wat zij doen en motiveren waarom.¹¹⁰ Zonder veel moeite zouden zij zelfs het parlement (en andere geïnteresseerden) automatisch op de hoogte kunnen houden van hun verrichtingen en de sociale en juridische implicaties daarvan. Met een dergelijk gebruik van technologie zouden wellicht zelfs onevenwichtigheden in de trias die hun oorsprong in pre-digitale tijden vinden kunnen worden tegengegaan dan wel opgeheven. *Trias politica by design*, dat wil zeggen, de triasgedachte ingebakken in de architectuur van de digitale informatiesystemen van de overheid.¹¹¹ Dat zou pas socio-technologische vooruitgang zijn!

4. Tot slot

In dit artikel heb ik proberen te laten zien dat digitalisering op dit moment een disbalans met zich meebrengt binnen de trias politica (bovenop de disbalans die reeds in verband met oudere maatschappelijke ontwikkeling is ontstaan). Vooral het bestuur weet digitalisering aan te wenden om zijn handelingsvermogen te vergroten; de rechter en het parlement blijven daarbij achter. Bovendien maakt digitalisering de systemen van het overheidsbestuur moeilijker te controleren. Door zelf ook digitale technologie in te zetten, meer ondersteuning van digitaliseringsexperts te organiseren en digitalisering strenger te reguleren kunnen de niet-uitvoerende ambten van de overheid hun rechtsstatelijke been wellicht nog bijtrekken of zelfs onevenwichtigheden die in beginsel niets met digitalisering te maken hebben opheffen.

Naar mijn idee is het cruciaal dat wij ons stelsel van *checks & balances* zo snel mogelijk aan de realiteit van digitalisering aanpassen. Een ding is immers zeker: de digitalisering van de overheid houden wij niet tegen. Sterker nog, waarschijnlijk staan wij pas aan het begin van deze ontwikkeling. Het is daarom van het allergrootste belang om manieren te vinden waarop wij onze constitutie tijdig en adequaat van updates kunnen voorzien, zodat zij ook in een snel digitaliserende wereld de rechtsstaat kan borgen. De analyse van dit verkennende artikel, inclusief de gedane suggesties, vormen daartoe een nadere aanzet. Zij is echter verre van uitputtend. Zo heeft de digitalisering van de overheid grote gevolgen voor het vermogen van wetgeving om overheidshandelen te structureren en legitimeren. De constitutionele vragen die dat oproept bleven in dit artikel bijna geheel buiten

¹¹⁰ J. Wolfswinkel, *Willekeur of algoritme? Laveren tussen analoog en digitaal bestuursrecht* (oratie Tilburg), Tilburg: Tilburg University 2020, p. 60; W. Samek e.a. (red.), *Explainable AI: Interpreting, Explaining and Visualizing Deep Learning*, Cham: Springer 2019.

¹¹¹ Vrij naar Lessig 2006, met name part II 'regulation by code'. Zie ook: B. Friedman, P.H. Kahn Jr. & A. Borning, 'Value Sensitive Design and Information Systems', in: P. Zhang & D. Galletta (red.), *Human-Computer Interaction in Management Information Systems*, New York: M.E. Sharp 2003, p. 348-372.

beschouwing. Ook de vraag hoe de overheid zich tot een digitaliserende markt en samenleving verhoudt en zou moeten verhouden ligt nog grotendeels open. *To be continued* dus.