



Ministerie van Binnenlandse Zaken en
Koninkrijksrelaties

De Grondwet en nieuwe technologie: klaar voor de toekomst?

Twaalf pleidooien
voor modernisering
van de Grondwet

Essaybundel op uitnodiging van het Ministerie van
Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties met
bijdragen van:

Britta van Beers
Bart Custers
Egbert Dommering
Jurgen Goossens
Aalt Willem Heringa
Wouter Hins
Bert-Jaap Koops
Sjors Ligthart & Gerben Meynen
Albert Meijer
Bart van der Sloot
Leon Trapman
Johan Wolswinkel

De Grondwet en nieuwe technologie: klaar voor de toekomst?

Twaalf pleidooien voor modernisering van de Grondwet

Essaybundel

Britta van Beers
Bart Custers
Egbert Dommering
Jurgen Goossens
Aalt Willem Heringa
Wouter Hins
Bert-Jaap Koops
Sjors Ligthart & Gerben Meynen
Albert Meijer
Bart van der Sloot
Leon Trapman
Johan Wolswinkel

Colofon

De Grondwet en nieuwe technologie: klaar voor de toekomst?

Twaalf pleidooien voor modernisering van de Grondwet

Deze essaybundel is een uitgave van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties

Tekst: de essays zijn de verdienste en verantwoordelijkheid van de desbetreffende auteurs en reflecteren niet de opvattingen of aanbevelingen van het ministerie.

Concept en project begeleiding: Vormvijf, Den Haag

Grafisch ontwerp en vormgeving: Textcetera, Den Haag

Illustratie omslag en deelpagina's: Kylièn Bergh

Augustus 2024

Voorwoord

Mag ChatGPT op het werk worden gebruikt? Worden onze eigen voice-overs straks vervangen door een robotstem? Mag de beeltenis van iemand zomaar worden gebruikt voor het maken van een filmpje? Kan de Nederlandse overheid eigenlijk wel vertrouwen op technologie die elders wordt ontwikkeld? Hoe wordt een fabeltjesfuiik voorkomen? En is het goed voor onze kinderen als mobiele telefoons in de klas worden gebruikt?

Het is niet moeilijk om voorbeelden te geven van vragen die de liefhebbers van recht en nieuwe technologie de laatste tijd bezighouden. Er vindt een levendige discussie plaats over de ethiek van toepassingen van die nieuwe technologie. Maatschappelijke organisaties, wetenschappers, beleidsmakers: we bedenken met elkaar hoe om te gaan met de uitdagingen van deze tijd.

Soms leidt dat tot wetgeving. Vooral in de Europese Unie, maar ook in Nederland, zijn de afgelopen jaren veel wetten aangenomen die de impact van nieuwe technologie in goede banen moet leiden. Denk aan de dominante rol die platforms in onze samenleving spelen: door de digitaledienstenverordening krijgen zij nieuwe verantwoordelijkheden om illegale inhoud op hun netwerken tegen te gaan. Of denk aan de regels voor de ontwikkeling en het gebruik van AI: kunstmatige intelligentie systemen met een hoog risico moeten straks gecontroleerd worden zodat ze veilig zijn en mensenrechten respecteren. Of denk aan de Wet open overheid: door nieuwe technologische mogelijkheden kan de overheid op bepaalde vlakken transparanter opereren dan voorheen.

Naast deze discussies over de ethische inzet van de nieuwe technologie en de opkomst van sectorale wetgeving, is het belangrijk om de invloed van deze technologie op de Grondwet nader te onderzoeken.

Er zijn eerder studies gedaan naar de bescherming van grondrechten bij de toepassing van nieuwe (digitale) technologieën. In 2000 deed de Commissie 'Grondrechten in het digitale tijdperk' (Commissie Franken) een aantal voorstellen om de Grondwet aan te passen aan de ontwikkeling van de informatietechnologie. Tien jaar later volgde de Staatscommissie Grondwet (Thomassen). Ook haar advies bevatte voorstellen om grondrechten te actualiseren in verband met de ontwikkeling van de informatietechnologie. Artikel 13 van de

Grondwet is als gevolg daarvan aangepast, zodat voortaan ook internetcommunicatie onder het brief- en telefoongeheim zou vallen. De overige aanbevelingen over actualisering van de grondrechten zijn niet overgenomen.

De rapporten uit 2000 en 2010 zijn inmiddels achterhaald. In de commissie Franken wordt nog gesproken over “de opkomst van de mobiele telefoon” en bij Thomassen “dat steeds meer telefoons verbonden zijn met het internet.” Sindsdien is de wereld behoorlijk veranderd, maar hetzelfde is gebleven dat de technologische ontwikkelingen nog steeds allerlei vragen in relatie tot de Grondwet oproepen. Onze mobiele telefoon herbergt bijvoorbeeld een slimme assistent, kan mensen op video vastleggen, en contact maken met apparaten die inmiddels ook verbonden zijn met het internet. Wie gebruikt er nou nog een drukpers? En een woning hoeft helemaal niet binnentreden te worden als er een richtmicrofoon wordt gebruikt, Google nest wordt gehackt, of via de smart TV wordt geregistreerd wat er in de huiskamer gebeurt. En ons lichaam is misschien wel onaantastbaar, maar ook gewoon uit te lezen met DNA-technologie. Kan het parlement de uitvoerende macht wel controleren als regels worden vertaald naar software? Is de overheid transparant genoeg in de besluitvorming? En moet de rechter naast de rechtsregels ook Python snappen?

Deze ontwikkelingen vragen mogelijk om aanpassingen van de Grondwet. Enerzijds kan dat op kleine schaal: zo kunnen sommige grondrechten worden aangepast omdat ze door hun formulering niet meer zijn toegerust op de technologie van deze tijd. Het briefgeheim in artikel 13 is daarom al aangepast. De bescherming van privé communicatie is als te beschermen belang nog steeds belangrijk, zeker omdat communicatie nou eenmaal vaker via een telecommunicatiemiddel gaat. Anderzijds kan dat op grote schaal: soms kan een technologische ontwikkeling zo ontwrichtend zijn, dat nieuwe belangen, belangen die nog niet in de Grondwet staan opgenomen, toch beschermd moeten worden.

De directie Constitutionele Zaken en Wetgeving van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties heeft daarom een groep vooraanstaande wetenschappers uitgenodigd om te reflecteren op de toekomst van de Grondwet in de context van technologische ontwikkeling. Concreet is hen gevraagd met een essay antwoord te geven op de vraag: is de Grondwet voldoende toegerust op de

technologische ontwikkelingen, en om ideeën aan te dragen voor een aanpassing van de Grondwet.

Ik ben blij met de opbrengst, de essays bevatten een veelheid aan ideeën. Er zijn onder meer essays geschreven over een nieuwe formulering van een bestaand grondrecht, over de noodzaak van nieuwe grondrechten, over de balans in de trias en over behoorlijk bestuur. Deze essays zijn de verdienste en verantwoordelijkheid van de desbetreffende auteurs en reflecteren niet de opvattingen of aanbevelingen van de directie. Ze bieden wel mooie inspiratie voor een verdere verkenning van de toekomst van de Grondwet. Ik dank de auteurs heel graag voor hun waardevolle bijdrage aan dit debat. Deze bundel is een eerste stap, en de komende tijd zal het gesprek op verschillende manieren worden voortgezet. Met de samenleving, met de wetenschap, met de politiek. Samen komen we tot een grondwet die klaar is voor de toekomst.

Wytze van der Woude
Directeur Constitutionele Zaken en Wetgeving

Inhoudsopgave

Menselijke waardigheid in tijden van <i>big data</i> en <i>Big Tech</i> <i>Britta van Beers</i>	11
Discriminatiegronden in het digitale tijdperk <i>Bart Custers</i>	39
De Grondwet en Artificiële Intelligentie <i>Egbert Dommering</i>	69
Het opvullen van een lacune in de Grondwet: naar een grondrecht op toegang tot en zinvol contact met het bestuur <i>Jurgen Goossens</i>	85
De Grondwet voor de toekomst <i>Aalt Willem Heringa</i>	121
Een toekomstgerichte vrijheid van meningsuiting <i>Wouter Hins</i>	139
Een grondwettelijk recht op privacy voor de 21 ^e eeuw <i>Bert-Jaap Koops</i>	153
Grondwettelijke bescherming van de geest <i>Sjors Ligthart & Gerben Meynen</i>	169
Pleidooi voor de invoering van een ‘monitorende macht’ <i>Albert Meijer</i>	193
Een grondwet van en voor de 21 ^e eeuw <i>Bart van der Sloot</i>	205
Het recht op vrije verkiezingen <i>Leon Trapman</i>	221
Behoorlijk bestuur in een digitale leefomgeving: naar een recht op algoritmische besluitvorming? <i>Johan Wolswinkel</i>	235



Menselijke waardigheid in tijden van *big data* en *Big Tech*

Van genetica en biotechnologie naar artificiële intelligentie en neurotechnologie

Britta van Beers*

1. Inleiding: nieuwe technologieën, nieuwe uitdagingen, nieuwe mensenrechten?

Toepassingen van artificiële intelligentie (hierna: AI) en bio- en neurotechnologie maken het mogelijk om diep in het menselijk leven, lichaam, genoom en brein in te grijpen. In een hoogtechnologische samenleving laten dergelijke ontwikkelingen bovendien hun sporen na op de levenswereld, de relaties, de identiteit en het zelfbegrip van de mens. Zo bezien is goed te begrijpen dat men bij de regulering van deze technologieën veelvuldig een beroep doet op het rechtsgebied dat bij uitstek aandacht heeft voor de menselijkheid van de mens: de mensenrechten.

Om nog een andere reden bieden grond- en mensenrechten in deze context een vruchtbaar juridisch denkkader. Een kernfunctie van fundamentele rechten is gelegen in de bescherming tegen willekeurige machtsuitoefening en in de binding van macht aan publieke waarden en rechtsbeginselen. Traditioneel gaat het daarbij om de legitimatie, normering en begrenzing van overheidsmacht. In deze tijd maken technologische ontwikkelingen nieuwe vormen van beschikkingsmacht, sociale controle en gedragsregulering mogelijk waarvan niet alleen overheidsinstellingen gebruik kunnen maken, maar ook private partijen.¹ Meer in het bijzonder heeft een relatief kleine groep mondiaal opererende tech-bedrijven, beter bekend als

* Hoogleraar *Recht, ethiek en biotechnologie* aan de Vrije Universiteit Amsterdam, Faculteit Rechten, afdeling Rechtstheorie & Rechtsgeschiedenis.

¹ R. Passchier, *Artificiële intelligentie en de rechtsstaat. Over verschuivende overheidsmacht, Big Tech en de noodzaak van constitutioneel onderhoud*, Den Haag: Boom Juridisch 2021, hoofdstuk 5.

Big Tech, inmiddels zoveel technologische kennis, financiële middelen en persoonlijke data weten te verzamelen dat zij in staat zijn gebleken om vergaand invloed uit te oefenen op allerlei segmenten van het leven, uiteenlopend van onderwijs en cultuur tot politiek en gezondheid. Ook in reactie op deze machtsconcentratie kunnen grond- en mensenrechten worden ingezet ter bescherming van de vrijheid, gelijkheid en waardigheid van individuen.²

Dit proces is reeds in volle gang. Zo worden in het maatschappelijk debat, in de academische literatuur en in beleidsrapporten voorstellen gedaan tot de erkenning en verankering van nieuwe mensenrechten. De gedachte is dat nieuwe technologische ontwikkelingen nieuwe uitdagingen met zich meebrengen, waardoor nieuwe mensenrechten of herinterpretaties van bestaande mensenrechten nodig zijn. Een aantal voorbeelden.

Anticiperend op de komst van neurotechnologieën die het mogelijk maken om gedachten uit hersenactiviteit uit te lezen via ‘brain-computer-interfaces’ (‘mind-reading’) of gedachten aan te sturen via ‘hersenstimulatie’ (‘mind-writing’), woedt in academische kringen een discussie over de vraag of het tijd is om een hoofdstuk ‘neurorechten’ aan de grond- en mensenrechtencatalogi toe te voegen.³ Tot de genoemde kandidaten behoren onder meer het recht op mentale integriteit, psychologische continuïteit en de cognitieve vrijheid.⁴

Voorstellen voor nieuwe grondrechten worden eveneens gedaan in reactie op het wijdverbreide verdienmodel van tech-bedrijven via verhandeling van digitale gedragsdata aan publieke en private partijen. Met die data kunnen menselijke keuzes en handelingen worden voorspeld, beïnvloed en gemanipuleerd. Dit fenomeen staat ook wel bekend als *surveillancekapitalisme*, een term gemunt door Shoshana Zuboff. Volgens Zuboff is met de komst van surveillancekapitalisme sprake van een tot voor kort ongekende vorm van macht die vraagt om nieuwe vormen van bescherming, onder meer in de

2 Bijv. via horizontale werking of positieve verplichtingen. Zie hierover: M. Vetzto, J. Gerards en R. Nehmelman, *Algoritmes en grondrechten*, Den Haag: Boom Juridisch 2018, p. 184-187.

3 Zie het essay van Ligthart en Meynen hierover.

4 Met name het volgende artikel vormde het startschot voor deze discussie: M. Ienca & R. Andorno, ‘Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology’, *Life Sciences, Society and Policy* volume 13, Article number: 5, 2017.

vorm van nieuwe mensenrechten. Zijzelf pleit voor de erkenning van een ‘right to the future tense’,⁵ vergelijkbaar met het recht op een open toekomst, en een ‘right to sanctuary’,⁶ ofwel een recht op een vrijplaats van gedragsmodificerende praktijken.

Tot slot worden ook in de context van biomedische en genetische ontwikkelingen nieuwe mensenrechten voorgesteld. Een vroeg voorbeeld hiervan biedt een aanbeveling uit 1982 van de Parlementaire Assemblee van de Raad van Europa waarin, anticiperend op de geboorte van de eerste genetisch gemodificeerde kinderen, wordt gerept van ‘the right to a genetic inheritance which has not been artificially interfered with’.⁷ Dat recht kan worden gezien als een genetische voorloper van Zuboffs ‘right to the future tense’.

Over de zin of onzin van voorstellen voor nieuwe mensenrechten gaan de meningen uiteen. Verschillende bezwaren worden geuit, zoals de bekende zorg over de proliferatie van mensenrechten, en de gedachte dat men met bestaande grondrechten als het recht op privacy of lichamelijke integriteit al ver genoeg komt.⁸ In deze bijdrage zal ik niet proberen deze discussie te beslechten. In plaats daarvan pleit ik ervoor om, bij wijze van derde weg, terug te keren naar de basis van de mensenrechten: de menselijke waardigheid.

In mensenrechtenverklaringen en -verdragen wordt de menselijke waardigheid stevast als het fundament van fundamentele rechten genoemd. Tot een aantal decennia geleden betekende de menselijke waardigheid juridisch gezien ‘niet meer’ dan dat: een abstract, humanistisch ideaal dat met name in preambules wordt genoemd als cultuur-historische ondergrond voor de mensenrechten. In deze tijd, waarin technologieën in rap tempo hun stempel drukken op mens en maatschappij, treedt de menselijke waardigheid evenwel uit de schaduw en verkrijgt een nieuwe juridische functie en betekenis. Om tot een humane toepassing en ontwikkeling van deze technologieën te komen, wordt een beroep gedaan op de menselijke waardigheid en

5 Zie hoofdstuk 11 van S. Zuboff, *The age of surveillance capitalism. The fight for a human future at the new frontier of power*, Londen: Profile Books 2019.

6 Zie hoofdstuk 17 van Zuboff 2019.

7 Parliamentary Assembly of the Council of Europe, *Recommendation on Genetic Engineering*, Recommendation 934 (1982), sub 4a.

8 Zie bijv. J.C. Bublitz, ‘Novel neurorights: from nonsense to substance’, *Neuroethics* 2022, Volume 15, article number 7.

daaraan gelieerde noties als ‘respect for the human being both as an individual and as a member of the human species’ (preambule Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Biogeneeskunde van de Raad van Europa), ‘the heritage of humanity’ (artikel 1 Universele Verklaring van het Menselijk Genoom en Mensenrechten van de United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization ofwel Unesco), en ‘human-centric artificial intelligence’ (AI-Wet van de Europese Unie (EU)). Kennelijk voorzien deze noties in een normatieve behoefte die niet geheel door de bestaande mensenrechten wordt gedekt. De gebruikte formuleringen in deze regelgeving suggereren dat toepassingen van deze technologieën dermate ingrijpend kunnen zijn, dat niet minder dan de menselijkheid van de mens in het geding is. Bij gevolg is de menselijke waardigheid aan het uitgroeien tot een zelfstandig rechtsbeginsel, en in sommige contexten zelfs tot een zelfstandig mensenrecht, dat ook los van de bestaande mensenrechten van waarde en betekenis is voor de nationale en internationale regulering van technologische ontwikkelingen.

Zeker tegen deze achtergrond is het te betreuren dat de Nederlandse Grondwet nog altijd zwijgt over de menselijke waardigheid. Ook in de algemene bepaling, die de Grondwet sinds 2022 kent, wordt dit rechtsbeginsel niet genoemd, hoewel de Staatscommissie Grondwet dat wel degelijk had voorgesteld in 2010. In deze bijdrage pleit ik voor grondwettelijke verankering van de menselijke waardigheid in het licht van het belang van dit rechtsbeginsel voor de regulering van verschillende technologische ontwikkelingen. De opzet is als volgt.

Hierna sta ik eerst stil bij de rol en betekenis van de menselijke waardigheid in de naoorlogse mensenrechtenverklaringen en -verdragen en de redenen voor afwezigheid van dit beginsel in de tekst van de Grondwet (par. 2). Een van die redenen blijkt de vaagheid van de menselijke waardigheid te zijn. Ik zal niet alleen betogen dat die vaagheid eveneens kan worden opgevat als een teken van de rijkheid van het begrip, maar ook dat de menselijke waardigheid sinds de jaren '90 wel degelijk nadere contouren heeft gekregen bij de mensenrechtelijke regulering van biomedische en genetische ontwikkelingen. Vervolgens breng ik deze ‘biojuridische’⁹ contouren

van de menselijke waardigheid op hoofdlijnen in kaart door vijf dimensies van dit begrip in de context van biogenetica te bespreken (par. 3). In de daarop volgende paragraaf beargumenteer ik dat deze biojuridische interpretaties en betekenissen van de menselijke waardigheid eveneens relevant zijn voor AI en neurotechnologie. Doordat de hedendaagse praktijken van zowel de medische biotechnologie en humane genetica als AI en neurotechnologie worden aangedreven door *big data*, *big science* en *Big Tech*, is er sprake van gedeelde zorgen rondom de mogelijk ‘dehumaniserende effecten’¹⁰ van diverse toepassingen van deze technologieën (par. 4). In de conclusie koppel ik mijn bevindingen terug naar de Grondwet (par. 5).

2. Menselijke waardigheid in de context van grond- en mensenrechten

De menselijke waardigheid vormt het kloppende hart van hedendaagse internationale mensenrechtenverklaringen en -verdragen. Zoals de seminale woorden van artikel 1 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (UVRM) luiden: ‘Alle mensen worden vrij en gelijk in waardigheid en rechten geboren.’ Als mensenrechtelijke kernwaarde biedt de menselijke waardigheid een antwoord op de vraag waarom ‘alle leden van de mensengemeenschap’ drager zijn van ‘gelijke en onvervreembare rechten’ (preambule UVRM). Op grond van de filosofie van de mensenrechten luidt het antwoord ‘dat deze rechten voortvloeien uit de inherente waardigheid van de menselijke persoon’ (preambule van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR) en het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten (IVESCR)).

Ook op Europees niveau wordt de menselijke waardigheid genoemd als het fundament van fundamentele rechten. In artikel 1 van het Handvest van de Grondrechten van de EU is de onschendbaarheid van de menselijke waardigheid neergelegd.¹¹ In de toelichting bij dit artikel is te lezen dat ‘the dignity of the human person is not only a fundamental right in itself but constitutes the real basis of

¹⁰ E. Hirsch Ballin, *Mensenrechten als ijkpunten van artificiële intelligentie*, Den Haag: WRR 2021, p. 8.
¹¹ Art. 1 Handvest luidt: ‘De menselijke waardigheid is onschendbaar. Zij moet worden geëerbiedigd en beschermd.’

fundamental rights.’¹² Daarmee komt aan de menselijke waardigheid een dubbele status toe in het Handvest. Tot slot wordt in het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) weliswaar met geen woord gerept over de menselijke waardigheid, maar luidt een terugkerende frase in de Straatsburgse jurisprudentie dat ‘the very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom.’¹³

Hoewel de menselijke waardigheid in geen van de mensenrechtenverklaringen en -verdragen wordt gedefinieerd, kan uit deze juridische documenten een aantal kernmerken van deze notie worden afgeleid. Allereerst hangt waardigheid samen met ‘de waarde van de mens’ (preambule UVRM) die gelijkelijk wordt gedeeld door alle ‘leden van de mensengemeenschap’ (preambule UVRM, IVBPR en IVESCR). Ten tweede is deze waarde onvervreemdbaar en ‘inherent’ aan het menszijn aangezien een ieder wordt ‘geboren’ met deze kwaliteit (preambule en artikel 1 UVRM). Ten derde is de menselijke waardigheid als grondslag van fundamentele rechten en vrijheden nauw verbonden met ‘het ideaal van de vrije mens’ (preambule IVBPR en IVESCR). In die geest beogen mensenrechten en de menselijke waardigheid te beschermen ‘tegen tirannie en onderdrukking’ (preambule UVRM). Tot slot suggereren deze naoorlogse documenten dat de menselijke waardigheid niet moet worden beschouwd als een vanzelfsprekend gegeven, ook al is zij onvervreemdbaar en aangeboren. Menselijke waardigheid is eerder een verworvenheid, een ideaal dat moet worden bevochten. Zowel het idealistische karakter als de historische kwetsbaarheid van de menselijke waardigheid blijken goed uit de preambule van de UVRM, die niet alleen refereert aan ‘barbaarse handelingen, die het geweten van de mensheid geweld hebben aangedaan’ maar ook ‘de komst van een wereld, waarin de mensen vrij zullen zijn van vrees en gebrek’ verkondigt ‘als het hoogste ideaal van iedere mens.’

Tegen deze achtergrond is het opvallend dat de menselijke waardigheid geheel afwezig is in de tekst van de Nederlandse Grondwet. Deze leemte is meermaals aangekaart, zoals recent in de discussies over plannen om een algemene bepaling aan de

¹² ‘Explanations relating to the Charter of Fundamental Rights’ (2007/C 303/02), p. 17.
¹³ Zie bijv. EHRM 29 april 2002, NJ 2004, 543, m.nt. EAA (*Pretyt t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM (Grote Kamer) 11 juli 2002, NJCM-Bull. 2003, 330, m.nt. P. van Dijk (*Christine Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*).

Grondwet toe te voegen. Toevoeging van de volgende algemene bepaling werd in 2010 aanbevolen door de Staatscommissie Grondwet onder voorzitterschap van Thomassen:

1. *Nederland is een democratische rechtsstaat.*
2. *De overheid eerbiedigt en waarborgt de menselijke waardigheid, de grondrechten en de fundamentele rechtsbeginselen.*
3. *Openbaar gezag wordt alleen uitgeoefend krachtens de Grondwet of de wet.*

Via het tweede lid zou de menselijke waardigheid haar debuut maken in de Grondwet. De argumentatie van de Staatscommissie om dit rechtsbeginsel grondwettelijk te verankeren komt sterk overeen met hetgeen hierboven reeds is geschreven over de centrale positie van dit rechtsbeginsel- in de naoorlogse mensenrechtenverklaringen en -verdragen:

‘Eigenlijk zijn alle mensenrechten, met inbegrip van de grondrechten die in de Grondwet zijn opgenomen, in meerdere of mindere mate te zien als een uitdrukking van het beginsel van eerbiediging van de menselijke waardigheid.’¹⁴

Niet alleen zou grondwettelijke verankering van de menselijke waardigheid volgens de Staatscommissie de normatieve betekenis en kracht van de Grondwet naar de burger toe kunnen vergroten, maar ook zou het beginsel meerdere functies kunnen vervullen bij de interpretatie en toepassing van grondrechten, bijvoorbeeld in het geval van botsende grondrechten of bij de beantwoording van ‘de vraag of de beperking van een grondrecht de kern, de wezenlijke betekenis ervan aantast’.¹⁵

Toch zwijgt de Grondwet nog altijd over de menselijke waardigheid. De algemene bepaling die sinds 2022 aan de grondwetsartikelen voorafgaat luidt kortweg: ‘De Grondwet waarborgt de grondrechten en de democratische rechtsstaat.’ Tijdens de internetconsultatie bij de plannen tot aanpassing van de Grondwet had onder meer het College voor de Rechten van de Mens aangegeven het te betreuren dat de menselijke waardigheid uit de tekst was verdwenen. In de Memorie van Toelichting (MvT) bij het uiteindelijke voorstel licht de regering deze afwezigheid als volgt toe:

14 Staatscommissie Grondwet, *Rapport Staatscommissie Grondwet*, Den Haag 2010, p. 41.
15 Staatscommissie Grondwet 2010, p. 42.

‘Menselijke waardigheid is [...] de onderliggende waarde van alle mensenrechten, aldus de reactie van onder meer het College voor de Rechten van de Mens. Uiteraard kan de regering zich hierin vinden, in die zin dat menselijke waardigheid bron is van mensenrechten en de bescherming ervan een belangrijk doel is van mensenrechten. Dit brengt echter niet zonder meer met zich mee dat het in de algemene bepaling opnemen van “menselijke waardigheid” een betere bescherming biedt van de kernbeginselen dan de concretere term “grondrechten”. Vanuit dit oogpunt en in het licht van internationale verdragen die de drieslag formuleren als democratie, rechtsstaat en grondrechten, is het voorstel ook op dit onderdeel ongewijzigd gebleven’¹⁶

Deze passage roept een aantal vragen op. Zo is de laatste zin niet goed te begrijpen tegen de achtergrond van de vele verwijzingen naar en centrale positie van de menselijke waardigheid in de eerdergenoemde naoorlogse internationale verdragen, handvesten en verklaringen en de daarop gebaseerde jurisprudentie. Daarnaast lijkt de regering in dit citaat te suggereren dat de menselijke waardigheid geen meerwaarde heeft ten opzichte van ‘de concretere term “grondrechten”’. Is de gedachte van de regering dat de menselijke waardigheid te weinig concreet is voor grondwettelijke verankering? Of is het vooral dat de menselijke waardigheid volgens de regering weinig toevoegt aan de bescherming die de afzonderlijke grondrechten reeds bieden?

Het is raden naar de precieze redenering van de regering. De woorden suggereren evenwel bepaalde bezwaren tegen het begrip ‘menselijke waardigheid’ die met name door Angelsaksische denkers uit de analytische filosofische traditie van tijd tot tijd worden geuit. Die zorgen hebben betrekking op het feit dat de menselijke waardigheid vaag is en aanleiding geeft tot uiteenlopende en, ogenschijnlijk, tegenstrijdige interpretaties.

Inderdaad kent de menselijke waardigheid meerdere aspecten die, toegepast op bepaalde kwesties, verschillend kunnen uitpakken, zoals de Staatscommissie ook erkent.¹⁷ In de literatuur wordt een

¹⁶ *Kamerstukken II 2015/16*, 34 516, nr. 3 (MvT), p. 10.
¹⁷ Staatscommissie Grondwet 2010, p. 42.

onderscheid gemaakt tussen hoofdzakelijk twee dimensies.¹⁸ Ten eerste kan waardigheid worden uitgelegd als respect voor zelfbeschikking en autonome keuzes, zoals in het vereiste van vrijwillige en geïnformeerde toestemming voor medische ingrepen. Dit wordt ook wel als menselijke waardigheid in haar ‘individuele’ of ‘subjectieve’ dimensie aangeduid. Ten tweede kan waardigheid worden begrepen als uitdrukking van de bijzondere waarde van de mens op grond waarvan onder omstandigheden juist grenzen kunnen worden gesteld aan keuzes met betrekking tot eigen leven of lichaam. Aan deze tweede dimensie wordt gerefereerd als menselijke waardigheid in haar ‘collectieve’ of ‘objectieve’ dimensie.¹⁹ Voorbeelden van deze dimensie zijn het verbod op orgaanverkoop en op gevaarlijke experimenten, ook wanneer de betrokkenen daarmee instemmen. Daarmee beoogt men dehumanisering of uitbuiting te voorkomen.

In sommige gevallen kunnen deze twee dimensies van menselijke waardigheid met elkaar botsen. Te denken is aan gevallen waarin individuen toestemming geven om te worden behandeld op een wijze die veelal als mensonterend of dehumaniserend wordt beschouwd, zoals in het geval van vrijwillige orgaanverkoop of dwergwerpen. Vanwege de ambiguïteit van waardigheid in dergelijke gevallen zou volgens critici aan de menselijke waardigheid, los van de werking van vrijheidsrechten, geen zelfstandige betekenis moeten toekomen. Zij beschouwen met name de collectieve dimensie van menselijke waardigheid als problematisch.²⁰ Nogal boude formuleringen van deze visie bieden artikelen als ‘Dignity is a useless concept’²¹ van ethica Ruth Macklin en ‘The stupidity of dignity’ van cognitieve wetenschapper Steve Pinker.²² Dergelijke benaderingen zijn te kort door de bocht. Zoals de Amerikaanse rechtsfilosoof Jeremy Waldron schrijft:

- 18 Zie bijv. D.W.J.M. Pessers, *Menselijke waardigheid en het persoonsbegrip in het recht*, Utrecht: Lemma 2005; B.C. van Beers, ‘Menselijke maakbaarheid, menselijke waardigheid en de mensenrechten. Over de maakbare mens en conflicterende interpretaties van de menselijke waardigheid’, *NTM|NJCMBull.* 2010, 35(8), p. 997-1016; R. Andorno, ‘Human dignity and human rights as a common ground for a global bioethics’, *Journal of Medicine and Philosophy*, 2009, 34; D. Beyleveld and R. Brownsword, *Human dignity in bioethics and biolaw*, Oxford: OUP 2001.
- 19 Elders ga ik uitgebreid in op deze twee dimensies van de menselijke waardigheid, zie o.a. Van Beers 2010; en B.C. van Beers, *De humaniteit van humane biotechnologie. Juridische perspectieven op menselijke waardigheid en medische biotechnologie* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2009-I), Deventer: Kluwer 2009, p. 97-145.
- 20 Zie bijv. Beyleveld & Brownsword 2001; J. Somsen, *Regulering van humane genetica in het neo-eugenetische tijdperk* (oratie Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishing 2006.
- 21 R. Macklin, ‘Dignity is a useless concept: It means no more than respect for persons or their autonomy’, *British Medical Journal* 2003, 327(7429), p. 1419-1420.
- 22 S. Pinker, ‘The stupidity of dignity: Conservative bioethics’ latest, most dangerous ploy’, *The New Republic*, 28 May 2008.

‘If you glance quickly at the way in which “dignity” figures in the law, you will probably get the impression that its usage is seriously confused. The indignant recording of such impressions is what passes for analytic philosophy in some circles, but thoughtfulness and patience actually pay off in this area, as they often do in responding to analytic critique.’²³

Nadere reflectie over de verschillende facetten van de menselijke waardigheid is dus te verkiezen boven het afsnoeien van bepaalde takken van de menselijke waardigheid.

Tegelijkertijd is het moeilijk te ontkennen dat dit begrip enigszins ongrijpbaar is. Zoals Advocaat-Generaal Stix-Hackl in haar opinie bij de zaak *Omega Spielhallen* overpeinst: ‘There is hardly any legal principle more difficult to fathom in law than that of human dignity.’²⁴ Wat dat betreft is het niet verrassend dat de auteurs van een voorstudie over menselijke waardigheid, geschreven in opdracht van de Staatscommissie Grondwet, de vaagheid van de menselijke waardigheid als een zwakte benoemen. Zij brengen het in verband met onder meer het risico van onvoorspelbaarheid en het gevaar dat de menselijke waardigheid als grondslag voor mensenrechten aan geloofwaardigheid kan inboeten wanneer een te specifieke invulling eraan wordt gegeven.²⁵

Desalniettemin kunnen de complexiteit en vaagheid van de menselijke waardigheid ook worden opgevat als een teken van de veellagigheid, rijkheid en potentie van het begrip, zoals eveneens wordt beaamd in de voorstudie. Bovendien zijn grondrechten als het recht op privacy evenmin erg concreet en kennen zij meerdere gedaantes. Toch wordt niet of nauwelijks geopperd om die grondrechten dan maar te schrappen. Wat dat betreft kunnen de volgende woorden van Bert-Jaap Koops over privacy ook op de menselijke waardigheid worden toegepast:

23 J. Waldron, ‘Dignity, rank, and rights’, *Tanner lectures on human values*, San Francisco 2009, p. 211.

24 Opinion AG Stix-Hackl in Case C-36/02 *Omega Spielhallen* [2004] ECR I 09609, sub 74.

25 E. Brems en J. Vrielink, *Menselijke waardigheid in de Nederlandse grondwet? Voorstudie ten behoeve van de Staatscommissie Grondwet*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2010, p. 31-32.

‘Privacy is niet vaag: het begrip privacy is precies zo concreet en duidelijk als van een dergelijk algemeen begrip mag worden verwacht. [...] Privacy is best goed definieerbaar, zolang we maar niet de illusie hebben een alomvattende of eens-en-voor-altijd-geldende definitie te geven. Voor een zo algemeen en veelomvattend begrip als privacy moet het debat wat het betekent, doorlopend worden gevoerd, zodat het begrip van wat het betekent mee-ontwikkelt met de tijd de context waarin privacy van belang is.’²⁶

Een dergelijke evolutieve benadering is eveneens noodzakelijk als het gaat om menselijke waardigheid. Een indicatie daarvan biedt het beroemde *Tyrer*-arrest, waarin het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) ingaat op artikel 3 EVRM (verbod op foltering, onmenselijke of vernederende behandeling en onmenselijke of vernederende bestraffing), een bepaling die volgens de uitspraak in essentie de menselijke waardigheid tot uitdrukking brengt.²⁷ In dit arrest duidt het Hof het EVRM voor het eerst als een ‘living instrument which [...] must be interpreted in the light of present-day conditions’.²⁸ Wanneer beide aspecten van het arrest worden samengevoegd, is een mogelijke conclusie dat de menselijke waardigheid zich eveneens als een ‘living instrument’ moet blijven ontwikkelen, net zoals het antwoord op de vraag wat het betekent om mens te zijn in de loop der tijd zal evolueren.²⁹

De vraag blijft echter wat de meerwaarde is van een ‘vaag’ begrip als menselijke waardigheid ten opzichte van de reeds ‘vage’ grondrechten. Daarmee kom ik bij het tweede aspect van de redenering van de regering in de MvT. Wat voor een zin heeft grondwettelijke verankering van de menselijke waardigheid als beginsel of grondrecht wanneer de reeds gecodificeerde grondrechten de geest van dat begrip eveneens uitdragen? Een eerst mogelijk antwoord is te vinden in de voorstudie over menselijke waardigheid:

26 B.-J. Koops, ‘Privacyconcepten voor de 21^e eeuw’, *Ars Aequi* juli/augustus 2019, p. 532.

27 EHRM 25 april 1978 (*Tyrer* t. *Verenigd Koninkrijk*), r.o. 33.

28 *Tyrer* t. *Verenigd Koninkrijk*, r.o. 31.

29 In mijn proefschrift ga ik uitgebreid op deze gedachte in: B.C. van Beers, *Persoon en lichaam in het recht. Menselijke waardigheid en zelfbeschikking in het tijdperk van de medische biotechnologie* (diss. VU Amsterdam), Den Haag: BJU 2009, zie bijv. par. 8.9.3.

‘Een dergelijke bepaling kan door de rechtspraak gebruikt worden om specifieke rechten uit af te leiden die op geen andere basis gelden in het Nederlandse recht; op deze manier kan de grondrechtencatalogus mee evolueren met nieuwe noden zonder dat de Grondwet geamendeerd dient te worden.’³⁰

Van ‘nieuwe noden’ is door technologische ontwikkelingen ontegenzeggelijk sprake. Een groot voordeel van teruggaan naar de basis van de grondrechten is dat er niet met elke technologische ontwikkeling een nieuw grondrecht zal hoeven te worden uitgevonden of voorgesteld. De moeilijkheid van de ontwikkeling van nieuwe grondrechten blijkt onder meer uit de huidige discussies over de zin of onzin van ‘neurorechten’.³¹ Bovendien, gezien het belang van continuïteit en rechtszekerheid, lijkt het verder uitwerken en ontwikkelen van een klassiek rechtsbeginsel als de menselijke waardigheid te verkiezen boven de *creatio ex nihilo* van nieuwe grondrechten, de vaagheid van het waardigheidsbegrip ten spijt.

Een tweede mogelijk antwoord op de vraag naar de meerwaarde van de menselijke waardigheid is dat sommige kwesties dermate fundamenteel van aard zijn dat zij raken aan het mensbeeld en de grondslagen van de grondrechten, en deze zelfs dreigen te ondermijnen. Onder die omstandigheden bieden de grondrechten zelf onvoldoende bescherming, en dienen zij in zekere zin zelf te worden beschermd. Ook daarvan bieden technologische ontwikkelingen een treffende illustratie. De algoritmisering en dataficatie waarop hedendaagse technologische ontwikkelingen drijven werken door op niet minder dan het niveau van de identiteit en individualiteit van personen. In de woorden van Vetzo, Gerards en Nehmelman:

‘In een slimme omgeving die voortdurend anticipeert op de vermeende behoefte van zijn gebruikers, vermindert [...] de ruimte voor het individu om eigen keuzes te maken. De optelsom van vele nudges, en personalisatietechnieken kan leiden tot een “identiteitsparadox”, waarbij het niet mensen zelf, maar algoritmes zijn die de identiteit van individuen vormgeven en zijn of haar keuzes bepalen.’³²

30 E. Brems en J. Vrielink, *Menselijke waardigheid in de Nederlandse grondwet? Voorstudie ten behoeve van de Staatscommissie Grondwet*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2010, p. 32.

31 Zie hierover nader de bijdrage van Ligthart en Meynen.

32 Vetzo, Gerards & Nehmelman 2018, p. 129.

Volgens dezelfde auteurs is daarmee sprake van een risico van ‘de-individualisering’ die bezinning op de menselijke waardigheid en persoonlijke autonomie, als funderende beginselen van de grondrechten, noodzakelijk maakt.³³

Op dezelfde manier maakt het begrip ‘persoon’ in deze ‘dataïstische’³⁴ contexten een transformatie door. Ook al is ‘personalisering’ een sleutelwoord in de context van data-gedreven diensten, zoals termen als ‘personalised web content’ of ‘personalised medicine’ aangeven, toch ligt aan deze benaderingen een dusdanig ander persoonsbegrip ten grondslag dan aan juridische en ethische denkkaders dat evengoed van ‘depersonalisering’ zou kunnen worden gesproken.³⁵ Het persoonsbegrip dat in het recht ligt besloten, en dat met name in de mensenrechten pregnant tot uitdrukking wordt gebracht, is dat van het **in-dividu**: een ondeelbare, autonome eenheid die aangesproken kan worden op en verantwoordelijkheid kan dragen voor keuzes en handelingen. In de context van *big data*, *big science* en *Big Tech*, daarentegen, rijst het beeld op van de mens als **dividu**: een voor derden transparante samenraapsel van *behavioral*, genetische of neurale data wiens levensloop, keuzes en handelingen door derden algoritmisch verklaard, voorspeld en gestuurd kunnen worden aan de hand van factoren waarvan het subject in kwestie zelf zich veelal niet bewust zal zijn.³⁶ Dat betekent dat deze ontwikkelingen niet alleen aan de mensenrechten raken, maar eveneens aan het mensbeeld dat door die rechten wordt voorondersteld. Anders gezegd, het juridische en mensenrechtelijke persoonsbegrip staat op het spel. Om die reden kan men bij de regulering van technologische ontwikkelingen niet volstaan met de (her)interpretatie van mensenrechten, maar is eveneens een nadere reflectie op en uitwerking van de menselijke waardigheid, als basis van die rechten, noodzakelijk.

Dat klinkt als nogal een opgave. Toch is deze ontwikkeling reeds gaande. Er zijn diverse indicaties dat de menselijke waardigheid bezig is aan een opmars in de context van de regulering van big data en

33 Vetzo, Gerards & Nehmelman 2018, p. 135.

34 Zie o.a. J. van Dijk, ‘Datafication, dataism and dataveillance: Big Data between scientific paradigm and ideology’, *12 Surveillance & Society* 2014(2); Yuval Harari, *Homo Deus. A brief history of tomorrow*, Londen: Penguin 2016; B. van Beers, ‘De silicolonisatie van het recht. Over de wisselwerking tussen recht, biowetenschappen en Big Tech’, *RM Themis* 2023(4), p. 234-243.

35 K. Geddes, ‘The death of the legal subject: How predictive algorithms are (re)constructing legal subjectivity’, *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law* 2023 25(1); M. Hunyadi, ‘Du sujet de droit au sujet libidinal. L’emprise du numérique sur nos sociétés’, *Esprit* 2019/3 (maart), p. 114-128.

36 Harari 2016; B.C. van Beers, ‘Van individu naar dividu. Lessen uit de Silicon Valley voor de regulering van kunstmatige voortplanting’, *TvGR* 2018 (42) 3, p. 204-217.

AI.³⁷ In 2015 stelde de European Data Protection Supervisor (EDPS) in een opinie dat menselijke waardigheid centraal zou moeten staan in ‘digital ethics’.³⁸ In 2018 werd deze gedachte nader uitgewerkt in een rapport van de EDPS Ethics Advisory Group (EAG).³⁹ Sindsdien zijn er binnen de Raad van Europa en Unesco verschillende aanbevelingen en rapporten verschenen met een focus op de regulering van AI en neurotechnologie waarin uiteraard de mensenrechten en menselijke waardigheid worden genoemd als kernwaarden.⁴⁰ Een laatste illustratie biedt de AI-wet die in maart 2024 door het Europese parlement is aangenomen. Een van de hoofddoelen van die wet is ‘to promote the uptake of human-centric [...] artificial intelligence’.⁴¹ De menselijke waardigheid wordt dan ook meermaals genoemd.

Het einde van dit proces is voorlopig nog niet in zicht. De betekenis van een complex begrip als menselijke waardigheid voor evenzeer complexe fenomenen als AI, algoritmisering en neurotechnologie moet zich geleidelijk uitkristalliseren. Het goede nieuws is dat reeds het nodige mensenrechtelijke voorwerk is verricht op een ander, aanverwant technologisch terrein. In de mensenrechtenverklaringen en -verdragen die sinds de jaren '90 tot stand zijn gebracht voor de regulering van biomedische en genetische technologieën heeft de menselijke waardigheid zich ontpopt als centraal beginsel. Zoals ik hierna zal betogen, biedt de uitwerking die de menselijke waardigheid in die context heeft gekregen eveneens een vruchtbare voedingsbodem voor de regulering van artificiële intelligentie en neurotechnologie.

3. Menselijke waardigheid in de context van medische biotechnologie en humane genetica

Dankzij doorbraken in de medische biotechnologie en humane genetica zijn verschillende vormen van genetisch testen, selecteren en modifieren van reeds bestaande of nog te geboren mensen

37 Zie hierover nader A. de Hingh, ‘Some reflections on dignity as an alternative legal concept in data protection regulation’, *German Law Journal* 2018, 19(5), p. 1269-1290; M. Becker, ‘Dignity in digital ethics’, in: V.C. Müller e.a. (red.), *Philosophy and theory of artificial intelligence*, Springer 2021, p. 107-118; en S.A. Teo, ‘Human dignity and AI: mapping the contours and utility of human dignity in addressing challenges presented by AI’, *Law, Innovation and Technology* 2023, 15(1).

38 European Data Protection Supervisor, *Towards A New Digital Ethics: Data, Dignity and Technology*, Opinion 4/2015.

39 EDPS Ethics Advisory Group, *Towards a digital ethics*, EU 2018.

40 Zie bijv. Unesco, *Recommendation on the Ethics of Artificial Intelligence*, 23 november 2021; M. Ienca, *Common human rights challenges raised by different applications of neurotechnologies in the biomedical field*, DH-BIO, Raad van Europa (2021); Committee on AI (Raad van Europa), *Draft Framework Convention on Artificial Intelligence Human Rights, Democracy, and the Rule of Law*, 18 december 2023.

41 Preambule AI-wet, sub 1.

inmiddels een realiteit. Sinds het menselijke genoom, ofwel het DNA van de mens, rond het begin van dit millennium voor het eerst in kaart werd gebracht, zijn deze technieken bovendien steeds verfijnder geworden. Ongeveer een decennium na deze doorbraak werd CRISPR ontdekt, een genetische knip-en-plak-techniek waarmee het mogelijk is geworden om met relatief gemak aanpassingen in DNA te maken, inclusief menselijk DNA. In 2018 resulteerde het gebruik van CRISPR in de veelbesproken geboorte van de eerste genetisch gemodificeerde baby's ooit, in China.⁴²

Naast CRISPR vormen de dataficatie en algoritmisering van biotech en genetica belangrijke aanjagers voor ontwikkelingen op dit terrein. Genetische *big data* kunnen in *big science* projecten met behulp van algoritmen worden doorgeploegd om bijvoorbeeld statistische correlaties tussen genen en bepaalde eigenschappen op het spoor te komen, zoals ziektes, BMI of verwacht opleidingsniveau (zogenoeten 'genoombrede associatiestudies'). Inmiddels is ook *Big Tech* geïnteresseerd geraakt.⁴³ Verschillende tech-bedrijven (met financiële steun) uit de Silicon Valley hebben zich gestort op 'consumer genetics', kunstmatige voortplanting en andere biotech-toepassingen. In het verschiet ligt de creatie van kunstmatige geslachtscellen uit bloed- of huidcellen en een kunstmatige baarmoeder.

De interesse van Big Tech in genetica en biotechnologie geeft een indicatie van de vergaande mate waarin op dit terrein commerciële belangen spelen. En inderdaad, al sinds de jaren '70, lang voordat men had gehoord van internet, laat staan van Big Tech, is er sprake van een florerende biotech-sector, waarin wetenschappers de samenwerking aangaan met het bedrijfsleven.⁴⁴ Zo bezien lopen de medische biotechnologie en humane genetica voor op AI en neurotechnologie. Ook in juridisch opzicht blijkt dit het geval.

Reeds in de jaren '90 kwamen de eerste mensenrechtelijke instrumenten tot stand voor de regulering van biomedische ontwikkelingen. Mijlpalen zijn het *Verdrag voor de rechten van de mens en de biogeneeskunde* (VRMB) van de Raad van Europa en de *Universele verklaring van het menselijk genoom en mensenrechten* (UVMGM) van Unesco, beide uit 1997. In de daarop volgende jaren brachten de Raad

42 Elders ga ik hierop uitgebreid in: B. C. van Beers, 'Welkom in de CRISPR-dierentuin. Juridische grenzen aan genetische modificatie van het nageslacht in het CRISPR-tijdperk', *NJB* 2019/1371.

43 Elders ga ik hierop uitgebreider in, zie Van Beers 2023.

44 Voor een overzicht van deze ontwikkelingen, zie S. Mukherjee, *The gene. An intimate history*, Londen: Vintage/Penguin 2017; en S. Jasanoff, *Can science make sense of life?*, Cambridge: Polity Press 2019.

van Europa en Unesco nog verschillende protocollen en verklaringen tot stand op dit terrein, zoals de *Universele verklaring over bio-ethiek en mensenrechten* (Unesco) en het *Aanvullend protocol betreffende het verbod van klonen van mensen* (Raad van Europa). Tot slot moet het recht op menselijke integriteit van artikel 3⁴⁵ van het Handvest van de Grondrechten van de EU (2000) in deze context worden genoemd. Daarop heeft, zoals hierna wordt besproken, de medische biotechnologie eveneens duidelijk haar sporen achtergelaten.

Een blik op deze documenten leert dat de menselijke waardigheid het centrale beginsel van deze regelgeving vormt. In de officiële uitleg bij het VRMB is het volgende te lezen: ‘The concept of human dignity [...] constitutes the essential value to be upheld. It is at the basis of most of the values emphasised in the Convention.’⁴⁶ Dat ook artikel 3 Handvest de menselijke waardigheid uitdraagt blijkt uit de plaatsing van deze bepaling in het eerste hoofdstuk van het Handvest dat de titel ‘Waardigheid’ draagt. Tot slot heeft de menselijke waardigheid in het UVMGM een bijzondere status blijkens de titel van het eerste hoofdstuk van deze verklaring (‘Human dignity and the human genome’) en de verwijzingen naar waardigheid en menselijkheid in de betreffende bepalingen.

In deze verdragen, protocollen en verklaringen is op grond van de menselijke waardigheid een aantal biomedische toepassingen verboden, ongeacht de toestemming van de betrokken partijen, zoals het klonen van mensen,⁴⁷ genetische modificatie van het nageslacht,⁴⁸ geslachtsselectie via kunstmatige voortplanting,⁴⁹ commercialisering van lichaam en genen⁵⁰ en eugenetische praktijken.⁵¹ Meer algemeen speelt in deze documenten niet zozeer de individuele, subjectieve, maar eerder de collectieve, objectieve dimensie van waardigheid een voorname rol.⁵² Het is vooral deze

45 Artikel 3 Handvest luidt: 1) *Eenieder heeft recht op lichamelijke en geestelijke integriteit*
 2) *In het kader van de geneeskunde en de biologie moeten met name worden nageleefd:*
 - *de vrije en geïnformeerde toestemming van de betrokkene, volgens de bij de wet bepaalde regels,*
 - *het verbod van eugenetische praktijken, met name die welke selectie van personen tot doel hebben,*
 - *het verbod om het menselijk lichaam en bestanddelen daarvan als zodanig als bron van financieel voordeel aan te wenden,*
 - *het verbod van het reproductief klonen van mensen.*

46 ‘Explanatory report to the Convention on Human Rights and Biomedicine’, European Treaty Series, nr. 164, zie rm.coe.int/16800ccde5, sub 9.

47 Art. 1 Kloonprotocol bij het VRMB; art. 3 lid 2 Handvest.

48 Art. 23 VRMB.

49 Art. 24 VRMB.

50 Art. 3 lid 2 Handvest, art. 4 UVMGM en art. 21 VRMB.

51 Art. 3 lid 2 Handvest.

52 Elders bied ik een uitgebreide onderbouwing en analyse, zie o.a. Van Beers 2010, Van Beers 2009 (*De humaniteit van humane biotechnologie*) en par. 8.1-8.2 van Van Beers 2009 (*Persoon en lichaam in het recht*).

dimensie die in de context van deze bepalingen nadere invulling en betekenis heeft gekregen. Ik bespreek hieronder vijf met elkaar samenhangende dimensies van het waardigheidsbegrip in deze regelgeving die, zoals in de volgende paragraaf zal blijken, eveneens relevant zijn voor AI en neurotechnologie.

Een eerste, vrij klassieke dimensie die goed zichtbaar is in internationale biojuridische regelgeving betreft **waardigheid als bescherming tegen instrumentalisering en objectivering van personen**. Zo wordt in de preambule van het Kloonprotocol bij het VRMB het verbod op klonen als volgt in verband met menselijke waardigheid gebracht:

‘[...] the instrumentalisation of human beings through the deliberate creation of genetically identical human beings is contrary to human dignity and thus constitutes a misuse of biology and medicine.’⁵³

De schatplichtigheid aan Kant, en dan met name zijn categorische imperatief,⁵⁴ is hier goed voelbaar: de gedachte dat het strijdig is met de menselijke waardigheid om personen (louter) als instrument of middel te gebruiken. Daarmee treedt een verwatering op van het fundamentele onderscheid tussen personen en zaken, subjecten en objecten, dat ook in het recht als *summa divisio* werkzaam is.⁵⁵ Om een vergelijkbare reden verbiedt artikel 23 VRMB het aanbrengen van genetische wijzigingen bij het nageslacht die worden doorgegeven aan volgende generaties, zoals onlangs in China is geschied. Uit de totstandkomingsgeschiedenis blijkt dat aan dit artikel de vrees ten grondslag heeft gelegen dat dergelijke genetische interventies zouden kunnen uitmonden in ‘intentional modification of the human genome so as to produce individuals or entire groups endowed with particular characteristics and required qualities’.⁵⁶ Met andere woorden, het gevaar dat menselijke reproductie verwordt tot de productie van mensen. Tot slot kan het verbod op het kiezen van het geslacht van kinderen (artikel 24 VRMB) met het

53 *Additional Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine, on the Prohibition of Cloning Human Beings*, European Treaty Series, nr. 168.

54 De precieze formulering luidt: ‘Handel zo dat jij het menszijn, zowel in eigen persoon als in de persoon van ieder ander altijd tegelijk als doel, nooit louter als middel gebruikt’ (I. Kant, *Fundering van de metafysica van de zeden*, Amsterdam: Boom 1997 (*Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* 1785, vertaald door Th. Mertens), p. 84).

55 Zie hierover nader D.W.J.M. Pessers, ‘De aanbidding van het DNA’ (afscheidsrede UvA), *Groene Amsterdammer*, 6 september 2017; Pessers 2005, p. 43 e.v.; Van Beers 2009, hoofdstuk 2.

56 Explanatory report, sub 89.

instrumentaliserings- en objectiveringsverbod in verband worden gebracht. Zo heeft de Nederlandse wetgever geslachtselectie verboden om te voorkomen dat ‘kinderen gereduceerd worden tot louter voorwerp van de wensen en verlangens van hun ouders’ waardoor voortplanting ‘een instrumenteel karakter’ zou krijgen.⁵⁷

Het onderscheid tussen persoon en zaak werkt eveneens door in de tweede dimensie van de menselijke waardigheid in biojuridische context: **waardigheid als bescherming tegen commercialisering van het menselijk lichaam**. Dit aspect wordt geëxpliciteerd in het verbod op het aanwenden van het menselijk lichaam als zodanig voor financieel gewin, zoals neergelegd in artikel 21 VRMB en artikel 3 lid 2 Handvest. Artikel 4 UVMGM omvat daarnaast een verbod op commercialisering van het menselijk genoom als zodanig. Dit zogeheten non-commercialiteitsbeginsel hangt sterk samen met de gedachte van non-commodificatie,⁵⁸ ofwel de idee dat het lichaam niet gelijk mag worden gesteld aan een gebruiksvoorwerp, handelswaar of een product. Om die reden is het in de EU verboden om onder meer organen, bloed, embryo’s en zaad- en eicellen te verkopen. Ook hier is het Kantiaanse waardigheids- en persoonsbegrip werkzaam: personen hebben waardigheid, zaken een prijs.⁵⁹ Daarnaast kan het verbod op commercialisering van het menselijk lichaam in verband worden gebracht met bescherming van het vereiste van vrijwillige en geïnformeerde toestemming voor lichamelijke ingrepen, dat ook door het recht op lichamelijke integriteit wordt beschermd.⁶⁰ De vrijwilligheid kan immers onder druk komen te staan zodra er geld in het spel is, waardoor zelfs uitbuiting niet uitgesloten is. Zo bezien zijn de subjectieve, individuele dimensie en de objectieve, collectieve dimensie van de menselijke waardigheid met elkaar verbonden.

Dat brengt mij bij het derde aspect van de menselijke waardigheid dat in deze context te herkennen is: **menselijke waardigheid als een beginsel dat bescherming biedt aan de vrije wilsvorming van kwetsbare partijen**. Zoals mensen door financiële problemen zich gedwongen kunnen voelen om een orgaan te verkopen, zo kan de vrije wilsvorming in het gedrang komen wanneer kwetsbare mensen

57 *Kamerstukken II 2000/01, 27 423, nr. 3, p. 48 (MVT bij Embryowet).*
 58 Voor nadere gedachtevorming over de samenhang tussen menselijke waardigheid en non-commodificatie, zie Pessers 2005; Van Beers 2009 (*Persoon en lichaam in het recht*), m.n. par. 8.2.2 en Pessers 2018.

59 Kant 1997 (1785), p. 92.

60 Zie B.C. van Beers, ‘Commentaar op artikel 11 van de Grondwet’, in: E.M.H. Hirsh Ballin & G. Leenknecht (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de grondwet, 2021* (nederlandrechtsstaat.nl), par. 8.

zich onderwerpen aan een (bio)medische behandeling of technologie. Met een beroep op de menselijke waardigheid kan hen dan de toegang tot die behandeling of technologie worden ontzegd. Voorbeelden bieden de Straatsburgse arresten over terminale patiënten die toegang willen tot experimentele behandelingen⁶¹ of hulp bij zelfdoding.⁶² De kwetsbaarheid kan, zoals de genoemde arresten suggereren, lichamelijk of medisch van aard zijn, maar bijvoorbeeld ook maatschappelijk of anderszins, zoals wordt gesuggereerd door uitspraken over onder andere dwergwerpen en letsel toebrengeende vormen van sadomasochisme.⁶³ Wie men precies met een beroep op de menselijke waardigheid wil beschermen kan de persoon in kwestie zijn, maar ook anderen die zich in een vergelijkbaar kwetsbare situatie bevinden.

Groepsidentiteit speelt eveneens een rol in de vierde dimensie: **menselijke waardigheid als bescherming tegen genetisch reductionisme en eugenetische praktijken**. Eugenetica kan verschillende gedaantes aannemen. De naoorlogse verdragen en verklaringen vormden mede een reactie op de nazistische staats-eugenetica die het bestaan vooronderstelde van verschillende genetische klassen van mensen, uiteenlopend van *Untermensch* tot *Übermensch*. In deze tijd is er eerder sprake van liberale of geprivatiseerde vormen van eugenetica,⁶⁴ die drijven op het aanbod van de internationale voortplantingsmarkt en ouderlijke verlangens naar een bepaald type kind. Over de vraag hoe het verbod op eugenetische praktijken van artikel 3 Handvest zich precies verhoudt tot dit tweede type eugenetica, bestaat discussie. Wel is duidelijk dat de mensenrechtelijke kaders zich verzetten tegen een opdeling van de mensengemeenschap in vermeend genetisch ‘inferieure’ en ‘superieure’ mensen. Meer algemeen bestaat in de context van de hedendaagse biotechnologie, om met Dorien Pessers te spreken, het gevaar dat ‘niet de mens wordt aanbeden, maar zijn dna’.⁶⁵ Dergelijk genetisch determinisme is strijdig met de menselijke waardigheid. Artikel 2 UVMGM geeft die gedachte krachtig weer:

61 EHRM 13 november 2012, EHRM 2013/74, m.nt. K. van Lessen Klooeke (*Hristozov e.a. t. Bulgarije*).

62 EHRM 29 april 2002, NJ 2004, 543, m.nt. EAA (*Pretty t. Verenigd Koninkrijk*).

63 Zie hierover nader: Van Beers 2009, m.n. hoofdstuk 3; en Beylleveld & Brownsword 2001.

64 Zie hierover o.a. J. Habermas, *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?*, Frankfurt: Suhrkamp 2005; J. Glover, *Choosing children. Genes, disability and design*, Oxford: Oxford University Press 2006; M. Sandel, *The case against perfection*, Cambridge: Belknap Press 2007.

65 Pessers 2017, slotlinea.

- (a) *Everyone has a right to respect for their dignity and for their rights regardless of their genetic characteristics.*
- (b) *That dignity makes it imperative not to reduce individuals to their genetic characteristics and to respect their uniqueness and diversity.*

De laatste en vijfde dimensie van waardigheid brengt de voorgaande vier dimensies bijeen in een overkoepelende visie op **menselijke waardigheid als een uitdrukking van de verbondenheid tussen personen enerzijds en hun lichaam en genen anderzijds**.

Hoofdstuk 1 van het Handvest, dat de titel ‘Waardigheid’ draagt, biedt daar een goede indicatie van. Dat hoofdstuk brengt bijeen het recht op menselijke waardigheid (artikel 1), leven (artikel 2) en menselijke integriteit (artikel 3) en het verbod op foltering, onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen (artikel 4), en slavernij en dwangarbeid (artikel 5). Wat deze bepalingen gemeen hebben is dat zij ieder op hun eigen manier raken aan de lichamelijke, biologische of genetische aspecten van het leven. Door deze aspecten van het leven te verbinden met de menselijke waardigheid, suggereert hoofdstuk 1 van het Handvest dat interventies met het lichaam of de genen ook raken aan ons persoon- en menszijn. Anders gezegd, vanuit het perspectief van dit aspect van de menselijke waardigheid moeten personen worden beschouwd als belichaamde en genetisch geconstitueerde wezens. Ons lichaam en onze genen staan niet los van wie wij zijn. Ontkenning van deze verbondenheid brengt al snel een aantasting van de menselijke waardigheid met zich. Zo dreigt bij instrumentalisering, objectivering of commercialisering van het lichaam eveneens instrumentalisering, objectivering of commercialisering van de persoon. Tegelijkertijd moeten personen op grond van de menselijke waardigheid ook altijd worden gezien als meer dan alleen hun lichaam of genen. Zodra individuen worden gereduceerd tot hun lichamelijke of genetische kenmerken, komt de menselijke waardigheid eveneens in het gedrang, zoals binnen de vierde dimensie van dit beginsel wordt benadrukt.

4. **Menselijke waardigheid in de context van algoritmische gedragsbeïnvloeding**

Interessant genoeg, beginnen de vijf hierboven besproken dimensies van de menselijke waardigheid eveneens zichtbaar te worden in de regulering van AI en neurotechnologie. De opkomst van menselijke waardigheid in deze context lijkt te corresponderen met een

toenemende onvrede over reguleringskaders die uitgaan van een louter op het individu gerichte benadering. Vanuit deze reguliere benadering, waarbinnen concepten als gegevensbescherming en informationele zelfbeschikking domineren, is het eerst en vooral zaak om individuen informatie te verstrekken over de aggregatie en verwerking van hun data en hen de mogelijkheid te geven al dan niet toestemming te geven hiervoor. Maar, om met Bart van der Sloot te spreken, ‘als ergens de grenzen van individuele controle duidelijk worden is het binnen het digitale domein’.⁶⁶ De realiteit van deze, door Van der Sloot als neo-liberaal getypeerde, benadering is dat het individu wordt overgeleverd aan grootschalige, persuasieve digitale infrastructuren met hun eigen ‘choice architecture’, waarbinnen de keuzes en handelingen kunnen worden bespeeld op basis van algoritmen die worden gevoed en getraind door immense hoeveelheden data van enorme groepen mensen. Onder die omstandigheden is het onjuist om de verantwoordelijkheid voor de bescherming van persoonlijke data, onder het mom van informationele zelfbeschikking, geheel bij het individu leggen. Zoals Karen Yeung in haar artikel ‘Hypernudge’ schrijft:

‘The liberal focus on notice and consent fails to grapple with the particular way in which Big Data algorithmic techniques exert behavioural influence through the hyperpersonalisation of individuals’ informational choice environments. [...] Big Data digital-guidance technologies are proving difficult for individuals to resist, operating through subtle persuasion rather than blunt coercion.’⁶⁷

Op informationele zelfbeschikking geënte benderingen gaan voorbij aan de kwetsbaarheid van individuele keuzes in de context van door *big data*, *big science* en *Big Tech* vormgegeven diensten en producten, waarvan men bovendien steeds afhankelijker wordt. Zoals ik elders in genetische context heb betoogd, wordt het daarom in de context van *big science*, *big data* en *Big Tech* ook voor de jurist en rechtsfilosoof noodzakelijk om *groot* te denken en verder te kijken dan de ‘kleine ethiek’ van *informed consent*.⁶⁸ Tegen die achtergrond is de aantrekkingskracht van menselijke waardigheid in haar collectieve, objectieve dimensie goed te begrijpen.⁶⁹

66 B. van der Sloot, ‘De tien peilers van het Nederlandse techniekbeleid’, *NJB* 2023/212.

67 K. Yeung, “Hypernudge”: Big Data as a mode of regulation by design’, *Information, Communication & Society* 2017, vol. 20, nr. 1, p. 131.

68 Van Beers 2023, p. 243.

69 Zo ook De Hingh 2018.

Meer algemeen zijn er verschillende overeenkomsten tussen genetische en algoritmische interventies aan te wijzen. Zoals te lezen is in het rapport *Regels voor het digitale mensenpark. 'Telen' en 'temmen' van de mens via kiembaanmodificatie en persuasieve technologie* van het Rathenau Instituut, is in beide technologische contexten sprake van een data-gedreven 'feedback-loop' van 'meten, profileren en interveniëren':⁷⁰ een aspect van het menselijk leven wordt gekwantificeerd en gedigitaliseerd ('meten'), hetgeen het mogelijk maakt om individuen te labelen en onder te brengen in statistische profielgroepen ('profilieren'), die het mogelijk maken de data terug te koppelen en in te zetten voor interventies ('interveniëren'). Het resultaat is een 'zelfdomesticatie' van de mens waarbij de mens zichzelf 'temt' en 'teelt',⁷¹ zoals de Duitse filosoof Peter Sloterdijk schrijft in het bekende essay *Regels voor het mensenpark* dat de inspiratie vormde voor het Rathenau-rapport. In het geval van biotechnologie en genetica gaat het om het 'telen' van mensen langs de weg van genetische data, genetische modificatie en 'biopolitiek',⁷² terwijl het in de context van AI gaat om het 'temmen' van mensen via gedragsdata, gedragsmodificatie en 'psychopolitiek'.⁷³ Neurotechnologie bevat elementen van beide.

Ook in de context van AI, algoritmen en neurotechnologie zijn bij gevolg de vijf dimensies van de collectieve, objectieve menselijke waardigheid in het geding. Zoals in de preambule van de AI-wet van de EU te lezen is:

'Aside from the many beneficial uses of artificial intelligence, that technology can also be misused and provide novel and powerful tools for manipulative, exploitative and social control practices. Such practices are particularly harmful and abusive and should be prohibited because they contradict Union values of respect for *human dignity*, freedom, equality, democracy and the rule of law and Union fundamental rights [...]' [cursivering BvB].⁷⁴

70 R. van Est, J. Timmer, L. Kool, N. Nijsingh, V. Rerimassie, D. Stermerding, *Regels voor het digitale mensenpark. 'Telen' en 'temmen' van de mens via kiembaanmodificatie en persuasieve technologie*, Den Haag: Rathenau 2017.

71 P. Sloterdijk, *Regels voor het mensenpark*, Den Haag: Boom 1999, p. 37-41.

72 M. Foucault, *De wil tot weten. Geschiedenis van de seksualiteit deel I* (vertaling H.C. Boekraad), Nijmegen: SUN 1985.

73 B.-C. Han, *Psychopolitics. Neoliberalism and new technologies of power*, Londen/New York: Verso 2017.

74 Preambule AI-wet, sub 15.

Om met de eerste dimensie van collectieve waardigheid te beginnen, in de commerciële context van Big Tech en big data is instrumentalisering een door velen benoemd gevaar.⁷⁵ Zo betoogt Zuboff dat het surveillancekapitalisme een historisch ongekende macht over mens en maatschappij introduceert die in de kern instrumentalistisch is:

‘Surveillance capitalism births a new species of power that I call *instrumentarianism*. Instrumentarian power knows and shapes human behavior toward others’ ends. Instead of armaments and armies, it works its will through the automated medium of an increasingly ubiquitous computational architecture of “smart” networked devices, things, and spaces.’⁷⁶

De instrumentalistische gevaren van algoritmisch aangestuurde gedragsmodificatie worden ook door de wetgever onderkend. Een goed voorbeeld biedt wederom de AI-wet van de EU. In de preambule wordt het volgende overwogen:

‘AI-enabled manipulative techniques can be used to persuade persons to engage in unwanted behaviours, or to deceive them by nudging them into decisions in a way that subverts and impairs their autonomy, decision-making and free choices. [...] Such AI systems deploy subliminal components [...] that persons cannot perceive as those stimuli are beyond human perception or other manipulative or deceptive techniques that subvert or impair person’s autonomy, decision-making or free choices in ways that people are not consciously aware of, or even if aware they are still deceived or not able to control or resist.’⁷⁷

Om die reden is volgens de AI-wet de menselijke waardigheid in het geding. In het geval van neurotechnologie is evenmin veel fantasie nodig om te bedenken hoe infiltratie in de gedachtewereld van mensen kan resulteren in gedragssturing in het voordeel van derden. In het vervolg van het citaat worden brain-computer-interfaces dan ook genoemd als voorbeeld.

Aangezien in de hedendaagse context van dataverwerking de gedragsbeïnvloeding veelal commerciële doeleinden dient, komt al snel de tweede dimensie van waardigheid in het vizier: waardigheid als bescherming tegen commercialisering en commodificatie van het

75 Zie hierover bijv. Teo 2023; en Becker 2021.

76 Zuboff 2019, p. 8.

77 Preambule AI-wet, sub 16.

menselijk leven. Het is geen geheim dat de algoritmisering en dataficatie van de geleefde werkelijkheid een transformatie van die werkelijkheid teweeg brengt. Kenmerkend voor de productie van big data in de data-economie is immers zowel haar grootschaligheid als het feit dat zij vooraf wordt gegaan door een proces van kwantificatie, digitalisering en economisering van de menselijke ervaring. In dat verband wordt ook wel van ‘life mining’ gesproken.⁷⁸ Wanneer het menselijk leven grondstof wordt voor een wereldwijde industrie, kan dat niet alleen leiden tot een zekere vervreemding van het eigen gedrag, keuzes en ervaring, maar ook tot nieuwe vormen van misbruik en uitbuiting. De Hingh en Lodder maken in dat verband een vergelijking tussen orgaanhandel en datahandel.⁷⁹ Zij staan niet alleen. Zoals bij orgaanhandel het gevaar bestaat dat er meer waarde wordt gehecht aan de organen dan aan de persoon van wie de organen afkomstig zijn, zo stelt de EDPS Ethics Advisory Group dat ‘data commoditisation risks shifting value from persons to personal data.’⁸⁰

Over de relevantie in een digitale context van het derde aspect van de menselijke waardigheid – waardigheid als beginsel dat bescherming biedt aan de vrije wilsvorming van kwetsbare partijen – kan ik kort zijn in het licht van de gedragsmodificerende praktijken die aan de basis van het verdienmodel van veel techbedrijven staan. In de wijdvertakte digitale economie, waarin sprake is van ondoorzichtige algoritmische praktijken, is vrijwel iedereen een gemakkelijke prooi voor *nudging* en gedragsbeïnvloeding.⁸¹

Wat de vierde dimensie betreft, kan worden gesteld dat genetisch determinisme in deze context de vorm aanneemt van data-determinisme en technologisch behaviorisme.⁸² Kenmerkend voor data-gedreven besluitvorming is immers een opdeling van personen in statistische profielgroepen op basis van hun gedragsdata. Aan de hand daarvan kunnen voorspellingen worden gedaan met betrekking tot keuzes en gedrag, en is zelfs gedragssturing niet uitgesloten. Het dehumaniserend potentieel van dergelijk determinisme en behaviorisme wordt treffend door de EDPS Ethics Advisory Group onder woorden gebracht:

78 Van Dijk 2014.
 79 A. de Hingh & A. Lodder, ‘The role of human dignity in processing (health) data building on the organ trade prohibition’, in: T. Synodinou, P. Jougoux, C. Markou, & T. Prastitou (red.), *EU Internet Law in the Digital Era: Regulation and Enforcement*, Springer 2020, p. 261-275.
 80 EDPS Ethics Advisory Group 2018, p. 30.
 81 Zie nader over dit aspect: Teo 2023, p. 31-37.
 82 Zie over deze behavioristische aannamen: Zuboff 2019, p. 361-375.

‘When individuals are treated not as persons but as mere temporary aggregates of data processed at an industrial scale so as to optimise through algorithmic profiling, administrative, financial, educational, judicial, commercial and other interactions with them, they are arguably, not fully respected, neither in their dignity nor in their humanity.’⁸³

Volgens deze groep is precies hierin de meerwaarde gelegen van menselijke waardigheid als normatief fundament voor een ‘digitale ethiek’. Menselijke waardigheid kan in dat verband worden opgevat als een uitdrukking van de gedachte dat de menselijke identiteit ‘incomputable’⁸⁴ is, zoals Mireille Hildebrandt stelt, ofwel van ‘l’irréductible humain’, de menselijke onherleidbaarheid, zoals Franse auteurs dat mooi formuleren.⁸⁵

Wanneer dit data-determinisme op overheidsniveau de overhand krijgt, kan dat resulteren in misstanden als de Toeslagenaffaire. Nog een stap verder gaan door de overheid gehanteerde sociaal kredietsystemen, zoals in China reeds in gebruik. Binnen dergelijke systemen kunnen met alomtegenwoordige surveillance-technologie grote hoeveelheden gedragsdata worden geproduceerd op basis waarvan men de bevolking kan opdelen in ‘goede’ en ‘slechte’ burgers die navenant mogen worden behandeld. Daarmee wordt getornd aan de menselijke waardigheid. Zoals te lezen is in de preambule van de AI-wet:

‘AI systems providing social scoring of natural persons by public or private actors may lead to discriminatory outcomes and the exclusion of certain groups. They may violate the right to dignity and non-discrimination and the values of equality and justice. Such AI systems evaluate or classify natural persons or groups thereof based on multiple data points related to their social behaviour in multiple contexts or known, inferred or predicted personal or personality characteristics over certain periods of time.’⁸⁶

Tot slot is ook de vijfde dimensie van de menselijke waardigheid, als bescherming van de bijzondere band tussen persoon en lichaam, en persoon en genen, in deze context van belang. Zoals Floridi betoogt in een artikel over de menselijke waardigheid als grondslag voor

83 EDPS Ethics Advisory Group 2018, p. 17.

84 Uitdrukking van Hildebrandt, zie bijv. M. Hildebrandt, ‘Privacy as protection of the incomputable self: From agostic to agonistic machine learning’, *Theoretical Inquiries in Law* 2019, 20(1), p. 83-121.

85 In mijn proefschrift ga ik uitgebreider op dit aspect van waardigheid in, zie bijv. Van Beers 2009, p. 615-616.

86 Preambule AI-wet, sub 17.

privacy, staat de uitdrukking ‘my data’ dichterbij ‘my hand’ dan bij ‘my car’, omdat ‘personal information plays a constitutive role of who I am and can become’.⁸⁷ Net als het lichaam en de genen zijn persoonlijke data dus verbonden met ons persoon-zijn. De EAG verwoordt dat als volgt:

‘Personhood – understanding oneself as a person endowed with moral qualities, rights and responsibilities – is inseparable from the information produced by, and pertaining to that person.’⁸⁸

Dat betekent eveneens dat commerciële toe-eigening en gebruik van persoonlijke data kunnen resulteren in een vervreemding van niet alleen het eigen gedrag, maar ook de eigen identiteit. In de literatuur worden voor deze onteigening verschillende uitdrukkingen gebruikt. Vetzto, Gerards en Nehmelman spreken van ‘de-individualisering’,⁸⁹ Teo van ‘disembodiment’,⁹⁰ en Zuboff van een splitsing tussen ons innerlijk en uiterlijk, onze subjectiviteit en ons observeerbare gedrag.⁹¹ Welke termen ook worden gebruikt, volgens de genoemde auteurs staat hiermee uiteindelijk eveneens onze menselijkheid op het spel.

5. Conclusie

Zeker in een hoogtechnologisch tijdperk kan grondwettelijke verankering van de menselijke waardigheid ‘bijdragen aan de versterking van de normativiteit van de Grondwet en van de betekenis van de Grondwet voor de burger’, zoals de Staatscommissie Grondwet stelt.⁹² Om te kunnen verwoorden welke collectieve en maatschappelijke belangen er in het geding zijn met AI, bio-, neuro- en informatietechnologie, is meer nodig dan een beroep op individuele vrijheidsrechten: deze ontwikkelingen raken aan het mensbeeld dat aan deze rechten ten grondslag ligt en daarmee aan de menselijke waardigheid. Dit besef blijkt niet alleen uit de academische literatuur, recente regelgeving en beleidsvoorstellen, maar blijkt eveneens aan te sluiten bij de belevingswereld van veel mensen. Zo is de uitkomst van een recent rapport over vertrouwen in

87 L. Floridi, ‘On human dignity as a foundation for the right to privacy’, *Philosophy & Technology* 2016, 29, p. 307- 312. Zie hierover nader: De Hingh 2018, p. 1287.

88 EDPS Ethics Advisory Group 2018, p. 30.

89 Vetzto, Gerards en Nehmelman 2018, p. 134 e.v.

90 Teo 2023, p. 20 e.v.

91 S. Zuboff, “‘We make them dance’”: Surveillance capitalism, the rise of instrumentarian power, and the threat to human rights’, in: Rikke Frank Jørgensen (red.), *Human rights in the age of platforms*, Cambridge: MIT Press 2019, p. 31.

92 Staatscommissie Grondwet 2010, p. 42.

AI dat mensen met betrekking tot deze technologische toepassingen zich meer zorgen maken over de mogelijke 'devaluatie van de vraag wat het betekent mens te zijn' dan over het mogelijk verlies van hun baan.⁹³

Toegegeven, de vraag wat het betekent mens te zijn en wat de menselijke waardigheid betekent in de context van algoritmisering en dataficatie laat zich niet eenvoudig beantwoorden. Bij de juridische beantwoording van die vraag kan men zich evenwel laten inspireren door de mensenrechtelijke regulering van biomedische technologieën die al in de jaren '90 tot ontwikkeling is gekomen. Meer algemeen is duidelijk dat juist in tijden van big data en Big Tech de menselijke waardigheid, als uitdrukking van het onherleidbare van de mens, een belangrijk normatief tegenwicht kan bieden aan dataïstische visies op de mens.

Tot slot wordt bij de regulering van technologische ontwikkelingen een enorm beroep gedaan op de normatieve verbeeldingskracht. Wat betekenen deze technologieën voor de toekomst van mens en samenleving? Hoe kunnen we een toekomst realiseren waarin technologie het menselijk welzijn en de menselijke waardigheid dient? En wat betekent dat voor de regulering van technologische ontwikkelingen in het hier en nu? Juist een document als de Grondwet, waarin bij uitstek de aspiraties en het mensbeeld van de rechtsorde tot uitdrukking worden gebracht, en dat daarmee een essentiële voedingsbron vormt voor de *imaginaire social*, zou een belangrijke rol kunnen en moeten spelen in de collectieve, democratische zoektocht naar antwoorden op deze vragen.



Discriminatiegronden in het digitale tijdperk

De toekomstbestendigheid van Artikel 1 van de Nederlandse Grondwet

Bart Custers*

Samenvatting

Artikel 1 van de Nederlandse Grondwet (Gw) bepaalt dat allen die zich in Nederland bevinden, in gelijke gevallen gelijk worden behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, handicap, seksuele gerichtheid of op welke grond dan ook, is niet toegestaan. De grondwetten van de verschillende EU-lidstaten en het Handvest van de grondrechten van de EU bevatten vergelijkbare bepalingen. Al deze bepalingen specificeren bepaalde gronden (zoals geslacht, ras, religie) die verboden zijn als basis voor het nemen van beslissingen over mensen, zoals het aanbieden van een baan. In de huidige data-economie, waarin grote hoeveelheden persoonsgegevens worden verzameld en geanalyseerd, is het mogelijk om (vaak geautomatiseerd) beslissingen te nemen op tal van gronden, ook gronden die niet beschermd worden door anti-discriminatie-wetgeving (zoals postcode, schoenmaat of vermogen). De patronen die geavanceerde data-analyses blootleggen, kunnen (vaak onbedoeld) direct of indirect discriminerend blijken te zijn. In het bijzonder indirecte discriminatie (onderscheid op ogenschijnlijk neutrale gronden dat de facto leidt tot discriminatie op basis van een wettelijk verboden grond) kan lastig te ontdekken zijn, waardoor ook handhaving moeilijk is. Vanuit een materieelrechtelijk perspectief roepen deze technologische ontwikkelingen de vraag op welke discriminatiegronden bescherming verdienen. Discriminatiegronden veranderen in de loop van de tijd en zijn niet geharmoniseerd binnen

* Prof.mr.dr.ir. B.H.M. (Bart) Custers is hoogleraar Law & Data Science en directeur van eLaw, het centrum voor recht en digitale technologie, aan de Universiteit Leiden.

de EU. In dit essay worden door middel van rechtsvergelijkend onderzoek de verschillende discriminatiegronden in de grondwetten van EU-lidstaten en het EU-handvest vergeleken. Dit overzicht is vervolgens de basis voor een discussie over de vraag in hoeverre artikel 1 Gw nog bij de tijd is of misschien toch toe is aan herziening.

1. Inleiding¹

In de huidige data-economie worden grote hoeveelheden persoonsgegevens verzameld en verwerkt voor het maken van (vaak geautomatiseerde) beslissingen over mensen.² Zulke analyses kunnen patronen en profielen blootleggen die bruikbaar zijn voor geautomatiseerde besluitvorming. Bedrijven kunnen deze kennis bijvoorbeeld gebruiken voor gepersonaliseerde reclame,³ het individualiseren van producten en diensten,⁴ online prijsdiscriminatie⁵ en het opsporen van desinformatie en nepnieuws.⁶ Overheden kunnen deze aanpak gebruiken voor bijvoorbeeld het opsporen van belastingfraude,⁷ de aanpak van

- 1 Dit essay is een bewerking van een eerder verschenen publicatie in een internationaal tijdschrift: Custers, B.H.M. (2023) Reconsidering Discrimination Grounds in the Data Economy: An EU Comparison of National Constitutions, *Computer Law and Security Review*, <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2023.105851>.
- 2 Sadowski, J. (2019). When data is capital: Datafication, accumulation, and extraction. *Big data & society*, 6(1), p. 1-12; Custers, B.H.M., and Bachlechner, D. (2018) Advancing the EU Data Economy; Conditions for Realizing the Full Potential of Data Reuse, *Information Polity*, Vol. 22, No. 4, p. 291-309.
- 3 Zie, bijvoorbeeld, Boerman, S.C., Kruijkemeier, S. & Zuiderveen Borgesius, F.J. (2017) *Online Behavioral Advertising: A Literature Review and Research Agenda*, 46 *Journal of Advertising* 363, 364.
- 4 Pallant, J., Sands, S., & Karpen, I. (2020). Product customization: A profile of consumer demand. *Journal of Retailing and Consumer Services*, 54, 102030.
- 5 Zuiderveen Borgesius, F., & Poort, J. (2017). Online price discrimination and EU data privacy law. *Journal of consumer policy*, 40, p. 347-366.
- 6 Wohn, D. Y., Fiesler, C., Hemphill, L., De Choudhury, M., & Matias, J. N. (2017, May). How to handle online risks? Discussing content curation and moderation in social media. In *Proceedings of the 2017 CHI Conference Extended Abstracts on Human Factors in Computing Systems* (pp. 1271-1276); Heuer, H., & Breiter, A. (2020). How fake news affect trust in the output of a machine learning system for news curation. In *Disinformation in Open Online Media: Second Multidisciplinary International Symposium, MISDOOM 2020, Leiden, The Netherlands, October 26-27, 2020, Proceedings 2* (pp. 18-36). Springer International Publishing.
- 7 De Roux, D., Perez, B., Moreno, A., Villamil, M. D. P., & Figueroa, C. (2018, July). Tax fraud detection for under-reporting declarations using an unsupervised machine learning approach. In *Proceedings of the 24th ACM SIGKDD International Conference on Knowledge Discovery & Data Mining* (pp. 215-222).

werkeloosheid,⁸ verkeersmanagement,⁹ het voorspellen van terrorisme,¹⁰ en het opsporen van criminaliteit.¹¹

Het verwerken van deze grote hoeveelheden persoonsgegevens en de profielen en voorspelmodellen die hieruit voortkomen, kan problematisch zijn op het vlak van privacy en discriminatie.¹² In het digitale tijdperk is het mogelijk om beslissingen te nemen over mensen op basis van tal van gronden, ook gronden die mensen liever niet delen met anderen (een privacyprobleem)¹³ of gronden die verboden zijn als selectiecriteria onder gelijke behandelingswetgeving (een discriminatieprobleem).¹⁴ De nieuwe methoden voor data-analyse maken selectie en besluitvorming mogelijk op basis van elk criterium dat als relevant uit de analyse komt. Anti-discriminatiewetgeving verbiedt het gebruik van verschillende eigenschappen (zoals geslacht, ras, religie) als grond voor beslissingen over mensen, zoals het aanbieden van een baan.¹⁵ Maar nu is het mogelijk om ook gronden te gebruiken die niet beschermd zijn in anti-discriminatiewetgeving (zoals postcode, schoenmaat, vermogen). Hoewel vaak onbedoeld, kunnen de patronen die geavanceerde data-analyses blootleggen direct of indirect discriminerend blijken te zijn.

Een typisch voorbeeld is Princeton Review, een Amerikaans bedrijf dat bijlessen en examentraining aanbiedt. Het bedrijf maakte gebruik van online prijsdiscriminatie voor de online bijlessen en rekende verschillende prijzen voor klanten, afhankelijk van hun geografische locatie. As gevolg hiervan, waarschijnlijk onbedoeld, hadden klanten van Aziatische afkomst twee keer zoveel kans een hogere prijs voorgeschoteld te krijgen dan klanten die geen

- 8 O'Connell, P. J., McGuinness, S., & Kelly, E. (2010). *A statistical profiling model of long-term unemployment risk in Ireland* (No. 345). ESRI Working paper.
- 9 Al-Hussein, W. A., Por, L. Y., Kiah, M. L. M., & Zaidan, B. B. (2022). Driver behavior profiling and recognition using deep-learning methods: In accordance with traffic regulations and experts guidelines. *International journal of environmental research and public health*, 19(3), 1470.
- 10 Bang, J., Basuchoudhary, A., David, J., & Mitra, A. (2018). Predicting terrorism: a machine learning approach. *Predicting terrorism: a machine learning approach*; Buffa, C., Sagan, V., Brunner, G., & Phillips, Z. (2022). Predicting Terrorism in Europe with Remote Sensing, Spatial Statistics, and Machine Learning. *ISPRS International Journal of Geo-Information*, 11(4), 211.
- 11 Ferguson AG (2019) Predictive Policing Theory. In: Rice Lave T, Miller EJ (eds) *The Cambridge Handbook of Policing in the United States*. Cambridge University Press; Custers, B.H.M. (2022) AI in Criminal Law: An Overview of AI Applications in Substantive and Procedural Criminal Law, in: B.H.M. Custers & E. Fosch Villaronga (eds.) *Law and Artificial Intelligence*, Heidelberg: Springer, p. 205-223; Caldwell, M., Andrews, J.T.A., Tanay, T., Griffin, L.D. (2020) AI enabled future crime, *Crime Science* 9:14.
- 12 Barocas S, Selbst AD (2016) Big Data's Disparate Impact. 104 *California Law Review* 671.
- 13 Custers, B.H.M. (2012) Predicting data that people refuse to disclose; how data mining predictions challenge informational self-determination. *Privacy Observatory Magazine*, 3.
- 14 Carmichael, L., Stalla-Bourdillon, S., & Staab, S. (2016). Data mining and automated discrimination: a mixed legal/technical perspective. *IEEE Intelligent Systems*, 31(6), p. 51-55; Barocas S, Selbst AD (2016) Big Data's Disparate Impact. 104 *California Law Review* 671.
- 15 Ellis, E., & Watson, P. (2012). *EU anti-discrimination law*. OUP Oxford.

Aziatische afkomst hadden.¹⁶ Dit is een vorm van indirecte discriminatie: de geografische locatie lijkt op het eerste gezicht een neutraal en niet gevoelig criterium en niet beschermd door anti-discriminatiewetgeving. Echter, in de praktijk is het de facto resultaat een onderscheid op basis van etniciteit. Etniciteit is duidelijk een gevoelig criterium en verboden om op te selecteren in anti-discriminatiewetgeving. In de meeste jurisdicties zijn zowel directe als indirecte discriminatie verboden, ongeacht of het bedoeld of onbedoeld plaatsvindt.¹⁷ Omdat indirecte discriminatie echter veel lastiger te ontdekken is, kan handhaving een groot probleem zijn.¹⁸

Dit alles is niet nieuw; er is veel literatuur beschikbaar over bestaande en mogelijke discriminatie, gelijkheid en (on)eerlijkheid bij geautomatiseerde besluitvorming.¹⁹ Bepaalde literatuur gaat expliciet in op de discrepantie tussen deze problemen en de bestaande anti-discriminatiewetgeving.²⁰ Veel literatuur komt uit het domein van het ICT-recht en niet zozeer uit het domein van het anti-discriminatie-recht en de mensenrechten.²¹ Het anti-discriminatierecht lijkt vaak meer nadruk te leggen op jurisprudentie en rechterlijke interpretaties en contextuele benaderingen in specifieke zaken.²² Veel literatuur over (on)eerlijkheid, verantwoordelijkheid en transparantie in geautomatiseerde besluitvorming, machine learning en kunstmatige

- 16 Larson, J., Mattu, S., Angwin, J. (2015) *Unintended Consequences of Geographic Targeting*, 1 september 2015, <https://static.propublica.org/projects/princeton-review/princeton-review-methodology.pdf>.
- 17 In Nederland is dit geregeld in de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb). Zie ook Tobler, C. (2005) *Indirect discrimination: a case study into the development of the legal concept of indirect discrimination under EC law*. Antwerpen: Intersentia; Khaitan, T. (2017) *Indirect discrimination*. In *The Routledge handbook of the ethics of discrimination*, p. 30-41. London: Routledge.
- 18 Voor onderzoek naar methoden om indirecte discriminatie te detecteren en te meten, zie Zliobaite, I. (2015). *A survey on measuring indirect discrimination in machine learning*. *arXiv preprint arXiv:1511.00148*.
- 19 Voorbeelden zijn Barocas S, Selbst AD (2016) Big Data's Disparate Impact. *104 California Law Review* 671; Hildebrandt, M., Gutwirth, S. (2008) *Profiling the European Citizen*. Springer, Heidelberg; O'Neil, C. (2016) *Weapons of Math Destruction; How big data increases inequality and threatens democracy*, New York: Crown; Custers B.H.M., Calders T., Schermer B., Zarsky T. (eds.) *Discrimination and Privacy in the Information Society*. Heidelberg: Springer; Bruyne J. de, Vanleenhove, C. (2021) *Artificial Intelligence and the Law: A Belgian Perspective*. Intersentia, Cambridge, UK.
- 20 Zie, bijvoorbeeld, Wachter, S., Mittelstadt, B., and Russell, Chr. (2021) *Why Fairness Cannot Be Automated: Bridging the Gap Between EU Non-Discrimination Law and AI* (March 3, 2020). *Computer Law & Security Review* 41 (2021): 105567.
- 21 Voor het debat op het terrein van mensenrechten, zie bijvoorbeeld McGregor, L., Murray, D., & Ng, V. (2019) *International human rights law as a framework for algorithmic accountability*. *International & Comparative Law Quarterly*, 68(2), 309-343; Gerards, J. (2019) *The fundamental rights challenges of algorithms*. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 37(3), 205-209.
- 22 Paragraaf 5 bespreekt enkele uitzonderingen op deze observatie: Fineman, M.A. (2015) *Equality and Difference – the Restrained State*, 66 *Alabama Law Review* 609, 614; Krupiy, T. (2021) *Meeting the Chimera: How the CEDAW Can Address Digital Discrimination*, *International Human Rights Law Review* 10 (2021) pp. 1-39; Gerards, J., Zuiderveen Borgesius, F. (2022) *Protected Grounds and the System of Non-Discrimination Law in the Context of Algorithmic Decision-Making and Artificial Intelligence*, *Colorado Technology Law Journal*, volume 20, issue 1, pp. 1-55.

intelligentie (AI) is gericht op het identificeren van deze problemen,²³ maar er is een toenemende aandacht voor de aanpak van discriminerende effecten. Het gaat dan bijvoorbeeld om meer bewustzijn inbouwen over discriminerende effecten in de instrumenten voor data-analyse²⁴ of het automatiseren van eerlijkheid in de analyses.²⁵

In dit essay wordt onderzocht in hoeverre artikel 1 van de Nederlandse Grondwet (Gw) nog bij de tijd is of misschien toch toe is aan herziening.²⁶ Daarmee wordt een bijdrage geleverd aan het debat over hoe anti-discriminatiewetgeving eruit zou moeten zien.²⁷ Zoals hieronder wordt toegelicht, wanneer in dit essay wordt gesproken over anti-discriminatiewetgeving in de EU, dan wordt daarmee bedoeld de anti-discriminatiebepalingen in de nationale grondwetten van de lidstaten.

De nadruk ligt daarbij op de vraag welke gegevens verboden zouden moeten zijn als discriminatiegronden in deze nieuwe context. Dit roept vragen op omtrent eerlijkheid en rechtvaardigheid.²⁸ Het lijkt bijvoorbeeld algemeen geaccepteerd dat vliegtickets goedkoper zijn wanneer ze ruim van tevoren worden geboekt.²⁹ Maar er is veel minder acceptatie voor hogere prijzen voor paraplu's als het regent of voor een blikje cola als het erg warm is. Thuisbezorgde maaltijden die tot 50% duurder zijn voor klanten in villawijken liggen nog lastiger.³⁰ Een ander voorbeeld dat bij consumenten zorgen oproept is de praktijk van taxidienst Uber, die hogere ritprijzen rekent als de batterij van de telefoon van de klant bijna leeg is.³¹ De technologie

- 23 Shin, D., & Park, Y. J. (2019) Role of fairness, accountability, and transparency in algorithmic affordance. *Computers in Human Behavior*, 98, 277-284.
- 24 Pedreshi, D., Ruggieri, S., & Turini, F. (2008) Discrimination-aware data mining. In *Proceedings of the 14th ACM SIGKDD international conference on Knowledge discovery and data mining*, p. 560-568; Berendt, B., & Preibusch, S. (2017) Toward accountable discrimination-aware data mining: the Importance of keeping the human in the loop—and under the looking glass. *Big data*, 5(2), p. 135-152.
- 25 Wachter, S., Mittelstadt, B., and Russell, Chr. (2021) Why Fairness Cannot Be Automated: Bridging the Gap Between EU Non-Discrimination Law and AI (March 3, 2020). *Computer Law & Security Review* 41 (2021): 105567.
- 26 Voor een bredere discussie, zie ook Custers, B.H.M. (2019) Nieuwe digitale (grond)rechten, *Nederlands Juristenblad*, afl. 44, p. 3288-3295.
- 27 De nadruk ligt dus niet zozeer op specifieke jurisprudentie of aandacht voor het verbeteren van het ontwerp van bepaalde technologieën.
- 28 In het Engels wordt doorgaans gesproken over fairness ('eerlijkheid') en unfair practices ('oneerlijke praktijken'). Omdat oneerlijkheid geen Nederlands woord is, is in dit essay voor de term rechtvaardigheid gekozen.
- 29 Poort, J. and Zuiderveen Borgesius, F.J. (2019) Does everyone have a price? Understanding people's attitude towards online and offline price discrimination. *Internet Policy Review*, 8(1).
- 30 Maxwell, S. & Garbarino, E. (2010) The identification of social norms of price discrimination on the internet. *Journal of Product & Brand Management*, 19(3), p. 218-224.
- 31 Dakers, M. (2016) Uber knows customers with dying batteries are more likely to accept surge pricing. *The Telegraph*, October 30, 2017.

kan mensen in compleet nieuwe groepen categoriseren, zoals hondeneigenaren, neerslachtige tieners, gamers, alleenstaande ouders of gokkers, maar geen van deze criteria zijn genoemd in de huidige anti-discriminatiewetgeving.³²

Criteria als vermogen en sociale status zijn niet in alle EU-lidstaten beschermde discriminatiegronden. In ongeveer de helft van de lidstaten is dit het geval, maar in de andere helft niet.³³ Dit betekent dat het in sommige landen volstrekt legaal is om vermogen of sociale status te gebruiken als selectiecriteria (tenzij het alsnog verboden is in lagere wetgeving).³⁴

Het beginsel van gelijke behandeling (het recht op gelijke behandeling in gelijke gevallen) is beschermd door anti-discriminatiebepalingen in nationale grondwetten in de EU-lidstaten en in het Handvest van de grondrechten van de EU ('het EU-handvest'). Maar deze grondwetten en het EU-handvest zijn niet geharmoniseerd. Sterker nog, er zijn soms zeer grote verschillen in de discriminatiegronden die worden genoemd. Bovendien veranderen de discriminatiegronden door de tijd heen. Bijvoorbeeld discriminatiegronden als seksuele gerichtheid en genetische kenmerken zijn historisch gezien niet opgenomen in grondwettelijke bepalingen toen deze werden opgesteld, maar vinden nu stapsgewijs hun weg in grondwetsherzieningen.³⁵ Het gebrek aan harmonisatie en het veranderende ethische, juridische en maatschappelijke landschap roepen de vraag op welke discriminatiegronden nu wel en niet beschermd zouden moeten worden.

In dit essay wordt deze vraag beantwoord door eerst een rechtsvergelijkend onderzoek te doen naar welke discriminatiegronden in nationale grondwetten en het EU-handvest zijn opgesomd.³⁶ Deze

32 Wachter, S. (2022) The theory of artificial immutability: Protecting algorithmic groups under anti-discrimination law. *arXiv preprint arXiv:2205.01166*.

33 Zie paragraaf 4.

34 Sommige juristen hebben reeds voorgesteld om sociaaleconomische status als een 'verdachte' categorie te beschouwen, zie Gerards, J., Zuiderveen Borgesius, F. (2022) Protected Grounds and the System of Non-Discrimination Law in the Context of Algorithmic Decision-Making and Artificial Intelligence, *Colorado Technology Law Journal*, volume 20, issue 1, pp. 1-55.

35 Seksuele gerichtheid is opgenomen in de nationale grondwetten van Portugal in 2004, in Zweden in 2011, en in Nederland in 2023. Voor ontwikkelingen in lagere wetgeving die tot deze grondwettelijke aanpassingen hebben geleid, zie ook Waaldijk, C., & Bonini-Baraldi, M. T. (2006) *Sexual orientation discrimination in the European Union: National laws and the employment equality directive*. TMC Asser Press.

36 Merk op dat EU anti-discriminatiewetgeving veel breder is dan enkel de anti-discriminatie bepalingen in de nationale grondwetten. Bijvoorbeeld Richtlijn 2000/43/EC adresseert discriminatie op grond van ras en etniciteit, Richtlijn 2000/78/EC adresseert discriminatie op de werkvloer op basis van religie of geloof, handicap, leeftijd of seksuele gerichtheid, Richtlijn 2006/54/EC reguleert gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep, en Richtlijn 2004/113/EC reguleert gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten. Dit zijn slechts enkele voorbeelden van regulering op

rechtsvergelijking verifieert of er inderdaad een gebrek aan harmonisatie is. Vervolgens worden de resultaten van de rechtsvergelijking gebruikt om te zien in hoeverre de huidige wetgeving, in het bijzonder art. 1 Gw, nog bij de tijd is of toe is aan herziening.

Dit essay is als volgt gestructureerd. Paragraaf 2 zet de gebruikte methodologie uiteen voor de rechtsvergelijking en beschrijft enkele beperkingen van de gekozen aanpak. Paragraaf 3 bespreekt waarom ontwikkelingen in de technologie en de data-economie vragen om herziening van de discriminatiegronden. Paragraaf 4 onderzoekt het huidige juridische landschap door de bepalingen in nationale grondwetten en het EU-handvest tegen het licht te houden. Paragraaf 5 bespreekt de mate waarin de huidige anti-discriminatie-wetgeving nog toereikend is en hoe herziening van art. 1 Gw eruit zou kunnen zien. Paragraaf 6 sluit af met conclusies en aanbevelingen voor verder onderzoek.

2. Methodologie

De aanpak in dit essay bestaat uit rechtsvergelijkend onderzoek gecombineerd met literatuurstudie. De literatuurstudie is toegevoegd om enkele beperkingen van de rechtsvergelijking (zie hieronder) te adresseren. De resultaten van de rechtsvergelijking worden gepresenteerd in paragraaf 4 en de resultaten van de literatuurstudie worden besproken in paragraaf 5.

De vergelijking van discriminatiegronden binnen de EU-lidstaten is uitgevoerd op basis van beschikbare Engelse vertalingen van alle grondwetten. Alle 27 lidstaten van de EU zijn meegenomen in dit onderzoek. Hoewel de meeste lidstaten secundaire wetgeving hebben op het gebied van gelijke behandeling, is deze wetgeving niet betrokken in dit onderzoek.³⁷ De nadruk lag op nationale grondwetten en de anti-discriminatiebepalingen daarin. De reden hiervoor is dat in elke jurisdictie de grondwet het hoogste beschermingsniveau biedt. Secundaire wetgeving is doorgaans minder generiek (bijvoorbeeld sectorale wetgeving) en slechts

dit terrein, er bestaat meer specifieke regulering voor de bescherming van personen met een handicap, kinderen, ouderen, etc. Voor meer details, zie bijvoorbeeld FRA (2018) *Handbook on European non-discrimination law*, European Union Agency for Fundamental Rights, Vienna, Austria; Zie ook Ellis, E., Watson, Ph. (2012) *EU anti-discrimination law*, Oxford: Oxford University Press. In Nederland is de belangrijkste lagere wetgeving de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb). Merk op dat dat Europese harmonisatie grotendeels via EU-richtlijnen is vormgegeven, zie vorige voetnoot, waardoor er speelruimte is voor verschillen in implementatie in nationale wetgeving.

toepasbaar onder bepaalde omstandigheden. Aangezien dit essay een globaal overzicht beoogt te bieden, zijn de nationale grondwetten voldoende. Daarnaast waren er praktische redenen om secundaire wetgeving uit te sluiten: deze wetgeving is vaak versplinterd, moeilijker toegankelijk en vereist gedetailleerd begrip van nationale rechtsstelsel en brengt taalbarrières met zich mee. Om dezelfde redenen is ook jurisprudentie grotendeels buiten de rechtsvergelijking gehouden.

Het Constitute Project heeft Engelstalige vertalingen beschikbaar gemaakt van grondwetten van landen over de hele wereld, inclusief die van alle EU-lidstaten.³⁸ Deze vertalingen zijn gebruikt als de basis voor deze rechtsvergelijking. Op basis van zoektermen als ‘discrimination’, ‘equal’, ‘equality’, ‘equal treatment’ en enkele van de meest gangbare discriminatiegronden (zoals race, gender, religie), zijn de anti-discriminatiebepalingen in kaart gebracht. Bepalingen die zien op andere rechten en vrijheden, zoals vrijheid van godsdienst, zijn niet meegenomen in de rechtsvergelijking. De nadruk lag op bepalingen die gelijke behandeling en/of anti-discriminatie beschermen. In de meeste grondwetten bleek er precies één (niet meer en niet minder) bepaling te zijn hiervoor. In sommige grondwetten (België, Polen, Zweden)³⁹ zijn er meerdere bepalingen en in sommige grondwetten (Ierland, Letland, Luxemburg) zijn er geen bepalingen die discriminatiegronden opsommen (en gelijke behandeling simpelweg beschermen zonder discriminatiegronden te noemen). Voor meer details, zie paragraaf 4.

Vanwege verschillen in woordkeuze en formulering in nationale wetgeving is soms sprake van uiteenlopende terminologie voor wat min of meer dezelfde discriminatiegrond is. Daarom is ervoor gekozen labels (categorieën) te gebruiken die de gronden groeperen. Bijvoorbeeld geslacht, sekse en seksuele identiteit zijn gegroepeerd. Seksuele gerichtheid is niet opgenomen in deze categorie. Sommige grondwetten verwijzen naar ras, andere naar etniciteit, en weer andere naar huidskleur. Al deze gronden zijn gegroepeerd omdat ze nauw aan elkaar verwant zijn. Hetzelfde geldt voor religie en geloof, die ook zijn gegroepeerd. Religie en geloof zijn echter apart gezet van de categorie seculiere levensovertuiging, waaronder begrippen als ideologie, mening, overtuiging en levensfilosofie vallen. Politieke

38
39

<https://www.constituteproject.org/?lang=en>
In België: artikelen 11 en 131 van de Belgische grondwet. In Polen: artikelen 32, 33, en 233 van de Poolse grondwet. In Zweden: artikelen 2 en 12 van de Zweedse grondwet.

overtuiging en mening zijn als aparte categorie genomen gelet op hun specifiek belang in democratische processen, de rechtsstaat en grondrechten. Gebrek en handicap zijn gecombineerd als categorie, maar apart gezet van gezondheid, gelet op de chronische aard ervan (die bij gezondheid weliswaar ook chronisch kan zijn, maar zeker niet altijd). Veelgenoemde discriminatiegronden als (sociale) afkomst, afstamming en geboorte zijn gegroepeerd vanwege de sterke overlap in betekenis. Persoonlijke en maatschappelijke status zijn om dezelfde reden gegroepeerd. Tot slot zijn eigendom, financiële positie en vermogen gecombineerd omdat ze hetzelfde aspect lijken te bedoelen. Alles bij elkaar levert dit 15 categorieën op voor de nationale constituties. Een 16^e categorie (genetische kenmerken) komt wel voor in het EU-handvest, maar niet in een van de nationale grondwetten.

Bij het tellen van het aantal discriminatiegronden in elke grondwet is elk onderdeel geteld dat door middel van komma's in de opsomming is gescheiden. Alleen als de gronden aparte categorieën betroffen, zijn ze apart geteld. Bijvoorbeeld de Bulgaarse grond 'nationaliteit of maatschappelijke afkomst' is als twee gronden geteld.⁴⁰ Als twee discriminatiegronden in dezelfde categorie vallen, zijn ze twee keer geteld, om de diversiteit van de wetgever te weerspiegelen. Bijvoorbeeld de Slowaakse grondwet noemt zowel huidskleur als ras, die beide in dezelfde categorie vallen.⁴¹ Uiteraard zijn huidskleur en ras niet hetzelfde, aangezien mensen van verschillend ras dezelfde huidskleur kunnen hebben.

Bij het bepalen of de opsomming van discriminatiegronden limitatief is of niet, is gekeken naar de formulering van de bepalingen. Ten eerste, als de discriminatiegronden als voorbeelden worden genoemd, wordt de lijst als niet-limitatief beschouwd. Bijvoorbeeld, het EU-handvest gebruikt de formulering 'met name op grond van...', hetgeen duidelijk ruimte laat voor het bestaan van andere discriminatiegronden dan degene die expliciet in de bepaling worden genoemd. Ten tweede, als na een opsomming van discriminatiegronden tekst als '...of enige andere eigenschappen', of '...of een andere status', of vergelijkbare woorden zijn opgenomen, is eveneens duidelijk dat de wetgever een niet-limitatieve opsomming voor ogen had. Ten derde, als er geen discriminatiegronden zijn genoemd, is het ook duidelijk dat er geen sprake is van een

40 Artikel 6 van de Bulgaarse grondwet.

41 Artikel 12.2 van de Slowaakse grondwet.

limitatieve opsomming. Als geen van deze drie typen formuleringen is gehanteerd, is het duidelijk dat de wetgever juist wel een limitatieve opsomming voor ogen had.

Het mag duidelijk zijn dat deze aanpak beperkingen heeft. De eerste beperking is dat slechts grondwetten zijn bekeken, terwijl secundaire wetgeving en jurisprudentie niet zijn meegenomen. De redenen voor deze keuze zijn hierboven reeds besproken. De tweede beperking is het gebruik van vertalingen van grondwetten van het Constitutie Project. Hoewel deze informatie regelmatig wordt geactualiseerd, kan het zijn dat bepaalde informatie achterhaald is. Bovendien bevatten de vertalingen mogelijk enige ruis, omdat woorden nu eenmaal verschillende connotaties kunnen hebben in andere talen. Gelet op de veelheid aan talen binnen de EU brengt het bestuderen van grondwetten in hun eigen taal te veel praktische problemen met zich, waardoor vertalingen toch de beste keuze zijn. De derde beperking is dat deze aanpak weinig informatie verschaft over de gaten in anti-discriminatiewetgeving en wat hieraan gedaan zou kunnen worden. Dit is gecompenseerd met het literatuuronderzoek in paragraaf 5. De vierde beperking ligt in het groeperen van de discriminatiegronden. Dit leidt ertoe dat bepaalde discriminatiegronden minder zichtbaar worden, ondanks hun belang. Door bijvoorbeeld geslacht, sekse en seksuele identiteit te groeperen, worden zeer verschillende concepten op een hoop gegooid en bepaalde aspecten minder zichtbaar. Praktisch gezien heeft dit geen invloed op de bevindingen, aangezien het nog steeds mogelijk is te bepalen of de gronden wel of niet limitatief zijn opgesomd. Niettemin is het groeperen van zulke discriminatiegronden een simplificatie en weerspiegelt het onvoldoende de rechten van bepaalde groepen. Deze simplificaties, hoewel hier gekozen om praktische redenen, kunnen in toekomstig onderzoek waarschijnlijk beter vermeden worden. De vijfde beperking is dat deze aanpak vooral terugkijkt en niet zozeer vooruitkijkt naar veranderingen die op komst zijn. Dit zou een analyse van parlementaire debatten en wetsvoorstellen vereisen in elke lidstaat, hetgeen buiten de reikwijdte van dit essay valt.

3. Discriminerende patronen in data

Alvorens in de rechtsvergelijking te duiken, wordt hier eerst besproken welke ontwikkelingen op het vlak van de technologie en de data-economie vragen om heroverweging van de bestaande discriminatiegronden. De twee belangrijkste aanleidingen zijn dat in het digitale tijdperk (1) besluitvorming in toenemende mate is gebaseerd op beschikbare gegevens en dat kan leiden tot nieuwe, onverwachte patronen, hetgeen de kans op onbedoelde en/of indirecte discriminatie verhoogt,⁴² en (2) besluitvorming kan worden gebaseerd op criteria die niet genoemd zijn in bepalingen over anti-discriminatie, terwijl die criteria wel als oneerlijk (kunnen) worden gezien door mensen. Paragrafen 3.1 en 3.2 zullen verder ingaan op beide punten.

3.1 *Indirecte discriminatie*

Iedereen gebruikt in het dagelijks leven vuistregels, inclusief stereotyperingen, om de wereld waarin we leven te vereenvoudigen en beter te begrijpen. Omdat sommige van deze stereotyperingen onwenselijke resultaten opleveren, zijn bepaalde gronden voor het maken van onderscheid bij wet verboden. Vaak gaat het dan om eigenschappen die mensen niet of slechts zeer moeilijk kunnen veranderen, zoals geslacht en etniciteit. Sommige van deze discriminatiegronden zijn in het verleden stevig bevochten (en soms nog steeds), zoals gendergelijkheid en vrijheid van religie. Het openlijke gebruik van deze eigenschappen voor het nemen van beslissingen, zoals iemand een baan weigeren op grond van etnische afkomst, is een duidelijke schending van anti-discriminatie-wetgeving in de EU en een vorm van directe discriminatie. Echter, verborgen discriminatie, bijvoorbeeld het weigeren van een baan op grond van etnische afkomst zonder dit erbij te zeggen, zorgt ervoor dat de handhaving problematisch kan zijn. In de meeste rechtstelsels in de EU (en ook de VS) is indirecte discriminatie (discriminatie op grond van ogenschijnlijk neutrale gronden maar met dezelfde uitkomsten als directe discriminatie) eveneens verboden. Bijvoorbeeld het beleid van een restaurant om geen honden toe te laten heeft als gevolg dat ook blindengeleidehonden niet zijn

42 Barocas S, Selbst AD (2016) Big Data's Disparate Impact. 104 *California Law Review* 671; Custers, B.H.M., Calders, T., Schermer, B., and Zarsky, T. (eds.) (2013) *Discrimination and Privacy in the Information Society: Data Mining and Profiling in Large Databases*, Heidelberg: Springer; Harcourt, B.E. (2007) *Against Prediction: Profiling, Policing and Punishing in an Actuarial Age*. Chicago: University of Chicago Press; Schauer, F. (2003) *Profiles, Probabilities and Stereotypes*. Cambridge MA: Harvard University Press.

toegestaan. De facto betekent dit dat het beleid (indirect) discriminerende effecten heeft voor visueel gehandicapte personen, ook al is het beleid niet (direct) gericht tegen hen.

Indirecte discriminatie kan bedoeld en onbedoeld plaatsvinden.⁴³ In het geval van bedoelde indirecte discriminatie (ook wel aangeduid als maskering), zullen mensen de echte redenen voor een beslissing verborgen willen houden, omdat ze juridische consequenties kunnen hebben of discussie zullen oproepen. Indirecte discriminatie kan lastig te bewijzen zijn. Als iemand een baan geweigerd wordt, is het eenvoudig om als toelichting te geven dat een andere kandidaat beter in het team paste en is het lastig voor betrokkene om te bewijzen dat dit eigenlijk is gebaseerd op bijvoorbeeld geslacht of etniciteit.

Besluitvorming is in toenemende mate gebaseerd op gegevens en steeds vaker geautomatiseerd. De kans is klein dat zulke besluitvorming leidt tot bedoelde discriminatie, aangezien software voor patroonherkenning of besluitvorming geen ‘intenties’ heeft. Dat wil echter niet zeggen dat beslissingen gebaseerd op gegevens neutraal of niet-discriminerend zijn. Beslissingen gebaseerd op gegevens kunnen onbedoeld discriminerend zijn omdat ze discriminerende patronen in de onderliggende gegevens volgen.

Als bijvoorbeeld geautomatiseerd wordt gezocht naar het ideale profiel voor een topmanager, dan kan op basis van de beschikbare gegevens blijken dat de ideale kandidaat een blanke man van middelbare leeftijd zou moeten zijn. Dit is echter een cirkelredenering of, beter gezegd, een *self-fulfilling prophecy*.⁴⁴ Als een dataset veel managers met dit profiel bevat, zal de software een conclusie trekken die te verwachten viel. Omdat geen mensen met verschillende achtergronden zijn meegenomen in de dataset, is hen ook geen eerlijke kans gegeven.

Het verbeteren van de nauwkeurigheid van de gegevens zal dit probleem niet oplossen. Ook het verwijderen van gevoelige gegevens in de datasets (zoals etniciteit en geslacht) zal niet voorkomen dat discriminerende patronen worden ontdekt.⁴⁵ De modellen en analysemethoden kunnen zelf ook discriminerend zijn. Het is dus

43 Dinur, R. (2021) Intentional and Unintentional Discrimination: What Are They and What Makes Them Morally Different, *Journal of moral philosophy*, 19(2), p. 111-138.

44 Teeuw, W.B., Vedder, A.H., Custers, B.H.M., Dorbeck-Jung, B.R., Faber, E.C.C., Jacob, S.M., Koops, B.J., Leenes, R.E., Poot, H.J.G. de, Rip, A., & Vudisa, J.N. (2008) *Security Applications for Converging Technologies: Impact on the constitutional state and the legal order*. O&B 269, The Hague: WODC.

45 Kamiran, F., & Calders, T. (2009) *Classifying without Discriminating*, in IEEE International Conference on Computer, Control & Communication, <http://ieeexplore.ieee.org/document/4909197/?reload=true>.

zaak instrumenten te ontwikkelen die geen discriminerende patronen opleveren. Voor het ontwikkelen van zulke modellen kan het nodig zijn dat juist gevoelige gegevens worden gebruikt.⁴⁶

Indirecte discriminatie komt veel voor in geautomatiseerde besluitvorming en risicoprofilering. Omdat er zoveel eigenschappen in de data-analyses worden meegenomen, kan het eenvoudig zijn om wettelijke discriminatiegronden te omzeilen. Maar als ogenschijnlijk neutrale eigenschappen sterk correleren met gevoelige eigenschappen, kan discriminatie toch plaatsvinden. Een typisch voorbeeld hiervan is *redlining*, waarbij aan mensen eigenschappen worden toegeschreven op basis van hun postcode (een ogenschijnlijk neutrale eigenschap), terwijl een postcode een sterke indicator kan zijn voor etniciteit (een wettelijk verboden discriminatiegrond).⁴⁷

3.2 Nieuwe discriminatiegronden en (gepercipieerde) rechtvaardigheid

Als er zoveel meer eigenschappen gebruikt worden voor besluitvorming dan staan opgesomd in discriminatiewetgeving, dat roept dat twee vragen op. De eerste betreft handhaving (hoe kunnen vormen van indirecte discriminatie worden opgespoord en aangepakt?) en de tweede betreft rechtvaardigheid (zijn de huidige discriminatiegronden nog voldoende bruikbaar om tot rechtvaardige uitkomsten te komen?). De eerste vraag heeft veel aandacht gekregen in de literatuur en de huidige discussie is vooral gericht op technologische oplossingen, zoals het ontwikkelen van instrumenten die discriminatie kunnen detecteren en instrumenten als *discrimination-aware data mining tools*⁴⁸ die voorkomen dat analyses resulteren in discriminerende patronen.⁴⁹

In dit essay ligt de nadruk op de tweede vraag: zijn de huidige discriminatiegronden nog steeds de juiste set om te komen tot rechtvaardige uitkomsten? Het antwoord op deze vraag is waarschijnlijk: nee, dat is niet het geval. De eerste (niet heel sterke) indicatie hiervoor is dat er geen consensus bestaat over welke set met

46 Zliobaite, I & Custers, B.H.M. (2016) Using Sensitive Personal Data May Be Necessary for Avoiding Discrimination in Data-Driven Decision Models, 24 *Artificial Intelligence & Law*, 183 (2016).

47 Zie ook Squires, G. D., & Woodruff, F. (2019). *Redlining*. *The Wiley Blackwell encyclopedia of urban and regional studies*, p. 1-8. Hoboken NJ: Wiley-Blackwell.

48 Pedreshi, D., Ruggieri, S., & Turini, F. (2008) Discrimination-aware data mining. In *Proceedings of the 14th ACM SIGKDD international conference on Knowledge discovery and data mining*, p. 560-568; Berendt, B., & Preibusch, S. (2017) Toward accountable discrimination-aware data mining: the Importance of keeping the human in the loop—and under the looking glass. *Big data*, 5(2), p. 135-152.

49 Pedreschi, D., Ruggieri, S., Turini, F. (2013) The discovery of discrimination, in: Custers, B.H.M., Calders, T., Schermer, B., and Zarsky, T. (eds.) (2013) *Discrimination and Privacy in the Information Society: Data Mining and Profiling in Large Databases*, Heidelberg: Springer.

discriminatiegronden de juiste zou zijn. Zoals in paragraaf 4 wordt besproken, is er binnen de EU nog geen overeenstemming welke gronden dit zouden moeten zijn. Elke lidstaat heeft zijn eigen lijst. Een tweede (sterkere) indicatie is dat de lijsten met discriminatiegronden voortdurend veranderen (en vooral uitbreiden). Aangezien de discriminatiegronden vaak zijn neergelegd in grondwetten, gaan deze veranderingen langzaam. Maar niettemin zijn er veranderingen. In 2023 bijvoorbeeld werden twee nieuwe discriminatiegronden in de Nederlandse Grondwet opgenomen: handicap en seksuele gerichtheid.⁵⁰ Een ander voorbeeld is het EU-handvest, waarin genetische kenmerken als discriminatiegrond is opgenomen. Het EU-handvest, pas sinds 2009 van kracht, is relatief nieuw vergeleken met de nationale grondwetten, die geen van allen deze discriminatiegrond kennen.

De huidige discriminatiegronden zijn relatief eenvoudig te vinden (zie paragraaf 4), maar afwegen of ze leiden tot rechtvaardige uitkomsten is een stuk ingewikkelder. Dit hangt vooral af van de vraag wat een rechtvaardige uitkomst is. Rechtvaardigheid is een normatief concept maar kan wel verder worden onderzocht via sociaalwetenschappelijk onderzoek. Onderzoek laat bijvoorbeeld zien dat online consumenten productprijzen die afhangen van hun locatie minder rechtvaardig vinden dan productprijzen die afhangen van hun aankoopgeschiedenis.⁵¹ Als de prijzen afhangen van hun locatie vinden ze dat vervolgens weer minder erg dan prijzen die afhangen van het type apparaat waarmee ze bestellen.⁵² Maar geen van deze eigenschappen (locatie, aankoopgeschiedenis of type apparaat) komt voor in wetgeving als discriminatiegrond.

Wat rechtvaardig is (of als rechtvaardig wordt gezien) hangt sterk af van de context. Voor hier is vooral belangrijk dat (gepercipieerde) rechtvaardigheid aan verandering onderhevig is, in het bijzonder als de besluitvorming steeds meer op gegevens is gebaseerd. Dit opent de mogelijkheid beslissingen te baseren op gronden die niet genoemd zijn in anti-discriminatiewetgeving (en zodoende volstrekt legaal zijn), terwijl die beslissingen tegelijkertijd als onrechtvaardig worden gezien.

50 NOS (2023) Verbod op discriminatie om handicap of seksualiteit toegevoegd aan grondwet, NOS, 17 januari 2023. <https://nos.nl/artikel/2460196-verbod-op-discriminatie-om-handicap-of-seksualiteit-toegevoegd-aan-grondwet>.

51 Priester, A., Robbert, T. & Roth, S. (2020) A special price just for you: effects of personalized dynamic pricing on consumer fairness perceptions. *J Revenue Pricing Manag* 19, p. 99-112.

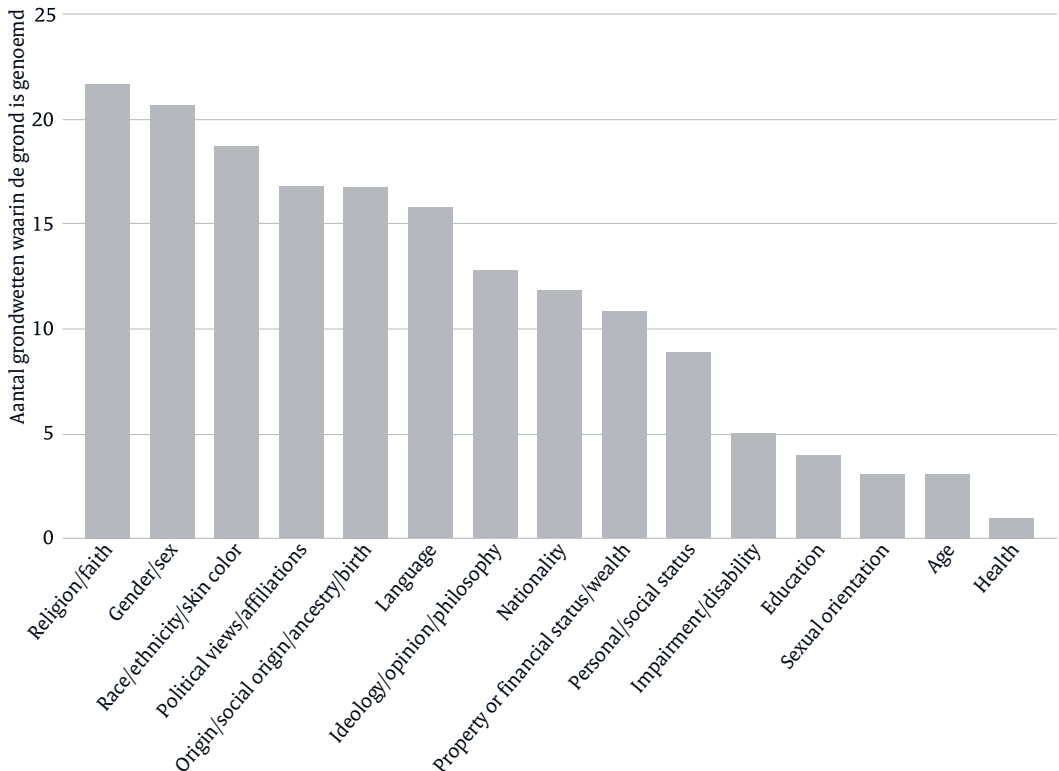
52 Hufnagel, G., Schwaiger, M., Weritz, L. (2022) Seeking the perfect price: Consumer responses to personalized price discrimination in e-commerce, *Journal of Business Research*, Vol. 143, p. 346-365.

4. Resultaten

In deze paragraaf worden de huidige discriminatiegronden in de EU verkend. Dit legt de basis voor de discussie of en hoe herziening van de discriminatiegronden nodig is.

4.1 *Vergelijking van grondwetten in de EU*

Het eerste onderdeel om te vergelijken zijn de discriminatiegronden in de betreffende bepalingen van elke grondwet. Zoals uitgelegd in paragraaf 2, zijn de discriminatiegronden gegroepeerd in 15 categorieën. Deze categorieën, en hoe vaak ze genoemd worden in de grondwetten van EU-lidstaten is weergegeven in Figuur 1.



Figuur 1: Frequentie van verschillende discriminatiegronden in grondwetten van EU-lidstaten (N=27).

Figuur 1 laat zien dat religie/geloof de meest genoemde discriminatiegrond is. De top drie bestaat uit respectievelijk religie, geslacht en etniciteit. Het minst vaak genoemd zijn de discriminatiegronden seksuele gerichtheid, leeftijd en gezondheid. Figuur 1 laat duidelijk zien dat discriminatiegronden niet geharmoniseerd zijn binnen de EU, althans niet op grondwettelijk niveau.

Uiteraard kan worden geredeneerd dat discriminatiegronden wel zijn geharmoniseerd binnen de EU via het EU-handvest. Artikel 21 van het EU-handvest bevat namelijk heel veel discriminatiegronden (meer dan enige nationale grondwet) en omvat de meeste gronden in Figuur 1. Echter, het EU-handvest noemt verschillende gronden niet of niet expliciet, zoals gezondheid, opleiding en persoonlijke/sociale status. Het EU-handvest geeft geen limitatieve lijst van discriminatiegronden. Eén discriminatiegrond die wel voorkomt in het EU-handvest, maar in geen van de nationale grondwetten, is genetische kenmerken.

Er zijn verschillen in de manier waarop discriminatiegronden zijn opgesomd in de nationale grondwetten. De formulering kan limitatief of niet-limitatief zijn, zie Tabel 1. In 13 van de 27 EU-lidstaten is de opsomming op een limitatieve (uitputtende) wijze geformuleerd in de grondwet. Dit is het geval voor België, Bulgarije, Denemarken, Duitsland, Frankrijk, Griekenland, Italië, Litouwen, Malta, Oostenrijk, Polen, Portugal en Roemenië.

Limitatieve opsomming	Niet-limitatieve opsomming
België, Bulgarije, Denemarken, Duitsland, Frankrijk, Griekenland, Italië, Litouwen, Malta, Oostenrijk, Polen, Portugal, Roemenië	Cyprus, Estland, Finland, Hongarije, Ierland, Kroatië, Letland, Luxemburg, Nederland, Slowakije, Slovenië, Spanje, Tsjechië, Zweden.
(13 van de 27)	(14 van de 27) + EU-handvest

Tabel 1: Landen met limitatieve versus niet-limitatieve opsommingen van discriminatiegronden in hun grondwet. Het EU-handvest bevat een niet-limitatieve opsomming.

De andere 14 lidstaten hebben gekozen voor een niet-limitatieve opsomming van discriminatiegronden. De meeste van deze landen (Cyprus, Estland, Finland, Hongarije, Kroatië, Nederland, Slowakije,

Slovenië, Spanje, Tsjechië en Zweden) sluiten de opsomming af met een formulering als ‘...of enige andere eigenschappen’, of ‘...of een andere status’, of vergelijkbare woorden, waarmee wordt duidelijk gemaakt dat de wetgever beoogde niet-limitatief te zijn. In drie landen (Ierland, Letland en Luxemburg) is in het geheel geen opsomming opgenomen in de betreffende grondwetbepaling. In het EU-handvest is gekozen voor een andere aanpak om een niet-limitatieve lijst met discriminatiegronden te bieden: de discriminatiegronden worden hier gepresenteerd als voorbeelden, hetgeen ruimte laat voor andere, niet-genoemde discriminatiegronden.

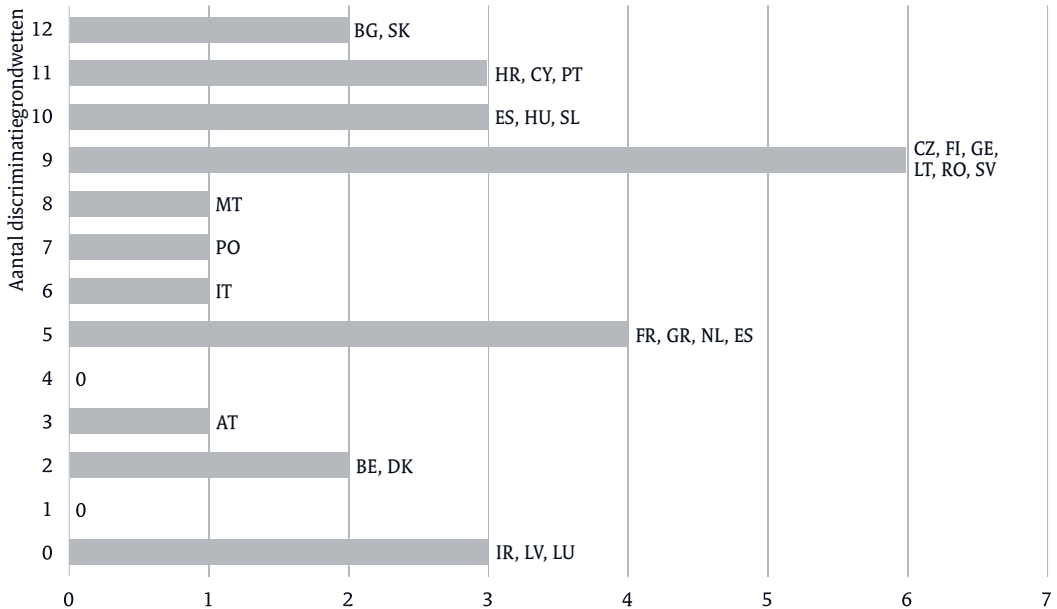
Het is duidelijk dat ook de keuze voor een limitatieve of niet-limitatieve opsomming niet geharmoniseerd is. Op het eerste gezicht lijkt een niet-limitatieve opsomming meer voor de hand te liggen, aangezien het flexibiliteit schept: indien nodig kunnen dan extra gronden worden ingelezen bij het invullen of interpreteren van deze bepalingen, bijvoorbeeld in lagere wetgeving of in jurisprudentie.

Er zit echter ook een nadeel aan niet-limitatieve opsommingen van discriminatiegronden: het vermindert de rechtszekerheid. In gevallen waarin (nog) geen lagere wetgeving of jurisprudentie beschikbaar is, kan onduidelijk zijn welke bescherming tegen discriminatie beschikbaar is. Voor een nieuwe, nog niet genoemde discriminatiegrond zoals genetische kenmerken kan dan onduidelijk zijn of het onder de ‘et cetera’ bepaling valt. Dit vereist een interpretatie die de nieuwe grond aansluit bij de reeds genoemde gronden. In het geval van genetische kenmerken zou dan geredeneerd kunnen worden dat dit beschermd is vanwege de nauwe samenhang met gezondheid.

Als er lagere wetgeving of jurisprudentie beschikbaar is, kan dit meer duidelijkheid bieden in bepaalde situaties, maar dat zal niet altijd het geval zijn. Dat beperkt de rechtszekerheid. Daar komt bij dat het beschermingsniveau dat lagere wetgeving en jurisprudentie bieden lager kan zijn dan wanneer een discriminatiegrond in de grondwet is opgenomen. De beste rechtszekerheid wordt verkregen door een discriminatiegrond expliciet te noemen, zodat buiten twijfel staat of de grond voor besluitvorming mag worden gebruikt. Dit biedt concrete en substantiële bescherming.

Figuur 2 laat zien dat het aantal discriminatiegronden in nationale grondwetten sterk varieert binnen EU-lidstaten. Bulgarije en Slowakije hebben de langste lijst, met 12 discriminatiegronden. Ierland, Letland en Luxemburg noemen geen enkele

discriminatiegrond. Van de landen die wel discriminatiegronden noemen, hebben België en Denemarken de kortste lijst, met elk 2 discriminatiegronden. Geen van de grondwetten bereikt het record van de 15 discriminatiegronden in het EU-handvest. Het gemiddelde van alle grondwetten is 7 discriminatiegronden.



Figuur 2: Aantal discriminatiegronden in elke grondwet. Het gemiddelde is 7 discriminatiegronden per grondwet (N=27). Het EU-handvest (niet weergegeven) bevat 15 discriminatiegronden.

4.2 Vergelijking met het EU-handvest

De lijst met discriminatiegronden in artikel 21 van het EU-handvest laat zien dat de Europese wetgever op zoek was naar een formulering die zoveel mogelijk de bepalingen omvat in nationale grondwetten van de EU-lidstaten. In het EU-handvest is een recordaantal van 15 discriminatiegronden opgenomen, meer dan enige nationale grondwet.⁵³ De gronden in het EU-handvest bestrijken vrijwel alle gronden in de nationale grondwetten samen.⁵⁴ Gezondheid,

53 Voor het toenemend aantal discriminatiegronden in EU-wetgeving, zie Holzleithner, E. (2004) Mainstreaming equality: Dis/Entangling grounds of discrimination. *Transnat'l L. & Contemp. Probs.*, 14, 927.

54 14 gronden zijn opgenomen in artikel 21.1 van het EU-handvest. Eén grond, nationaliteit, is apart genoemd in artikel 21.2 van het EU-handvest.

opleiding en persoonlijke/maatschappelijke status zijn de enige gronden die niet in het EU-handvest zijn genoemd. Tegelijkertijd noemt het EU-handvest een unieke grond, genetische kenmerken, die in geen van de grondwetten is genoemd.

De formulering van de bepaling in het EU-handvest is ook uniek op een andere manier, namelijk dat alle discriminatiegronden als voorbeelden worden gepresenteerd. Veel grondwetten hebben een niet-limitatieve opsomming van discriminatiegronden, maar de bepaling in het EU-handvest is uniek in haar syntaxis, waarin de gronden als voorbeelden naar voren worden geschoven. Deze formulering legt de nadruk wat meer op de discriminatie dan op de discriminatiegronden. Dit kan een eerste stap zijn naar een paradigmaverschuiving waarbij de discriminatiegronden minder belangrijk worden (zie paragraaf 5). Deze formulering schuift ook mogelijke veronderstellingen van enige hiërarchie binnen discriminatiegronden naar de achtergrond.⁵⁵

Artikel 21 van het EU-handvest is duidelijk een poging om gelijke behandeling binnen de EU (verder) te harmoniseren.⁵⁶ Door zoveel discriminatiegronden te noemen, is het een bepaling die erkend en herkend wordt door alle EU-lidstaten. Tegelijkertijd is deze bepaling een poging om verder te gaan dan het combineren en weergeven van bestaande nationale wetgeving. Door discriminatiegronden zoals genetische kenmerken en seksuele gerichtheid op te nemen, is het ook een poging om actueel en toekomstbestendig te zijn.

Ondanks de manier waarop artikel 21 EU-handvest is geformuleerd en vormgegeven, kan deze bepaling toch beperkte houdbaarheid hebben. Nieuwe discriminatiegronden kunnen nodig blijken in de toekomst, als gevolg van technologische ontwikkelingen (bijvoorbeeld op het terrein van dataverwerking en -analyse) of maatschappelijke ontwikkelingen (bijvoorbeeld op het terrein van gepercipieerde rechtvaardigheid). Het aanpassen van de tekst in het EU-handvest kan net zo moeilijk en bewerkelijk blijken als het

55 Howard, E. (2006). The case for a considered hierarchy of discrimination grounds in EU law. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 13(4), 445-470.

56 Formeel is de reikwijdte van het EU-handvest beperkt tot instellingen, organen en instanties van de EU, en de EU-lidstaten, wanneer zij EU-recht ten uitvoer brengen. Echter, het is aannemelijk dat de materiele bepalingen in het EU-handvest, zoals artikel 21, directe horizontale werking hebben, hetgeen betekent dat ze ook kunnen worden ingeroepen tegen burgers en bedrijven en niet enkel tegen overheidsinstellingen. Zie Muir, E. (2019) The Horizontal Effects of Charter Rights Given Expression to in EU Legislation, from Mangold to Bauer. *Review of European Administrative Law*, 12(2), 185-215; Frantziou, E. (2015) The Horizontal Effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU: Rediscovering the Reasons for Horizontality. *European Law Journal*, 21, 657-679.

aanpassen van een nationale grondwet. Bovendien roept het alsmaar uitbreiden van lijsten met discriminatiegronden de vraag op of daarmee de beoogde bescherming niet juist verwatert. De volgende paragraaf bespreekt dat dit sterk afhangt van percepties van rechtvaardigheid en de doelen van anti-discriminatiewetgeving.

5. Discussie

De vergelijking van discriminatiegronden in de vorige paragraaf laat een duidelijk gebrek aan harmonisatie zien binnen de EU-lidstaten. Een gebrek aan harmonisatie is een sterke indicatie dat er onenigheid is over wat nu de beste set met discriminatiegronden is. Een deel van het gebrek aan harmonisatie kan wellicht worden toegeschreven aan vertragingen in het actualiseren van nationale grondwetten, aangezien dit doorgaans lange en moeizame processen zijn. Het kan daardoor veel tijd en moeite kosten om de discriminatiegronden in nationale grondwetten aan te passen, maar het gebeurt wel. Dit laat zien dat wetgevers maatschappelijke ontwikkelingen willen volgen en ervoor willen zorgen dat de discriminatiegronden in hun grondwet bestaande maatschappelijke normen en opvattingen weerspiegelen.

Aanpassing van grondwetten is langzaam en moeizaam, maar zijn er twee andere manieren om discriminatiegronden te beschermen. Ten eerste is dit door bescherming via lagere wetgeving. Ten tweede is dit door een 'et cetera' bepaling op te nemen in de grondwettelijke bepaling, waardoor de lijst met gronden niet-limitatief is, zoals in veel EU-lidstaten reeds het geval is. Hoewel beide manieren, zeker wanneer ze worden gecombineerd, onmiskenbaar een makkelijke oplossing zijn, zijn het ook lapmiddelen, aangezien ze niet volledig het probleem adresseren door robuuste bescherming te bieden tegen nieuwe discriminatiegronden.

Het toenemend gebruik van niet-limitatieve lijsten met discriminatiegronden heeft voor- en nadelen. Hoewel limitatieve lijsten (uitputtende, gesloten lijsten) het voordeel hebben van rechtszekerheid en (waarschijnlijk) eenvoudiger handhaving, hebben niet-limitatieve lijsten (halfopen en open lijsten) het duidelijke voordeel van flexibiliteit. Maar niet-limitatieve lijsten veroorzaken wel problemen ten aanzien van rechtszekerheid en handhaving. In het bijzonder open lijsten (waarin geen discriminatiegronden zijn genoemd, zoals in Ierland, Letland en Luxemburg), bieden weinig houvast, voor bedrijven en overheidsinstellingen die de anti-discriminatiewetgeving moeten naleven en

voor de rechtspraak die de wetgeving moet toepassen in concrete casuïstiek.

Limitatieve lijsten zijn eenvoudig te omzeilen, zowel bedoeld als onbedoeld, door machine learning en AI-systemen. Indirecte discriminatie is lastig te detecteren en daarmee ook lastig te handhaven. De juristen Gerards en Zuiderveen Borgesius geven vier argumenten voor niet-limitatieve lijsten (halfopen lijsten).⁵⁷ Ten eerste hebben halfopen lijsten (in tegenstelling tot open lijsten) een normerende functie die de symbolische waarde van anti-discriminatie-wetgeving onderstreept. Burgers en rechters kunnen de genoemde discriminatiegronden gebruiken om te beoordelen, op basis van overeenkomsten, welke nieuwe gronden ook een vorm van onrechtvaardige discriminatie zouden inhouden. Ten tweede hebben niet-limitatieve lijsten als voordeel dat rechters indirecte discriminatie niet hoeven te verbinden met een van de genoemde discriminatiegronden. Op die manier kunnen rechters meer nadruk leggen op rechtvaardigheid dan op het bewijzen dat sprake was van indirecte discriminatie. Ten derde bieden niet-limitatieve lijsten de mogelijkheid meer nadruk te leggen op gelijke behandeling (een meer positieve aanpak, met nadruk op gelijke kansen) dan op non-discriminatie (met nadruk op verboden). Ten vierde hebben niet-limitatieve lijsten het voordeel van flexibiliteit, waardoor in jurisprudentie nieuwe discriminatiegronden kunnen ontstaan.

Hoewel niet onmogelijk, is het toevoegen van nieuwe gronden aan bestaande wetgeving ingewikkeld. Technologie op het gebied van dataverwerking en -analyse ontwikkelt zich zeer snel, waardoor het lastig te voorspellen is welke discriminatiegronden in de nabije toekomst relevant zullen zijn. Wetgevers zullen waarschijnlijk altijd wel moeite houden met het bijhouden van deze ontwikkelingen, omdat aanpassing van wetgeving van nature een relatief langzaam proces is dat maatschappelijk en politiek debat vereist en soms zelfs een crisis.

Maar dit gaat om meer dan wetgeving die bij moet blijven met technologische en maatschappelijke ontwikkelingen. Het is ook zaak om uit te vinden wat nu wel en niet als rechtvaardig wordt gezien als er beslissingen worden genomen over mensen op basis van hun gegevens. Er zijn twee manieren om dit aan te pakken.

57

Merk op dat sommige juristen gesloten, halfopen en open lijsten met discriminatiegronden onderscheiden, zie Gerards, J., Zuiderveen Borgesius, F. (2022) Protected Grounds and the System of Non-Discrimination Law in the Context of Algorithmic Decision-Making and Artificial Intelligence, *Colorado Technology Law Journal*, volume 20, issue 1, pp. 1-55.

De eerste manier is om meer inzicht te krijgen in hoe de lijst met discriminatiegronden in wetgeving eruit zou moeten zien. Pas als duidelijk is welke eigenschappen als onrechtvaardig worden gezien voor bepaalde beslissingen, kunnen ze op de lijst met verboden gronden worden gezet. Dit vereist uitgebreid en diepgaand sociaalwetenschappelijk, ethisch en juridisch onderzoek naar rechtvaardigheid in (geautomatiseerde) besluitvorming.

De tweede aanpak is een paradigmaverschuiving, waarin anti-discriminatiewetgeving niet langer is gebaseerd op lijsten met discriminatiegronden, maar op onrechtvaardige beslissingen. Zoals landen als Ierland, Letland en Luxemburg (zie Figuur 2) al laten zien, is het niet nodig om discriminatiegronden op te nemen in de grondwet. Hoewel dit de intenties van de wetgeving kan verduidelijken, is het niet essentieel.

De traditionele aanpak in anti-discriminatiewetgeving is altijd geweest dat gelijke behandeling wordt bereikt door het verbieden van discriminatie en dat het verbieden van discriminatie wordt bereikt door het wettelijk vastleggen van een set discriminatiegronden die niet toegestaan zijn voor besluitvorming (althans in bepaalde context). In feite heeft deze aanpak op meerdere manieren gefaald: de lijsten met discriminatiegronden zijn nooit compleet geweest, handhaving is altijd moeilijk gebleken (in het bijzonder bij indirecte discriminatie), en het heeft nooit voorkomen dat beschermde groepen niettemin gestigmatiseerd en gepolariseerd konden worden. Daar komt nog bij dat een almaar uitbreidende lijst van discriminatiegronden ertoe kan leiden dat de bescherming verwatert voor de groepen die horen bij elk van de gronden.⁵⁸

Van belang hierbij is het probleem van intersectionele discriminatie (intersectionaliteit), het probleem dat onderdrukking vaak het probleem is van meerdere discriminerende factoren.⁵⁹ De juridische kaders lijken steeds uit te gaan van één bepaalde discriminatiegrond (bijv. geslacht of etniciteit of religie) en bieden vervolgens bescherming. In werkelijkheid kan discriminatie echter plaatsvinden op basis van meerdere discriminatiegronden (geslacht en etniciteit

58 Holzleithner, E. (2004). Mainstreaming equality: Dis/Entangling grounds of discrimination. *Transnat'l L. & Contemp. Probs.*, 14, 927. Zie ook Solove, D.J. (2023) *Data Is What Data Does: Regulating Use, Harm, and Risk Instead of Sensitive Data*, Washington DC: GW Law.

59 Crenshaw, K. (1991) Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color". *Stanford Law Review*. 43 (6), p. 1241-1299; Cooper, B. (2016) Intersectionality, in: Disch, L., Hawkesworth, M. (eds.) *The Oxford Handbook of Feminist Theory*. Oxford: Oxford University Press. p. 385-406.

en religie) tegelijkertijd. Het kan dan lastig zijn uit te zoeken hoeveel elke factor meeweegt en hoe ernstig de gehele discriminatie is. Bepaalde vormen van discriminatie kunnen immers ernstiger zijn dan andere vormen. De huidige juridische kaders lijken hier niet op toegerust. De juridische kaders maken het bijvoorbeeld wel mogelijk vast te stellen of sprake is van discriminatie, maar niet hoe ernstig die discriminatie is (er worden geen gradaties van discriminatie onderscheiden). Hoewel een diepgaande analyse van intersectionele discriminatie buiten de reikwijdte van dit essay ligt, is het duidelijk dat de huidige wetgeving slechts één factor per keer bekijkt, waardoor de aanpak van intersectionaliteit wordt bemoeilijkt. Meer nadruk op onrechtvaardige beslissingen, in plaats van op lijsten met discriminatiegronden, zou hierbij kunnen helpen.

Als het doel van gelijke behandelingswetgeving is om gelijke kansen te bieden aan groepen in de samenleving, dan kan worden overwogen om die formulering ook te gebruiken in wetgeving. In plaats van bestaande en nieuwe discriminatiegronden te verbieden, kan de nadruk worden gelegd op gelijke kansen, rechtvaardigheid en maatschappelijke gerechtigheid.⁶⁰ Deze aanpak is ook waarneembaar in Europese jurisprudentie: in sommige zaken ligt de nadruk op anti-discriminatie, terwijl in andere zaken de nadruk ligt op gelijke behandeling.⁶¹

Deze aanpak om mensen te beschermen tegen onrechtvaardige beslissingen is niet nieuw. De Amerikaanse juriste en filosofe Martha Fineman stelde eerder al voor om de aanpak van beschermde eigenschappen te verlaten en meer te kijken naar hoe personen gesitueerd zijn in institutionele en maatschappelijke verhoudingen.⁶² Deze aanpak legt meer nadruk op de kwetsbaarheden van personen wanneer bescherming wordt geboden. Deze kwetsbaarheden worden veroorzaakt door verschillen in economische, sociale, culturele en institutionele verhoudingen waar mensen in zitten en die hun kansen beïnvloeden. Hierop voortbouwend heeft mensenrechtenjuriste Tanya Krupiy een test ontwikkeld voor het beschermen van personen tegen discriminatie in de context van geautomatiseerde

60 Zie ook Arnardóttir, O. M. (2014). The differences that make a difference: recent developments on the discrimination grounds and the margin of appreciation under Article 14 of the European Convention on Human Rights. *Human Rights Law Review*, 14(4), 647-670.

61 Gerards, J. (2013). The discrimination grounds of article 14 of the European convention on Human Rights. *Human Rights Law Review*, 13(1), 99-124.

62 Fineman, M.A. (2015) Equality and Difference – the Restrained State, 66 *Alabama Law Review* 609, 614; Fineman, M.A. (2013) Equality, Autonomy and the Vulnerable Subject in Law and Politics, in: A. Grear and M.A. Fineman (eds.) *Vulnerability: Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Ashgate Publishing Limited.

besluitvorming.⁶³ Een onderdeel van deze test is dat sprake is van discriminatie zodra het gebruik van geautomatiseerde besluitvorming leidt tot ongelijke verhoudingen tussen mensen en kansenongelijkheid creëert. Gelet op de beperkingen van de bestaande juridische kaders kunnen zulke voorstellen die meer kijken naar de kwetsbaarheden van mensen een waardevolle aanvulling zijn op dit debat.⁶⁴

Het kan ook helpen om te kijken naar benaderingen in andere rechtsgebieden. Bijvoorbeeld in het consumentenrecht ligt de nadruk ook op oneerlijke praktijken in plaats van gelijkheid.⁶⁵ Een ander voorbeeld is het aansprakelijkheidsrecht, waarin handelingen die schade veroorzaken kunnen leiden tot wettelijke aansprakelijkheid. Naar analogie zou voor gelijke behandelingswetgeving kunnen worden geredeneerd dat eenieder die een inbreuk maakt op de gelijke kansen van een ander daarvoor wettelijk aansprakelijk is.

Een ander rechtsgebied dat zeer relevant kan zijn is dat van bescherming van persoonsgegevens. De Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) bevat in artikel 9 een opsomming van ‘bijzondere persoonsgegevens’, soms aangeduid als ‘gevoelige gegevens’.⁶⁶ Deze lijst lijkt sterk op de lijsten met discriminatiegronden in grondwetten.⁶⁷ De AVG erkent daarmee de bijzondere aard van deze typen gegevens, in het bijzonder voor beslissingen, en biedt hiermee extra bescherming aan betrokkenen. In beginsel is het verwerken van deze typen gegevens verboden, tenzij er een uitzondering in de AVG is benoemd.

63 Krupiy, T. (2021) Meeting the Chimera: How the CEDAW Can Address Digital Discrimination, *International Human Rights Law Review* 10 (2021) pp. 1-39; Zie ook Krupiy, T. (2020) A vulnerability analysis: Theorising the impact of artificial intelligence decision-making processes on individuals, society and human diversity from a social justice perspective. *Computer Law and Security Review*, 38, pp. 1-25. <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2020.105429>.

64 Zie het RESOCIAL project voor onderzoek op dit onderwerp: <https://www.universiteitleiden.nl/en/research/research-projects/law/resocial>.

65 The Unfair Consumer Contract Terms Directive (93/13/EC) and the Unfair Commercial Practice Directive (2005/29/EC) both focus on fairness.

66 Bijzondere persoonsgegevens zijn gegevens waaruit ras of etnische afkomst, politieke opvattingen, religieuze of levensbeschouwelijke overtuigingen of het lidmaatschap van een vakbond blijken, alsook genetische gegevens, biometrische gegevens bedoeld voor identificatie en gegevens over gezondheid, seksueel gedrag of seksuele gerichtheid.

67 Custers, B.H.M., and Schermer, B.W. (2014) Responsibly Innovating Data Mining and Profiling Tools; A New Approach to Discrimination Sensitive and Privacy Sensitive Attributes, In: J. van den Hoven, B.J. Koops, H. Romijn, T. Swierstra and N. Doorn (eds.) *Responsible Innovation Volume 1: Innovative Solutions for Global Issues*. Dordrecht: Springer, p. 335-350.

De verhoogde bescherming van deze gevoelige gegevens houdt er rekening mee dat gegevens in bepaalde situaties een hoger risico vormen voor betrokkenen. De Amerikaanse jurist Daniel Solove stelt echter dat dit een doodlopende weg is, omdat deze categorieën nogal willekeurig zijn in het licht van geautomatiseerde data-analyses, eenvoudig omzeild kunnen worden en er geen onderliggende, samenhangende theorie is voor het identificeren van deze categorieën.⁶⁸ Deze nadruk op gevoelige gegevens ontkent dat voor goede regulering meer nodig is dan enkel naar de gegevens kijken, zo stelt hij. Het is nodig te kijken naar welke schade de gegevens en daarop gebaseerde beslissingen kunnen aanrichten. Soms kunnen ongevoelige gegevens toch schade aanrichten, soms kunnen gevoelige gegevens worden gebruikt op manieren die onschadelijk zijn.

Solove maakt een punt voor het gegevensbeschermingsrecht dat vergelijkbaar is met het punt dat Fineman en Krupiy maken voor anti-discriminatiewetgeving. Maar Solove gaat een stap verder en stelt dat de lijst met gevoelige gegevens kan worden verwijderd uit de AVG. Dit voorstel onderkent onvoldoende de symbolische waarde van het opsommen van deze eigenschappen en de rechtszekerheid en houvast voor interpretaties die deze bepalingen bieden. Het lijkt erop dat de beste bescherming wordt geboden door een combinatie van niet-limitatieve opsommingen van discriminatiegronden (zoals Gerards en Zuiderveen Borgesius betogen) *en* meer nadruk op de kwetsbaarheden van mensen (zoals Fineman in Krupiy betogen).

Een verschuiving naar meer nadruk op het garanderen van rechtvaardige beslissingen en rechtvaardige uitkomsten in plaats van op lijsten met discriminatiegronden klinkt redelijk, maar roept wel de vraag op hoe dit er in de praktijk uit zou zien. Een manier om dit vorm te geven, is volgens de *living instrument doctrine* die het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) door de jaren heen heeft ontwikkeld om mensenrechten steeds opnieuw te interpreteren in het licht van nieuwe situaties en omstandigheden.⁶⁹ Rechteren kunnen deze aanpak gebruiken om per zaak, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, te bepalen wat rechtvaardig is.

68 Solove, D.J. (2023) *Data Is What Data Does: Regulating Use, Harm, a Risk Instead of Sensitive Data*, Washington DC: GW Law.

69 Letsas, G. (2013) The ECHR as a living instrument: its meaning and legitimacy, in: Føllesdal, A., Peters, B., Ulfstein, G. (eds.) *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*. Cambridge: Cambridge University Press. p. 106-141; Mowbray, A. (2005) The Creativity of the European Court of Human Rights, *Human Rights Law Review*, 5 (1), p. 57-79.

In het consumentenrecht worden oneerlijke handelspraktijken al op deze manier geïnterpreteerd door rechtbanken. In het aansprakelijkheidsrecht wordt de term schade ook op deze manier geïnterpreteerd, per zaak, afhankelijk van de specifieke omstandigheden. Op vergelijkbare manier zouden termen als gelijke kansen, rechtvaardigheid en sociale gerechtigheid voortdurend kunnen worden geïnterpreteerd door rechtbanken. Dat is geen pleidooi voor het afschaffen van de huidige lijsten met discriminatiegronden, die kunnen juist worden gebruikt voor het interpreteren van hoe rechtvaardige uitkomsten eruit zouden moeten zien.

Bijvoorbeeld iemand weigeren voor een baan op basis van religie is een schending van de huidige anti-discriminatiewetgeving én is onrechtvaardig wat betreft de uitkomst van de beslissing. De onrechtvaardigheid in dit geval kan eenvoudig worden gebaseerd op religie als een onacceptabel criterium voor het maken van de beslissing en de bredere uitsluiting van mensen op de arbeidsmarkt op basis van hun religie. Maar als de nadruk ligt op een rechtvaardige uitkomst, zal een rechter tot dezelfde conclusie komen. In de Uber zaak, waarin informatie over een bijna lege batterij in een mobiele telefoon wordt gebruikt als indicatie dat iemand waarschijnlijk bereid is meer te betalen voor een rit,⁷⁰ kunnen de huidige discriminatiegronden niet worden gebruikt, omdat een bijna lege batterij niet is genoemd in de wetgeving. De nadruk op rechtvaardige uitkomsten kan dan door rechtbanken worden gebruikt om te oordelen of deze praktijk is toegestaan.

6. Conclusie

In het digitale tijdperk is het mogelijk om beslissingen te nemen over mensen op allerlei gronden, ook gronden die niet beschermd zijn in anti-discriminatiewetgeving. Dit kan leiden tot beslissingen en vormen van besluitvorming die onrechtvaardig zijn. Als de gronden sterk gerelateerd zijn aan de wettelijk beschermde discriminatiegronden, kan dit ook leiden tot (indirecte) discriminatie.

Hoewel aanpassingen in anti-discriminatiewetgeving deze ontwikkelingen proberen bij te houden, met name door de lijsten met discriminatiegronden steeds verder uit te breiden, lijkt deze

70

Dakers, M. (2016) Uber knows customers with dying batteries are more likely to accept surge pricing. *The Telegraph*, October 30, 2017.

aanpak te falen door ten minste vier redenen. Ten eerste duurt het doorvoeren van deze veranderingen lang en al die tijd wordt geen bescherming geboden. Ten tweede is er niet altijd een gedeelde opvatting van rechtvaardigheid, waardoor ook geen consensus bestaat over welke gronden dan in de wet moeten worden opgenomen. Ten derde kunnen de wettelijke discriminatiegronden eenvoudig worden omzeild, bijvoorbeeld via indirecte discriminatie. Ten vierde is indirecte discriminatie zeer lastig op te sporen en te handhaven.

De voortdurende inspanning om de lijsten met wettelijke discriminatiegronden te actualiseren is waardevol om onrechtvaardige situaties aan te pakken. Via lagere wetgeving en jurisprudentie kan aanvullende bescherming worden geboden. Dit is doorgaans echter reactief in plaats van proactief. Het leidt tot almaar uitdijende lijsten van discriminatiegronden die feitelijk de beoogde bescherming kunnen verwateren. Bij deze aanpak zou eigenlijk elke eigenschap die gebruikt kan worden voor indirecte discriminatie moeten worden opgenomen als discriminatiegrond, maar dat is niet realistisch. Deze aanpak zou bovendien doel missen, omdat sommige gronden gebruikt kunnen worden voor besluitvorming die onschadelijk is ('false positives') terwijl tegelijkertijd andere gronden die niet in de wet staan kunnen worden gebruikt voor besluitvorming die wel degelijk schadelijk is ('false negatives').

De huidige aanpak verdient daarom heroverweging. In plaats van de huidige nadruk op discriminatiegronden zou (mede) nadruk kunnen liggen op de schade die bepaalde gegevens en beslissingen die daarop worden gebaseerd kunnen veroorzaken. Dat klinkt als gegevensbeschermingsrecht. In artikel 9 AVG is echter gekozen voor de traditionele aanpak van het opsommen van bijzondere ('gevoelige') gegevens, zoals in anti-discriminatiewetgeving. Het begint nu duidelijk te worden dat deze aanpak niet voldoende werkt en er is debat ontstaan of de nadruk niet meer moet liggen op hoe gegevens worden gebruikt, welke schade ze kunnen veroorzaken en welke risico's er zijn.⁷¹ Dit betekent niet dat de lijsten met discriminatiegronden overbodig zijn en afgeschaft kunnen worden, maar ze zouden wel gecombineerd kunnen worden met meer aandacht voor de kwetsbaarheden van personen. De lijsten met

discriminatiegronden hebben een grote symbolische waarde te vervullen, bieden een bepaalde mate van rechtszekerheid en bieden handvatten voor verdere interpretaties.

Maar het opsommen van discriminatiegronden, al dan niet limitatief, is op zichzelf onvoldoende. Meer nadruk op de kwetsbaarheden van mensen kan helpen bij het interpreteren van de ‘et cetera’ bepalingen in de niet-limitatieve lijsten. Deze zeer open bepalingen bieden veel ruimte voor interpretaties. Uiteraard is dat niet een interpretatie bedoeld als ‘en enige andere eigenschap’, maar meer als ‘en enige andere eigenschap die lijkt op de voornoemde eigenschappen’. Verdere invulling van interpretaties kan dan zijn: ‘enige andere eigenschap die vergelijkbare schade of onrechtvaardigheid kan opleveren’. De wetgever kan overwegen de wettekst navenant aan te passen, opdat de nadruk in de formulering minder ligt op de discriminatiegronden en meer op de onderliggende risico’s en onrechtvaardigheden.

Een dergelijke nieuwe aanpak vereist niet alleen een andere formulering van de wettelijke bepalingen, maar ook verder sociaalwetenschappelijk, ethisch en juridisch onderzoek naar wat eigenlijk rechtvaardig is in bepaalde situaties en contexten. Deze noties kunnen ook verder worden ontwikkeld in jurisprudentie. Het gegevensbeschermingsrecht is wellicht niet het beste voorbeeld, maar het consumentenrecht en het aansprakelijkheidsrecht zijn welbekend met wetgeving gericht op schade, risico’s en (on)eerlijke praktijken.

Als het doel van wetgeving is mensen te beschermen, dan ligt het voor de hand dit expliciet te formuleren. Op een bepaalde manier is het opsommen van discriminatiegronden een benadering: het operationaliseert de bescherming via een lijst met eigenschappen in plaats van dat het is gericht op de onderliggende doelstellingen van gelijke behandeling en rechtvaardigheid. Zoals met alle benaderingen zullen er dan *false positives* en *false negatives* zijn. De nadruk op gelijke behandeling en rechtvaardigheid is wellicht niet de perfecte oplossing (problemen met handhaving zullen bijvoorbeeld blijven bestaan, net als problemen met vaststellen wat rechtvaardig is), maar het stelt wel de doelstellingen van anti-discriminatiewetgeving centraal. Het uitgangspunt is dan dat eenieder die een inbreuk maakt op de gelijke kansen van een ander

wettelijk aansprakelijk is voor zulke handelingen. Dit is een paradigmaverschuiving die misschien nodig is om voldoende en toekomstbestendige bescherming te bieden tegen discriminatie in de data-economie.



De Grondwet en Artificiële Intelligentie

Egbert Dommering*

1. Probleemstelling

Er is in 2023 een hype ontstaan over Artificiële Intelligentie, met name rond *Chat GPT*, een taalrobot op internet die alle menselijke vragen kan beantwoorden, lezingen en scripties kan schrijven, en nog veel meer. En het blijft doorgaan met die publiciteit. Op het moment van het schrijven van dit artikel meldt de Volkskrant dat de maker van *Chat GPT*, Open AI, Sora heeft aangekondigd een AI-machine te maken die via een eenvoudige omschrijving in tekst een levensechte video produceert die ‘zeer realistisch’ oogt.¹ Hoe blijven wij deze pseudo-werkelijkheid de baas?

In dit artikel zal worden ingegaan op wat de eventuele implicaties van AI voor de Nederlandse Grondwet zouden kunnen zijn. De onvermijdelijke vraag is ook of de Gw zou moeten worden aangepast aan deze ‘nieuwe tijd’ en hoe: moet een grondwet niet ‘techniek neutraal’ zijn anders kun je wel aan de gang blijven met veranderingen.

Daartoe zal ik eerst ingaan op de vraag wat AI nu eigenlijk is en hoe het – juridisch – gedefinieerd moet worden. Vervolgens behandel ik de vraag of de Gw (telkens) aan veranderde technologieën moet worden aangepast. Ten slotte ga ik dieper in op de implicaties van AI voor de Gw. Ik sluit af met een algemene opmerking over de noodzaak de Gw aan te passen aan de effecten van wereldwijde communicatienetwerken in Nederland en de ontwikkeling van de EU-rechtsorde in dit domein.

* Emeritus-hoogleraar Informatierecht, Universiteit van Amsterdam.
1 *De Volkskrant*, 17 februari 2024, Rubriek *Ten Eerste*: ‘Open AI’s ‘Sora’ kan realistische video’s genereren op basis van eenvoudige tekst’.

2. Wat is AI?

In het laatste beleidsstuk dat er over dit onderwerp in Nederland op het moment van het schrijven van dit stuk voorhanden is, treffen we de herziene definitie van een 'AI-systeem' van de OESO (2023) aan. Het gaat om noot 5 van 'de aanbiedingsbrief (overheidsbrede) visie op generatieve AI'², met de staatsecretaris van 'Digitalisering en Koninkrijksrelaties' als eerste ondertekenaar:

'Een op machines gebaseerd systeem dat, voor expliciete of impliciete doelstellingen, afleidt, uit de input die het ontvangt, hoe de output zoals voorspellingen, inhoud, aanbevelingen of beslissingen moet genereren die fysieke of virtuele omgevingen kunnen beïnvloeden. Verschillende AI-systemen variëren in hun mate van autonomie en aanpassingsvermogen na implementatie/toepassing (deployment) ervan.'

Het vergt close reading om te begrijpen of de grammatica van deze zin klopt en wat deze betekent. Er staat: een systeem dat met behulp van computers overeenkomstig de doelstelling die het heeft meegekregen uit de input die het ontvangt output in de vorm van een beslissing, een aanbeveling, een feitenbestand of een voorspelling genereert die effect heeft op de omgeving waarin zij functioneert. Het ene AI-systeem functioneert zelfstandiger dan het andere en past de output uit zichzelf makkelijker aan dan de ander, voegt de tekst als kwalificatie aan deze definitie toe. Toch is deze definitie nog zo slecht niet, omdat het laat zien dat het zowel om de menselijk geselecteerde (data) input als de machinale bewerking daarvan gaat.

Sinds Descartes' 'cogito ergo sum' is de denkende geest een essentieel begrip om 'de mens' te definiëren. Er is de laatste jaren een groeiende discussie over Artificiële Intelligentie en de vraag of deze 'de geest' gaat overvleugelen of zelfs (op vitale gebieden) gaat vervangen. Naar aanleiding van ChatGPT heb ik mij recentelijk met deze vraag beziggehouden.³ Ik neem een citaat uit dit artikel op, omdat daarin het probleem waar het om draait uiteen wordt gezet:

'ChatGPT is een toepassing van een lerend AI-taalsysteem dat het mogelijk maakt dat een computer op basis van ingevoerde taaldata en een gecontroleerd 'leerproces' (algoritmen) vragen die aan hem

² Brief Ministerie van Binnenlandse Zaken, 18 januari 2024, kenmerk 2024-0000026119, ondertekend door de Staatsecretaris van Digitalisering en Koninkrijksrelaties.

³ 'Artificiële Intelligentie: Waar is de werkelijkheid gebleven', in: Computerrecht 2023 (nr. 258), p. 476-483.

worden gesteld, herkent en kan beantwoorden. Alle AI-paniek richt zich op de ‘output’ van AI, dat wat uit de computer komt: machtsmisbruik (verborgen camera’s die aan ‘gezichtsherkenning’ doen) en discriminatoire beslissingen. Van even groot, zo niet groter, belang is de ‘input’, dat wat er in de computer gaat: data en instructies (algoritmen). Ik sta daarom eerst stil bij de input.

De opwinding over AI is in 2023 ontstaan doordat ChatGPT door het bedrijf OpenAI eind 2022 op de markt werd gebracht.⁴ De website van het bedrijf informeert ons dat het een ‘AI and Research Company’ is en dat het zijn missie is ‘to ensure that artificial general intelligence benefits all of humanity.’⁵ Het bedrijf streeft dit doel na met ChatGPT die getraind is om met de gebruiker in gesprek te gaan. Deze dialoog maakt het mogelijk ‘to answer follow up questions, admit its mistakes, challenge incorrect premises, and reject inappropriate requests.’ In deze omschrijving valt al meteen iets op: In tegenstelling tot de hondse zeden en gewoonten van de gebruikers van de sociale media, presenteert de ChatGPT zich als een bijzonder beleefd wezen, net zoals vroeger de djinn die door op een lamp te wrijven werd opgeroepen om problemen op te lossen in het Duizend-en-één-nacht sprookje ‘Aladin en de wonderlamp’. Zo vreemd is die beleefdheid niet. Machines zijn als bedienden: zij volgen de instructies van de bestuurder op. Als een machine deze gehoorzame vriendelijkheid niet vertoont, krijgt zij meteen een monteur op haar dak.

Maar let even op: de Chat-machine beantwoordt vragen; dat is iets anders dan een bewijsvoering of iets waar of onwaar is. “Waarheid is een bijproduct.”⁶

De kennis en intelligentie van de ChatGPT is het product van de turbulente geschiedenis van het internet, en dan met name het World Wide Web. Deze toepassing heeft immers het 18^e eeuwse encyclopedie-ideaal verwezenlijkt door alle op de aarde gepubliceerde kennis (webpagina’s), uit welke bron dan ook, toegankelijk te maken en met elkaar te verbinden.⁷ De steeds ‘intelligenter’ zoekmachine (een voorloper van de chatbot) deed de rest.

4 29 november 2022 in San Francisco. Het werd meteen een hype. De winst van de onderneming wordt dit jaar geschat op \$200 miljoen; bron *Financial Times* 17 juni 2023.

5 <https://openai.com/blog/chatgpt>, geraadpleegd juli 2023.

6 Citaat uit de door mij bijgewoonde lezing van 12 juni 2023 van Jelle Zuidema, specialist Neuro linguïstisch programmeren aan de Faculteit Wis- en Natuurkunde van de UvA.

7 Ik verwijs voor de geschiedenis naar Egbert Dommering, *De Europese Informatierechtsorde*, Amsterdam: deLex 2019, Hoofdstuk II, paragrafen 1 en 2.

Om het kenniswonder ChatGPT mogelijk te maken is allereerst nodig dat het ‘taalmodel’ (dat teruggaat op het model uit 1948 van Claude Shannon, de man die de ‘bits’ heeft bedacht) waaruit deze put zo groot mogelijk is. De kans dat hij bij een open vraag het antwoord herkent, wordt daardoor immers groter. De ontwikkeling van ChatGPT is in 2018 begonnen, en in vier jaar tijd is het taalmodel waarmee wordt gewerkt duizenden malen groter geworden.

Deze enorme berg taal (en bijbehorend beeld) moet worden bewerkt, vervolgens in nullen en enen opgeslagen in het computergeheugen, dan afgebroken in kleinere eenheden en dan door de computer zo te trainen dat deze bij een vraag, door vergelijking met de ingevoerde data, vrij nauwkeurige voorspellingen over het juiste antwoord kan geven. Dat bewerkingsproces heeft de laatste twee jaar – door de enorme schaalvergroting – grote stappen gemaakt.

Heeft de Geest nu de Werkelijkheid overwonnen dankzij het internet? Helaas is dat niet zo. We zijn veeleer getuige van een moorddadig datificeringsproces, zoals Kate Crawford dat in haar boek *Atlas of AI* onder woorden brengt.⁸ De werkelijkheid wordt omgezet in een massa neutrale bits:

“The data are not seen as carrying meaning or ethical weight as images of individual people. The personal, the social and the political meanings are all neutralised. It represents the shift from *image* to *infrastructure*, where the meaning or care that might be given to the image of an individual person or context behind a scene, is presumed to be erased at the moment it becomes part of an aggregate mass that will drive a broader system.”

Crawford wijst er terecht op dat AI niet alleen een wereld-omspannende database is, maar ook een verdeling van markten en infrastructuren tussen wereldbedrijven zoals Microsoft (de grootste aandeelhouder van Open AI), Meta, Adobe, Google, en Open AI (allen met eigen generatieve systemen onder andere merknamen). China (en TikTok) rukt op met een eigen data-infrastructuur. Dit is een begin van een nauwelijks gereguleerde innovatie in een bestaande technologie. De sprong die er binnen Google met het vervolmaken van het vertaalsysteem is gemaakt is een essentieel moment in deze ontwikkeling geweest.⁹

8 Kate Crawford, *Atlas of AI*, New Haven and London: Yale University Press 2021, pp. 18-21.
9 ‘Transformers: the Google scientists who pioneered an AI revolution.’, in: *Financial Times* 23 juli 2023.

Tot zover dit citaat. Er zijn natuurlijk ook andere AI-systemen die in de aan het begin genoemde OESO-definitie worden meegenomen. Dit zijn systemen die in tal van wetenschappen worden ingezet om op basis van een enorme hoeveelheid empirische data wetenschappelijke voorspellingen te doen. Denk aan astronomie, medische diagnostiek, weervoorspellingen, marktontwikkelingen, juridische en maatschappelijke risico inschattingen, enzovoort. Het gaat ook om vervanging van menselijke routine arbeid bij het verzamelen en ordenen van informatie, en dit kan dan weer gekoppeld worden aan beslissystemen, die functioneren volgens door mensen aan dit systeem meegegeven beslisregels.

Terug naar de filosofische vraag of AI het ‘cogito ergo sum’ kan verslaan. Dit is in wezen de filosofische vraag of de menselijke geest geheel wordt bepaald door ervaringsdata (empirisme: Locke, Hume) of door een ‘geestelijke’ structuur (rationalisme: Plato, Descartes) of door beide (Kant: empirisme binnen een rationele geestelijk structuur). Ik verwijs de geïnteresseerde lezer naar de bijzonder mooie behandeling van dit onderwerp in het boek van Guido van der Knaap, *Van Aristoteles tot Algoritme*.¹⁰ De ontwikkeling van AI beweegt zich tussen de twee polen ‘rationalisme’ en ‘empirisme’. Enige citaten uit dit boek:

‘Door sterk de nadruk te leggen op de ontwikkeling van het juiste symboolsysteem past het eerdere onderzoek naar AI goed binnen de rationalistische traditie. Het doel was niet om een AI-programma ervaringen te laten opdoen, maar om AI van kennis te voorzien om een eventuele ervaring tot een goed einde te brengen. Bij schaken was het doel om AI een veelvoud van strategieën te geven om het spel te winnen, niet om zoveel mogelijk spelletjes schaak te laten spelen om een eigen strategie te ontwikkelen. Het is als een voetbaltrainer die ellenlange tactische besprekingen houdt in de hoop dat zijn spelers zijn tactiek tijdens de wedstrijd goed uitvoeren, maar zijn spelers bar weinig laat trainen.’

(...)

We zien bij de Go-computer, in 2017 ‘Deep Mind’ en later ‘Alpha Go Zero’, beide ontwikkeld door Google, de geleidelijke overgang naar het empirische model:

‘Twintig jaar later komt ‘Deep Mind’ (...) met het programma *AlphaGo*. Go is een in China populair spel en wordt door vele mogelijke zetten en speculaties gezien als een spel dat voor de computer moeilijker is dan schaken. Toch lukt het *AlphaGo* de wereldkampioen te verslaan. De eerste versies van *AlphaGo* doen dat door een veelvoud van go-wedstrijden van specialisten te bekijken. Op die manier leert het programma wat goede strategieën zijn. Door vervolgens veel oefenspelletjes te spelen wordt *AlphaGo* steeds beter. (...). De succesvollere versie *AlphaGo Zero* gaat nog een stap verder. Het programma krijgt alleen de spelregels van GO mee en is verder een *tabula rasa*, een onbeschreven blad. Kennis van experts ontbreekt, evenals voorbeelden van gespeelde wedstrijden. *AlphaGo Zero* leert het spel door heel vaak tegen zichzelf te spelen, zo’n 29 miljoen keer. Het levert een uiterst succesvolle go-speler op. (...) Go-grootmeester Lee besluit in het najaar van 2019 het bijltje erbij neer te gooien. *AlphaGo Zero* is volgen hem onverslaanbaar.’¹¹

De imput van data is dus niet meer uit een AI-systeem weg te denken. Toch is er een geestelijke component, namelijk de onderscheidende kwaliteit van de ingevoerde data en de ordenende beslisregels (algoritmes) die worden ingezet. Ik citeer nogmaals uit mijn in noot 3 genoemde artikel:

‘Maar dit is ook het gebied dat wordt aangeduid met de ‘algoritmes’ die verkeerd of discriminatoir kunnen uitpakken, met name als het gaat om data met conflicterende waarden in categoriserings-systemen. Waar het bij de eerste input gaat om alle data van hun positieve of negatieve maatschappelijke en culturele waarde te ontdoen, gaat het bij categorisering juist om toekenning van positieve of negatieve waarde aan die data aan de hand van categoriseringssystemen.’

Een scherpe formulering van dit aspect van ordening door algoritmes is die van Louise Amoore:¹²

11 Citaten a.w. noot 10, pp. 36-37. Zie ook de verhelderende studie, Dominique Cardon, *A quoi rêvent les algorithmes?* Parijs: Editions de Seuil et la République des idées 2015.

12 Louise Amoore, *Cloud Ethics: Algorithms and the Attributes of Ourselves and Others*, Durnham: Duke University Press 2020, hoofdstuk 1. Oudere bronnen zijn James C. Scott, *Seeing like a State*, Yale: Yale University 1998 en John Cheney-Lippold, *We are Data, Algorithms and the Making of our digital selves*, New York: New York University Press 2017.

“The very essence of algorithms is that they afford greater degrees of recognition and value to some features of a scene than they do to others. In so doing, algorithms generate themselves as ‘ethicopolitical’ beings in the world. (...) ‘I have studied the algorithm not as a finite series of programmable steps but as perennially adjustable and modifiable in relation to a target output.’”

En met die laatste zinsnede raken we dus de kern: het algoritme is in deze benadering niet een instructie om de machine beter te laten werken (een betere machinecode), maar een instrument om door middel van een machine een menselijke doelstelling te verwezenlijken (een betere maatschappelijke code).

Om een voorbeeld van een verkeerd algoritme te noemen: Het AI beslisregelsysteem dat mede de ‘Toeslagenaffaire’ heeft veroorzaakt, was te simpel, omdat het iemand die een vergissing maakte bij de terugbetaling van een uitkering, ongeacht de aard en de ernst daarvan, bleef behandelen als een ‘frauderende Bulgaar’ en de daarop van toepassing zijnde draconische sancties genereerde. Er was nog een andere menselijke component: de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State achtte zich niet in staat daar iets aan te doen, omdat het oordeelde dat de toepasselijke wettelijke bepaling geen ruimte bood om in het concrete geval af te wijken van de regel.

De slotsom is dat een ‘AI-systeem’ bestaat uit algoritmen plus data. Artikel 1 van de AI-ontwerpverordening (waarvan de tekst op het moment van het schrijven van dit artikel definitief door EU Commissie en Parlement is vastgesteld) definieert alleen op basis van de software (algoritme):

‘Artificiële-intelligentiesysteem (AI-systeem): software die is ontwikkeld aan de hand van een of meer van de technieken en benaderingen die zijn opgenomen in de lijst van bijlage I en die voor een bepaalde reeks door mensen gedefinieerde doelstellingen output kan genereren, zoals inhoud, voorspellingen, aanbevelingen of beslissingen die van invloed zijn op de omgeving waarmee wordt geïnterageerd.’

De verboden systemen worden dan verder gedefinieerd aan de hand van de middelen die worden ingezet: subliminaal, gericht op kwetsbare personen, beoordelingscriteria van mensen gebaseerd op sociaal gedrag en biometrische identificatie van potentiële daders van strafbare feiten. Het ‘hoge risico’ wordt in Bijlage III gedefinieerd

aan de hand van mogelijke schending van grondrechten en dat gebeurt ook aan de hand van de doelstelling van de systemen die weer zijn ondergebracht in categorieën, bijvoorbeeld ‘biometrische identificatie op afstand’ of in de rubriek ‘beheer en exploitatie van kritieke infrastructuur’. De verordening bevat ten aanzien van de aanbieders van ‘hoge risico’-systemen transparantie- en controlevoorschriften. Zij krijgen in hoofdstuk 2 van Titel III specifieke administratieve verplichtingen opgelegd die betrekking hebben op beheer, beperken van risico’s en toegankelijkheid van de gebruikte software. Ook legt zij bijzondere zorgvuldigheidsverplichtingen op aan de gebruikers van AI-systemen met bijzondere risico’s. Artikel 14 schrijft permanent menselijk toezicht voor.

Het bezwaar van deze definitie(s) is dat het de (data) input als onderdeel van een AI-systeem niet duidelijk benoemt en het risico niet in het systeem zelf legt, maar in het gebruiksdoel. Je bent dus een ‘slagersmes’ aan het reguleren, omdat je er zowel vlees mee kunt snijden als een moord plegen. Je kunt al die verboden doelstellingen ook techniekonafhankelijk reguleren.

Toch zijn grote maatschappelijke gevaren aan AI verbonden en dit brengt mij op algemene AI-beginselen.

3. Algemene AI-beginselen

Bij AI gaat het dus niet om een substituuat van de menselijke geest (ik ga hier voorbij aan de vraag hoe je die ‘menselijke geest’ precies filosofisch moet definiëren), maar om een krachtige door de mens te controleren informatiemachine, zowel op het vlak van de data in- en output, als op het vlak van de daarbij gehanteerde automatische orderingsprincipes en beslisregels. Maar AI drukt ons wel op het ontologische feit dat mens en wereld steeds meer gezien worden als ‘informatie’, of zoals David Chalmers het in zijn boek *Reality +* uitdrukt van ‘it from bit’ of voluit: ‘Every physical quantity, every it, derives its ultimate significance from bits, binary yes-or-no indications, a conclusion we epitomize in the phrase, *it from bit*. (...) According to the it-from-bit consciousness view, *mind* in some form comes first, and physics derives from it.’¹³ We hoeven de ontologische consequenties van deze stelling niet te aanvaarden om te kunnen vaststellen dat een steeds groter deel van de maatschappelijke en

natuurlijke werkelijkheid die wij waarnemen en beïnvloeden, waarin wij leven en waarop wij ons gedrag en beslissingen afstemmen, gegenereerd wordt door digitale (bits) informatiemachines. Het is tegelijkertijd én echte én virtuele realiteit. Anders dan virtuele werkelijkheid-specialisten, meen ik dat er altijd een mengvorm is van de echte en van de virtuele werkelijkheid. Sociale media zijn daarvan een goed voorbeeld: die bestaan zowel in de constante werkelijkheid van personen met maatschappelijke achtergronden als in de constante informatie-uitwisseling tussen hen via digitale media. De deelnemers leven permanent in een mix van die twee. Chalmers: ‘Importantly, both the Apple reality and the Google reality are part of objective reality. (...) Nothing in our discussion of virtual worlds within virtual worlds suggests that there is not a base reality at the top of the chain.’¹⁴

Dit heeft implicaties voor alle rechtsregels op het gebied van dataverwerking (bv auteursrecht, privacy, informatievrijheid, besluitvorming). Daarnaast onderscheid ik in het geciteerde artikel een paar fundamentele algemene AI-regels¹⁵:

Transparantiebeginsel

Ik heb al eens bepleit dat dit een beginsel van behoorlijk bestuur zou moeten zijn om overheidsbesluiten te beoordelen.¹⁶ In dat kader moet ook de ‘algoritmische’ basis van een bestuursbeleid worden beoordeeld, maar helaas is met de aanpassing van de Awb met dit aspect in het geheel geen rekening gehouden.¹⁷ Maar het moet ook gelden voor andere rechtsgebieden, die steeds meer door automatische processen worden beheerst. Dat transparantiebeginsel houdt dus kort gezegd in, dat verantwoord moet (kunnen) worden hoe en met welke technische middelen beslissingen (die feitelijke en rechtsgevolgen voor individuen hebben) tot stand zijn gekomen.

Verificatiebeginsel

Ik bepleit in aanvulling op het transparantiebeginsel een algemeen menselijk verificatiebeginsel. Als zodanig zie ik in artikel 22 van de

14 Chalmers a.w., p. 233.

15 Zie het in noot 3 geciteerde artikel.

16 E.J. Dommering, ‘Naar een algemeen transparantiebeginsel?’, in: *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht (ntb)*, 2022, 5, p. 265-271.

17 Zie in de in noot 3 geciteerde aflevering van Computerrecht, het artikel van Johan Wolswinkel ‘De grote onbekende in de vergelijking: geautomatiseerde besluitvorming binnen de Wet versterking waarborgfunctie Awb’. In gelijke zin: Mirte Houweling & Lotte Kuijl, ‘Algoritmische besluitvorming. Een leemte in de bestuursrechtelijke rechtsbescherming’, in: C.J.H. Janssen (red), *Digitalisering en recht*, p. 117-130 en de door hen aangehaalde literatuur.

AVG (verbod op automatische beslissingen ten aanzien van zaken die iemands privacy raken) de uitdrukking van een algemener beginsel dat ook andere grondrechten regardeert, met name de waarheidsvinding die door het recht van vrije meningsuiting wordt beschermd. Een mens moet controleren of de feiten en de rechtsregels waar de beslissing op steunt wel kloppen. Een voorbeeld van een geleidelijke toepassing van het verificatiebeginsel door de rechter, zou je de door het EU Hof ontwikkelde jurisprudentie rond de zoekmachine kunnen noemen, die meer verantwoordelijkheid bij de exploitant van de zoekmachine is gaan leggen voor het zoekresultaat in het kader van bescherming van het privéleven.¹⁸ (...)

Maar dit is mijns inziens niet voldoende, omdat AI-systemen vervangers lijken te worden van menselijke waarheidsvinding, terwijl ze dat niet zijn. (...) Ze zijn ten opzichte van zoekmachines eigenlijk een stap terug. Die presenteren immers een zoekresultaat waarvan de feitelijke en logische uitgangspunten door de menselijke vrager geverifieerd kunnen worden, omdat bronnen worden getoond, althans door de vrager kunnen worden gevonden.¹⁹ (...) Het is geen *zoekmachine* maar een *antwoordmachine*. Om de machine te kunnen controleren moet je dus weten hoe de machine tot een antwoord is gekomen. (...)

En eenzelfde verhaal is bij 'beeld' en 'geluid' te houden. We kunnen aan met AI gefabriceerd digitaal beeld of geluid niet meer zien of horen of het 'echt' is.

Het behoeft geen betoog dat het transparantiebeginsel en het verificatiebeginsel nauw samenhangen, maar ze moeten m.i. toch van elkaar onderscheiden worden, omdat niet alleen de 'black box' moet worden geopend, maar ook de middelen aanwezig moeten zijn om de juistheid van de inhoud daarvan langs menselijke waarneming te verifiëren. Dit kan in verschillende vormen gebeuren. De zwaarste vorm is dat er altijd (een weg naar) bronnen moet worden geopend. Een lichtere vorm is een waarschuwingsplicht en adequate

18 HvJEU 13 mei 2014, C-131/12, NJ 2014, 385, (Google I); HvJ EU 24 september 2019, C-136/17 (Google/Frankrijk I), NJ 2019, 434; HvJ EU 24 september 2019, C-507/17 (zaak Google/Frankrijk II), NJ 2019/435, beide met noot E.J. Dommering.

19 Daar is natuurlijk ook nog het nodige over te zeggen, toch blijft dit een belangrijk na te streven uitgangspunt. Er is een interessante analyse van de rol van Wikipedia bij het behoud van 'feiten' op het World Wide Web, Heather Ford, *Writing the revolution. Wikipedia and the Survival of Facts in the Digital Age*, Cambridge/Massachusetts: MIT Press 2022.

voorziening op verzoek bronnen te ontsluiten.²⁰ En er is bij een begane fout correctie en rectificatieplicht.

Beginsel van menselijke tussenkomst

Ik gaf hiervoor al aan dat dat de regel over automatische besluitvorming in artikel 22 AVG de uitdrukking is van een veel algemener beginsel dat degene die geraakt wordt in individuele rechten door een automatisch dataverwerkingsproces de mogelijkheid moet hebben beroep te doen op een menselijke (correctieve) beslissing. In de Amerikaanse ‘AI Bill of Rights’ neemt het beginsel aangeduid als ‘Human alternatives, Consideration and Fall Back’ een prominente plaats in.²¹

4. AI-beginselen in de Gw: moet de Grondwet aan de technologie worden aangepast?

Hoe moet de Gw met dit fenomeen omgaan? In dit verband rijst de algemene vraag hoe de Gw zich tot technologische ontwikkelingen moet verhouden. Ook dat is niet geheel nieuw voor mij.²² In de bundel *150 jaar grondwet* uit 1998 tijdens de opkomst van het internet heb ik mij al eens met die vraag beziggehouden in een artikel ‘De Grondwet en de informatiemaatschappij’. Die bundel stond sterk in het teken van de technologie, waarvan in de inleiding van J.H.P. Donner²³ een beeld wordt geschetst alsof het om een sciencefiction verhaal van Jules Verne gaat:

‘Drijvende kracht achter die ontwikkelingen zijn technische veranderingen. Ontwikkelingen op het punt van telecommunicatie, miniaturisering en informatieverwerking breiden het menselijk kunnen in verschillende richtingen fundamenteel uit. Daardoor kunnen wij ons niet alleen fysiek verplaatsen, maar ook in beeld, woord en geschrift. Afstanden zijn ook niet alleen overbrugbaar geworden; ze nemen absoluut in betekenis in het maatschappelijk beeld af. We kunnen niet alleen ver zien en – horen, maar voortaan ook elders actief ingrijpen zonder dat men zich daarvoor hoeft te verplaatsen. Beperkingen van tijd, afstand, materiaal en verwerking

20 Ik wijs op een recente uitspraak van HvJEU over de omvang van het ‘inzagerecht’ volgens de AVG, HvJEU 4 mei 2023 NJ 2024, 1, m.nt E.J. Dommering: omvang inzagerecht persoonsgegevens.

21 <https://www.whitehouse.gov/ostp/ai-bill-of-rights/>

22 Egbert Dommering, ‘De Grondwet in de informatiemaatschappij’ in: M.C. Burkens e.a. (red.), *Gelet op de grondwet, 150 jaar Grondwet*, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijkszaken 1998, hoofdstuk 7.

23 A.w. noot 22, p. 13.

van gegevens nemen daardoor in betekenis af voor de organisatie van het maatschappelijk verkeer. Onder invloed daarvan veranderen de economische dynamiek en de structuren van het dagelijkse leven, beperkingen die tot dusver impliciet gesteld waren, vallen weg. Nieuwe morele vragen en verantwoordelijkheden ontstaan ook naarmate het Faustiaanse ideaal van het scheppen van leven binnen handbereik komt.’

Teruglezend na zoveel jaar vraag ik mij af of dat de juiste aanpak is. Het artikel dat ik toen vanuit het perspectief van het beginnende internet schreef, vind ik nu sterk gedateerd. Toegegeven moet worden dat het grondrechtenhoofdstuk in de Gw (en daartoe beperk ik mij, omdat de discussie over AI m.i. op dat niveau moet worden gevoerd) een wonderlijk allegaartje is van geschiedenis, techniek, beginselen en het niet regelen van het probleem. De artikelen 1, 3 en 4 bevatten het fundamentele gelijkheidsbeginsel, artikel 2 de rechten verbonden aan de nationaliteit, de artikelen 6 en 23 de godsdienst en onderwijsvrijheid. Artikel 11 de lichamelijke integriteit, artikel 12 de bescherming van de particuliere woning, artikel 14 het eigendomsrecht, artikel 15 het recht van vrijheid van beweging. Dit zijn allemaal artikelen die de inhoud van het recht (min of meer) regelen. Artikel 7 over de vrijheid van meningsuiting bevat geen inhoudelijke regel, alleen een sterk censuurverbod. Hier komt de techniek om de hoek kijken door de drukpers een betere bescherming te geven dan radio, televisie en ‘andere middelen’. Artikel 13 is ook techniek gebonden omdat het spreekt over onschendbaarheid van het briefgeheim en het telegraaf- en telefoongeheim. De artikelen 8, 9 en 10 benoemen de rechten van vereniging, vergadering, betoging en privacy zonder deze rechten inhoudelijk te definiëren; zij zeggen dat de wetgever dat moet doen. Door het toetsingsverbod van artikel 120 Gw is er ook geen update via jurisprudentie van de nationale rechter. De nieuwe ontwikkelingen werden door de nationale rechter via de artikelen 93 en 94 Gw door rechtstreekse toepassing van het EVRM (dat voor fundamentele rechten wel inhoudelijke normen bevat) ingepast.²⁴ Voorts is er de werking van het Europese Handvest via het VwEU.

24 Hiervoor noemde ik de Toeslagenaffaire als een gecombineerd probleem van AI en menselijke toepassing. In dit verband is relevant de beslissing in de zaak LB/Hongarije, EHRM (Grand Chamber) 9 maart 2023 (nr. 36345/16), NJ 2024, 144 m.nt E.J.Dommering, waarin het Hof een fiscale strafmaatregel in strijd acht met artikel 8 EVRM omdat de wet waar deze op was gebaseerd niet voorzag in een proportionaliteitstoetsing. Naar mijn oordeel had de ABRs op grond van artikel 94 Gw in de Toeslagen Affaire de opgelegde sanctie maatregelen veel eerder kunnen en moeten toetsen aan het EVRM, m.n. artikel 8 EVRM en artikel 1 van het Eerste Protocol bij dit verdrag.

Terugkerend naar de vraag of en hoe AI (Niet Faust maar Dracula!) in de Gw moet worden ingepast, denk ik dat deze niet aan een specifiek vrijheidsartikel moeten worden gekoppeld maar op het niveau van het gelijkheidsbeginsel moeten worden geregeld. Het gaat immers om twee fundamentele beginselen: toepassing en beperking van rechten *door mensen* en bescherming van de *integriteit* van het beeld van de werkelijkheid. Met dit laatste aspect maakt AI wel een blijvend onderdeel van de communicatievrijheden uit.

Ik ben zo vrij om mijn hiervoor geformuleerde beginselen om te zetten in twee korte grondwetsartikelen, die passen in de geserreerde stijl van onze Grondwet.

I De uitoefening en beperking van de bij of krachtens de Grondwet beschermde rechten moet voor mensen doorzichtig zijn en kan slechts plaats vinden door menselijke tussenkomst.

Toelichting: Dit zijn het hiervoor besproken transparantiebeginsel en het beginsel van menselijke tussenkomst. Dit artikel beoogt vast te leggen dat bij alle ‘automatische’ (AI gestuurde) uitoefening of beperking van rechten altijd een menselijk subject als eindverantwoordelijke moet worden aangewezen. Het is dus een eis aan de kant van de uitoefening, bijvoorbeeld Chatbots, verspreiding van informatie, bewerking van persoonsgegevens, AI redactie van informatie enzovoort. Het is ook een eis aan de kant van beperking (inclusief geschilbeslechting waar het laatste woord is aan een mens). Daarbij hoort dus ook de transparantieregel. Het interessante van deze regels is dat zij aansluiten op de regels die de science fiction schrijver Isaac Asimov al in 1940 formuleerde voor robots. De regels luiden, voor zover hier van belang: Een robot (nu dus AI) moet de instructies van mensen opvolgen. Interessant is dat de James Bridle die in zijn boek *New Dark Age* Asimov noemt zijn regels aanvult met een transparantie regel: Een robot moet zijn werking aan mensen kunnen uitleggen.²⁵

II Hij die al of niet door tussenkomst van communicatietechniek informatie openbaar maakt is gehouden de bronnen waarop deze informatie berust al of niet op verzoek openbaar te maken, behoudens beperkingen gesteld bij de wet.

Dit is het hiervoor genoemde transparantie-verificatiebeginsel. Het moet een algemeen artikel zijn omdat het zich niet alleen richt tot de

media, maar ook tot alle burgers en organisaties die informatie bewerken, opslaan en verspreiden. Het vermijdt een inhoudelijke ‘waarheidsnorm’ te formuleren omdat dat strijdig is met de vrijheid van meningsuiting, maar het is dus wel een middel om te achterhalen of het om fake gaat. De opgenomen beperking bij wet ziet op geheimhoudingsplichten, bronbescherming van journalisten, Wet open overheid etc.

De rechtvaardiging voor het opnemen van een dergelijke informatienorm, zou je de consequentie van de vrijheid van meningsuiting kunnen noemen. Die is in de 18^e eeuw ontwikkeld. Zij werd zo wezenlijk geacht voor meningsuitwisseling en bevordering van kennis over mens, samenleving en natuur dat het een grondwettelijke norm in een democratie is geworden. Je zou het daarom de ‘encyclopedieregel’ kunnen noemen.²⁶ Nu wij in een werkelijkheid leven waarin het niet alleen gemakkelijk is door middel van informatiemachines een volstrekt vals beeld van de werkelijkheid te maken, maar daar ook op grote schaal gebruik van wordt gemaakt, is een aanvullende bescherming van die vrijheid op zijn plaats.

5. Een algemene slotopmerking

‘But what if this is not true at all? A close reading of computer history reveals an ever-increasing opacity allied to a concentration of power, and the retreat of power into ever more narrow domains of experience. By reifying the concerns of the present in unquestionable architecture, computation freezes the problems of the immediate moment into abstract, intractable dilemmas; obsessing over a small class of mathematical and material conundrums rather than the broader questions of a truly democratic and egalitarian society.’²⁷

AI staat als uitvinding niet op zichzelf. Sterker nog dan in het boek *Atlas of AI* van Kate Crawford, analyseert de in de aanhef geciteerde Bridle in *New Dark Age* dat AI het product is van de explosieve groei van netwerken en datatechnologie. Dit heeft geleid tot een concentratie van macht in wereldwijde niet aan staatssoevereiniteit gebonden netwerken in handen van een paar internationale spelers (Google,

26 Zie over de geschiedenis van de encyclopedie, Egbert Dommering, *Het Verschil van Mening*, Amsterdam: Prometheus 2017 hoofdstuk 9-11.

27 James Bridle *New Dark Age, Technology and the End of the Future* London: Verso 2023 (updated version), p. 34.

Meta enz.) die daarmee zowel de commerciële en politieke communicatie in handen hebben, ook in Nederland. Bridle vat dat samen in het citaat waar deze paragraaf mee begint. Hij zegt: dat probleem proberen we te verdoezelen door die macht te herleiden tot wiskundige puzzeltjes (gedomineerd door een paar whizzkids zeg ik erbij), maar dan missen we de grotere vragen van een democratische op gelijkheid gebaseerde samenleving die aan de orde zijn. Dat betekent dat AI een onderdeel is van de onderwerpen die door de artikelen 6-10 Gw worden geadresseerd. Wij kunnen wel plechtig in de Gw opschrijven dat de Nederlandse staat moet zorgen voor pluriforme media en privacy van de burgers, maar het is een illusie te denken dat daarmee de kracht van deze internationale netwerken en diensten wordt beperkt. Deze hebben ook belangrijke invloed op het functioneren van het democratisch systeem als geheel (hoofdstuk 3 van de Gw) omdat zij sociale bewegingen buiten de staatkundige democratische structuur mobiliseren. Wij zullen dus moeten proberen deze problemen in de Grondwet aan te pakken om een steviger constitutionele basis te creëren deze netwerken op nationaal niveau te reguleren.²⁸

Het heeft ook een nieuwe Europeesrechtelijke dimensie. Wij hebben geleerd te denken in het monistische schema van artikel 94 Gw-EVRM (de Nederlandse rechter toetst de Nederlandse wet rechtstreeks aan het EVRM), maar deze gehele materie is zo langzamerhand EU recht (en het daarin opgenomen Europese Handvest) geworden. Ook dat vergt een nieuwe plaatsbepaling van de Nederlandse Gw.²⁹

28 Ik noem enige recente studies over het machtsblok van de sociale media: Zeynep Tufekci, *Twitter and Gas. The Power and Fragility of Networked Protest*, New Haven/Londen: Yale University Press 2017; Jonathan Taplin, *Move and Break Things, How Facebook, Google and Amazon cornered Culture and undermined Democracy*, New York: Little, Brown and Company 2017; Philip Napoli, *Social Media and the Public Interest. Media Regulation in the Disinformation Age*, New York: Columbia University Press 2019; Richard Seymour, *The Twittering Machine*, Londen: The Indigo Press 2019; Rana Foroohar, *Don't be Evil*, New York: Currency 2019, Philip N. Howard, *Lie Machines*, New Haven and Londen: Yale University Press 2020; James Ball, *The System, who owns the internet, and how it owns us*, Londen: Bloomsbury Publishing 2020; Max Fisher, *The Chaos Machine The inside story how social media rewired our minds and our world*, Londen: Quercus Editions 2022; Emily Hunt, *The Influencer Industry*, Princeton: Princeton University Press 2023.

29 Zie: Hanco Jürgens, 'Het debat over het Nederlandse staatsrecht kan niet zonder gevolgen blijven', in: *Opiniepagina NRC* 21 maart 2024.



Het opvullen van een lacune in de Grondwet

Naar een grondrecht op toegang tot en zinvol contact met het bestuur¹

Jurgen Goossens*

I. Vertrouwenscrisis in de rechtsstaat: ‘blind voor mens en recht’

De voorbije jaren vond een duidelijke terugval plaats van het publieke vertrouwen in politieke instituties: een terugval van 52% in 2018 naar 29% in 2023 voor de Tweede Kamer en van 46% in 2018 naar 25% in 2023 voor de regering.² Zoals in mijn inaugurele rede omstandig toegelicht, is dit zorgelijk gelet op de cruciale rol die deze actoren spelen in het parlementair stelsel en de democratische rechtsstaat. Nadat op schrijnende wijze duidelijk werd welk ‘ongekend onrecht’³ zich jarenlang heeft voltrokken in de toeslagenaffaire, bood kabinet Rutte III zijn ontslag aan op 15 januari 2021. De toeslagenaffaire zindert nog steeds volop na. Er werd onder meer duidelijk hoe de burger in de uitvoering klem raakt ‘tussen balie en beleid’,⁴ overheid en burger steeds verder van elkaar zijn komen te staan, burgers moeilijk in contact kunnen komen met uitvoeringsinstanties, overheden de zelfredzaamheid en het doenvermogen van burgers overschatten en de menselijke maat uit het oog wordt verloren.⁵ Dienstverlening heeft nood aan een menselijk(er) gezicht.⁶

* Hoogleraar staatsrecht aan de Universiteit Utrecht – Afdeling Staatsrecht, Bestuursrecht en Rechtstheorie – Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging

1 Dit essay bouwt verder op mijn inaugurele rede ‘De terugkeer van het staatsrecht’, uitgesproken op 13 oktober 2023 aan de Universiteit Utrecht, en vormt een grondigere onderbouwing en uitwerking van één concreet voorstel uit die rede, namelijk een (grond)recht op toegang tot en zinvol contact met het bestuur.

2 ‘Nederlanders hebben onverminderd vertrouwen in de rechtsstaat (Staat van het Recht I)’, ioresearch.nl, 9 september 2023.

3 Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag 2020.

4 Tijdelijke commissie Uitvoeringsorganisaties 2021.

5 Ibid., p. 39.

6 Zie voor tips: *ibid.*, p. 10-13.

Oud-informateur Tjeenk Willink kwam in 2021 tot de vaststelling dat de overheid een bedrijf was “dat goed “gemanaged” moest worden met de burger als klant en kostenpost”.⁷ Echter al in 2013 schreef de voormalig Nationale ombudsman Brenninkmeijer de volgende profetische woorden op als een waarschuwing:

“Met een uitdijend woud van soms tegenstrijdige regels wil de overheid grip krijgen op zo’n beetje alles. Wantrouwen is daarbij het uitgangspunt. Terwijl de meeste mensen deugen. [...] De goede verbinding tussen overheid en burger raakt zoek”.⁸

Ondertussen meer dan 10 jaar later en voortbouwend op de rapporten van de parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag ‘Ongekend onrecht’ (17 december 2020)⁹ en het rapport van de Tijdelijke commissie Uitvoeringsorganisaties ‘Klem tussen balie en beleid’ (25 februari 2021),¹⁰ kwam de parlementaire enquêtecommissie Fraudebeleid en Dienstverlening in haar rapport ‘Blind voor mens en recht’ (26 februari 2024) recent tot de volgende – ondertussen nog weinig verrassende – hoofdconclusie:

“In een verhard politiek en maatschappelijk klimaat zijn de drie staatsmachten blind geweest voor mens en recht, waardoor levens zijn vermorzeld. Het is pijnlijk dat juist het systeem van sociale zekerheid en toeslagen dat is bedoeld om mensen te ondersteunen, diezelfde mensen in de vernieling heeft geholpen. Het kabinet en het parlement hebben gefaald, de uitvoering heeft onrechtmatig gehandeld en de rechtspraak is tekortgeschoten in het bieden van bescherming aan mensen. Hierdoor zijn grondrechten van mensen geschonden en is de rechtsstaat terzijde geschoven. Daar liggen patronen aan ten grondslag die tot op de dag van vandaag nog niet doorbroken zijn.”

In mijn inaugurele rede ging ik uitgebreid in op enkele ‘onderliggende patronen’ van de huidige vertrouwenscrisis. In een rechtsstaat moeten burgers er te allen tijde op kunnen vertrouwen dat rechtsstatelijke waarden zoals rechtmatigheid, behoorlijk bestuur, rechtsbescherming en menselijke waardigheid steeds vooropstaan. Verschillende evoluties in de organisatie en het functioneren van de overheid in de voorbije decennia liggen mede aan de oorzaak van de huidige vertrouwenscrisis tussen burger en overheid (**III. De evolutie van**

7 ‘Eindverslag informateur Tjeenk Willink’, 30 april 2021, Bijlage bij: *Kamerstukken II 2020/21*, 35788, nr. 24; zie ook Tjeenk Willink 2021.

8 ‘Ombudsman: De overheid wantrouwt haar burgers’, *trouw.nl*, 25 april 2013.

9 Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag 2020.

10 Tijdelijke commissie Uitvoeringsorganisaties 2021.

het openbaar bestuur). Hierbij focus ik op het ‘(openbaar) bestuur’. Het bestuur past immers in publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen algemene regels toe op concrete situaties door het nemen van vele beschikkingen, in toenemende mate met ondersteuning van algoritmische systemen of volledig geautomatiseerd. Het bepaalt op directe wijze de rechtspositie van burgers en staat in een nauwe relatie tot de burger. Het optreden van het bestuur heeft dan ook ongetwijfeld een wezenlijke impact op de vertrouwensrelatie tussen burger en overheid.

Het eerste onderliggende patroon is de zogenaamde ‘terugtrek van de wetgever’, waarbij de wetgever op grote schaal regelgevende bevoegdheden heeft overdragen aan het bestuur en aanzienlijke beslissingsruimte heeft toegekend aan het bestuur, wat heeft geleid tot een disbalans in de Trias (**III.1 De opkomst van de administrative state**).¹¹ Ten tweede heeft de sterk toegenomen inzet van digitalisering, algoritmische systemen en big data door het bestuur een grote impact op de werking van het parlementair stelsel en de democratische rechtsstaat (**III.2 De opkomst van de algoritmische administrative state**). Ten derde hebben verschillende grote veranderingen plaatsgevonden in de organisatie van het openbaar bestuur, waarbij ook de relatie tussen het bestuur, het recht en de burger fundamenteel is gewijzigd (**III.3 Paradigmashifts in de organisatie van het openbaar bestuur**).¹² Ten slotte heeft het traditioneel menselijke contact van de individuele burger met ambtenaren plaatsgemaakt voor automatisering door de inzet van algoritmische systemen (**III.4 De evolutie naar system-level bureaucracies met screen-level bureaucrats**).¹³ Deze fundamentele evoluties hebben positieve maar zeker ook negatieve consequenties, en hebben plaatsgevonden ‘ondanks’ het bestaan van de Grondwet en diens waarborgen.

‘Toegang’ tot het bestuur, geoperationaliseerd als ‘zinnol contact’ met het bestuur, kan worden gezien als een materieel vereiste afgeleid van de fundamentele publieke waarde ‘menselijke waardigheid’.¹⁴ Tijdens de vertrouwenscrisis van de voorbije jaren is het duidelijk geworden welke fundamentele rol deze publieke waarde speelt, zowel in probleemanalyses als bij oplossingsrichtingen. In dit essay zal dan ook de vraag worden beantwoord of het recht op toegang tot en zinnol contact met het bestuur

11 Lindseth 2010; Hirsch Ballin 2015a, par. 4; Hirsch Ballin 2019.

12 Zouridis & Leijtens 2021.

13 Goossens, Hirsch Ballin & Van Vugt 2021.

14 Afdeling advisering 2018, p. 23.

‘constitutionele rijpheid’ bezit door aanwezigheid in het positieve recht en aldus niet (ook) opgenomen zou moeten worden in de Grondwet.

Vooraleer dieper ingegaan wordt op de onderliggende patronen, zal in de volgende sectie (**II. De functies van het constitutioneel recht en de rol van de Grondwet**) eerst de vraag worden behandeld welke rol het constitutioneel recht en de Grondwet zouden kunnen – of moeten – vervullen bij het ombuigen van de vertrouwenscrisis tussen burger en overheid.

II. De functies van het constitutioneel recht en de rol van de Grondwet

1. *De legitimerende functie van het constitutioneel recht*

Aan het constitutioneel recht worden traditioneel drie functies toegedicht: 1° de constituerende functie (het instellen van overheidsambten), 2° de attribuerende functie (het toekennen van bevoegdheden aan die ambten), en 3° de regulerende functie (de bescherming van burgers tegen machtsuitoefening door de overheid door het normeren van publiek gezag).¹⁵ Geregeld wordt aan het constitutioneel recht ook nog een vierde functie toebedeeld: de legitimerende functie. Het gaat dan voornamelijk om de vraag of en hoe het constitutioneel recht kan bijdragen aan de aanvaarding door burgers van en het vertrouwen van burgers in de uitoefening van overheidsgezag.¹⁶ Volgens Kortmann is legitimatie geen juridisch, maar eerder een psychologisch verschijnsel en heeft het staatsrecht aldus geen legitimerende *functie* maar enkel een legitimerend *effect* onder meer door de positivering van bepaalde waarden in het recht.¹⁷ Als legitimeren van overheidsgezag niet wordt beschouwd als een *zuiver juridische* functie van het staatsrecht, vervult het in elk geval wel onomstotelijk een *maatschappelijk relevante* functie.¹⁸ In een tijd waarin de legitimiteit van overheidsoptreden onder grote druk staat, is het dan ook een belangrijke vraag hoe het constitutioneel recht in de complexe rechtsorde de legitimerende functie kan verwezenlijken en afdoende kan bijdragen aan de (vertrouwens)relatie tussen burgers

15 Kortmann 2016, p. 8.

16 Zie o.a. de preadviezen van M.C. Burkens, H. Daudt, A.M. Donner, R.A.V. van Haersolte, H.Th.J.F. van Maarseveen, G.H. Scholten, K.G. de Vries voor de interdisciplinaire staatsrechtconferentie van 1974 in Burkens & van Maarseveen 1974; Van der Pot e.a. 2006, p. 52 e.v.

17 Kortmann 2016, p. V.

18 Broeksteeg 2022, p. 7.

en overheid. In dit essay wordt in dit opzicht de opname in de Grondwet onderzocht van een grondrecht op toegang tot en zinvol contact met het bestuur, dat mede kan worden gezien als een positivering van de publieke waarde ‘menselijke waardigheid’.

2. *De codificerende/modificerende rol van de Grondwet*

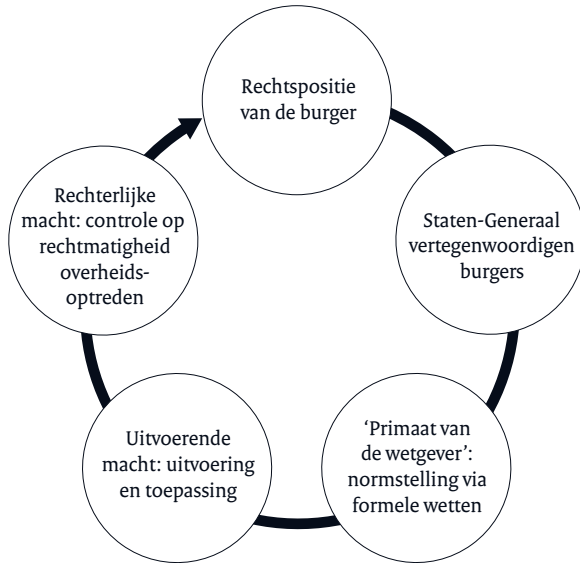
In het constitutioneel recht speelt de Grondwet ontegensprekelijk een cruciale rol. Het is dan ook zinvol om op tijd en stond na te gaan of de Grondwet aanpassing verdient in het licht van maatschappelijke en politieke evoluties en gewijzigde omstandigheden. In dit opzicht – en in navolging van Koopmans – kan met betrekking tot grondwetswijzigingen een onderscheid worden gemaakt tussen codificatie en modificatie. ‘Codificeren’ kan worden gezien als de opname van bestaande normen en praktijken in het positieve recht, terwijl ‘modificatie’ de introductie beoogt van nieuwe normen in het positieve recht.¹⁹

De voorbije twee decennia heeft ook het concept van ‘constitutionele rijpheid’ nadrukkelijk zijn ingang gevonden. Het houdt de vraag in of een voorgestelde grondwetswijziging reeds voldoende ‘rijp’ of geïntegreerd is om tot een effectieve wijziging van de relatief ‘sobere’ Nederlandse Grondwet te komen, bijvoorbeeld doordat de ratio legis al te vinden is in andere wet- en regelgeving. De Commissie ‘Grondrechten in het digitale tijdperk’ (Commissie-Franken) – die in 2000 enkele voorstellen deed om de Grondwet aan te passen aan de ontwikkeling van de informatietechnologie – stelde dat de Grondwet enkel gewijzigd mag worden bij een ‘dringende behoefte’ en ten gevolge van ontwikkelingen die al in bestaande wetten of andere besluiten met voldoende maatschappelijk draagvlak verankerd zijn.²⁰ Het hanteren van criteria als dringende behoefte²¹ en constitutionele rijpheid vergroot de kans op codificerende wijzigingen, maar het staat de grondwetgever steeds vrij om desgewenst ook (sterk) modificerend op te treden.

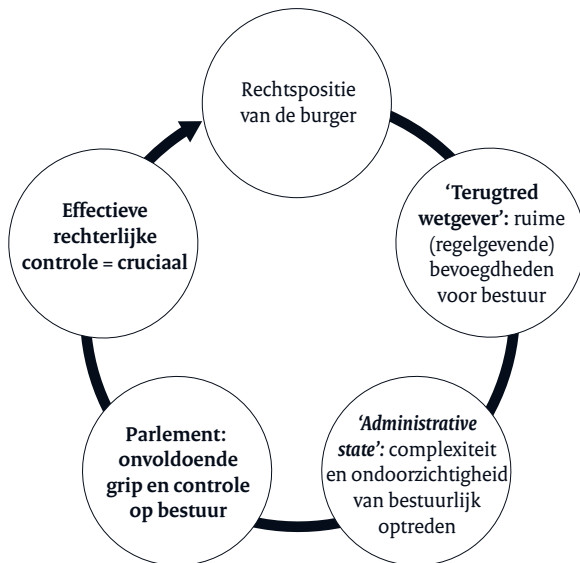
19 Zie Koopmans 1970.

20 Commissie-Franken 2000, p. 48. Zie ook Bovens 1999, p. 120.

21 Zie ook Leenknecht 2016.



Figuur 1: De democratische rechtsstaat



Figuur 2: De administrative state

III. De evolutie van het openbaar bestuur

1. De opkomst van de *administrative state*

Een belangrijke evolutie die de legitimering van de traditionele werking van democratisch rechtsstaat (zie figuur 1) de voorbije decennia onder druk heeft gezet en een voedingsbodemp is geworden voor een falende overheid en gedaald vertrouwen, is de opkomst van de *'administrative state'* (zie figuur 2).

Door de sterke uitbouw van de sociale verzorgingsstaat in de 20^e eeuw is er de voorbije decennia een *'administrative state'* ontstaan: een veelkoppig bestuur met uitgebreide bevoegdheden dat zelf op grote schaal algemene regels maakt en talrijke individuele beschikkingen neemt, wat onder meer ook heeft geleid tot het ontstaan van *'beschikkingenfabrieken'*. Gelet op de democratische legitimatie van het parlement is er traditioneel sprake van *'het primaat van de wetgever'*.²² Hierbij is het de bedoeling dat de formele wetgever zelf de voornaamste inhoudelijke keuzes maakt ten aanzien van de inhoud van de algemene regels die de rechtspositie van de burger bepalen, en dus niet de uitvoerende of rechterlijke macht.²³ De democratisch gelegitimeerde formele wetgever heeft op basis van kaderwetten en delegatie echter veelvuldig regelgevende bevoegdheden overgedragen aan het bestuur en heeft via open normstelling aanzienlijke beleidsruimte voor het bestuur gecreëerd om de rechtspositie van burgers te bepalen. Een vaak aangehaalde reden daarvoor is het gebrek aan expertise in het parlement als medewetgever op de talrijke beleidsdomeinen waarin de overheid normerend optreedt.²⁴ Het *'primaat van de wetgever'* is daardoor onder druk komen te staan, een trend die ook waarneembaar is in andere landen.²⁵ In de praktijk lijkt dit primaat in talrijke domeinen zelfs nagenoeg achterhaald te zijn.²⁶ In 2019 gaf de Raad van State een algemene beschouwing over het *'evenwicht in de rechtsstaat'*, waarbij hij dan ook vaststelde dat de wezenlijke functiescheiding tussen de wetgevende en de uitvoerende macht verdwijnt.²⁷ De *'Trias Politica'* verwordt stilaan tot een *'Duas Politica'*, waarbij volgens Brenninkmeijer *"regering en de regeringsmeerderheid in het parlement in een symbiotische relatie opereren"*.²⁸

22 Commissie Wetgevingsvraagstukken 1985.

23 Commissie Wetgevingsvraagstukken 1985, p. 43.

24 Lindseth 2010; Hirsch Ballin 2015a, par. 4; Hirsch Ballin 2019.

25 Van Gestel & Vleugel 2013, p. 5.

26 Goossens & De Poorter 2022, p. 9.

27 Raad van State 2020, p. 14.

28 Brenninkmeijer 2021, p. 12. Zie ook Alkema 2000, p. 1053-1058.

De terugtrek van het ene ambt, in dit geval het parlement, zet onvermijdelijk druk op een ander om het onevenwicht te compenseren, in dit geval de rechter.²⁹ In de *administrative state* speelt de rechter een cruciale, maar tegelijkertijd kwetsbare rol als tegenmacht ten aanzien van de politieke instituties en het bestuur, des te meer in een tijdperk waarin niet alleen de normerende taak van het parlement onder druk staat maar ook zijn controlerende taak. Voldoende grip van het parlement op het talrijke optreden van het veelkoppige bestuur lijkt in toenemende mate een utopie.³⁰

Het constitutioneel recht focust traditioneel vooral op de ‘legaliteit’ van overheidsoptreden en beperkt zich inzake legitimiteit vooral tot *input* legitimiteit, die bij het vaststellen van formele wetten voornamelijk voortkomt uit de betrokkenheid van het democratisch verkozen parlement. Naast *input* legitimiteit is het echter ook van belang voldoende aandacht te hebben voor het proces (*throughput* legitimiteit) en het resultaat (*output* legitimiteit). Ter compensatie van de opkomst van de *administrative state* dient de *throughput* en *output* legitimiteit van bestuurlijk optreden ten aanzien van de burger mijns inziens versterkt te worden. Het constitutioneel recht en de Grondwet hebben hier een wezenlijke taak te vervullen.

2. *De opkomst van de algoritmische administrative state*

Door de sterk toegenomen taken van het bestuur in de *administrative state* en met behulp met de enorm toegenomen rekenkracht en mogelijkheden van algoritmische systemen zet het bestuur op grote schaal informatie- en communicatietechnologie (ICT) in bij zijn besluitvormingsprocessen. Dit leidt tot meer en meer geautomatiseerde besluitvorming zonder noemenswaardige menselijke tussenkomst. Hierbij wordt gebruik gemaakt van algoritmen, geautomatiseerde feitenvaststelling, grootschalige dataverzameling en data-analyse. In een ongevraagd advies van de Afdeling advisering van de Raad van State in 2018 over de effecten van digitalisering op de rechtsstatelijke verhoudingen wijst zij met verwijzing naar verschillende publicaties van de huidige Nationale ombudsman³¹ erop “hoe burgers op grote schaal in de knel zijn gekomen”. Zij schrijft dat daarbij ook:

²⁹ Raad van State 2020, p. 14.

³⁰ Van Vugt 2022, p. 131-132. Zie ook Hirsch Ballin 2015b, p 26-27.

³¹ Nationale ombudsman, Gevraagd: maatwerk! 2015; Nationale ombudsman, Het verdwijnen van de blauwe envelop 2016; Nationale ombudsman, Hoezo MijnOverheid? 2017; zie ook Nationale ombudsman, Onderzoek naar de communicatie van het UWV over digitalisering 2017.

“[t]e weinig wordt [...] onderkend dat digitalisering het functioneren van de overheid zelf verandert. Daarbij zijn de rechtsstatelijke positie van de burger en zijn rechtsbescherming in het geding.”³²

Wanneer algoritmische systemen de menselijke beoordeling niet louter ondersteunen maar (deels) vervangen, kan dit – vooral bij regelgebaseerde algoritmen – leiden tot rigide, gedeïndividualiseerde besluitvorming, waarbij zinvolle menselijke beoordeling “*lost in automation*” raakt.³³ In combinatie met *automation bias*, namelijk de neiging van menselijke besluitvormers om algoritmische output te volgen ondanks afwijkende niet-geautomatiseerde informatie, en de mogelijke reproductie en versterking van discriminatoire bias bij het gebruik van datasets, dreigt een rechtmatige en behoorlijke bejegening van de burger ernstig onder druk te komen staan.

De aandacht voor de impact van digitalisering op de overheid en op de werking van de democratische rechtsstaat is het voorbije decennium toegenomen. Tegelijkertijd vond er al bijna 40 jaar geleden, in 1985, een symposium plaats in Tilburg dat als het startsein kan worden gezien voor onderzoek in Nederland naar de impact van informatisering in het openbaar bestuur. Het mondde uit in een bundel genaamd ‘*Trias Automatica*’.³⁴ Bijna 30 jaar later – pas – vonden fundamentele inzichten van het symposium inzake noodzakelijke eisen van doorzichtigheid en controleerbaarheid hun weg naar een toetsingskader voor geautomatiseerde besluitvorming dat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State introduceerde in de AERIUS-uitspraak van 17 mei 2017 om de informatieasymmetrie tussen burger en overheid te doorbreken en zo *equality of arms* te creëren.³⁵

De automatisering van besluitvorming, ook overheidsbesluitvorming, de complexiteit en mogelijkheden van ICT en de hyperconnectiviteit van mensen, processen en data via informatienetwerken zullen naar verwachting sterk blijven toenemen. De *administrative state* is dan ook een digitale of algoritmische *administrative state* geworden (zie figuur 3). Hierdoor moeten de constitutionele machtsverhoudingen en de (informatie)positie van de drie machten opnieuw worden

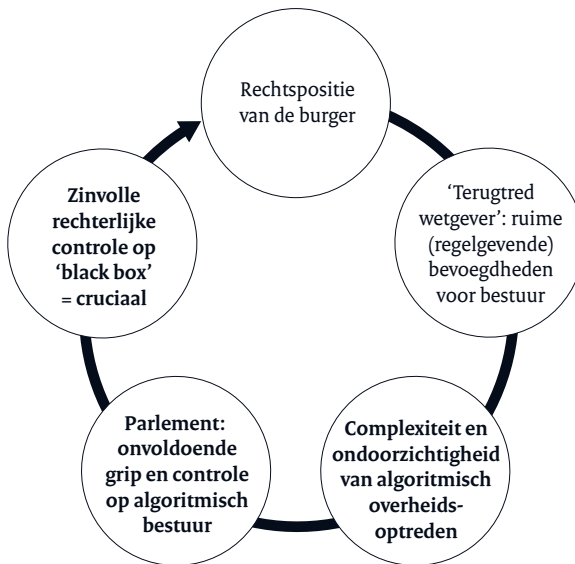
32 Afdeling advisering 2018.

33 Goossens, Hirsch Ballin & Van Vugt 2021, p. 7. Merk op dat artikel 22 AVG wel bepaalt dat – volledig – geautomatiseerde besluitvorming (inclusief profilering), zonder menselijke tussenkomst, in beginsel niet is toegestaan, tenzij deze berust op een wettelijke grondslag, mits daarbij wordt voorzien in passende maatregelen ter bescherming van de rechten en vrijheden en gerechtvaardigde belangen van de betrokkene.

34 Hirsch Ballin & Kamphuis 1985.

35 ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 14.4.

doordacht.³⁶ Er is immers een disbalans ontstaan door een gebrekkige informatiepositie en controle door het parlement en de rechter op de snelle digitalisering van het bestuur.³⁷



Figuur 3: De algoritmische administratieve staat

Sinds het preadvies voor de Staatsrechtconferentie van 2020 dat ik samen heb mogen schrijven met Hirsch Ballin en Van Vugt ben ik blijven verkennen hoe geautomatiseerde bestuursrechtelijke besluitvorming de fundamentele constitutionele uitgangspunten van de democratische rechtsstaat onder druk zet en in welke mate deze beginselen hierdoor ook zelf onderhevig zijn aan transformatie.³⁸ Het staatsrechtelijk kenmerkende onderscheid tussen algemene regels en de concrete toepassing ervan via individuele besluiten staat immers onder druk. Dit onderscheid dreigt in toenemende mate te vervagen, des te meer bij complexe, zelflerende algoritmen die zichzelf steeds verfijnder en gedetailleerder doorontwikkelen. Casey en Niblett spreken in dit verband van *'microdirectives'* en in het meest verregaande geval zelfs van *'the death of rules and standards'*.³⁹ Hierbij dreigt het wezenlijke morele aspect in publieke besluitvorming verloren te gaan.⁴⁰

36 Prins 2016, p. 909.

37 Passchier 2020, p. 916-927.

38 Goossens, Hirsch Ballin & Van Vugt 2021.

39 Casey & Niblett 2017, p. 1402.

40 Shiffrin 2010, p. 1222 en 1244.

3. *Paradigmashifts in de organisatie van het openbaar bestuur*

De voorbije decennia hebben verschillende paradigma's betreffende de overheidsorganisatie hun weg gevonden naar het openbaar bestuur, waarbij die paradigma's naast elkaar bestaan en met elkaar concurreren.⁴¹ Deze paradigma's verhouden zich ook telkens op een andere manier tot het recht⁴² en de burger. Het gaat dan met name om de paradigma's van *Public Administration*, *New Public Management*, *Public Value Management* en *(Digital) Public Governance*.

Met de exponentiële groei van de overheid is het openbaar bestuur geëvolueerd tot een bureaucratie. Politieke ambtsdragers nemen de inhoudelijke beslissingen en ambtenaren passen deze vervolgens op objectieve wijze toe op concrete situaties.⁴³ Dit sluit aan bij het hiervoor beschreven primaat van de wetgever. Er zijn in de loop der tijd echter vele en soms ook overbodige regels ontstaan die tot hoge administratieve lasten leiden, zogenaamde '*red tape*'. Daarnaast heeft de toeslagenaffaire een ander al door Weber voorzien gevaar bevestigd: een bureaucratie kan leiden tot een onpersoonlijke behandeling waarbij ambtenaren mechanisch de wet toepassen. Nadelige gevolgen voor de burger kunnen hierbij onevenredig zijn ten opzichte van het doel. Wanneer de controle van de politiek verantwoordelijke actoren op de ambtenarij niet afdoende is, dreigen burgers op grote schaal vormalen te worden in een complex en onpersoonlijk bestuurlijk apparaat.

Tot de jaren tachtig van de 20e eeuw was binnen deze bureaucratie '*Public Administration*' het dominante paradigma. De taak van het openbaar bestuur is daarbij traditioneel gelegen in het toepassen en uitvoeren van wetten die tot stand zijn gekomen met medewerking van het democratisch gelegitimeerde parlement. Het legaliteitsbeginsel, met inbegrip van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid, staan dan ook centraal.⁴⁴ Het publiekrecht vormt de grondslag voor bestuurlijk optreden en normeert publieke gezagsuitoefening.

Na de economische crisis begin jaren 80 hebben we vervolgens een steile opmars gezien van het '*New Public Management*' paradigma. Efficiëntiestreven en prestatiegerichtheid, kenmerkend voor de private sector, werden ook binnen de overheid de sturingsfilosofie. De overheid hanteert hierbij een instrumentele benadering van het

41 Torfing e.a. 2020.

42 Zouridis & Leijtens 2021, p. 118-129.

43 Zie Weber 1922.

44 Zouridis & Leijtens 2021, p. 121.

recht: het recht als instrument van public management.⁴⁵ Hierbij worden in toenemende mate ook privaatrechtelijke oplossingen verkend naast verzelfstandiging, uitbesteding, afstoting en privatisering van publieke kerntaken. Dit paradigma brengt risico's met zich, zoals een doorgeschoten 'managerialisme', en het verlies van directe invloed en effectieve controle door democratisch gelegitimeerde actoren wanneer de overheid niet langer zelf publieke taken op zich neemt.

Midden jaren 90, met het boek *Creating public value: Strategic management in government* van Mark Moore, nam vervolgens ook de aandacht toe voor het nastreven van publieke waarden als een principe van overheidsorganisatie.⁴⁶ Volgens Moore moet in overheidsorganisaties een cultuur worden gecreëerd waarbij waarden worden nagestreefd die bijdragen aan de maatschappij of het publieke goed. Een nieuw paradigma van overheidsbestuur zag hiermee het levenslicht: 'Public Value Management'. Recent viel in dit opzicht het volgende te lezen in de vaststelling van de begrotingsstaten van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) voor het jaar 2024:

“Hoewel efficiëntie en doelmatigheid van de overheid als geheel onverminderd nastrevenswaardig blijven, is het van belang om niet langer uit te gaan van New Public Management waarbij de focus is gericht op verkokerde sturing en de prestaties van de eigen organisatie, maar te werken vanuit het toevoegen van publieke waarde («public value»). De maatschappelijke opgave en de dienende functie van de overheid ten opzichte van de samenleving zijn de uitgangspunten.”⁴⁷

Tot slot kwam de voorbije decennia vooral ook nog een ander paradigma op, namelijk '(New) Public Governance'. Om de complexe bestuurlijke en maatschappelijke vraagstukken het hoofd te bieden, zijn in toenemende mate publiek-private netwerken ontstaan. In een context van *network governance* wordt aan bestuurlijke oplossingen gewerkt op basis van samenwerking en co-creatie. Het recht in de brede zin van het woord, in toenemende mate ook instrumenten zoals arbitrage, zelfregulering en certificering, vormen zowel de context voor netwerkbestuur als het resultaat van deze vernetwerkte

45 Zouridis & Leijtens 2021, p. 120 en 125.

46 Moore 1995.

47 Vaststelling van de begrotingsstaten van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (VII) voor het jaar 2024, 19 september 2023, *Kamerstukken II 2023/24*, 36410 VII; zie ook *Rijk neemt afscheid van New Public Management*, binnenlandsbestuur.nl, 19 september 2023.

modus operandi.⁴⁸ Nadelen zijn onder meer ondoorzichtigheid van deze – vaak informele – netwerken, onduidelijke verantwoordelijkheden van de betrokken publieke en private actoren, een diffuus stelsel van andersoortige regels, publieke ontevredenheid en een gebrekkige rechtsbescherming.⁴⁹

Volgens mij zijn we hierbij ondertussen aanbeland in een nieuw, dominerend paradigma, namelijk ‘*Public Governance 2.0*’: ‘*Digital*’ *Public Governance*, door anderen onder meer al het ‘*Digital-Era Governance*’⁵⁰ en ‘*New Public Analytics*’⁵¹ paradigma genoemd. De publiek-private netwerken die complexe bestuurlijke kwesties oppakken, zetten immers ook in toenemende mate ICT in. De inzet van de digitale ‘black box’ versterkt daarbij de kenmerkende nadelen van het *Public Governance* paradigma. Er dreigt zo een nog groter gebrek te ontstaan aan transparantie en een nog complexer geheel van regels waar nu ook algoritmische beslisregels deel van uitmaken, verantwoordelijkheden zijn vaak onduidelijk en niet afdoende geregeld wanneer het misgaat bij de inzet van ICT (‘*computer says no*’) en effectieve en zinvolle rechterlijke controle wordt een nog grotere uitdaging.⁵² Bovendien is door de automatisering van besluitvormingsprocessen weinig tot geen plaats meer voor (zinvolle) menselijke interactie tussen burger en overheid, terwijl naast ex post ook ex ante zinvol contact met de overheid belangrijk is voor de legitimering van overheidsoptreden.⁵³ Kortom, meer dan voldoende voedingsbodem voor wantrouwen in het (algoritmisch) bestuur, waardoor de legitimiteit van bestuurlijk optreden onder druk staat.

In het artikel ‘*Bringing the Law Back In: The Law-Government Nexus in an Era of Network Governance*’ stellen Zouridis en Leijtens alvast enkele strategieën voor om recht en openbaar bestuur weer met elkaar te verbinden.⁵⁴ Zij beogen de verwezenlijking van de voordelen van de bestaande paradigma’s zonder te vervallen in oude pathologieën. Het gaat dan vooral om een voorgestelde constitutionalisering van het *Public Governance* paradigma door *governance* netwerken onder de invloed te brengen van staatsrechtelijke principes en rechtsstatelijke waarden. Dit kan volgens hen verwezenlijkt worden door *checks & balances* te borgen binnen en buiten *governance* netwerken;

48 Zouridis & Leijtens 2021, p. 121.

49 Zouridis & Leijtens 2021, p. 118-129.

50 Dunleavy e.a. 2006, p. 467-494; Margetts & Dunleavy 2013.

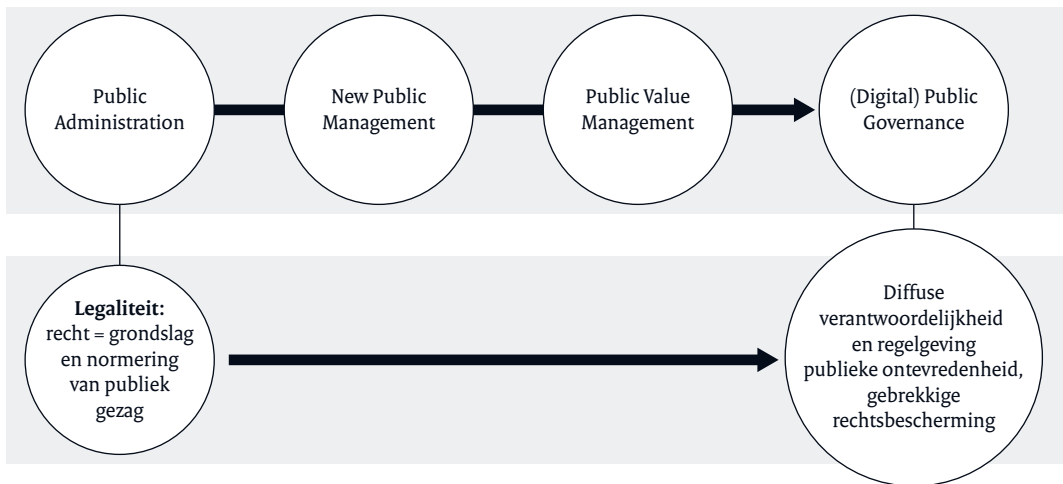
51 Yeung 2022, p. 1-32.

52 De Poorter & Goossens 2019, p. 3303-3312.

53 Zie Ranchordas 2022, p. 1380.

54 Zouridis & Leijtens 2021, p. 118-129.

publiekrechtelijke bevoegdheden te koppelen aan verantwoordingsmechanismen; rechtsstatelijke waarden te borgen bij het optreden in deze netwerken; en een op waarden en principes gebaseerd rechtsstatelijk ethos van de betrokken publieke en private actoren. Legaliteit, leidend in het Public Administration paradigma, namelijk het recht als grondslag voor en normering van publiek gezag, zou aldus weer meer op de voorgrond mogen komen (zie figuur 4).



Figuur 4: Paradigma's van openbaar bestuur

Mede in het licht van de heersende vertrouwenscrisis tussen burger en overheid moet in het kader van dit cruciale streven naar legaliteit en constitutionalisering ook aandacht besteed worden aan (zinvolle) interactie tussen burger en openbaar bestuur. 'Oog voor mens en recht' als het ware. In de werking van het openbaar bestuur als bureaucratie en de interacties tussen ambtenaren en burger hebben de voorbije decennia immers fundamentele evoluties plaatsgevonden, die noodzakelijk waren in het licht van een toename van taken, maar zeker ook niet te verwaarlozen negatieve gevolgen met zich hebben gebracht.

4. *De evolutie naar system-level bureaucracies met screen-level bureaucrats*
Het proces van toepassing en uitvoering van algemene regels was lange tijd 'mensenwerk' dat ook onderhevig was aan menselijke verantwoordelijkheid en controle. In het geval van beslissingsruimte pasten ambtenaren de algemene regels toe via het nemen van

individuele beschikkingen. Hierbij wordt rekening gehouden met concrete feiten en omstandigheden en ook met beleidsregels om willekeur te vermijden bij het uitoefenen van discretionaire bevoegdheden. In vele domeinen is dit traditionele beeld van de zinvolle menselijke beslisser en controleur ondertussen echter grotendeels achterhaald. De traditioneel menselijke interactie van de individuele burger met ‘street-level bureaucrats’, waarbij ambtenaren discretionaire bevoegdheden uitoefenen en toepassen op het individuele geval, heeft plaats gemaakt voor de inzet van algoritmische systemen door ‘screen-level bureaucrats’ in ‘system-level bureaucracies’.⁵⁵

In deze *system-level bureaucracies* worden vele (gedeeltelijk) geautomatiseerde bestuursrechtelijke beslissingen genomen via computerschermen op basis van dwingende, vooraf vastgestelde algoritmische beslisregels en in te vullen formulieren met weinig tot geen (persoonlijke) interactie tussen burger en bestuur. Zowel ambtenaren als burgers komen in toenemende mate enkel nog in contact met en via websites, apps en digitale formulieren. Na verschillende recente schandalen bij uitvoeringsorganisaties (‘system-level bureaucracies’), waarbij algoritmische systemen een belangrijke rol speelden, dringt zich aldus de vraag zich op of het tij niet dringend dient te keren en, zo ja, hoe dat bewerkstelligd kan worden. De toegenomen vraag naar aandacht voor publieke waarden zoals menselijke waardigheid, het hanteren van het burgerperspectief, rekening houden met de menselijke maat en het doenvermogen van burgers⁵⁶ en het leveren van maatwerk vereisen in elk geval een responsieve overheid.⁵⁷ Persoonlijk contact tussen burger en overheid is daarbij van belang.⁵⁸ De vraag zal daarom hierna worden gesteld welke rol het constitutioneel recht en in het bijzonder de Grondwet in dit opzicht kan vervullen ter verwerkelijking van dit cruciale streven.

55 Bovens & Zouridis 2002.

56 Zie voor term: WRR 2017.

57 Scheltema 2015, p. 288. Zie onder meer de preadviezen van de VAR in 2020 over ‘Maatwerk in het bestuursrecht’ van L. van den Berge, M.F. Vermaat, M. Lurks, N.A. van Renssen & S. van Heukelom-Verhage; Barkhuysen & den Ouden 2020; Scheltema 2020; Goené & Meuwese 2023.

58 Zie Tijdelijke commissie Uitvoeringsorganisaties 2021, p. 13, 39 en 95, 111 en 150; Parlementaire enquêtecommissie Fraudebeleid en Dienstverlening 2024, p. 348.

IV. Grondwettelijke lacune: geen algemeen, afdwingbaar recht op toegang tot het bestuur

Vanuit breder constitutioneel oogpunt is het voor een responsieve democratische rechtsstaat met goed en behoorlijk bestuur fundamenteel om een algemeen en afdwingbaar recht op toegang van de burger tot en zinvol contact met het bestuur te borgen, gelet op de vele interacties en rechtsbetrekkingen tussen burger en bestuur. De relatie tussen burger en parlement wordt voornamelijk geregeld via het actief en passief kiesrecht (artikel 4 Grondwet). Daarnaast zijn het recht op toegang tot een onafhankelijk en onpartijdig gerecht en het recht op een effectief rechtsmiddel voornamelijk geborgd in respectievelijk artikel 6 en 13 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en in artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (EU-Grondrechtenhandvest), elk met een specifiek toepassingsgebied. Daarnaast borgt nu ook de Nederlandse Grondwet – pas sinds 30 augustus 2022 – in artikel 17 Grondwet het recht op toegang tot een onafhankelijke en onpartijdige rechter en een eerlijk proces binnen een redelijke termijn. Nu in de Nederlandse Grondwet recentelijk de lacune met betrekking tot het recht op toegang tot de rechter is opgevuld, kan onze aandacht zich richten op een andere grondwettelijke lacune: de toegang tot het bestuur. De urgentie en het belang hiervan zijn mijns inziens zelfs groter dan het recht op toegang tot de rechter, aangezien het recht op toegang tot het bestuur verdragsrechtelijk minder sterk geborgd is dan het recht op toegang tot de rechter.

De Nederlandse Grondwet kent ook (nog) geen bepaling vergelijkbaar met artikel 41 EU-Grondrechtenhandvest die een ‘recht op behoorlijk bestuur’ borgt, namelijk het recht op een onpartijdige en billijke behandeling binnen een redelijke termijn door de instellingen, organen en instanties van de Unie. Dit recht behelst onder meer het recht om gehoord te worden en inzage te krijgen, de plicht om beslissingen te motiveren, het recht op vergoeding van schade die door instellingen of personeelsleden in de uitoefening van hun functies is veroorzaakt en het recht om zich in een van de verdragstalen tot EU-instellingen te wenden en in die taal antwoord te krijgen.⁵⁹ Julicher beargumenteerde al dat de opname van het

recht op ‘behoorlijk’⁶⁰ bestuur in de Grondwet noodzakelijk is gelet op de toenemende taken van het bestuur (en aldus ook de toegenomen interacties tussen burger en bestuur). Zij haalt onder meer als reden aan dat dit legitimiteit zou verschaffen voor rechterlijk optreden om algemene beginselen van behoorlijk bestuur zo te ontwikkelen, dat toereikende antwoorden kunnen worden geboden op actuele maatschappelijke en technologische ontwikkelingen.⁶¹ Julicher stelt een variant voor gebaseerd op de formulering van artikel 41 EU-Grondrechtenhandvest: “Eenieder heeft er recht op dat zijn zaken onpartijdig, behoorlijk en binnen een redelijke termijn door een bestuursorgaan worden behandeld”.⁶²

In Nederland is wel algemeen aanvaard dat overheidsinformatie in beginsel openbaar moet zijn, tenzij er belangen zijn die zwaarder wegen dan het belang van openbaarheid.⁶³ De beginselplicht tot openbaarheid is gecodificeerd in artikel 110 Grondwet en is verder uitgewerkt in de Wet open overheid. Artikel 110 Grondwet houdt een plicht in voor de overheid om openbaarheidsregels vast te stellen, maar vestigt weliswaar geen (grond)recht op informatie van de overheid. In het arrest van de Grote Kamer van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in de zaak *Magyar Helsinki Bizzotsag t. Hongarije* is wel een algemeen, onder bepaalde voorwaarden afdwingbaar recht op toegang tot overheidsinformatie erkend op basis van artikel 10 EVRM.⁶⁴ In 2000 heeft Commissie-Franken een voorstel gedaan om in hoofdstuk 1 van de Grondwet ook een nieuw grondrecht op toegang tot bij de overheid berustende informatie op te nemen ter aanvulling op artikel 110 Grondwet:

“1 Ieder heeft recht op toegang tot bij de overheid berustende informatie. Dit recht kan bij of krachtens de wet worden beperkt.
2 De overheid draagt zorg voor de toegankelijkheid van bij de overheid berustende informatie.”⁶⁵

In 2021 gaf de minister van BZK aan dat de invoering van dit grondrecht op dit moment niet aan de orde is.⁶⁶ Het recht op toegang tot overheidsinformatie valt verder buiten de scope van dit essay.

60 Zie voor een aanbeveling om een ruimer recht op ‘goed’ bestuur in de Grondwet op te nemen: Commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht 2021, p. 83 en p. 247.

61 Julicher 2019; Julicher 2020, p. 73-88.

62 *Ibid.*, p. 83-86.

63 Daalder 2005 p. 2.

64 EHRM 8 november 2016, nr. 18030/11, AB 2017/1 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Magyar Helsinki Bizottság t. Hongarije*).

65 Commissie-Franken 2000, p. 190 en 236.

66 *Kamerstukken II 2020/21, 33328, P, p. 3.*

Weliswaar heeft eenieder op basis van het petitieright in artikel 5 Grondwet wel al het (grond)recht om verzoeken *schriftelijk* bij het bevoegd gezag in te dienen.⁶⁷ Tegelijkertijd heerst de opvatting dat er geen grondrechtelijke aanspraak is om een antwoord te krijgen en al zeker geen verplichting voor het bevoegd gezag om een inhoudelijke beslissing te nemen.⁶⁸ Hierdoor pleitte Schlössels reeds voor een ‘recht op toegang tot het bestuur’, ter aanvulling van het “antieke en stiefmoederlijk bedeelde” petitieright dat slechts een (formeel) accessie- en receptieright is, wat men “anno 2017 toch niet [kan] verkopen”, aldus Schlössels.⁶⁹ Een recht op behandeling of antwoord kan inderdaad louter worden gezien als een ‘connex’ recht, niet rechtstreeks gebaseerd op artikel 5 Grondwet maar op ongeschreven beginselen van behoorlijk bestuur.⁷⁰ In beginsel kunnen ook geen (bestuursrechtelijke) rechtsmiddelen worden aangewend tegen het uitblijven van antwoord op een petitie. In de mate dat een petitie ook kan gekwalificeerd worden als een aanvraag om een besluit te nemen, zijn tegen de schriftelijke weigering een besluit te nemen en tegen het niet tijdig nemen van een besluit wel bezwaar en beroep mogelijk.⁷¹ De Commissie-Franken deed in 2000 alvast de – zinnvolle – aanbeveling om ‘schriftelijk’ te verwijderen uit artikel 5 Grondwet, zodat het techniekonafhankelijk zou worden.⁷²

Er zijn wel rechtsnormen aangenomen die verder gaan dan de summierere regeling van het grondrecht van petitie in artikel 5 Grondwet.⁷³ Op basis van de Wet Nationale ombudsman van 4 februari 1981 en – sinds 1999 – artikel 78a Grondwet is er bijvoorbeeld een Nationale ombudsman die *op verzoek* of uit eigen beweging onderzoek voert naar gedragingen van bestuursorganen. Een bijzondere vorm van het petitieright die verder gaat dan artikel 5 Grondwet is tevens het burgerinitiatief zoals voor de Tweede Kamer ingevoerd in 2006 en momenteel geregeld in hoofdstuk 14 van het Reglement van Orde van de Tweede Kamer, die de Tweede Kamer een verplichte behandeling oplegt mits voldaan is aan verschillende voorwaarden. Zoals in de volgende sectie (**V. Constitutionele rijpheid voor een (grond)recht op toegang tot en zinvol contact met het bestuur?**) wordt besproken, normeert de Algemene wet

67 Van der Schyff 2021; zie ook uitgebreid Riezebos 1992.

68 Zie Van der Schyff 2021 en de verwijzingen aldaar in voetnoot 35.

69 Schlössels 2017, p. 199.

70 *Kamerstukken II* 1997/98, 25455, nr. 5, p. 2-3. Zie Riezebos 1992, p. 153-158.

71 Artikel 6:2 Awb.

72 Commissie-Franken 2000, p. 196-200.

73 Van der Schyff, 2021.

bestuursrecht (Awb) alvast op verschillende vlakken de toegang tot het bestuur en het contact tussen burger en bestuur, bijvoorbeeld op basis van hoorplichten en de bezwaarprocedure. De Awb voorziet voor verschillende verzoeken aan het bestuur in een recht op antwoord en vaak ook op een beslissing, bijvoorbeeld bij de aanvraag tot het nemen van een besluit.

V. Constitutionele rijpheid van een recht op toegang tot en zinvol contact met het bestuur

1. Grondwetswijzigingenbeleid

Na diepgravend onderzoek en in navolging van de commissie-Franken komt Haex tot de conclusie dat een fundamenteel beginsel, gewoonte, norm, waarde of gedraging ‘constitutionele rijpheid’ bezit en als dusdanig zou kunnen worden opgenomen in de Grondwet als deze breed geaccepteerd wordt en ten grondslag ligt aan of wordt gebruikt in verschillende juridische instrumenten, zoals wetgeving, besluiten of jurisprudentie.⁷⁴ Leenknecht stelt – terecht – dat constitutionele rijpheid als criterium voor een grondwetswijziging geen juridisch bindende regel betreft, maar betrokken actoren bij grondwetswijzigingen er ondertussen van uit lijken te gaan dat regels of principes constitutionele rijpheid moeten bezitten vooraleer zij worden opgenomen in de Grondwet.⁷⁵

In het kader van de opname van een algemene bepaling in de Grondwet zette de minister van BZK het toetsingskader voor grondwetswijzigingen uiteen. Daarin wordt naast constitutionele rijpheid – en zonder nadere definiëring – ook een ‘dringende noodzaak’ vermeld.⁷⁶ In het kader van dit essay ga ik ervan uit dat de noodzaak van de invoering van een recht op toegang tot en zinvol contact met het bestuur voldoende onderbouwd is gelet op de hierboven beschreven vertrouwenscrisis tussen burger en overheid (I.) en de fundamentele evoluties die het openbaar bestuur de voorbije decennia heeft doorgemaakt (III.). De taken en bevoegdheden van het bestuur en aldus de interactie tussen burger en bestuur zijn enorm toegenomen met de opkomst van de *administrative state*. In de huidige algoritmische *administrative state*, die tevens wordt gekenmerkt door een *digital public governance* paradigma

74

Haex 2023.

75

Leenknecht 2016, p. 208.

76

Kamerstukken I 2012/13, 31 570, G, p. 2-3.

en *system-level bureaucracies* met *screen-level bureaucrats* worden in toenemende mate algoritmische systemen ingezet in de uitvoering, waardoor er nog weinig tot geen (zinnig) contact meer is tussen ambtenaren en burger.

Dan is vervolgens de vraag of er constitutionele rijpheid kan worden vastgesteld voor de invoering van een (grond)recht op toegang tot en zinvol contact met het bestuur.

2. *Op zoek naar indicaties van constitutionele rijpheid*

Inzake de toegang tot het bestuur wordt voor verschillende verzoeken aan de overheid al in een recht op antwoord en vaak ook op een beslissing in de wet voorzien.⁷⁷ Zo moet een bestuursorgaan na ontvangst van een *aanvraag om een besluit te nemen* een beschikking geven binnen een bij wettelijk voorschrift bepaalde termijn of anders binnen een redelijke termijn.⁷⁸ Verder dient een bestuursorgaan waarbij een *bezwaar- of beroepschrift* is ingediend, de ontvangst daarvan schriftelijk te bevestigen⁷⁹ en binnen een bepaalde termijn daarover te beslissen.⁸⁰ Op vergelijkbare wijze moet een bestuursorgaan de ontvangst van een *klaagschrift* bevestigen en vervolgens op schriftelijke en gemotiveerde wijze de klager in kennis stellen van de bevindingen van het onderzoek naar de klacht, zijn oordeel daarover en de eventuele conclusies die het daaraan verbindt.⁸¹

Tegelijkertijd waarschuwt Schlössels er in zijn pleidooi voor opname van een constitutioneel recht op toegang tot het bestuur voor dat het bestuursrechtelijke aanvraagmodel – als een houvast voor de burger om toegang te krijgen tot het bestuur en bestuursrechtelijke besluitvorming en vervolgens ook rechtsbescherming – onder druk staat.⁸² Hij wijst onder meer op de vervanging van vergunningstelsels door algemene regels, waardoor het contact tussen bestuur en burger vaak plaatsvindt via (een reactie op) een melding, waarbij er onduidelijkheid kan zijn of er vervolgens sprake is van een besluit waartegen rechtsbescherming in de vorm van bezwaar en beroep openstaat. Verder geeft hij aan dat bestuur en wetgever het geregeld ook lastig maken om tot een aanvraag te komen en dat de bijzondere

77 Zie van der Schyff, 2021.

78 Artikel 4:13 Awb. In ieder geval moet het bestuursorgaan binnen acht weken na ontvangst van de aanvraag een beschikking geven of mededeling doen van een redelijke termijn binnen welke de beschikking wel tegemoet kan worden gezien.

79 Art. 6:14 Awb.

80 Art. 7:10 en 7:24 Awb.

81 Art. 9:6 en 9:12 Awb.

82 Schlössels 2017.

wet de toegang tot het bestuur nader kan regelen of beperken en daarbij kan afwijken van de Awb. “Het aanvraagmodel van de algemene wet kan zelfs geheel buiten toepassing worden gesteld. Dit is een forse ingreep. Het afschermen of ontmantelen van het ‘aanvraagbeschikkingcontact’ tussen burger en bestuur heeft ingrijpende gevolgen, ook waar het aankomt op de rechtsbescherming.”, aldus Schlössels.⁸³ Hij geeft ook terecht aan dat de onomkeerbare digitalisering de noodzaak vergroot om de toegang tot het openbaar bestuur te doordenken vanuit een constitutioneel perspectief.

Verder codificeerde de wetgever in de Awb nog allerhande relevante algemene beginselen van behoorlijk bestuur en daaruit voortvloeiende normen die relevant zijn voor toegang tot en zinvol contact met het bestuur, zoals het motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en de hoorplichten. De Awb schrijft ook een heroverwegingsplicht voor in de bezwaarprocedure.⁸⁴ Eerder gaf ik samen met De Poorter al aan dat met het karakter van de bezwaarprocedure moeilijk verenigbaar is dat een volledige heroverweging van algoritme-gedreven primaire besluitvormingsprocessen plaatsvindt door het dossier opnieuw door het geautomatiseerde systeem te halen. De aard van de bezwaarprocedure vereist dat er ruimte wordt gemaakt voor een nieuwe individuele afweging door menselijke tussenkomst.⁸⁵ Indien die heroverweging met menselijke tussenkomst niet of onvoldoende gebeurt, kan dit een reden vormen voor de bestuursrechter het besluit te vernietigen vanwege strijd met artikel 7:11 lid 1 Awb. Een ‘recht op (zinvolle) menselijke tussenkomst’ is aldus deels opgenomen in de Awb op basis van de voorgeschreven hoorplichten en de volledige heroverweging in de bezwaarfase.⁸⁶

In een ongevraagd advies van de Afdeling advisering van de Raad van State in 2018 over de effecten van digitalisering voor rechtsstatelijke verhoudingen stelt de Afdeling advisering uitdrukkelijk voor om het recht op toegang tot en zinvol contact met de ‘overheid’ als een beginsel van behoorlijk bestuur te ontwikkelen en operationaliseren.⁸⁷ Merk op dat ik, in tegenstelling tot de Afdeling advisering, voor het doel van dit essay uitdrukkelijk opteer voor de term ‘bestuur’, een term die beperkter is dan de term ‘overheid’. Het recht op toegang gaat volgens de Afdeling advisering niet om een

83

Ibid.

84

Artikel 7:11 lid 1 Awb.

85

Zie Cbb 15 mei 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ5735, en Afdeling advisering 2018, par. 3.4.

86

Pels Rijcken, Van Heukelom-Verhage & Van Tienen 2019, p. 37.

87

Afdeling advisering 2018, par. 4.3, p. 23. Nogmaals onderschreven in Raad van State 2021, p. 16.

vormvereiste (schriftelijk contact of menselijke interactie) maar om een materieel vereiste als een uitvloeisel van de menselijke waardigheid als centrale publieke waarde, waarbij toegang ‘zinnol’ (*meaningful*) contact met de overheid inhoudt. De overheid moet de burger⁸⁸ inhoudelijk te woord staan en bereid zijn om voornemens of handelingen bij te stellen, zodat de burger zich serieus behandeld voelt en de overheid de burger daadwerkelijk helpt.⁸⁹ Indien de burger bijvoorbeeld enkel kan interageren met de overheid via een moeilijk of zelfs niet te doorgronden algoritmisch systeem dat niet responsief is, zal er aldus geen sprake zijn van zinvol contact. Er moeten volgens de Afdeling advisering voorzieningen komen zodat de burger tijdig en adequaat wordt geïnformeerd en – hoewel zinvol contact met de overheid uiteraard om veel meer draait dan persoonsgegevens – de burger het recht op inzage in en correcties van persoonsgegevens eenvoudig en doeltreffend kan uitoefenen.⁹⁰

Op 27 oktober 2020 stemden vervolgens alle leden van de Tweede Kamer unaniem voor een motie ingediend door Kamerlid Van der Molen die de regering verzoekt om het recht op toegang tot de overheid als een (algemeen) *beginsel van behoorlijk bestuur* nader te ontwikkelen en te operationaliseren (en de Kamer daarover te informeren voor Prinsjesdag 2021), met als onderbouwing dat burgers recht hebben op communicatie met de overheid, bijvoorbeeld om informatie te vragen, hun mening te geven of een klacht te uiten en dat de overheid er is voor de burger en niet andersom.⁹¹ Dit is in lijn met Scheltema’s opvatting van een responsieve rechtsstaat waarin de burger – in tegenstelling tot in een bureaucratische rechtsstaat – de garanties van de rechtsstaat en algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook daadwerkelijk *ervaart* en bij zijn contacten met de (‘dienende’⁹²) overheid merkt dat het uiteindelijk om hem gaat.⁹³ Responsief besturen draait dus om de kwaliteit van interactie tussen burger en het bestuur dat een open, sensitieve houding aan de dag moet leggen.⁹⁴

88 Balvert (2022) merkt hierbij op dat de Afdeling advisering uitgaat van een “reeds geïdentificeerde burger”, waarbij het dus enkel gaat om passieve overheidscommunicatie (op verzoek) en niet om actieve overheidscommunicatie, een bemerking die relevant is gelet op de verschuiving van passieve naar actieve datacommunicatie die onder meer de Wet open overheid en de Hergebruikrichtlijn beogen.

89 Afdeling advisering 2018, par. 4.3, p. 23

90 Ibid.

91 Kamerstukken II 2020/21, 35570 VII, nr. 17; *Handelingen II* 2020/21, nr. 10, 16-10-1 t/m 16-10-3.

92 Zie Scheltema 1989. Zie ook Ippel 2020.

93 Zie ook Scheltema 2017; Scheltema 2018; Ippel 2018.

94 Zie Ten Berge 2019.

In het antwoord van de minister van BZK op de motie wordt erkend dat naar aanleiding van de Toeslagenaffaire duidelijk is geworden dat burgers de afgelopen jaren het gevoel hebben gekregen niet terecht te kunnen bij de overheid of klem te zitten tussen balie en beleid.⁹⁵ De minister wijst er echter op dat algemene beginselen van behoorlijk bestuur geleidelijk worden ontwikkeld in de rechtspraak, niet door het bestuur. Wel kan de overheid beleid ontwikkelen ter bevordering van een beginsel. Voor het recht op toegang tot de overheid is dit volgens de minister opgepakt in de kabinetsreactie op het rapport Ongekend Onrecht⁹⁶ en de overheidsbrede aanpak vanuit het programma Werk aan Uitvoering (WaU) met het principe ‘dat er geen verkeerde deur is’.⁹⁷ De minister geeft aan dat naast snelle en betrouwbare digitale overheidsdienstverlening ook andere vormen van contact mogelijk moeten zijn, zoals een fysiek loket.⁹⁸ “Voor burgers die niet digitaal zaken kunnen of willen doen, blijft een analoge dienstverlening openstaan (via een balie of telefonisch), ook vanuit het principe recht op toegang”, aldus de minister.

In reactie op de motie Van der Molen komt Claessens met het voorstel voor de regering om – eerder dan een *algemeen beginsel van behoorlijk bestuur*⁹⁹ – een algemeen recht op toegang tot de overheid in de wet te verankeren en een *door de burger afdwingbare, wettelijke zorgplicht* vorm te geven die daadwerkelijke toegang tot de overheid garandeert.¹⁰⁰ Het nadeel van een zorgplicht is echter dat deze in beginsel niet rechtstreeks in rechte afdwingbaar is. Claessens onderbouwt haar voorstel met recente voorbeelden van een gebrekkige toegang tot de overheid, die een ingrijpend effect kunnen hebben op individuele, soms kwetsbare burgers, waarbij in toenemende mate afstand ontstaat tussen burger en overheid,¹⁰¹ mede als gevolg van de digitalisering, en dit ondanks het bestaan van verschillende rechtsnormen en overheidsprojecten die deze toegang beogen te faciliteren of verbeteren.¹⁰² Zij geeft onder meer aan dat bijvoorbeeld in Hoofdstuk 2 van de Awb ‘Verkeer tussen burgers en bestuursorganen’ een bepaling zou kunnen worden opgenomen dat

95 De reactie is raadpleegbaar via zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-1008991.pdf.

96 *Kamerstukken II*, 35510, nr. 60, 29 juni 2021.

97 *Kamerstukken II*, 29362, nr. 290, 5 maart 2021.

98 Zie ook de motie van Van der Graaf voor een fysiek overheidsloket bij gemeenten waar kwetsbare burgers met hun hulpvraag terecht kunnen. *Kamerstukken II*, 35570-VII, nr. 24, 15 oktober 2020.

99 Zie in dezelfde zin ook Julicher 2019, p. 443.

100 Claessens 2021.

101 Nationale Ombudsman 2019, p. 4.

102 Zie Ortlep 2020.

burgers een – gegarandeerd (lees: geen inspanning- maar resultaatsverplichting voor het bestuursorgaan) – recht hebben op toegang tot bestuursorganen, onder te verdelen in digitale toegang, telefonische toegankelijkheid, papieren toegankelijkheid en toegang tot een fysiek loket.¹⁰³

Dit voorstel sluit mooi aan bij het bredere streven naar passend contact tussen overheid en burger (vgl. het programma Prettig (later: Passend) Contact met de Overheid (PCMO) van het ministerie BZK sinds 2009),¹⁰⁴ zeker in tijden waarbij telefonisch of fysiek contact met het bestuur in de praktijk vaak moeilijk tot onmogelijk is, waardoor de burger vaak aangewezen is op het invullen van elektronische (contact)formulieren. Zwenne en Schmidt spreken in dit opzicht van ‘digitale dwangbuizen’.¹⁰⁵ In dit kader kan wel de recente Wet digitale overheid nog even onder de aandacht worden gebracht. Deze kaderwet verankert taken, verantwoordelijkheden en bevoegdheden inzake de voorzieningen voor de generieke digitale infrastructuur, verplichtingen voor bestuursorganen en aanspraken van burgers en bedrijven, opdat Nederlandse burgers en bedrijven veilig en betrouwbaar kunnen inloggen bij de (semi-)overheid. De wet vormt een implementatie van de EU-richtlijn over toegankelijkheid van overheidswebsites en apps.

Daarnaast beoogt de regering met het – tot 31 juli 2024 in consultatie zijnde – wetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb de rechtspositie van de burger te versterken en de overheid responsiever te maken. Passend contact met de overheid, in de vorm van laagdrempelige geschilbeslechting, is uitgewerkt in verschillende onderdelen van het wetsvoorstel. Daarbij wordt persoonlijk contact met de overheid gestimuleerd, onder meer door bestuursorganen te verplichten om bij *besluiten* contactgegevens te vermelden¹⁰⁶ ter uitvoering van de op 7 juli 2021 bij een debat over de Parlementaire ondervraging Kinderopvangtoeslag ingediende en vervolgens door de Tweede Kamer aanvaarde motie-Grinwis/Leijten. De motie verzocht de regering zorg te dragen dat op *alle relevante brieven* van overheidsinstanties een telefoonnummer van een ter zake kundige medewerker staat, zodat persoonlijk contact laagdrempeliger

103 Claessens 2021, p. 247.

104 Zie Raad voor het Openbaar Bestuur 2014; zie ook het (succesvolle) programma ‘Prettig contact’ van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties; Euwema, Van der Velden & Koetsenruijter 2010.

105 Zwenne & Schmidt 2016, p. 328.

106 Voorgesteld nieuw artikel 3:45a Awb.

wordt.¹⁰⁷ Voor laagdrempelige geschilbeslechting is het immers essentieel dat partijen voorafgaand aan een eventuele bezwaarprocedure met elkaar in contact kunnen komen.¹⁰⁸

Daarnaast zou het mogelijk worden om eerder de ‘op de zaak betrekking hebbende stukken’ bij een besluit te krijgen, niet pas na indiening van bezwaar, wat beter inzicht verschaft in het besluit en kan helpen bij eventueel contact met het bestuursorgaan over het besluit of om een goed onderbouwd bezwaar in te dienen.¹⁰⁹ Een behoefte aan uitleg of toelichting is immers vaak een motief voor het indienen van een bezwaarschrift. Het bestuursorgaan heeft dan ook de zorgplicht om de contactmomenten, uitgewisselde argumenten en afspraken in het dossier vast te leggen.¹¹⁰ Bovendien wordt voorgesteld om een oplossingsgerichte manier van het behandelen van bezwaar op te nemen.¹¹¹ Het bestuursorgaan gaat eerst in overleg met de indiener van het bezwaar kijken of er op een informele manier aan het bezwaar tegemoet kan worden gekomen. Een oplossingsgerichte houding vanuit het bestuursorgaan is hierbij essentieel en de uitvoering kan gebeuren door te bellen, een keukentafelgesprek, informeel overleg al dan niet met een onafhankelijke gespreksleider of mediation (vgl. het programma PCMO).¹¹² Hierbij wordt ook voorgesteld om de uitzonderingen op de hoorplicht bij een ‘kennelijk niet-ontvankelijk’ of ‘kennelijk ongegrond’ bezwaar te wijzigen. Er moet in ieder geval contact met de bezwaarmaker worden opgenomen, telefonisch contact en een dialoog hebben daarbij de voorkeur. Ervaren achterliggende knelpunten kunnen zo naar boven komen die mogelijk op een niet-juridische manier kunnen worden opgelost. Een gesprek zou immers begrip voor het genomen besluit en daarmee de ervaren procedurele rechtvaardigheid kunnen vergroten.¹¹³

Het wetsvoorstel beoogt tevens een dienstbaarheidsbeginsel in te voeren als een algemene bepaling in artikel 2:4a Awb luidende: “Het bestuursorgaan stelt zich bij het uitoefenen van zijn taak dienstbaar op.” Dienstbaarheid betekent dat het bestuur de burger centraal stelt en zich steeds bewust is van de effecten van zijn handelen op de

107 Kamerstukken II 2020/21, 35510, nr. 73.

108 Zie MvT bij de consultatieversie, p. 30, raadpleegbaar via internetconsultatie.nl/waarborgfunctieawb/document/12200.

109 Voorgesteld nieuw artikel 3:45b Awb.

110 MvT bij consultatieversie ‘Wet versterking waarborgfunctie Awb’, p. 50-52.

111 Nieuw voorgesteld artikel 7:1b Awb.

112 MvT bij consultatieversie ‘Wet versterking waarborgfunctie Awb’, p. 30.

113 Ibid., 30 en 70-72.

burger.¹¹⁴ Dienstbaarheid moet worden gezien als een grondhouding van het bestuur in het contact met de burger, waarbij informatie beschikbaar moet zijn en het bestuursorgaan bereikbaar moet zijn. Het beginsel is niet rechtstreeks rechtens afdwingbaar, maar het ontbreken van de juiste grondhouding kan doorwerken en bijvoorbeeld leiden tot een onzorgvuldige voorbereiding (artikel 3:2 Awb) of een onvolledige belangenafweging (artikel 3:4, eerste lid, Awb).¹¹⁵

In het wetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb staan aldus verscheidene, treffende voorbeelden en handvatten hoe toegang tot het bestuur, nader geoperationaliseerd als ‘zinvol contact met het bestuur’, (straks) verder inhoud en vorm zal krijgen. Daarnaast regelt de Wet modernisering elektronisch bestuurlijk verkeer in de Awb onder meer dat burgers en bedrijven hun zaken die ze met de overheid moeten doen, digitaal kunnen afhandelen, terwijl de mogelijkheid om per post met de overheid te communiceren blijft.¹¹⁶ Zo geeft de Awb burgers de keuze tussen de papieren of de digitale weg.¹¹⁷ Burgers dienen in beginsel altijd actief in te stemmen met uitsluitend elektronische communicatie. Daarnaast heeft de wet per 1 januari 2024 ook een algemene zorgplicht ingevoerd voor bestuursorganen om – bij de doelgroep passende – ‘ondersteuning’ te voorzien bij – elektronische én analoge – overheidscommunicatie.¹¹⁸ De invulling, vormgeving en differentiatie binnen de doelgroep wordt aan bestuursorganen gelaten.¹¹⁹ De zorgplicht kan worden gezien als een concretisering van het dienstbaarheidsbeginsel als grondhouding bij het uitvoeren van de overheidstaak, maar staat hier niet aan gelijk.¹²⁰

Dit uitgebreide onderdeel van het essay toont aldus aan dat er, naast een dringende noodzaak, ook meer dan voldoende indicaties zijn ter onderbouwing van de constitutionele rijpheid van een grondrecht op toegang tot en zinvol contact met het bestuur.

114 Zie MvT bij de consultatieversie, p. 9, raadpleegbaar via internetconsultatie.nl/waarborgfunctieawb/document/12200.

115 Ibid, p. 10.

116 Zie nu artikel 2:14 Awb. Na inwerkingtreding van de Wet modernisering elektronisch bestuurlijk verkeer: art. 2:7 en 2:8 Awb (*Stb.* 2023, 183).

117 Zie ook o.a. Kamerstukken II 2018/19, 35261, nr. 3, p. 6-7, 40-41.

118 Artikel 2:1 (1) Awb.

119 MvT, Kamerstukken II 2018/19, 35 261, nr. 3, p. 7.

120 Zie MvT bij de consultatieversie, p. 46, raadpleegbaar via internetconsultatie.nl/waarborgfunctieawb/document/12200.

VI. Conclusie en concreet tekstvoorstel

Recent pleitten ook Huisman en Jak voor een constitutionalisering van het bestuursrecht door middel van een verdere grondwettelijke verankering van grondslagen en rechtsbeginselen.¹²¹ Zij denken zelf onder meer aan het opnemen van een algemeen geformuleerd, voor de rechter afdwingbaar grondrecht op behoorlijk bestuur, een grondrecht op overheidsinformatie, een grondwettelijk proportionaliteitsvereiste, een vorm van constitutionele toetsing, een taakopdracht aan de uitvoerende macht en een meer richtinggevend taakopdracht aan de wetgever met het oog op de algemene regels van bestuursrecht.

Het in dit essay onderbouwde voorstel tot invoering van een grondrecht op toegang tot en zinvol contact met het bestuur zal natuurlijk – zoals de meeste grondrechten – beperkingen kennen en ook burgers zullen bepaalde verantwoordelijkheden hebben¹²² in het kader van ‘zinvol’ contact tussen burger en bestuur. In de voorbereiding van de grondwetswijziging zal dan ook aandacht besteed moeten worden aan de beperkingssystematiek, belangenafwegingen, uitvoerbaarheid, redelijke interpretatie en verantwoordelijkheden van de burger.¹²³ In afwachting van een goed voorbereide grondwetswijziging verdient het mijns inziens aanbeveling om alvast in de Awb een algemeen recht op toegang tot en zinvol contact met de overheid te verankeren en een corresponderende door de burger afdwingbare plicht voor de overheid nader te operationaliseren. Dit kan mogelijks al plaatsvinden in het kader van de lopende wetgevingsprocedure in het kader van het wetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb.

In dit essay werd – mede gelet op de vertrouwenscrisis tussen burger en overheid en de impact van algoritmische systemen op de werking van het openbaar bestuur en op de interacties tussen burger en bestuur – een dringende noodzaak en constitutionele rijpheid vastgesteld zowel voor het aspect ‘toegang tot het bestuur’ als de verdere operationalisering ervan in de vorm van ‘zinvol contact met het bestuur’. Beide aspecten vormen deel van een – vergelijkbaar met het in 2022 in artikel 17 Grondwet opgenomen recht op een eerlijk proces binnen een redelijke termijn voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter – afdwingbaar, algemeen grondrecht op toegang tot en zinvol contact met het bestuur. Hoewel het duidelijk is dat ICT

121 Huisman & Jak 2023.
122 Zie ook Schlössels 2017.
123 Ibid.

een belangrijke impact heeft op de toegang tot en zinvol contact met het bestuur, is het voorgestelde grondrecht nadrukkelijk techniekonafhankelijk geformuleerd, mede conform aanbevelingen in het rapport Commissie-Franken in 2000.¹²⁴ In het rapport van de Staatscommissie-Thomassen in 2010 wordt erkend dat het elektronische verkeer tussen de overheid en de burger steeds belangrijker wordt en de overheid bij de uitvoering van publieke taken in toenemende mate een elektronische overheid is geworden.¹²⁵ De Staatscommissie gaat echter niet in op de impact hiervan op de interacties en het contact tussen de burger en het bestuur. Anno 2024 kan de grondwetgever deze impact niet meer negeren. Na opname van het recht op toegang tot de rechter en een eerlijk proces in 2022 is het nu dan ook tijd om werk te maken van het opvullen van een andere lacune in de Nederlandse Grondwet: het recht op toegang tot en zinvol contact met het bestuur.

Hierbij doe ik, in lijn met de onderbouwing in het essay, alvast een concreet tekstvoorstel voor de opname van een grondrecht op toegang tot en zinvol contact met het bestuur, met name in artikel 5 Grondwet. Ik beveel hierbij ook een versterking aan van het petitierecht door toevoeging van de bepaling dat de wet regels stelt voor de behandeling van deze verzoeken bij het bevoegd gezag. Daarnaast schrapte ik – in lijn met de aanbeveling van de commissie-Franken – hierbij de term ‘schriftelijk’, zodat ook elektronische en mondelinge verzoeken grondwettelijke bescherming genieten.¹²⁶ Tevens voorzie ik in dit tekstvoorstel de mogelijkheid om het recht op toegang tot en zinvol contact met het bestuur bij of krachtens de wet te beperken evenals de opdracht tot het stellen van regels om de toegankelijkheid van het bestuur te borgen.

Huidig artikel 5 Grondwet	Voorstel nieuw artikel 5 Grondwet
Ieder heeft het recht verzoeken <i>schriftelijk</i> bij het bevoegd gezag in te dienen.	<ol style="list-style-type: none"> 1. Ieder heeft het recht verzoeken bij het bevoegd gezag in te dienen. 2. De wet stelt regels voor de behandeling van deze verzoeken. 3. Ieder heeft recht op toegang tot en zinvol contact met het bestuur, behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen. 4. De wet stelt regels om de toegankelijkheid van het bestuur te borgen.

124 Commissie-Franken 2000, p. 62-63.

125 Staatscommissie-Thomassen 2010, p. 67.

126 Commissie-Franken 2000, p. 196-200.

Literatuurlijst

Afdeling advisering 2018

Afdeling advisering van de Raad van State, *Ongevraagd advies over de effecten van digitalisering voor rechtsstatelijke verhoudingen*, 31 augustus 2018, *Kamerstukken II 2017/18*, 26643, nr. 557.

Alkema 2000

E.A. Alkema, 'Gedifferentieerde rechtsvinding door de rechter in veranderende staatkundige verhoudingen', *NJB* 2000, afl. 21, p. 1053-1058.

Balvert 2022

A. Balvert, 'Datagedreven datacommunicatie binnen het bestuursrecht: geautomatiseerd maatwerk?', *NTB* 2022/40.

Barkhuysen en Den Ouden 2020

T. Barkhuysen & W. den Ouden, 'Kroniek over het algemeen bestuursrecht. Over responsief bestuursrecht, integrale geschilbeslechting en vooral... maatwerk', *NJB* 2020/954.

Brenninkmeijer 2021

A.F.M. Brenninkmeijer, 'De grondbeginselen van de rechtsstaat zijn geschonden' als 'verschrikkelijk ongeluk'. Over de noodzaak van behoorlijk bestuur', *NJB* 2021, afl. 1, p. 6-13.

Bovens 1999

M. Bovens, 'Informatierechten: Over Burgerschap in de Informatiemaatschappij Handelingen', *Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 1999/28, afl. 2, p. 102-124.

Bovens & Zouridis 2002

M. Bovens & S. Zouridis, 'From Street-Level to System-Level Bureaucracies: How Information and Communication Technology Is Transforming Administrative Discretion and Constitutional Control', *Public Administration Review* 2002, 62(2), 174-184.

Broeksteeg 2022

J.L.W. Broeksteeg, 'Staatsrecht tussen eenheid en pluriformiteit. Over subsidiariteit en soevereiniteit in eigen kring als bouwstenen van het staatsrecht' in: *Preadvies Christen Juristen Vereniging 2020*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2022.

Burkens & Van Maarseveen 1974

M.C. Burkens & H.Th.J.F. van Maarseveen (red.), *Legitimatie. Preadvies voor de staatsrechtconferentie 1974*, Rotterdam: Erasmus Universiteit 1974.

Casey & Niblett 2017

A.J. Casey & A. Niblett, 'The Death of Rules and Standards', *Indiana Law Journal* (92) 2017, afl. 4, p. 1401-1447.

Claessens 2021

M. Claessens, 'Het (on)nut van een recht op toegang tot de overheid als nieuw algemeen beginsel van behoorlijk bestuur', *NTB* 2021/105, p. 242-248.

Commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht 2021

Commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht, *Europa en het algemeen bestuursrecht. Burger en bestuur in de gemeenschappelijke rechtsorde* (VAR-reeks 165), Den Haag: Boom juridisch 2021.

Commissie-Franken 2000

Commissie-Franken, *Rapport van de Commissie grondrechten in het digitale tijdperk*, Den Haag: 2000.

Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag 2020

Eindverslag parlementaire ondervragingscommissie kinderopvang, *Ongekend onrecht*, bijlage bij *Kamerstukken II 2020/21*, 35510, nr. 2.

Commissie Wetgevingsvraagstukken 1985

Eindrapport van de Commissie Wetgevingsvraagstukken, *Orde in de Regelgeving*, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1985.

Daalder 2005

E.J. Daalder, *Toegang tot overheidsinformatie. Het grensvlak tussen openbaarheid en vertrouwelijkheid* (dissertatie 2005), hdl.handle.net/1887/645.

Dunleavy e.a. 2006

P. Dunleavy, H. Margetts, S. Bastow & J. Tinkler, 'New Public Management is Dead—Long Live Digital-era Governance', *Journal of Public Administration Research and Theory* (16) 2006, afl. 3, p. 467-494.

Euwema, Van der Velden & Koetsenruijter 2010

M. Euwema, L. Van der Velden & C. Koetsenruijter (red.), *Prettig contact met de overheid, Eindrapportage pionierstraject mediationvaardigheden, resultaten, analyses & aanbevelingen*, BZK 2010.

Van Gestel & Vleugel 2013

R.A.J. van Gestel & A. Vleugel, *Herijking van het primaat van de wetgever: De betekenis van kaderwetgeving en delegatie*, 2013, publicatie Raad van State, raadvanstate.nl/publish/library/13/rapport-kaderwetgeving-vgestel-vleugel.pdf.

Goené & Meuwese 2023

R. Goené & A. Meuwese, *Proactief maatwerk. Een inventarisatie van mogelijkheden en knelpunten binnen de uitvoeringspraktijk*. Universiteit Leiden, juni 2023, bijlage bij *Kamerstukken II 2023/24*, 29279, nr. 814.

Goossens, Hirsch Ballin & Van Vugt 2021

J. Goossens, E.M.H. Hirsch Ballin & E.Y. van Vugt, 'Algoritmische beslisregels vanuit constitutioneel oogpunt. Tweedeling tussen algemene regels en concrete toepassing onder druk', *Tijdschrift voor constitutioneel recht* 2021/12, p. 4-19.

Goossens & De Poorter 2022

J. Goossens & J. de Poorter, 'Rechtsvorming in een hypercomplexe samenleving in het licht van evoluties in de horizontale, verticale, stedelijke en publiek-private dimensies', in: J. Goossens, J. de Poorter, G. van der Schyff, T. Geldof, & C. van Oirsouw (red.), *Rechtsvorming in een hypercomplexe samenleving: Bundel n.a.v. de Staatsrechtconferentie 2022 (Tilburg University)*, Oosterwijk: Wolf Legal Publishers 2022, p. 7-19.

Haex 2023

K. Haex, *Grondwetswijzigingen als spiegel en als instrument*, masterscriptie Legal Research Master 2023, onuitg.

Hirsch Ballin 2015a

E.M.H. Hirsch Ballin, 'De constitutie van het bestuursprocesrecht', in: A.T. Marseille, A.C.M. Meuwese, F.C.M.A. Michiels & J.C.A. de Poorter (red.), *Behoorlijk bestuursprocesrecht. Opstellen aangeboden aan prof. mr. B.W.N. de Waard over grondslagen, beginselen en vernieuwingen van het bestuursprocesrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2015, p. 19-30.

Hirsch Ballin 2015b

E.M.H. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak: Over de betekenis van veranderingen in economie, politiek en samenleving voor de bestuursrechtelijke rechtsontwikkeling', in E.M.H. Hirsch Ballin, R. Ortlep & A. Tollenaar, *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter* (Handelingen algemene vergadering van de VAR Vereniging voor Bestuursrecht op 22 mei 2015 (VAR-reeks 154)), Den Haag: Boom juridisch 2015, p. 7-58.

Hirsch Ballin 2019

E.M.H. Hirsch Ballin, 'De rol van de wetgever: vijftig jaar verder', in A.M. Keppel & T.G.J. van Arnhem (red.), *De wetsfiguur: Preadviezen van E.M.H. Hirsch Ballin & M.H.A.F. Lokin* (Handelingen Nederlandse Vereniging voor Wetgeving 2019), Tilburg: Wolf Legal Publishers 2019, p. 13-43.

Hirsch Ballin & Kamphuis 1985

E.M.H. Hirsch Ballin & J.A. Kamphuis (red.), *Trias Automatica. Automatisering in wetgeving, bestuur en rechtspraak*, Deventer: Kluwer 1985.

Huisman & Jak 2023

P.J. Huisman & N. Jak, 'Constitutionalisering van het bestuursrecht: naar een verdere grondwettelijke verankering van grondslagen en rechtsbeginselen', *NTB* 2023/172, p. 263-273.

Ippel 2018

M.H. Ippel, “De mens als maatstaf voor de regels van algemeen bestuursrecht”, *NTB* 2018/63, p. 393-401.

Ippel 2020

M.H. Ippel, ‘Het beginsel van de dienende overheid als grondslag voor responsief bestuursrecht; aanknopingspunten voor de bestuursrechter. In reactie op Leo Damen *NTB* 2020/2, *NTB* 2020/73, p. 189-195.

Julicher 2019

M. Julicher, ‘Hoe behoorlijk is de Grondwet’, *NTB* 2019/44, p. 441-449.

Julicher 2020

M. Julicher, *Nederlandse grondrechten: klaar voor de toekomst? Modernisering van grondrechten in de Grondwet in het licht van het EVRM en het EU-Grondrechtenhandvest* (dissertatie Ridderprint 2020).

Koopmans 1970

T. Koopmans, ‘Derol van dewetgever’, in: *Honderdjaarrechtsleven. De Nederlandse Juristen-Vereeniging 1870-1970*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970.

Kortmann 2016

C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel Recht*, (bew. door P.P.T. Bovend’Eert, J.L.W. Broeksteeg, C.N.J. Kortmann, B.P. Vermeulen), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Leenknecht 2016

G.J. Leenknecht, ‘The constitutional ripeness of principles in internet law in the Netherlands’, in: O. Pollicino & G. Romeo (red.), *The Internet and Constitutional Law. The protection of fundamental rights and constitutional adjudication in Europe*, Londen: Routledge 2016.

Lindseth 2010

P.L. Lindseth, *Power and Legitimacy: Reconciling Europe and the Nation-State*, New York: Oxford University Press 2010.

Margetts & Dunleavy 2013

H. Margetts & P. Dunleavy, ‘The Second Wave of Digital-era Governance: a Quasi-paradigm for Government on the Web’, *Royal Society of London. Philosophical Transactions A. Mathematical, Physical and Engineering Sciences* (371) 2013, p 1-17.

Nationale ombudsman, Gevraagd: maatwerk! 2015

Nationale ombudsman, Gevraagd: maatwerk! Een onderzoek naar de uitvoeringspraktijk van de Belastingdienst, (rapportnummer: 2015/025), Den Haag: Nationale ombudsman 2015.

Moore 1995

M.H. Moore, *Creating Public Value: Strategic Management in Government*, Cambridge: Harvard University Press 1995.

Nationale ombudsman, Het verdwijnen van de blauwe envelop 2016

Nationale ombudsman, Het verdwijnen van de blauwe envelop. Een onderzoek naar de digitalisering van het berichtenverkeer van de Belastingdienst, 5 april 2016, (rapportnummer: 2016/030), Den Haag: Nationale ombudsman 2016.

Nationale ombudsman, Hoezo MijnOverheid? 2017

Nationale ombudsman, Hoezo MijnOverheid? Onderzoek naar knelpunten voor burgers bij MijnOverheid / de Berichtenbox, (rapportnummer: 2017/098), Den Haag: Nationale ombudsman 2017.

Nationale ombudsman, Onderzoek naar de communicatie van het UWV over digitalisering 2017

Nationale ombudsman, Onderzoek naar de communicatie van het UWV over digitalisering, (rapportnummer: 2017/002), Den Haag: Nationale ombudsman 2017.

Nationale ombudsman 2019

Nationale ombudsman, Regel regie! Jaarverslag 2019, Den Haag: Nationale ombudsman 2017.

Ortlep 2020

R. Ortlep, 'Referentiekader van waaruit wij het bestuursrecht bezien en waarderen', *JBplus* 2020/4.

Parlementaire enquêtecommissie Fraudebeleid en Dienstverlening 2024

Rapport Parlementaire enquêtecommissie Fraudebeleid en Dienstverlening, *Blind voor mens en recht*, Den Haag 26 februari 2024.

Passchier 2020

R. Passchier, 'Digitalisering en de (dis)balans binnen de trias politica', *Ars Aequi* 2020, afl. 10, p. 916-927.

Pels Rijcken, Van Heukelom-Verhage & Van Tienen 2019

Pels Rijcken, S. van Heukelom-Verhage & F. van Tienen, *Maatwerk met de Awb. Advies over het gebruikmaken van de juridische ruimte van de Algemene wet bestuursrecht voor het bieden van maatwerk*, 's-Gravenhage: Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn 2019.

De Poorter & Goossens 2019

J. de Poorter & J. Goossens, 'Effectieve rechtsbescherming bij algoritmische besluitvorming in het bestuursrecht', *NJB* 2019/2777, p. 3303-3312.

Prins 2016

C. Prins, 'Digitale (dis)balans binnen de TRIAS', *Nederlands Juristenblad* 2016, afl. 14, p. 909.

Raad van State 2020

Raad van State, *Jaarverslag 2019. Evenwicht in de rechtsstaat. Een beschouwing*, Den Haag: Raad van State 2020.

Raad van State 2021

Raad van State, Digitalisering in wetgeving en bestuursrechtspraak, Den Haag: 2021.

Raad voor het Openbaar Bestuur 2014

Raad voor het Openbaar Bestuur, *Hoe hoort het eigenlijk. Passend contact tussen overheid en burger*, Den Haag: 2014.

Ranchordas 2022

S. Ranchordas, 'Empathy in the Digital Administrative State', 71(6) *Duke Law Journal* 2022, p. 1341-1389.

Riezebos 1992

C. Riezebos, *Recht van petitie. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar een juridische mogelijkheid van toegang tot het politieke systeem in Nederland en in de Bondsrepubliek Duitsland* (diss. Rotterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.

Scheltema 1989

M. Scheltema, 'De rechtsstaat', in: J.W.M. Engels (red.), *De rechtsstaat herdacht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1989, p. 11-17.

Scheltema 2015

M. Scheltema, 'Bureaucratische rechtsstaat of responsieve rechtsstaat', *NTB* 2015/37, p. 287-289.

Scheltema 2017

M. Scheltema, "Schulden van de burger in de responsieve rechtsstaat" *NTB* 2017/28, p. 253-257.

Scheltema 2018

M. Scheltema, "Wetgeving in de responsieve rechtsstaat", *Regelmaat* 2018, p. 120-131

Scheltema 2020

M. Scheltema, 'Handvatten voor vernieuwingen in het bestuursrecht', *NTB* 2020/256.

Shiffrin 2010

S.V. Shiffrin, 'Inducing Moral Deliberation. On the Occasional Virtues of Fog', *Harvard Law Review* (123) 2010, afl. 5, p. 1214-1246.

Schlössels 2017

R.J.N. Schlössels, 'Het recht op toegang tot het bestuur', *NTB* 2017, p. 199

Van der Schyff 2021

Gerhard van der Schyff, 'Artikel 5 Petitierecht', in: Ernst Hirsch Ballin, Erik Janse de Jonge & Gert-Jan Leenknegt (red.), *Uitleg van de Grondwet* (Boom juridisch 2021), geraadpleegd via nederlandrechtsstaat.nl/grondwet/inleiding-bij-hoofdstuk-1-grondrechten/artikel-5-petitierecht/.

Staatscommissie-Thomassen 2010

Staatscommissie-Thomassen, rapport Staatscommissie Grondwet, november 2010, bijlage bij *Kamerstukken II 2010-2011*, 31570, nr. 17.

Ten Berge 2019

J.B.J.M. ten Berge, 'Responsiviteit als beginsel van goed bestuur', in: A.W.G.J. Buijze e.a. (red.), *Goed bestuur in perspectief*, Deventer: Kluwer 2019, p. 59-66.

Tijdelijke commissie Uitvoeringsorganisaties 2021

Rapport Tijdelijke commissie Uitvoeringsorganisaties, *Klem tussen Balie en Beleid*, Den Haag 25 februari 2021, *Kamerstukken II 35 387*, nr. 2.

Torfig e.a. 2020

J. Torfig, L.B. Andersen, C. Greve, & K.K. Klausen, *Public Governance Paradigms: Competing and Co-existing. Policy. Administrative and Institutional Change Series*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2020.

Van Vugt 2022

E.Y. van Vugt, 'De hypercomplexe samenleving, directe democratie en de Nederlandse Grondwet', in: J. Goossens, J. de Poorter, G. van der Schyff, T. Geldof, & C. van Oirsouw (red.), *Rechtsvorming in een hypercomplexe samenleving: Bundel n.a.v. de Staatsrechtconferentie 2022 (Tilburg University)*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2022, p. 131-168.

Weber 1922

M.C.E. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, Tübingen 1922.

WRR 2017

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *WRR-rapport nr. 97: Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op redzaamheid*, Den Haag: Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2017.

Yeung 2022

K. Yeung, 'The New Public Analytics as an Emerging Paradigm in Public Sector Administration', *Tilburg Law Review* (27) 2022, afl. 2, p. 1-32.

Zouridis & Leijtens 2021

S. Zouridis & V. Leijtens, 'Bringing the Law Back In: The Law-Government Nexus in an Era of Network Governance', *Perspectives on Public Management and Governance*, 2021/2, p. 118-129.

Zwenne & Schmidt 2016

G.J. Zwenne & A. Schmidt, 'Wordt de homo digitalis bestuursrechtelijk beschermd?', in: *Homo Digitalis, Handelingen NJV 2016-1*, Den Haag: Wolters Kluwer 2016, p. 307-385.



De Grondwet voor de toekomst

Over te beschermen constitutionele waarden en hun bedreigingen en constitutionele firewalls

Aalt Willem Heringa*

Inleiding

Dit essay gaat over de toekomstbestendigheid van de Grondwet, zowel in het licht van technologie en vooral Artificiële Intelligentie (AI), als in de context van de gevaren voor de democratie en rechtsstaat, en de constitutionele en grondrechtelijke ordening, veroorzaakt door strevingen van binnenuit, dan wel veroorzaakt door invloeden van (andere) globale ontwikkelingen. Ik zal hierna in dat verband concretiseren wat er in dat verband niet goed, dan wel te verbeteren is in onze Grondwet, kortom aanduiden waar mijns inziens de kwetsbaarheden zijn; en daarna hoe één en ander aan te pakken, teneinde dat wat we beogen grondwettelijk degelijk te beschermen, effectiever wordt beschermd en bewaard.

Dit zal ik doen door in de navolgende paragrafen te bezien wat de Grondwet (impliciet) beoogt, wat haar karakter is, en waar de risico's zijn. Op die risico's zal ik vervolgens iets concreter ingaan. Daarna, na die risicoanalyse, zal ik mij zetten aan een schets van hoofdlijnen van oplossingen tot versterking en verbetering.

De Grondwet

De Nederlandse Grondwet was en is in zekere zin een nuchtere, vrij basale grondwet. Deze bevat(te) noodzakelijk geachte regelingen voor bevoegdheden en het functioneren van de staatsinstellingen, decentralisatie, koninklijk huis, en, vooral sinds 1983, een in het nieuwe eerste hoofdstuk opgenomen grondrechtencatalogus.

* Emeritus hoogleraar vergelijkend staats- en bestuursrecht, Maastricht University; voorzitter van het Montesquieu Instituut.

Achter de meer technische bepalingen zaten wel enkele fundamentele keuzes en beginselen en waarden, maar veelal zonder deze expliciet te benoemen. Daarbij gaat het bijvoorbeeld om het beginsel van de representatieve democratie, het parlementaire stelsel inclusief daarin begrepen de vertrouwensregel/het vertrouwensbeginsel, als ook het beginsel van decentralisatie. Daarnaast kan ook het nieuwe in 1983 ingevoerde grondrechtenhoofdstuk met klassieke en sociale grondrechten gezien worden als uitdrukking van grondrechtelijke waarden over de beschermenswaardige positie van ingezetenen. Het belangrijkste, zo niet enige voorbeeld van explicitering van één van die waarden is het arrest Valkenhorst van de Hoge Raad, waarin uit enkele in de Grondwet opgenomen grondrechten de waarde van een persoonlijkheidsrecht werd afgeleid, dat vervolgens gebruikt werd om te komen tot de erkenning van een grondrechtelijk/grondwettelijk recht op kennis van de biologische afstamming.¹ Uit de 19^e eeuw stamt het Meerenberg arrest waarin de Hoge Raad² uit het stelsel van de Grondwet afleidde of en wanneer aan de regering regelgevende bevoegdheid via AMVB toekwam; de oplossing van de Hoge Raad is nog steeds te vinden in art. 89 Grondwet. Dit voorbeeld betrof in mindere mate een grondrechtelijke waarde, maar vooral een beginsel over de rol van de wetgever en de afgeleide rol van de regering.

Uiteraard behoort een grondwet tal van technische regels en voorschriften te bevatten, zoals over de procedure van grondwetswijziging en van wetgeving, (erfopvolging van) het koningschap, de bevoegdheden van provincies en gemeenten, als ook bepalingen over verkiezingen, bevoegdheden van het parlement en van de regering.

Maar als een grondwet zich richt op organisatierecht (naast de codificatie van grondrechten) zou dan niet op zijn minst verwacht moeten worden dat die regels een redelijk compleet beeld geven? Doen ze dat niet dan is de bescherming van de met die regels te beschermen achterliggende waarden immers potentieel lacuneus, vooral als die waarden evenmin zijn geduid. Voorbeelden van die lacunes zijn de kabinetsformatie als ook de regels ten aanzien van het naar huis sturen van een bewindspersoon dan wel het voltallige kabinet; dan wel de grenzen aan of mogelijkheden van het inperken van gemeentelijke of provinciale autonomie of de wenselijkheden en omvang van medebewindstaken van (uitvoering door) gemeenten en provincies.

1 HR 15 april 1994, NJ 1994, 608, Valkenhorst.

2 HR 13 januari 1879, W 4330.

Bij de grondwetsherziening van 1983 is ervoor gekozen om vele kwesties te deconstitutionaliseren of deconstitutioneel te houden, dat wil zeggen een grondwettelijke specificering te ontnemen dan wel niet toe te kennen. Een recenter voorbeeld daarvan is de herziening van de grondwettelijke regeling van de burgemeestersbenoeming³. Schreef de Grondwet aanvankelijk voor dat benoeming bij Koninklijk Besluit diende te geschieden, inmiddels laat de Grondwet de wijze van benoeming over aan de wetgever. In dat verband ware op te merken dat in het algemeen een verder kenmerk van de Grondwet is dat veel vertrouwen aangaande grondwettelijke waarborgen gelegd wordt bij de wetgever⁴ (zo in de grondrechtelijke bepalingen, maar ook ten aanzien van autonomie/decentralisatie). En tevens dat wat die wetgever vervolgens produceert niet door de rechter kan worden beoordeeld op grondwettelijkheid (zie art. 120 Grondwet), maar alleen op conformiteit met EU recht en met internationaal recht/verdragsrecht (art. 94 Grondwet).

Daarmee zijn toepassing en dus ook uitleg/interpretatie van de Grondwet in belangrijke mate een parlementaire/politieke kwestie: beslist de meerderheid in parlement (en daarmee veelal op initiatief van de regering dan wel ingegeven door coalitie afspraken) tot een specifieke uitleg of wet, dan is die niet meer toetsbaar op grondwettigheid door de rechter, en slechts in rechte aantastbaar via EU recht en internationale verdragen.

Dat primaat van grondwetstoepassing en uitleg door de politiek (en dat mede of vooral op grond van politieke opportuniteit) doet zich ook op vele andere plaatsen voor die constitutioneel zeer relevant zijn, zoals ten aanzien van de kabinetsformatie (slechts summier geregeld in het RvO TK!⁵); van de vertrouwensregel (wanneer dient een bewindspersoon af te treden, wanneer is vertrouwen opgezegd, geldt deze regel ook bij een motie van afkeuring, resp. ook bij een demissionaire bewindspersoon). Of ten aanzien van de vraag wat de reikwijdte is van de informatieplicht van art. 68 Grondwet hoe het zit met de beoordeling van de geloofsbrieven, of de regels inzake (toezicht op) integriteit van Kamerleden, of beoordeling van schending van eed of belofte.

3 Art. 131 Grondwet.

4 In het voorstel tot aanpassing van de Grondwet (TK 36160) met het oog op het mogelijk maken van een referendum wordt (net als dat het geval is in enkele artikelen over het koninklijk huis, ervoor gekozen om de bevoegdheid van de wetgever aan banden te leggen door een gekwalificeerde meerderheid te verlangen.

5 Hoofdstuk 11 (artt. 11.1-11.3) RvOTK.

Natuurlijk is er in deze voorbeelden de mogelijkheid dat een advies of voorlichting van de Raad van State wordt gevraagd, en blijkt in de praktijk dat een constitutioneel advies van de Raad impact kan hebben op het gedrag van de politiek (voorbeeld de voorlichting⁶ van de Raad over de benoeming van enkele Kamerleden in 2021 tot bewinds-persoon onder -aanvankelijk- behoud van het Kamerlidmaatschap), maar tevens is het niet geborgd dat een constitutioneel advies wordt gevolgd zodat een coalitie-compromis of de politieke wenselijkheid voorrang kan krijgen boven een grondwettelijke bepaling of uitleg daarvan.

Het is niet zo dat de Grondwet inmiddels in het geheel geen bredere waarden met een wat ruimere potentiële toepassing bevat: van oudere datum zijn art. 90 Grondwet (en art. 100) met codificatie van het belang van de internationale rechtsorde; sinds 2022 zijn er het beginsel van/recht op een eerlijk proces (art. 17 Grondwet), als ook het nieuwe openingsartikel waarin het belang van democratie en rechtsstaat wordt genoemd. Maar dat is het dan ook wel zo'n beetje. Vergeleken met een grondwet als de Duitse is dat wat karig; in het Duitse Grundgesetz (GG) staan in art. 20, 28 en 79 verwijzingen naar wat is gaan heten de freiheitlichte demokratische Grundordnung (demokratische rechtsstaat), de wehrbare Demokratie (onder meer door de regeling van politieke partijen en de mogelijkheid van het partijenverbod in art. 21), de noodzaak van bescherming van de waardigheid van burgers (art. 1), de onveranderlijkheid van de Grondwet aangaande haar fundamentele kenmerken (art. 79), en het republikeinse karakter. En het BundesVerfassungsgericht (BVerfG) heeft daar nog nadere elementen aan toegevoegd zoals de noodzaak om parlementaire bevoegdheden te beschermen (via art. 38, inzake het kiesrecht)⁷. En de Duitse grondwet bevat verder tal van regels die juist ook het politieke staatsrecht reguleren zoals ten aanzien van het activeren van de vertrouwensregel (constructieve motie van wantrouwen)⁸ en de bescherming van rechten van parlementaire minderheden (doordat zij toegang hebben tot het BVerfG) inclusief, als uitdrukking van de wehrbare Demokratie, de mogelijkheid tot het verbieden van politieke partijen. À propos, dat laatste vraagstuk is in Nederland grondwettelijk ongeregeld en is (de)constitutionalisering!

6 <https://www.raadvanstate.nl/adviezen/@126562/w04-21-0234-vo/>

7 Deze rechtspraak had vooral betrekking op de overdracht aan (of de uitoefening van) van (nieuwe) bevoegdheden door EU-instituten zoals het ESM en de ECB.

8 Artt. 67 en 68.

overgelaten aan de wetgever binnen de context van de vrijheid van vereniging.

Vele van die Duitse grondwettelijke waarden hebben articulatie, definitie en invulling gekregen in de rechtspraak van het BVerfG; die invulling en actualisering voor het staatsrecht van alledag (de actuele toepassing van de Grondwet) zijn in Nederland veel minder zichtbaar en waar die kenbaar is, geschiedt dat vooral in casuïstiek van de rechter. Die casuïstiek en toepassing door de rechter is in Nederland veel geringer dan in Duitsland door de afwezigheid van het grondwettelijk toetsingsrecht. Daardoor komt de rechter er veel minder vaak aan toe om zich op grondwettelijke grondslag te beraden over formele wetten, en komt het de rechter normaliter niet toe zich bezig te houden met politiek staatsrechtelijke onderwerpen. In zaken die parlement en regering aangaan, zal de rechter zich veelal terughoudend opstellen (tenzij uiteraard er een specifieke norm is geschonden zoals het geval was in de Urgenda zaak⁹) en zich op onderwerpen het buitenlands beleid betreffend te verlaten op die politieke oordeelsvorming. Wel is er interessante rechtspraak waarin de rechtspraak zich met een waarden-benadering heeft gebogen over grondwettelijke kwesties: die zagen dan vooral op de beoordeling van de grondwettigheid van gemeenteverordeningen, of anderszins op zaken waarin het niet ging om de verhouding formele wet-Grondwet. Ik noemde in dat verband al eerder de arresten Meerenberg, Valkenhorst en Urgenda. Verder verdient vermelding de rechtspraak met betrekking tot art. 7 (lid 1) Grondwet, en de in dat verband ontwikkelde verspreidingsjurisprudentie als ook de invulling aan het begrip 'drukpers'.¹⁰ Interessant is daarbij dat de Hoge Raad dat begrip ruim uitlegde en er, zoals in het arrest Nederland Ontwapent,¹¹ ook neonletters op een toren onder begreep, als met drukpers in het maatschappelijk verkeer op een lijn te stellen leesbare uitingen. Dat laatste voorbeeld laat zien dat rechtspraak ervoor kan zorgen dat op zichzelf verouderde, of minder relevante begrippen, toch een actuele en relevante invulling verkrijgen. Daarvoor is het, zo is mijn stelling, van belang dat de Grondwet meer expliciet is over de te beschermen waarden en beginselen, zodat in rechtspraak recht kan worden gedaan aan die fundamentele waarden (en dus aan de Grondwet) door aan specifieke begrippen en aspecten een steeds actuele(re)

9 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006.

10 Over de (ontwikkeling van de) verspreidingsjurisprudentie en het begrip drukpers: R.E. de Winter, De heersende leer: honderd jaar verspreidingsjurisprudentie: 1892-1992, Den Haag, SDU 1993.

11 HR 24 januari 1967, NJ 270.

invulling en interpretatie te geven. Dat verkleint de kans dat de Grondwet regelmatig moet worden aangepast, met het risico van gedateerd worden en achterlopen, en daardoor geeft de Grondwet de noodzakelijke actualiteit weer, relevant om van waarde te blijven in steeds veranderende omstandigheden, ontwikkelingen en bedreigingen.

Doel en ratio van grondwetten

Grondwetten hebben verschillende functies. Zij kunnen dienen als symbool van nationale eenheid en als breuk met het verleden. De vorming van een republiek na een monarchie, of, zoals in Nederland het geval was, de vorming van een monarchie na een republiek en buitenlandse overheersing. Een grondwet kan tevens de waarden waarop de staat toen is gefundeerd articuleren, zodat de burgers zich daarin herkennen en die staat en grondwet als legitiem ervaren. De grondslag en legitimiteit van de staat en als bron van het staatsgezag, kort gezegd. Daarnaast fundeert een grondwet de organisatie van de staat en de belangrijkste staatsinstellingen en hun bevoegdheden en onderlinge relaties en legt daartoe de belangrijkste spelregels vast. En niet te vergeten omschrijven grondwetten mechanismen waarmee de burgers geïnvolveerd worden in het bestuur door verkiezingen of referenda, en bescherming verkrijgen door de codificatie van grondrechten, de toegang tot de rechter en openbaarheid.

De balans tussen en de mate waarin deze doelstellingen in grondwetten zijn geconcretiseerd, verschillen. De Nederlandse Grondwet is zuinig in de verwoording van grote waarden en grondslagen: geen woord over de achtergrond van de Grondwet van het begin van de 19^e eeuw, noch over enigerlei vorm van soevereiniteit, of algemene aanduiding van staatsvorm (anders dan een paragraaf in het (tweede) hoofdstuk (Regering) over de koning). Wel kan een aanzet worden gevonden in het arrest Meerenberg, dat (na de grondwetswijzigingen van 1848) beoogde recht te doen aan het oppergezag van de wetgever door de regering het recht te ontzeggen eigenstandig wetgeving via koninklijk besluit te maken en dat deed met een systematische redenering en interpretatie van de Grondwet van 1848.

Net als een staat zelf die wordt gefundeerd door een grondwet, is ook de laatste gericht op continuïteit en mede op stabiliteit. De in een grondwet gemaakte keuzes worden als fundamenteel en basaal

beschouwd en verdienen het om als zodanig, breed gedragen als zij zijn, effectief en langdurig te zijn. Bescherming daarvan tegen interne en externe bedreigingen is daarmee cruciaal. Procedureel doen grondwetten dat veelal door wijzigingen in het grondwettelijk stelsel te onderwerpen aan speciale procedures. Waarbij we meteen moeten opmerken dat ‘wijzigingen’ door veranderde interpretaties (door rechters of constitutionele hoven) niet een dergelijke procedure behoeven te doorstaan. Het lastige van speciale procedures is dat deze het risico in zich bergen van te grote rigiditeit (waarmee een grondwet op onderdelen een sta in de weg (b)lijkt te zijn) en dus kan leiden tot concepten als deconstitutionalisering (teneinde te voorkomen dat een grondwet niet meebeweegt). De afwezigheid van vormen van rigiditeit maakt uiteraard dat een grondwet (en al zijn aspecten van continuïteit, stabiliteit en bescherming) gemakkelijk speelbal wordt van toevallige meerderheden die uit zijn op afbreuk van grondwettelijke waarden of van vormgeving daarvan die toevallig die meerderheid uitkomt. Het lastige van rigiditeit is echter dat een (formeel) rigide Grondwet toch in de praktijk flexibel kan zijn (voorbeeld: de Duitse Grondwet), doordat frequent grondwetswijzigingen worden doorgevoerd (vanwege een kiesstelsel zoals in Duitsland dat veelal leidt tot grote meerderheden). Het Nederlandse stelsel laat dat minder toe vanwege het grondwettelijk gebod van evenredige vertegenwoordiging¹², waardoor de kans van een één (of zelfs twee of drie) partijen regering buitengemeen gering is, laat staan van een regering/coalitie die over een 2/3 meerderheid beschikt. Daarmee is er in Nederland een dubbele sleutel: de rigide grondwetswijzigingsprocedure (2/3 meerderheid en beslissing in twee lezingen¹³) én het kiesstelsel dat zorgt voor coalitieregeringen en (veelal langdurige) formaties en de mogelijkheid van verschillende meerderheden in beide kamers (voor en na verkiezingen, relevant voor de tweede lezing). Deze omstandigheden dragen bij aan het voorkomen dat één partij waarborgen van een democratische orde, of bescherming van rechten van (parlementaire) minderheden, of rechtsstatelijke beginselen, al te gemakkelijk ten eigen faveure kan schenden.

Door de geringe aanwezigheid van rechterlijke controle op de grondwettigheid van handelen van politieke actoren en door de afwezigheid van rechterlijke controle op de grondwettigheid van

12 Art. 53 Grondwet.

13 Art. 137 Grondwet.

formele wetten, is de relevantie van de Grondwet dienaangaande geringer, is er in mindere mate een dagelijkse waardering en toepassing van grondwettelijke normen en beginselen, en is er in mindere mate een geïnstitutionaliseerde bescherming van die grondwettelijke beginselen. Dat is merkwaardig in het perspectief van de grote rigiditeit (zowel in formele zin als in materiële) van de Grondwet, waarmee juist beoogd wordt het fundamentele aspect van de Grondwet te beschermen, want leidt tot een geringe(re) bescherming van de Grondwet door de rechter. Waar de notie van rigiditeit de Grondwet juist beoogt te beschermen tegen aantasting door (eenmalige of kortstondige) politieke meerderheden en hun politieke doelstellingen, leidt de afwezigheid van een volledige rechterlijke controle op grondwettigheid van alle overheids-handelen, juist tot een ondergraving van de fundamentele waarde van de Grondwet, zoals ook onderstreept door het rigide karakter.

Het argument dat er wel een rechterlijke controle is op de vraag of wetten en ander overheidshandelen conform fundamentele normen is, als neergelegd in verdragen en EU-recht, gaat eraan voorbij dat een grondwet meer is dan wat internationaal en Europees recht voorschrijft, en dat het niet aangaat verstoringen van de nationale grondwettelijke orde te moeten redresseren, voor zo ver al mogelijk, via internationale normen en EU-recht¹⁴. Beslissingen over de naleving van nationaal grondwettelijk recht horen toch ten principale aan nationale organen en instellingen. Daarbij hoort een nationale onafhankelijke controle op wetgever en regering en parlement voor de beoordeling of hun handelen conform de grondwettelijke normen is en bij een ontkennende beantwoording daarvan worden terzijde gesteld.

Risico's

Risico's voor een grondwettelijke orde en een grondwet zijn er van alle tijden; ook is van iedere tijd dat grondwetten beogen om bedreigingen voor te zijn, deze te voorkomen en tegen te gaan, zoals we in de vorige paragraaf hebben gezien¹⁵. Dat is nu juist een van de functies van een grondwet.

14 Al speelt internationaal recht (zoals het EVRM) en de EU een niet onbelangrijke rol, zoals de praktijk ten aanzien van Hongarije en Polen laat zien.

15 De vraag is of grondwetten daar goed in zijn: vaak zijn ze retrospectief en beogen een nieuw staatsmodel vorm te geven. Een grondwet ontwikkelen die ook toekomstgericht is en flexibel waar mogelijk en rigide en beschermend waar nodig, is een stuk ingewikkelder. Soms gaan beide wel enigszins samen zoals in de Duitse grondwet die een reactie is op Weimar en de Nazi-tijd en van alles heeft vormgegeven teneinde instabiliteit en een totalitaire overname te voorkomen. De post-communistische grondwetten van Hongarije en Polen hebben daarentegen onvoldoende vermogen gekregen om effectief de gecreëerde orde te beschermen.

De eerste bedreiging is er ook één van alledag, vandaar het perspectief van vele grondwetten om deze in meerdere of mindere mate rigide te maken, te weten te voorkomen dat systeemwijzigingen of omvang van bescherming voor burgers al te eenvoudig kunnen worden gedaan. Dat heeft de Duitse grondwetgever er zelfs toe gebracht om fundamentele aspecten van de grondwettelijke orde in het geheel niet vatbaar te maken voor een grondwetswijziging. Het argument dat wel opgang doet de laatste decennia is dat een grondwet er toch niet aan in de weg kan staan dat democratische meerderheden het programma waarop zijn verkozen zijn realiseren. En dat het al helemaal niet aangaat om alsdan een onafhankelijke instantie de bevoegdheid te geven om met een beroep op grondwettelijke normen de wens van democratische meerderheden te dwarsbomen. Echter, dat is nu juist een functie en ook doel van een grondwet: het stellen van grenzen aan wat instellingen of hun bestuurders mogen en kunnen doen. Ontkenning daarvan is een ontkenning van de beperkende en aan banden leggende functie van een grondwet. En dat geldt ook waar het gaat om de bescherming van grondrechten of, in een liberale democratie, om het beschermen van alle deelnemers aan de democratische besluitvorming en de openheid daarvan. En dat impliceert een beperking van beslissingsmacht van meerderheden. Populistische bewegingen, die met een beroep op de volkswil of de meerderheid, erop uit zijn het model zo te hervormen of naar hun hand te zetten, dat hun wil wet wordt, ontkennen daarmee dat het niet alleen vaak niet om de echte wil van de echte meerderheid gaat, maar ook dat grondwetten nu eenmaal niet voor niets meerderheden aan banden leggen. De functie van een democratisch getoonzette grondwet is ook ervoor te zorgen dat er na verkiezingen andere meerderheden kunnen ontstaan. Nationalistische conservatieve bewegingen en hun voorlieden zoals Trump, Orban. Le Pen en Kaczynski (en in Nederland Wilders) zijn zo overtuigd van hun eigen gelijk dat zij werken aan het onderwerpen van de staat aan hun machtslust. Rechters worden dan niet gezien als waarborg maar als belemmering; de uitslag van hun partijen in de verkiezingen wordt als dé kiezerswil beoordeeld en media moeten daaraan ondergeschikt worden gemaakt. En dat alles als uitdrukking van de ware democratische volkswil.

In het functioneren van de representatieve democratie, spelen politieke partijen een voornamelijk rol. Een rol die in de Grondwet niet belicht wordt en die louter begrensd wordt door de mogelijkheid van

een verbod via het civiele recht. Specifieke regels over die rol en over hun verantwoordelijkheden binnen die vertegenwoordigende democratie zijn grondwettelijk afwezig.¹⁶ Het zou dan ook goed zijn als de plannen voor een specifieke Wet op de politieke partijen samengaan met een basis voor politieke partijen in de Grondwet.

Rigiditeit van een grondwet is daarbij relevant, en zo is de controle op de naleving, alsmede procedureregels, bevoegdheidsvoorschriften en regels over besluitvorming en grenzen daaraan, maar ook normen en procedures over de naleving. Regels en beginselen zijn gebaat bij helderheid en compleetheid, maar ook bij toezicht op en controle van de naleving en sanctionering van schending. En in die gevallen dat een ‘democratische’ meerderheid betrokken is bij ondermijning of overschrijding, ligt bescherming van de grondwet voor de hand, juist ook door onafhankelijke en onpartijdige derden.

Een verder risicovol aspect van een grondwet zijn de veroudering of toenemende irrelevantie van haar teksten of formuleringen. Des te prozaïscher, dat wil zeggen specifiek in standaarden, en des te minder waardenvol of met aanduiding van algemene fundamentele beginselen, des te groter de kans dat de specifieke teksten obsoleet worden en niet meer beantwoorden aan de maatschappelijke realiteit¹⁷. Dan is het ook lastiger om via die onderliggende beginselen de teksten bij de tijd en bij de eisen van de maatschappelijke en technologische ontwikkelingen te houden. En dat op het gevaar af dat zich buiten de grondwet om praktijken en regels ontwikkelen die als onconstitutioneel te beschouwen zijn.

Een aspect van grote ontwikkelingen van importantie betreft informatietechnologie, die ziet op algoritmen en hun rol in besluitvorming, op social media, transnationale nieuwe media, en AI. Algoritmen in besluitvorming versluieren wat aan een besluit precies ten grondslag ligt en wat er door het algoritme wordt gebruikt om tot een uitkomst te komen. Social media hebben de vrijheid van meningsuiting als het ware gedemocratiseerd: iedereen kan nu zenden en de grote platforms zoals Facebook en X bepalen (via wederom hun algoritme) wat een gebruiker te zien krijgt waarbij wordt afgestemd op eerder zoekgedrag (de zogenoemde ‘bubbel’: je

16 Wel is er een aangekondigd wetsvoorstel over een Wet op de politieke partijen (Wpp). Daarin moeten regels komen over politieke partijen en over financiële middelen; regels over digitale campagnevoering en micro-targeting; deinstelling van een onafhankelijk toezichthouder; als ook een specifieke regeling voor een partijverbod.

17 Of in archaisch taalgebruik zijn geschreven: zo was een van de doeleinden van de 1983 herziening het herschrijven van bepalingen in eenduidiger en helder taalgebruik.

krijgt alleen wat je vindt aan items van gelijkgestemden) en zonder dat de inhoud op juistheid is gecheckt. En dat gebeurt op een transnationaal niveau, zonder wederom veel check op juistheid van informatie. Foto's en video's (kunnen) worden gemanipuleerd. De aangekondigde Wet op de politieke partijen regelt campagnevoering door politieke partijen met desinformatie en micro-targeting. Al is campagnevoering ook door derden mogelijk met deze instrumenten, bijvoorbeeld door ondersteuningsorganisaties of door anderen, en wordt het dus in de context van de vrijheid van meningsuiting van belang te bezien of en hoe desinformatie, gemanipuleerde foto's en filmpjes, in publieke debatten en het publieke domein kan worden tegengegaan. Te meer wanneer buitenlandse mogelijkheden of organisaties actief desinformatie verspreiden.

AI maakt het mogelijk dat software op verzoek een tekst schrijft, beslissingen neemt, feiten en verschijnselen analyseert, diagnoses stelt, en potentieel recht kan spreken. Grondwettelijk gezien zijn deze ontwikkelingen relevant omdat daarmee mogelijk besluiten, en dan ook vooral de redengeving erachter, worden ontnomen aan besluitvormende instanties. Motiveringen komen dan neer op: computer says no, of: computer says so, zonder kenbare argumentatie op grond waarvan. Dan wordt de techniek van hulpmiddel tot beslisser, en worden beslissingen als het ware buiten een grondwettelijk beslismodel om genomen. Dan helpt het niet om zo'n besluit toe te rekenen aan de formele instantie, als die niet ook alle achterliggende redenen kenbaar kan produceren. Met andere woorden: hoe vanzelfsprekend dat ook was in een pre-IT tijdperk: grondwettelijk zou aandacht besteed moeten worden aan de rol die technologie in besluitvorming mag en kan spelen. En dat geldt uiteraard ook bij die feitelijke handelingen, zoals oorlogshandelingen, die vooral IT-gedreven zijn.

Cruciaal zijn twee zaken: allereerst het toeschrijven van AI-besluiten en handelingen aan de instelling/bestuurder die wettelijk bevoegd is tot die besluiten en handelingen. En in de tweede plaats het blijven verlangen van een kenbare en transparante en dragende motivering (anders dan de computer says no), zodat inzichtelijk is waarom en hoe en op grond waarvan een besluit is genomen.

Een verdere uitdaging voor grondwetten, vooral voor de grondwetten in EU-lidstaten, is de omgang met EU-recht en de EU. Grondwetten gaan van oudsher uit van de notie van de nationale (volks) soevereiniteit en met en door het lidmaatschap van die Unie is dat

perspectief op zijn minst verminderd. En dat is lastig voor het nationale idee dat een grondwet de ‘supreme law of the land’ is, waar dat op een (groot) aantal (beleids)terreinen niet zo is. In een aantal lidstaten van de EU is die paradox opgelost door de grondwet expressis verbis te wijzigen en in de grondwet een plaats in te ruimen voor de Europese Unie zodat helder is dat de EU en het EU-recht gelding hebben door en na een nationale grondwettelijke beslissing. Dat laat als het ware zien dat de grondwet het soevereine document is dat en waarmee beslist kan worden over lidmaatschap. In lidstaten van de EU wordt ook de nationale discussie gevoerd en veelal op grondwettelijk niveau of en waar er grenzen zijn aan de overdracht aan bevoegdheden en hoe dat zich verhoudt tot het nationale parlementaire en constitutionele stelsel. Vanuit EU-perspectief is dat niet altijd een gemakkelijke discussie en onderwerp, maar vanuit nationaal constitutioneel oogpunt is die grondwettelijke aandacht van belang om de grondwet als nationaal document te waarderen en de nationale legitimiteit van de EU te faciliteren.

Dat geldt ook voor de erkenning van globalisering. In de Nederlandse Grondwet is daar met art. 90 en de regeling van voorrang voor het internationale recht, anders dan ten aanzien van de EU, wel een interessante regeling voor ontwikkeld, met de bepaling over de bevordering van de internationale rechtsorde en de voorrang voor internationale verdragen. In dat verband is internationaal recht geïntegreerd kunnen gaan worden met nationale regels, waarmee een model is gegroeid van concordantie tussen internationale rechten van de mens en nationale en tussen internationale normen en wat de nationale politiek nog vermag.

Helaas leidt, zoals al vaak is betoogd, de wijze van formulering van nationale grondrechten in de Grondwet, vooral ook in vergelijking met internationale mensenrechten, tezamen met het toetsingsverbod, tot een grote mate van irrelevantie van die (grondwettelijke) grondrechten¹⁸. De formele wetgever wordt beschermd tegen toetsing aan de Grondwet door het toetsingsverbod, als ook door de zeer beperkte beperking van de mogelijkheden van de formele wetgever in zijn regulering van grondrechten. Verdragsrecht biedt een grotere dosis van strengheid door ook formele wetten te laten toetsen op de

18

Zie daarover en over oplossingen onder meer: Janneke Gerards, 175 jaar grondrechten in de Grondwet, in: De Grondwet van 1848 tot nu, A.W. Heringa, R. Kroeze, K. Yesilkagit (red.), Boom juridisch 2023, Montesquieu Reeks, No. 23, p. 191 e.v.; en Annelien de Dijn, Grondrechten als basis van de vrijheid, in: De Grondwet van 1848 tot nu, A.W. Heringa, R. Kroeze, K. Yesilkagit (red.), Boom juridisch 2023, Montesquieu Reeks, No. 23, p. 209 e.v.

noodzaak en evenredigheid van beperkingen van grondrechten. Dat maakt de Grondwet in grote mate (naast het bestaande toetsingsverbod) beperkt in zijn relevantie. En dat is niet goed voor het aanzien van de Grondwet en niet voor het toetsings-instrumentarium voor de bescherming van rechten van de burgers. Het kan zelfs leiden, en heeft er ook toe bijgedragen dat de bestuursrechter geruime tijd niet heeft ingegrepen terzake van de misstanden in de kinderopvangtoeslag affaire: daar speelde de kwestie van (on)evenredigheid van sancties ten opzichte van gedragingen en te lang was er een terughoudendheid om die wetgeving langs die maatstaf te leggen. Dat heeft te maken met de schaduwen van het toetsingsverbod en de afwezigheid van een evenredigheidstoets naar grondwettelijke regels waar het beperking van grondrechten betreft en waar het de impact van bestuurshandelen betreft.

Het kan verder verwondering wekken dat het representatieve parlementaire stelsel zo fragmentarisch in de Grondwet is te vinden en daarin beschermd is. Het stelsel van evenredige vertegenwoordiging is dat wel in belangrijke mate, en zo ook de bevoegdheden van beide kamers van de Staten-Generaal, grondwettelijk geregeld. Maar cruciale kwesties aangaande de (sanctionering van de) vertrouwensregel, het tussentijds aftreden van een minister-president, de vorming van een kabinet, zijn slechts gewoonterrechtelijk geordend en ondersteund door politieke praktijk. Maar als waarborgen tegen misbruik of oneigenlijk gebruik, is het goed om een grondwet te hebben die helder is in normen en sanctionering daarvan. Dat kan bij voorbeeld door aan te geven dat een bewindspersoon de jure de functie verliest na aanvaarding door een van beide kamers van de Staten-Generaal van een motie van wantrouwen. Of door een procedure te duiden die gevolgd moet worden indien een minister-president overlijdt, ongeschikt raakt om het ambt uit te oefenen of ontslag neemt. Helderheid daarover geeft houvast en kan zekerheid geven tegen mogelijke gevallen van erosie of oneigenlijk gebruik.

Oplossingen

Het is tijd om met oplossingen te komen, en zoals zo vaak vloeien oplossingen voort uit de analyse van de vragen en problemen. Er zijn denk ik vijf groepen oplossingen waarmee de potentiële zwaktes van de Grondwet zouden kunnen en moeten worden aangepakt.

1. De eerste is de erkenning dat grondwettelijke beginselen en regels een onafhankelijke toezichthouder vereisen die toeziet op de naleving door de staatsmachten wetgever en bestuur en hun handelen kan beoordelen op grondwettigheid (en evenredigheid). Dat principe kan op twee manieren worden gerealiseerd: door schrapping van het rechterlijk grondwettelijk toetsingsverbod dan wel door de instelling van een specifiek constitutioneel grondwettelijk hof. Mijn voorkeur gaat naar de eerste optie, vooral daar waar het gaat om bescherming van individuele rechten, omdat die optie aansluit bij de bestaande rechterlijke bevoegdheden tot toetsing aan internationaal recht en EU-recht. Grondrechten verdienen ten volle bescherming in rechtspraak door de rechter, zoals in de rechtspraak wetgeving ook al langs de maat wordt gelegd van het EVRM. Een tweede argument is dat een constitutioneel hof gevoelig kan zijn voor misbruik namelijk als de benoeming van de leden daarvan vatbaar wordt (gemaakt) voor politieke inmenging. Dat is een les die we kunnen leren van ervaringen en praktijken in Polen en Hongarije (en VS). In het geval dat gekozen wordt voor een constitutioneel hof dienen dienaangaande substantiële grondwettelijke waarborgen te worden ingebouwd teneinde politieke bemoeienis en beïnvloeding van dat hof te voorkomen. Los daarvan is evident dat vanuit de rechterlijke macht, waar dat mogelijk was en nuttig, de Grondwet op onderdelen in het licht van onderliggende waarden is uitgelegd en aldus in handen van de rechter een document kan worden dat actueel en bij de tijd gezaghebbende invloed kan uitoefenen.

Rechterlijke bescherming vindt achteraf plaats (zij het dat daarnaast rechterlijke oordelen voor de toekomst hun effect zullen krijgen). Bepleit zou kunnen worden dat in het licht van de beschreven ontwikkelingen ook gestreefd wordt naar een controle op grondwettigheid van maatregelen en wetgeving vooraf. Bij de instelling van een constitutioneel hof kan een procedure worden ingeregeld dat het hof dienaangaande kan worden benaderd door belanghebbenden. Veel eenvoudiger, en

aansluitend bij de huidige situatie, zou aan adviezen van de Raad van State over wetgeving en AMVB's, een bindend karakter gegeven kunnen worden indien en voor zover de Raad oordeelt dat een specifieke wet, bepaling of regeling ongrondwettig dan wel disproportioneel is.

Overweging verdient hier wel de vraag of en in hoeverre ook rechterlijke controle wordt gewenst ten aanzien van politieke onderwerpen, zoals het bereik van de inlichtingenplicht, de bescherming van (de rechte van) kleinere of oppositiefracties, de bescherming van parlementaire (controle) middelen, ontbinding van de Tweede Kamer, de beoordeling van geloofsbrieven, bescherming van de autonomie van lagere overheden en dergelijke. Dat zijn onderwerpen die niet passen bij de rechterlijke macht en die in sommige constitutionele stelsels (Duitsland, Frankrijk) in wisselende omvang en toepassing zijn ondergebracht bij een constitutionele arbiter (het Bundesverfassungsgericht resp. de Conseil Constitutionnel). Daarvoor geldt dan wel wat ik eerder opmerkte, te weten de grote noodzaak deze instanties te beschermen tegen politieke inmenging. Beleggen daarvan bij een nieuwe (constitutioneel hof) of een bestaande (Raad van State) instantie zou implicaties moeten hebben voor de wijze van benoeming en positionering en de grondwettelijke bescherming tegen politieke inmenging/bemoeienis (met dus gevolgen voor de benoemingsprocedure van vice voorzitter van de Raad en staatsraden).

2. Naast het mogelijk maken van een controle op het grondwettelijk handelen door de politieke en bestuurlijke organen, is het wenselijk, zoals ik hiervoor bepleitte, dat gewerkt gaat worden aan articulatie in de Grondwet van fundamentele grondwettelijke waarden. Die kunnen richtinggevend zijn, verhelderen waar de Grondwet voor staat en welke fundamentele belangen gediend dienen te worden. Zoals aangegeven zijn er al enkele van dergelijke bepalingen zoals het nieuwe ongenummerde openingsartikel inzake de democratische rechtsstaat¹⁹, de grondwettelijke vermelding van de waarde van de internationale rechtsorde, en het beginsel van een eerlijk proces. Verdere voorbeelden zouden kunnen zijn: een bepaling over de menselijke waardigheid/autonomie/persoonlijkheid; een bepaling over het

19 Zie daarover: Lianne Groen, 'De Grondwet waarborgt de grondrechten en de democratische rechtsstaat', in: in: De Grondwet van 1848 tot nu, A.W. Heringa, R. Kroeze, K. Yesilkagit (red.), Boom juridisch 2023, Montesquieu Reeks, No. 23, p. 235 e.v.

parlementair stelsel en beginsel van representatieve democratie als ook dat de democratie in al haar facetten grondwettelijke bescherming en verdediging behoeft; een bepaling inzake de erkenning van politieke partijen (hun rol, hun organisatie, en verbodsmogelijkheden); het beginsel van autonomie binnen de decentrale eenheidsstaat; erkenning van de soevereiniteit van de grondwet en de staat en de erkenning van internationaal recht en EU als uitdrukking daarvan en als begrenzing; als ook de erkenning van de waarde van een pluriforme staatsvorm waarin machten zijn gescheiden en tevens elkaar controleren en moeten samenwerken, teneinde groei van almacht en misbruik van macht te kunnen voorkomen en bestrijden.

3. Herformulering (in samenhang met de eerste oplossing, te weten het mogelijk maken van grondwettelijk toetsingsrecht) van de opgenomen grondrechten (naast het completeren van de opgenomen opsomming en de toevoeging van een meer open grondrechtelijke clausules zoals hiervoor bepleit) van de opgenomen in rechte afdwingbare rechten. Daarbij kan het model van het EVRM worden gebruikt, door ook beperkingen door de formele wetgever te binden aan eisen van een democratische samenleving, noodzaak en proportionaliteit, het intact laten van de kern en essentie van het recht, als ook het tegemoetkomen aan enkele specifieke doelcriteria. Dat kan door daartoe een generieke beperkingsbepaling op te nemen (zoals bij voorbeeld in het Europees Sociaal handvest is gedaan²⁰), of door de specifieke rechten te voorzien van toegesneden beperkingsclausules.
4. Ten aanzien van bestuurlijk handelen en optreden zou ik ervoor willen pleiten een aantal algemeen geaccepteerde en fundamentele beginselen eveneens een plaats te geven. In het licht van het voorgaande ware dan te denken aan: besluitvorming zonder vooringenomenheid, willekeur en discriminatie, evenredigheid (afwezigheid van onevenredigheid) van bezwarende besluiten, de aanwezigheid van een kenbare en transparante motivering, en openbaarheid van besturen (dat wil zeggen een grondwettelijke versterking van de huidige

20

Art. G lid 1 (Revised) European Social Charter: "The rights and principles set forth in Part I when effectively realised, and their effective exercise as provided for in Part II, shall not be subject to any restrictions or limitations not specified in those parts, except such as are prescribed by law and are necessary in a democratic society for the protection of the rights and freedoms of others or for the protection of public interest, national security, public health, or morals."

openbaarheidsbepaling mede in het licht van de nieuwe normeringen in de Wet open overheid).

5. En ten slotte het her en der aanvullen van de Grondwet waar er evidente lacunes en omissies zijn, zoals aangaande de verhouding regering-parlement: vertrouwensregel, kabinetsformatie, inlichtingenplicht, invoeren van een procedure voor een onafhankelijke instantie die de geloofsbrieven controleert. Of het grondwettelijk afschermen van radio en televisie (de NPO vooral) van politieke inmenging; dat zou ook gelden voor de positie van de Raad voor de Rechtspraak, waar ervaringen elders leren dat het niet ongewenst is om ook daarvoor enkele grondwettelijke basisregels van onafhankelijkheid neer te leggen.

Slot

De omvang van dit essay laat niet toe om verder in details te treden over de aangedragen oplossingen en specifieke formuleringen van nieuwe grondwetsbepalingen. Veel van de oplossingen vallen of staan met de instemming met de analyse en de inschatting van noodzaak van versterking van fundamentele waarden en instituties door aanscherping van de Grondwet. De tijd en ruimte ontbraken om hier dieper in te gaan op ervaringen en resultaten elders. Grondwetten zijn dermate divers, en dat geldt ook de politieke setting waarin ze functioneren. Dus de afweging wat in een land en de specifieke setting wenselijk en nodig is kan verschillen. Wel is het goed om van elkaar te leren. Maar zoals ook voor vele andere rechtsgebieden geldt: we maken regels niet voor als het goed gaat en iedereen gelukkig is en netjes met elkaar omgaat, maar voor omstandigheden waar het erom kan gaan spannen. Daarvan zien we voorbeelden om ons heen en constateren we ook intern dat niet alles even goed is geregeld of beschermd. Dat een kabinetsformatie begint met een definitie van rechtsstatelijke waarden en dat coalitiepartners zich daaraan beloven te houden, is tekenend. Mijn voorstellen lijken ingegeven door de recent weer in herinnering geroepen frase: als je vrede wilt, bereid je voor op oorlog. Wil je (representatieve en parlementaire) democratie, rechtsstaat en grondrechten behouden en versterken, zorg dan voor een grondwet die bestand is tegen inbreuken en het bestaande goede kan beschermen en daadwerkelijk borgt.



Een toekomstgerichte vrijheid van meningsuiting

Wouter Hins*

Artikel 7 van de Grondwet, dat de vrijheid van meningsuiting waarborgt, kreeg zijn huidige formulering bij de algehele grondwetsherziening van 1983. Het eerste lid over de vrijheid van drukpers is echter veel ouder. Daarvan gaan de wortels terug tot de Staatsregeling van 1798, terwijl de letterlijke tekst is overgenomen uit de Grondwet van 1848. De Grondwetgever heeft hiervoor gekozen met als argument dat zo de klassieke jurisprudentie over de drukpersvrijheid toepasselijk kon blijven. Een gemeenteraad mag volgens deze jurisprudentie weliswaar regels stellen over het opplakken van affiches, maar slechts onder strenge voorwaarden. Een vergunningenstelsel dat specifiek betrekking heeft op boekhandels of bibliotheken is uitgesloten. Het zou onbegonnen werk zijn al deze subtiliteiten in de Grondwet zelf te verankeren, aldus de regering.¹ De vernieuwing van 1983 bestond eruit dat een tweede lid werd toegevoegd over radio en televisie en een derde lid over andere middelen van bekendmaking. Kort gezegd biedt het eerste lid de beste bescherming, het derde lid gaat iets minder ver en het tweede lid bevat nauwelijks meer dan een verbod op censuur. Het vierde lid stelt buiten twijfel dat de bescherming van artikel 7 geen betrekking heeft op het maken van handelsreclame.

Al met al was in 1983 dus sprake van een beperkte mate van modernisering. De ironie wil dat het techniekafhankelijke onderscheid tussen drukpers, omroep en andere media al binnen enkele jaren verouderd zou raken. Door de opkomst van het internet vond een convergentie van media plaats. Kranten, die bij uitstek tot de drukpers worden gerekend, worden steeds vaker online gelezen. Op hun websites staan behalve geschreven teksten ook audio- en videofragmenten. Welk lid van artikel 7 is dan van toepassing? Dat is een eerste reden na te denken over een nieuwe formulering.

*
1 Wouter Hins is emeritus hoogleraar mediarecht aan de Universiteit Leiden.
Kamerstukken II, 1976/77, 13872, nr. 7, p. 27-28 (Memorie van Antwoord aan de Tweede Kamer bij het wetsvoorstel in eerste lezing). Zie ook Kamerstukken II, 1975/76, 13872, nrs. 1-5, p. 32-33.

Twee staatscommissies hebben daarvoor voorstellen gedaan, maar daar is weinig concreets uit voortgekomen. Inmiddels is duidelijk geworden dat het internet ook nieuwe dreigingen oplevert, zowel voor de individuele vrijheid als voor de democratie. Trefwoorden zijn private censuur door grote platforms, het ontstaan van informatiebubbels, desinformatie en ‘micro-targeting’. Een derde staatscommissie heeft deze punten gesignaleerd, al zocht zij de oplossing niet in een wijziging van de Grondwet. Diverse staten in Europa hebben tenslotte ervaren dat de publieke opinie gemanipuleerd kan worden door de eigen overheid. Tegen al deze ontwikkelingen geeft artikel 7 Grondwet nauwelijks bescherming. De vraag die we moeten beantwoorden bestaat daarom uit twee delen. Welk achterstallig onderhoud dient aan artikel 7 Grondwet te worden uitgevoerd? En hoe kan dit artikel zodanig worden aangepast dat Nederland beschermd wordt tegen de geconstateerde dreigingen voor vrijheid en democratie?

Achterstallig onderhoud

In de jaren na 1983 zijn vooral twee gebreken in artikel 7 van de Grondwet geconstateerd. In de eerste plaats het genoemde probleem dat het onderscheid tussen drukpers, omroep en andere media steeds lastiger te maken valt. Daardoor komt de rechtvaardiging van verschillende regimes op losse schroeven te staan. In de tweede plaats het feit dat artikel 7 van de Grondwet uitsluitend aandacht heeft voor de ‘zender’ – degene die gedachten of gevoelens openbaart – en niet voor de ‘ontvanger’. Meer in het algemeen heeft het publiek er recht op goed voorgelicht te worden over zaken van algemeen belang door onafhankelijke, pluriforme en verantwoordelijke media. Zonder goede informatie is een democratische samenleving niet mogelijk. Veertig jaar geleden kon men nog denken dat de vrijheid om te openbaren voldoende was om de belangen van individuele ontvangers en het algemene publiek te waarborgen. De redenering was toen dat de afwezigheid van belemmeringen automatisch leidt tot een veelzijdig informatielandschap, waarin elke ontvanger de informatie kan vinden die hij wenst. Aparte rechten voor ontvangers zouden praktisch overbodig zijn. Als de overheid verhindert dat bepaalde informatie aankomt bij het publiek, is dat immers ook een beperking van de vrijheid van de zender.² Op het wereldwijde web gaat deze vlieger echter niet op. Men kan niet verwachten dat

mediabedrijven aan de andere kant van de wereld procederen tegen zuiver Nederlandse maatregelen.

De staatscommissie-Franken in 2000 en de staatscommissie-Thomassen in 2010 hebben concrete tekstvoorstellen gedaan die inderdaad techniekneutraal waren geformuleerd en waarin de ontvangstvrijheid uitdrukkelijk werd gewaarborgd.³ Beide commissies stuiten echter op de vraag welk niveau van bescherming wenselijk is. Krijgen alle media de maximale bescherming die nu aan de drukpers toekomt? Bestaande wetgeving inzake radio en televisie is daarmee niet altijd te verenigen. Of moeten uitgevers van geschreven media accepteren dat hun bevoorrechte positie verloren gaat? Het opgeven van bestaande rechten is nog pijnlijker. Oudere kinderen accepteren het ook niet wanneer zij vroeger naar bed moeten omdat een jonger broertje of zusje meer slaap nodig zou hebben. Verwant daarmee is de vraag hoe de bestaande jurisprudentie bij artikel 7, eerste lid, van de Grondwet behouden kan blijven. Een vergunningstelsel voor kranten is naar huidig recht uitgesloten, ook als dit geen ruimte laat voor sancties wegens de inhoud van hun publicaties. Dat staat niet met zoveel woorden in de Grondwet, maar vloeit voort uit jurisprudentie over instellingen die ‘bij uitstek geschikt zijn om de drukpersvrijheid te dienen’ (bibliotheken, boekhandels e.d.).⁴ Ook de criteria waaraan een gemeentelijke verordening over het ophangen van spandoeken moet voldoen zijn te vinden in door de rechter gevormd recht.

De discussies over artikel 7 van de Grondwet worden dikwijls verwarrend als men een dogmatisch onderscheid maakt tussen het ‘openbaren’ en het ‘verspreiden’ van informatie. Bij het uitdelen van folders of het verkopen van boeken kan men zich nog wel een voorstelling maken van twee soorten activiteiten, maar bij publicaties via het internet is dat lastiger. Men zegt dan dat openbaren en verspreiden gelijktijdig plaats vinden.⁵ De commissie-Franken stelde voor aan artikel 7 een apart lid toe te voegen inzake het verspreiden van informatie met een ruimere beperkingsclausule dan voor het openbaren. De commissie-Thomassen achtte het niet noodzakelijk de bestaande verspreidingsjurisprudentie te

3 Commissie-Franken, *Rapport Commissie grondrechten in het digitale tijdperk*, 2000 en Commissie-Thomassen, *Rapport Staatscommissie Grondwet*, 2010, ook gepubliceerd als bijlage bij Kamerstukken II, 2010/11, 31570, nr. 17.

4 KB 11 mei 1948. AB 1948, 642 (bibliotheken); HR 22 maart 1960, ECLI:NL:HR:1960:65, NJ 1960, 274 (verkoop van boeken); HR 29 november 1960, NJ 1961, 206 (bibliotheken); HR 23 mei 1961, ECLI:NL:HR:1961:154, NJ 1961, 427 (drukkerijen).

5 Kamerstukken II, 2000/01, 27460, nr. 1, p. 8 en p. 11.

codificeren. Zij ging ervan uit dat deze geldig zou blijven. Naar mijn mening wordt de discussie een stuk duidelijker door niet te spreken van twee soorten handelingen, maar van twee soorten beperking. Wil de overheid de verstrekking van informatie van een bepaalde inhoud reguleren, dan is een hoog niveau van bescherming gewenst: geen voorafgaand verlot en alleen beperkingen die nauwkeuring in een formele wet zijn omschreven. Gaat het om maatregelen die geen betrekking hebben op de inhoud, dan zijn vergunningen en lagere wetgeving binnen bepaalde grenzen acceptabel. Hetzelfde geldt voor de tweedeling tussen 'ontvangen' en 'garen'. Men zou beter onderscheid kunnen maken tussen beperkingen die betrekking hebben op de inhoud (het is verboden te kijken naar een bepaalde omroep) en beperkingen die inhoudsneutraal zijn (het is verboden een hinderlijke antennemast te bouwen).

Zowel de commissie-Franken als de commissie Thomassen stelden nog twee andere modernisering voor. In het huidige artikel 7, derde lid, van de Grondwet bepaalt de tweede volzin: *'De wet kan het geven van vertoningen toegankelijk voor personen jonger dan zestien jaar regelen ter bescherming van de goede zeden'*. Deze bepaling is in 1983 opgenomen om een legitimatie te bieden voor de Wet op de filmvertoningen van 1977, die voorzag in een filmkeuring door de overheid ter bescherming van minderjarigen. In 2000 is deze wet ingetrokken.⁶ Sedertdien vallen films, evenals video's en computerspelletjes, onder een systeem van zelfregulering. Beide staatscommissies waren van oordeel dat de Grondwet aan de praktijk moest worden aangepast. Preventief toezicht door de overheid zou moeten worden uitgesloten, al achtte een minderheid van de commissie-Thomassen het wenselijk de overheid meer armslag te laten bij het beschermen van minderjarigen. Gedelegeerde wetgeving, zonder censuur, moest volgens deze minderheid mogelijk blijven. De andere modernisering betrof de algemene uitzondering voor handelsreclame in het bestaande vierde lid van artikel 7. Beide commissies adviseerden deze uitzondering te schrappen. Ook hier wilde een minderheid van de commissie-Thomassen een beperkte uitzondering handhaven. Regels over handelsreclame zouden niet alleen bij de wet, maar ook krachtens de wet moeten kunnen worden gesteld.

6 Wet van 14 december 2000 tot wijziging van de Mediawet en van het Wetboek van Strafrecht, alsmede intrekking van de Wet op de filmvertoningen, Stb. 2000, 586.

Waarom stagnatie?

De voorstellen van de commissie-Franken en de commissie-Thomassen hebben niet geleid tot de indiening van een wetsvoorstel tot herziening van artikel 7 Grondwet. Het kabinet Kok II was dat wel van plan. In het kabinetsstandpunt over het rapport van de commissie-Franken werd zelfs een concrete tekst voorgesteld, die grotendeels overeenkwam met het advies.⁷ Zo zou de vrijheid om informatie te ontvangen expliciet worden beschermd. Anders dan de commissie wilde het kabinet echter niet geheel afstappen van het onderscheid tussen drukpers, omroep en andere media. Het bestaande tweede lid inzake radio en televisie moest volgens het kabinet behouden blijven, met dien verstande dat gedelegeerde wetgeving alleen mogelijk was ter bevordering van voldoende pluriformiteit in het informatieaanbod. Toen een meerderheid van de commissie-Thomassen tien jaar later wederom voorstelde artikel 7 Grondwet techniekneutraal te formuleren en de ontvangstvrijheid uitdrukkelijk te beschermen, was het kabinet Rutte I een stuk terughoudender. Over de vrijheid van meningsuiting en het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer schreef minister Donner van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, mede namens minister Opstelten van Veiligheid en Justitie, het volgende:

Het kabinet ziet weinig meerwaarde in de door de staatscommissie voorgestelde wijzigingen van de artikelen 7 en 10 van de Grondwet ten opzichte van de huidige formulering van de grondwetsbepalingen en de verdragsrechten (respectievelijk de artikelen 10 en 8 van het EVRM). Beide bepalingen kennen open begrippen waarmee zowel de wetgever als de rechter afdoende uit de voeten kunnen om de vrijheid van meningsuiting en de persoonlijke levenssfeer, inclusief de verwerking van persoonsgegevens, te beschermen.⁸

Waarom deze terughoudendheid? Een belangrijke reden is dat het kabinet Rutte I het een kenmerk van onze Grondwet noemde dat zij ‘sober, open (niet-uitputtend) en codificerend’ is.⁹ Die beschrijving is niet nieuw. Ook in het rapport van de commissie-Franken van 2000 kwamen de kenmerken sober, open en codificerend al voor.¹⁰ Geen grote en meeslepende gedachten, maar een minimaal juridisch kader

7 Kamerstukken II, 2000/01, 27460, nr. 1, p. 7.

8 Kamerstukken II, 2011/12, 31570, nr. 20, p. 8.

9 Kamerstukken II, 2011/12, 31570, nr. 20, p. 3.

10 Commissie-Franken, *Rapport Commissie grondrechten in het digitale tijdperk*, 2000, p. 46. Zie ook: Barkhuysen/Van Emmerik/Voermans e.a., *De Nederlandse Grondwet geëvalueerd*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009, p. 17-21. Huub Linthorst, *Proeve van een verbeterde Grondwet*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 48-49.

dat echt onmisbaar is. Het verlangen om zo bondig mogelijk te formuleren komt tot uitdrukking in hoofdstuk 1, dat in 1983 in werking trad. Artikel 23 is een uitzondering, maar dat is dan ook het enige artikel dat letterlijk werd overgenomen uit de vorige Grondwet. Wie soberheid als hoogste goed ziet, zal het niet nodig vinden waarborgen die al in het Europese recht zijn verankerd nog eens in de Grondwet te herhalen.

De laatste jaren is men hogere eisen aan de Grondwet gaan stellen. Het kabinet Rutte I stond in 2011 nog afwijzend tegenover het voorstel van de staatscommissie-Thomassen om een algemene bepaling aan de Grondwet toe te voegen. Deze zou vooropstellen dat Nederland een democratische rechtsstaat is. Het kabinet meende dat zo'n bepaling niet verenigbaar was met 'de huidige functie en het sobere karakter van de Grondwet'.¹¹ Uiteindelijk is een ingekorte versie toch in de Grondwet opgenomen. Zij trad in werking op 30 augustus 2022.¹² De eerste stap in het proces was dat de Eerste Kamer in een motie aan de regering vroeg alsnog met een wetsvoorstel te komen.¹³ Het tweede kabinet Rutte, dat gesteund werd door VVD en PvdA, heeft daar gevolg aan gegeven ondanks een negatief advies van de Raad van State. Er is naar mijn mening inderdaad veel voor te zeggen dat de Grondwet duidelijk maakt op welke beginselen de staatsinrichting rust, ook als die beginselen reeds deel uitmaken van het geldende recht. De Grondwet is immers niet geschreven voor staatsrechtsspecialisten, maar voor de hele bevolking. Bovendien is het nuttig wanneer Europese instellingen, zoals het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) en het Hof van Justitie van de Europese Unie, eenvoudig kunnen zien welke beginselen voor Nederland essentieel zijn. Ons land is weliswaar onderworpen aan het Europese recht, maar kan ook bijdragen aan de vorming ervan.

11 Kamerstukken II, 2011/12, 31570, nr. 20, p. 5. Volgens Dommering is te veel eerbied voor heilige koeien kenmerkend voor de staatsrechtbeoefening in Nederland. Zie E.J. Dommering, 'Een nieuw voorstel tot aanpassing van de Grondwet', *Computerrecht* 2011-2, p. 52-55.

12 Wet van 6 juli 2022, houdende verandering van de Grondwet, strekkende tot het opnemen van een algemene bepaling, Stb. 2022, 332. Datum van uitgifte 30 augustus 2022.

13 Motie Engels c.s., Kamerstukken I. 2011/12, 31570 B.

Nieuwe dreigingen

In 2018 bracht de staatscommissie Parlementair Stelsel, ook wel bekend als de commissie-Remkes, haar eindrapport uit.¹⁴ Hoewel de opdracht van deze commissie niet specifiek betrekking had op de vrijheid van meningsuiting, bevat het rapport een interessante paragraaf met de titel ‘Keuzevrijheid in tijden van digitalisering’. Hierin merkt de commissie op dat de ontwikkelingen op het gebied van informatie en communicatietechnologie veel goeds hebben gebracht voor de democratische rechtsstaat. Informatie verspreidt zich sneller en mensen kunnen zich eenvoudiger verbinden en organiseren. Maar er zijn ook schaduwzijden. De commissie schreef: *Fundamentele democratische en rechtsstatelijke waarden – vooral de autonomie van burgers om bij verkiezingen een eigen keuze te maken – komen in het geding als het publieke debat en de meningsvorming op een heimelijke en ondoorzichtige manier beïnvloed worden.* Digitale verkiezingscampagnes kunnen de vorm krijgen van micro-targeting, waardoor desinformatie nauwelijks wordt opgemerkt. Algoritmes die een sociaal media-platform hanteert kunnen er bovendien toe leiden dat een consument alleen politieke informatie aanbevolen krijgt die past bij zijn of haar profiel. Denkbaar is tenslotte dat politieke partijen dankzij betalingen aan de platformexploitant bevoordeeld worden zonder dat de consument dat weet. Het is niet voldoende dat pluriforme informatie in de wereld bestaat, minstens zo belangrijk is dat deze informatie ook eenvoudig toegankelijk is.

De staatscommissie adviseerde een wettelijke transparantieplicht in te voeren voor organisaties die tegen betaling politieke advertenties plaatsen of op een andere manier tegen betaling politieke informatie onder de aandacht brengen in de digitale wereld. De verplichting zou moeten inhouden dat het voor gebruikers direct en eenvoudig zichtbaar wordt gemaakt dat het om een betaalde politieke boodschap gaat en wie de afzender is. Consumenten moeten kunnen zien waarom juist zij deze boodschap te zien krijgen. Als zichtbaar is dat een advertentie gericht wordt getoond aan mensen die voldoen aan specifieke kenmerken kan dat kiezers ervan bewust maken dat de meeste andere kiezers deze boodschap *niet* krijgen. Daarnaast gaf de staatscommissie de aanbeveling een onafhankelijke instantie aan te wijzen die rapporteert over de diversiteit en pluriformiteit van de

politieke informatie die door algoritmes van platformbedrijven aan hun gebruikers worden aangeboden.

Opmerkelijk is hoe snel dergelijke wetgeving inderdaad tot stand is gekomen. Dat gebeurde alleen niet door de Nederlandse wetgever, maar door verordeningen van de Europese Unie.

1. De Digitale Dienstenverordening (DSA) van 19 oktober 2022.¹⁵ Een kernbepaling is artikel 34, die de aanbieders van zeer grote platforms verplicht regelmatig te onderzoeken welke risico's hun systemen veroorzaken voor onder meer de uitoefening van grondrechten, de burgerdialoog en verkiezingsprocessen. Zij moeten effectieve maatregelen nemen om deze risico's tegen te gaan en daarover rapporteren.
2. De Europese Media Vrijheid Verordening (EMFA) waarover het Europees Parlement, de Raad en de Commissie op 15 december 2023 politieke overeenstemming bereikten.¹⁶ Artikel 3 formuleert het volgende beginsel:

De lidstaten eerbiedigen het recht van ontvangers van mediadiensten om toegang te hebben tot een verscheidenheid aan redactioneel onafhankelijke media-inhoud en zorgen ervoor dat er in overeenstemming met deze verordening randvoorwaarden aanwezig zijn om dat recht te beschermen ten behoeve van een vrij en democratisch debat.

3. De Verordening betreffende transparantie en gerichte politieke reclame, waarover het Europees Parlement, de Raad en de Commissie op 20 december 2023 politieke overeenstemming bereikten.¹⁷ Het doel van deze verordening is blijkens artikel 1 het creëren van geharmoniseerde regels in het bijzonder wat betreft de transparantie van politieke advertenties en de gerichte verzending daarvan met gebruik van persoonsgegevens.

Is het wenselijk dat de Nederlandse Grondwet een bepaling bevat die bescherming biedt tegen de genoemde dreigingen? Het conservatieve antwoord luidt: nee, een doublure met het EU-recht past niet bij het sobere karakter van de Grondwet. Naar mijn mening

¹⁵ Verordening (EU) 2022/2065 van het Europees Parlement en de Raad van 19 oktober 2022 betreffende een eengemaakte markt voor digitale diensten en tot wijziging van Richtlijn 2000/31/EG (digitale dienstenverordening) (PbEU 2022, L 277/1).

¹⁶ Verordening (EU) 2024/1083 van het Europees Parlement en de Raad van 11 april 2024 tot vaststelling van een gemeenschappelijk kader voor mediadiensten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 2010/13/EU (Europese verordening mediavrijheid). Artikel 3 is van toepassing met ingang van 8 november 2024, zo blijkt uit artikel 2

¹⁷ Verordening (EU) 2024/900 van het Europees Parlement en de Raad van 13 maart 2024 betreffende transparantie en gerichte politieke reclame. Het overgrote deel van de verordening is van toepassing met ingang van 10 oktober 2025, zo blijkt uit artikel 30.

is die benadering te passief. Niemand kan voorspellen hoelang de EU als volkenrechtelijke organisatie in haar huidige vorm zal blijven bestaan en dat geldt zeker voor specifieke verordeningen. Daar komt bij dat artikel 3 van de Europese Media Vrijheid Verordening uitdrukkelijk verwijst naar het nationale constitutionele recht. Concrete verplichtingen voor particuliere bedrijven passen echter minder goed in onze rigide Grondwet. Het aanpassen van de eisen aan gewijzigde omstandigheden zou telkens veel voeten in de aarde hebben, zodat een globale zorgplicht logischer is. Hier is een vergelijking mogelijk met de sociale grondrechten, zoals omschreven in de artikelen 19 tot met 22 van de Grondwet. In de Grondwet mag echter wel iets meer staan dan dat de overheid zorgdraagt voor de pluriformiteit van het informatieaanbod. Het waarborggehalte van zo'n bepaling is gering. De Grondwet zou tenminste het doel en de begrenzing van de zorgplicht moeten aangeven.¹⁸

Staatspropaganda

Een rode draad in de reeds genoemde Europese Media Vrijheid Verordening is het beginsel dat media onafhankelijk moeten zijn van de overheid. Artikel 3 spreekt over 'redactioneel onafhankelijke media-inhoud'. Er zijn ook andere bepalingen die de noodzaak van onafhankelijkheid benadrukken. Artikel 4, tweede lid, bepaalt bijvoorbeeld:

De lidstaten dienen de feitelijke redactionele vrijheid en onafhankelijkheid van aanbieders van mediadiensten bij de uitoefening van hun beroepsactiviteiten te eerbiedigen. De lidstaten, met inbegrip van hun nationale regulerende instanties en organen, mengen zich niet in en proberen geen invloed uit te oefenen op het redactioneel beleid en de redactionele beslissingen van aanbieders van mediadiensten.

In artikel 5 wordt vervolgens buiten twijfel gesteld dat dit ook geldt ten aanzien van publieke mediadiensten die door de overheid worden bekostigd. In Nederland zijn dat de landelijke publieke omroep onder leiding van de NPO, de regionale omroepen en de lokale omroepen. Politieke beïnvloeding van het redactionele beleid via de subsidiekraan of via benoeming en ontslag van directeurs is verboden. Om redactionele sturing door politieke machthebbers te voorkomen moeten onafhankelijke toezichthouders worden ingesteld.

Dat staatsmedia niet thuishoren in een democratische rechtsstaat is in Europe een breed gedeelde opvatting. Met name in de Duitse Bondsrepubliek bestaat hier een uitvoerige rechtspraak over. Dat heeft natuurlijk alles te maken met de geschiedenis van het Derde Rijk, toen de radio-omroep een propaganda-instrument was van het naziregime. Een belangrijk oogmerk van het Grundgesetz van 1949 is om een terugkeer naar een totalitaire staatsvorm uit te sluiten. Het principe van ‘Staatsferne’ is door het Bundesverfassungsgericht (BVerfG) afgeleid uit artikel 5 GG, dat onder meer bepaalt dat de persvrijheid en de omroepvrijheid gewaarborgd worden. Wat betreft de persvrijheid heeft het BVerfG reeds in 1966 vastgesteld:

Eine freie, nicht von der öffentlichen Gewalt gelenkte, keiner Zensur unterworfenen Presse ist ein Wesenselement des freiheitlichen Staates; (...) So wichtig die damit der Presse zufallende “öffentliche Aufgabe” ist, so wenig kann diese von der organisierten staatlichen Gewalt erfüllt werden. Presseunternehmen müssen sich im gesellschaftlichen Raum frei bilden können. Sie arbeiten nach privatwirtschaftlichen Grundsätzen und in privatrechtlichen Organisationsformen. Sie stehen miteinander in geistiger und wirtschaftlicher Konkurrenz, in die die öffentliche Gewalt grundsätzlich nicht eingreifen darf.¹⁹

Met betrekking tot de omroepvrijheid overwoog het BVerfG in 2014:

Zusammenfassend verlangt das Gebot der Staatsferne damit eine Ausgestaltung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, die – orientiert an dem Ziel der Vielfaltssicherung und zugleich zur Verhinderung der politischen Instrumentalisierung des Rundfunks – staatsfernen Mitgliedern in den Aufsichtsgremien einen bestimmenden Einfluss einräumt und die eventuelle Mitwirkung staatlicher und staatsnaher Mitglieder begrenzt.²⁰

Vergelijkbaar met de jurisprudentie van het Duitse BVerfG zijn enkele arresten van het EHRM. Volgens het EHRM verplicht artikel 10 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) de verdragsluitende partijen hun wetgeving zo in te richten dat de pluriformiteit van de omroep is gewaarborgd en uit te sluiten dat een dominante economische of politieke groep dan wel de Staat zelf de mogelijkheid krijgt het programmabeleid te dicteren.²¹ Helaas is de werkelijkheid vaak minder mooi dan de theorie. Bekend zijn de verwijten die de Europese Unie maakt aan het adres

19 BVerfGE 20, 162 (175). Urteil ‘Spiegel’ d.d. 5 augustus 1966.
 20 BVerfGE 136, 9 (37). Urteil ‘Aufsichtsgremien Rundfunkanstalten’ d.d. 25 maart 2014.
 21 EHRM 17 september 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0917JUD001393602 (Manole e.a. v. Moldavië), r.o. 95-102; EHRM (GK) 7 juni 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0607JUD003843309 (Centro Europa 7 en Di Stefano v. Italië), r.o.129-135.

van de lidstaat Hongarije, waar de publieke omroep aan de leiband lijkt te lopen van de Fidesz-regering.²² Zelfs in Nederland zijn er discussies geweest over de vraag of de regering niet te veel politieke benoemingen deed en kon gaan doen in Hilversum.²³ Op dit moment zwijgt artikel 7 van de Grondwet over het risico van staatsmedia. Volgens de huidige tekst van artikel 7, tweede lid, zou een kwaadwillende wetgever kunnen bepalen dat het bestuur van de stichting NPO wordt benoemd door de verantwoordelijke minister en dat dit bestuur onderworpen is aan diens instructies. Daartegen zou een belanghebbende kunnen klagen met een beroep op artikel 10 EVRM of de Europese Media Vrijheid Verordening, maar in twijfelgevallen zullen deze normen beleidsvrijheid aan de nationale overheid laten. Waarom zou de Grondwet geen eigen ‘randvoorwaarden’ stellen tot versterking van artikel 3 van de Europese Media Vrijheid Verordening?

Een nieuw artikel 7 Grondwet

In de voorafgaande paragrafen zijn drie soorten wijziging van artikel 7 Grondwet besproken. In de eerste plaats het achterstallige onderhoud, zoals voorgesteld in de rapporten van de staatscommissies Franken en Thomassen. In de tweede plaats versterking van de autonomie van burgers door een dam op te werpen tegen heimelijke en ondoorzichtige beïnvloeding via sociale mediaplatforms. Ten slotte een betere bescherming tegen manipulatie van de publieke meningsvorming door de overheid zelf. Een conservatieve reactie zou zijn dat het EVRM en het EU-recht al bescherming bieden op deze terreinen. Daar staan echter de volgende argumenten tegenover. Om te beginnen is het wenselijk dat de Grondwet een goed beeld geeft van de vrijheid van meningsuiting en dat men geen staatsrechtsspecialist hoeft te zijn om de materie te begrijpen. Daarnaast is het riskant in de Grondwet geen enkele aandacht te besteden aan bepaalde beginselen van grondrechtelijke aard. Verordeningen van de EU kunnen immers gewijzigd worden, ook zonder goedvinden van Nederland. Het expliciteren van belangrijke waarden kan er bovendien toe bijdragen dat zij luider doorklinken in de ontwikkeling van het Europese recht.

22 Resolutie van het Europees Parlement van 12 september 2018 over een voorstel houdende een verzoek aan de Raad om overeenkomstig artikel 7, lid 1, van het Verdrag betreffende de Europese Unie te constateren dat er een duidelijk gevaar bestaat voor een ernstige schending door Hongarije van de waarden waarop de Unie berust (2017/2131(INL)). Zie ook het overzicht van Human Rights Watch d.d. 13 februari 2024 op www.hrw.org/news/2024/02/13/hungary-media-curbs-harm-rule-law.

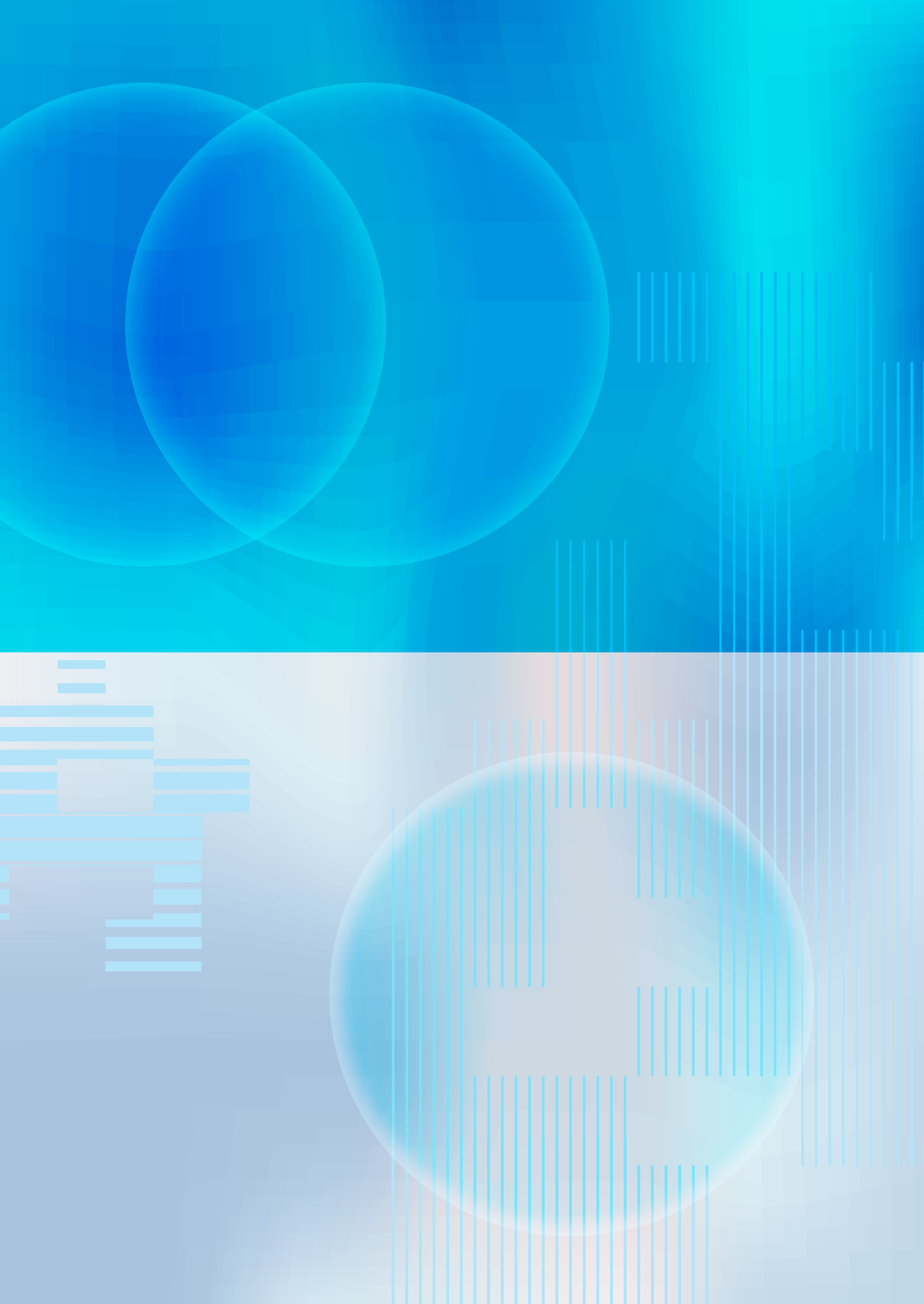
23 Wouter Hins, ‘Mediavrijheid onder toezicht’, *Ars Aequi*, september 2016, p. 606-613 (611).

Ten slotte is het soms wenselijk op nationaal niveau meer bescherming te bieden. Deze argumenten lijken mij zwaarder te wegen dan het traditionele betoog dat de Grondwet zo sober mogelijk moet blijven en alleen datgene moet bevatten wat absoluut onmisbaar is.

De lezer zal zich misschien hebben afgevraagd hoe een nieuw artikel 7 van de Grondwet dan precies moet luiden. Het treurige lot van de voorstellen van de staatscommissies onder voorzitterschap van Franken en Thomassen is niet erg bemoedigend om weer iets nieuws te verzinnen. Met die voorstellen is niets gebeurd, hoewel er goede elementen in zaten. Laat ik voortbouwend op die voorstellen toch een nieuwe tekst voorstellen waarin de hierboven besproken problemen worden geadresseerd.

Artikel 7 (nieuw) Grondwet

1. *Niemand heeft voorafgaand verlof nodig voor het openbaren en ontvangen van informatie, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.*
2. *Ten aanzien van handelsreclame, productinformatie en de toegang tot informatie voor personen jonger dan zestien jaar kunnen bij of krachtens de wet regels worden gesteld ter bescherming van de gezondheid of in het belang van de veiligheid.*
3. *De toegang van een ieder tot onafhankelijke en pluriforme media, alsmede de transparantie van het informatieaanbod, zijn voorwerp van zorg der overheid. De wet kan regels stellen omtrent de bekostiging van een publieke mediadienst. Staatsmedia zijn uitgesloten.*
4. *Wettelijke voorschriften inzake het verzamelen, opslaan en verspreiden van informatie die geen betrekking hebben op de inhoud daarvan, zijn passend en noodzakelijk in het algemeen belang.*



Een grondwettelijk recht op privacy voor de 21^e eeuw

Bert-Jaap Koops*

1. Inleiding

Hoewel het algemene grondrecht op privacy pas in 1983 in de Grondwet werd opgenomen, bestaat de notie van privacy veel langer. Al in de achttiende eeuw geven woordenboeken mooie vertalingen voor het Engelse begrip ‘privacy’: ‘heymlykheyd, geheim’ (1708), ‘afzondering, vergeeten staat’ (1766) of ‘geheimheid, afgetrokkenheid, stilheid, gemeenzaam en geheim vertrouwen’ (1789).¹ Sewels woordenboek uit 1708 vertaalt de voorbeeldzin ‘Zy bemint de stilte’ als ‘She loves privacy’, en roept daarmee een wereld op waarin iemand blij is zich te kunnen terugtrekken uit het rumoer van alledag.² Jonkheer Quarles van Ufford verbaast zich in zijn *Herinneringen uit Scandinavië* (1876) over Noorse dorpsbergen, waarin hij alleen via de slaapkamers van andere gasten zijn kleine kamertje kan bereiken. ‘Mogelijk hecht men in het Noorden ook minder aan die privacy, waarop wij en de Engelschen zoozeer gesteld [z]ijn,’ veronderstelt hij.³ Rechter Van Bemmelen toont in 1884 begrip voor financiële privacy, aangezien de inkomstenopgave ‘essentieel de openbaring van het verborgene is’, en ‘deze onbescheidene inbreuk op onze *privacy*, is eigenlijk aan ieder onzer onaangenaam’.⁴ Mr. E.A.L. Boas heeft daarentegen in 1905 geen begrip voor de klacht van een koopvrouw dat zij tegen haar wil was gefotografeerd: een ‘recht om verborgen te blijven, door de Engelschen wel genoemd “right of privacy” (...), past niet in onze samenleving’.⁵

* Hoogleraar regulering van technologie, Universiteit van Tilburg.

1 W. Sewel, *Groot Woordenboek der Engelsche en Nederduytsche Taalen. Eerste Deel*, Amsterdam: Weduwe Steven Swart 1708; Willem Sewel en Egbert Buys, *Volkomen Woordenboek der Engelsche en Nederduytsche Taalen. Eerste Deel*, Amsterdam: Kornelis de Veer, 1766; John Holtrop, *Nieuw Engelsch en Nederduytsch Woorden-Boek. Eerste Deel*, Amsterdam: A. Blussé en Zoon en W. Holtrop 1789.

2 Sewel 1708, a.w. (noot 2), p. 476.

3 J.K.W. Quarles van Ufford, *Herinneringen uit Scandinavië*, 's Gravenhage: D.A. Thieme 1876, p. 64.

4 P. van Bemmelen, *Verzoening en herziening. IV. De financieele quaestie*, Leiden: E.J. Brill 1884, p. 87 (cursivering in origineel).

5 E.A.L. Boas, ‘Beschouwingen over Fotografie in verband met het Recht’, *Lux* 1905, p. 47-54, 93-101 op p. 49.

Pas ver in de 20^e eeuw was de grondwetgever zo ver om de aloude behoefte aan privacy met een algemeen privacyrecht te beschermen, in artikel 10 lid 1 Gw. Opmerkelijk genoeg werd ook pas in 1983 het aloude briefgeheim – dat samen met het huisrecht (art. 12 Gw) de klassieke 19^e-eeuwse pijler vormt van privacybescherming – uitgebreid met het telefoon- en telegraafgeheim (art. 13 Gw). Terwijl daarover al vele decennia was gediscussieerd, waren de twee andere nieuwe privacygrondrechten het resultaat van recentere ontwikkelingen: de volkstelling van 1971, die leidde tot grondwettelijke bescherming van persoonsgegevens (art. 10 lid 2-3 Gw), en het Fluorideringsarrest uit 1973, dat de aanleiding vormde het grondrecht op lichamelijke integriteit te erkennen (art. 11 Gw).

De catalogus van privacygrondrechten is dus betrekkelijk jong – de meeste bestaan nog geen veertig jaar. Maar het zijn geen vitale dertigers in de kracht van hun leven, deze grondrechten. Ze zijn vroeg oud geworden, en de recente cosmetische operatie om het telefoon- en telegraafgeheim te vernieuwen tot een telecommunicatiegeheim kan nauwelijks verbloemen dat de privacygrondrechten mank lopen. Het probleem is dat de privacygrondrechten uit artikel 10-13 Gw niet alleen dateren uit de 19^e en 20^e eeuw, maar ook gebaseerd zijn op het wereldbeeld van de vorige eeuw: toen je de meest privacygevoelige informatie veilig opborg in een gesloten kast in de beslotenheid van je woning, toen er nog een duidelijke scheidslijn was tussen privéruimte en openbare ruimte, toen een prik in je arm erger werd gevonden dan de kennisneming van informatie uit je lichaamsmateriaal. Toen er nog geen internet bestond, geen smartphone of sociale media, geen cloud, en geen geautomatiseerde analyse van petabytes aan informatie. Toen, kortom, de persoonlijke levenssfeer nog kon worden gevangen in vier privacypijlers: je lichaam, je woning, je communicatie-inhoud en je persoonsgegevens. Privacybescherming in de 21^e eeuw vraagt om een andere benadering. In dit essay stel ik voor om de huidige privacygrondrechten te vervangen door één algemeen artikel, met een gelaagde beperkings-systematiek.⁶ Dit is de enige manier om grondwettelijke bescherming te bieden tegen de talloze mogelijke inbreuken op privacy die de 21^e eeuw kent. Ik begin met een historische beschouwing over de

6 Dit voorstel is gebaseerd op een gedachtelijn die ik in de afgelopen twintig jaar in mijn onderzoek heb ontwikkeld. Daarom zal ik in dit essay relatief veel naar eigen werk verwijzen, waarin de lezer een nadere uitwerking van de verschillende componenten van deze gedachtelijn kan vinden, evenals nadere literatuurverwijzingen.

totstandkoming van de huidige privacygrondrechten, gevolgd door enkele kritische kanttekeningen. De kern van mijn betoog bestaat vervolgens uit argumenten waarom de huidige bescherming van privacy via de band van vier verouderde privacypijlers en een tandeloos algemeen privacyrecht, een doodlopende weg is. In plaats daarvan kan een algemeen privacyrecht met effectieve beperkingen een uitweg bieden om ook in de 21^e eeuw nog te waarborgen dat mensen ruimten hebben waarin ze zichzelf kunnen zijn.

2. Een conceptuele geschiedenis van privacy

Dat de Grondwet naast het algemene privacyrecht specifiek het lichaam, de woning en communicatie (in die volgorde) beschermt, lijkt misschien wat willekeurig, maar dat is schijn. Het kan toeval zijn, maar opmerkelijk genoeg beschermt de Italiaanse Grondwet in artikelen 13-15 ook lichaam, woning en communicatie, in dezelfde volgorde. Hierin zit een logica die niet zozeer te maken heeft met de feitelijke geschiedenis (het jaartal van invoering), maar met een conceptueel-historische ontwikkeling in de behoefte aan privacybescherming.

Privacy heeft te maken met het hebben van ruimten waarin je jezelf kunt zijn.⁷ Dat begint bij de ruimte die het dichtst bij je zelf ligt – je lichaam. Hoewel er lange perioden in de geschiedenis zijn geweest waarin mensen zeggenschap, of zelfs eigendom, opeisten over het lichaam van anderen, ligt het voor de hand dat men normaal gesproken van je lichaam afblijft en dat je zelf kunt bepalen wat je in je lichaam (en in je brein) doet. Het recht op lichamelijke integriteit is in die zin het meest primaire privacyrecht.

Vervolgens ligt het voor de hand de ruimte te beschermen waar je normaliter verblijft, in het bijzonder de plaats waar jij woont (en degenen met wie je je intieme leven deelt) en niemand anders. De woning is de ruimte die het dichtst om het lichaam heen zit – in zekere zin een verlengstuk van je zelf. Thuis moet je bij uitstek je zelf kunnen zijn. Het huisrecht is dan ook niet voor niets een van de oudste privacyrechten.

7 Er zijn veel omschrijvingen en definities van privacy, die verschillende aspecten van dit complexe begrip benadrukken; het hangt vaak van de context af welke definitie het meest geschikt is. Hoewel de vele privacydefinities ogenschijnlijk heel verschillend zijn, is er – in tegenstelling tot wat vaak wordt beweerd – wel een conceptuele samenhang tussen de definities. Ik zelf definieer privacy bij voorkeur als het hebben van ruimten waarin je jezelf (of je zelve) kunt zijn, een definitie die aansluit bij diverse definities uit de literatuur. Zie Bert-Jaap Koops & Maša Galič, 'Unity in Privacy Diversity: A Kaleidoscopic View of Privacy Definitions', *South Carolina Law Review* 2021, p. 465-499.

Aangezien mensen sociale dieren zijn, blijven ze niet de hele dag in huis. Ze mogen graag bij anderen op bezoek gaan en praatjes maken. Zolang dat in de beslotenheid van iemands woning gebeurt, blijft vertrouwelijk wat je zegt en doet. Het huisrecht beschermt zo niet alleen je intieme leven, maar ook een belangrijk deel van je sociale contacten. Maar aangezien op bezoek gaan tijd kost, zeker als je familie of vrienden wat verder weg wonen, is het handig dat iemand het schrift heeft uitgevonden, waardoor je brieven kunt versturen om contacten te onderhouden. Wanneer dat op grotere schaal gebeurt en er een infrastructuur ontstaat waarin brieven door derden worden getransporteerd, worden je woorden echter kwetsbaar: niet langer zijn ze beschermd door de beslotenheid van de woning, maar ze gaan door de openbare ruimte onder verantwoordelijkheid van een transporteur. Het briefgeheim ontstaat dan als een verlengstuk van de woning: het beschermt het kanaal waarlangs correspondentie wordt vervoerd tussen twee woningen.

Met de uitvinding van de telefoon ontstaat een gesproken variant van de brief, waardoor mensen ook op afstand gesprekken kunnen voeren tussen twee woningen. Het telefoongeheim is dan een logische parallel van het briefgeheim, ook al is er aanvankelijk een praktisch verschil in vertrouwelijkheid, omdat telefonied medewerkers kunnen meeluisteren met gesprekken, terwijl de envelop de briefinhoud beschermt tegen kennisneming door de postbode. Maar met het automatiseren van de telefooncentrale is de telefonie-infrastructuur ook in dat opzicht een functioneel equivalent geworden van de posterie, en is het telefoongeheim een logische parallel van het briefgeheim. Het telegraafgeheim is een iets ander verhaal, omdat telegrammen niet vanuit de woning worden verstuurd, maar het lijkt me wel consistent om deze variant van communicatie-op-afstand, in het verlengde van het brief- en telefoongeheim, ook te beschermen tegen kennisneming tijdens transport. Grosso modo kan het brief-, telefoon- en telegraafgeheim zo worden gezien als een bescherming van de ruimte tussen woningen waarlangs communicatie plaatsvindt. En dat blijft zo wanneer fax en email de telefonie transformeren tot telecommunicatie, met het algemener geformuleerde telecommunicatiegeheim.

Vervolgens wordt het iets gecompliceerder. De uitvinding van de mobiele telefoon maakt de koppeling tussen woning en communicatie losser. Niet langer vinden gesprekken plaats van woning tot woning, maar van overal naar nergens. Nog steeds kan

het communicatiekanaal worden gezien als een beschermwaardige ruimte die een verbinding vormt tussen de privéruimten van gesprekspartners, maar het telecommunicatiegeheim is in de wereld van mobiele telecommunicatie niet langer een verlengstuk van het huisrecht, maar eerder van de lichamelijke integriteit.

Nu hoeft dat op zich niet uit te maken voor de conceptuele samenhang tussen de klassieke privacypijlers, maar de situatie wordt complexer door de opkomst van de computer en geautomatiseerde gegevensverwerking. Waar ik een logische samenhang zie tussen lichaam, woning en communicatie, staan persoonsgegevens buiten – of naast – de geschetste conceptueel-historische ontwikkelingslijn. Dat is niet zo gek, aangezien de klassieke privacypijlers onderdeel uitmaken van de fysieke werkelijkheid, terwijl persoonsgegevens zich bevinden in de informatiesfeer, zeg maar de virtuele werkelijkheid. In de privacytypologie die ik met collega's ontwikkelde, staat informatiele privacy dan ook niet *naast* lichamelijke, ruimtelijke of communicatieve privacy, maar als een half overlappend privacypaar op alle andere typen privacy geprojecteerd.⁸ Dit maakt duidelijk dat aspecten van privacy als lichaam, woning en communicatie ook een informatiele component hebben (bijvoorbeeld je DNA-profiel, energiemeterdata en verkeersgegevens), maar niet gereduceerd kunnen worden tot informatie – er speelt altijd ook een fysiek aspect mee. Omgekeerd raakt informatiele privacy vrijwel altijd ook aan andere privacyaspecten, omdat de informatie tenslotte meestal over iets in de fysieke werkelijkheid gaat. In dat licht is het geen gekke keuze geweest van de wetgever om informatiele privacy te regelen in artikel 10 lid 2-3 Gw, in hetzelfde artikel als het algemene privacyrecht.⁹

Samenvattend kun je een conceptueel-historische ontwikkeling zien in privacybescherming die zich uitbreidt van lichaam en woning naar de communicatiekanalen tussen woningen en personen, en daarnaast de opkomst van informatiele privacy als een virtuele laag bovenop de klassieke, fysiek-georiënteerde privacypijlers. Het algemene privacyrecht fungeert daarbij als vangnet, dat alle aspecten van privacy opvangt die niet door een specifiek privacygrondrecht worden beschermd.

8 Bert-Jaap Koops, Bryce Clayton Newell, Tjerk Timan, Ivan Škorvánek, Tomislav Chokrevski & Maša Galič, 'A Typology of Privacy', *University of Pennsylvania Journal of International Law* 2017, p. 483-575.

9 Er valt veel meer te zeggen over de verhouding tussen de bescherming van persoonsgegevens en privacy, omdat anders dan het normale spraakgebruik suggereert (waarin "de privacywet" slaat op de wetgeving over bescherming van persoonsgegevens), er ook conceptuele verschillen bestaan tussen beide begrippen, en er het nodige valt te zeggen voor het opsplitsen ervan in zelfstandige grondrechten. Dat valt echter buiten het bestek van dit noodzakelijkerwijs beknopte essay.

3. Kanttekeningen bij artikel 10-13 Gw

Conceptueel gezien lijkt er niet veel mis met de huidige grondrechten. We hebben nog steeds een lichaam, leven veelal nog steeds in woningen, communiceren er levendig op los, en zien steeds meer van onze persoonsgegevens rondzweven in het informatie-universum. In principe wordt dat allemaal afgedekt door de huidige Grondwet. Maar daarmee hebben we nog geen afdoende privacybescherming, om drie redenen.

Ten eerste zijn er de nodige kanttekeningen te plaatsen bij de formulering van de huidige privacygrondrechten. Zo valt op dat de bescherming van persoonsgegevens in artikel 10 lid 2-3 Gw niet geformuleerd is als grondrecht ('Eenieder heeft recht op bescherming van zijn persoonsgegevens') maar als een regelopdracht ('De wet stelt regels'). Dat maakt de bescherming een stuk zwakker: je kunt als burger (even aannemend dat het toetsingsverbod eindelijk eens wordt opgeheven) niet klagen dat je grondwettelijk recht op gegevensbescherming is geschonden, maar hooguit dat de wetgever geen of onvoldoende regels heeft opgesteld. Zolang de wetgever maar regels stelt, lijkt de grondwettelijke bescherming van informationele privacy voldaan. Ook als die regels een dermate complex geheel zijn dat gegevensbescherming in de praktijk een pure papieren exercitie dreigt te worden: niemand ziet nog het bos (de geest van de wet) tussen de bomen (de vele regels) door, waardoor échte gegevensbescherming weinig van de grond komt.¹⁰ Verder is artikel 10 lid 2 Gw beperkt tot regels over het 'vastleggen en verstrekken' van persoonsgegevens, in plaats van het bredere begrip 'verwerken', waardoor bijvoorbeeld geautomatiseerde gegevensanalyse buiten de regelopdracht valt. En terwijl er acht algemene beginselen van gegevensbescherming zijn, noemt lid 3 alleen twee aspecten van het participatiebeginsel, namelijk het recht op kennisneming en verbetering, maar niet andere aspecten daarvan (zoals het recht op vernietiging), laat staan andere belangrijke beginselen, zoals dataminimalisatie en doelbinding.

Artikel 11 Gw – recht op onaantastbaarheid van het lichaam – is op zich algemeen geformuleerd, maar de invulling ervan lijkt zich te beperken tot fysieke inbreuken op het lichaam, zoals een hielprik, toevoeging van stoffen aan leidingwater, of afname van wangslijmvlies. Het grondrecht geldt alleen wanneer het lichaam

10

B.J. Koops, 'The trouble with European data protection law', 4 *International Data Privacy Law* 2014, p. 250-261.

fysiek wordt aangeraakt of anderszins fysiek wordt geschaad. Maar inmiddels is het mogelijk om met camera's door kleren heen te kijken om te zien wat iemand op het lichaam draagt, bijvoorbeeld een wapen – of een tepelpiercing. Het valt vanuit een privacy-oogpunt moeilijk in te zien waarom het maken van een röntgenfoto (waarbij de straling schadelijk is voor het lichaam) wel onder artikel 11 Gw valt, maar een bodyscanner op het vliegveld niet. Evenzo valt een hersenimplantaat om je brein bij te sturen wel onder het grondrecht, maar golven die je brein van buitenaf beïnvloeden niet (tenzij ze fysieke schade aanrichten). Vanuit een oogpunt van lichamelijke privacy lijkt het mij relevant om ook niet-fysieke inbreuken op je lichamen te beschermen, aangezien die evenzeer kunnen raken aan de mogelijkheid jezelf te kunnen zijn in je lichaam.¹¹

Vergelijkbaar, en belangrijker voor de praktijk, is de kritiek die al lang wordt geuit op de fysieke formulering van het huisrecht als bescherming tegen het 'binnentreden' in een woning zonder toestemming.¹² Hoewel daar ook het binnensteken van een arm onder valt, gaat het alleen om fysieke binnendringing in de woning. Dat is een beperkte invulling van het huisrecht, aangezien er talloze mogelijkheden zijn om van buitenaf kennis te nemen van wat zich binnen de woning afspeelt. Het dichtdoen van de gordijnen helpt niet tegen richtmicrofoons, infraroodcamera's, het opvangen van elektromagnetische straling, het analyseren van wat uit je rioolaansluiting komt, de verwerking van gegevens uit je slimme energiemeter of het hacken van je computer. Zo kan de overheid op allerlei manieren inzicht krijgen in wat binnen de woning gebeurt, zonder binnen te treden. Als je de huisvrede wil beschermen, en de woning bij uitstek de plaats moet blijven waar je onbevangen jezelf kunt zijn, zou het huisrecht in het algemeen moeten beschermen tegen kennisneming van informatie uit de woning, of dat nu fysiek door binnentreden of van buitenaf gebeurt.¹³

Artikel 13 is relatief in goede staat door de recente herziening, waarbij terecht gekozen is voor kanaalbescherming: het brief- en telecommunicatiegeheim beschermt tegen kennisneming van

11 Bert-Jaap Koops, Hanneke van Schooten & Merel Prinsen (2004), *Recht naar binnen kijken. Een toekomstverkenning van huisrecht, lichamelijke integriteit en nieuwe opsporingstechnieken*, Den Haag: Sdu 2004.

12 Ibid.; Ivan Škorvánek & Bert-Jaap Koops (2023), 'Knowing Without Entering. How Remote Police Surveillance Affects Privacy of the Home', in Andrew Roberts, Joe Purshouse and Jason Bosland (eds), *Privacy, Technology, and the Criminal Process*, London: Routledge, p. 156-176.

13 Škorvánek & Koops 2023 (noot 13).

inhoud van communicatie die aan een derde voor transport is toevertrouwd (voor zover die kennisgeving bij of via de transporteur geschiedt). Er valt over te discussiëren of ook verkeersgegevens (wie communiceert waar wanneer met wie) onder dit grondrecht moeten vallen, of onder het algemene privacyrecht of gegevensbeschermingsrecht; de grondwetgever koos voor het laatste. Ik neig inmiddels naar het standpunt dat verkeersgegevens ook onder artikel 13 Gw zouden moeten vallen, omdat kennisgeving ervan een verkillend effect kan hebben op de mogelijkheid om vertrouwelijk via derden te communiceren,¹⁴ zeker omdat de analyse van verkeersgegevens om communicatiepatronen en daarmee netwerken in kaart te brengen inmiddels vaak belangrijker is dan kennisgeving van (versleutelde of versluierd-nietszeggende) inhoud. Bovendien is het onderscheid tussen inhoud en verkeersgegevens vaak moeilijk te maken.¹⁵ Daarnaast blijft enigszins problematisch dat het ‘live gesprek’ geen aanspraak kan maken op een communicatiegeheim, aangezien het telecommunicatiegeheim zich beperkt tot communicatie via een transporteur. Die beperking is conceptueel steekhoudend (eerdere voorstellen om ‘vertrouwelijke communicatie’ in het algemeen te beschermen kwamen hopeloos in afbakeningsproblemen), maar dit maakt het vertrouwelijke gesprek op een bankje in het park wel kwetsbaar: je waant je in een vertrouwelijke bubbel als er niemand binnen gehoorsafstand is, zonder door te hebben dat daar in de verte iemand met een richtmicrofoon meeluistert. Zo’n gesprek valt nu onder het algemene privacyrecht, met een navenant veel lagere beperkingsdrempel – artikel 13 vereist rechterlijke toestemming voor aftappen, artikel 10 laat het aan de lagere wetgever over wie toestemming moet geven een vertrouwelijk gesprek op te nemen.

Ten tweede zijn er, naast kanttekeningen bij de bestaande formuleringen, leemten. De Grondwet beschermt bijvoorbeeld niet specifiek privé-documenten (zoals bijvoorbeeld Tsjechië en de Verenigde Staten doen), terwijl een dagboek traditioneel zo’n beetje het meest privacygevoelige voorwerp kan zijn dat iemand heeft. Dat dagboek wordt beschermd door het huisrecht zolang je het thuis

14 Vgl. L. Asscher, *Communicatiegrondrechten. Een onderzoek naar de constitutionele bescherming van het recht op vrijheid van meningsuiting en het communicatiegeheim in de informatiesamenleving*, diss. Amsterdam (UvA), Amsterdam: Otto Cramwinckel 2003, p. 245; W. Steenbruggen, *Publieke dimensies van privécommunicatie*, diss. Amsterdam (UvA), Amsterdam: Otto Cramwinckel 2009, p. 57.

15 B.J. Koops & J.M. Smits, m.m.v. F. van der Kroon, *Verkeersgegevens en artikel 13 Grondwet. Een technische en juridische analyse van het onderscheid tussen verkeersgegevens en inhoud van communicatie*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014.

bewaart, maar kent geen specifieke bescherming als je in het café (of op dat rustige bankje in het park) in je dagboek schrijft. Ook je privé-foto's zijn grondwettelijk beschermd binnen de woning, maar niet daarbuiten. Evenmin beschermt de Grondwet specifiek de privacy van gezinsleven, gedachten, reputatie of eigendom, wat sommige andere landen wel doen in hun constituties.¹⁶ Nu moet de Grondwet zeker niet proberen een uitputtende opsomming te geven van alle mogelijke aspecten van privacy, maar de selectie van lichaam, woning, communicatie en persoonsgegevens om specifiek te beschermen in zelfstandige grondrechten kent een zekere willekeur.

Nu kan men tegenwerpen dat alle niet-genoemde aspecten onder het algemene privacyrecht vallen. Dat mag zo zijn, maar het punt is – ten derde – dat het algemene privacyrecht van artikel 10 lid 1 Gw een tandeloze tijger is. Of misschien eerder een tandeloos poesje – een tandeloze tijger heeft tenminste nog gevaarlijke klauwen, wat je van artikel 10 lid 1 Gw niet kunt zeggen. Dit komt door de beperkings-systematiek: inbreuken op privacy zijn toegelaten 'bij of krachtens de wet'. De Grondwet werpt geen drempels op voor de wetgever om privacyinbreuken in te voeren. Evenmin doet de Grondwet dat voor lichamelijke integriteit en het huisrecht. Alleen het brief- en telecommunicatiegeheim bevat een wezenlijke drempel, door een rechterlijke machtiging te eisen voor inbreuken (behalve wanneer nationale veiligheid in het geding is). Dit betekent dat, grondwettelijk gesproken, de wetgever min of meer vrij spel heeft om allerlei soorten privacyinbreuken toe te staan, zolang deze niet onder het brief- of telecommunicatiegeheim vallen. Gelukkig kiest de wetgever er vaak wel voor om substantiële drempels in de wet op te nemen, zoals een rechterlijke machtiging voor het opnemen van een 'live gesprek' of het hacken van computers door de politie, maar dat is niet aan de Grondwet te danken. In dat licht heeft eigenlijk alleen het brief- en telecommunicatiegeheim echt betekenis voor de rechtspraktijk. En aangezien vrijwel niemand meer brieven stuurt, is het telecommunicatiegeheim feitelijk het enige serieuze privacyrecht in de huidige Grondwet.

4. Privacy in de 21^e eeuw

In de vorige paragraaf heb ik betoogd dat de huidige catalogus aan privacygrondrechten weliswaar historisch verklaarbaar is en een zekere conceptuele samenhang vertoont, maar dat de privacyrechten niet ideaal zijn geformuleerd, diverse privacyaspecten niet op specifieke bescherming kunnen rekenen, en dat de krachteloze beperkings-systematiek eigenlijk alle privacyrechten, met uitzondering van het telecommunicatiegeheim, vogelvrij verklaart. Wil de Grondwet privacy betekenisvol beschermen, dan moet er dus iets gebeuren.

Je zou kunnen denken aan groot onderhoud: persoonsgegevens beschermen met een integraal afweerrecht, artikelen 11 en 12 uitbreiden met niet-fysieke inbreuken, en in artikelen 10-12 Gw zwaardere eisen opnemen aan de beperkingen die de wetgever mag stellen. Ik denk niet dat dergelijk groot onderhoud realistisch is, gezien het feit dat diverse pogingen sinds de Commissie-Franken om ‘grondrechten in het digitale tijdperk’ te herzien, slechts tot een minimale aanpassing in artikel 13 Gw hebben geleid. Belangrijker nog, ik denk dat groot onderhoud, waarbij de basisstructuur intact blijft, onwenselijk is. Het probleem is fundamenteeler dan de hiervoor geschetste kritiekpunten.

Het eerste fundamentele probleem is dat lichaam, woning en communicatie niet langer de belangrijkste aspecten zijn van het leven waarin de behoefte aan privacy zich het meest manifesteert. Wat zou ingrijpender vinden: dat de politie uw woning doorzoekt of uw smartphone integraal uitleest? Ik vermoed het laatste. Maar het leegtrekken van een smartphone door de politie bij aanhouding voor verdenking van een winkeldiefstal valt niet onder het huisrecht of het telecommunicatiegeheim. Dat geldt ook voor het hacken van een smartphone door de politie – zo ongeveer de meest ingrijpende privacyinbreuk die je je kunt voorstellen, en in elk geval de meest omvattende, gezien alle informatie die uit een smartphone over je persoonlijk leven te halen valt.

Een andere manier om een indringend beeld van iemands privéleven te krijgen, is het volgen van diens bewegingen. Daarvoor is niet langer een observatieteam nodig dat iemand permanent achterna zit – de politie kan vrij simpel locatiegegevens van de mobiele telefoon opvragen (geholpen door het hoogfrequent sturen van een ‘stille sms’, waardoor locatiegegevens worden gegenereerd zonder dat iemand dit doorheeft). Het is verrassend, en enigszins verontrustend,

hoeveel aspecten van je privéleven vallen af te leiden uit de locaties die je bezoekt – je werk, je gezinsleven, je vrienden, je gezondheid, je sociaal-culturele status. Maar locatiegegevens, hoe privacygevoelig ook, kennen geen bijzondere privacybescherming, evenmin als zoekopdrachten in Google, boeken die je leest op je e-reader, of – rechter Van Bemmelen ten spijt – gegevens over je financiële toestand. Deze voorbeelden geven aan dat, waar in vorige eeuwen bij het kennismaken over iemands privéleven vaak een fysieke privacy-inbreuk overheerste (onderzoek aan of in het lichaam, het overhoor-halen van je woning), inmiddels de informationele component veel belangrijker is. Op allerlei manieren kan informatie worden vergaard zonder fysieke aantasting van de persoon of diens directe omgeving.

Een tweede fundamentele probleem met de privacygrondrechten is dat het sociale leven in de 21^e eeuw fundamenteel anders is georganiseerd dan in de 19^e en 20^e eeuw het geval was. Tot voor kort waren sociale praktijken veelal gekoppeld aan bepaalde groepen die elkaar in bepaalde ruimten ontmoeten (vrienden thuis of in het café, leerlingen in de klas, minnaars in een hotel, rockliefhebbers op een festival). Elk van deze ruimten gaat gepaard met een bepaalde privacyverwachting, sociale normen en soms specifieke rechtsregels, die regelden wat je wel of niet geacht wordt te doen, te zeggen of te vragen in die context. In de collegezaal heb je andere gesprekken dan bij de huisarts; in een park ga je niet vlak naast een onbekende staan maar in een volle lift wel; in de trein lees je niet over iemands schouder mee in diens notitieblok maar je mag wel zeggen dat dat boek dat iemand leest van zo'n geweldige schrijver is. In de 21^e eeuw is het veel minder duidelijk welke privacyverwachting je hebt, omdat op sociale media allerlei contexten door elkaar lopen, en je binnen enkele seconden van de ene context naar de andere schakelt, en weer terug of verder. Omdat je in de cloud zowel gegevens opslaat die je wil delen met anderen als gegevens die je voor jezelf wil houden. En omdat je persoonlijke informatiesfeer gegevens bevat over zo'n beetje alle aspecten van je leven, niet alleen in het hier en nu maar soms tot ver terug in de tijd, terwijl allerlei partijen op diffuse manieren toegang kunnen krijgen tot die informatiesfeer. Waar de sociale normen over interactie in fysieke ruimten zich eeuwenlang, of tenminste gedurende de nodige decennia, hebben ontwikkeld, is nog weinig uitgekristalliseerd hoe je je in digitale omgevingen hoort te gedragen, zeker als die digitale omgeving hybride is en interacties faciliteert met verschillende groepen mensen die in de fysieke

werkelijkheid duidelijk gescheiden zijn maar in de digitale werkelijkheid makkelijk door elkaar kunnen lopen.¹⁷

Door de combinatie van enorme hoeveelheden informatie over alle aspecten van het leven die overall worden gegenereerd en opgeslagen, continue verbindingen tussen mensen en de verknoottheid van fysieke en digitale ruimten, is het niet langer mogelijk om bepaalde plekken aan te wijzen als de kern waar het privéleven zich afspeelt. Privacybescherming is daarom aangewezen op een hoger abstractie-niveau dan lichaam, woning of communicatie: er zijn meer abstracte concepten nodig.

Hierbij kan worden aangesloten op een benadering die momenteel voorligt in het nieuwe Wetboek van Strafvordering.¹⁸ Deze volgt wat de Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk stelde:

‘In het digitale tijdperk is het moeilijker om op voorhand een vast beschermingsniveau te koppelen aan een bepaalde bevoegdheid: de ernst van de inbreuk hangt vooral af van de context. De commissie trekt hieruit de conclusie dat het nieuwe wetboek moet werken met abstracte normering, die per geval kan worden geïnterpreteerd, waarbij het wenselijk is deze normering in het hele stelsel van bevoegdheden door te voeren.’¹⁹

De voorgestelde normering bestaat in de kern uit een abstract begrip, stelselmatigheid, waarmee in de strafvorderlijke context wordt bedoeld de mate waarin een min of meer volledig beeld van bepaalde aspecten van iemands privéleven kan ontstaan. Daarbij worden drie niveaus onderscheiden: de uitoefening van een bevoegdheid maakt geen of een geringe inbreuk op het privéleven (niet-stelselmatig), een meer dan geringe inbreuk (stelselmatig) of een zware inbreuk (ingrijpend stelselmatig). In plaats van op voorhand te stellen dat een bepaalde bevoegdheid, zoals het inbeslagnemen en onderzoeken van de voorwerpen die een arrestant bij zich draagt, per definitie een geringe, gemiddelde of zware privacyinbreuk oplevert, en de uitoefening navenant te koppelen aan lichte, gemiddelde of zware voorwaarden, wordt de bevoegdheid genormeerd door het algemene criterium,

17 Zie voor een uitgewerkte analyse van de verschillen tussen fysieke en digitale ruimte, en de implicaties daarvan voor privacy, Bert-Jaap Koops, ‘Privacy Spaces’, *West Virginia Law Review* 2018, p. 611-665.

18 *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nrs. 1-3.

19 Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk, *Regulering van opsporingsbevoegdheden in een digitale omgeving*, s.l.: 2018, p. 193.

waarbij afhankelijk van de context wordt bekeken of de privacyinbreuk – redelijkerwijs voorzienbaar – gering, gemiddeld of zwaar zal zijn. Het voordeel hiervan is dat de privacygevoeligheid van een opsporingsbevoegdheid niet op wetsniveau wordt vastgepind, maar in de praktijk wordt vastgesteld afhankelijk van de context. Vanzelfsprekend niet alle losse gevallen: via lagere wetgeving, richtlijnen en jurisprudentie kan uitkristalliseren welke factoren precies in voorkomende gevallen de privacygevoeligheid bepalen. Deze benadering is de enige duurzame manier om de opsporing te normeren met het oog op privacybescherming, zonder dat de wet elke paar jaar moet worden herzien in het licht van nieuwe techno-sociale ontwikkelingen.²⁰

In lijn met deze benadering stel ik voor om privacy in de Grondwet te beschermen met één algemene bepaling. Deze zou een algemeen recht op privacy moeten formuleren. De vernieuwing ten opzichte van het huidige artikel 10 lid 1 Gw zit vervolgens in de beperkings-systematiek. Het algemene privacygrondrecht moet een gelaagd systeem van beperkingen bevatten. Ten eerste is, in plaats van het zwakke ‘behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen’, een krachtiger formulering wenselijk die duidelijk maakt dat de wetgever niet zomaar beperkingen kan stellen. Te denken valt aan het opnemen van het criterium ‘noodzakelijk in een democratische samenleving’, waardoor – vergelijkbaar met de Straatsburgse rechtspraak over artikel 8 EVRM – kwaliteitseisen worden gesteld aan privacy-inperkende wetgeving. Ten tweede zou het algemene privacygrondrecht zwaardere eisen, zoals een rechterlijke machtiging, moeten stellen aan zware privacyinbreuken.

Een nieuw grondwettelijke recht op privacy, dat de bestaande artikelen 10-13 Gw kan vervangen, zou er bijvoorbeeld als volgt kunnen uitzien.

‘Ieder heeft het recht op bescherming van diens persoonlijke levenssfeer.

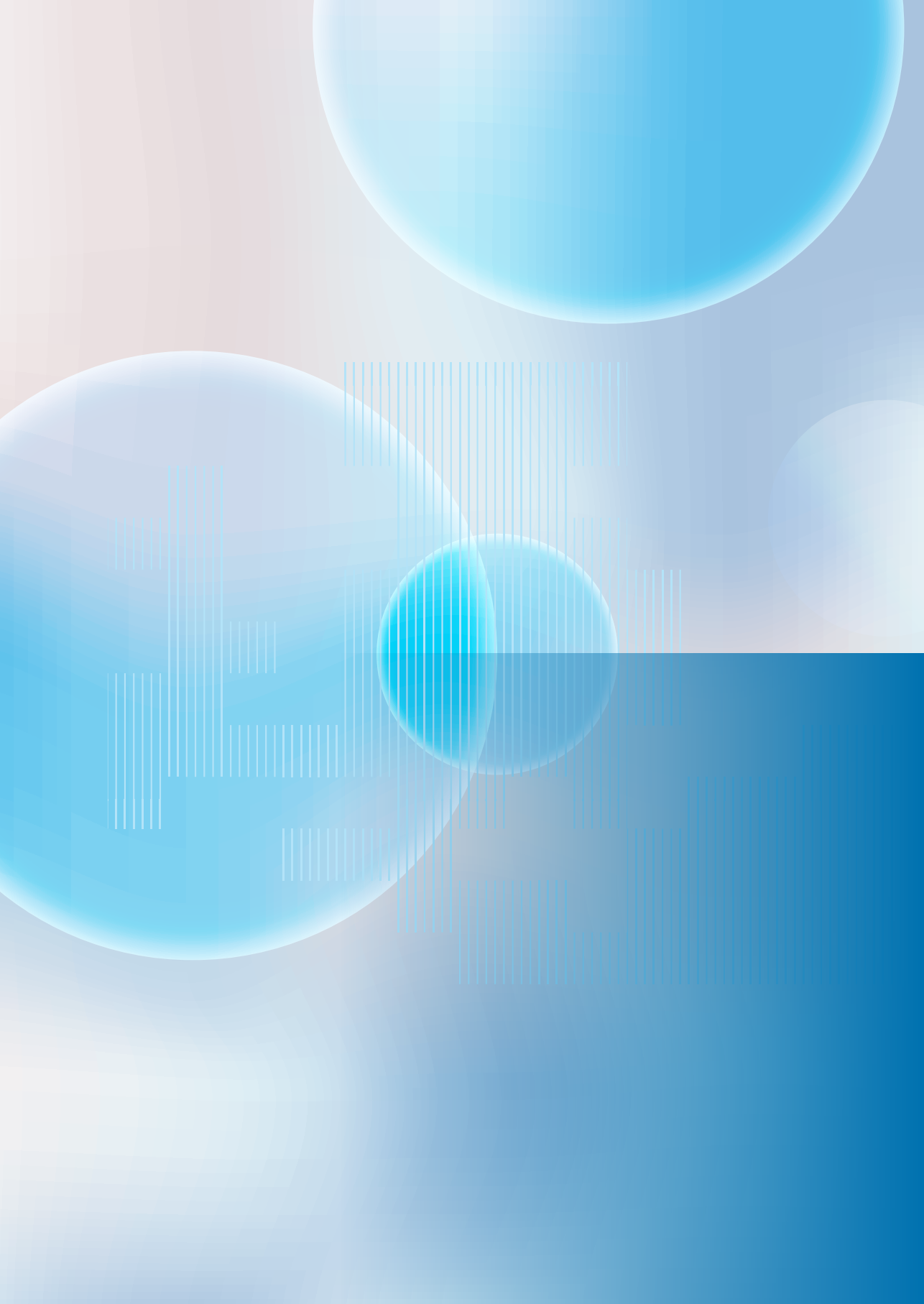
Dit recht kan bij of krachtens de wet worden beperkt voor zover dit noodzakelijk is in een democratische samenleving.

Ingrijpende beperkingen van dit recht zijn alleen mogelijk in de gevallen bij de wet bepaald met machtiging van de rechter [of, in het belang van de nationale veiligheid, door of met machtiging van hen die daartoe bij de wet zijn aangewezen].’

In de toelichting kan duidelijk worden gemaakt dat dit nieuwe recht geen afbreuk mag doen aan bestaande rechtsbescherming die voortvloeit uit het recht op lichamelijk integriteit, huisrecht of brief- of telecommunicatiegeheim, en dat het recht bescherming van de persoonlijke levenssfeer ook informatiele privacy omvat.²¹ Verder zal de toelichting moeten uitwerken wanneer er sprake is van ingrijpende beperkingen. Dat is niet makkelijk, maar wel doenbaar. Door illustratieve voorbeelden en richtinggevende opmerkingen welke factoren een rol kunnen spelen bij de beoordeling van de mate van ingrijpendheid van beperkingen, kan de toelichting de lagere wetgever handvatten reiken voor de toepassing van het abstracte criterium. Op deze manier kan privacy als grondrecht betekenisvol blijven in de 21^e eeuw, ook als zich nieuwe technologische ontwikkelingen voordoen die de grondwetgever niet zou hebben kunnen bedenken.

En daarnaast moet natuurlijk het toetsingsverbod worden opgeheven.

21 Ik laat daarbij open of daarnaast nog een grondrecht op gegevensbescherming wenselijk is, dat de beginselen van behoorlijke omgang met persoonsgegevens van een constitutionele basis voorziet – dat is een andere discussie.



Grondwettelijke bescherming van de geest

Sjors Ligthart & Gerben Meynen*

1. Inleiding

Op 29 januari 2024 berichtte Elon Musk via het social media platform X dat zijn bedrijf *Neuralink* voor het eerst een hersenchip had geïmplantéerd in een mens. Een dergelijk hersenimplantaat zou patiënten met neurologische aandoeningen en ook gezonde mensen in de toekomst in staat moeten stellen hun computers en smartphones te besturen enkel en alleen via hun gedachten.¹ Aan dit experiment gingen jarenlange proeven met implantaten in apenbreinen vooraf.² Deze stap in Musks missie om het menselijk brein te koppelen aan onze alledaagse technologieën leidde in het publieke debat tot bezorgde reacties. Wie krijgen er straks allemaal toegang tot onze hersenen en daarmee tot de meest intieme aspecten van ons leven, namelijk tot wat we denken, voelen en verlangen?³

Vergelijkbare vragen ontstonden een jaar eerder in reactie op wetenschappelijke studies waarin de onderzoekers in staat bleken afbeeldingen die werden getoond of verhalen die werden verteld aan proefpersonen te reconstrueren met neurotechnologie en artificiële intelligentie aan de hand van hersenactiviteit.⁴ Daarbij werd vooral gewezen op ethische en juridische zorgen. Zo benadrukte hoogleraar

* Mr. dr. S.L.T.J. Ligthart & prof. dr. G. Meynen zijn respectievelijk postdoc en hoogleraar forensische psychiatrie, Universiteit Utrecht, Willem Pompe instituut voor Strafrechtswetenschappen en UCALL. Ligthart is tevens universitair docent, Tilburg University, Departement of Criminal Law. Meynen is tevens hoogleraar ethiek, in het bijzonder bio-ethiek, Vrije Universiteit Amsterdam, Geesteswetenschappen. Hun onderzoek wordt gefinancierd door het NWO Vici-project Law and Ethics of Neurotechnology in Criminal Justice (VI.C.201.067).

1 www.neuralink.com. Zie overigens ook NRC, 'We weten he-le-maal niets' van Neuralink, het hersenimplantaat van Elon Musk' (28 februari 2024).

2 Wetenschappelijk onderzoek naar dit soort brain-computer interfaces bij mensen bestaat overigens al langer, onder meer bij het UMC Utrecht: Pels e.a. 2019.

3 AD, 'Kamer verontrust om hersenchip Elon Musk: 'Nachtmerrie als bedrijven toegang krijgen tot hersenen' (2 februari 2024); *Nieuwsuur*, 'Musks hersenimplantaat is heel gewaagde sprong in het duister' (30 januari 2024); *Trouw*, 'Elon Musks hersenimplantaat roept de vraag op: wie beschermt straks onze gedachten?' (12 maart 2024).

4 Zie bijv. Tang 2023; Bellier e.a. 2023.

maatschappelijke implicaties van artificiële intelligentie Pim Haselager in de *Volkskrant* dat de vrijheid van denken met de opkomst van dit soort technologieën op het spel komt te staan en dat de enige privacy die we nog écht dachten te hebben – die binnen onze schedel – langzaam maar zeker dreigt te verdwijnen.⁵ In vergelijkbare zin wees hoogleraar militaire ethiek Lonneke Peperkamp in *Trouw* op de risico's van het gebruik van brain-computer interfaces in het leger, waarbij ze oproept tot het beschermen van de autonomie, privacy en de vrijheid van gedachte van militairen.⁶ Zelf vroegen we in de *Volkskrant* aandacht voor de vraag in hoeverre grondrechten voldoende bescherming bieden aan burgers tegen ongewenste inmengingen in het brein en de geest, zoals via neurotechnologie.⁷

Dit maatschappelijke debat sluit aan bij een internationale wetenschappelijke discussie over de bescherming van grondrechten in het licht van opkomende neurotechnologieën – die zich niet alleen richten op het lichaam (brein), maar bovenal ook op de geest (gedachten, voorkeuren, emoties etc.).⁸ De centrale vraag hierbij is in hoeverre grondrechten adequate bescherming bieden tegen technologieën die (1) informatie kunnen verkrijgen over het brein en de geest, zoals met hersenscans en brain-computer interfaces, dan wel (2) het brein en de geest kunnen *veranderen*, bijvoorbeeld via hersenstimulatie. Deze discussie is niet enkel academisch. Het thema 'neurotechnologie en grondrechten' staat inmiddels duidelijk op de agenda's van, onder meer, de Mensenrechtenraad van de Verenigde Naties,⁹ de Raad van Europa,¹⁰ het Europees Parlement,¹¹ de Organisatie van Amerikaanse Staten,¹² de Organisatie der Verenigde Naties voor Onderwijs, Wetenschap en Cultuur,¹³ en de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling.¹⁴ Ook zijn in verschillende landen inmiddels initiatieven ontplooid die ertoe

5 *Volkskrant*, 'Gedachtenlezen in de hersenscanner?' (1 mei 2023).

6 *Trouw*, 'Militair ethicus Lonneke Peperkamp: We moeten oog blijven houden voor de keerzijden van autonome wapens' (28 april 2023).

7 *Volkskrant*, 'Opinie: Moeten we aparte 'neurorechten' opstellen, nu ook onze gedachten veranderd kunnen worden?' (14 mei 2023).

8 Bublitz & Merkel 2014; Ienca & Andorno 2017; Farahany 2023; Ligthart e.a. 2023.

9 Human Rights Council, *Neurotechnology and human rights*, 29 September 2022 (A/HRC/51/L.3).

10 DH-BIO, Council of Europe, *Strategic Action Plan on Human Rights and Technologies in Biomedicine* (2019); Ienca, *Common human rights challenges raised by different applications of neurotechnologies in the biomedical field*, DH-BIO, Council of Europe (2021).

11 European Parliament Resolution P9_TA(2022)0140 on Artificial Intelligence in a Digital Age, onder 36 en 247.

12 Declaration of the Interamerican Juridical Committee on Neuroscience, Neurotechnologies and Human Rights: New Legal Challenges for the Americas, CJI/DEC. 01 (XCIX-O/21, August 11, 2021).

13 UNESCO, *Ethical Issues of Neurotechnology*, SHS/BIO/IBC28/2021/3Rev., 15 december 2021.

14 OECD Recommendation on Responsible Innovation in Neurotechnology 2019.

strekken het gebruik van bepaalde neurotechnologieën te reguleren via nationaal recht, zoals in Spanje,¹⁵ Frankrijk,¹⁶ Brazilië,¹⁷ en Chili.¹⁸ In Nederland is de aandacht voor dit thema vanuit politiek en beleid vooralsnog beperkt.¹⁹ Dit essay beoogt daarin verandering te brengen, met als concrete vraag: is de Nederlandse Grondwet voldoende toegerust op (neuro)technologische ontwikkelingen die het brein en de geest transparanter en kwetsbaarder voor beïnvloeding maken?

De opzet van deze bijdrage is als volgt. In paragraaf 2 gaan we nader in op de wijzen waarop verschillende typen technologieën kunnen ingrijpen in het brein en de geest en hoe zij een bedreiging vormen voor fundamentele rechten en vrijheden. In paragraaf 3 analyseren we in hoeverre de Grondwet thans bescherming biedt tegen dit soort technologieën, waarbij we achtereenvolgens kijken naar het recht op privacy, persoonlijke integriteit, en het recht op vrijheid van gedachte en vrijheid van meningsuiting. In paragraaf 4 trekken we conclusies en doen we enkele suggesties voor nadere bezinning op de Grondwet.²⁰

2. Bescherming van de geest in de 21^e eeuw

Het internationale debat over grondrechtelijke bescherming van de geest vindt zijn wortels in de neuro-ethiek en het neurorecht.²¹ Deze twee – relatief jonge en deels overlappende – disciplines bestuderen de normatieve implicaties van neurowetenschap en neurotechnologie. Een centrale vraag binnen deze wetenschapsgebieden betreft de (on)toelaatbaarheid van het gebruik van opkomende technologieën die (A) anderen *informatie* kunnen geven over onze mentale toestanden, zoals gedachten, gevoelens en intenties dan wel (B) anderen in staat stellen mentale toestanden te *beïnvloeden*, bijvoorbeeld te *manipuleren* of te *controleren*. Wat betreft de eerste categorie kan men allereerst denken aan technieken die de activiteit van het brein in beeld brengen, zoals EEG, fMRI. Het zijn veelal technieken die we kennen uit de geneeskunde of biomedische wetenschappen en die routinematig

15 *Carta Derechos Digitales*, onder deel 5.XXVI, *Derechos digitales en el empleo de las neurotecnologías*.
 16 Artikel L. 1151-4 Code de la santé publique (Wetboek volksgezondheid), ingevoerd bij Wet nr. 2021-1017 betreffende bio-ethiek van 2 augustus 2021.

17 Rainey & Dalese 2024.

18 Guzmán 2022.

19 Enkele publicaties vanuit de rechtswetenschap: Koops, Van Schooten & Prinsen 2004; Koops & Prinsen 2005; Ligthart, Kooijmans & Meynen 2021; Ligthart, Buyse & Meynen 2022.

20 Zie voor eerdere aanzetten hiertoe: Ligthart, Buyse & Meynen 2022; Ligthart, Kooijmans & Meynen 2021.

21 Meynen 2020; Meynen 2014.

worden gebruikt voor diagnostiek, vooral in de neurologie. In de tweede plaats kan gedacht worden aan brain-computer interfaces (BCIs), die ook hersenactiviteit registreren – niet zozeer met de bedoeling die activiteit in beeld te brengen, maar om via hersenactiviteit een computer of kunstmatig lichaamsdeel aan te sturen (zoals in het voorbeeld van *Neuralink* hierboven).

Voorbeelden van de tweede categorie zijn diepe hersenstimulatie (waarvoor hersenchirurgie nodig is) en niet-invasieve hersenstimulatie zoals door transcranial direct current stimulation (tDCS) en transcranial magnetic stimulation (TMS). Ook deze technologieën worden gebruikt in de geneeskunde en biomedisch onderzoek. Zo is diepe hersenstimulatie inmiddels bij meer dan tweehonderdduizend patiënten toegepast, onder wie mensen met (ernstige) Parkinson, hetgeen tot enorme verbetering kan leiden.²² Toch is het gebruik van nieuwe technieken die de hersenen veranderen vaak nog experimenteel en wordt het vooral in wetenschappelijk onderzoek gebruikt. Een belangrijke ontwikkeling is dat bedrijven en overheden zich in toenemende mate toeleggen op applicaties buiten de gezondheidszorg, zoals voor oorlogsvoering, de strafrechtspleging, op de werkvloer, in *gaming* en meditatie. Diverse EEG-headsets zijn voor consumenten inmiddels bijvoorbeeld al te koop via webwinkels.

Tegelijkertijd is het goed te benadrukken dat veel van deze technologieën nog in ontwikkeling zijn, en dat onduidelijk is hoe die ontwikkeling zal verlopen. Toch is het om verschillende redenen cruciaal tijdig na te denken over de normatieve begrenzing van deze technologieën. Zo is van belang dat reeds bij de ontwikkeling van nieuwe technologieën rekening kan worden gehouden met ethische en juridische kaders. En indien die kaders mogelijk tekortschieten, dan dienen zij tijdig te worden aanscherpt of aangevuld, hetgeen wetenschappelijke, politieke en bureaucratische inspanningen vergt en dus tijd kost.²³

Tegen deze achtergrond is het niet verwonderlijk dat organisaties als de Raad van Europa, de VN Mensenrechtenraad en UNESCO zich actief bezighouden met deze ontwikkelingen. In een recente resolutie over neurotechnologie en mensenrechten overweegt de Mensenrechtenraad van de VN bijvoorbeeld dat:

22 Wong e.a. 2023.

23 Zie ook Bijlsma e.a. 2022; Meynen e.a. 2023.

‘neurotechnology allows the connecting of the human brain directly to digital networks through devices and procedures that may be used, among other things, to access, monitor and manipulate the neural system of the person (...) the impact, opportunities and challenges of neurotechnology with regard to the promotion, protection and enjoyment of human rights are not fully understood, and of the need to analyse them further in a coherent, holistic, inclusive and comprehensive manner’.²⁴

Belangrijk is te benadrukken dat discussies over grondrechtelijke bescherming van de geest niet enkel betrekking hebben op neurotechnologie, maar ook breder opkomende technologieën beslaan waarmee men iets over iemands ‘geest’ te weten kan komen, zoals emotieherkenning met artificiële intelligentie op basis van gezichtsanalyse, of waarmee de geest kan worden beïnvloed, zoals microtargeting en deepfakes die opvattingen en voorkeuren kunnen manipuleren, bijvoorbeeld tijdens politieke campagnes.²⁵ Tegelijkertijd spitst het debat zich vaak wel toe op de neurotechnologie, vanwege de *directe* relatie met het brein en mentale toestanden.

De opkomst van dit soort technologieën roept vragen op over de vrijheden die ons toekomen in onze interne binnenwereld, en over hoe anderen, zoals de Staat, zich tot die binnenwereld dienen te verhouden. Daarbij ligt – in lijn met de hierboven gemaakte tweedeling – de focus grofweg op (1) mentale privacy: dat anderen niet zonder toestemming *inzicht krijgen* in onze binnenwereld en (2) mentale integriteit: dat anderen niet zonder toestemming (significante) mentale *veranderingen* teweegbrengen.²⁶

Om te voorzien in adequate bescherming van deze fundamentele noties, wordt in het internationale debat sinds 2017 door sommigen gepleit voor de ontwikkeling van nieuwe, specifieke grondrechten, zoals een recht op mentale privacy, psychologische continuïteit, en cognitieve vrijheid.²⁷ Hierop bestaat evenwel ook kritiek, onder meer omdat de belangen die de voorgestelde rechten beogen te behartigen reeds bescherming genieten via bestaande grondrechten²⁸ – met name (I) het recht op privacy, (II) het recht op persoonlijke integriteit, en (III) het recht op vrijheid van gedachte samen met het

24 Human Rights Council, *Neurotechnology and human rights*, 29 September 2022 (A/HRC/51/L.3).
 25 Alegre 2022; McCarthy-Jones 2023; Leiser & Keese (in druk); Lighthart, Meynen & Douglas 2022.
 26 Ienca 2021; Lighthart et al. 2023; Bublitz 2024.
 27 Ienca & Andorno 2017; Farahany 2023; www.neurorightsfoundation.org.
 28 Die in het algemeen een ruime reikwijdte hebben, maar veelal inperkbaar zijn via proportionaliteitstoetsing: Möller 2012.

recht op vrijheid van meningsuiting.²⁹ In de volgende paragraaf reflecteren we op de bescherming van de geest door deze rechten – privacy, persoonlijke integriteit en vrijheid van gedachte en meningsuiting – in de Nederlandse Grondwet.

3. Bescherming van de geest in de Grondwet

3.1 (Mentale) Privacy

In de internationale literatuur is door een aantal juristen met enige verbazing gereageerd op pleidooien voor de introductie van een zelfstandig recht op “mentale privacy”. De notie van mentale privacy is, zo betogen ze, immers niet veel meer dan een concretisering van het algemene concept “privacy”. Een recht op mentale privacy bestaat daarmee dus al, als onderdeel van het algemene recht op privacy, dat als grondrecht wordt gegarandeerd in verdragen en constituties wereldwijd.³⁰ Beeldvorming van iemands brein (met als doel daar relevante persoonlijke informatie uit te halen) zonder geldige toestemming – bijvoorbeeld in het strafrecht of op de werkvloer – maakt evident een inbreuk op het recht op privacy, evenals het heimelijk vastleggen van informatie over iemands hersenactiviteit, bijvoorbeeld door het hacken van iemands BCI. In hoeverre beschermt onze Grondwet de notie van mentale privacy?

In Nederland is een zelfstandig, algemeen grondrecht op privacy neergelegd in artikel 10 Grondwet. Lid 1 erkent een recht op de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Ter bescherming daarvan bevatten lid 2 en 3 een regelopdracht ten aanzien van het vastleggen, verstrekken, en kennisnemen van vastgelegde en gebruikte persoonsgegevens.³¹ Artikel 10 werd in 1983 opgenomen in de Grondwet, mede met het oog op nieuwe technologieën, namelijk af luister-, beeld- en geluidstechnieken, en gelet op de snelle groei in geautomatiseerde gegevensverwerking.³² In de memorie van toelichting merkte de regering op dat de termen “persoonlijke levenssfeer” en “privacy” een gebied aanduiden waarbinnen elk

²⁹ Bublitz 2024; Ligthart 2024; Ligthart, Bublitz & Alegre 2023; Istace 2024.

³⁰ Bublitz 2022, 2024; Ligthart 2022. Zie ook EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, European Commission, p. 79:

“The disclosure or improper discovery by third persons of facts relating to physical condition, health or personality may undoubtedly interfere with one’s privacy and private life.”

³¹ Voor zover de Algemene Verordening Gegevensbescherming van toepassing is blijft deze regelopdracht buiten toepassing: Groothuis 2021, p. 9. Zie over de AVG en ‘mentale data’ o.a. Rainey e.a. 2020; Ienca & Malgieri 2022.

³² Groothuis 2021, p. 2.

individu vrij is en geen inmenging behoeft te dulden van anderen.³³ Hoe dat gebied precies moet worden afgebakend laat zich echter niet in algemene termen en op voorhand bepalen.³⁴ De “persoonlijke levenssfeer” beslaat tal van terreinen, die zeer uiteenlopen qua aard en problematiek en waarvan sommige bovendien ‘volop in ontwikkeling zijn’.³⁵ Van belang voor dit essay is dat artikel 10 Grondwet in elk geval betrekking heeft op ‘onderzoek van iemands innerlijk, iemands karakterstructuur’.³⁶ Als voorbeelden van dergelijk onderzoek werd vijfenveertig jaar geleden gedacht aan grafologische methoden en het gebruik van een leugendetector, die ‘raken aan de binnenkring van iemands persoonlijk functioneren.’³⁷ Een dergelijke uitleg van het recht op privacy sluit aan bij de recentere opvatting van de VN Special Rapporteur on the Right to Privacy (2018), die stelt dat het recht op privacy in de zin van artikel 17 Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR) onder meer betrekking heeft op ‘technologies that may reveal the most intimate behaviour, wishes, preferences and indeed the very thoughts of individuals in ways that previously were not possible.’³⁸

Kortom, het techniekonafhankelijk geformuleerde – maar wel deels door technologische ontwikkelingen gemotiveerde – artikel 10 Grondwet lijkt op zich goed in staat bescherming te bieden aan de notie van mentale privacy, ook met het oog op opkomende technologieën zoals BCIs, EEG-headsets, en emotieherkenning via gezichtsanalyse.³⁹

Interessant is dat de regering bij de invoering van artikel 10 Grondwet expliciet oog had voor het verschil in intieme en minder intieme onderdelen van het privéleven, hetgeen van invloed kan zijn op de geoorloofdheid van verschillende typen inmengingen: ‘Sommige terreinen van het menselijk leven hebben een zo intiem karakter, dat elke ongewenste waarneming ervan een ongeoorloofde aantasting van de privacy inhoudt.’⁴⁰ Hoewel een algemene kernrechtbenadering in

33 *Kamerstukken II 1975/76, 13872, 3, p. 40-41.* Daarbij werd tevens gewezen op aanduidingen als ‘het recht zijn eigen leven te leiden met zo weinig mogelijk inmenging van buitenaf’ en persoonlijke levenssfeer in de zin van ‘de reeks van situaties waarin de mens onbevangen zich zelf wil zijn.’

34 *Kamerstukken II 1975/76, 13872, 3, p. 40.* Dat zou ‘in een aantal gevallen voorbarig zijn’.

35 *Kamerstukken II 1975/76, 13872, 3, p. 40.*

36 *Kamerstukken II 1979/80, 16068, 3, p. 4.*

37 *Idem, p. 5.*

38 Report of the Special Rapporteur on the right to privacy, 15 October 2018, A/HRC/37/62.

39 Vgl. Van Beers 2021, p. 16. Zie t.a.v. emotiedetectie ook art. 5 lid 1 onder f EU Artificial Intelligence Act (P9_TA(2024)0138).

40 *Kamerstukken II 1975/76, 13872, 3, p. 40* (cursivering toegevoegd).

de Grondwet tot op heden uitdrukkelijk is afgewezen,⁴¹ wekt de memorie van toelichting bij Artikel 10 de suggestie dat specifiek het recht op privacy wel een ‘absolute’ kern heeft, waarop geen enkele inbreuk gerechtvaardigd kan worden. Dit roept de vraag op: zou dit kunnen of moeten gelden voor het ‘waarnemen’ van bepaalde innerlijke, mentale eigenschappen via neurotechnologie? Het zijn immers bij uitstek deze technieken die mogelijk toegang kunnen verschaffen tot de meest intieme gebieden van het privéleven, namelijk tot ‘the mind (...) where people can be most themselves.’⁴² Goering e.a. stellen dat informatie over hersenactiviteit ‘could provide access to highly intimate information that is proximal to one’s identity.’⁴³ Te denken valt aan iemands aspiraties, frustraties, fantasieën, herinneringen, trauma’s, diepste verlangens, seksuele voorkeur of politieke overtuiging.⁴⁴ Dat het zonder geldige toestemming vergaren van dit soort informatie via nieuwe methoden een inbreuk maakt op artikel 10 Grondwet, is evident. Interessanter is de vraag: in hoeverre zou een dergelijke inmenging in de kern van het privéleven te rechtvaardigen moeten kunnen zijn? Of zijn bepaalde aspecten van ons (mentale) leven zo intiem, zo persoonlijk, dat inmenging daarin door derden, zoals de Staat, nimmer geoorloofd zou moeten zijn?

Hoewel deze vraag op zichzelf nieuw noch uniek is voor de uitleg van een recht op privéleven vis-à-vis neurotechnologie,⁴⁵ illustreren en onderstrepen de opkomst van deze technieken en de verstrekkende mogelijkheden die zij bieden om binnen te kijken in onze intieme, innerlijke leefwereld, wel scherp het belang ervan in de eenentwintigste eeuw.⁴⁶ Deze vraag verdient wat ons betreft dan ook uitdrukkelijke aandacht bij een evaluatie van de Grondwet in het licht van (neuro)technologische ontwikkelingen.

3.2 *Persoonlijke integriteit*

Ten aanzien van de grondrechtelijke bescherming tegen (neuro) technologieën die opvattingen, voorkeuren, emoties of andere mentale eigenschappen van burgers en consumenten kunnen *beïnvloeden*, wordt in de internationale literatuur in de eerste plaats

41 Idem, p. 19; *Kamerstukken II* 2011/12, 31570, 20, p. 6-7.

42 Koops e.a. 2017, p. 567.

43 Goering e.a. 2021, p. 371.

44 Zie t.a.v. seksuele oriëntatie en politieke voorkeur bijvoorbeeld Safron e.a. 2017 en Yang e.a. 2022.

45 Zie bijv. Rapport Staatscommissie Grondwet 2010; Koops 2011; Nieuwenhuis 2012.

46 Zie ook Bublitz 2024, p. 9 Ligthart & Van de Pol 2024.

gewezen op het recht op persoonlijke integriteit.⁴⁷ Dit recht bestaat grofweg uit twee componenten: een recht op *lichamelijke* en *mentale* integriteit. Beide componenten worden expliciet erkend in onder meer artikel 3 EU Grondrechtenhandvest, 17 VN Gehandicaptenverdrag en artikel 5 Amerikaans Verdrag van de Mensenrechten, en impliciet beschermd door artikel 9 IVBPR.⁴⁸ Volgens vaste rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) vloeit ook uit artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) zowel een recht op lichamelijke als psychologische integriteit voort.⁴⁹

De Nederlandse Grondwet garandeert enkel uitdrukkelijk een recht op lichamelijke integriteit: Artikel 11 erkent een recht op de onaantastbaarheid van het *lichaam*,⁵⁰ maar geen recht op de onaantastbaarheid van de *geest*. Bij de totstandkoming van deze bepaling in 1979, werd hierover opgemerkt:

‘Het zal duidelijk zijn dat niet alle aspecten van het persoonlijk functioneren bescherming behoeven (...). Grondrechten zijn daarom beperkt tot specifiek omliggende – vaak kwetsbaar gebleken – aspecten van iemands individueel en sociaal functioneren. Sommige bepalingen betreffen daarbij primair de lichamelijke integriteit: de voorschriften omtrent de vrijheidsontneming en de voorgestelde bepaling over de onaantastbaarheid van het lichaam. Andere bepalingen hebben primair betrekking op de geestelijke integriteit: de bepalingen over het vrij belijden van de godsdienst of levensovertuiging, over de vrijheid van meningsuiting en over de vrijheid van onderwijs.’⁵¹

De wetgever heeft aldus uitdrukkelijk niet willen voorzien in de bescherming van geestelijke integriteit via artikel 11 Grondwet. Die bescherming krijgt haar neerslag hoofdzakelijk in artikel 6 en 7 Grondwet (zie paragraaf 3.3). Dat wil overigens niet zeggen dat artikel 11 Grondwet irrelevant is in dit verband. Naar aanleiding van vragen over de grondwettelijke bescherming tegen inbreuken op de geestelijke integriteit, wordt in de memorie van toelichting bij artikel 11 Grondwet opgemerkt ‘dat de mens als eenheid functioneert.

47 Bublitz 2024; Istace 2024; Ligthart e.a. 2023. Zie ook Adviescommissie VN Mensenrechtenraad, *Draft report on impact, opportunities and challenges of neurotechnology with regard to the promotion and protection of all human rights* (23 februari 2024, A/HRC/AC/31/CRP.1.)

48 General Comment No. 35, CCPR/C/GC/35, onder 3.

49 EHRM (GK) 29 maart 2016, 56925/08 (Bédat/Zwitserland), § 72.

50 “opgevat als het recht op afweer van inbreuken van buitenaf op het lichaam”: *Kamerstukken II* 1978/79, 15463, 2, p. 5.

51 *Kamerstukken II* 1979/80, 16068, 3, p. 4-5.

Lichamelijke processen houden verband met psychische processen. Psychische processen hebben anderzijds hun samenhang met en uitwerking in lichamelijke processen.⁵² Volgen we deze redenering, dan zou men kunnen betogen dat inmenging in de geest noodzakelijkerwijs inmenging in het brein impliceert en andersom – zeker in geval van *neurotechnologie* – en dat de toelaatbaarheid van dergelijke inmengingen dus impliciet wordt geregeld door het recht op de onaantastbaarheid van het lichaam ex artikel 11 Grondwet.⁵³

Toch voldoet deze redenering wat ons betreft niet. Het recht op lichamelijke integriteit lijkt namelijk onvoldoende in staat de normatieve lading te dekken in geval van niet-invasieve mentale beïnvloeding. Afgezien van invasieve (chirurgische) technieken als diepe hersenstimulatie, kunnen de *lichamelijke* effecten die neurotechnologieën veroorzaken teneinde *mentale* verandering teweeg te brengen gering zijn, zoals het van buitenaf toedienen van zwakke elektrische stroompjes in een klein deel van de hersenen (tDCS).⁵⁴ Dit geldt nog sterker ten aanzien van indirecte wijzen van mentale beïnvloeding, zoals via online manipulatie en microtargeting. Tegelijkertijd kan de *mentale* beïnvloeding via dit soort technieken significant zijn. Te denken valt aan het moduleren van agressieve neigingen met tDCS bij forensische patiënten,⁵⁵ of het optimaliseren van cognitieve en emotionele capaciteiten van militairen.⁵⁶ Het zijn bovendien precies de mentale en gedragsmatige effecten die *beoogd* worden met dit soort technologieën. Voor artikel 11 Grondwet lijkt de (intensiteit van een) inmenging in het *lichaam* evenwel bepalend: ‘Voor de vaststelling of een handeling ten aanzien van iemand een inbreuk op de onaantastbaarheid van zijn lichaam vormt, is echter slechts vereist, dat die handeling in elk geval iemand lichamenlijk raakt. Of en welke geestelijke gevolgen de handeling heeft, is daarbij niet relevant.’⁵⁷ Gelet op dit soort beperkingen die inherent kleven aan het recht op lichamelijke integriteit, gaat in het internationale debat vooral ook aandacht uit naar de specifieke grondrechtelijke bescherming van *mentale* integriteit.

52 Kamerstukken II 1979/80, 16068, 3, p. 4.

53 Zie in dit verband ook Tesink e.a. 2023.

54 Bublitz 2024, p. 5; Tesink e.a. 2023.

55 Sergiou e.a. 2022; Knehans e.a. 2022.

56 Six Paths to the Nonsurgical Future of Brain-Machine Interfaces (darpa.mil).

57 Kamerstukken II 1978/79, 15463, 4, p. 2.

Ten aanzien van die bescherming geldt dat de grenzen van de geest zich lastiger laten bepalen dan de grenzen van het lichaam, waardoor de precieze betekenis en reikwijdte van een recht op mentale integriteit vooralsnog niet makkelijk vast te stellen blijken.⁵⁸ In analogie met het recht op lichamelijke integriteit, zou een recht op mentale integriteit kunnen worden gedefinieerd als een recht tegen significante inmengingen met mentale eigenschappen en processen door derden zonder toestemming.⁵⁹ Als inbreuk op dit recht zou dan bijvoorbeeld zijn aan te merken “actions that detrimentally affect the mind, i.e., mental states, processes, functions, and abilities, above a threshold of seriousness.”⁶⁰ De Adviescommissie van de VN Mensenrechtenraad ziet een belangrijke rol weggelegd voor het recht op mentale integriteit in de begrenzing van opkomende neurotechnologie. Dit recht vereist volgens de commissie onder meer dat Staten garanderen dat mentale processen van individuen niet worden gemanipuleerd of via dwang worden veranderd.⁶¹

Een bijkomend punt ten aanzien van de redenering dat een recht op mentale integriteit reeds onderdeel is van het recht op lichamelijke integriteit, is dat hieraan een bepaalde visie ten grondslag ligt over de relatie tussen lichaam en geest, namelijk dat de mens als *eenheid* functioneert, waarbij lichaam en geest met elkaar verband houden. Hoewel voor een dergelijke visie vanuit filosofisch oogpunt goede argumenten bestaan, lijkt zij te schuren met de gangbare *juridische* benadering van lichaam en geest in het recht. In het algemeen vooronderstelt het recht namelijk een zeker onderscheid tussen lichaam en geest en verbindt daar ook normatieve conclusies aan.⁶² Te denken valt aan het strafrecht, waar een duidelijk en dogmatisch onderscheid wordt gemaakt tussen de *fysieke* daad (*actus reus*) en de *mentale*, *geestesgesteldheid* waarmee de daad wordt verricht (*mens rea*). Het onderscheid tussen lichaam en geest komt bovendien expliciet naar voren in de internationale erkenning van een recht op lichamelijke én mentale integriteit. Ook de regering zelf maakt overigens een onderscheid tussen lichamelijke en geestelijke aspecten van het menszijn: ‘Men kan wel bepaalde aspecten onderscheiden aan het menselijk functioneren, zowel op lichamenlijk

58 Zie over de theoretische grondslag van dit recht Douglas & Forsberg 2022.
 59 Ligthart e.a. 2023; Douglas & Forsberg 2022. Zie ook VN Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief, *Report on the Freedom of Thought*, 5 oktober 2021, A/76/380, par. 39.
 60 Bublitz 2024, p. 7.
 61 A/HRC/AC/31/CRP.1. onder 35-39. Zie ook Ienca 2021.
 62 Zie ook Ligthart e.a. 2023, p. 169. Vgl. Lawrence 2019.

als op geestelijk gebied (lichamelijk bewegen, denken, het aanhangen van een innerlijke overtuiging, zich uiten, vergaderen).'⁶³

Betoogd kan uiteraard worden dat, hoewel de bescherming van mentale integriteit geen deel uitmaakt van artikel 11 Grondwet, die bescherming wel degelijk geboden wordt via het algemene recht op eerbiediging van het privéleven in artikel 10 Grondwet. Dat is op zichzelf juist,⁶⁴ net zoals het recht op de onaantastbaarheid van het lichaam reeds impliciet valt binnen de ruime reikwijdte van het generieke recht op eerbiediging van het privéleven.⁶⁵ Desalniettemin werd in 1979 een motie aangenomen teneinde het recht op de onaantastbaarheid van het lichaam apart en uitdrukkelijk te erkennen in artikel 11 Grondwet. De noodzaak daartoe werd mede ervaren door destijds actuele discussies over verplichte castratie, sterilisatie, elektroshocktherapie, hersenoperaties, hersenonderzoek bij gedetineerden (kwestie-Buikhuisen), en onherstelbare chirurgische ingrepen in psychiatrische ziekenhuizen.⁶⁶ In algemene termen strekt artikel 11, in aanvulling op artikel 10 Grondwet, tot de 'uitdrukkelijke grondwettelijke erkenning van de belangrijke betekenis in onze rechtsorde van het recht op onaantastbaarheid van het menselijk lichaam en het uitsluiten van onzekerheid over de grondwettelijke bescherming van dit recht.'⁶⁷

Door in artikel 11 Grondwet specifiek en uitsluitend wel het lichaam te beschermen maar bewust niet de geest, lijkt in feite te worden afgedaan aan het fundamentele belang van de onaantastbaarheid van de menselijk geest binnen onze nationale rechtsorde. Dit verschil roept in bredere zin de vraag op: staat de bescherming van het lichaam vanuit grondwettelijk perspectief meer op de voorgrond dan die van de geest? Die vraag is niet puur theoretisch, maar werkt ook door in de wijze waarop grondrechten worden betrokken bij de totstandkoming van wetgeving. Veelzeggend is bijvoorbeeld de memorie van toelichting bij de invoering van artikel 46d van de Penitentiaire beginselenwet, betreffende dwangbehandeling van gedetineerden. Een gedwongen psychiatrische geneeskundige handeling op grond van deze bepaling, zoals het toedienen van antipsychotica, strekt primair tot

63 *Kamerstukken II 1979/80, 16068, 3, p. 4*

64 Zie ook *Kamerstukken II 1979/80, 16068, 3, p. 5*, waar mentale integriteit en mentale privacy overigens als inwisselbare termen lijkt te worden gehanteerd.

65 *Kamerstukken II 1978/79, 15463, 2, p. 7-9*; Van Beers 2021, p. 3-4.

66 *Handelingen II OCV/UCV 1978/79, 14 mei 1979, p. 931, 932, 934 en 936*.

67 *Kamerstukken II 1979/80, 16086, 3, p. 3*. Artikel 11 heeft, als *lex specialis*, vooral een explicatieve betekenis ten opzichte van artikel 10 Grondwet: Van Beers 2021, p. 4.

beïnvloeding van de *mentale* gesteldheid van de gedetineerde. In de paragraaf over de Grondwet en het EVRM, wordt de verenigbaarheid van deze bevoegdheid met grondrechten evenwel uitsluitend beoordeeld in het licht van het recht op de onaantastbaarheid van het *lichaam* (11 Grondwet, 8 en 3 EVRM).⁶⁸

3.3 *Vrijheid van gedachte en vrijheid van meningsuiting*

Internationaal wordt naast het recht op privacy en het recht op persoonlijke integriteit, ook het recht op vrijheid van gedachte belangrijk geacht voor de grondrechtelijke begrenzing van (technologische) inmengingen in de geest. Met het oog op opkomende neurotechnologieën pleiten zowel de Adviescommissie van de VN Mensenrechtenraad als de VN Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief ervoor het recht op vrijheid van gedachte te ‘updaten’ en de bescherming erdoor te verstevigen – ook in nationale rechtsordes.⁶⁹

In de systematiek van de het IVBPR en EVRM wordt het recht op vrijheid van gedachte gegarandeerd naast de vrijheid van geweten en godsdienst. Deze mensenrechten bevatten een intern en extern aspect. Het interne aspect ziet op de vrijheid gedachten, overtuigingen en een religie te hebben, te ontwikkelen en te veranderen. Dit deel van het recht is absoluut.⁷⁰ Inmenging in deze vrijheid, die zich positioneert binnen het zogenoemde *forum internum*,⁷¹ valt nimmer te rechtvaardigen. Het externe aspect beslaat de vrijheid een godsdienst te belijden en overtuigingen tot uitdrukking te brengen. Deze vrijheid, die valt binnen het zogenaamde *forum externum*, is relatief. Onder bepaalde omstandigheden kan een inmenging gerechtvaardigd zijn. Het externe aspect van artikel 18 IVBPR en artikel 9 EVRM heeft enkel betrekking op het uitdragen van *religie* en *overtuiging*. De vrijheid om *gedachten* te uiten, bijvoorbeeld via spraak en geschrift, geniet bescherming via het recht op vrijheid van meningsuiting (artikel 19 IVBPR en artikel 10 EVRM).⁷²

Internationaal bestaat er consensus over dat het interne, absolute recht op vrijheid van *gedachte* uiteenvalt in drie materiële deelaspecten: (A) de vrijheid je gedachten niet te openbaren; (B) de vrijheid je gedachten niet te wijzigen of te laten manipuleren en (C)

68 *Kamerstukken II 2009/10, 32337, 3, p. 23-24*. Vgl. Bublitz & Merkel 2014.
 69 A/HRC/AC/31/CRP.1; A/76/380. Zie hierover Ligthart, Buyse & Meynen 2022.
 70 General Comment No. 22, CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, par. 3; Vermeulen & Roosmalen 2018, p. 738.
 71 Onze interne leefwereld die in principe ontoegankelijk is voor derden.
 72 Evans 1997, p. 285; Taylor 2021, p. 501.

de vrijheid niet te worden gestraft vanwege je gedachten.⁷³ Over de precieze betekenis en reikwijdte van de term ‘gedachte’ bestaat evenwel discussie.⁷⁴ Met het oog op de opkomst van technologieën en technieken die de geest steeds transparanter en kwetsbaarder voor beïnvloeding maken, pleiten sommigen voor een ruime uitleg. Het recht op vrijheid van gedachte zou zowel gedachten moeten beslaan in de brede zin van elke mentale voorstelling (datgene waarover men denkt, droomt of tobt), alsmede ‘denken’ als mentaal proces (inclusief de vele processen die het denken met zich brengt).⁷⁵ De VN Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief lijkt een vergelijkbare, ruime uitleg te suggereren.⁷⁶ Daarbij wijst hij op een reeks methoden en technieken die (kunnen) worden gebruikt om te achterhalen wat mensen denken en om bepaalde gedachten te beïnvloeden, zoals via AI-gedreven analyses van internetgedrag, digitale voorspelling en beïnvloeding van (politieke) meningen en keuzes, en niet-invasieve neurotechnologieën.

Anders dan bijvoorbeeld in Canada,⁷⁷ Ierland⁷⁸ de Verenigde Staten,⁷⁹ en Japan,⁸⁰ vloeit uit de Nederlandse Grondwet geen recht op vrijheid van *gedachte* voort.⁸¹ Artikel 6 Grondwet garandeert enkel een recht op vrijheid van *godsdienst* en *levensovertuiging*. Daarbij geldt dat van een levensbeschouwing (inclusief godsdienst) slechts sprake is in geval van ‘een fundamentele, het leven omvattende visie op het menselijk bestaan, die een zingevingsstructuur en -samenhang, diepgang, historische inbedding en herkenbaarheid heeft’.⁸² Het Pastafarisme en de daaraan verbonden Kerk van het Vliegend Spaghettimonster kwalificeren bijvoorbeeld niet als zodanig.⁸³ Maar ook maatschappelijke en politieke opvattingen vallen in principe buiten het bereik van artikel 6 Grondwet.⁸⁴ In die zin is artikel 6 Grondwet duidelijk beperkter dan het recht op vrijheid van gedachte uit

73 VN-rapport 2021; Alegre 2017; Vermeulen & Roosmalen 2018, p. 738; Evans 1997, p. 294.

74 Zie nader Ligthart, Buyse & Meynen 2022.

75 Bublitz 2014, p. 18; Bublitz 2021, p. 75; McCarthy-Jones 2017; Alegre 2022.

76 VN-rapport 2021; Ligthart e.a. 2022.

77 Newman 2021.

78 Cahill 2021.

79 Blitz 2021.

80 Artikel 19 Japanse Grondwet.

81 Voor een overzicht van vrijheid van gedachte in verschillende rechtssystemen, zie O’Callaghan & Shiner 2024.

82 Van Bijsterveld & Vermeulen 2021, p. 6

83 ABRvS 15 augustus 2018, AB 2018/361. Zie ook EHRM 9 november 2021, 9476/19, § 54 (*De Wilde/Nederland*).

84 *Kamerstukken II 1975/76*, 13872, nr. 3, p. 29; Hof ’s-Gravenhage 19 mei 2003, NJ 2003/382; Nieuwenhuis 2020, p. 65.

artikel 18 IVBPR en artikel 9 EVRM – helemaal in het licht van de ruime uitleg die in recente literatuur wordt voorgestaan.

Binnen het *forum externum* erkent artikel 7 Grondwet overigens wel een recht om gedachten en gevoelens te *openbaren*, onder meer via de drukpers, het gesproken woord, internet, toneel, tv, en muziek. De termen ‘gedachten’ en ‘gevoelens’ moeten in dit verband ruim worden uitgelegd. Er is geen kwalitatieve toets om de precieze reikwijdte vast te stellen.⁸⁵ Artikel 7 Grondwet heeft in die zin een breed bereik. Het beslaat onder meer het uiten van meningen, feitelijke inlichtingen, propaganda en sommige vormen van reclame.⁸⁶ Deze bepaling beperkt zich evenwel tot de *externe* vrijheid om meningen, ideeën, voorkeuren en andere informatie te uiten – niet om die *intern* te hebben, en ongestoord te ontwikkelen en te veranderen.⁸⁷

Concluderend is de bescherming van de geestelijke integriteit die door de wetgever werd voorzien via artikel 6 en 7 Grondwet,⁸⁸ betrekkelijk beperkt. Artikel 6 Grondwet ziet slechts op *godsdiens* en *levensovertuiging*. Artikel 7 Grondwet beslaat enkel het *tot uitdrukking brengen* van gedachten en gevoelens. Een recht tegen ongewenste beïnvloeding van mentale eigenschappen en processen zoals gedachten, opvattingen en emoties, bijvoorbeeld via neuro-technologie, valt daarmee tussen wal en schip.

4. Conclusie en aanbevelingen

Opkomende technologieën, in het bijzonder neurotechnologieën, bieden nieuwe mogelijkheden om ons mentale leven door anderen te laten ‘lezen’ of veranderen. Er is een internationale discussie gaande over de vraag in hoeverre burgers juridisch beschermd (moeten) worden tegen deze ontwikkelingen, nu en in de nabije toekomst. Hierbij wordt zowel gekeken naar internationale verdragen en verordeningen als naar nationale constituties en regulering via onder meer het straf- en gezondheidsrecht. Wij stelden de vraag: welke bescherming biedt de Nederlandse Grondwet aan onze geest?

85 Nieuwenhuis 2020, p. 103.

86 Vermeulen 2021, par. 5, 17.

87 Vermeulen 2021, par. 5; HR 21 maart 2000, r.o. 5.3, NJ 2000/482, m.nt. P.J. Boon.

88 Kamerstukken II 1979/80, 16068, 3, p. 4-5.

Bescherming van **mentale privacy** kan prima worden geaccommodeerd via artikel 10 Grondwet – het recht op eerbiediging van het privéleven. Deze bepaling lijkt bovendien de mogelijkheid te bieden de privacy van bepaalde aspecten van het privéleven, vanwege hun intieme karakter, in absolute zin te beschermen. Het is goed denkbaar dat bepaalde interne, niet geopenbaarde gevoelens, opvattingen of voorkeuren hiervoor in aanmerking zouden kunnen komen. Of en, zo ja, welke aspecten van de mentale binnenwereld moeten worden beschouwd als dermate intiem dat ongewenste ‘waarneming’ ervan door derden, zoals de Staat, altijd ongeoorloofd is, is onduidelijk en verdient nadere discussie – niet alleen in de (rechts)wetenschap, maar ook in het maatschappelijke en politieke discours. Met andere woorden, *in hoeverre* beschermt artikel 10 Grondwet de mentale privacy? Dit is in het licht van de besproken ontwikkelingen een urgente vraag.

De bescherming van **mentale integriteit** volgt minder evident uit de Grondwet. Artikel 11 Grondwet beperkt zich tot het recht op de onaantastbaarheid van het lichaam. En een intern recht op vrijheid van gedachte – dat onder meer bescherming zou kunnen bieden tegen onvrijwillige mentale beïnvloeding en manipulatie – kent de Grondwet niet.⁸⁹ Het is de vraag of dit problematisch is. Bescherming van de mentale integriteit valt als wezenlijk onderdeel van het privéleven namelijk wel binnen de reikwijdte van artikel 10 Grondwet. Dat neemt niet weg er goede redenen kunnen bestaan om een recht op mentale integriteit als *lex specialis* expliciet in de Grondwet te erkennen, vergelijkbaar met de noodzaak die in 1979 werd gezien voor de expliciete erkenning van een recht op lichamelijke integriteit. Die noodzaak werd, zoals genoemd, destijds onder meer gevonden in actuele, significante bedreigingen van het lichaam, zoals via elektroshocktherapie, hersenoperaties en hersenonderzoek bij gedetineerden. Beargumenteerd kan worden dat vandaag de dag vergelijkbare bedreigingen ontstaan met de opkomst van neurotechnologieën – zoals tDCS en TMS – die mogelijk niet verstrekkend ingrijpen in het lichaam (in de zin van een operatie of iets dergelijks), maar wel een significante *mentale* verandering kunnen veroorzaken – en die ook beogen. In het algemeen geldt dat in het huidige digitale tijdperk onze persoonlijke opvattingen, intenties en gedachten op nieuwe manieren kwetsbaar zijn

geworden voor beïnvloeding en manipulatie. In analogie met de expliciete erkenning van het recht op lichamelijke integriteit – hetgeen het belang van het menselijk lichaam in de Nederlandse rechtsorde tot uitdrukking beoogt te brengen – verdient het anno 2024 aanbeveling de wenselijkheid van een uitdrukkelijke erkenning van een recht op mentale integriteit nader in kaart te brengen en in overweging te nemen. Daarbij dient ook aandacht uit te gaan naar de vraag of en in hoeverre deze bescherming een absolute kern zou moeten hebben. Er zijn namelijk uitzonderingen denkbaar, zoals wanneer psychofarmaca of, in de toekomst, mogelijk neurotechnologie binnen een gedwongen behandelcontext wordt ingezet om gevaar (jegens de persoon zelf of jegens anderen) voortkomend uit een psychische stoornis af te wenden.⁹⁰

Een mogelijk voordeel van uitdrukkelijke erkenning van een recht op mentale integriteit, bijvoorbeeld in artikel 11 Grondwet, kan zijn dat dit de wetgever, wetenschap en, tot op zekere hoogte, de rechtspraak dwingt te voorzien in een nadere invulling en afbakening van dit recht. Een belangrijk thema daarbij is wat ons betreft de vraag of een recht op mentale integriteit geïnterpreteerd zou moeten worden als louter een *afweerrecht*, of, breder, als *beschikkingsrecht*. Een vergelijkbare vraag ontstond eerder naar aanleiding van de expliciete erkenning van het recht op lichamelijke integriteit in artikel 11 Grondwet. Daarover schrijft Van Beers onder meer:

‘Wanneer het recht op lichamelijke integriteit wordt opgevat als een beschikkingsrecht, dan heeft men op grond hiervan niet alleen het recht om bepaalde lichamelijke ingrepen te weigeren, maar ook een recht op de *vrijheid om* bepaalde keuzes met betrekking tot het eigen lichaam te maken (positief recht, beschikkingsrecht, bevoegdheden).’⁹¹

Over de mogelijke betekenis en de morele en juridische grondslagen van een beschikkingsrecht over de geest – ook wel aangeduid als een recht op mentale zelfbeschikking – wordt in de internationale literatuur actief gediscussieerd.⁹² Binnen de Nederlandse rechtsorde is deze discussie vooralsnog afwezig. De expliciete erkenning van een recht op mentale integriteit dwingt tot nadere gedachtevorming over dit thema – en kan daarnaast aanleiding geven de heersende uitleg

90 Vgl. Ligthart e.a. 2022.

91 Van Beers 2021, p. 8.

92 Bublitz & Merkel 2014; Michalowski 2020; Farahany 2023; Dore-Horgan & Douglas 2024.

van het recht op lichamelijke integriteit als afweerrecht nog eens kritisch onder de loep te nemen.

Ten slotte zij opgemerkt dat de erkenning en verdere ontwikkeling van grondrechten ter bescherming van de geest slechts een begin is. Om te voorzien in effectieve en adequate bescherming dienen die grondrechten ook concreter te worden betrokken in de totstandkoming van wetgeving en beleid – zij het via de Grondwet of via verdragen, die volgens artikel 93 en 94 Grondwet doorwerken in de nationale rechtsorde. Vanuit dat laatste perspectief moet niet worden vergeten dat de internationale mensenrechtenverdragen minimumnormen bevatten. Het staat Nederland dus vrij een verdergaande en hogere mate van bescherming te bieden op dit vlak.⁹³

Is de Nederlandse Grondwet klaar voor een toekomst waarin de Staat, bedrijven en natuurlijke personen via nieuwe (neuro)technologieën in toenemende mate toegang kunnen krijgen tot onze intieme, persoonlijke binnenwereld? Is de Grondwet in staat de verschillende aspecten van ons “mentale leven” adequaat te beschermen? Binnen de beperkte omvang van dit essay luidt onze voorlopige conclusie: slechts ten dele. En die conclusie noopt, gezien het belang van ons mentale leven, tot nader onderzoek naar de wenselijkheid van aanscherping van ons grondwettelijk kader.

Literatuurlijst

S. Alegre, *Freedom to Think*, London: Atlantic Books 2022

B.C. van Beers, ‘Commentaar op artikel 11 van de Grondwet’, onder 7, in: E.M.H. Hirsh Ballin & G. Leenknecht (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de grondwet*, 2021 (nederlandrechtsstaat.nl).

L. Bellier et al., ‘Music can be reconstructed from human auditory cortex activity using nonlinear decoding models’, *PLOS Biology* 2023, 21(8).

S.C. van Bijsterveld & B.P. Vermeulen, ‘Commentaar op artikel 6 van de Grondwet’, in: E.M.H. Hirsh Ballin & G. Leenknecht (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de grondwet*, 2021 (nederlandrechtsstaat.nl)

J. Bijlsma e.a. ‘Kansen en Risico’s van de Toepassing van Neurotechnologie in het Strafrecht’, WODC 2022.

93 Bijvoorbeeld via een kernrechtbenadering of een zelfbeschikkingsrecht over de geest.

- M.J. Blitz, 'Freedom of Thought and the Structure of American Constitutional Rights', M.J. Blitz & J.C. Bublitz (red.), *The Law and Ethics of Freedom of Thought*, Volume 1, Cham: Palgrave Macmillan 2021
- J.C. Bublitz, 'Neurotechnologies and human rights' *The International Journal of Human Rights* 2024, 7
- J.C. Bublitz, 'Freedom of Thought as an International Human Right: Elements of a Theory of a Living Right', in: M.J. Blitz & J.C. Bublitz (red.), *The Law and Ethics of Freedom of Thought*, Volume 1, Cham: Palgrave Macmillan 2021
- J.C. Bublitz, 'Novel Neurorights: From Nonsense to Substance', *Neuroethics* 15, 2022
- J.C. Bublitz, 'Freedom of Thought in the Age of Neuroscience: A Plea and a Proposal for the Renaissance of a Forgotten Fundamental Right', *Archiv Für Rechts- Und Sozialphilosophie* 2014, 100
- J.C. Bublitz & R. Merkel, 'Crimes Against Minds: On Mental Manipulations, Harms and a Human Right to Mental Self-Determination', *Criminal Law and Philosophy* 2014, 8, p. 51-71
- M. Cahill, 'Recognising Freedom of Thought in Irish Constitutional Law', *EJCL* 2021, 8, p. 171-191
- T. Douglas & L. Forsberg, 'Three Rationales for a Legal Right to Mental Integrity', in: S. Lighthart e.a. (red.), *Neurolaw: Advances in Neuroscience, Justice & Security*, NY: Palgrave Macmillan 2021
- E. Dore-Horgan & T. Douglas, 'Thinking What We Want: A Moral Right to Acquire Control Over Our Thoughts', in in *The Law and Ethics of Freedom of Thought Vol. 2: Cognitive Liberty and Privacy*, M Blitz and C Bublitz (eds), (Palgrave MacMillan, 2024 forthcoming)
- M.D. Evans, *Religious liberty and international law in Europe*, Cambridge: CUP 1997, p. 285
- N. Farahany, *The Battle for Your Brain. Defending the Right to Think Freely in the Age of Neurotechnology*, New York: St. Martin's Press 2023
- S. Goering et al., 'Recommendations for Responsible Development and Application of Neurotechnologies', *Neuroethics* 2021, 14, p. 365-386.
- L. Guzmán, 'Chile: Pioneering the protection of neurorights', www.courier.unesco.org, 21 maart 2022.
- M.M. Groothuis, 'Artikel 10 – Eerbiediging en bescherming persoonlijke levenssfeer', in E. Hirsch Ballin, E. Janse de Jonge & G.J. Leenknecht, *Uitleg van de Grondwet*, 2021 (nederlandrechtsstaat.nl)

M. Ienca, *Common human rights challenges raised by different applications of neurotechnologies in the biomedical field*, Council of Europe, October 2021

M. Ienca & R. Andorno, 'Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology', *Life Sciences, Society and Policy* 2017, 13(5), p. 1-27

M. Ienca & G. Malgieri, 'Mental data protection and the GDPR' *Journal of Law and the Biosciences* 2022, 9(1).

T. Istace, 'Human rights law: an incomplete but flexible framework to protect the human mind against neurotechnological intrusions', *Law, Innovation and Technology* 2023 doi.org/10.1080/17579961.2024.2313796

R. Knehans et al, 'Modulating Behavioural and Self-Reported Aggression with Non-Invasive Brain Stimulation: A Literature Review', *Brain Sci.* 2022, 12.

B.J. Koops, 'A Typology of Privacy', *University of Pennsylvania Journal of International Law* 2017, 38(2).

B.J. Koops & M.M. Prinsen, 'Glazen woning, transparant lichaam. Een toekomstblik op huisrecht en lichamelijke integriteit', *NJB* 2005, p. 624-630

B.J. Koops, H. van Schooten & M. Prinsen, *Recht naar binnen kijken*, Den Haag: SDU 2004

M. W. Lawrence, 'The Effects of Rejecting Mind-Body Dualism on U.S. Law', *Wm. & Mary J. Women & L.* 2019 26, p. 77-133.

M.R. Leiser & N. Keese, 'Freedom of Thought in the Digital Age: Online Manipulation and Article 9 ECHR', forthcoming in O'Callaghan, p. & Shiner (eds.), *The Cambridge Handbook of Freedom of Thought*, Cambridge: CUP

S. Ligthart, 'Towards a Human Right to Psychological Continuity?' Reflections on the Rights to Personal Identity, Self-Determination, and Personal Integrity', *ECHR Law Review* 2023 (in press).

S. Ligthart, *Coercive Brain-Reading in Criminal Justice: An Analysis of European Human Rights*, NY: CUP 2022

S. Ligthart, C. Bublitz & S. Alegre, 'Neurotechnology: we need new laws, not new rights', *Nature* 2023, 620(950).

S. Ligthart, A. Buyse & G. Meynen, 'Het recht op vrijheid van gedachte: Nieuwe internationale ontwikkelingen en nationale uitdagingen', *RM Themis* 2022(3)

S. Ligthart, C. Bublitz, T. Douglas, L. Forsberg & G. Meynen, 'Rethinking the Right to Freedom of Thought: A Multidisciplinary Analysis', *Human Rights Law Review* 2022, 22(4).

- S. Ligthart, T. Kooijmans & G. Meynen, 'Neurorechten: wat doet Nederland ermee?', *Nederlands juristenblad* 2021/1575; 23.
- S. Ligthart et al., 'Minding Rights: Mapping Ethical and Legal Foundations of 'Neurorights'', *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics* 2023, 32(4), p. 461-481
- S. Ligthart, G. Meynen & T. Douglas, 'Persuasive technologies and the right to mental liberty: The 'smart rehabilitation' of criminal offenders', in M. Ienca et al. (eds.), *Cambridge Handbook of Life Science, Information Technology and Human Rights*, Cambridge University Press 2022
- S. McCarthy-Jones, *Free Thinking*, London: Oneworld 2023
- S. McCarthy-Jones, 'The Autonomous Mind: The Right to Freedom of Thought in the Twenty-First Century', *Frontiers in Artificial Intelligence* 2019, 2(19)
- G. Meynen, 'Neurolaw: neuroscience, ethics, and law', *Ethical Theory and Moral Practice* 17:819–829
- G. Meynen, *Neurorecht: Hoop of Hersenschim? Oratie Utrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2020
- G. Meynen, N. van de Pol, V. Tesink & S. Ligthart, 'Neurotechnology to reduce recidivism: Ethical and legal challenges', in: H. Swaab & G. Meynen (red.), *Brain and Crime*, Handbook of Clinical Neurology, Elsevier 2023.
- S. Michalowski, 'Critical Reflections on the Need for a Right to Mental Self-Determination', in A. von Arnould, K. von der Decken & M. Susi (red.), *The Cambridge Handbook of New Human Rights: Recognition, Novelty, Rhetoric*, Padstow: CUP 2020, p. 404-411
- K. Möller, *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford: OUP 2012
- D. Newman, 'Freedom of Thought in Canada: The History of a Forgetting and the Potential of a Remembering', *EJCL* 2021, 8, p. 226-244
- A.J. Nieuwenhuis, 'Vrijheid van gedachte, geweten, godsdienst en levens-overtuiging', in: J. Gerards (red.), *Grondrechten*, Nijmegen: AA Libri 2020.
- A.J. Nieuwenhuis, 'De kernrechtbenadering bij grondrechten', *TvCR* 2012, p. 138-159
- P. O'Callaghan & B. Shiner (red.), *The Cambridge Handbook of the Right to Freedom of Thought*, Cambridge: Cambridge University Press 2024, in druk).
- E.G.M. Pels e.a. 'Stability of a chronic implanted brain-computer interface in late-stage amyotrophic lateral sclerosis', *Clinical Neurophysiology* 2019, 130, p. 1798-1803.

- S. Rainey & P. Dalese, 'An alternative focus on data in the neurorights discussion – Lessons from Brazil', [version 2; peer review: 1 approved, 1 approved with reservations], *Bioethics Open Research* 2024, 1:3
- S. Rainey et al., 'Is the European Data Protection Regulation sufficient to deal with emerging data concerns relating to neurotechnology?', *Journal of Law and the Biosciences* 2020, 7(1)
- A. Safron e.a., 'Neural Correlates of Sexual Orientation in Heterosexual, Bisexual, and Homosexual Men', *Nature Scientific Reports* 2017 7:41314
- C. Sergiou et al., 'Transcranial direct current stimulation targeting the ventromedial prefrontal cortex reduces reactive aggression and modulates electrophysiological responses in a forensic population', *Biological Psychiatry: CNI* 2022, 7(1), 95-107
- J. Tang e.a., 'Semantic reconstruction of continuous language from non-invasive brain recordings', *Nature Neuroscience* 2023, 858
- P.M. Taylor, *A Commentary on the International Covenant on Civil and Political Right*, New York: CUP 2021.
- V. Tesink e.a., 'Neurointerventions in Criminal Justice: On the Scope of the Moral Right to Bodily Integrity', *Neuroethics* 2023, 6(3), p. 1-11
- B.P. Vermeulen, 'Commentaar op artikel 7 van de Grondwet', in: E.M.H. Hirsch Ballin & G. Leenknecht (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, 2021 (nederlandrechtsstaat.nl)
- B.P. Vermeulen & M. Roosmalen, 'Freedom of Thought, Conscience and Religion', in: P. van Dijk e.a. (red.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Cambridge: Intersentia 2018.
- J. Wong et al. 'Proceedings of the 10th annual deep brain stimulation think tank: Advances in cutting edge technologies, artificial intelligence, neuromodulation, neuroethics, interventional psychiatry, and women in neuromodulation' *Front. Hum. Neurosci.* 16:1084782. 10.3389/fnhum.2022.1084782
- S.E. Yang e.a., 'Functional connectivity signatures of political ideology', *PNAS Nexus* 2022, 1.



Pleidooi voor de invoering van een ‘monitorende macht’

Noodzakelijke aanvulling op huidig stelsel van checks & balances

Albert Meijer*

1. **Technologische transformatie van de overheid¹**

De moderne overheid is voor de uitvoering van beleid grotendeels afhankelijk van geautomatiseerde en tegenwoordig steeds vaker algoritmische systemen (Van Eck, 2018). Deze systemen worden gebruikt voor administratieve processen, zoals besluitvorming over huisvestingssubsidies en werkloosheidsuitkeringen, maar ook voor handhavende doeleinden, zoals het controleren van gebruik van de mobiele telefoon tijdens het rijden en de veiligheid van voedsel. In sommige gevallen – denk aan toekenning van studiefinanciering of kinderbijslag of beboeting van snelheidsovertredingen – worden de processen uitgevoerd zonder menselijke tussenkomst.

Vaak verloopt de uitvoering van overheidsbeleid goed, maar de laatste jaren is er een toenemende zorg over onwenselijke patronen die kunnen ontstaan. Het bekendste voorbeeld hiervan is het gebruik van een algoritme voor risicoanalyses bij de uitvoering van de kindertoelagen (Peeters & Widlak, 2023). Andere voorbeelden betreffen een algoritme voor analyse van het risico op uitkeringsfraude in de gemeente Rotterdam (Rekenkamer Rotterdam, 2021) en een algoritme voor het risico op fraude rondom de beurs voor uitwonende studenten door de Dienst Uitvoering Onderwijs (DUO; De Groene, 2023). In al deze gevallen zien we dat grootschalig gebruik van digitale

*
1 Prof. dr. Albert Meijer is hoogleraar publieke innovatie bij de Universiteit Utrecht. Het essay is een sterk aangepaste en geactualiseerde versie van een argumentatie die ik eerder heb ontwikkeld met Richard de Mulder en die in een Engelstalig handboek over digitaal bestuur is gepubliceerd (De Mulder en Meijer, 2012). Graag wil ik mijn collega's Stephan Grimmelikhuijsen, Mark Bovens en Janneke Gerards danken voor hun commentaar op eerdere versies van dit essay.

technologie kan leiden tot een bias en zelfs discriminatie in de beleidsuitvoering (zie ook Amnesty International, 2024).

De uitvoering van overheidsbeleid is genormeerd door het recht en heeft daardoor steeds een juridisch dimensie. Dit blijkt uit de juridische implicaties van beslissingen die ambtenaren nemen over verzoeken van immigranten voor een verblijfsvergunning, studenten voor een studiebeurs of werklozen voor een uitkering. De beslissingen die in bureaucratieën worden genomen, zijn gebaseerd op wetten die zijn goedgekeurd door het parlement. De beslissingen van overheidsinstanties kunnen worden beoordeeld, en soms teruggedraaid, door de rechterlijke macht. Deze institutionele rollen en relaties werden gecreëerd in een tijdperk van op papier gebaseerde praktijken, maar moeten nu functioneren in het informatietijdperk.

Men zou kunnen betogen dat deze transformatie alleen betrekking heeft op een verandering in instrumenten. De regels en procedures die vroeger werden vastgelegd in handleidingen en beleidsregels, worden nu vervat in computerprogramma's. Volgens deze redenering heeft de verandering in medium geen invloed op de uitvoering van overheidsbeleid. Deze instrumentele kijk op de relatie tussen technologie en beleidsuitvoering wordt echter door veel onderzoek verworpen: de introductie van nieuwe systemen leidt wel degelijk tot institutionele veranderingen in uitvoeringspraktijken (Meijer & Zouridis, 2006). Zoals Langdon Winner (1986) het mooi verwoordt: *artifacts do have politics*.

Als wordt aanvaard dat technologie niet neutraal is, moet de aard van deze technologie worden onderzocht om de mogelijke gevolgen van digitalisering te begrijpen. Een probleem bij de studie van nieuwe technologieën is dat de impact van deze nieuwe technologieën alleen achteraf kan worden begrepen. Nieuwe technologische praktijken en nieuwe institutionele relaties ontwikkelen zich zonder het voordeel van kennis over de gevolgen op de lange termijn. Hoewel we daardoor de aard van deze nieuwe vormen van technologische praktijken nooit volledig kunnen voorspellen, moeten we ons bewust zijn van hun mogelijke impact om ze in de gewenste richting te kunnen sturen. Daarom moeten we ons toch steeds buigen over de vraag: hoe transformeren deze nieuwe technologieën de verhoudingen in de publieke sector?

Dit essay presenteert een theoretische discussie over de noodzaak tot het versterken van institutionele checks & balances om onwenselijke – en onzichtbare – uitkomsten van grootschalig gebruik van digitale en algoritmische systemen in de beleidsuitvoering en in de rechtspraak te voorkomen. Ik zal betogen dat moderne democratische staten een nieuwe vorm van tegenmacht nodig hebben die een aanvulling vormt op het huidige institutionele stelsel: de democratische constitutionele staat in het informatietijdperk heeft een ‘monitorende macht’ nodig.

2. **Verstoorde machtsbalans: onwenselijke en onzichtbare patronen**

De digitalisering – en ook algoritmisering (Grimmelikhuijsen & Meijer, 2022) – brengt fundamentele veranderingen teweeg in de manier waarop de overheid opereert. Het verschil dat de digitale rechtstoepassing maakt, is dat deze niet alleen geschikt is voor grootschalige distributie, maar het is ook een instrument om besluitvorming voor individuele gevallen vooraf te programmeren. Op deze manier wordt de betrokkenheid van menselijke besluitvormers bijna tot nul teruggebracht of in ieder geval sterk gestuurd en ingeperkt door informatie die digitale systemen produceren. Overheidsbureaucraten kunnen, theoretisch gezien, ervoor kiezen om het advies van het algoritmische systeem te negeren, maar in de praktijk is er, bij grootschalige uitvoeringsorganisaties, vaak geen menselijke tussenkomst meer of volgen ze direct de suggesties van deze systemen (Van Eck, 2018). Met het toenemend gebruik van digitale en algoritmische systemen neemt deze afhankelijkheid steeds verder toe.

Digitale technologie maakt het mogelijk om de toepassing van regels steeds verder te verfijnen en preciezer te maken. De complexiteit kan hiertoe toenemen. Uiteindelijk kan dit ertoe leiden dat de toepassing van regels heel specifiek wordt toegesneden op individuele gevallen: digitale rechtstoepassing kan worden begrepen als een vorm van juridische *mass customization*. ‘Customization’ verwijst naar maatwerk, zoals het maken van kleding specifiek voor één persoon (Fogliatto et al., 2012). ‘Mass’ verwijst naar massaproductie, zoals het produceren van kleding in grote fabrieken. Terwijl het voorheen ofwel maatwerk ofwel massaproductie was, maakt internet mogelijk om beide te combineren: klanten kunnen websites bezoeken en een pak ontwerpen op basis van hun eigen behoeften. De *mass customization*

van productie is gebaseerd op een interactieve relatie en toch grootschalige productie (Pieterse et al., 2007; Makisimova et al., 2021).

Het idee van *mass customization* karakteriseert de ontwikkelingsrichting van de digitale rechtstoepassing: grootschalige toepassing van algemene regels en toch steeds meer toegesneden op het individuele geval. Digitale technologie maakt het mogelijk om specifieke beslissingen voor individuen te maken. Individualisering kan worden gezien als het doortrekken van een proces van steeds verfijndere digitale besluitvorming. Door het gebruik van digitale systemen is het mogelijk geworden om grotere aantallen factoren en criteria mee te nemen in de besluitvorming: de fijnmazigheid neemt toe. We zien dit al geruime tijd in de beslissingen van grote uitvoeringsorganisaties zoals de Sociale Verzekeringsbank, het Centraal Justitieel Incassobureau en DUO (Zouridis, 2000). Nu zien we dat deze fijnmazigheid nog verder kan toenemen en zelfs (theoretisch) kan leiden tot individuele precisie. Het gebruik van geavanceerde – soms zelflerende – algoritmen die weliswaar geen direct besluit nemen maar toch een belangrijke rol spelen in risicoanalyses voorafgaande aan besluiten van overheidsorganisaties wijst in deze richting (Schuilenburg & Peeters, 2021): het individuele risico van burgers wordt hiermee bepaald op basis van allerlei verschillende kenmerken over gedrag en categorisering van de burgers.

Het grote risico bij de grootschalige uitvoering van overheidsbeleid met digitale systemen is dat er onwenselijke en onzichtbare patronen ontstaan. Om dit uit te leggen ga ik even terug naar het voorbeeld van de *mass customization* van kleding. Wanneer deze kleding zo wordt gemaakt dat de kleding voor een bepaalde groep klanten steeds net iets duurder uitvalt, zal dit in individuele gevallen niet zichtbaar zijn doordat er steeds sprake is van een uniek geval en dus een unieke prijs voor de kleding. In de onderliggende algemene regels voor kleding zal er ook geen vertekening bestaan en zal worden aangegeven dat de prijzen voor iedereen op dezelfde manier moeten worden samengesteld. Als er in het digitale systeem een bias ontstaat, zal deze niet worden gedetecteerd en wel leiden tot nadeel voor de specifieke groep die meer moeten betalen dan de anderen.

Precies dit risico speelt nu ook in de gevallen die in de inleiding zijn genoemd: de algoritmes die worden gebruikt om risicovolle gevallen van fraude te identificeren door de Belastingdienst, de gemeente

Rotterdam en DUO. In het geval van de kindertoeslagenaffaire was er een algoritme dat bepaalde personen identificeerde als risicogevalLEN terwijl de argumentatie daarachter niet helder was voor ambtenaren (Peeters & Widlak, 2023: 867), in het geval van de mensen met een uitkering in Rotterdam hadden jonge alleenstaande moeders een grotere kans dan anderen om als risico te worden aangemerkt (Vers Beton, 2023) en in het geval van DUO waren mensen met een migratieachtergrond sterk oververtegenwoordigd bij de fraudecontrole (De Groene, 2023).² In alle gevallen is de onderliggende wetgeving niet de reden dat een mogelijke bias optreedt. Ook zal de bias zeker niet altijd worden vastgesteld door een bestuursrechter die kijkt of er in het individuele geval sprake was van fraude en niet toetst of het risicoanalyse algoritme wel correct functioneert. De rechter bekijkt het individuele dossier en niet de organisatorische en technologische praktijken van risicoselectie. Hierdoor konden onwenselijke en onzichtbare patronen ontstaan.

Het vraagstuk van de onwenselijke en onzichtbare patronen die kunnen optreden door *mass customization* geldt niet alleen voor de uitvoerende macht maar ook voor de rechtsprekende macht. In Nederland is dit nog weinig onderzocht maar voor een goed voorbeeld kunnen we naar de VS kijken waar een systeem – COMPAS – werd geïntroduceerd om rechters advies te geven bij beslissingen over vroegtijdig verlof van gevangenen. Uit een kritische analyse van de onderzoeksjournalisten van Pro Publica bleek echter dat het systeem een bias richting bepaalde bevolkingsgroepen had (Angwin et al., 2016). Wederom was deze bias niet zichtbaar in individuele gevallen maar wel bij een statische analyse van grote aantallen beslissingen.³

We zien dus dat zowel bij de uitvoering van beleid als in de rechtspraak onwenselijke en onzichtbare patronen kunnen optreden die kunnen resulteren in maatschappelijke misstanden met grote gevolgen voor individuele burgers. Uiteindelijk zijn deze patronen in de besproken gevallen wel aan het licht gekomen door verschillende vormen van onderzoek maar niet op basis van een systematisch toezicht. De vraag is of ons huidige systeem van checks & balances

2 Zie voor een specifieke juridische discussie van deze zaken ook de verschillende rechterlijke uitspraken en rapporten van onder andere de Autoriteit Persoonsgegevens en het College voor de Rechten van de Mens.

3 Ik gebruik dit voorbeeld om aan te geven dat ook rechters afhankelijk kunnen raken van geavanceerde algoritmen en dat hierbij ook het risico bestaat dat er een bias optreedt. Of dit bij COMPAS werkelijk het geval was, is daarna hevig bediscussieerd in wetenschappelijke tijdschriften (Washington, 2018).

voldoende is om deze onwenselijke en onzichtbare patronen te detecteren en corrigeren of dat er argumenten zijn om te stellen dat er een aanvulling nodig is: een ‘monitorende macht’.

3. **Systeem van checks & balances schiet tekort: naar een monitorende macht**

Ons huidige institutionele systeem van check & balances is in de loop der jaren ontstaan. De verschillende instituties zijn geëvolueerd om misbruik van macht tegen te gaan en ze integreren de toepassing van het recht in een normatief kader. Algemene kaders worden vastgesteld door de wetgevende macht, de toepassing hiervan in specifieke gevallen gebeurt door de uitvoerende macht en de controle op de correcte toepassing van algemene regels wordt gedaan door de rechtsprekende macht.

Als de *mass customization* van het recht op basis van geavanceerde algoritmen een wijdverbreide praktijk wordt, lijkt het huidige stelsel tekort te schieten. De wetgevende en uitvoerende machten zijn beide bezig met het initiëren van en handelen van algemene regels naar, terwijl de rechterlijke macht voornamelijk bezig is met toezicht houden en corrigeren in individuele gevallen. Binnen dit systeem is er ook controle op de uitvoerende macht maar deze richt zich op algemene patronen en niet op individuele gevallen. Er is geen formele macht die zich bezighoudt met toezicht houden en corrigeren van grootschalige machtsuitoefening met individuele consequenties (*mass customization*). Daardoor worden de onwenselijke en onzichtbare patronen soms wel zichtbaar bij ad hoc onderzoeken, bijvoorbeeld door het parlement, de Nationale Ombudsman of de algemene of lokale rekenkamers. Systematische borging van deze functie – grootschalige distributie van recht afgestemd op individuele gevallen – binnen het systeem van checks & balances ontbreekt momenteel echter. Eerder hebben ook Gerards & Xenidis (2021) betoogd dat de klassieke ‘individuele-rechtenstrategie’ tekortschiet bij algoritmen, juist omdat individuen vaak niet goed kunnen achterhalen dát ze benadeeld zijn door een algoritmische beslissing en daarna de middelen niet hebben om daartegen op te komen.

Hoe kan de machtsbalans worden hersteld? Gebaseerd op onze eerdere analyse moeten we op zoek gaan naar een institutie die systematisch toezicht houdt en corrigeert en daarbij gericht is op

grootschalige machtsuitoefening toegespitst op individuele gevallen. Zo'n institutie zou de 'monitorende macht' genoemd kunnen worden. Instellingen zoals de Algemene Rekenkamer en de Nationale ombudsman hebben hier kenmerken van, en ook de steeds vaker voorkomende oproepen voor parlementaire onderzoekscommissies zouden hiervan een verschijningsvorm kunnen zijn. Ook zien we dat er al verschillende toezichthouders bestaan en ook worden voorgesteld, zoals het voorstel voor een Algoritme Autoriteit. Het werk van al deze verschillende instellingen vormt een nuttige aanvulling op het huidige institutionele stelsel en een onderkenning van de problematiek. Tegelijkertijd kan de vraag op worden geroepen of dit mozaïek van controleurs wel voldoende is om de verstoorde machtsbalans echt te herstellen. Het geheel aan controleurs en controlemechanismen kan niet worden beschouwd als een volledig ontwikkelde monitorende macht. Daarvoor zijn de huidige checks & balances voor de nieuwe risico's té versnipperd, te weinig systematisch ingebed en vaak relatief 'tandeloos'. Het concept van een monitorende macht biedt een richting om vanuit een grondwettelijk perspectief na te denken over de checks & balances die nodig zijn om antwoord te bieden op het vraagstuk van de onwenselijke en onzichtbare patronen.

Een monitorende macht controleert niet alleen de uitvoerende macht maar ook de wetgever en de rechterlijke macht. Deel van het toezicht op de grootschalige distributie van recht afgestemd op individuele gevallen betreft namelijk ook de wetgever. Daarnaast zien we dat in het huidige systeem een systematisch onderzoek naar onwenselijke patronen in de rechtspraak nog geen plek heeft, terwijl beargumenteerd kan worden dat dit met toenemend gebruik van digitale systemen en algoritmen wel een noodzakelijkheid is. Daarom stel ik dat een volwaardige monitorende macht nodig is om het bestaande institutionele systeem van checks & balances aan te vullen.

De monitorende macht zou over het algemeen niet betrokken zijn bij individuele gevallen – die zouden binnen het domein van de rechterlijke macht blijven – maar met systematisch, empirisch onderzoek naar het functioneren van de grootschalige digitale beleidsuitvoering, van de wetgeving die hieronder ligt en ook, meer in de toekomst, van het grootschalig gebruik van digitale systemen in de rechtspraak. In principe dient de monitorende macht te beschikken over de formele bevoegdheid om toegang te hebben tot

de informatie waarover de andere machten beschikken met daarbij specifieke nadruk op de informatie die inzicht geeft in het functioneren van de systemen die worden gebruikt door de uitvoerende en, in de toekomst, rechterlijke machten.

In het geval van de kindertoeslagenaffaire hebben we gezien hoe een parlementaire enquêtecommissie uiteindelijk de rol op zich heeft genomen van een monitorende macht. Deze commissie heeft zowel de grootschalige uitvoeringspraktijken van de Belastingdienst onderzocht als ook de onderliggende wetgeving en de uitspraken van rechters. Op deze manier heeft de commissie enig zicht kunnen geven op de onwenselijke en onzichtbare patronen in de uitvoering van dit overheidsbeleid. Tegelijkertijd geldt hierbij dat dit een incidenteel onderzoek was en dat dit niet was gebaseerd op een systematische aanpak voor het controleren van onwenselijke patronen in grootschalige beleidsuitvoering.

Het werk van deze nieuwe monitorende macht zou niet beperkt zijn tot redeneren op basis van bestaande wetgeving. De monitorende macht zou de andere machten op een algemene en uitgebreide manier evalueren en bekritisieren omdat onwenselijke patronen kunnen samenhangen met de aard van algemene regels. Ook zijn voor bepaalde soorten claims, bijvoorbeeld in discriminatiezaken, vaak statistische gegevens nodig. In discriminatiezaken is het vaak nodig om te bewijzen dat, ondanks eventuele rechtvaardigingen van de verdediging, er systematische vooringenomenheid is geweest. Het zou zeer moeilijk zijn voor eisers in deze gevallen om dergelijke statistische gegevens zelf te produceren. Daarom verdient het huidige institutionele stelsel versterking en hierbij kan het perspectief van een aanvullende schakel in het systeem van checks & balances helpen om de gedachtenvorming aan te scherpen: de monitorende macht.

4. **Stappen naar een monitorende macht**

Ik ben mijn analyse begonnen door de noodzaak te benadrukken om technologische praktijken in de overheid te analyseren om te onderzoeken of het huidige systeem van checks & balances nog voldoet. Dit essay heeft een verkenning gepresenteerd van de veranderende overheidspraktijken middels het gebruik van technologie en heeft deze veranderingen geanalyseerd in termen van nieuwe vormen van wetstoepassing: *mass customization*. Mijn analyse

heeft me ertoe gebracht een verstoring in de machtsbalans te identificeren en te pleiten voor de oprichting van een monitorende macht. Ik stel een substantiële update voor van het huidige institutionele stelsel van checks & balances: een monitorende macht als aanvulling op het bestaande stelsel.

Hoe kan een monitorende macht worden gecreëerd? Gezien het trage tempo van institutionele hervormingen in het algemeen en het ingrijpende karakter van het aanpassen van het huidige systeem van checks & balances, stel ik een graduele benadering voor die voortbouwt op bestaande instellingen om langzaam toe te werken naar een fundamentele verandering. Dit zou de vorm kunnen aannemen van het versterken van de formele bevoegdheden van instellingen als de Nationale Ombudsman en de Algemene Rekenkamer. Deze instellingen moeten een mandaat hebben dat hen een grotere onafhankelijkheid geeft en hen in staat stelt om de rol van de monitorende macht steeds verder in te vullen zodat er op termijn wel een volwaardige monitorende macht ontstaat met een mandaat en capaciteit en die ook toezicht houdt op de wetgevende macht (waar het gaat om de generieke regels die ten grondslag liggen aan de grootschalige uitvoeringspraktijken) en rechtsprekende macht (waar het gaat om gebruik van digitale systemen bij rechterlijke beslissingen).

Natuurlijk geldt hierbij dat de primaire verantwoordelijkheid voor het voorkomen van onwenselijke patronen ligt bij de uitvoerende overheidsorganisaties en ook bij rechters als deze op grote schaal gebruik gaan maken van ondersteunde systemen. Zij zullen maatregelen moeten nemen om misstanden te voorkomen (Grimmelikhuijsen & Meijer, 2022). Ook is het monitoren van onwenselijke patronen in de grootschalige beleidsuitvoering niet alleen een taak voor een externe monitorende macht maar ook voor de organisatie zelf. In die zin geldt hetzelfde als voor de rechtsprekende en de wetgevende macht geldt: dit zijn externe machten maar deze machten leiden ook tot een interne vertaling in de vorm van bezwaar- en beroepsprocedures (als interne vormen van rechtspraak) en organisationele regels en procedures (als interne vertalingen van juridische regels). Overheidsorganisaties zullen zelf hun digitale en algoritmische beleidsuitvoering moeten monitoren om patronen van bias te detecteren (Grimmelikhuijsen & Meijer, 2022).

Afsluitend wil ik opmerken dat de vorming van de monitorende macht ook steeds meer noodzakelijk zal worden om de legitimiteit van de democratische rechtstaat overeind te houden. In het informatietijdperk is het te verwachten dat de eisen van het publiek luider zullen worden, zeker naar aanleiding van wanpraktijken zoals die zijn waargenomen bij de recente toeslagenaffaire en ook de andere dreigingen van discriminatie door algoritmische beleidsuitvoering. Dergelijke affaires hebben potentieel ook een grote impact op het vertrouwen in de overheid. Om dit vertrouwen te behouden en te versterken is, zoals reeds op vele plekken is betoogd, een aanpassing van het institutionele systeem nodig. In het informatietijdperk is een monitorende macht als aanvullende controle tegen de macht van grootschalige, geautomatiseerde bureaucratieën nodig om de legitimiteit van de democratische rechtstaat te behouden.

Literatuur

Amnesty International (2024). *Etnisch profileren is overheidsbreed probleem. Nederlandse overheid moet burgers beschermen tegen discriminerende controles*. Amsterdam: Amnesty International Nederland.

Angwin, J., Larson, J., Mattu, S., & Kirchner, L. (2016). Machine bias: There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against Blacks. *ProPublica*. <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>

De Groene (17 juli 2023). Duo negeerde waarschuwingen over discriminatie in fraudeonderzoek. <https://www.groene.nl/artikel/duo-negeerde-waarschuwingen-over-discriminatie-in-fraudeonderzoek>

De Mulder, R. & Meijer, A. (2012). From Trias to Tetras Politica: The Need for Additional Checks and Balances. Illustrated by Immigration Law. In: I. Snellen, M. Thaens & W. van den Donk (eds). *Public Administration in the Information Age: Revisited*. Amsterdam: IOS press, pp. 36-45.

Fogliatto, F. S., Da Silveira, G. J., & Borenstein, D. (2012). The mass customization decade: An updated review of the literature. *International Journal of production economics*, 138(1), 14-25.

Gerards, J., Xenidis, R., (2021). *Algorithmic discrimination in Europe – Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law*. Brussels: EU Publications Office. <https://data.europa.eu/doi/10.2838/544956>

- Grimmelikhuijsen, S., & Meijer, A. (2022). Legitimacy of algorithmic decision-making: six threats and the need for a calibrated institutional response. *Perspectives on Public Management and Governance*, 5(3), 232-242.
- Maksimova, M., Solvak, M., & Krimmer, R. (2021). Data-Driven Personalized E-Government Services: Literature Review and Case Study. In: *International Conference on Electronic Participation*. Cham: Springer International Publishing, pp. 151-165.
- Meijer, A. & Zouridis, Z. (2006), E-government is an Institutional Innovation. In: V. Bekkers, H. van Duivenboden & M. Thaens (Eds.), *Information and Communication technology and Public Innovation. Assessing the ICTDriven Modernization of Public Administration*, (pp. 219-29), Amsterdam: IOS Press.
- Peeters, R., & Widlak, A. C. (2023). Administrative exclusion in the infrastructure-level bureaucracy: The case of the Dutch daycare benefit scandal. *Public Administration Review*, 83(4), 863-877.
- Pieterse, W., Ebbers, W., & Van Dijk, J. (2007). Personalization in the public sector: An inventory of organizational and user obstacles towards personalization of electronic services in the public sector. *Government Information Quarterly*, 24(1), 148-164.
- Rekenkamer Rotterdam (2021). *Gekleurde technologie: Verkenning ethisch gebruik algoritmes*. Rotterdam: Rekenkamer Rotterdam.
- Schuilenburg, M., & Peeters, R. (2021). *The algorithmic society*. London: Routledge.
- Van Eck, M. (2018). *Geautomatiseerde ketenbesluiten & rechtsbescherming: Een onderzoek naar de praktijk van geautomatiseerde ketenbesluiten over een financieel belang in relatie tot rechtsbescherming*. Tilburg: Tilburg University.
- Vers Beton (23 oktober 2023). *Fouten herstellen we later wel: hoe de gemeente een dubieus algoritme losliet op Rotterdammers*. <https://www.versbeton.nl/2023/10/fouten-herstellen-we-later-wel-hoe-de-gemeente-een-dubieus-algoritme-losliet-op-rotterdammers/>
- Washington, A. L. (2018). How to argue with an algorithm: Lessons from the COMPAS-ProPublica debate. *Colorado Technology Law Journal*, 17(1), 131-159.
- Winner, L. (1986). *The whale and the reactor: A search for limits in an age of high technology*. Chicago: University of Chicago Press.



Een grondwet van en voor de 21^e eeuw

Bart van der Sloot*

1. Introductie

Toen ik net was afgestudeerd als staatsrechtjurist glunderde ik van trots. Ik had als jurist altijd weinig op gehad met het privaatrecht, dat ik zag als een rechtsgebied dat primair over burenruzies ging die beter bij de rijdende rechter konden worden uitgevochten dan voor de rechter en over de grote corporates die een leger aan gladder jongens inhuurden om nog meer winst te maken, noch met het strafrecht, waar je in de collegezalen al zag hoe de vaak wat gelijkhebbende officieren van justitie in spé constant botsten met de cowboys die de glamour van de Moszkowiczen als lichtend voorbeeld zagen. Staatsrechtjuristen hadden oog voor wat echt belangrijk was: de bescherming van de fundamentele waarden die het menselijke bestaan mogelijk maken en de verankering van de democratische rechtsstaat. Allemaal clichés natuurlijk, waar ik dan ook al snel van werd verlost toen ik mijn eerste baan kreeg aan een universitair instituut dat zich toerust op het informatierecht, een vakgebied dat raakt aan grondrechtelijke vraagstukken, maar evenzeer aan civielrechtelijke en strafrechtelijke. Mijn baas en promotor liet in mijn herinnering geen gelegenheid voorbij gaan om zijn ongenoegen over staatsrechtjuristen te uiten. ‘SGP’ers zijn nog progressiever dan staatsrechtjuristen’, en woorden van gelijke strekking. Zijn hoofdkritiek was dat staatsrechtjuristen slechts op de vierkante millimeter nadachten over aanpassing van juridische beginselen, terwijl de wereld in rap tempo veranderde door technologische en andere ontwikkelingen.

Dat raakte bij mij een gevoelige snaar, omdat ik twee opleidingen had gevolgd: recht en filosofie. Ik had juist besloten me af te wenden van de filosofie omdat het vakgebied primair wordt beoefend door

* Dr. B. (Bart) van der Sloot is associate professor aan het Tilburg Institute for Law, Technology & Society, Tilburg University.

professionals die op de vierkante millimeter discussies voeren, vaak in eeuwenoude uitgekerfde kampen. Wat zegt de gewijzigde voetnoot 641 in de derde druk van een werk uit 1672 waarbij *Sein* ineens met een hoofdletter in plaats van een kleine letter werd geschreven nu precies over het eerdere werk uit 1645? De (grotendeels terechte) kritiek op de filosofische wetenschapsdiscipline is dat er weinig meer wordt gefilosofeerd over de huidige tijd en contemporaine vraagstukken, zoals de grote filosofen van Plato tot Foucault hadden gedaan, maar dat er vooral terug wordt gekeken op oude filosofen en hun teksten welhaast exegetisch worden uitgepluisd.

Nu begreep ik dat die kritiek ook op staatsrechtjuristen van toepassing zou zijn, en dan was ik ook nog eens in de Nijmeegse school opgeleid. In Nijmegen leer je goed en wel dat het hoogste wat een jurist aan creativiteit vermag is een gedegen samenvatting van het staande recht te maken; nadenken over het aanpassen van het recht is niet aan juristen, dat is voor politici, zo heerst de doctrine, waarbij het woord politicus met nauwelijks verhuld dedain wordt uitgesproken. Aanvankelijk verzette ik me dan ook tegen de kritiek van mijn promotor; het was niet waar en bovendien geloofde ik nog dat de Nijmeegse school gelijk had. Hoe langer ik in dit vakgebied werk, hoe meer ik echter vrees dat mijn promotor gelijk had. De nog altijd ongewijzigde basis van de Grondwet gaat meer dan twee eeuwen terug en de laatste algehele herziening stamt uit 1983, nog voor de internetrevolutie, en zeker voor de laatste ontwikkelingen in Big Data en Artificiële Intelligentie. Wel is er staatscommissie op staatscommissie¹ geweest die allerhande discussies hebben gevoerd, waarvan het meest revolutionaire idee is geweest om een artikel dat al meer dan twee decennia geleden in het Europees Handvest voor de Grondrechten² is opgenomen, en waarop burgers zich dus gewoon al kunnen beroepen (het recht op gegevensbescherming), ook in de Nederlandse Grondwet op te nemen. Voor het overige gaat het vaak om punten, komma's en kleine grammaticale aanpassingen.

Het is dan ook de vraag of het schetsen van een vergezicht – hoe de Grondwet van 2030 er uit zou moeten zien – wel aan staatsrechtjuristen moet worden overgelaten. Misschien zou het beter zijn om mensen van buiten het rechtsgebied te betrekken, mensen die

1 <https://www.denederlandsegrondwet.nl/id/vi6tas7grfs7/grondwetscommissies>
2 Handvest Van De Grondrechten Van De Europese Unie (2000/C 364/01).

verstand hebben van technologie en de impact daarvan op mens en maatschappij, mensen die niet vervallen in een discussie op de millimeter, maar vrij na kunnen denken over de vraag hoe een grondwet er uit zou moeten zien gegeven de maatschappelijke en technologische realiteit. Alhoewel ik met mijn filosofische en Nijmeegse staatsrechtachtergrond dubbel erfelijk belast ben, zal ik in dit essay een handvol bredere punten aanstippen.³ Paragraaf 2 gaat in op de samenwerking tussen en de rolverving van de verschillende nationale en internationale partijen, paragraaf 3 bespreekt de opkomst van risicoprofielen en algoritmisch werken, paragraaf 4 analyseert het proces van mensenrechtenmengingen in de data-gedreven samenleving en paragraaf 5 bekijkt hoe het mens- en wereldbeeld dat aan de Grondwet ten grondslag ligt moet worden aangepast. Tot slot geeft paragraaf 6 een korte conclusie.

2. Samenwerking

De Grondwet is in aanvang geschreven voor de relatie tussen de burger en de overheid, ook wel een verticale relatie genoemd. De burger kan zijn grondrechten inroepen als de staat zijn macht gebruikt op een wijze die aan de vrijheden van het individu raakt. Daarbij ging het aanvankelijk met name om zogenoemde negatieve rechten van burgers en negatieve plichten van de staat, wat wil zeggen dat de burger het recht heeft om in het geweer te komen als de overheid actief een inbreuk pleegt op een van zijn vrijheden en dat de Grondwet beperkingen oplegt ten aanzien van het gebruik van de staatsmacht door de overheid. Zo mag de politie slechts de woning van een burger binnenvallen als daar gereede aanleiding toe is, er een rechterlijk bevel is gegeven en er een publiek belang (bijvoorbeeld veiligheid) op het spel staat. Deze klassieke benadering is in de loop der tijd aangevuld. Zo heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, dat boven de Nederlandse rechtsorde gaat en dus ook een grote invloed heeft op de Nederlandse rechtspraak, geoordeeld dat grond- en mensenrechten ook doorwerking hebben in relaties tussen burgers onderling en burgers en ondernemingen (horizontale relaties) en dat staten positieve plichten hebben, dat wil zeggen een plicht om hun macht in te zetten om burgers actief te beschermen en hun vrijheden te vergroten. Ook heeft het Hof geoordeeld dat staten een positieve plicht hebben om er voor te

zorgen dat de fundamentele rechten van burgers worden beschermd in horizontale relaties. Er is volgens het Hof dan ook geen harde grens tussen positieve en negatieve plichten.

Toch waart de oorspronkelijke geest nog door het Nederlandse grondrechtendiscours. Positieve plichten van de staat, bijvoorbeeld ten aanzien van sociaaleconomische beginselen, zoals de bevordering van voldoende werkgelegenheid (artikel 19 GW), de bestaanszekerheid en de spreiding van de welvaart (artikel 20), het leefmilieu (artikel 21 GW), de volksgezondheid (artikel 22 GW) en het onderwijs (artikel 23 GW) worden gezien als vagere en minder sterke rechten dan de klassieke, negatieve grondrechten, zoals het verbod op discriminatie (artikel 1 GW), de vrijheid van meningsuiting (artikel 7 GW) en de onaantastbaarheid van het lichaam (artikel 12 GW). Alhoewel de grondrechten als factor gelden in de interpretatie van privaatrechtelijke regels in horizontale relaties, zijn ze anders dan in verticale relaties niet doorslaggevend.⁴ Zo kan een burger ten aanzien van Facebook of X moeilijk claimen dat zijn vrijheid van meningsuiting is geschonden door een opgelegde beperking (bijvoorbeeld om een scheldwoord te gebruiken), omdat Facebook en X private ondernemingen zijn: zij mogen in principe zelf weten welke regels er op hun platform gelden. Ook de positieve plichten van de overheid om fundamentele rechten in horizontale verhoudingen te beschermen zijn minder sterk en gelden doorgaans slechts ten aanzien van zeer ernstige gevallen (bijvoorbeeld, de staat heeft een zorgplicht om een burger actief te beschermen als hij kennis heeft van een aanstaande moordaanslag).

De focus op de grondrechten in verticale relaties is begrijpelijk gezien het feit dat de staat een geweldsmonopolie heeft; de Grondwet stelt in feite voorwaarden aan het gebruik van geweld door de staat. Ook is het historisch gezien met name de staat geweest die de rechten en vrijheden van burgers op grote schaal heeft geschonden; zo zijn de meeste mensenrechtenverdragen vlak na de Tweede Wereldoorlog aangenomen. Nieuw zijn echter zogenoemde diagonale relaties, tussen burgers en ondernemingen die zo groot zijn dat ze meer macht, middelen en data over burgers en de samenleving hebben dan de meeste overheidsorganisaties. Hun keuzes hebben dan ook vaak een grotere impact op de rechten en vrijheden van burgers dan die van overheden. Daarom zou een grondwet van de 21^e eeuw niet

4 Mak, C. (2008). Fundamental rights in European contract law.

alleen op verticale relaties van toepassing moeten zijn, maar in ieder geval ook op diagonale relaties, waarbij de doorslaggevende factor voor de toepasselijkheid zou zijn: de ongelijkheid in de machtsrelatie tussen burger en de organisatie die zijn vrijheden beperkt.

Ook is er een toenemende oproep aan de staat om actief in te grijpen in de digitale markt, niet alleen door allerhande regels aan te nemen die de macht van internetondernemingen beperken of hen extra plichten opleggen, maar ook om zelf actief te zijn op de digitale markt.⁵ De keuze om dat niet te doen is in feite de keuze om het digitale landschap geheel in handen te geven van Amerikaanse ondernemingen, die hun eigen standaarden in de technologie implementeren en hun eigen belangen zullen nastreven. Digitale middelen zoals toegang tot het internet, sociale diensten als X en Facebook en de toepassing van Artificiële Intelligentie in scholen, zorginstellingen en het leger zijn in feite het best te vergelijken met fysieke infrastructuur en kritische diensten, waarvoor de staat traditioneel verantwoordelijk is. Daarom zou er een positieve plicht moeten zijn om dergelijke infrastructuur en diensten zelf te ontwikkelen, zodat er weer democratische controle kan worden uitgeoefend.

Dat zou ook een ander probleem oplossen, namelijk dat er een toenemende kennis- en datakloof is tussen de overheid en de private sector. Private partijen zijn in toenemende mate essentieel in het leveren van technieken, data en informatiediensten aan overheidsorganisaties, krijgen daarmee nog meer data en inzicht in de burger en de samenleving en hebben met hun commerciële belangen invloed op de invulling en uitvoering van publieke taken. Deze tendens wordt nog eens versterkt door de wildgroei aan zogenoemde privaat-publieke samenwerkingen, waarbij grote ondernemingen worden betrokken bij en verantwoordelijk worden gemaakt voor de behartiging van algemene belangen, zoals het garanderen van de openbare orde, het opsporen van terroristen en het regelen van verkeers- en vervoersstromen. Dit is onder meer een gevolg van de grote bezuinigingen op uitvoeringsinstanties en de privatiserings- en liberaliseringsgolf van de afgelopen drie decennia, waardoor veel overheidsinstanties simpelweg niet de mankracht, middelen en kennis hebben om publieke taken adequaat uit te voeren.

5 Mazzucato, M. (2011). *The entrepreneurial state*. Demos. Mazzucato, M., Schaake, M., Krier, S., & Entsminger, J. (2022). *Governing Artificial Intelligence in the public interest*. UCL Institute for Innovation and Public Purpose, Working Paper Series (IIPP WP 2022-12).

Deze samenwerkingsverbanden zouden beter moeten worden verankerd, omdat het voor een burger vaak onduidelijk is wie hij in het samenwerkingsverband kan aanspreken en welk regime daartoe kan worden ingeroepen. Daarbij speelt dat dergelijke samenwerkingsverbanden niet zelden worden ingezet door overheidsorganisaties om wettelijke kaders te omzeilen. Als de politie zelf bepaalde data niet mag verzamelen zonder rechterlijk bevel, kan het burgers aanmoedigen die informatie te verzamelen en aan te leveren. Dat geldt ook voor internationale samenwerkingsverbanden, waarbij het bekend is dat bijvoorbeeld de inlichtingendiensten data die zij zelf niet mogen verzamelen vragen of 'spontaan' krijgen van buitenlandse (bijvoorbeeld Amerikaanse) zusterorganisaties die niet aan dezelfde regels gebonden zijn.

3. Risico

De klassieke gedachte van een machtenscheiding binnen de overheid is dat de wetgevende, de uitvoerende en de rechterlijke macht ieder hun eigen positie, taken en bevoegdheden hebben en elkaar als zodanig in toom kunnen houden. Dat is altijd een schematische ideaalverdeling geweest, omdat de uitvoerende macht (de regering) in Nederland en in de EU (de Commissie) ook betrokken en zelfs leidend is bij de meeste wetgevingstrajecten, omdat de uitvoeringsinstanties de algemene wetten en beleidsregels invullen en daarbij een discretionaire bevoegdheid hebben, wat ook geldt voor rechters die algemene regels in de praktijk uitleggen, invullen en soms ter zijde schuiven, en omdat een organisatie als de Raad van State een nogal complex samenstel kent van de rechterlijke macht, de wetgevende macht (adviezen over wetsvoorstellen) en zelfs de uitvoerende macht (als plaatsvervangend staatshoofd).

Vrijwel elke uitvoeringsinstantie gebruikt inmiddels Artificiële Intelligentie en algoritmen om door middel van risicoprofielen de inzet van mankracht en middelen te sturen. Op basis van historische data worden patronen blootgelegd en vervaardigd, die vervolgens worden gebruikt om toekomstvoorspellingen te doen. De politie experimenteert bijvoorbeeld met *predictive policing*, waarbij ze probeert te voorspellen waar, wanneer en eventueel door wie een misdaad zal worden begaan. De belastingdienst probeert door middel van profielen te voorspellen wie op welke punten fouten zal maken in de belastingaangifte, wat ook geldt voor organisaties die belast zijn met het verstrekken van subsidies. Alhoewel deze

methode met name na de toelagaffaire in een kwaad daglicht is komen te staan, kan het risicoprofileren in principe, als het goed wordt ingezet, een nuttige toepassing zijn. Niet alleen wordt hiermee voor een efficiënte inzet van macht en middelen gezorgd, het betekent ook dat de mensenrechteninperkingen worden geminimaliseerd omdat de groep die wordt onderworpen aan een check, een controle of een politieonderzoek wordt beperkt tot diegenen waar dat het meest relevant voor is.

Toch zijn er ten minste twee knelpunten.

Ten eerste is het gevaar van algoritmisch werken dat de wetgevende macht, de uitvoerende macht en de rechtsprekende macht wordt samengevoegd, zeker als algoritmen worden gebruikt om besluiten te nemen die directe consequenties hebben voor burgers. Een algoritme is in feite een beslisboom; de regels zitten in het algoritmen, de variabelen (de data) worden ingevoerd en daar komt een uitkomst uit. Als het zo één op één wordt ingezet verdwijnt dus in feite de discretionaire bevoegdheid van de uitvoerende macht; alhoewel er een aantal juridische doctrines is dat menselijke tussenkomst en dus beoordelingsruimte vereist, is dat, voor zover die juridische principes al in de praktijk zijn geïmplementeerd, niet zelden een pro forma kwestie. De uitfasering van menselijke tussenkomst is uiteraard ten dele een efficiëntiemaatregel, deels ingegeven door de eerder genoemde bezuinigingen, en deels het gevolg van uitvoerders die onvoldoende kennis hebben van de vele beperkingen van data-technieken om foute uitkomsten te herkennen en gebiaseerde resultaten te corrigeren. Algoritmen doen in principe voorspellingen: meestal wordt de meest waarschijnlijke uitkomst getoond. Zoals iedere jurist weet zijn er geen juiste uitkomsten in het recht; ten aanzien van een doctrine of de toepassing daarvan op een feitencomplex zijn vaak drie of meer heel goed verdedigbare uitkomsten denkbaar.⁶ Daarom zouden, als er algoritmen worden ingezet om juridische doctrines te interpreteren of toe te passen op de concrete omstandigheden van een specifiek geval, er altijd drie of meer uitkomsten moeten worden gegeven, zodat mensen die wel als basis voor een discussie kunnen gebruiken, maar niet één op één kunnen toepassen.

Ten tweede is een euvel dat de Grondwet en vrijwel alle mensenrechtenkaders inzetten op individuele rechten, wat wil zeggen dat een

6 Fuller, L. L. (1948). The case of the speluncean explorers. *Harv. L. Rev.*, 62, 616.

individuele burger een recht heeft om zijn belangen te beschermen. De vraag is of dit uitgangspunt nog houdbaar is in een wereld waarin profielen voor zowel de private als de publieke sector leidend zijn.⁷ Beleid en de inzet van macht en middelen wordt in toenemende mate gebaseerd op aannames over groepen en categorieën; mensen worden niet als individu behandeld, maar als een groepslid. Vrijwel alles waarbij het adjectief smart, predictive of personalised wordt gebruikt is gebaseerd op groepsprofielen, het woord personalised is dan ook misleidend. Personalised advertising betekent dat een bedrijf bijvoorbeeld van persoon A weet dat hij een man van 35 is en van auto's houdt; dat bedrijf heeft data over 100.000 mannen van 35 die van auto's houden en ziet dat 70% daarvan ook van barbecueën houdt. Het zal dan een barbecuegerelateerde advertentie aan A sturen. Een grondwet van de 21^e eeuw zal dan ook moeten inzetten op groepsrechten en de bescherming van groepsbelangen in aanvulling op individuele rechten en individuele belangen.

4. **Begin, midden, eind**

Een kernbeginsel van de Grondwet is dat de overheid open en transparant opereert voor de burger, zodat die overheidshandelen kan controleren en eventueel kan aanpassen. Door de toegenomen datahonger van de private en publieke sector wordt de transparantieparadox steeds zichtbaarder; dat wil zeggen dat de burger voor organisaties steeds transparanter, begrijpelijker en inzichtelijker wordt, terwijl dat andersom steeds minder het geval is.⁸ De doorsnee burger snapt weinig van data-gedreven processen vanwege de complexiteit en de technologische kennis die dat vereist, vanwege het feit dat veel organisaties niet open zijn over de precieze werking van hun algoritmen en systemen uit vrees voor calculerend gedrag van de burger of omwille van concurrentieredenen en vanwege het feit dat zelfs de ontwikkelaars van zelflerende systemen niet altijd weten hoe besluiten in de black box tot stand zijn gekomen.⁹ Daarom zou een uitgangspunt voor de nieuwe Grondwet moeten zijn dat de mate waarin er data wordt verzameld over burgers en waarin de burger inzichtelijk wordt gemaakt, ook de mate van transparantie is voor de dataverwerkende partij.

7 Taylor, L., Floridi, L., & Van der Sloot, B. (Eds.). (2016). *Group privacy: New challenges of data technologies* (Vol. 126). Springer.

8 WRR (2016). *Big Data in een vrije en veilige samenleving*.

9 Pasquale, F. (2015). *The black box society: The secret algorithms that control money and information*. Harvard University Press.

De Grondwet en de diverse mensenrechtenverdragen gaan uit van een startpositie waarin de rechten en vrijheden van burgers worden gerespecteerd. Tegen een specifieke inbreuk op die startpositie kan worden opgetreden. De realiteit is inmiddels echter anders. Neem het recht op de bescherming van de privésfeer. Niet langer is het zo dat burgers in principe slechts zelf toegang hebben tot hun woning, door de intrede van slimme telefoons, slimme energiemeters, slimme koelkasten en andere slimme apparaten worden permanent gegevens verzameld uit de privésfeer door derden. Neem de vrijheid van meningsuiting. Niet langer is het zo dat burgers in principe alles tegen elkaar mogen zeggen op straat, op het markplein of in de bibliotheek, tenzij er specifieke beperkingen worden opgelegd; online, zoals op platforms als X, Facebook en TikTok, is hun vrijheid per definitie beperkt omdat platforms zelf regels stellen, sommige uitingen simpelweg blokkeren en sommige onwelgevallige gasten niet toelaten op hun platform. Neem het recht op gegevensbescherming. Vanaf het moment dat een kind wordt geboren, en vaak nog daarvoor, wordt er informatie verzameld door zorginstellingen en medische apps, door scholen, overheidsinstanties, door ouders die foto's maken en online delen. Een grondwet voor de 21^e eeuw zou dan ook niet moeten uitgaan van een hypothetische situatie van respect voor rechten en vrijheden, en het stellen van grenzen en voorwaarden aan het schenden van die startpositie, maar van een startsituatie waarin die rechten en vrijheden per definitie zijn beperkt.

Daarnaast is het grondrechtendiscours en het bestuursrecht primair gericht op de uitkomst van besluiten en handelingen en is het grondrechtendiscours en het civiel recht op de effecten van besluiten en handelingen. De processen die leiden tot besluiten, beleid of handelingen zijn vrijwel ongereguleerd. Dat heeft verschillende nadelen, zoals dat door deze benadering de schade vaak al is gedaan voordat er wordt ingegrepen. Bovendien wordt in de technische literatuur veel meer nadruk gelegd op de voorfase van digitale processen: zorg ervoor dat de data die worden verzameld niet gebiased zijn, dat het algoritme zo neutraal mogelijk is of dat de wijze waarop data worden gelabeld en algoritmen worden getraind behoorlijk en adequaat is. Die voorfase en de procedurele rechtvaardigheid is nu vrijwel afwezig in het grondrechtendiscours.¹⁰ Algoritmische systemen werken doorgaans met bestaande datasets die gebiased zijn; in de

medische sector zijn veel medicijnen bijvoorbeeld alleen getest op mannen tussen de 20-45, in veel politiestructuren zijn minderheden oververtegenwoordigd. Ook zijn veel data foutief, verouderd of hebben verschillende informatiesystemen van verschillende diensten verschillende, soms conflicterende data. Daarom zou een grondplicht moeten zijn voor organisaties om aan datacuratie te doen.

Meer in het algemeen wordt er binnen het juridische discours veel nadruk gelegd op schade die aan het individu wordt toegebracht: om een recht in te kunnen roepen moet het individu doorgaans aantonen dat er concrete, individualiseerbare en significante schade aan zijn belangen is gedaan. Binnen de digitale sector is het steeds moeilijker om deze schade individualiseerbaar te maken, omdat beleids- en machtsinzet vaak grote groepen of zelfs de hele bevolking raakt, zoals bij mass surveillance door inlichtingendiensten. Ook gaat het steeds vaker om zogenoemde microschendingen, inbreuken op mensenrechten die op zichzelf niet zo significant zijn dat ze een mensenrechtenvraagstuk opleveren. Toch kunnen vele microschendingen samen genomen wel een significant effect hebben. Nu staat de inzet van macht en het concrete effect daarvan centraal; veeleer zou in een grondwet voor de 21^e eeuw het vraagstuk van macht zelf centraal moeten staan. De wetenschap dat een partij macht over een burger heeft en dat er onvoldoende waarborgen zijn tegen de arbitraire inzet van die macht is op zichzelf al genoeg om een inperking op de fundamentele rechten en vrijheden van de burger op te leveren,¹¹ aangezien dit een zogenoemd chilling effect veroorzaakt. Dat wil zeggen dat burgers uit vrees voor de macht van partijen hun eigen vrijheid bij voorbaat beperken.

11 Pettit, P. (1997). *Republicanism: a theory of freedom and government*. Oxford University Press; Newell, B. C. (2014). The massive metadata machine: liberty, power, and secret mass surveillance in the US and Europe. *ISJLP*, 10, 481; Newell, B. C. (2014). Crossing lenses: policing's new visibility and the role of 'smartphone journalism' as a form of freedom-preserving reciprocal surveillance. *U. Ill. JL Tech. & Pol'y*, 59; Newell, B. C. (2014). Technopolicing, surveillance, and citizen oversight: a neorepublican theory of liberty and information control. *Government Information Quarterly*, 31(3), 421-431; Roberts, A. (2015). A republican account of the value of privacy. *European Journal of Political Theory*, 14(3), 320-344; van der Sloot, B. (2018). A new approach to the right to privacy, or how the European Court of Human Rights embraced the non-domination principle. *Computer Law & Security Review*, 34(3), 539-549; Roberts, A. (2022). *Privacy in the Republic*. Taylor & Francis.

5. De *homo economicus* in een betoverde wereld

Een kernaanname die onder het huidige grondwetsdiscours ligt en die zeker in de afgelopen drie decennia is benadrukt is de gedachte van de mens als *homo economicus*. Het idee dat met name rond de jaren 90 van de vorige eeuw ontstond was dat als burgers maar rechten hadden om hun eigen belangen te verdedigen en als zij voldoende informatie hadden om een goede inschatting te maken, zij zelf het beste voor hun belangen konden opkomen. Dat de overheid dit zou kunnen of moeten doen werd als een paternalistische gedachte weggezet. Dit beeld gaat uit van een rationele burger, die acties van anderen en zichzelf en de consequenties daarvan kan overzien, die tijd heeft om zijn eigen rechten in te roepen en belangen te behartigen en zich goed een weg weet door het woud aan regels, bureaucratie en digitale systemen. Duidelijk is dat deze aanname, die ook wel wordt geassocieerd met het neoliberalisme, niet klopt.¹² Binnen de digitale omgeving geldt daarbij dat burgers lang niet altijd zicht hebben op welke honderden en soms duizenden partijen in het binnen- en buitenland gegevens over hen verwerken. Bovendien is het praktisch ondoenlijk om van al die partijen te controleren of zij dat rechtmatig doen en om vervolgens naar de rechter te gaan bij een geconstateerde misstand. Het zijn doorgaans machtige overheidsinstanties of grote internetbedrijven die de gegevens verwerken, waardoor de procespraktijk er een van David tegen Goliath is.¹³ In een grondwet voor de 21^e eeuw zou daarom ook meer moeten worden ingezet op collectieve en algemeen belangacties door professionele partijen die voor de belangen van burgers, groepen en de samenleving opkomen. Ook zou moeten worden teruggegaan naar het idee dat er in de Grondwet in feite plichten voor de staat staan, niet zozeer subjectieve rechten van de burger.¹⁴

De nadruk op rationaliteit geldt niet alleen ten aanzien van de burger. Een van de onderliggende drijfveren van private en publieke partijen die data-gedreven werken is om de wereld, de samenleving en de burger in kaart te brengen.¹⁵ Kennis is niet alleen macht; door deze informatie kunnen processen worden gestandaardiseerd en geoptimaliseerd. Het idee dat processen door middel van data en

12 van Algemene Zaken, M. (2017). Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op redzaamheid-Rapport-WRR.

13 Van der Sloot, B. & Van Schendel, S. 'De juridische randvoorwaarden voor een datagedreven samenleving', NJB 2019-44.

14 C.A.J.M. Kortmann, 'Zijn grondrechten subjectieve rechten', <http://repository.ubn.ru.nl/bitstream/2066/15362/1/15362.pdf>.

15 Scott, J. C. (2000). Seeing like a State.

algoritmen altijd rationeler, beter en efficiënter kunnen worden gemaakt, staat ook wel bekend als solutionisme.¹⁶ De burger wordt daarbij niet zozeer gezien als mens, maar als databundel van een aantal kale feiten en nummers, wat aansluit bij een door het kapitalistische geïnspireerde filosofie waarin alles wordt teruggebracht tot meetbare eenheden, massaproductie en efficiëntievoordelen.¹⁷ Ook deze aanname klopt vaak niet. Veel datasystemen worden in gebruik genomen met de belofte van betere en efficiëntere processen, bijvoorbeeld door politiediensten, scholen of zorginstellingen. Na een jaar of twee wordt het systeem, dat vaak vele miljoenen heeft gekost, echter weer uit de lucht gehaald, omdat de beloofde resultaten niet worden gerealiseerd en de systemen niet effectief blijken te zijn. Dat is niet alleen zonde, omdat als dezelfde middelen en mankracht op een efficiëntere wijze waren ingezet, de nationale veiligheid, kwaliteit van zorg en van het onderwijs beter zouden zijn gewaarborgd, maar ook onrechtmatig, omdat datagedreven werken per definitie een inperking op het recht op privacy en gegevensbescherming met zich brengt, die alleen geoorloofd is als er geen andere, minder ingrijpende middelen voor handen zijn om hetzelfde doel te bereiken. Daarom zou er voordat een systeem in gebruik wordt genomen een realistische dry-run moeten worden gedaan om de effectiviteit te meten, een nulmeting worden gedaan van de situatie zonder het systeem, benchmarks worden geformuleerd die zouden moeten worden gehaald met het systeem en een standaard horizonbepaling moeten worden gekoppeld aan het systeem. Dat wil zeggen dat een systeem uit de lucht wordt gehaald als de benchmarks na een jaar of twee jaar niet zijn gehaald.

Terwijl het streven is om de mens en de samenleving door data-gedreven werken te standaardiseren en te rationaliseren, is er met de opkomst van Generatieve Artificiële Intelligentie een tegen-gestelde trend waar te nemen: de wereld wordt steeds meer betoverd. Door middel van Deepfakes kunnen we verre voorouders weer tot leven wekken of dagelijks blijven communiceren met onze overleden partner. Door middel van Augmented Reality kunnen we Pokemons vangen in het bos of een tourguide tevoorschijn toveren bij een historische plek in het buitenland. Virtual Reality stelt ons in staat een levensechte reis te maken naar Antarctica terwijl we op de bank zitten. Avatars en chatbots zijn op sommige punten al nauwelijks van

mensen te onderscheiden en de meeste techneuten zijn het er over eens dat binnen een eeuw Artificial General Intelligence zal ontstaan, een intelligentie die zich daadwerkelijk niet meer van menselijke intelligentie onderscheidt, en dat deze intelligentie sentient zal zijn, oftewel zelfbewust. Als deze voorspelling uitkomt, dan zouden deze synthetische entiteiten ook ‘mensen’ rechten moeten worden toegekend en ook stemrecht.¹⁸

Tot slot moet er meer aandacht zijn voor het gebruik van digitale technieken en Artificiële Intelligentie door burgers.¹⁹ De meeste privacyschendingen worden bijvoorbeeld begaan door burgers onderling. Denk daarbij alleen al aan de duizenden en duizenden foto's en video's per dag die mensen nemen op straat, in openbare en afgesloten ruimtes, en vervolgens online publiceren. Daarop zijn niet zelden nietsvermoedende derden te zien, zonder dat die daarvan op de hoogte worden gesteld of op hun rechten worden gewezen, een schending van het privacy- en gegevensbeschermingsrecht. Ook het post-truth tijdperk wordt in niet onbelangrijke mate aangewakkerd door burgers die hun eigen versie van de waarheid ventileren, niet alleen in onware geschreven berichten, maar in toenemende mate ook in hun eigen zeer realistisch ogende maar zelfgecreëerd nieuwsbulletin. Ook kunnen zij door Deepfake-technologie mensen dingen laten doen of zeggen die zij nooit hebben gedaan of gezegd. Als de voorspelling van sommige experts dat over een aantal jaar meer dan 90% van alle digitale content zal zijn gemanipuleerd,²⁰ uitkomt dan heeft dat een grote impact op de democratische rechtsstaat. Nu is het zo dat in de rechtszaal de aanname geldt dat ingediend bewijs authentiek is, tenzij er contra-indicaties zijn, maar in een synthetische realiteit zou die aanname moeten zijn dat bewijs waarschijnlijk is gefabriceerd of gemanipuleerd door AI en moet de vraag worden gesteld: door wie, waarom en hoe? De democratie is gebaseerd op het idee van een geïnformeerd gesprek tussen verschillende burgers en groepen. Nu al is het duidelijk dat sociale media en het gebruik van algoritmen hebben gezorgd voor meer polarisatie, doordat burgers steeds meer in hun eigen filter bubble of echo chamber blijven.²¹ Die trend zal door Artificiële Intelligentie en synthetische media alleen maar worden versterkt, omdat mensen in

18 Simons, M. (2017). The Parliament of Things and the Anthropocene: How to Listen to 'Quasi-Objects'. *Techne: Research in Philosophy & Technology*, 21.

19 Zie ook: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-34926-2.html>

20 Schick, N. (2020). *Deepfakes: The coming infocalypse*. Hachette UK.

21 Pariser, E. (2011). *The filter bubble: What the Internet is hiding from you*. penguin UK.

hun eigen werkelijkheid kunnen gaan leven. Daarom zou er in de Grondwet van de 21^e eeuw meer nadruk moeten komen op grondplichten van burgers, om hun rechten en vrijheden zo in te zetten dat ze niet de democratische rechtsstaat ondermijnen (waarbij wederom met name oog moet zijn voor microschendingen). Ook zal het principe van techniekneutraliteit moeten worden verlaten; bepaalde technieken zouden expliciet moeten worden genoemd in de Grondwet en worden verboden of aan banden worden gelegd, bijvoorbeeld door de toegang tot bepaalde technieken voor burgers te begrenzen.

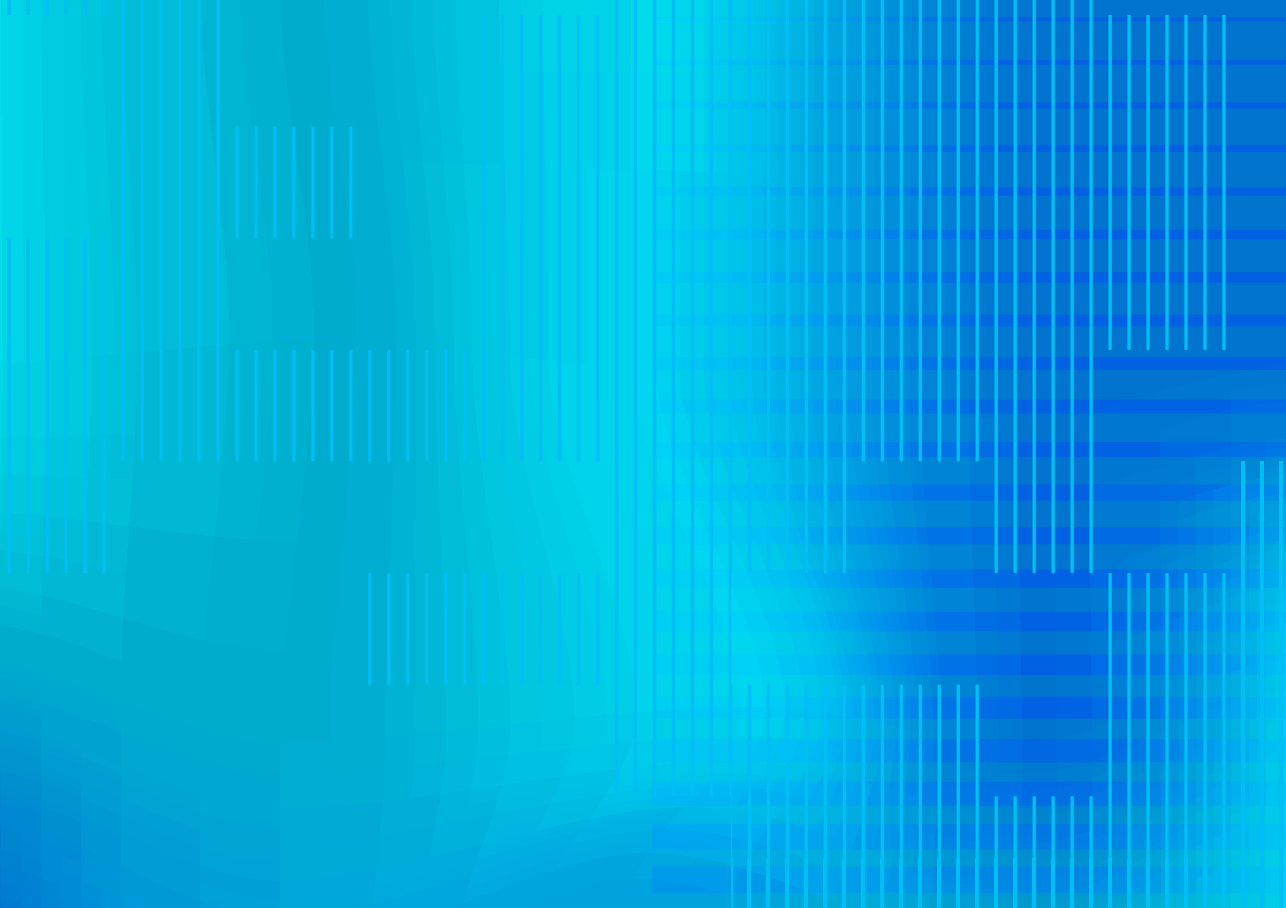
6. Conclusie

Dit essay heeft zich gericht op een handvol onderliggende principes, aannames en benaderingen die aan de Grondwet ten grondslag liggen en die in het licht van de data-gedreven samenleving aangepast zouden moeten worden. Als we nu met een blanco pagina een grondwet zouden ontwerpen, dan zou die er op fundamentele punten anders uitzien dan de huidige. En waarom zouden we dat eigenlijk niet doen? De wereld is in de afgelopen drie decennia radicaal veranderd en zal dat naar alle waarschijnlijkheid in de komende drie decennia nog sterker doen. Het heeft weinig zin om *coûte que coûte* met staande principes te blijven werken. Een nieuwe wereld vraagt om een nieuwe doordinking van hoe algemene waarden als rechtvaardigheid, gelijkheid, democratie en rechtsstaat het best kunnen worden vervat in juridische doctrines. Laten we daarom weer opnieuw beginnen en vanuit de huidige realiteit een nieuwe grondwet vervaardigen. Natuurlijk zullen staatsrechtjuristen gaan steigeren bij deze gedachte; het zou immers betekenen dat eeuwenoude doctrines misschien zullen verdwijnen. Maar met mijn vroegere promotor denk ik hoe langer hoe meer dat het probleem met het staatsrecht misschien wel vooral de staatsrechtjuristen zijn. De punten die in ieder geval zouden moeten worden meegenomen bij de formulering van een grondwet van en voor de 21^e eeuw zijn:

1. De Grondwet kent een principe van transparantiepariteit; des te meer een dataverwerkende partij weet over de burger, des te groter de transparantieplicht die op die partij rust.
2. Als partijen data-gedreven besluiten te werken en datatechnieken inzetten, moet vooraf een inschatting van de effectiviteit worden gemaakt, een nulmeting worden verricht, benchmarks worden geformuleerd en een horizonbepaling worden opgenomen;

algoritmen met aanmerkelijke gevolgen moeten minstens drie goed verdedigbare uitkomsten geven.

3. Er geldt een positieve plicht voor de staat om belangrijke digitale diensten zelf aan te bieden, kritische infrastructuur in handen te nemen en om aan adequate datacuratie te doen en daarbij te zorgen dat algoritmen niet worden getraind op oude, incorrecte of gebiaseerde data.
4. De Grondwet zou onverkort op zowel verticale als op diagonale relaties van toepassing moeten zijn; de kernvraag bij de toepasselijkheid is daarbij niet zozeer de vraag of de rechteninperking door een private of een publieke partij wordt geïnitieerd, maar de machtsverhouding tussen de burger en deze partij.
5. Bij privaat-publieke en andere samenwerkingen zouden drie kernprincipes moeten gelden: (1) het strengste regime dat op een van de samenwerkende partijen rust, is op alle samenwerkende partijen van toepassing, (2) de burger kan een ieder van de samenwerkende partijen aansprakelijk stellen voor fouten in het proces, ook als die door een andere samenwerkende partij is begaan en (3) als het gaat om publieke taken en publieke belangen is democratische controle gewaarborgd.
6. Grondrechten zouden niet zozeer individuele belangen moeten beschermen, maar met name de belangen van groepen en categorieën.
7. Bij de vraag of een rechtsgoed geschonden is, is er oog voor het cumulatieve effect van microschendingen en voor machtsdisequilibrium. Een groot machtsverschil zonder adequate grenzen, voorwaarden aan en toezicht op die macht is als zodanig een schending van de Grondwet.
8. Het uitgangspunt moet niet zozeer een hypothetische situatie zijn waarin rechtsgoederen onaangetast zijn, maar eentje waarin rechtsgoederen per definitie zijn aangetast, beperkt en begrensd.
9. Grondrechten worden weer primair als grondplichten voor machtige partijen gezien om hun macht niet te misbruiken of arbitrair in te zetten, in plaats van als subjectieve rechten van natuurlijke personen. Het toezicht op en de handhaving van de Grondwet is dan ook niet primair bij de burger belegd.
10. Grondplichten zijn niet alleen op de staat of machtige private partijen van toepassing, ook de burger heeft grondplichten. Hij mag zijn vrijheid niet inzetten om de vrijheid van anderen te beperken of de democratische rechtsstaat te ondermijnen.



Het recht op vrije verkiezingen

Leon Trapman*

1. Inleiding

Verkiezingen vormen de kern van onze vertegenwoordigende democratie. Om te kunnen spreken van vrije en eerlijke verkiezingen moet het verkiezingsproces aan een aantal fundamentele uitgangspunten voldoen. Een aantal van die uitgangspunten is vastgelegd in de Grondwet. Allereerst komt daarbij artikel 4 Gw in beeld, dat luidt: ‘Iedere Nederlander heeft gelijkelijk recht de leden van algemeen vertegenwoordigende organen te verkiezen alsmede tot lid van deze organen te worden verkozen, behoudens bij de wet gestelde uitzonderingen’. Met de term ‘gelijkelijk’ wordt bedoeld dat iedere kiezer één stem (of althans een gelijk aantal stemmen als iedere andere kiezer) mag uitbrengen.¹ Het artikel vormt daarmee een waarborg voor het principe van ‘one man, one vote’. Een ander voorbeeld betreft artikel 53 lid 2 Gw, dat voorschrijft dat ‘[d]e verkiezingen worden gehouden bij geheime stemming’. Ook het stemgeheim is zo’n fundamenteel uitgangspunt voor een vrij en eerlijk verkiezingsproces.

Over een ander, zeer belangrijk uitgangspunt zwijgt de Grondwet echter. Het lijkt geen twijfel dat kiezers hun stem *in vrijheid* moeten kunnen uitbrengen. Zij mogen niet onder druk gezet of omgekocht worden om een bepaalde stem uit te brengen. Ook pogingen om iemand te verhinderen te gaan stemmen zijn, vanzelfsprekend, problematisch. Het belang van het vrije kiesrecht reikt bovendien nog verder. Uit het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM) en de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) volgt dat kiezers in de aanloop naar de verkiezingen hun mening in vrijheid moeten kunnen vormen. Het is deze vrije meningsvorming die door recente technologische ontwikkelingen wordt bedreigd. De verspreiding van

* Mr. L.S.A. Trapman is docent en promovendus bij de vaksectie Staatsrecht van de Radboud Universiteit. Zijn proefschrift wordt uitgegeven door Wolters Kluwer: L.S.A. Trapman, *Kiesrecht, verkiezingen en verkiezingscampagnes*, Deventer: Wolters Kluwer 2024. De auteur dankt Manon Hermans voor haar commentaar op een eerdere versie van deze bijdrage.

1 *Kamerstukken II 1976/77, 13872, nr. 3, p. 26.*

desinformatie, gepersonaliseerde (politieke) advertenties, het gebruik van kunstmatige intelligentie en de ondoorgroendelijke algoritmes van sociale mediaplatforms zetten de autonomie van de kiezer onder druk.

Deze bijdrage richt zich op de inhoud en het belang van het principe van het vrije kiesrecht. Om de betekenis van ‘vrij’ kiesrecht af te kunnen bakenen, zal ik in paragraaf 2 eerst een blik werpen op artikel 3 Protocol 1 EVRM, waarin dit uitgangspunt duidelijk tot uitdrukking komt. In paragraaf 3 ga ik in op de grondwetsherziening van 1983, waarbij er even zicht was op een grondwettelijke codificatie van dit uitgangspunt, en op de organieke wetgeving waarin het uitgangspunt een rol speelt. Vervolgens beschrijf ik, in paragraaf 4, de manieren waarop recente technologische ontwikkelingen het vrije kiesrecht onder druk zetten. Paragraaf 5 sluit af en zet de redenen voor grondwettelijke codificatie van het vrije kiesrecht op een rij. Het zal duidelijk worden dat vrij kiesrecht een wezenlijk uitgangspunt van het verkiezingsproces betreft dat enkel en alleen om die reden al een grondwettelijke bescherming verdient. Daar komen de uitdagingen die verschillende moderne technologieën bieden nog eens bij: genoeg reden om tot grondwettelijke codificatie over te gaan.

2. Artikel 3 Protocol 1 EVRM

Artikel 3 Protocol 1 EVRM waarborgt het recht op vrije en eerlijke verkiezingen en luidt: ‘De Hoge Verdragsluitende Partijen verbinden zich om met redelijke tussenpozen vrije, geheime verkiezingen te houden onder voorwaarden die de vrije meningsuiting van het volk bij het kiezen van de wetgevende macht waarborgen.’ In een nog altijd gestaag oplopend aantal zaken heeft het EHRM zich gebogen over de betekenis van dit artikel. Uit die rechtspraak blijkt dat het EHRM het vrije kiesrecht beschouwt als de hoeksteen van de bescherming die artikel 3 Protocol 1 EVRM beoogt te bieden. Het feit dat de verkiezingen moeten plaatsvinden ‘onder voorwaarden die de vrije meningsuiting van het volk bij het kiezen van de wetgevende macht waarborgen’, betekent dat de kiezer in geen enkele fase van het verkiezingsproces onderworpen mag worden aan ‘ongeoorloofde beïnvloeding’. Daaruit volgt dat het vrije kiesrecht in twee aspecten

uiteenvalt: de vrijheid om een mening te *vormen* en de vrijheid om die mening (bij het stemmen) te *uiten*.²

Hoewel het vrije kiesrecht in de rechtspraak van het EHRM als wezenskenmerk van verkiezingen wordt gepresenteerd, heeft het EHRM moeite om alle aspecten van het vrije kiesrecht te beschermen. Waar bescherming van het recht van kiezers om hun mening te *uiten* weinig problemen oplevert, is dat anders voor wat betreft het recht op vrije meningsvorming. Dit blijkt duidelijk uit de uitspraak van het EHRM in de zaak *Russian Conservative Party of Entrepreneurs and Others/Russia* uit 2007, waarin een kiezer klaagde over de schending van zijn vrije kiesrecht, omdat de Russische autoriteiten hadden geweigerd de kandidaat van zijn keuze aan de verkiezingen te laten deelnemen. Hij kon nu niet op zijn favoriete kandidaat stemmen en aldus, zo voerde hij aan, niet in vrijheid kiezen. Het EHRM ging daar om twee redenen niet in mee.³ Ten eerste speelde hier een bewijsprobleem: het proces van vrije meningsvorming speelt zich af in het hoofd van de kiezer en leent zich daarom slecht voor rechterlijke evaluatie. Ten tweede is het niet meer dan normaal dat de kiezer zijn voorkeur in aanloop naar de verkiezingen wijzigt, als gevolg van politieke gebeurtenissen of de verkiezingscampagne. Een gedwarsboomde stemvoorkeur kan dus geen schending van het vrije kiesrecht opleveren.

Zo wordt duidelijk dat het EHRM de vrije meningsvorming maar zeer beperkt kan beschermen. Slechts waar het gaat om situaties waarin een nationale overheid haar neutraliteitsplicht schendt, door sommige kandidaten op oneigenlijke gronden te bevoordelen ten opzichte van andere, kan het EHRM optreden. De gedachte is hier dat een neutrale overheidsopstelling de kiezer een 'eerlijk' beeld oplevert van de deelnemers en hem zo in staat stelt een vrije keuze te maken. Gelijke behandeling van kandidaten en vrije meningsvorming van de kiezer zijn zo twee kanten van dezelfde medaille. Of een overheid haar neutraliteitsplicht heeft geschonden, kan het EHRM wél makkelijk beoordelen.⁴ Slechts in zoverre (en dus met een omweg) kan het EHRM de vrije meningsvorming met zijn uitspraken beschermen.

2 EHRM 11 januari 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0111JUD005506600 (*Russian Conservative Party of Entrepreneurs and Others/Russia*), par. 71.

3 EHRM 11 januari 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0111JUD005506600 (*Russian Conservative Party of Entrepreneurs and Others/Russia*), par. 76. Het EHRM constateerde in de paragrafen 65-67 overigens wel dat de uitsluiting van de betreffende kandidaat in strijd was met artikel 3 Protocol 1 EVRM.

4 Zie bijvoorbeeld EHRM 19 juni 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0619JUD002940005 (*Communist Party of Russia and Others/Russia*).

Uit het EVRM vloeien, afgezien van het beginsel van neutraliteit, geen *verplichtingen* voort om maatregelen te nemen die de vrije meningsvorming waarborgen. Wel krijgen de verdragspartijen daartoe de *ruimte*. Binnen deze *margin of appreciation* mogen zij maatregelen nemen die het verloop van het publieke debat in verkiezingstijd normeren. Het EHRM beoordeelt vervolgens of de verdragspartijen de grenzen van deze ruimte niet hebben overschreden. Gewezen zij op de jurisprudentie van het EHRM inzake bestedingslimieten tijdens de verkiezingscampagne, waarin werd bepaald dat zulke bestedingslimieten er niet toe mogen leiden dat effectieve deelname aan het publieke debat in verkiezingstijd onmogelijk wordt.⁵ In dat geval vormt de maatregel ter bescherming van de vrije meningsvorming een disproportionele beperking op de vrijheid van meningsuiting ex artikel 10 EVRM.⁶

3. Het vrije kiesrecht op nationaal niveau

3.1 *De grondwetsherziening van 1983*

Met de grondwetsherziening van 1983 werd het stemgeheim grondwettelijk vastgelegd. Artikel 53 lid 2 Grondwet bepaalt sindsdien: ‘De verkiezingen worden gehouden bij geheime stemming.’ Bij de parlementaire behandeling van dat artikel kwam de vraag aan de orde of ook het vrije kiesrecht vastgelegd moest worden. De regering beantwoordde die vraag ontkennend, met als discutabele onderbouwing dat het vrije kiesrecht, in tegenstelling tot het stemgeheim, niet in concrete bepalingen in de Kieswet was vastgelegd, waarmee grondwettelijke codificatie niet voor de hand lag.⁷ Mijns inziens pleit het zwijgen van de Kieswet juist voor (grondwettelijke) codificatie, zeker nu de regering niet naliet om het belang van het vrije kiesrecht te benadrukken:

Onder vrije verkiezingen worden verstaan verkiezingen waarbij de kiezers niet onderworpen zijn aan enige ongeoorloofde beïnvloeding, hetzij van overheidswege, hetzij van andere zijde. Ongetwijfeld mag dit ook een wezenskenmerk van democratische verkiezingen worden genoemd.⁸

5 Deze afweging maakt het EHRM ook in zijn oordelen omtrent verboden op politieke advertenties via audiovisuele media: ECLI:CE:ECHR:2001:0628JUD002469994 (*Verein gegen Tierfabriken Schweiz (Vgt)/Switzerland*); EHRM 11 december 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:1211JUD002113205 (*TV Vest AS and Rogaland Pensjonistparti/Norway*); EHRM 22 april 2013, ECLI:CE:ECHR:2013:0422JUD004887608 (*Animal Defenders International/the United Kingdom*).

6 EHRM 19 februari 1998, ECLI:CE:ECHR:1998:0219JUD002483994 (*Bowman/the United Kingdom*), par. 47.

7 *Kamerstukken II 1978/79*, 14223, nr. 6, p. 5.

8 *Kamerstukken II 1978/79*, 14223, nr. 6, p. 5.

Kamerlid Waltmans diende vervolgens een amendement in dat de voorgestelde bepaling wilde wijzigen van ‘de stemmingen zijn geheim’ naar ‘de stemmingen zijn geheim en vrij’.⁹ De minister wees het amendement af, maar gaf tegelijkertijd aan dat het zinvoller zou zijn als het amendement de vrije *verkiezingen* zou waarborgen, en niet slechts de vrije *stemmingen*.¹⁰ Daarmee onderstreepte de minister dat ongeoorloofde kiezersbeïnvloeding niet alleen bij het uitbrengen van de stem voorkomen moet worden, maar ook in het daaraan voorafgaande proces van meningsvorming. Evenals het EHRM in zijn rechtspraak doet, werd hier dus onderscheid gemaakt tussen de vrije *meningsuiting* en de vrije *meningsvorming*. Volgens de regering viel de vrije *meningsuiting* samen met het stemgeheim, dat al grondwettelijke bescherming ten deel viel. Het tegengaan van ongeoorloofde kiezersbeïnvloeding in de fase die aan de stemming voorafgaat zou, ingevolge artikel 59 Gw, in de Kieswet geregeld moeten worden.

De minister bleek bij de plenaire behandeling van het wetsvoorstel echter alsnog vatbaar voor de argumenten van Waltmans, die aantoonde dat het *stemgeheim* en de *stemvrijheid* gedeeltelijk overlappen, maar niet volledig samenvallen. Waltmans wees op het ronselen van stemmen, een praktijk die het stemgeheim niet bedreigt, maar de stemvrijheid wel onder druk zet.¹¹ De minister wees vervolgens op verschillende internationale verdragen en (artikel 46 van) het Statuut voor het Koninkrijk, waarin het vrije kiesrecht ook was vastgelegd. Een grondwettelijke vermelding zou daar goed bij aansluiten. De discussie die zich daarop in de Tweede Kamer ontspon, bracht echter weinig duidelijkheid omtrent het precieze verschil tussen het *stemgeheim* en de *stemvrijheid*. Daarnaast werd betwijfeld of een grondwettelijke vermelding de gevaren voor de stemvrijheid zou kunnen tegengaan. Ook speelde mee dat men het niet eens werd over de bewoordingen waarin het vrije kiesrecht in de Grondwet opgenomen zou moeten worden: ging het om vrije stemmingen of om vrije verkiezingen in brede zin? Dit alles leidde ertoe dat het amendement uiteindelijk werd verworpen.¹²

Wat de discussie niet geholpen zal hebben, is het feit dat het vrije kiesrecht weliswaar in internationale verdragen en het Statuut voor het Koninkrijk was opgenomen, maar (nog) niet nader was

9 Kamerstukken II 1979/80, 14223, nr. 19.

10 Kamerstukken II 1979/80, 14223, nr. 27, p. 1.

11 Handelingen II 1979/80, nr. 44, p. 2729 en opnieuw Handelingen II 1979/80, nr. 47, p. 2874-2875.

12 Handelingen II 1979/80, nr. 47, p. 2874.

uitgewerkt. Zo nam de stroom aan kiesrechtelijke jurisprudentie van het EHRM pas een aanvang in 1987. Aan de vermelding in artikel 46 van het Statuut – ‘De verkiezingen zijn vrij en geheim’ – valt op dat bij de parlementaire behandeling van het voorstel voor het Statuut niet op dit element werd ingegaan.¹³ De zinsnede werd klakkeloos overgenomen uit de verschillende interim-regelingen die in aanloop naar de invoering van het Statuut golden voor Suriname en de Nederlandse Antillen. Ook in de bewindsregeling voor Nieuw-Guinea werd het vrije kiesrecht (zonder nadere toelichting) tot uitdrukking gebracht. Het is opmerkelijk dat het vrije kiesrecht dus welhaast als vanzelfsprekendheid in het Statuut is opgenomen, waar dat in het geval van de Grondwet allerminst het geval was.

Helaas verzandde de discussie over de opname van het vrije kiesrecht in de Grondwet onnodig in onduidelijkheid. Aanvankelijk liet de regering immers weinig twijfel bestaan over de betekenis van het vrije kiesrecht: kiezers mogen in geen enkele fase van het verkiezingsproces worden onderworpen aan ‘ongeoorloofde beïnvloeding’, een term die later ook zou opduiken in de rechtspraak van het EHRM over de betekenis van het vrije kiesrecht. Evenals het EHRM, dat spreekt over het vrije kiesrecht als ‘hoeksteen’ van de bescherming die artikel 3 Protocol 1 EVRM moet bieden, beschouwde de regering het vrije kiesrecht als ‘wezenskenmerk’ van een eerlijk verkiezingsverloop. Alleen daarom al verdient het principe alsnog een grondwettelijke vermelding.

3.2 *Organieke wetten*

Bij de grondwetsherziening van 1983 stelde de regering zoals gezegd dat het vrije kiesrecht niet in concrete bepalingen in de Kieswet was vastgelegd. Helemaal juist is dat niet: ook toen al kwam het vrije kiesrecht in enkele bepalingen tot uitdrukking. Zo was het omkopen of zich laten omkopen om een volmacht af te geven al in 1976 strafbaar gesteld.¹⁴ De zogeheten instemmingsverklaring vindt haar oorsprong nog veel eerder, te weten in 1918. Met het ondertekenen van die verklaring stemmen kandidaten in met hun plek op de lijst, een regel die onder andere moet voorkomen dat namen van bekende personen als stuwkracht voor de lijst worden gebruikt, zonder dat zij een zetel willen innemen (of zelfs maar van hun kandidatuur op de hoogte zijn).¹⁵

¹³ Vgl. bijvoorbeeld *Kamerstukken II 1953/54*, 3517, nr. 2, p. 16.

¹⁴ Art. Z 3 lid 1 en 3 Kw.

¹⁵ Art. H 9 lid 1 Kw; *Kamerstukken II 1915/16*, 226, nr. 4, p. 27.

De Kieswetherziening van 1989 betekende een verdere versterking van het vrije kiesrecht. De herziening omvatte onder andere de invoering van een aantal nieuwe bepalingen die ongeoorloofde kiezersbeïnvloeding willen voorkomen. Ik wijs op artikel J 14 Kieswet, dat bepaalt dat de leden van het stembureau geen blijk mogen geven van hun politieke gezindheid. Ook artikel J 36 Kieswet beoogt beïnvloeding te voorkomen: 'In het stemlokaal worden geen activiteiten ontplooid die erop gericht zijn de kiezers in hun keuze te beïnvloeden.' Daarnaast werd het ronselen van volmachten strafbaar gesteld.¹⁶ Ook tijdens de kandidaatstelling poogt de Kieswet om kiezersbeïnvloeding te voorkomen, zoals onder meer blijkt uit het feit dat de registratie van partijaanduidingen die de kiezer kunnen misleiden of verwarren, worden afgewezen.¹⁷

Het uitgangspunt van vrij kiesrecht, en meer in het bijzonder de vrije meningsvorming, vond daarnaast zijn weg naar een andere wettelijke regeling die raakt aan het verkiezingsverloop. In 1999 werd de Wet subsidiëring politieke partijen (Wsp) ingevoerd, op grond waarvan politieke partijen voor een aantal limitatief opgesomde doelen overheidssubsidie kregen.¹⁸ In 2005 werden 'activiteiten in het kader van verkiezingscampagnes' aan deze opsomming toegevoegd, waarover de regering opmerkte dat de waarde van verkiezingscampagnes is gelegen in het adequaat informeren van de kiezer.¹⁹ De aan dit doel te besteden subsidie moet dus de vrije meningsvorming van de kiezer versterken. In 2013 werd de Wsp opgevolgd door de Wet financiering politieke partijen (Wfpp), die de subsidieregeling aanvulde met transparantieverplichtingen voor partijen bij het ontvangen van donaties. Een van de gedachten achter deze transparantiemaatregelen is dat partijen verantwoording afleggen aan de kiezer, die zijn stem mede moet kunnen baseren op de wijze waarop partijen worden gefinancierd. Ook hier gaat het om maatregelen die de meningsvorming van de kiezer moeten faciliteren.

16 Art. Z 8 Kw.

17 Art. G 1 lid 4 sub a en c.

18 Thans art. 7 lid 2 Wfpp.

19 Kamerstukken II 2004/05, 29869, nr. 3, p. 7.

4. De vrije meningsvorming onder druk

4.1 Technologische ontwikkelingen

Het publieke debat speelt zich, ook in verkiezingstijd, in toenemende mate online af. Uit onderzoek van het Commissariaat voor de Media blijkt dat het dagelijks gebruik van traditionele media – radio, televisie en papieren dagbladen – al jaren daalt. Met name jongeren maken vooral gebruik van sociale media. Ook voor televisie en radio nemen jongeren vaak hun toevlucht tot het internet.²⁰ De opkomst van het internet, waar een eindeloze hoeveelheid informatie voor iedereen toegankelijk is, betekende een verbreding van de mogelijkheden voor de kiezer om deel te nemen aan het publieke debat. Die verbreding bevordert, in beginsel, de vrije meningsvorming. Immers: hoe meer informatie de kiezer tot zijn beschikking heeft, des te beter is hij in staat om zijn mening te vormen.

Daar staat echter een aantal belangrijke gevaren tegenover. Zo staat de afgelopen jaren het fenomeen desinformatie in de belangstelling, waarbij de vrees bestaat dat het publieke debat opzettelijk wordt ‘vervuild’ met informatie die onjuist is.²¹ Het opzettelijk verspreiden van desinformatie in verkiezingstijd kwalificeert als ongeoorloofde beïnvloeding van de kiezer, als deze zijn keuze baseert op informatie die niet klopt. Op die manier kan de verspreiding van desinformatie de vrije meningsvorming bedreigen. Dit risico moet niet onderschat worden. Zo onthulde *de Volkskrant* recentelijk dat een Chinees pr-bedrijf een netwerk van meer dan honderd sites inzette om, onder meer in Nederland, pro-Chinese desinformatie te verspreiden.²² Ook legde het Duitse ministerie van Buitenlandse Zaken een Russische desinformatiecampagne bloot, die bestond uit zeker vijftigduizend nepaccounts op X waarmee werd getracht de publieke opinie over de oorlog in Oekraïne te beïnvloeden. Eén van de nepaccounts leek toe te behoren aan de Duitse minister van Buitenlandse Zaken.²³

Een aan desinformatie verbonden fenomeen betreft de verspreiding van *deepfakes*, een vorm van *Artificial Intelligence* (AI) die het mogelijk maakt om niet van echt te onderscheiden filmpjes, foto’s of geluidsfragmenten te produceren. Een recent voorbeeld betreft Slowakije, waar vlak voor de verkiezingen van 2023 een met AI

20 Commissariaat voor de Media, *Mediamonitor* 2023, p. 24.

21 C. Wardle & H. Derakhshan, *Information disorder: Toward an interdisciplinary framework for research and policy making*, Straatsburg: Council of Europe 2017, p. 5.

22 H. Modderkolk, ‘Netwerk van nieuwssites verspreid al jarenlang pro-Chinese desinformatie, ook in Nederland’, *volkskrant.nl*, 7 februari 2024.

23 ‘Duits ministerie legt Russisch netwerk voor desinformatie bloot’, *nos.nl*, 26 januari 2024.

gegenereerde audio-opname werd verspreid, waarop een vooraanstaande politicus en een journalist het vervalsen van de verkiezingsuitslag leken te bespreken.²⁴ Ook buiten verkiezingstijd doen zich zulke situaties voor. Een jaar eerder verkeerde de burgemeester van Berlijn in de veronderstelling een videogesprek te voeren met haar ambtsgenoot in Kiev. In werkelijkheid betrof het een oplichter die zich bediende van *deepfake*-technologie.²⁵

Daar komt bij dat de ondoorzichtige algoritmen van de online (sociale) media de verspreiding van desinformatie in de kaart spelen. Intussen is over de werking van deze algoritmen duidelijk dat zij ophef belonen. Het algoritme van YouTube, bijvoorbeeld, beveelt conflictueuze politieke video's sneller aan en speelt daarmee handig in op de voorkeur van de internetgebruiker.²⁶ Een daaraan tegenovergesteld fenomeen doet zich ook voor. Waar het aanbevelen van content het bereik van die content vergroot, zorgt zogeheten *shadow banning* ervoor dat dat bereik juist wordt beperkt – zonder de verspreider van de betreffende informatie daarover te informeren.²⁷ Het moge duidelijk zijn dat ook deze technologieën het vrije publieke debat, en daarmee de vrije meningsvorming, beïnvloeden. De internetgebruiker krijgt geen ongefilterd beeld van de informatie die voorhanden is, maar is overgeleverd aan de filtermechanismen en het contentbeleid van online sociale mediaplatforms.

Tot slot moet gewezen worden op het gebruik van microtargeting, waarbij politieke adverteerders hun advertenties op basis van verzamelde persoonsgegevens toespitsen op specifieke doelgroepen. De techniek zorgt voor een versnippering van de verkiezingscampagne en ontnemt het publieke debat zijn publieke karakter. Wanneer verschillende kiezers verschillende campagnebeloften te zien krijgen, laat een discussie daarover zich immers lastig voeren. Daarnaast opent microtargeting de deur naar kiezersmanipulatie, omdat adverteerders op basis van opgestelde profielen van internetgebruikers kunnen inspelen op (veronderstelde) angsten en zwakheden van kiezers. Daarbij verdient het opmerking dat sociale mediabedrijven in het verleden hebben bewezen in staat te zijn om zeer gedetailleerde gebruikersprofielen op te stellen. Al in 2013

24 D. Zuidijk, 'Deepfakes in Slovakia preview how AI will change the face of elections', bloomberg.com, 4 oktober 2023.

25 K. van Laarhoven, 'Burgemeester Berlijn voert videogesprek van een half uur met deepfake-Klitsjko', nrc.nl, 25 juni 2022.

26 J. Dekkers, 'Populisme krijgt op YouTube het grootste podium', nrc.nl, 15 januari 2024.

27 T. Beemsterboer, 'Shadow banning: de schimmige manier waarop sociale media het bereik van vooral pro-Palestijnse berichten beperken', nrc.nl, 18 oktober 2023.

toonde onderzoek aan dat uit de 'likes' van Facebookgebruikers informatie kon worden afgeleid omtrent de politieke oriëntatie van de betreffende gebruiker, alsook zijn etniciteit, religie en intelligentie.²⁸ Ook in zulke gevallen, waar politieke adverteerders ongemerkt inspelen op de persoonskenmerken van de gebruiker, worden de keuzevrijheid en vrije meningsvorming van de kiezer bedreigd. Het is daarbij ook mogelijk dat politieke adverteerders persoonsgegevens gebruiken om te bepalen welke kiezers zij *niet* benaderen, een strategie die wordt aangeduid met *political redlining*. Deze kiezers hebben zo een informatieachterstand ten opzichte van de kiezers die wél benaderd worden, waarin opnieuw een bedreiging voor de vrije meningsvorming gezien kan worden.

4.2 Effecten en maatregelen

De bovenstaande voorbeelden leveren anekdotisch bewijs voor de manieren waarop het vrije kiesrecht onder druk komt te staan. De grootschalige effecten van deze technologieën, zoals de invloed die zij hebben op de daadwerkelijke verkiezingsuitslag, laten zich lastig onderzoeken. Er is aanleiding om te veronderstellen dat die effecten meevallen. Zo kan microtargeting kiezers er inderdaad toe verleiden om op een bepaalde partij te stemmen,²⁹ maar die kans lijkt vooral aanwezig waar het gaat om een politieke partij die sowieso al de sympathie van de kiezer genoot. Daar komt bij dat de afgelopen verkiezingen hebben bewezen dat het heel goed mogelijk is om zetels te winnen zonder online campagne te voeren. Aan het feit dat zowel PVV als NSC online geen campagne voerde, heeft de kiezer zich weinig gelegen laten liggen. Ook lijkt de vrees voor de schadelijke effecten van de aanbevelingssystemen van sociale media, voor zover die effecten bestaan uit het creëren van filterbubbels waarbinnen gebruikers steeds radicalere content voorgeschoteld krijgen, grotendeels ongegrond.³⁰ Tot slot is duidelijk dat het algoritme van YouTube weliswaar ophef beloont, maar dat politieke partijen die deze ophef creëren niet per se verzekerd zijn van de verkiezingswinst.³¹

28 M. Kosinski, D. Stillwell & T. Graepel, 'Private traits and attributes are predictable from digital records of human behavior', *Proceedings of the National Academy of Sciences* 2013, p. 5802-5805.

29 B. Zarouali e.a., 'Using a personality-profiling algorithm to investigate political microtargeting: assessing the persuasion effects of personality-tailored ads on social media', *Communication Research* 2022, p. 1066-1091.

30 K. Tiffany, 'Very, very few people are falling down the YouTube rabbit hole', *theatlantic.com*, 30 augustus 2023.

31 J. Dekkers, 'Populisme krijgt op YouTube het grootste podium', *nrc.nl*, 15 januari 2024.

Dat het gebruik van de genoemde technologieën beperkte effecten lijkt te hebben, neemt echter niet weg dat deze technieken op gespannen voet staan met het idee van een verkiezingscampagne: een publiek debat dat de kiezer in staat stelt om zijn stem te bepalen, waarbij van belang is dat de verspreide informatie kloppend en volledig is. De gemene deler van de genoemde beïnvloedings-technieken is dat zij de mening van de kiezer kunnen beïnvloeden, zonder dat de kiezer weet dat dat gebeurt (en hoe dan precies). Het is dan ook alleszins begrijpelijk dat er allerlei initiatieven worden ontplooid om deze uitdagingen het hoofd te bieden. Media spannen zich in om heimelijke beïnvloedingspogingen te onthullen en wetenschappers proberen de effecten ervan te onderzoeken. Tijdens verkiezingen controleren *factcheckers* de feitelijke juistheid van verspreide informatie: Nieuwscheckers, dat opereert onder de vlag van de Universiteit Leiden, is daarvan een voorbeeld. Ook komen verschillende vormen van zelfregulering tot stand. Op initiatief van de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties werd in aanloop naar de Tweede Kamerverkiezingen van 2021 de Gedragscode transparantie online politieke advertenties opgesteld, die door de meeste politieke partijen en door een aantal grote internetdiensten (Snap, Meta, Google en TikTok) werd ondertekend. Met het ondertekenen van de gedragscode committeren partijen zich er onder meer aan om terughoudend te zijn met het gebruik van microtargeting. Op Europees niveau kan gewezen worden op de Code of Practice on Disinformation, die onder begeleiding van de Europese Commissie is opgesteld om de verspreiding van desinformatie tegen te gaan. De Code is door vierendertig grote spelers, waaronder opnieuw Google, Meta en TikTok, ondertekend.

Naast deze vormen van zelfregulering wordt ook gewerkt aan bindende regelgeving om de bezwaren tegen de genoemde technologieën te adresseren. Deze regelgeving krijgt met name op Europees niveau gestalte, waar de Europese Commissie in 2020 bijvoorbeeld het Actieplan voor Europese democratie aannam.³² Dit Actieplan moet een vrij en eerlijk verkiezingsverloop bevorderen, de mediavrijheid versterken en de verspreiding van desinformatie tegengaan. Een nieuwe Verordening betreffende transparantie en gerichte politieke reclame maakt daarvan onderdeel uit.³³ Deze Verordening gaat het gebruik van microtargeting aan banden leggen

32 COM(2020) 790 final.
33 COM(2021) 731 final.

door vergaande transparantie voor te schrijven en de verwerking van persoonsgegevens te beperken. Daarnaast kan gewezen worden op de Wet Digitale Diensten, die grote onlineplatforms ertoe verplicht om de ‘systemische risico’s’ die de platforms opleveren voor de democratie, te beperken. Ook wordt de laatste hand gelegd aan een Europese Wet op de Artificiële Intelligentie, die onder meer bepaalde vormen van AI moet gaan verbieden.³⁴

Een inhoudelijke bespreking van al deze regels gaat het bestek van deze bijdrage te buiten.³⁵ Ik stip ze aan om te benadrukken dat de discussie over het verloop van het publieke debat op dit moment met name op Europees niveau gevoerd wordt, terwijl het verkiezingsdebat – de Europese Parlementsverkiezingen daargelaten – toch met name een *nationaal* vraagstuk is. De Nederlandse wetgever heeft zich tot nu echter toe steeds onthouden van campagneregulering. Met een beetje goede wil is het uitgangspunt van vrije meningsvorming in de Wfpp terug te vinden, maar daar speelt het slechts op de achtergrond een rol. Wel blijkt uit het conceptvoorstel voor de aangekondigde Wet op de politieke partijen (Wpp) dat het belang van de vrije meningsvorming verder op de voorgrond komt te staan. In navolging van Europese regelgeving wil het wetsvoorstel het gebruik van microtargeting aan banden leggen en zo de risico’s voor de vrije meningsvorming beperken. Voor het overige geldt echter dat het uitgangspunt van vrije meningsvorming, dat ongetwijfeld tot de kern van het kiesrecht behoort, niet de aandacht van de (grond)wetgever geniet die het verdient. Op het moment dat tal van ontwikkelingen het vrije kiesrecht onder druk zetten, groeit de toegevoegde waarde van een grondwettelijke waarborg die de wetgever er ten eerste toe verplicht om het uitgangspunt te beschermen.

5. Pleidooi voor een grondwettelijke codificatie

In deze bijdrage bleek dat zowel op nationaal als op internationaal niveau geen twijfel bestaat omtrent de inhoud en het belang van het uitgangspunt van ‘vrij kiesrecht’. Het vrije kiesrecht valt uiteen in een recht voor de kiezer om zijn stem in vrijheid uit te brengen en een recht om zijn stem in vrijheid te bepalen. Dit tweede aspect – de vrije meningsvorming – kan door het EHRM maar beperkt beschermd worden. Een grondwettelijke waarborg heeft daar toegevoegde

34
35

COM(2021) 206 final.
Voor zover het de regulering van microtargeting betreft, verwijs ik daarvoor naar mijn proefschrift: L.S.A. Trapman, *Kiesrecht, verkiezingen en verkiezingscampagnes*, Deventer: Wolters Kluwer 2024.

waarde. Het is opvallend dat de grondwetgever in 1983 het belang van het vrije kiesrecht benadrukte en karakteriseerde als ‘wezenskenmerk’ van het verkiezingsproces, maar desondanks naliet om in een grondwettelijke waarborg te voorzien. Alleen daarom al ligt het voor de hand om alsnog tot een grondwettelijke vermelding over te gaan. De Grondwet bevat de basisnormen van ons constitutionele bestel en het vrije kiesrecht maakt daar ontegenzeggelijk onderdeel van uit.

Technologische ontwikkelingen die het vrije kiesrecht onder druk zetten maken de omissie in de Grondwet des te nijpender. De verspreiding van desinformatie, het gebruik van *deepfakes*, de ondoorzichtige algoritmen van internetplatforms en de toepassing van microtargeting veranderen de dynamiek van de verkiezingscampagne en staan op gespannen voet met het idee dat de kiezer zijn keuze moet kunnen baseren op kloppende en volledige informatie. Een grondwettelijke vermelding van het vrije kiesrecht neemt deze risico’s op zichzelf niet weg, maar draagt de wetgever wel op om het beginsel te beschermen op het moment dat het vrije kiesrecht onder druk komt te staan. Uit het kader van het EHRM volgt deze opdracht zoals gezegd niet. Het al dan niet nemen van maatregelen ter bescherming van de vrije meningsvorming valt, het in acht nemen van neutraliteit ten opzichte van de kandidaten daargelaten, binnen de *margin of appreciation* die de partijen bij het EVRM toekomt bij het vormgeven van het publieke debat in verkiezingstijd. Om dit tekort op te heffen, zou artikel 53 lid 2 Grondwet in het vervolg kunnen bepalen: ‘De verkiezingen zijn vrij en worden gehouden bij geheime stemming.’



Behoorlijk bestuur in een digitale leefomgeving: naar een recht op algoritmische besluitvorming?

Johan Wolswinkel*

1. Inleiding

De rol van het openbaar bestuur (als uitvoerende macht binnen de trias politica) is de afgelopen decennia steeds verder gegroeid. In dit verband wordt wel gesproken over de opkomst van de *administrative state*.¹ Maar dat is niet de enige relevante verschuiving die zich heeft voorgedaan. Binnen datzelfde openbaar bestuur is de rol van technologie steeds verder toegenomen, als gevolg waarvan de *administrative state* langzaam transformeert in een *algorithmic state*.²

Mede als gevolg van de snelle opkomst van artificiële intelligentie (AI) staat de verhouding tussen technologie en recht (opnieuw) in de schijnwerpers. In zijn rapport uit 2021 duidt de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) artificiële intelligentie aan als ‘de nieuwe systeemtechnologie’ die de samenleving fundamenteel zal veranderen.³ De WRR laat nadrukkelijk doorschemeren dat de regulering van AI, als een van de opgaven waarvoor deze systeemtechnologie de samenleving stelt, te belangrijk is om enkel aan de Europese wetgever over te laten.⁴ Ook na de komst van de Europese AI-Verordening – en een AI-Verdrag binnen de Raad van Europa⁵ –

* Prof. mr. dr. C.J. Wolswinkel is hoogleraar Bestuursrecht aan Tilburg University.

1 Zie bijvoorbeeld M. Tushnet, ‘Introduction: The Pasts & Futures of the Administrative State’, *Daedalus* 2021-3, p. 5-16.

2 Zie uitgebreider over de gevolgen van digitalisering voor de verhouding tussen de staatsmachten: R. Passchier, *Artificiële intelligentie en de rechtsstaat. Over verschuivende overheidsmacht, Big Tech en de noodzaak van constitutioneel onderhoud*, Amsterdam: Boom 2020.

3 Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Opgave AI. De nieuwe systeemtechnologie*, WRR: Den Haag 2021 (hierna: WRR 2021).

4 WRR 2021, p. 425.

5 Framework Convention on artificial intelligence and human rights, democracy and the rule of law, CETS No. 225.

resteren talloze (fundamentele) kwesties, bijvoorbeeld hoe algoritmische besluitvorming in relatie tot de rechtspositie van burgers de verschillende constitutionele uitgangspunten onder druk zet of zelfs transformeert.⁶ Tegelijk ontbreekt in het rapport van de WRR iedere verwijzing naar de Nederlandse Grondwet. Dat roept de vraag op welke rol in dit verband eigenlijk is weggelegd voor de grondwetgever. In hoeverre is de Grondwet – als basis voor het nationale staatsbestel – voldoende in staat om de uitdagingen van technologische ontwikkelingen binnen het openbaar bestuur het hoofd te bieden? Die vraag staat centraal in dit essay. Daarbij wordt betoogd dat de zorg van de overheid voor het beschermen én benutten van de digitale leefomgeving moet worden verankerd om algoritmische kleur te geven aan een (technologieneutraal) recht op behoorlijk bestuur.

2. Naar een digitale leefomgeving

2.1 *Regulering van een (nieuwe) systeemtechnologie*

Hoewel AI momenteel wordt gepresenteerd als de ‘nieuwe’ systeemtechnologie, is geautomatiseerde besluitvorming zeker niet nieuw binnen het openbaar bestuur. In de jaren tachtig van de vorige eeuw werden al de eerste geautomatiseerde systemen binnen het openbaar bestuur in gebruik genomen om grootschalige besluitvorming sneller en efficiënter te laten plaatsvinden, bijvoorbeeld op het terrein van de sociale zekerheid.⁷ Die geautomatiseerde beslis-systemen werden destijds aangeduid als ‘expertsystemen’,⁸ die tot de tak van de logische AI worden gerekend.⁹ Na deze eerste kennis-making van de samenleving met AI is sinds 2010 sprake van hernieuwd momentum, mede als gevolg van de toegenomen rekenkracht van computers en enorme hoeveelheden beschikbare data. Met name de ‘lerende’ tak van AI is aan een snelle opmars bezig, waarop ook overheden nadrukkelijk inspringen.¹⁰

6 WRR 2021, p. 294.

7 Zie hierover onder meer I.Th.M. Snellen, ‘Het automatiseren van beschikkingen bestuurskundig beschouwd’, in: *Beschikken en automatiseren* (VAR-reeks 110), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1993, p. 65-70, en S. Zouridis, *Digitale disciplineren. Over ICT, organisatie, wetgeving en het automatiseren van beschikkingen*, Delft: Eburon 2000, met betrekking tot geautomatiseerde besluitvorming over studiefinanciering en over verkeersvoorschriften.

8 H. Franken, ‘Kanttekeningen bij het automatiseren van beschikkingen’, in: H. Franken, I.Th.M. Snellen, J. Smit & A.W. Venstra, *Beschikken en automatiseren* (VAR-reeks 110), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1993, p. 12.

9 C. Grosan & A. Abraham, *Intelligent Systems. A Modern Approach*, Berlijn/Heidelberg: Springer 2011.

10 WRR 2021, p. 77-78.

Die sprong van AI uit het lab naar de samenleving leidt de WRR tot de oproep om AI als een systeemtechnologie te beschouwen, die de samenleving voor verschillende opgaven stelt. Wat betreft de reguleringsopgave bepleit de WRR een transitie van reactie naar regie, die zich niet moet beperken tot de normering van AI als zodanig,¹¹ maar zich moet uitstrekken tot de bredere implicaties van AI voor de ‘digitale leefomgeving’.¹² In dat verband beveelt de WRR concreet aan om de regulering van AI te koppelen aan een discussie over de inrichting van de ‘digitale leefomgeving’ en in deze context een brede wetgevingsagenda op te stellen, zoals in het verleden ook is gebeurd met de ‘fysieke leefomgeving’ en de ruimtelijke ordening in het bijzonder.¹³ Die parallel met de fysieke leefomgeving roept voor dit essay de vraag op hoe de fysieke leefomgeving eigenlijk grondwettelijk is verankerd.

2.2 Grondwettelijke bescherming van de fysieke leefomgeving

Artikel 21 van de Grondwet bevat een sociaal grondrecht in verband met de fysieke leefomgeving:

De zorg van de overheid is gericht op de bewoonbaarheid van het land en de bescherming en verbetering van het leefmilieu.

Hoewel taalkundig gezien wellicht voor de hand ligt om ‘de fysieke leefomgeving’ gelijk te stellen met ‘het leefmilieu’, wordt blijkens de grondwetsgeschiedenis de term ‘leefmilieu’ vooral gehanteerd in relatie tot milieubescherming,¹⁴ terwijl bijvoorbeeld de ruimtelijke ordening wordt gerekend tot ‘de bewoonbaarheid van het land’.¹⁵ Er is binnen artikel 21 van de Grondwet dus sprake van twee verschillende kernbegrippen die onderling kunnen conflicteren. Gezamenlijk geven ze echter uitdrukking aan de zorg van de overheid voor de ‘fysieke leefomgeving’.¹⁶

Artikel 21 van de Grondwet bevat geen expliciete opdracht tot wetgeving ten aanzien van de fysieke leefomgeving. Wel presenteert de Omgevingswet, die in 2024 in werking is getreden, zich nadrukkelijk als concretisering van deze grondwettelijke bepaling. In de aanhef van

11 WRR 2021, par. 7.1.

12 WRR 2021, par. 7.2.

13 WRR 2021, p. 424-425.

14 Vgl. *Kamerstukken II 2013/14*, 33 962, nr. 3, p. 63: ‘De Grondwet kent wel een opdracht aan de overheid tot het verbeteren van het leefmilieu, maar een algemene opdracht tot het verbeteren van de fysieke leefomgeving zou te ver voeren.’

15 F.M. Fleurke, ‘Artikel 21 Grondwet’, in E.M.H. Hirsch Ballin, E.J. Janse de Jonge & G. Leenknecht (red.), *Uitleg van de Grondwet*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 422.

16 Vgl. *Kamerstukken II 2013/14*, 33 962, nr. 3, p. 21 en 72.

de Omgevingswet wordt namelijk – met expliciete verwijzing naar artikel 21 van de Grondwet – overwogen dat het wenselijk is om met het oog op duurzame ontwikkeling samenhangende, doelmatige en vereenvoudigde regels te stellen over ‘het beschermen en benutten van de fysieke leefomgeving’. Die grondwettelijke oriëntatie op de fysieke leefomgeving komt verder terug in de tweeledige doelstelling van de Omgevingswet, namelijk met het oog op ‘duurzame ontwikkeling, de bewoonbaarheid van het land en de bescherming en verbetering van het leefmilieu’¹⁷ het *in onderlinge samenhang* (a) bereiken en in stand houden (ofwel: beschermen) van een veilige en gezonde fysieke leefomgeving en een goede omgevingskwaliteit, ook vanwege de intrinsieke waarde van de natuur, en (b) doelmatig beheren, gebruiken en ontwikkelen (ofwel: benutten) van de fysieke leefomgeving ter vervulling van maatschappelijke behoeften.¹⁸

Intussen is de betekenis van dit sociale grondrecht inzake de fysieke leefomgeving in de rechtspraak beperkt als het gaat om een in rechte afdwingbaar recht. Zo overwoog de rechtbank in de befaamde *Urgenda*-zaak dat uit artikel 21 van de Grondwet niet een rechtsplicht van de Staat jegens Urgenda kan worden afgeleid.¹⁹ In plaats daarvan worden uit ‘klassieke’ grondrechten, in het bijzonder het recht op leven (artikel 2 EVRM) en het recht op bescherming van privéleven (artikel 8 EVRM), in rechte afdwingbare aanspraken op bescherming van de fysieke leefomgeving afgeleid.²⁰

2.3 *Grondwettelijke bescherming van de digitale leefomgeving?*

Voor de digitale leefomgeving zou een vergelijkbare actieve zorgplicht voor de overheid kunnen worden gedefinieerd:²¹

De zorg van de overheid is gericht op het beschermen en benutten van de digitale leefomgeving.

Met ‘benutten’ naast ‘beschermen’ wordt de dualiteit tot uitdrukking gebracht die eveneens kenmerkend is voor artikel 21 van de Grondwet inzake de fysieke leefomgeving. De overheid zal niet alleen oog moeten hebben voor de risico’s die gepaard gaan met de inzet van technologie, maar ook voor de nieuwe

17 De aan artikel 21 van de Grondwet ontleende zinsnede is toegevoegd om het begrip ‘duurzame ontwikkeling’ een onderscheidende, op toekomstige generaties gerichte betekenis te geven (*Kamerstukken II* 2014/15, 33 962, nr. 71).

18 Artikel 1.3 Omgevingswet.

19 Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145, r.o. 4.36 en 4.52.

20 Zie nader hierover Fleurke 2021, p. 424 e.v.

21 Deze zorgplicht zou als digitale tegenhanger van de fysieke leefomgeving eveneens kunnen worden opgenomen in artikel 21 van de Grondwet.

mogelijkheden die hiermee worden geboden. Verder heeft de term ‘digitale leefomgeving’ – evenals de term ‘fysieke leefomgeving’ – een zeer ruime betekenis die alle facetten van digitalisering kan omvatten, waaronder de inzet van artificiële intelligentie.²²

Tegelijk is de vraag wat de meerwaarde is om bescherming en benutting van de digitale leefomgeving te beschouwen als een (sociaal) grondrecht. In veel gevallen zal de daadwerkelijke bescherming gestalte kunnen krijgen via andere grondrechten, waaronder het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (artikel 8 EVRM). Een bepaling gericht op het beschermen en benutten van de digitale omgeving zou daarom eerst en vooral moeten worden gezien als een expliciete erkenning van het belang van de digitale leefomgeving voor het goed functioneren van de samenleving en – in het verlengde daarvan – als een opdracht aan de overheid om actief beleid te voeren ten aanzien van de digitale leefomgeving.²³ Juist waar de WRR aandringt op een samenhangende wetgevingsagenda in het kader van de digitale leefomgeving, zou dit actieve beleid (mede) gestalte moeten krijgen in nationale wetgeving. Die expliciete opdracht tot wetgeving zou – als onderdeel van een sociaal ‘digitaal grondrecht’ – in Hoofdstuk 1 van de Grondwet kunnen worden opgenomen, maar eventueel ook in Hoofdstuk 5 Wetgeving en bestuur:

De wet stelt regels omtrent het beschermen en benutten van de digitale leefomgeving.

Bovenstaande erkenning van het belang van zowel het beschermen als het benutten van de digitale leefomgeving alsmede van de (actieve) rol die de overheid hierbij heeft te vervullen, is algemeen van aard en strekt zich uit tot de gevolgen van digitalisering voor de samenleving als geheel. Daarnaast verdient – indachtig het onderscheid dat de WRR maakt tussen de normering van AI als zodanig en de inrichting van de bredere digitale leefomgeving – de inzet van geautomatiseerde systemen in de specifieke context van overheidsbesluitvorming afzonderlijk de aandacht. De algemene zorgplicht van de overheid voor het beschermen en benutten van de digitale leefomgeving kleurt daarbij de wijze waarop (geautomatiseerde) overheidsbesluitvorming wordt ingericht.

22 Zie voor deze veelzijdigheid van digitalisering de *Werkagenda Waardengedreven Digitaliseren*, bijlage bij *Kamerstukken II 2022/23*, 26 642, nr. 940.

23 Vgl. *Kamerstukken II 2013/14*, 33 962, nr. 3, p. 615, waar ten aanzien van de fysieke leefomgeving wordt overwogen dat artikel 21 van de Grondwet een actieve zorgplicht voor de overheid bevat om een actief beleid te voeren.

3. Algoritmisch bestuur binnen de digitale leefomgeving

3.1 *Tech-agnostische wetgeving: oriëntatie op grondrechten (en de rechter)?*

Artikel 107 van de Grondwet bevat in het tweede lid een opdracht aan de wetgever om algemene regels van bestuursrecht vast te stellen. Met de Algemene wet bestuursrecht (Awb) is hieraan invulling gegeven. Geautomatiseerde overheidsbesluitvorming wordt echter niet expliciet geadresseerd in de Awb. De algemene regels van bestuursrecht, waartoe ook de zogeheten ‘algemene beginselen van behoorlijk bestuur’ worden gerekend, zijn ‘tech-agnostisch’ vormgegeven.²⁴ Ook in de huidige discussie over versterking van de waarborgfunctie van de Algemene wet bestuursrecht blijft geautomatiseerde besluitvorming nog grotendeels onder de radar.²⁵ En hoewel de uitvoering van wetgeving in de praktijk regelmatig geautomatiseerd plaatsvindt, ontbreken in die (sectorspecifieke) wetgeving vaak regels over geautomatiseerde uitvoering daarvan.²⁶ De belangrijkste bron van wetgeving lijkt voorsnog de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG), die specifiek in het kader van de verwerking van persoonsgegevens een ‘beginselverbod’ op volledig geautomatiseerde besluitvorming bevat²⁷ en in verband daarmee ook enkele informatieverplichtingen jegens de betrokkene formuleert.²⁸

Opvallend is dat de Nederlandse rechter in het kader van rechtsbescherming tegen geautomatiseerde (overheid)besluitvorming liever lijkt te varen op tech-agnostische (of technologie-onafhankelijke) beginselen en grondrechten dan op concrete wettelijke bepalingen die zijn toegespitst op geautomatiseerde besluitvorming. Zo koos de rechtbank Den Haag in de *SyRI*-zaak ervoor om de betreffende *SyRI*-wetgeving niet te beoordelen onder de op geautomatiseerde besluitvorming toegesneden bepalingen van de AVG, maar stelde zij zich op het standpunt dat de

24 Zie uitgebreider over het ‘tech-agnostische’ karakter van algemene beginselen van bestuursrecht: M. Oswald, ‘Algorithm-assisted decision-making in the public sector: framing the issues using administrative law rules governing discretionary power’, *Philosophical Transactions of the Royal Society A. Mathematical, Physical and Engineering Sciences* 2018, <http://dx.doi.org/10.1098/rsta.2017.0359>, par. 6.

25 C.J. Wolswinkel, ‘De grote onbekende in de vergelijking: geautomatiseerde besluitvorming binnen de Wet versterking waarborgfunctie Awb’, *Computerrecht* 2023/256. Het is veelzeggend dat eerst bij de internetconsultatie van de Wet versterking waarborgfunctie Awb (dus niet reeds bij de ‘preconsultatie’) een afzonderlijk ‘reflectiedocument’ over geautomatiseerde besluitvorming is gevoegd. Zie <https://www.internetconsultatie.nl/algoritmischebesluitvormingenawb/b1>.

26 Zie C.J. Wolswinkel, ‘Normering van geautomatiseerde besluitvorming: tijd voor wetgeving?’, in: B. Aarrass, C.L.G.F.H. Albers, R. Ortlep (red.), *Digitalisering in de rechtsverhouding tussen burger en overheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 65 e.v.

27 Artikel 22 AVG.

28 Artikel 13, lid 2, onder f, artikel 14, lid 2, onder g, en artikel 15, lid 1, onder h, AVG.

minimumbescherming van artikel 8 EVRM mede inhoudt dat de SyRI-wetgeving moet voldoen aan de algemene beginselen van gegevensbescherming die Unierechtelijk zijn vastgelegd in het Handvest en de AVG, waaronder het transparantiebeginsel.²⁹ Om die reden kon de rechtbank in het midden laten of bij de inzet van SyRI werd voldaan aan de voorwaarden die artikel 22 van de AVG bevat in het kader van het verbod op volledig geautomatiseerde besluitvorming.³⁰

Eenzelfde oriëntatie op tech-agnostische beginselen is zichtbaar in de zogeheten AERIUS-jurisprudentie, waarin de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State grenzen heeft gesteld aan het gebruik van geautomatiseerde besluitvorming. Hoewel zij erkende dat het verplichte gebruik van het rekensysteem AERIUS Calculator deels geautomatiseerde en (daarmee) efficiënte besluitvorming mogelijk maakt, brengt dit systeem ook het risico met zich dat de deels geautomatiseerde besluitvorming op grond hiervan niet inzichtelijk en controleerbaar is vanwege een gebrek aan inzicht in de gemaakte keuzes en de gebruikte gegevens en aannames. Indien belanghebbenden rechtsmiddelen willen aanwenden tegen deze besluiten, kan daardoor een ‘ongelijkwaardige procespositie’ van partijen ontstaan.³¹ Ter voorkoming van deze ongelijkwaardige procespositie rust op het openbaar bestuur de verplichting om de 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. Deze volledige, tijdige en adequate beschikbaarstelling moet het mogelijk maken de gemaakte keuzes en de gebruikte gegevens en aannames te beoordelen of te laten beoordelen en zo nodig gemotiveerd te betwisten, zodat reële rechtsbescherming tegen besluiten die op deze keuzes, gegevens en aannames zijn gebaseerd mogelijk is, waarbij de rechter aan de hand hiervan in staat is de rechtmatigheid van deze besluiten te toetsen.³²

Aan de AERIUS-jurisprudentie, waarbij de Afdeling niet kon terugvallen op de AVG omdat geen sprake was van verwerking van persoonsgegevens, is opvallend dat de ‘informatieverplichting’ voor

29 Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865 (SyRI), r.o. 6.41.

30 Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865 (SyRI), r.o. 6.60.

31 ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, AB 2017/313, m.nt. P. Mendelts, *AB Klassiek* 2022/42, m.nt. C.J. Wolswinkel (AERIUS), r.o. 14.3.

32 ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, AB 2017/313, m.nt. P. Mendelts, *AB Klassiek* 2022/42, m.nt. C.J. Wolswinkel (AERIUS), r.o. 14.4.

het bestuur wordt afgeleid uit het beginsel van *equality of arms*. Dit beginsel is onderdeel van het recht op een eerlijk proces zoals neergelegd in artikel 6 EVRM, maar vindt als ‘algemeen aanvaard rechtsbeginsel dat aan artikel 6 van het EVRM mede ten grondslag ligt’, ook toepassing buiten de reikwijdte van artikel 6 EVRM, mits sprake is van een rechtsprekend orgaan.³³ Ook anderszins blijkt artikel 6 EVRM soms een aanknopingspunt te kunnen verschaffen om digitalisering binnen het openbaar bestuur te normeren. Zo overwoog het EHRM in *Stichting Landgoed Steenberg* dat het recht op toegang tot een rechter meebrengt dat overheidsbesluiten op een adequate wijze worden bekendgemaakt, in het bijzonder wanneer binnen een bepaald tijdvak in beroep moet worden gegaan, en dat dit recht in bepaalde gevallen grenzen kan stellen aan louter elektronische bekendmaking van besluit.³⁴

Toch heeft een dergelijke, op de rechter georiënteerde benadering ook duidelijk beperkingen, zeker nu in de context van digitalisering de band met de rechter die individuele rechtsbescherming biedt, minder stevig wordt. Veelzeggend is in dit verband dat uit de (schaarse) vervolgjurisprudentie over AERIUS blijkt dat de informatieverplichting van het bestuur zich ook uitstrekt tot de fase voordat een overheidsbeslissing wordt genomen.³⁵ Uit artikel 6 EVRM vloeit echter niet direct een aanspraak voort op motivering van overheidsbeslissingen (in plaats van rechterlijke uitspraken). Hooguit kan de aanwezigheid van een gemotiveerde overheidsbeslissing worden gezien als een noodzakelijke voorwaarde om het beginsel van *equality of arms* te waarborgen binnen een rechterlijke procedure.³⁶ Daarmee lijkt de in de AERIUS-rechtspraak ontwikkelde informatieverplichting steeds minder een afgeleide van het – op de rechter georiënteerde – beginsel van *equality of arms* en steeds meer een afgeleide van – primair tot het bestuur gerichte – algemene beginselen van behoorlijk bestuur. In het bijzonder kan de AERIUS-verplichting worden beschouwd als resultaat van een ‘verscherpte interpretatie’ van het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel.³⁷ Deze

33 ABRvS 1 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3547, r.o. 3.2.
 34 EHRM 16 februari 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0216JUD001973217 (*Stichting Landgoed Steenberg*), r.o. 43.
 35 ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454 (*Blankenburg*), r.o. 23.3 en 23.4.
 36 EHRM 22 september 1994, ECLI:CE:ECHR:1994:0922JUD001361688 (*Hentrich / Frankrijk*), r.o. 56.
 Zie hierover ook H.P. Olsen e.a., ‘What’s in the Box? The Legal Requirement of Explainability in Computationally Aided Decision-Making in Public Administration’, *iCourts Working Paper Series* No. 162, 2019 / *University of Copenhagen Faculty of Law Research Paper* No. 2019-84, p. 22.
 37 Afdeling advisering, ‘Ongevraagd advies over de effecten van de digitalisering voor de rechtsstatelijke verhoudingen’, *Kamerstukken II* 2017/18, 26643, nr. 557, en Raad van State, *Digitalisering. Wetgeving en bestuursrechtspraak*, Den Haag: Raad van State 2021, p. 74.

observatie brengt voor de grondwettelijke bescherming tegen geautomatiseerde overheidsbesluitvorming mee dat niet alle heil moet worden verwacht van het gemoderniseerde artikel 17 van de Grondwet inzake een recht op een eerlijk proces voor de rechter, omdat hieruit slechts tot op zekere hoogte verplichtingen voor het bestuur kunnen worden afgeleid.

3.2 *Zelfstandige aandacht voor (algoritmisch) bestuur*

De vraag is daarom of – mede in het licht van de opkomst van de *algorithmic state* – de normering van het bestuur zelf moet worden versterkt in de Grondwet. In dit verband is veelzeggend dat de Grondwet ogenschijnlijk geen enkele betekenis speelt in de huidige herbezinning op de waarborgfunctie van de Algemene wet bestuursrecht, anders dan in de verwijzing naar het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet en het hiermee samenhangende verbod om wetgeving in formele zin te toetsen aan ongeschreven rechtsbeginselen (waaronder algemene beginselen van behoorlijk bestuur).³⁸ En hoewel het tweede lid van artikel 107 van de Grondwet een codificatieopdracht bevat ten aanzien van algemene regels van bestuursrecht, geeft deze bepaling geen enkele richting ten aanzien van de inhoud hiervan.³⁹

De afgelopen jaren is niettemin onder de noemer van ‘constitutionalisering van het bestuursrecht’ door verschillende auteurs een sterkere grondwettelijke verankering bepleit van de bestuursfunctie binnen de overheid. Zo betoogt Julicher dat codificatie van het recht op behoorlijk bestuur in de Nederlandse Grondwet kan zorgen voor een betere legitimatie en een sterkere ontwikkeling van de notie van behoorlijk bestuur.⁴⁰ In het bijzonder bepleit zij een algemeen geformuleerd recht op onpartijdig, behoorlijk en tijdig bestuur, waarvan de formulering is ontleend aan artikel 41 van het EU-Handvest, dat een vergelijkbaar recht op behoorlijk bestuur bevat ten aanzien van Unie-instellingen. Hoewel deze bepaling uit het Handvest ook een aantal deelaspecten van het recht op behoorlijk bestuur codificeert, namelijk het recht om te worden gehoord, het recht op toegang tot het eigen dossier en het recht op een gemotiveerde beslissing, kiest Julicher ervoor om dergelijke

38 Zie de memorie van toelichting bij het conceptvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb (<http://www.internetconsultatie.nl/waarborgfunctieawb>).

39 P.J. Huisman & N. Jak, ‘Constitutionalisering van het bestuursrecht: naar een verdere grondwettelijke verankering van grondslagen en rechtsbeginselen’, *NTB* 2023/172, p. 265.

40 M. Julicher, ‘Hoe behoorlijk is de Grondwet?’, *NTB* 2019/44, p. 443.

deelaspecten achterwege te laten in de door haar voorgestelde grondwettelijke bepaling, omdat dit eveneens is gebeurd bij het recht op een eerlijk proces in artikel 17 van de Grondwet.⁴¹

Huisman en Jak komen zelfs tot zes mogelijke aanpassingen van de Grondwet in verband met verdere constitutionalisering van het bestuursrecht: (i) een grondrecht op behoorlijk bestuur, (ii) een grondrecht op overheidsinformatie, (iii) een grondwettelijk proportionaliteitsvereiste, (iv) een vorm van constitutionele toetsing, (v) een expliciete taakopdracht voor de uitvoerende macht en (vi) een meer richtinggevende taakopdracht voor de wetgever met het oog op de algemene regels van bestuursrecht.⁴² Opvallend is dat zij bij de bespreking van hun aanpassingen niet specifiek verwijzen naar de uitdagingen rond algoritmisch bestuur. Elk van hun voorstellen kan daarmee worden beschouwd als tech-agnostisch of technologie-neutraal en heeft ook betekenis buiten de context van algoritmisch bestuur.⁴³

Toch krijgen verschillende vraagstukken die hierboven spelen, juist extra kleur in de context van digitalisering. Zo wijst Julicher in haar pleidooi voor een recht op behoorlijk bestuur specifiek op de rol die algemene beginselen van behoorlijk bestuur vervullen bij de normering van digitaal overheidsoptreden. Deze beginselen hebben een compenserende en aanvullende functie, juist wanneer wetgeving afwezig is, en zijn daarom van groot belang voor de normering van nieuwe digitale en technologische ontwikkelingen.⁴⁴ Volgens haar zal de potentieel grote bescherming die algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het digitaliseringstijdperk kunnen bieden, realiteit kunnen worden met de codificatie van een algemeen recht op behoorlijk bestuur.⁴⁵ Ook de Commissie grondrechten in het digitale tijdperk merkte reeds in 2001 (met de grootst mogelijke meerderheid) op dat een techniekonafhankelijke formulering van informatiegondrechten juist in een digitaal tijdperk de behoefte aan rechterlijke (constitutionele) toetsing doet toenemen.⁴⁶ Het regelmatig terugkerende pleidooi voor het verankeren van een

41 Julicher 2019, p. 448.

42 Huisman & Jak 2023, p. 273.

43 Zo heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in 2023 in algemene zin bevestigd dat het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet – bij de huidige stand van de rechtsontwikkeling – eraan in de weg staat dat een (bepaling uit een) wet in formele zin wordt getoetst aan algemene rechtsbeginselen en (ander) ongeschreven recht, waaronder algemene beginselen van behoorlijk bestuur (ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772, r.o. 9.10-9.13).

44 Vgl. Wolswinkel 2022, p. 79-80.

45 Julicher 2019, p. 445-446.

46 Commissie grondrechten in het digitale tijdperk 2001, p. 49.

grondrecht op overheidsinformatie⁴⁷ vindt eveneens zijn oorsprong in de context van digitalisering: juist de ontwikkeling richting een (digitale) informatiesamenleving maakt verankering noodzakelijk van een subjectief (grond)recht voor de burger op toegang tot bij de overheid berustende informatie.⁴⁸

3.3 Naar een recht op algoritmische besluitvorming?

De vraag is wat een technologieneutrale verankering in de Grondwet van het recht op behoorlijk bestuur specifiek betekent voor de normering van algoritmisch bestuur. Wat betekent in een digitale context dat eenieder er recht op heeft dat zijn zaken onpartijdig, behoorlijk en tijdig door de overheid worden behandeld? Zonder een uitputtende uitwerking te pretenderen, kan voor elk van de elementen van behoorlijk bestuur wel een denkrichting worden gegeven. De notie van *onpartijdig bestuur* kan in verband worden gebracht met het fenomeen van *bias* in besluitvorming. Naast *human bias* in overheidsbesluitvorming is er ook het risico op *bias* in geautomatiseerde systemen, hetzij door *bias* in de data ('garbage in, garbage out') hetzij door *bias* in het algoritme dat de data verwerkt (door de (menselijke) keuze voor de toepasselijke beslisregels binnen het algoritme). En wanneer sprake is van deels geautomatiseerde besluitvorming, waarbij de uitkomst van het besluitvormingsproces niet rechtstreeks wordt voorgeschreven door het algoritme, bestaat ook het risico op *automation bias*, waarbij de menselijke beslisser blindelings de aanbeveling van de machine volgt en geen betekenisvolle *human in the loop* is verzekerd. De notie van *tijdig* bestuur ('binnen een redelijke termijn') kan juist een aansporing zijn voor het bestuur om gebruik te maken van technologie. In de rechtspraak is reeds aanvaard dat ten behoeve van een snelle en efficiënte behandeling van aanvragen besluitvorming (volledig) geautomatiseerd plaatsvindt.⁴⁹ Tot slot vergt de notie van *behoorlijk* bestuur – als restcategorie ten opzichte van (onpar)tijdig bestuur⁵⁰ – in meer algemene zin dat algoritmisch bestuur in overeenstemming is met de diverse algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het zorgvuldigheidsbeginsel of het evenredigheidsbeginsel.

47 Zie voor een overzicht: A. Drahmman, 'Artikel 110. Openbaarheid van bestuur', in: A. Ellian & B. Rijkema (red.), *Een nieuw commentaar op de Grondwet*, Amsterdam: Boom 2022, p. 421-422.

48 Commissie grondrechten in het digitale tijdperk 2001, p. 186-189. Ook de Staatscommissie Grondwet 2011, p. 90-91, bespreekt een grondrecht op overheidsinformatie in de context van grondrechten in een digitaal tijdperk.

49 Zie reeds CBB 19 mei 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ5735 en ook Autoriteit Persoonsgegevens, *Belastingdienst/Toeslagen. De verwerking van de nationaliteit van aanvragers van kinderopvangtoeslag*, 2020, p. 41-42, met betrekking tot de geautomatiseerde verwerking van aanvragen om toeslagen.

50 Julicher 2019, p. 448.

Het is interessant dat in het kader van behoorlijk algoritmisch bestuur juist verplichtingen op het terrein van transparantie tot ontwikkeling zijn gekomen, die niet alleen afwijken van, maar zelfs verder gaan dan ‘reguliere’ informatieverplichtingen van het bestuur. Het is vermeldenswaard dat juist het tweede lid van artikel 41 van het EU-Handvest uitdrukking geeft aan die transparantieverplichtingen, namelijk het recht op toegang tot het dossier, het recht op een motivering en het recht om te worden gehoord.⁵¹ Dat pleit ervoor om ook de notie van transparant bestuur afzonderlijk toe te voegen aan het recht op behoorlijk bestuur:⁵²

Elkieder heeft er recht op dat zijn zaken onpartijdig, transparant, behoorlijk en binnen een redelijke termijn worden behandeld door de overheid.

Het voordeel van een dergelijke, technologie-neutrale verankering van het recht op behoorlijk bestuur is dat hiermee flexibel kan worden ingespeeld op de specifieke rol die technologie binnen een bepaald besluitvormingsproces vervult, terwijl dit recht ook kan worden ingezet als geautomatiseerde besluitvorming niet of slechts in ondergeschikte mate aan de orde is. Daarbij is niet alleen van belang dat de aard (en de hiermee samenhangende complexiteit) van de technologie als zodanig enorm kan verschillen, maar ook dat de specifieke rol uiteen kan lopen die technologie binnen het besluitvormingsproces vervult.⁵³ De flexibiliteit van het recht op behoorlijk bestuur biedt de mogelijkheid om recht te doen aan deze diversiteit, maar tegelijk het bestuur scherp te houden bij geautomatiseerde besluitvorming.

Intussen roept het voorgaande de vraag op of een recht op onpartijdig, transparant, behoorlijk en tijdig bestuur ook een ‘recht op algoritmische besluitvorming’ kan impliceren. Dat is zeker niet uitgesloten. De Amerikaanse publiekrechtjurist Cary Coglianese heeft betoogd dat juist algoritmische besluitvorming (meer nog dan menselijke besluitvorming) kan bijdragen aan het verwezenlijken van de waarden of beginselen die ten grondslag liggen aan het bestuursrecht (en het constitutionele recht), waaronder

51 Zie over de noodzaak van transparantie voor een betekenisvolle toepassing van het recht om te worden gehoord: C.J. Wolswinkel, ‘Transparantie bij bestuurlijke besluitvorming: bestuursrecht als *moving target*?’ in: *Transparantie en openbaarheid* (VAR-reeks 168), Den Haag: Boom juridisch 2022, p. 189.

52 De aanduiding ‘overheid’ sluit in dit verband aan bij het begrip ‘overheid’ zoals dat in artikel 110 van de Grondwet wordt gehanteerd.

53 Hier is ook het aan artikel 22 van de AVG ontleende onderscheid tussen deels en volledig geautomatiseerde besluitvorming van belang.

democratische verantwoording en deskundige oordeelsvorming.⁵⁴ Een recht op behoorlijk bestuur kan dus onder omstandigheden ook meebrengen dat het bestuur juist gebruik maakt van nieuwe technologie en dat het – wanneer dit niet het geval is – onbehoorlijk handelt.⁵⁵

In dit verband kan juist de hiervoor in paragraaf 2 omschreven, algemene grondwettelijke taakopdracht van de overheid met betrekking tot de digitale leefomgeving toegevoegde waarde hebben. Het gaat immers niet alleen erom de digitale leefomgeving te ‘beschermen’, maar ook om deze leefomgeving te ‘benutten’. Het expliciteren van de overheidszorg voor de digitale leefomgeving kleurt dus ook het recht op behoorlijk bestuur en kan onder omstandigheden een recht op algoritmische besluitvorming impliceren. Daarnaast geeft deze zorgplicht van de overheid aanleiding om verschillende ‘varia’⁵⁶ binnen paragraaf 2 ‘Overige bepalingen’ van Hoofdstuk 5 ‘Wetgeving en bestuur’ in onderlinge samenhang te bezien. Zo doet de behoefte aan transparantie bij de inzet van technologie het onderscheid tussen openbaarheid van bestuur (artikel 110) en algemene regels van bestuursrecht (artikel 107) vervagen met het oog op geautomatiseerde overheidsbesluitvorming, juist omdat behoefte bestaat aan (tijdige) informatieverstrekking die zich ook kan voltrekken buiten een individuele rechterlijke procedure. In artikel 108 van de Grondwet is momenteel een plaatsje vrij om die onderlinge samenhang gestalte te geven.

4. Slot

Ondanks het open en sobere karakter van de Grondwet kan de Grondwet niet voorbijgaan aan de gevolgen van technologie en digitalisering voor de samenleving en de overheid. Een algemene zorgplicht van de overheid met betrekking tot het beschermen én benutten van de digitale leefomgeving geeft uitdrukking aan die realiteit. Hoewel die zorgplicht als zodanig geen in rechte afdwingbare

54 C. Coglianese, ‘Administrative Law in the Automated State’, *Dædalus* 2021-3, p. 113: “[...] it would appear that long-standing principles of administrative law, and even constitutional law, will likely continue to operate in an automated state, encouraging agencies to act responsibly by both preserving democratic accountability and making smarter, fairer decisions.”

55 Zie voor deze gedachte: C.J. Wolswinkel, *Willekeur of algoritme? Laveren tussen analoog en digitaal bestuursrecht* (oratie), Tilburg: Tilburg University 2020, p. 56. Vgl. Coglianese 2021, p. 110: “In important respects, a shift to automated administration could even be said to represent something of an apotheosis of the principles behind administrative law.”

56 W.J.M. Voermans, ‘Inleiding bij Hoofdstuk 5 Wetgeving en bestuur’, in E.M.H. Hirsch Ballin, E.J. Janse de Jonge & G. Leenknecht (red.), *Uitleg van de Grondwet*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 833 en 837-838.

aanspraken inhoudt voor de burger, bevat zij wel de opdracht aan de overheid om actief en samenhangend beleid te voeren met betrekking tot de voortschrijdende digitalisering van de samenleving. Die zorgplicht kan in het bijzonder de interpretatie en contextualisering van een in de Grondwet te codificeren recht op behoorlijk bestuur sturen, waarbij de overheid wordt aangespoord om niet alleen de burger te beschermen tegen de risico's van algoritmisch bestuur, maar ook om algoritmisch bestuur te benutten ter verzekering van de vrijheid van burgers.⁵⁷

57 Zie over 'behulpzame en bevrijdende artificiële intelligentie': E.M.H. Hirsch Ballin, *Mensenrechten als ijkpunten van artificiële intelligentie* (Working Paper nummer 46), Den Haag: Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2021, p. 23.



Deze essaybundel is een uitgave van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties

De essays zijn de verdienste en verantwoordelijkheid van de desbetreffende auteurs en reflecteren niet de opvattingen of aanbevelingen van het ministerie.

Augustus 2024