

R. Passchier

## Artificiële intelligentie en de rechtsstaat

### Over verschuivende overheidsmacht, Big Tech en de noodzaak van constitutioneel onderhoud

Den Haag: Boom juridisch 2021, 149 pp., ISBN 9789462908901

M.J. VETZO\*

De opkomst van kunstmatige of artificiële intelligentie (AI) leidt tot grote maatschappelijke uitdagingen. Dat zij ook rechtsstatelijke waarden niet onberoerd laat, blijkt wel uit het boek *Artificiële intelligentie en de rechtstaat* van Reijer Passchier, dat begin 2021 verscheen. Daarin staat de vraag centraal hoe *AI-ready* onze rechtsstaat is. Passchier richt zich daarbij specifiek op de constitutionele borging van rechtsstatelijke *structuren*. Dan gaat het bijvoorbeeld om de invloed van AI op de verhoudingen binnen de trias, maar ook om de soevereiniteit van de staat in het licht van de toenemende dominantie van Big Tech. Dat institutionele perspectief is vernieuwend. Over de invloed van AI op materiële rechtsstatelijke waarden (vooral: grondrechten) is de voorbije jaren al het nodige geschreven.<sup>1</sup> De vraag hoe AI raakt aan waarden die organisatie van staatsmacht structureren, was in Nederland nog niet systematisch verkend. Passchiers ambitie daarbij is bescheiden. Hij wil vooral een aanzet geven. Zijn opzet is al geslaagd, zo schrijft hij, als het boek slechts een aantal nieuwe inzichten weet aan te dragen. Dat lukt Passchier zonder meer. Zijn compacte studie vormt een fraaie, eerste verkenning van de rechtsstatelijke impact van AI.

In een inleidend hoofdstuk schetst Passchier hoe AI leidt tot verschuivingen en concentraties van macht. Met behulp van autonome, zelflerende ('intelligente') algoritmische systemen kunnen overheden hun toch al dominante machtspositie verstevigen en betreden nieuwe machthebbers als Google, Facebook en Apple het toneel. De vraag is of ons constitutionele stelsel erop is toegerust deze nieuwe vormen van AI- en 'Big Tech'-gedreven machtsuitoefening in goede banen te leiden. Alvorens die vraag te beantwoorden, gaat Passchier in het tweede hoofdstuk nader in op de stormachtige opkomst van AI. Hij benadrukt daarbij dat AI meer is dan enkel een technisch construct. Het gaat om een sociotechnologische ontwikkeling, waarbij een wisselwerking bestaat tussen nieuwe techniek en de sociaal-politieke context waarbinnen deze (al dan niet) wordt toegepast. Die ontwikkeling heeft een aantal kenmerken, waaronder automatisering en dataficering, waarvan vooral overheden en grote techbedrijven profiteren. Daarmee schetst Passchier, kort en trefzeker, het digitale krachtenveld en de maatschappelijk-technologische achtergrond waartegen de centrale vraagstelling van zijn boek zich afspeelt. Zijn bredere blik op AI maakt het bovendien mogelijk

\* Mr. M.J. Vetzo is promovendus constitutioneel recht aan de Universiteit Utrecht.

<sup>1</sup> Zie bijvoorbeeld recent S. Kulk & S. van Deursen, *Juridische aspecten van algoritmen die besluiten nemen. Een verkennend onderzoek*, Den Haag: WODC 2020.

om een grote variëteit aan moderne digitale tendensen onder de loep te nemen. Passchier gaat bijvoorbeeld ook in op gegevensuitwisseling tussen overheidsinstanties, de macht van de techlobby en de rol van ICT bij de uitvoering van wetgeving. Dat is technologisch wellicht wat minder precies (enkele van de beschreven ontwikkelingen en fenomenen zijn hooguit indirect met AI als technologie verbonden), maar deze ruime benadering stelt Passchier wel in staat om een brede reeks rechtsstatelijke implicaties in kaart te brengen.

In de vier compacte hoofdstukken die volgen, voert Passchier de lezer langs een confrontatie tussen nieuwe technologie en klassieke rechtsstatelijke noties. Hij bespreekt achtereenvolgens de impact van AI op het evenwicht in de trias (hoofdstuk 3), het legaliteitsbeginsel (hoofdstuk 4), het primaat van de wetgever (hoofdstuk 5) en het handhavende vermogen van de 'soevereine' overheid (hoofdstuk 6). Die bespreking is bijzonder toegankelijk, ook voor de niet juridisch of staatsrechtelijk onderlegde lezer. Dat heeft te maken met de heldere opbouw en invulling van de afzonderlijke hoofdstukken, maar ook met de vlotte schrijfstijl van Passchier, die niet verzandt in onnodig juridisch proza. Na een korte indicatie van de betekenis van een specifieke rechtsstatelijke waarde, verkent Passchier hoe AI deze waarde beïnvloedt. Hij onderbouwt dat aan de hand van zowel juridische literatuur als (meer of minder diepgaande) publicaties over de bredere maatschappelijke impact van digitalisering en illustreert zijn analyses rijkelijk aan de hand van concrete voorbeelden. Daarbij put hij ook uit meer populariserende, niet-wetenschappelijke werken en nieuwsberichten. Zelfs de Netflix-documentaire *The Social Dilemma* passeert de revue. Deze aanpak past bij het brede publiek dat Passchier met zijn boek op het oog heeft, dat varieert van bezorgde burgers tot politici en van wetenschappers tot beleidsadviseurs. Dergelijke publicaties, waarin staatsrechtelijk georiënteerde auteurs constitutionele vragen en ontwikkelingen voor een breder publiek inzichtelijk maken, verschijnen recent wel vaker in Nederland.<sup>2</sup> Dat is wat mij betreft een positief gegeven. Ook voor het boek van Passchier geldt dat een belangrijke verdienste is gelegen in de toegankelijkheid ervan. Hoewel zij primair raakt aan constitutionele leerstukken en vraagpunten, is de thematiek van het boek te belangrijk en veelzijdig om alleen aan de (staats)rechtswetenschap over te laten.

Die toegankelijkheid brengt soms wel mee dat constitutionele kanttekeningen geplaatst kunnen worden bij standpunten die Passchier inneemt. Zo stelt hij dat zijn rechtsstaatbegrip de 'belangrijkste structurele rechtsstatelijke waarden' omvat (p. 43). Daarop valt nog wel het een en ander af te dingen. Denk aan het primaat van de wetgever. Passchier acht het een 'absolute voorwaarde' voor verwezenlijking van de democratische component van het rechtsstaatideaal dat de inhoud van rechtsregels primair door de formele wetgever wordt bepaald (p. 69). Tegelijkertijd staat het primaat van de nationale wetgever al lange tijd onder druk, als feitelijk gegeven, maar ook als normatief ideaal. Het is dan ook de vraag of dit primaat wel als zinvol ijkpunt kan dienen voor het bepalen van de rechtsstatelijke impact van AI. Uiteraard kan worden betoogd dat dit wel het geval is, maar dat doet Passchier niet uitvoerig. De vlotte aanpak die dit boek kenmerkt, leent zich nu eenmaal minder goed voor genuanceerde constitutionele discussievoering over de normatieve kracht

---

<sup>2</sup> Ik denk bijvoorbeeld aan W.J.M. Voermans, *Het verhaal van de Grondwet. Zoeken naar wij*, Amsterdam: Prometheus 2019.

en precieze betekenis van rechtsstatelijke waarden. De keerzijde daarvan is dat de vraag opkomt of het (nationale) rechtsstaatconcept van Passchier op onderdelen zelf niet aan een update toe is.

Aan de veelzijdigheid van de analyse die ieder van de hoofdstukken domineert, doet het voorgaande tegelijkertijd niet af. Passchier laat een hele reeks aan AI-gerelateerde knelpunten (en soms ook kansen) de revue passeren, sommige wat uitgebreider, andere iets minder diepgaand, en de een wat futuristischer dan de ander. De door Passchier gesignaleerde problemen zijn daarbij misschien niet allemaal even nieuw, maar ze werden niet eerder in samenhang gepositioneerd. De kracht van dit boek ligt in die combinatie van veelzijdigheid en de institutioneel-rechtsstatelijke focus die Passchier aanbrengt. Ik licht enkele hoofdpunten uit.

In hoofdstuk 3 schetst Passchier een beeld van toenemende onevenwichtigheden in de trias.<sup>3</sup> Vooral de uitvoerende macht profiteert van de mogelijkheden van AI (of, zo lijkt Passchier vooral te bedoelen: digitalisering in bredere zin). Rechtspraak en parlement blijven daarbij vrij hopeloos achter. Passchier constateert bovendien dat een AI-gedreven bestuur de positie van rechter en parlement als tegenmacht onder druk zet. De gebrekkige transparantie en inherente complexiteit die gepaard gaan met de inzet van AI, bemoeilijken rechterlijke en parlementaire controle van het bestuur. De rechter wordt bijvoorbeeld geconfronteerd met lastig toetsbare black-boxbesluiten. De (bestuurs)rechter die wordt geconfronteerd met een individueel geval mist daarbij een omvattende blik op de structurele problemen die algoritmische modellen kunnen veroorzaken. Er bestaat ook in een ander opzicht een aanzienlijke *tech divide*: het ontbreekt aan benodigde kennis om het AI-gedreven bestuur onder de duim te houden. Dat geldt ook in hoge mate voor het parlement, dat expertise en soms doodeenvoudig de structurele belangstelling mist om het digitaliserende bestuur effectief te monitoren.

Hoofdstuk 4, over de impact van AI op het legaliteitsbeginsel, begint met een positieve noot. Met behulp van algoritmes zou het overheidsbestuur verder geautomatiseerd kunnen worden: minder discretionaire macht van ambtenaren, meer machines die - zo stelt Passchier - wél als 'spreekbuis van de wet' kunnen dienen en het overheidsbestuur verder rationaliseren (p. 61). Dat gaat echter wel uit van een erg rooskleurig beeld van de capaciteit van de wetgever om voor de computer vatbare instructies te geven én van de mogelijkheid om die instructies met behulp van technologie 'neutraal' te vertalen. Dat erkent Passchier ook. Automatisering met behulp van algoritmes, zo stelt hij, vormt vooral ook een bedreiging voor de binding van overheidsmacht aan de wet. Een digitaliserende overheid leidt tot toenemende macht van computerprogrammeurs, die vanwege de kloof tussen de taal van wetgeving en algoritmische code allerhande rechtsvormende keuzes moeten maken bij het ontwerpen van algoritmes. Kijken we verder vooruit, dan doemt een situatie op waarin dynamische, zelflerende algoritmes een steeds belangrijker rol gaan spelen bij implementatie en uitvoering van wetgeving. Dat zou het legitimerende en limiterende vermogen van de wet behoorlijk onder druk kunnen zetten.

---

3 Delen daarvan verschenen eerder in een artikel in *Ars Aequi* waarvoor Passchier zowel de *Meijers Best Article Prize* als de Van Wersch Springplankprijs van de Universiteit Leiden won. Zie R. Passchier, 'Digitalisering en de disbalans binnen de trias politica', *Ars Aequi* 2020, afl. 10, p. 916-926.

In het vijfde en zesde hoofdstuk verlegt Passchier – onder de vlag van het primaat van de wetgever en het handhavende vermogen van de ‘soevereine’ overheid – de aandacht naar de verhouding tussen publieke en private macht in het AI-tijdperk. Heeft een overheid die voor zijn technologische capaciteit afhankelijk is van private ontwikkelaars de digitale touwtjes nog wel stevig genoeg in handen? En wat betekent de toenemende invloed van grote techbedrijven voor de macht van de nationale wetgever? Vooral op die laatste vraag gaat Passchier uitvoerig in. De snelheid waarmee Big Tech producten ontwikkelt en de gebrekkige transparantie van de daarbij gehanteerde methoden maken dat overheden die willen overgaan tot regulering stevast achter de feiten aanlopen. *Of* overheden dat wel willen is bovendien nog maar de vraag, zo merkt Passchier op: het vertrouwen in zelfregulering kan daaraan in de weg staan. Het blijkt bovendien notoir lastig om Big Tech politiek en juridisch ter verantwoording te roepen. Zeker als daar de uitdijende eigen regelordes die deze bedrijven op hun platformen hebben gecreëerd bij worden opgeteld, ontstaat een weinig rooskleurig rechtsstatelijk beeld. De redeneertrant is in dit hoofdstuk wat losser en meer anekdotisch. De alarmerende boodschap wordt iets steviger aangezet. Aan enig gevoel voor dramatiek ontbreekt het Passchier daarbij niet. Er ontstaat langzaam een ‘digitaal feodalisme’, zo stelt hij, waarin machtige, private entiteiten bepalen welke regels er in delen van digitaliserende samenleving gelden. In die zin ligt Big Tech op ‘ramkoers’ met de democratische rechtsstaat (p. 88-89). Hoewel de invloed van nationale staatsmachten in dit deel van het boek nog wel als ankerpunt fungeert, verlegt Passchier hiermee de constitutionele blik en richt zich op private, digitale machthebbers. Deze institutioneel-constitutionele aandacht voor Big Tech is internationaal gezien al langer in opmars, maar zeker in het Nederlandse staatsrecht nog niet vanzelfsprekend.<sup>4</sup> Het in dit opzicht moderne constitutionalisme van Passchier vormt een welkome verrijking van het debat.

Voor wie de moed na de lezing van deze probleemanalyse in de rechtsstatelijke schoenen is gezonken, biedt Passchier enige hoop. In het zevende, tevens langste hoofdstuk van zijn boek reikt hij remedies aan en doet suggesties voor constitutioneel onderhoud. Daarbij combineert hij eerder door anderen gesuggereerde, of in andere landen beproefde oplossingen met eigen ideeën. Ook dit hoofdstuk is rijk geschakeerd. De suggesties zijn afwisselend technologisch, institutioneel of meer juridisch van aard. Zo zouden rechtsstatelijke eisen in AI ingebed moeten worden. *Trias politica by design* noemt Passchier dat (p. 111).<sup>5</sup> Systemen moeten uitlegbaar zijn en zouden zelfs zo geprogrammeerd kunnen worden dat zij – beter dan mensen – in staat zijn gemaakte keuzes te rechtvaardigen en daarover automatisch inlichtingen te verstrekken. Dat het denken in nationaal-constitutionele termen zijn grenzen kent, erkent Passchier in zijn zoektocht naar remedies voor de gevaren van de techbedrijven. Als zijn analyse namelijk iets laat zien, is het wel dat de nationale constitutie soms geen bescherming kan bieden, simpelweg *omdat* zij nationaal van aard is. De gedeterritorialiseerde, wereldwijde macht van Big Tech verhoudt zich daartoe uiterst moeizaam. Passchiers idee om techbedrijven zélf te ‘constitutionaliseren’ (p. 123) biedt daarbij perspectief. Dat

4 Al is ook daarin een verandering zichtbaar. Zie bijvoorbeeld S. Ranchordás, ‘Digitale Platformen: Globale Staten naast de Staat’, in: L.F.M. Besselink, *De economische constitutie. Beginselen van de democratische rechtsstaat tussen globalisering en Europeanisering. Staatsrechtconferentie 2019*, Amsterdam: Universiteit van Amsterdam 2019.

5 Overigens in navolging van een hele reeks ‘... by design’-varianten die de afgelopen jaren het licht zag en vooral waren gericht op het vormgeven van AI in lijn met ethische eisen of grondrechtelijke standaarden. Denk aan *privacy by design*, *equality by design* en *free speech by design* of de overkoepelende ‘catchphrases’ *ethics by design* en *fundamental rights by design*.

kan bijvoorbeeld door het inbouwen van interne *checks and balances*, zoals ethische commissies die de private oriëntatie van Big Tech kunnen temperen en kunnen bijdragen aan het realiseren van rechtsstatelijke waarden.<sup>6</sup> Ook benadrukt Passchier het belang van internationale en Europese samenwerking. Vooral de agenda van de Europese Unie op dit terrein had wel wat meer aandacht verdiend. Zij laat immers zien dat regulering van Big Tech en AI op Europees niveau geen utopie is.<sup>7</sup> De oplossingen die Passchier suggereert, variëren eveneens in de mate waarin zij eenvoudig gerealiseerd kunnen worden. Zo lijkt het opzetten van een parlementair bureau voor *technology assessments* nog wel een haalbare kaart. Van andere orde is het optuigen van ‘alternatieve dataregimes’ – door Passchier gekwalificeerd als ‘de remedie der remedies’ (p. 125). Zo zou de overheid ‘data kunnen belasten’ of zou een nationaal datafonds kunnen worden opgericht waarvan elke burger eigenaar is en waarin commerciële toegang beperkt wordt. Dergelijke door anderen geopperde, wat futuristische ideeën worden door Passchier slechts kort aangestipt, waardoor de lezer soms met vragen blijft zitten over de betekenis, uitwerking en verdere implicaties ervan. Wel is duidelijk dat zij nauwelijks nog (enkel) constitutioneel van aard zijn, maar bredere economische en politiek-sociale omwentelingen vereisen.

Soms roepen oplossingen van Passchier op hun beurt ook verdere rechtsstatelijke vragen op. Dat geldt bijvoorbeeld voor de oproep aan rechter en parlement om hun digitale slagkracht te vergroten. Hoe waarborgen we de rechtsstatelijkheid van de geavanceerde technologie die controleurs van de macht zelf gebruiken? Of denk aan het voorstel om het wetgevingsproces zo te wijzigen dat digitale uitvoering en wetgeving reeds in een vroeg stadium op elkaar worden afgestemd. Hoe wordt dan voorkomen dat de logica van digitale uitvoering de boventoon voert en zo alsnog het zo gekoesterde primaat van de wetgever wordt uitgehold? Het verbaast niet dat het boek hier de nodige losse eindjes bevat. De constitutionele updates die Passchier voorstelt, zijn vooral suggesties, die – zo geeft hij zelf nadrukkelijk aan – nader onderzoek behoeven en verder uitgewerkt moeten worden. De waarde van dit hoofdstuk ligt dan ook primair in de inventarisatie van een breed scala aan oplossingen, die tezamen minst genomen één ding duidelijk maken: er is op veel manieren werk aan de rechtsstatelijke winkel.

In *Artificiële Intelligentie en de rechtsstaat* weet Passchier een divers palet aan problemen en oplossingen bij elkaar te brengen en op een compacte, prikkelende manier in een rechtsstatelijk kader te plaatsen. De institutioneel-constitutionele invalshoek van dit boek vormt een verrijking van het denken over de maatschappelijke gevolgen van AI. Passchier biedt daarmee een toegankelijke

6 Gedacht kan worden aan de Facebook Oversight Board (FOB), die fungeert als appelinstantie voor Facebook-gebruikers die het oneens zijn met verwijdering van hun content. Passchier verwijst in een voetnoot kort naar kritische stukken over de FOB ter illustratie van de beperkte bevoegdheden die dergelijke ‘commissies’ veelal hebben. De opvattingen daarover zijn overigens verdeeld. Zie voor verdere verwijzingen onder meer P. Leerssen, ‘Clickbaitrechtspraak: De Facebook Oversight Board maakt zijn debuut’, *Nederland Rechtsstaat* 10 maart 2021 <<https://m.nederlandrechtsstaat.nl/forum/id360/10-03-2021/clickbaitrechtspraak-de-facebook-oversight-board-maakt-zijn-debuut.html>> en ter illustratie de recente beslissing van de FOB over de schorsing van de Facebookaccount van Donald Trump (Case decision 2021-001-FB-FBR; <https://oversightboard.com/decision/FB-691QAMHJ/>).

7 Als onderdeel van de ‘Shaping Europe’s Digital Future’-strategie heeft de Europese Unie belangrijke wetgevingsinitiatieven ont-plooid. Denk aan de Digital Services Act (COM(2020) 825 final), de Digital Markets Act (COM(2020) 842 final) en de Artificial Intelligence Act (COM(2021) 206 final). Overigens gaat het hier om voorstellen die ten tijde van het verschijnen van het boek nog in voorbereiding waren. Passchier verwijst dan ook enkel kort naar het eerder gepubliceerde ‘White Paper on Artificial Intelligence’ (COM(2020) 65 final).

introductie op een complex onderwerp en schetst tegelijkertijd de contouren van een agenda voor verder onderzoek. Het boek is daarmee van grote rechtsstatelijke én staatsrechtelijke waarde.