

RECHT ZONDER ZIEL: DE VERHOUDING TUSSEN WETGEVING EN DIGITALISERING

Prof. mr. F.J. (Frank) van Ommeren¹

1. INLEIDING

Alweer enige tijd geleden verscheen het prachtige, zeer doorwrochte boek *Smart Technologies and the End(s) of Law*.² Dit boek, van de hand van jurist en rechtsfilosoof Mireille Hildebrandt, gaat over de verhouding tussen recht en ICT. 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,³ 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. Wie kent inmiddels niet het recente boekje *Doe zelf normaal*, van jurist, filosoof en P.C. Hoofdprijswinnaar Maxim Februari? Hij denkt in dezelfde richting als Hildebrandt. Februari spreekt over het afscheid van het recht,⁴ en vreest dat dwang de plaats gaat innemen van het recht.⁵ Ik vond het interessant om te lezen dat hij Mireille Hildebrandt de auteur noemt die ‘altijd gelijk heeft’.⁶

Er zijn redenen te over om aan dit doemdenken aandacht te besteden. De waarschuwingen nemen halsoverkop toe. Ik noem slechts de alarmerende verklaring

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). Dit is een bewerking van de jaarrede die hij uitsprak op de jaarvergadering van 2023. Zij is gepubliceerd in *RegelMaat* 2024, afl. 1, p. 82-92.

2 M. Hildebrandt, *Smart Technologies and the End(s) of Law, Novel Entanglements of Law and Technology*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2015.

3 Zij onderscheidt – terecht – heel precies tussen doeleinden en functies van het recht; de laatste vat zij (rechts)sociologisch op vanuit een extern perspectief, de eerste als inherent juridisch dus vanuit intern perspectief, waardoor zij niet in een louter instrumentalistische benadering terechtkomt, zie Hildebrandt 2015, p. 143 e.v. Zie eerder beknopt en verhelderend ook: M. Hildebrandt, ‘Technologische en juridische normativiteit: het tekort van het reguleringsparadigma – Een respons op Leenes’ Technoregulering’, *Recht der Werkelijkheid* 2011, afl. 1, p. 53-59.

4 M. Februari, *Hoe de inzet van data-technologie het karakter en de werking van het recht verandert*, Den Haag: Raad voor het Openbaar Bestuur 2020, p. 11, 12.

5 M. Februari, *Doe zelf normaal. Menselijk recht in tijden van datasturing en natuurgeweld*, Amsterdam: Prometheus 2023, p. 15.

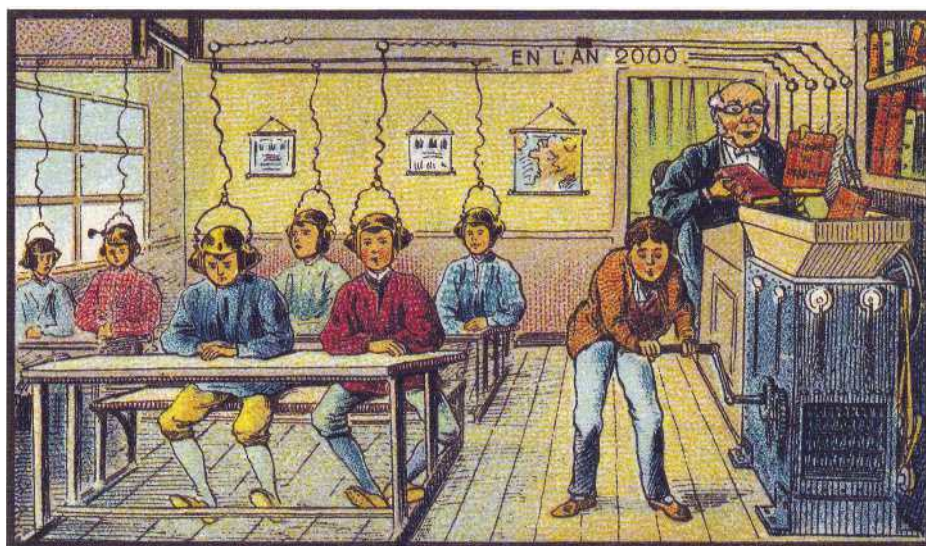
6 Februari 2023, p. 104.

– ‘the Statement on AI Risk’ – die dit voorjaar is opgesteld door een groot aantal AI-experts en publieke personen. Daarin wordt gesteld dat de beperking van het risico op uitsterving door AI een wereldwijde prioriteit zou moeten zijn, naast andere risico’s die de hele samenleving raken zoals pandemieën en kernoorlogen.⁷ Ook hier worden dramatische bewoordingen bepaald niet geschuwd. Het is natuurlijk wel heel opmerkelijk dat de bestuurders van verschillende grote AI-bedrijven deze verklaring meeondertekenden. Inmiddels is er ook een Nederlandse petitie *Control AI*, waarin de politiek wordt opgeroepen de controle over de ontwikkeling van AI over te nemen.⁸ Die petitie is ondertekend door veel Nederlandse politici en andere prominenten, onder wie Maxim Februari.

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 waarop de voorspelling werd gericht.

Heel bekend is deze prent:



At School

⁷ ‘Statement on AI Risk’, safe.ai/statement-on-ai-risk.

⁸ ‘Politiek, neem controle over AI’, aipetitie.nl.

Het is een toekomstvoorspelling over hoe het onderwijs er in het jaar 2000 uit zou zien. Deze prent, van de kunstenaar Villemard, dateert uit 1910 en maakt onderdeel uit van een beroemde Franse tekeningenreeks over wetenschappelijke vooruitgang.⁹

Ik weet natuurlijk niet precies wat anderen hierin zien, 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 zo nog terug.

3. DE DRIE BEPROEVINGEN

Het is van belang eerst een algemene opmerking over de verhouding tussen wetgeving en digitalisering te maken. Die verhouding is voor juristen, denk ik, zeer van belang. Het is zinnig die verhouding in een bredere context te plaatsen, een context die betrekking heeft op de legitimiteit van het overheidsoptreden.

Voor die bredere context grijp ik terug op het advies *Zoeken naar waarheid*, dat de Raad voor het Openbaar Bestuur (ROB) enige jaren geleden heeft uitgebracht.¹⁰ 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 volgen.

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 eenieder bekend voorkomen. Ik hoef als actueel voorbeeld slechts de overvloed aan desinformatie te noemen die in de sociale media verschijnt naar aanleiding van de oorlog tussen Israël en Hamas.¹¹ De overmaat aan desinformatie vormde overigens mede de aanleiding voor de bewindspersonen van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties

⁹ <https://nl.pinterest.com/pin/201958364509833094>.

¹⁰ *Zoeken naar waarheid. Over waarheidsvinding in de democratie in het digitale tijdperk*, Den Haag: Raad voor het Openbaar Bestuur 2019.

¹¹ Waarover o.a. NRC 9 en 12 oktober 2023.

om de ROB destijds om dit advies te vragen. De risico's van desinformatie voor de constitutionele verhoudingen zijn bijzonder groot.¹²

Van de tweede beproeving – die van de desintegratie – kijkt, denk ik, evenmin iemand 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 modelleurs, 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 boekje van Maxim Februari, dat ik net al even noemde: *Doe zelf normaal*. Als gezegd, 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.¹³ 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

De vraag die bij Februari centraal staat, is of wij nog zeggenschap hebben over het formuleren van juridische en morele normen, of 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.¹⁴ Alleen op die manier vormen we een morele gemeenschap, een rechtsgemeenschap.¹⁵

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.¹⁶ Zijn antwoord is duidelijk ontkennend. Een politieke

12 Vgl. L.F.M. Verhey, *De zoektocht naar de feiten. Over waarheden, onwaarheden en leugens in de democratische rechtsstaat*, Den Haag: Boom juridisch 2021.

13 Februari 2023, p. 119.

14 Februari 2023, p. 41. Zie diepgaand over de betekenis van lichamelijkheid in dit verband ook E. Hirsch Ballin, *Mensenrechten als ijkpunten van artificiële intelligentie* (WRR Working Paper 46), Den Haag: Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2021, p. 16.

15 Februari 2023, p. 41.

16 Februari 2023, p. 17.

gemeenschap, een rechtsgemeenschap, is een gemeenschap die *zichzelf* normeert, reguleert, die beraadslaagt over wat goed en wenselijk is.¹⁷

Februari mag veel accent leggen op het zijn van politieke gemeenschap of rechtsgemeenschap, maar het is 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. Wat wij, juristen, ergens wel weten, maar in deze tijd uit het oog dreigen te verliezen, is dat het in een rechtsgemeenschap draait om de *mens*, oftewel om het individu en om de gemeenschap en ook om de relatie daartussen.

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 een van die grondslagen.

Het is daarom zinvol even terug te keren naar de grondlegger van ons staatsbestel: Johan Rudolph Thorbecke. In de opvatting van Thorbecke was de staat een ‘wezen’ met een beginsel en een eigen systeemlogica. 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’.¹⁸

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 Thorbeckes ogen niet zomaar een instrument of het resultaat van een verdrag, maar een zelfstandig rechtswezen met een eigen functie.¹⁹

Thorbecke had geen instrumentele benadering van de staat en het recht, maar een organische staats-, rechts- en maatschappijopvatting. Die opvatting kwam niet voort uit het universalisme van de Verlichting, maar was vooral verwant aan het Duitse organicisme en de bildungsfilosofie. Daarin ligt het accent niet zozeer op het bestaan van het individu als wel op de organische ontwikkeling van de gemeenschap als

17 Februari 2023, p. 124.

18 Remieg Aerts, *Thorbecke wil het. Biografie van een staatsman*, Amsterdam: Prometheus 2018, p. 303.

19 Aerts 2018, p. 132.