

# AI-wijsheid voor een breed publiek

NTB 2022/41

Bespreking van Reijer Passchier, *Artificiële intelligentie en de rechtsstaat: Over verschuivende overheidsmacht, Big Tech en de noodzaak van constitutioneel onderhoud*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 149, ISBN 9789462908901

Ongeveer een jaar geleden bracht Boom juridisch een boek uit over een zeer actueel en relevant thema: artificiële intelligentie en de rechtsstaat. Het boek is geschreven door Reijer Passchier, die in 2017 promoveerde op het onderwerp informele constitutionele verandering. Daarna was hij werkzaam voor de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR). Momenteel is hij als universitair docent verbonden aan de Open Universiteit en aan de Universiteit Leiden. In oktober 2020 verscheen in *Ars Aequi* een voorpublicatie van zijn boek in de vorm van een artikel,<sup>2</sup> waarvoor hij de Leidse Meijersprijs en de Van Wersch Springplankprijs won.

\*\*\*

In zijn boek verkent Passchier de impact die het gebruik van artificiële intelligentie (AI) door overheden heeft voor de rechtsstaat. In zijn inleiding stelt hij dat overheden van oudsher een relatief sterke informatiepositie hebben, die dankzij technologische ontwikkelingen alleen maar is toegenomen. Niet alleen kunnen zij 'ongekende hoeveelheden gegevens over burgers verzamelen', maar door slimme analyse van die data neemt ook 'het vermogen van overheden om het gedrag van [die] burgers te sturen verder toe' (p. 9-10).

Passchier beperkt zich niet alleen tot overheden. De opkomst van AI versterkt ook de positie van grote techbedrijven als Google, Apple, Microsoft en Facebook. Deze techbedrijven domineren niet alleen de 'digitaliserende economie', maar krijgen ook steeds meer invloed op sociale en politieke processen. Daarmee zouden zij in toenemende mate in staat zijn 'om anderen dingen te laten doen die zij anders niet hadden gedaan' (p. 13). Aan de hand van een hele reeks aan voorbeelden laat Passchier zien dat burgers, bedrijven en zelfs de overheid in toenemende mate afhankelijk zijn geworden van de programma's en systemen die de grote techbedrijven ontwikkelen, waardoor zij weer meer data over deze burgers, bedrijven en overheden kunnen verzamelen, verwerken en in hun eigen voordeel kunnen benutten: 'het is *the winner takes it all 2.0*', aldus Passchier (p. 15).

Vervolgens toont Passchier zijn constitutionalistische inborst: als overheden en techbedrijven machtiger worden

door het gebruik van AI, dan ligt machtsmisbruik op de loer. In zijn optiek kan dit machtsmisbruik worden tegengegaan 'door de eenzijdige en dwingende machtsuitoefening over burgers door middel van een constitutie (*constitutionalisme*) te binden aan de regels van het recht en fundamentele waarden (*rechtsstaat*).'<sup>3</sup> Als de constitutie een instrument is dat strekt tot realisering van rechtsstatelijke waarden, dan rijst natuurlijk de vraag of de constitutie daar in het digitale tijdperk in slaagt: 'In hoeverre is onze constitutie eigenlijk tegen de opkomst van AI opgewassen?' (p. 19), is onze constitutie wel 'AI-ready' (p. 22)?

Voordat Passchier tot de beantwoording van die vraag overgaat, bespreekt hij eerst wat de opkomst van AI precies inhoudt. Hij karakteriseert deze opkomst als een 'sociotechnologische' ontwikkeling: 'een ontwikkeling die bestaat uit de dynamische wisselwerking van interactie, conflict en adaptatie tussen AI als techniek en de sociaal-politieke context waarin die techniek al dan niet wordt toegepast en zich verder ontwikkelt' (p. 33). Daarmee bedoelt Passchier dat AI zich ontwikkelt in een kader van 'instituten als rechtsregels, ideeën en sociale en politieke praktijken' (p. 32), maar datzelfde kader tegelijkertijd niet onbetuigd laat. In deze karakterisering weerklinkt de benadering van zijn voormalige werkgever, de WRR, die in een recent uitgebracht rapport stelt dat AI 'niet zomaar een technologie' is, maar 'een systeemtechnologie' waarvan de inbedding een langdurige wisselwerking vergt met de samenleving.<sup>3</sup>

Omdat de opkomst van AI volgens Passchier plaatsvindt 'in interactie met de maatschappij als geheel en grote (potentiële) impact heeft op onze meest fundamentele instituties', vraagt hij zich af of 'onze constitutie' daar wel tegen 'opgewassen' is (p. 43). De vraag stellen is 'm beantwoorden. Passchier betoogt in zijn boek dat de inzet van AI 'soms leidt tot effectievere constitutionele regelingen', maar vaker 'de constitutionele borging van de rechtsstaat [lijkt] te ondermijnen' (p. 22). Hij werkt die these uit in vier hoofdstukken, waarbij in elk hoofdstuk één rechtsstatelijke waarde centraal staat: hoofdstuk 3 gaat over AI en de trias politica; hoofdstuk 4 over AI en het legaliteitsbeginsel; hoofdstuk 5 over AI en het primaat van de wetgever; en hoofdstuk 6 over AI en het handhavende vermogen van de overheid. In hoofdstuk 7 formuleert hij ten slotte een aantal suggesties voor 'constitutioneel onderhoud'.

In hoofdstuk 3 stelt Passchier dat het machtsevenwicht tussen de wetgever, het bestuur en de rechtspraak in Nederland eigenlijk al in de twintigste eeuw verstoord is geraakt dankzij de ontwikkeling van de verzorgingsstaat. Vanwege het almaar uitdijende takenpakket van de overheid, is het bestuur zowel qua omvang als qua bevoegdheden de andere

<sup>1</sup> Eva van Vugt is universitair docent staatsrecht bij de afdeling Staatsrecht, Bestuursrecht en Rechtstheorie van de Universiteit Utrecht.

<sup>2</sup> R. Passchier, 'Digitalisering en de (dis)balans in de trias politica', *Ars Aequi* oktober 2020, p. 916-927.

<sup>3</sup> WRR, *Opgave ai: De nieuwe systeemtechnologie* (samenvatting van WRR-rapport 105), p. 6.

twee staatsmachten gaan overvleugelen. Passchier betoogt dat de inzet van AI door de overheid 'de reeds bestaande dominantie van het bestuur' verder vergroot, en wel op drie manieren (p. 47). Ten eerste zou alleen het bestuur erin 'slagen (...) om digitale technologie op te nemen in hun processen', terwijl parlement en rechter op dat gebied achterblijven (p. 49). Ten tweede staat de ondoorzichtigheid van de digitale technologie die het bestuur gebruikt bij het ondersteunen en nemen van besluiten in de weg aan een effectieve rechterlijke en parlementaire controle op die besluitvorming (p. 52). Ten slotte zou digitalisering, waarmee Passchier vooral lijkt te doelen op de intensieve uitwisseling van gegevens tussen verschillende uitvoeringsinstanties, de overheidsorganisatie dusdanig complex maken dat het moeilijker wordt om te bepalen wie nu eigenlijk waar verantwoordelijk voor is (p. 54-55).

In hoofdstuk 4 verschuift de blik naar een andere rechtsstatelijke waarde: het legaliteitsbeginsel. Het legaliteitsbeginsel houdt, zoals Passchier zelf ook zegt (p. 59), in dat elk overheidsoptreden een grondslag moet hebben in een wet die mede is vastgesteld door de democratisch verkozen volksvertegenwoordiging, en ook binnen de grenzen van die wet blijft. In hoofdstuk 4 lijkt hij het legaliteitsbeginsel echter in eerste instantie vooral te verstaan als een strikte en effectieve toepassing van de wet. Zo stelt hij dat 'machines, anders dan mensen, zo geprogrammeerd kunnen worden dat zij altijd precies doen wat de wetgever ze opdraagt. Daarvoor moet de wetgever echter wel duidelijke en voor computers geschikte instructies geven' (p. 61). Op die manier, zegt Passchier, kan de inzet van algoritmen door de overheid 'de effectiviteit van wetgeving bij het realiseren van het legaliteitsbeginsel vergroten' (p. 60).

Passchier ziet echter ook bedreigingen voor het legaliteitsbeginsel. Hij signaleert terecht dat de disbalans binnen de trias politica niet alleen komt door het feit dat het bestuur een groter takenpakket heeft gekregen, maar ook door de terugtred van de formele wetgever, die in de verzorgingsstaat onmogelijk meer alles tot in detail kan regelen (p. 62). In plaats daarvan is de wetgever met open normen gaan werken en regelgevende bevoegdheid over gaan dragen aan bestuursorganen. Hierdoor stond het legaliteitsbeginsel al onder druk, maar door het gebruik van AI door de overheid neemt die druk verder toe: steeds meer wetten worden volgens Passchier namelijk 'uitgevoerd door of met behulp van voorgeprogrammeerde systemen', waardoor het 'niet langer street-level ambtenaren zijn die formele wetten naar concrete beslisregels "vertalen", maar system-level systeembeheerders, dataspecialisten en computerprogrammeurs' (p. 63). Aldus zijn het de systeembeheerders en programmeurs, die bij de vertaling van vertaling van algemene wetten naar concrete beslisregels 'in feite eenzijdige en dwingende regelgevende macht [uitoefenen], zonder dat die macht goed en wel is gelegitimeerd, omschreven en begrensd door de formele wetgever' (p. 65-66).

In hoofdstuk 5 werkt Passchier zijn standpunt uit dat AI het primaat van de wetgever ondermijnt. Zoals gezegd uit de opkomst van de verzorgingsstaat zich onder meer in het feit dat niet de democratisch gelegitimeerde wetgever, maar het bestuur steeds vaker de precieze inhoud van algemeen geldende normen is gaan bepalen. Ook hier geldt dus weer dat het primaat van de wetgever reeds onder druk stond, maar dankzij de inzet van AI verder uitgehold wordt. Hij onderscheidt 'elf belangrijke gevaren' (p. 69). Ten eerste zouden 'machines die op autonome wijze open normen, vage termen en kaderwetgeving moeten omzetten naar beslisregels die uiteindelijk de rechten en plichten van burgers bepalen, *de facto* "wetgever in eigen zaak" worden' (p. 70). Ten tweede kan de beslissingsruimte van de wetgever worden beperkt, als deze reeds bij de vaststelling van wetten gebonden is aan het (digitale) systeem waarmee de desbetreffende wetten uiteindelijk zullen worden uitgevoerd (p. 70-71). Ten derde zou de wetgever weinig sturing meer kunnen geven aan de uitvoering van wetten, als die uitvoering plaatsvindt in complexe samenwerkingsverbanden tussen overheidsorganen en private partijen, die door AI steeds meer met elkaar 'verknoot' zouden raken (p. 72). Ten vierde zouden private partijen die de algoritmen ontwerpen waarmee wetten worden uitgevoerd meer invloed kunnen krijgen op de uitgangspunten waarmee in die uitvoering rekening gehouden moet worden dan de wetgever zelf (p. 73).

De andere zeven gevaren voor het primaat van de wetgever hebben volgens Passchier te maken met de machtige positie van de grote techbedrijven. In de ambitie om zoveel mogelijk 'AI-bedrijvigheid' aan te trekken, zou de wetgever zich namelijk laten meeslepen in een '*race to the bottom*' en daardoor inboeten op zijn vermogen om te bepalen welke regels er gelden op het nationale grondgebied (p. 74). Daarnaast proberen grote techbedrijven door middel van lobbypraktijken om de wetten op het grondgebied van het land waar ze gevestigd zijn naar hun eigen hand te zetten (p. 75). Voorts zou 'de snelheid waarmee technologiebedrijven opereren en nieuwe producten op de markt brengen' het de wetgever lastig maken 'om in laatste instantie te bepalen aan welke (rechts)regels burgers gebonden zijn' (p. 77). Bovendien, stelt Passchier, 'is de precieze werking van de digitale diensten van Big Tech notoir ondoorzichtig – en dus moeilijk te controleren voor buitenstaanders zoals wetgevers' (p. 78). Ook zou onze 'individuele' en 'strategische' afhankelijkheid van grote techbedrijven het primaat van de wetgever schaden (p. 79).

De regels die deze bedrijven zichzelf middels zelfregulering opleggen, zouden het vermogen van de wetgever 'om bedrijven te dwingen om hun praktijken te veranderen' voorts ondermijnen (p. 81), evenals de 'eenzijdig dwingende regels' waarmee grote techbedrijven 'de mogelijkheden en onmogelijkheden van burgers in hun digitaliserende leven bepalen' (p. 82). Burgers zouden daarbij 'niet langer op eigen kracht aan de regels van Big Tech kunnen ontsnappen', terwijl Big Tech steeds vaker 'in staat lijkt om de regels van de formele wetgever naast zich neer te leggen' (p. 88). Dit alles

brengt Passchier tot de vraag of wij misschien op weg zijn naar een 'digitaal feodalisme': 'een situatie waarin enkele machtige entiteiten steeds vaker op eigen houtje, zonder democratische legitimatie, bepalen welke dwingende regels er in delen van de digitaliserende samenleving gelden' (p. 89).

In hoofdstuk 6 verkent Passchier de consequenties van AI voor 'de soevereiniteit van de overheid'. Deze soevereiniteit definieert hij 'als het vermogen van de overheid om het recht ook op haar eigen territorium te handhaven' (p. 23), desnoods door middel van geweld (p. 91). Door globalisering zou dit vermogen reeds zijn aangetast, maar de opkomst van AI zou de soevereiniteit van de overheid, in het bijzonder tegenover de grote techbedrijven, verder ondermijnen. Zo voert Passchier aan dat 'het lastig blijkt voor overheidsorganen om de grote AI-bedrijven *politieke verantwoording* af te laten leggen over hun doen en laten' (p. 95). Ook lijken grote techbedrijven te ontsnappen aan 'juridische controle', omdat de miljardenboetes van de Europese Commissie maar een geringe impact zouden hebben op het gedrag van Google (p. 96). Omdat het voor de overheid zo lastig is, of zelfs onmogelijk is om overtredingen door grote techbedrijven te herstellen, zouden we deze bedrijven volgens Passchier 'wellicht best als "(semi)sovereinen" kunnen begrijpen', die met overheden concurreren om de macht (p. 98).

Hoewel AI 'op zo'n manier kan worden ingezet dat zij de effectiviteit van de constitutie vergroot', lijkt zij dus vaker 'de constitutionele borging van de rechtsstaat te ondermijnen'. Maar 'innovatieve updates van ons constitutionele stelsel' kunnen er volgens Passchier voor zorgen 'dat de rechtsstaat ook in tijden van digitalisering en een toenemende inzet van AI voortleeft' (p. 99). Hij doet daarvoor een aantal concrete suggesties in hoofdstuk 7, variërend van meer ondersteuning voor het parlement – denk aan een bureau voor digitale zaken – (p. 105), transparantie van algoritmes (p. 112), en wendbaar wetgeven (p. 115), tot de verheffing van algoritmische beslisregels tot rechtsregels (p. 115) en de constitutionalisering van de grote techbedrijven (p. 123). Ten slotte adviseert Passchier tot een fundamentele doordening van de vraag hoe data het beste gereguleerd kunnen worden. Hoe AI de maatschappelijke verhoudingen in de toekomst gaat beïnvloeden, zal volgens hem grotendeels afhangen van de wijze waarop het eigendom, het bezit, de uitwisseling en het gebruik van data in de toekomst geregeld gaat worden (p. 125).

\*\*\*

Het boek van Passchier leest als een trein: zijn taalgebruik is toegankelijk, zijn voorbeelden spreken tot de verbeelding en zijn verhaal laat de lezer achter met een gevoel voor urgentie. Niet veel staatsrechtsgeleerden slagen daarin. De toegevoegde waarde van zijn werk is dan ook in de eerste plaats gelegen in het feit dat Passchier de fundamentele

beginselen van de democratische rechtsstaat bij een breed publiek onder de aandacht weet te brengen.<sup>4</sup>

Als bijdrage aan het rechtswetenschappelijke debat is zijn boek nog om twee andere redenen interessant. Ten eerste richt Passchier zich niet zozeer op de grondrechtelijke aspecten van de inzet van AI (de 'materiële waarden van de rechtsstaat'), maar concentreert hij zich op andere rechtsstatelijke beginselen, zoals het principe van machtsverdeling (*trias politica*) en het legaliteitsbeginsel. Deze noemt hij zelf de 'structurele waarden' van de rechtsstaat (p. 20-21). Die institutionele invalshoek is van belang, omdat AI geen waardenneutraal instrument is, waarvan men zich kan afvragen hoe deze zo goed mogelijk kan worden benut, terwijl de rechtsstatelijke risico's (lees: mensenrechtenschendingen) worden beperkt. Integendeel, volgens de WRR is AI namelijk 'een systeemtechnologie die de samenleving fundamenteel zal veranderen', en 'een veelzijdig en deels onvoorspelbaar fenomeen', dat ongetwijfeld invloed zal hebben op publieke waarden als 'autonomie en vrijheid, burgerrechten en de rechtstaat'.<sup>5</sup>

Ten tweede beperkt Passchier zich niet tot de inzet van AI door de overheid, maar gaat hij ook in op de machtige positie die grote techbedrijven als Google, Facebook, Microsoft en Apple in het technologische tijdperk hebben verworven. De invloedrijke positie van deze grote techbedrijven is in Nederland nog niet vaak in verband gebracht met de rechtsstaat en het staatsrecht.<sup>6</sup> Een belangrijke uitzondering betreft het preadvies van Ranchordás voor de Staatsrechtconferentie in 2019, waarin zij 'beschrijft hoe Big Tech-platformen *de facto* 'online staten' zijn geworden en pleit voor een intensivering van de publiekrechtelijke bestudering van Big Tech'.<sup>7</sup>

De brede benadering van Passchier stelt hem in staat om een veelheid aan maatschappelijke ontwikkelingen in het digitale tijdperk te bespreken en op creatieve wijze in verband te brengen met de beginselen van de democratische rechtsstaat. Tegelijkertijd kent zijn keuze voor een dergelijke *helicopterview* ook zijn beperkingen. Zo ontbreekt er in het boek een precieze definitie van artificiële intelligentie, constitutie en rechtsstaat: drie begrippen die eigenlijk de rode draad vormen van zijn essay.

Wat de definitie van AI betreft, verwijst Passchier weliswaar naar de definitie die de (door de Europese Commissie

4 De impact van Passchier zijn werk is groot. Zo verwees Maxim Februari in zijn vaste column voor de NRC naar Passchier, werd hij uitgenodigd bij Jort Kelder op Radio 1, en is hij onder meer geïnterviewd door vakblad Mr., journalistiek platform Follow The Money en De Nieuwe Wereld TV.

5 WRR, *Opgave ai: De nieuwe systeemtechnologie* (samenvatting van WRR-rapport 105), p. 5-6.

6 Wel in de internationale literatuur. Zie bijvoorbeeld: G. de Gregorio, 'The rise of digital constitutionalism in the European Union', *International Journal of Constitutional Law*, Volume 19, Issue 1, January 2021.

7 S. Ranchordás, 'Digitale platformen: Globale Staten naast de Staat?', in: L.F.M. Besselink (red.), *De Economische Constitutie* (preadviezen voor de Staatsrechtconferentie, UvA), Nijmegen: WLP 2019, p. 73-99.

ingestelde) High-Level Expert Group on Artificial Intelligence heeft opgesteld (p. 28) maar vervolgens kiest hij ervoor om zijn standpunten te illustreren met voorbeelden die weliswaar raken aan AI, maar niet per se als AI kwalificeren. Veel van de voorbeelden die Passchier gebruikt, zien bijvoorbeeld op de automatisering van besluitvormingsprocessen door de inzet van eenvoudige, vaste *rule-based* algoritmen. Deze algoritmen vallen niet onder AI (vgl. p. 29),<sup>8</sup> omdat zij worden voorgeprogrammeerd. Maar ook het gebruik van Google door Kamerleden, het pestgedrag van anonieme accounts op Twitter en de monopoliepositie van grote techbedrijven, lijkt Passchier allemaal onder AI te verstaan. Daarmee schetst zijn boek weliswaar een beeld van wat AI is, maar draagt het maar beperkt bij aan een goed begrip hiervan. Dat is wel nodig om met het oog op de publieke waarden die door deze systeemtechnologie geraakt zullen worden, zoals de rechtsstaat, de juiste vragen te kunnen stellen.<sup>9</sup>

Zo blijft in hoofdstuk 4, waar Passchier spreekt over de gevolgen die de inzet van AI door de overheid heeft voor het legaliteitsbeginsel, onduidelijk waarom de inzet van eenvoudige, vaste *rule-based* algoritmen zo problematisch is. Zolang deze algoritmen worden ingezet als vertaling van eenvoudige beslisregels ('als x, dan y'), die door het bestuur op basis van regelgevende bevoegdheid zijn vastgesteld, lijkt er in het licht van het legaliteitsbeginsel weinig aan de hand. Besluiten van individuele strekking die het resultaat zijn van de geautomatiseerde toepassing van deze eenvoudige beslisregels zijn dan immers duidelijk terug te voeren op algemeen geldende, herhaaldelijk toepasbare, voorspelbare regels die door een bevoegd orgaan zijn vastgesteld.<sup>10</sup>

Het wordt een ander verhaal wanneer bestuursorganen gebruikmaken van zelflerende complexe algoritmen, die de beslisregels zelf verder en gedetailleerder doorontwikkelen (vgl. p. 66). Ook wanneer deze zelflerende algoritmen uitsluitend worden gebruikt ter ondersteuning en niet ter vervanging van de bestuurlijke besluitvorming, hangt het namelijk in toenemende mate af van de beslisregels die het algoritme zelf heeft (door)ontwikkeld of burgers bijvoorbeeld wel of geen vergunning, subsidie, ontheffing, toeslag of uitkering krijgen. De concrete beslissing en de algemene regel waarop die beslissing oorspronkelijk gebaseerd was, raken dan steeds verder van elkaar verwijderd, waardoor de wettelijke grondslag voor de beslissing steeds meer uit het zicht verdwijnt, en de democratische legitimatie voor het overheidsoptreden verzwakt.<sup>11</sup>

Het begrip 'rechtsstaat' definieert Passchier vervolgens als de regels van het recht en fundamentele waarden. De

uitoefening van macht over burgers dient volgens Passchier aan die regels van het recht en fundamentele waarden te worden gebonden door middel van een constitutie. Passchier stelt de constitutie dus voor als een instrument dat ten doel heeft om machtsuitoefening over burgers te binden aan 'de rechtsstaat'.<sup>12</sup> Met een constitutie bedoelt hij 'niet alleen een grondwet, maar een compleet stelsel van juridische en niet-juridische normen, beginselen en bestendige praktijken, dat juridische en/of feitelijke macht om burgers regels op te leggen constitueert, reguleert en limiteert' (p. 18-19). De constitutie moet dus machtsuitoefening over burgers binden aan regels en fundamentele waarden, maar bevat zelf óók normen, die hij weer onderverdeelt in juridische en niet-juridische normen, beginselen (is dat weer iets anders dan fundamentele waarden?) en bestendige praktijken (vloeit uit die bestendigheid niet voort dat er een norm is ontstaan?).

In de begripsvorming lijkt hier een en ander door elkaar te lopen. Ik ben het met Passchier eens dat een constitutie meer omvat dan de normen die in een geschreven grondwet tot uitdrukking komen.<sup>13</sup> Voor de Nederlandse situatie is de ongeschreven vertrouwensregel het voorbeeld bij uitstek. Dat de vertrouwensregel in de praktijk is ontstaan en nooit gecodificeerd is, doet niets af aan het bindende – en daarmee het juridische – karakter van deze norm. Zelf zou ik 'de constitutie' dan ook definiëren als de geschreven en ongeschreven normen die samen het constitutionele *recht* vormen. Deze normen reguleren de verhoudingen tussen de staatsmachten onderling en tussen de staatsmachten en de burgers, en vindt men doorgaans – maar niet altijd – in een geschreven grondwet.

Passchier kiest er evenwel voor om 'de constitutie' ruimer te definiëren dan het constitutionele *recht*. Hij heeft het immers over juridische én *niet-juridische* normen, beginselen en praktijken. De constitutie wordt daarmee een soort containerbegrip, waar uiteindelijk alles onder te brengen valt. Op die manier kan Passchier zijn aanbevelingen presenteren als een 'versterking van de constitutie', zonder met concrete voorstellen tot wetgeving of grondwetswijzigingen te komen.

De keuze voor een ruime definitie van het constitutiebegrip, die niet tot geldende recht is beperkt, lijkt ingegeven door zijn wens om het klassieke rechtsstaatsdenken toe te passen op niet-staatelijke entiteiten, zoals grote techbedrijven. Die benadering is innovatief, maar niet altijd overtuigend. Zo wijst Passchier enerzijds op de rechtsstatelijke risico's van grote techbedrijven, die zich gedragen als '(semi)

8 Zie ook B. Custers e.a., 'Waarom (basis)kennis van AI onontbeerlijk is voor juristen', *Ars Aequi* december 2021, p. 1137.

9 De WRR noemt dit de 'demystificatie' van AI.

10 Zie ook 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', *TvCR* 2021 12(1), p. 10-11.

11 Ibid.

12 Net zoals Passchier wetgeving voorstelt als een middel om het legaliteitsbeginsel te 'borgen'. Zie p. 60 ('de effectiviteit van wetgeving bij het realiseren van het legaliteitsbeginsel') en p. 61 ('het vermogen van wetgeving om machtsuitoefening door de overheid te legitimeren en te limiteren'). [cursiveringen in de citaten zijn van mijzelf, EVV].

13 Zie het onderscheid dat David S. Law maakt tussen de 'large-c constitution' en de 'small-c constitution', in: *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford: OUP 2010, p. 376-398.

soevereinen' met *'state-like powers'*, en in dat kader met overheden zouden concurreren om de macht. Anderzijds zoekt hij de oplossing voor dit probleem niet zozeer in het strenger reguleren, maar vooral in het 'constitutionaliseren' van deze bedrijven 'door (quasi) constitutionele waarborgen in te bouwen in hun organisatiestructuur', zoals '(zwaardere) *checks & balances* binnen de onderneming' en 'de representatie van belanghebbenden van buiten het bedrijf in zijn beslissingsorganen' (p. 124). Passchier lijkt zich hierbij niet te realiseren dat constitutionalisering de machtsuitoefening van grote techbedrijven niet per se zal *beperken*, maar juist zal *legitimeren*, hetgeen hun concurrentiepositie ten opzichte van nationale overheden en supranationale organisaties alleen maar zal versterken.

Dergelijke tegenstrijdigheden doen zich in het boek vaker voor. Om te illustreren dat de opkomst van AI een socio-technologische ontwikkeling is, stelt Passchier bijvoorbeeld enerzijds dat als overheden bepaalde technologieën – hij gebruikt automatische gezichtsherkenning als voorbeeld – in de ban doen, dat een rem kan zijn op de verdere ontwikkeling van zo'n technologie (p. 33). Anderzijds stelt hij dat de snelheid waarmee bedrijven nieuwe technologieën ontwikkelen het primaat van de wetgever uithollen (p. 77), en insinueert hij regelmatig dat de wetgever überhaupt niet bij machte is om AI te reguleren.

Een ander voorbeeld is het feit dat Passchier niet alleen het legaliteitsbeginsel en het beginsel van machtscheiding onder rechtsstatelijke waarden schaaft, maar ook het 'handhavende vermogen van de overheid'. In dat kader stelt Passchier enerzijds dat de opkomst van AI een bedreiging vormt voor de rechtsstaat, omdat grote techbedrijven zoals Google en Facebook de vrijheid van burgers eenzijdig zouden beperken. Anderzijds betoogt hij dat AI de rechtsstaat kan versterken, doordat de overheid met gezichtsherkenkende camera's en geavanceerde beslissystemen de rechtsorde beter kan handhaven. Dit laatste heeft in mijn beleving echter meer weg van een totalitaire politiestaat dan van een rechtsstaat.

Mijn laatste opmerking is dat Passchier terecht een aantal zorgelijke rechtsstatelijke problemen signaleert. Bij een aantal van die problemen vraag ik me echter af of AI nu echt de boosdoener is. Is het gevaar dat uitgaat van de techlobby een AI-probleem of een lobbyprobleem? Is de *race to the bottom* geen belastingprobleem? En is de afhankelijkheid van de (technologische) expertise van private partijen als softwareontwikkelaars en programmeurs niet gewoon het gevolg van bezuinigingen in het kader van het *New Public Management*?

Natuurlijk begrijp ik dat AI bestaande problemen onder een vergrootglas legt. Maar ik vind wel dat men moet oppassen de technologie de schuld te geven van rechtsstatelijke problemen. Als voorstander van een institutionele benadering zal Passchier het met mij eens zijn dat constitutionele normen niet uit zichzelf werken. Uiteindelijk zijn het de

constitutionele *actoren* die de beginselen van de democratische rechtsstaat hebben hoog te houden. Zodra bestuursorganen de invulling van open normen bijvoorbeeld gaan overlaten aan programmeurs, zijn zij vanuit rechtsstatelijk perspectief verkeerd bezig en moet de wetgever en/of de rechter hen daarop aanspreken. Als Twitter en Facebook er met behulp van zelfregulering niet in slagen om van hun platformen een veilige omgeving te maken, dan moet de (Europese) wetgever de handschoen oppakken. En als de rechter constateert dat hij de wijze van totstandkoming van een besluit niet kan controleren, omdat dit besluit (gedeeltelijk) tot stand is gekomen met behulp van ondoorgrondelijke AI-technologieën, dan moet hij uitleg eisen van het verantwoordelijke bestuursorgaan.

\*\*\*

Passchier laat met zijn boek zien dat de opkomst van AI noopt tot doordenking van publieke waarden van de rechtsstaat. Daarvoor moet geïnvesteerd worden in AI-wijsheid bij het brede publiek. Een breed publiek bereik je niet met een specialistisch boek dat doorspekt is met juridisch vakjargon en ingewikkelde zinsconstructies. Daarvoor moet je een toegankelijk boek schrijven, dat tot de verbeelding spreekt en dat mensen doordringt van het belang van de rechtsstaat. Daarin is Passchier buitengewoon goed geslaagd.