

Recht zonder ziel: de verhouding tussen wetgeving en digitalisering

Jaarrede voor de NVvW op 12 oktober 2023

Prof. mr. F.J. (Frank) van Ommeren¹

1. Inleiding

Een tijd geleden las ik het prachtige boek *'Smart Technologies and the End(s) of Law'*. Dit boek, van de hand van jurist en rechtsfilosoof Mireille Hildebrandt, gaat over de verhouding tussen recht en ICT. [Slide 2]

De titel van haar boek is *dubbelzinnig*: het gaat zowel over de *doeleinden* van het recht als over het *einde* ervan.

- Het boek vraagt enerzijds naar het oogmerk en de functies van het recht,
- en anderzijds brengt het de grote zorg van de auteur tot uitdrukking: zij vreest voor het einde van het recht (als we niet op een heel andere manier met de digitalisering omgaan dan we nu doen).

Het 'einde van het recht' dat zijn grote woorden. Zij staat daarin niet alleen.

Grote kans dat u het recente boekje *'Doe zelf normaal'* heeft gelezen, van jurist, filosoof en P.C. Hooft-prijswinnaar Maxim Februari.

Hij denkt in dezelfde richting als Hildebrandt. Februari spreekt over het afscheid van het recht, en vreest dat dwang de plaats gaan innemen van het recht. Ik vond het interessant om te lezen dat hij Mireille Hildebrandt de auteur noemt die "altijd gelijk heeft".

2. De toekomst voorspellen

Hildebrandt en Februari werpen tegen de achtergrond van digitalisering een blik op de toekomst. Nu vonden toekomstvoorspellingen ook plaats in het *verleden*. Vooral het *jaar 2000* was al vroeg in de vorige eeuw een geliefd jaartal om de voorspelling op te richten.

¹ Prof. mr. F.J. (Frank) van Ommeren is voorzitter van de Nederlandse Vereniging voor Wetgeving (NVvW). Hij is hoogleraar Staats- en bestuursrecht aan de VU en lid van de Raad voor het Openbaar Bestuur (ROB).

Kent u dit plaatje? [Slide 3] Het is een heel bekende toekomstvoorspelling, over hoe het onderwijs er in het jaar 2000 uit zou zien. De prent van de kunstenaar Villemard dateert uit 1910 en maakt onderdeel uit van een beroemde Franse tekeningenreeks over wetenschappelijke vooruitgang.

Ik weet natuurlijk niet precies wat u hierin ziet, maar ik zie vooral leerlingen die geen ruimte hebben voor eigen gedachten. *De ruimte voor eigen interpretatie, eigen duiding, eigen invulling, is weg.* Er is niets meer tussen de informatie en ons brein. De kennis wordt er rechtstreeks ingepompt.

Dat is iets waarover we *nu* moeten nadenken. Daarop kom ik straks nog terug.

3. *De drie beproevingen*

Maar eerst een algemene opmerking over de verhouding tussen wetgeving en digitalisering. Die verhouding is voor onze vereniging – en ook voor wetgevingsjuristen daarbuiten –, denk ik, zeer van belang. Het is zinnig die verhouding in een bredere context plaatsen, een context die betrekking heeft op de *legitimiteit* van het overheidsoptreden.

Voor die bredere context grijp ik terug op een advies dat de Raad voor het Openbaar Bestuur (ROB) een paar jaar geleden heeft uitgebracht. Dat advies heet '*Zoeken naar waarheid*'. In dat advies heeft de ROB de regering en het parlement gewezen op drie beproevingen van digitalisering voor de democratische rechtsstaat. Ik laat ze hier even zien.

[Slide 4]

- (1) De eerste beproeving is die van *desinformatie*: door digitalisering ontstaat er meer ruimte voor informatie die een valse weergave van de werkelijkheid bevat.
- (2) De tweede beproeving is die van *desintegratie*: door digitalisering ontstaan parallelle werelden, die niet meer goed met elkaar in verband kunnen worden gebracht.
- (3) De derde beproeving is die van *despotisme*: door digitalisering ontstaat er meer ruimte voor machtsmisbruik en willekeur, burgers

kunnen gemakkelijker worden beïnvloed, zelfs zonder dat zij dit door hebben.

Drie keer des... dus. Het is een heel breed pakket aan beproevingen dat ons te wachten staat.

De beproevingen behoeven hier niet veel toelichting. De eerste – desinformatie – zal u bekend voorkomen. Ik hoef slechts de mooie lezing te noemen die Luc Verhey een paar maanden geleden hier in deze zaal voor onze vereniging heeft gehouden, over zijn boek *'De zoektocht naar de feiten. Over waarheden, onwaarheden en leugens in de democratische rechtsstaat'*.

Van de tweede beproeving – die van de desintegratie – kijkt u, zo denk ik, evenmin erg op. Digitalisering leidt op allerlei manieren tot het uit elkaar vallen van werelden. Dat zien we op uiteenlopende plaatsen en kringen.

In onze eigen kring kunnen we denken aan de wereld van de juristen, met name de wetgevingsjuristen aan de ene kant – en aan de technici, de ict-ers, de modellers, die de ICT-systemen voor de uitvoering van die wetgeving moeten bouwen, aan de andere kant. De wereld van het recht en de wereld van de techniek. Werelden die elkaar steeds meer nodig hebben, maar het moeilijk vinden elkaar te bereiken.

In de derde plaats de beproeving van het *despotisme*. Die term klinkt misschien wat zwaar, maar is toch niet verkeerd gekozen. Met die beproeving raken we de kern van het prachtige boekje van Maxim Februari, dat ik net al even noemde: *'Doe zelf normaal'*.

Zoals ik zei, is zijn zorg dat we het recht kwijtraken, dat we bestuurd worden door data en computers, dat we de mensheid niet meer zien als normatieve wezens, maar als bron van data. Het gevaar van digitalisering, zo zou ik bij deze beproeving willen zeggen, is dat recht *gereduceerd wordt tot macht*, pure machtsuitoefening op basis van informatie, van data, zonder echte norm of moraal.

4. *Rechtsgemeenschap*

Het is de moeite waard iets langer bij het betoog van Februari stil te blijven staan. [Slide 5].

Zijn centrale vraag is of wij nog *zeggenschap* hebben over het formuleren van juridische en morele normen, óf dat die normen opduiken uit *bakken met gegevens*, waarna je geacht wordt of zelfs gedwongen je eraan te houden.

Februari's credo is dat we voor de totstandkoming van dit soort normen "een belichaamd gesprek" nodig hebben "in natuurlijke mensentaal", door mensen van vlees en bloed. Alleen op die manier vormen we een *morele* gemeenschap, een *rechtsgemeenschap*.

Technologie – en dus ook *datatechnologie* – ziet mensen niet als morele objecten. Door de opkomst van regelgevers zonder hersens en zonder lichaam wordt de samenleving abstracter geleid.

Februari vraagt zich af of er een rechtsgemeenschap is te vormen met *niet-menselijke existenties*. Zijn antwoord is duidelijk ontkennend. Een politieke gemeenschap, een rechtsgemeenschap, is een gemeenschap die *zichzelf* normeert, reguleert, die beraadslaagt over wat goed en wenselijk is.

Februari legt veel accent op het zijn van *politieke gemeenschap* of *rechtsgemeenschap*. Maar ik vind het opvallend dat in het huidige juridische discours dat accent is verdwenen. Wij spreken over bestuurders, of over ambten of bestuursorganen, over de burger of de normadressaat, over de kiezer en de verkozenen, maar de *rechtsgemeenschap* is een lastige categorie in het moderne staats- en bestuursrechtelijke en ook in het politieke gesprek.

5. Thorbecke en de rechtsgemeenschap

Beide door mij genoemde auteurs laten ons inzien dat de digitalisering – die *potentieel diep doorwerkt* in het recht – ons dwingt om opnieuw naar de *grondslagen van het recht* te kijken. De idee van het *zijn* van rechtsgemeenschap is één van die grondslagen.

Ik neem u daarom graag even mee naar de grondlegger van ons staatsbestel: *Johan Rudolph Thorbecke*. (Degenen die mij een beetje kennen, weten dat ik als bestuursrechtjurist iets met Thorbecke heb: een, opmerkelijk genoeg, vrij onbekend feit is dat hij de eerste hoogleraar bestuursrecht in ons land was.)

In de opvatting van Thorbecke was de staat een 'wezen' met een beginsel en een eigen systeemlogica. Ik baseer mij hier trouwens ook op de weergave van de historicus *Remieg Aerts*, die een paar jaar geleden een prachtige biografie over hem heeft geschreven. [Slide 6]

De moderne staat belichaamde in Thorbecke's ogen de collectieve rechtsgemeenschap, dat wil zeggen een gemeenschap waarin het collectief van burgers zichzelf regeerde, 'met uitsluiting van voorregt'. Binnen die rechtsgemeenschap vervulden de leden en de organen elk hun eigen functie.

Thorbecke dacht aan een voor elke burger uniform staatsburgerschap, dat uitdrukking geeft aan de *rechtsrelatie* tussen de burger en de staat. Er ontstond in zijn ogen een directe relatie tussen staat en individu en daarmee wordt het collectief van individuen in politieke zin een 'volk'.

Pas als *deelnemers* aan een *rechtsgemeenschap* worden personen burger in een staat, ten opzichte van elkaar en van het grotere geheel. De staat is in Thorbecke's ogen niet zomaar een instrument of het resultaat van een verdrag, maar een *zelfstandig rechtswezen* met een eigen functie.

6. Ontzieling van het recht

De hamvraag is nu wat de digitalisering betekent voor het zijn van rechtsgemeenschap in deze tijd. Wat betekent de oprukkende digitalisering voor de rechtsgemeenschap? Een van de kenmerken van deze tijd is *dat de mens, de burger, uit het recht dreigt te verdwijnen*. Dat klinkt merkwaardig, maar toch is het zo. Het recht wordt, onder invloed van de techniek, steeds onpersoonlijker.

Uiteraard, het recht heeft van nature iets sterk *onpersoonlijks*. De rechter oordeelt immers 'zonder aanzien des persoons', om het eens op traditionele wijze te zeggen. En de wetgever maakt wetten die in principe voor iedereen gelden. Ook dat stuurt ook in de richting van het onpersoonlijke.

Maar daarbij blijft het al lang niet meer. De digitalisering, de slimme technieken, werken, ook hier, als een katalysator. Niet alleen in het recht

zelf maar ook in de toepassing ervan, neemt het onpersoonlijke enorm toe.

Wat steeds meer verdwijnt is het *intermenselijke gesprek*, het directe gesprek tussen mensen van vlees en bloed, mensen die je kunt zien, horen en (soms ook) ruiken, het gesprek waarin de *non-verbale communicatie* minstens net zo belangrijk is, of wellicht nog belangrijker, dan de verbale.

Is dat erg? Ja, ik denk het wel. Natuurlijk, die directe digitale communicatie heeft veel voordelen. Zij scheelt tijd en geld en het gaat allemaal veel sneller en gemakkelijker. Althans, dat is de bedoeling. Maar zelfs als het goed werkt, gaat er toch iets verloren.

Om dat goed in te zien moeten we nog een spade dieper steken. Dat verlies openbaart zich op verschillende niveaus. In de eerste plaats ervaren we het op het sociale niveau van de communicatie: wie communiceert met een machine is alléén. De directe wederkerigheid verdwijnt. Digitalisering leidt tot *eenzaamheid*. Dat is wellicht niet prettig, maar, lijkt me, nog wel overkomelijk, er zijn uiteenlopende oplossingen voor.

Dat is veel lastiger met, wat ik nu maar noem, het *gemeenschapsniveau*, het zijn van rechtsgemeenschap. In de woorden van Februari:

we “kunnen niet langer zelf de wet interpreteren, betwisten, overtreden en bediscussiëren: de wet wordt vanaf afstand over [ons] uitgerold”.

De wet wordt een dwangbuis.

Februari's grote zorg is dat digitalisering de mogelijkheden voor interpretatie, voor nuance, voor afwijking – die plaatsvindt in het parlement, bij de toepassing van de wet en in de rechtszaal – de nek omdraait. Zelfs het overtreden van de wettelijke regel kan niet meer. Dat frustreert de *rechtsontwikkeling*. Recht bestaat nu eenmaal uit een voortdurende interpretatiestrijd over de vaststelling van de feiten en de interpretatie van de teksten die de normen bevatten.

In de woorden van Hildebrandt: als we niet ongehoorzaam kunnen zijn aan het recht, is het geen recht maar *dwang*.

Het behelst ook, zo zou ik daaraan willen toevoegen, het recht om van elkaar te leren, door middel van hardop denken (mondeling en schriftelijk), om zich aan elkaar te schaven, om door middel van het debat en de discussie een stap verder te komen. Het is, met andere woorden, de ruimte om door middel van het gesprek van these en antithese tot synthese te komen. Dat verdwijnt. Het belemmert de ontwikkeling van het recht.

Het risico dat we lopen is dat de gemeenschap daarmee verdwijnt. Het recht wordt *koud en onpersoonlijk*. Het recht raakt *ontziend*. [Slide 7]

En denkt u nu nog even terug aan de prent van *Villemard* uit 1910, waarmee ik begon. Wat zagen we daar? Leerlingen die geen ruimte meer hebben voor eigen gedachten. De discretionaire ruimte, de ruimte om af te wijken was verdwenen. Voor een deel zit die afbeelding, als afspiegeling van het heden, er natuurlijk helemaal naast, het is een wat archaïsch plaatje, maar voor een ander deel is dit toch niet zo'n heel slechte toekomstvoorspelling.

7. *Oplossingsrichtingen*

Beste mensen, wat moeten we hier nu mee? Reduceert de digitalisering het recht echt tot macht? Leidt het tot *despotisme*? Of – in de woorden van Februari – tot het *afscheid van het recht*? Deze woorden zijn mij te dramatisch. Maar, er is wel echt iets aan de hand. Ik denk dat de digitalisering veeleer leidt tot, wat ik heb genoemd, een soort van *ontzieling* dan tot een afscheid of het einde van het recht.

We zullen moeten nadenken over oplossingen, en voor nú in elk geval over *oplossingsrichtingen*, want het gaat hier om een uiterst serieus te nemen risico, dat de democratische rechtsstaat bedreigt.

Ik neem u graag mee – in sneltreinvaart – langs een aantal van die oplossingsrichtingen. Naar verhouding zal ik het langst stil blijven staan bij een oplossingsrichting die het dichtst bij u als wetgevingsambtenaar of als wetgevingsexpert staat.

Een eerste oplossingsrichting ligt voor de hand. Zorg dat je er als *overheid* meer grip op krijgt. Verhoog het kennisniveau aan overheidszijde. Versterk het *toezicht*.

Ook voor de hand liggend is: leidt je *burgers* goed op; zorg dat ze *digitaal* nog vaardiger worden dan ze al zijn. Maak inzichtelijk dat het zeker *niet alleen* om hun recht op *privacy* gaat, maar om iets veel fundamentele: de normering van hún belangen *door entiteiten waarop zij niet of nauwelijks invloed kunnen uitoefenen*.

Ik kan me niet goed voorstellen dat er veel mensen zijn die hiertegen zijn, of er grote bezwaren tegen hebben. Alleen... als het recht ontzield raakt, als het karakter en de werking ervan verandert, dan gaan dit soort oplossingen niet ver genoeg. We gaan het er niet mee redden. Deze oplossingen zijn nog *te conventioneel* en omzeilen het echte probleem. We zullen dus opnieuw een stap dieper moeten gaan, naar de fundamentele moeten kijken.

En dan kom ik bij u! Dat is misschien verrassend, maar een enkeling in de zaal zag dit misschien toch wel aankomen. Wij moeten bij de totstandkoming van wet- en regelgeving veel meer gaan samenwerken: de juristen en de technici. Niet voor niets noemde ik net de desintegratie al als *tweede beproeving* van de digitalisering. En daar kan dus ook een belangrijk deel van de oplossing worden gevonden.

8. Wetsanalyse

Een belangrijke oplossingsrichting is het bij de totstandkoming van *wetgeving* in een zo vroeg mogelijk stadium betrekken van de *digitale techniek*.

We zullen dus een methode moeten hebben, die de werelden van wetgeving en digitale techniek bij elkaar brengt, die een brugfunctie tussen deze twee werelden kan vormen. Voor die methode moeten we dichter bij de praktijk blijven. We moeten naar de *modellerings technologie* en dan niet zomaar een modellerings technologie, maar naar een *juridische modellerings technologie*, die geschikt is om toe te passen bij het opstellen en het uitvoeren van wet- en regelgeving.

Voor die methode hoeven wetgevers niet zo heel erg ver te zoeken. Die is voor wetgeving namelijk *hier* te vinden, in Den Haag. Ik doel op de *bij* de Belastingdienst ontwikkelde methode van *wetsanalyse*, die door Ausems, Bulles en Lokin op zeer heldere wijze uit de doeken is gedaan.

[Slide 8]

Hun boek biedt een integrale werkwijze voor wetsanalyse met het oog op de toepassing van de wet en daarop gebaseerde regels in ICT-systemen. Het boek legt dus een verbinding tussen de wet en de daarop gebaseerde ICT-systemen. Om ervoor te zorgen dat de wettelijke regels goed in de uitvoeringssystemen terecht komen, is een ‘vertaling’ nodig van de wettelijke regels naar opdrachten die de computer kan uitvoeren.

De transformatie – de “vertaling” – van wettelijke regels naar opdrachten die een computer kan uitvoeren, is bepaald geen sinecure. ‘Wetsanalyse’ biedt een werkwijze om een vertaling van wetgeving naar de uitvoering mogelijk te maken wanneer daarbij gebruik wordt gemaakt van ICT. Het gaat daarbij vooral om een aanpak voor het vaststellen van de betekenis van wetgeving en daarop gebaseerd uitvoeringsbeleid – dus óók de invulling van de discretionaire ruimte in die wetgeving – met behulp van juridische vaardigheden en principes uit de logica.

Daar komt nog iets bij. Door de digitalisering van wet- en regelgeving en hun toepassing ligt de tijd dat de beleidsvorming, de totstandkoming van de daarop gebaseerde wetgeving en de uitvoering van die wetgeving *afzonderlijke fasen* zijn – die volgtijdelijk plaatsvinden – steeds meer achter ons. Ontwerp en analyse lopen idealiter gelijk op, en beleidsmakers, wetgevingsjuristen en ‘technici’ werken daarbij direct samen.

Zo ver is het nu nog niet. Ik zag tot mijn grote genoegen echter wel dat de Staatssecretaris Digitalisering en Koninkrijksrelaties, *Alexandra van Huffelen*, precies twee weken geleden aan de Eerste Kamer een brief heeft gestuurd, waarin zij stappen voor een werkwijze in deze richting aankondigt. Die brief stuurde zij in reactie op een motie over codering van algoritmes in het wetgevingsproces. U begrijpt, dat briefje was voor mij, net terwijl ik deze rede aan het voorbereiden was, een mooie verrassing!

Je moet ergens beginnen. In elk geval kunnen met behulp van *juridische modelleringstechnologie* de werelden van wetgeving en techniek bij elkaar worden gebracht. Dat is waar het hier om gaat.

9. *Pseudo-overheidsinstellingen: Big Tech*

Ten slotte nog dit. Hoe hoopvol ook, met een dergelijke *aanpak* voor wet- en regelgeving kunnen we niet volstaan, Naast een operationele aanpak zullen we ook naar de inhoud van het recht moeten kijken.

In de digitale wereld opereren in hoofdzaak *private* partijen. Waarin verschillen de Big Techbedrijven van de overheid? De grote techbedrijven zijn – met behulp van artificiële intelligentie – feitelijk in staat om eenzijdig dwingende regels vast te stellen die de mogelijkheden en onmogelijkheden van de burger in de digitale samenleving bepalen. Ook hier zien we dus weer dat element van dwang. Deze bedrijven zijn zo machtig en invloedrijk geworden dat zij zich als pseudo-overheidsinstellingen kunnen gedragen. Reijer Passchier ontleent aan kritische stemmen uit de literatuur hiervoor de term “*digitaal feodalisme*”.

[Slide 9]

Dat roept veel principiële vragen op. Veel waarborgen van de democratische rechtsstaat, zoals het *legaliteitsbeginsel*, gelden formeel gesproken wel voor de overheid, maar niet voor private instellingen. Dus ook niet voor de Big Techbedrijven. Een prangende vraag is dan ook hoe de waarden die achter het legaliteitsbeginsel schuilgaan – van vrijheid, rechtsgelijkheid, rechtszekerheid en democratie, van macht en tegenmacht – kunnen worden gewaarborgd in een wereld waarin Big Tech zo machtig en invloedrijk is geworden.

De oplossing laat zich raden, maar vergt enorm veel. Het hele stelsel van normen en waarden van de *democratische rechtsstaat*, met inbegrip van de checks and balances zou op Big Tech en de andere spelers in de digitale wereld van toepassing moeten zijn. Er wordt in dit verband wel gesproken over de *constitutionalisering* van Big Tech – van constitutionalisering van de private sector – maar men zou mijns inziens ook over de verpubliekrechtelijking ervan kunnen spreken. (Dat gaat dus wel heel wat verder dan de stappen die vanuit de Europese Unie worden

gezet – zoals de *Digital Markets Act*.) Te verwachten valt dat dit de opgave voor de toekomst is: het publieke domein, de *publieke waarden*, moeten in de digitale wereld worden *heroverd*. [Slide 10].

10. *Toekomstvoorspelling*

Maar die verpubliekrechtelijking gaat zich niet vanzelf voltrekken. Omdat het recht door de digitalisering de neiging heeft van karakter te veranderen – de ontzieling van het recht – kan dat niet in een één-op-één vertaling gebeuren.

En daarin is juist *voor u* een wezenlijke taak weggelegd. Misschien wat meer dan u zich nu bewust bent. Het recht wordt nu eenmaal aan de voorkant gemaakt. Natuurlijk, de rechter speelt ook een rol, maar dat is toch wel een heel andere. De primaire taak ligt hier echt bij de wet- en regelgever, die – in samenspraak met modelleers en andere technici – het recht en de rechtsbeginselen een wezenlijk ander karakter en inkleuring zullen moeten geven. U staat, zo is *mijn toekomstvoorspelling*, nog maar aan het begin.

Dank u wel.