

Tilburg University

Donner, de WRR, digitalisering en de rechtsstaat

Prins, Corien; Passchier, Reijer

Published in:
Rechtsorde en bestuur

Publication date:
2018

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Prins, C., & Passchier, R. (2018). Donner, de WRR, digitalisering en de rechtsstaat. In *Rechtsorde en bestuur: Liber Amicorum aangeboden aan Piet Hein Donner* (pp. 351-368). Boom Juridische Uitgevers.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Donner, de WRR, digitalisering en de rechtsstaat

Reijer Passchier & Corien Prins

‘Het is de kunst om met een onderwerp te beginnen als nog niemand doorheeft dat iets een probleem is.’

P.H. Donner over het werk van de WRR

1 Rechtsstaat, digitalisering en de loopbaan van Donner

Ons is verzocht in deze bijdrage het onderwerp ‘advisering door de WRR’ centraal te stellen. Dat zullen we in het onderstaande zeker doen, alleen al omdat Piet Hein Donner voorzitter van de vijfde raad (1993-1997) was.¹ Kijkend naar het genoemde onderwerp was het misschien logisch geweest om onze bijdrage te starten met een analyse van het werk van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR). In dat geval zouden we hebben vermeld dat de WRR drie taken kent: het *denken* voor en over beleid, het wetenschappelijk *onderzoeken* en het *uitdragen* van kennis en inzichten.² We zouden deze taken vervolgens nader hebben kunnen uitwerken, waarbij we de nadruk leggen op het belang van gevraagd en ongevraagd advies waarin oplossingsrichtingen worden aangedragen. Of we hadden op meer poëtische wijze kunnen zeggen: ‘De WRR beoogt een steen in de Hofvijver te werpen.’

Er zijn echter reeds goede stukken met een dergelijke strekking beschikbaar.³ Wij pakken het daarom wat anders aan, door – teruggrijpend op werk uit het WRR-verleden – iets te zeggen over WRR-advisering in heden en toekomst aan de hand van een tweetal onderwerpen die we kunnen verbinden aan de loopbaan van Donner: rechtsstaat en digitalisering.

Over beide thema’s heeft de WRR veel geschreven.⁴ En de vraag hoe digitalisering zich tot de rechtsstaat verhoudt, figureert prominent in het actuele maatschappelijke debat. Is de rechtsstaat wel opgewassen tegen de voortschrijdende digitalisering van de maatschappij? Sommige auteurs geven ronduit pessimistische of zelfs apocalyptische antwoorden op deze vraag.⁵ Zij benadrukken vooral de bedreigingen voor de rechtsstaat die digitalisering met zich meebrengt. Zulke analyses zijn relevant en we moeten alle scenario’s serieus nemen. Tegelijkertijd – en daar heeft de bestaande literatuur minder aandacht voor – biedt digitale technologie ook kansen om de rechtsstaat aan te passen aan veranderende omstandigheden die zich voordoen als gevolg van digitalisering.

¹ J. Buevink & P. den Hoed, *Op de brug tussen politiek en wetenschap. WRR 35 jaar*, Den Haag: WRR 2007, p. 73.

² Instellingswet WRR, *Stb.* 1976, 413, laatstelijk gewijzigd bij de wet van 11 december 1997, *Stb.* 1998, 27.

³ Zie o.a. P. den Hoed & A.-G. Keizer (red.), *Op steenworp afstand*, Den Haag: WRR 2007; P. den Hoed & A.-G. Keizer, ‘The Scientific Council for Government Policy. Between Science, Policy and More’, in: J. Lentsch & P. Weingart (red.), *Scientific Advice to Policy Making*, Opladen & Farmington Hills, MI: Barbara Budrich 2009, p. 67-82..

⁴ Zie naast de publicaties die wij hieronder bespreken bijvoorbeeld WRR, *Big Data in een vrije en veilige samenleving*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2016; WRR, *De publieke kern van het internet: naar een buitenlands internetbeleid*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2015.

⁵ Zie bijv. Y.N. Harari, *Homo Deus. A Brief History of Tomorrow*, Londen: Harvill Secker 2015.

Dit artikel gaat dan ook na of evenwichten in de rechtsstaat en voorwaarden voor zijn functioneren (waaronder voorwaarden die zijn verstoord door digitalisering) door middel van digitale middelen gefaciliteerd of weer hersteld kunnen worden. Hierbij gaan wij ervan uit dat het zoeken naar mogelijkheden om digitalisering te benutten om de rechtsstaat te onderhouden een opdracht is van Hoge Colleges van Staat, als de Raad van State, adviesorganen als de WRR en individuele auteurs. Met de keuze voor ons onderwerp raken we bovendien langs verschillende lijnen aan de loopbaan van Piet Hein Donner.

2 Staat zonder land

De WRR was er vroeg bij. Dat was geheel in lijn met de opmerking van Donner dat het de kunst voor de WRR is om met een onderwerp te beginnen als nog niemand doorheeft dat iets een probleem is.⁶ Reeds in 1998 publiceerde de WRR onder het voorzitterschap van Donner het rapport ‘Staat zonder land’, waarin de bestuurlijke gevolgen van digitalisering werden verkend.⁷

In de eerste plaats had de WRR oog voor het feit dat de ‘stormachtige’ ontwikkeling van ICT het klassieke probleem van verandering vergroot. Veranderende omstandigheden waren altijd al een probleem voor overheden.⁸ Van overheden wordt immers van oudsher stabiliteit verwacht. Maar deze stabiliteit kunnen zij paradoxaal genoeg alleen bieden door zich continue aan veranderende omstandigheden aan te passen. Zoals Edmund Burke het stelde, ‘[a] state without the means of some change is without the means of its conservation’.⁹ In constitutionele staten is verandering nóg uitdagender, omdat in zulke staten aanpassingen aan het staatsbestel ook nog eens aan bepaalde procedurele en inhoudelijke juridische eisen moet voldoen.¹⁰ Na de industriële revolutie nam de snelheid van maatschappelijke verandering in rap tempo toe. Het positieve recht werd een belangrijk instrument om continuïteit en aanpassingsvermogen met elkaar te verbinden. Maar in het informatietijdperk gaan veranderingen zó snel dat ook het recht zijn grip op de werkelijkheid dreigt te verliezen. ‘Snelle verandering’ door het ‘turbulente karakter’ van digitalisering is nu een vraagstuk op zich. Zoals de WRR schreef:

‘Het proces van rechtsontwikkeling en zeker dat van de formele wetgeving zijn onvoldoende berekend op de hoge omloopsnelheid van nieuwe technologieën en van de sociale en juridische problemen die zij oproepen. Bovendien is hier niet alleen de vraag aan de orde of bestuurlijke en juridische instituties deze snelle verandering aankunnen. Omdat recht en bestuur (...) eveneens een houvast voor de langere termijn moeten bieden, is het ook onwenselijk dat zij steeds met de contextuele veranderingen “meevibreren” en aldus in een permanente staat van verandering terechtkomen.’¹¹

⁶ J. Buevink & P. den Hoed, *Op de brug tussen politiek en wetenschap. WRR 35 jaar*, Den Haag: WRR 2007, p. 75.

⁷ WRR, *Staat zonder land. Een verkenning van bestuurlijke gevolgen van informatie- en communicatietechnologie*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1998.

⁸ Zie C.H. McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Indianapolis: Liberty Fund 2009, p. 5.

⁹ E. Burke, *Reflections on the Revolution in France*, New Haven: Yale University Press, 2003, p. 19.

¹⁰ Zie hierover R. Passchier, *Informal Constitutional Change: Constitutional Change Without Formal Constitutional Amendment in Comparative Perspective*, diss, Leiden, 2017.

¹¹ *Ibidem*, p. 70.

Later zou Donner het probleem van snelheid door digitalisering nog een keer onder de aandacht brengen in de colleges die hij gaf als Cleveringa-hoogleraar aan de Universiteit Leiden en in een jaarverslag van de Raad van State.¹²

De belangrijkste gevolgen van digitalisering die de WRR in ‘Staat zonder land’ aan de orde stelde, waren ‘deterritorialisering’ en ‘vernetwerking’. Deterritorialisering definieerde de WRR als het proces waarbij actoren, acties en gevolgen van handelingen steeds verder verspreid raken over verschillende landen. Een van de gevolgen hiervan is dat het niet eenduidig meer is vast te stellen binnen welk territorium de actor op een handeling kan worden aangesproken. In de huidige tijd is *cloud computing* hier een illustratief voorbeeld van: kenmerkend voor deze vorm van gegevensopslag is dat de dienst volautomatisch een gegevensbestand opsplijst in een veelheid aan kleinere gegevensbestanden en deze verspreid over de wereld opslaat, afhankelijk van waar op dat moment voor het betreffende bestand opslagcapaciteit beschikbaar is. Met deze en andere applicaties boet het handelingsvermogen van nationale overheden langzaam maar zeker aan kracht in.

Over wat vernetwerking precies is en wat de gevolgen daarvan zijn, was de WRR destijds nog iets minder duidelijk. Vernetwerking zag de WRR toen met name als iets economisch: als een proces waarbij functionele economische begrippen, zoals communicatie, gebruik van databanken en transacties, in belangrijke mate op gegevensuitwisseling berusten. Vandaag weten wij dat vernetwerking alle facetten van de maatschappij betreft.¹³ In sommige opzichten maakt dit kenmerk van digitalisering burgers onafhankelijker en autonomer ten opzichte van bestaande verticale structuren zoals de overheid. Tegelijkertijd zijn de nieuwe, meer horizontale verbanden tussen overheden, bedrijven en burgers niet zonder rechtsstatelijke risico’s. Macht die vroeger door de overheid werd uitgeoefend, is nu soms in handen van bedrijven als Facebook, Google en Uber. Het recente Cambridge Analytica-schandaal illustreerde op indringende wijze hoe deze entiteiten in staat zijn hun macht te misbruiken.

De Amerikaanse techreuzen zoals Facebook en Apple zijn niet gehuisvest in hoge torens, maar in weidse laagbouw. Volgens de historicus Niall Ferguson is dat niet alleen het geval vanwege het risico op aardbevingen in San Francisco. ‘Ze willen ook de indruk wekken dat ze toegankelijk zijn. Platte organisaties, opgebouwd als een egalitair netwerk, democratisch, niet-hiërarchisch. Onzin natuurlijk. Mark Zuckerberg is een ouderwetse alleenheerser’, aldus Ferguson in *NRC Handelsblad*.¹⁴ Ferguson drukt zich misschien wat dramatisch uit. Maar hij heeft wel gelijk als hij bedoelt dat de nieuwe institutionele structuren die ontstaan als gevolg van digitalisering niet per definitie een rechtsstatelijk karakter hebben.

3 WRR-input voor minister Donner: *iOverheid*

Bijna dertien jaar na ‘Staat zonder land’ kwam Donner wederom in aanraking met een WRR-onderzoek naar digitalisering. Dit keer was hij niet verbonden aan de WRR, maar was hij ‘klant’ van de Raad. In maart 2011, nam Donner als minister van Binnenlandse Zaken het WRR-rapport ‘*iOverheid*’ in ontvangst. De WRR wees in dit advies onder meer op het risico dat

¹² Jaarverslag Raad van State 2015, m.n. p. 11.

¹³ N. Ferguson, *The Square and the Tower. Networks, Hierarchies and the Struggle for Global Power*, Penguin, 2018.

¹⁴ W. van Noort, ‘Mark Zuckerberg is een ouderwetse alleenheerser’, *NRC Handelsblad* 30 maart 2018, www.nrc.nl/nieuws/2018/03/30/mark-zuckerberg-is-een-ouderwetse-alleenheerser-a1597740.

politiek en beleid het regisserend vermogen op het terrein van digitalisering kwijttraken.¹⁵ De overheid dient daarom veel alerter te zijn op tal van cruciale vragen die de ontwikkeling oproept. Wie draagt in de vernetwerkte digitale wereld van de overheid uiteindelijk de eindverantwoordelijkheid voor informatie en de kwaliteit van informatie? En waar liggen de grenzen van informatie(her)gebruik? Ook wordt het tijd, aldus de WRR in 2011, voor het besef dat de *i*Overheid om *politieke* beslissingen vraagt. Diverse zorgen lagen aan die oproep ten grondslag. Een aantal daarvan, zoals de risico's van allesomvattende surveillance voor de vrijheid van burgers om, binnen de grenzen van de wet, zichzelf te zijn, anders te zijn en dit anders zijn openlijk te tonen en te verkondigen, hing nauw samen met het belang van rechtsstatelijke waarden en voorwaarden. En daarmee de toekomst van de rechtsstaat.

Onder Donner had de WRR de uitdagingen van digitalisering vroeg herkend. Maar waar het rapport 'Staat zonder land' nog een verkennend karakter had, toonde 'iOverheid' dat de overheid écht iets met digitalisering moest. Toch was de kabinetsreactie op het *i*Overheid-rapport die op voorstel van Donner werd geschreven, enigszins ontkennend en toch ook wel ontwijkend.

Het kabinet steunde op twee centrale gedachten: ruimte laten en bescherming bieden.¹⁶ Enerzijds zette het kabinet in op het op orde brengen en houden van het overheidshandelen in een gedigitaliseerde samenleving, onder meer door het zo goed mogelijk onderhouden en beveiligen van datastromen die de overheid beheert. Anderzijds nam het kabinet zich destijds voor om burgers zodanig uit te rusten dat zij zichzelf kunnen beschermen en eventuele problemen met of misstanden ten gevolge van digitalisering zelf recht kunnen zetten.

Kijkend naar de ontwikkeling die digitalisering sinds de publicatie van het rapport heeft doorgemaakt, is het interessant om te lezen dat het kabinet destijds aangaf dat:

‘(...) de digitalisering en de grootschalige informatiestromen leiden tot fundamentele en onomkeerbare maatschappelijke ontwikkelingen, die nopen tot een herbezinning op de rol van de overheid in al zijn gelaagdheden. Het kabinet wenst evenwel te benadrukken dat de nationale overheid niet in staat is of zal zijn over datastromen in de *i*Samenleving in den brede regie te voeren. Bovendien acht het kabinet het noch wenselijk, noch noodzakelijk om te streven naar een regierol in de *i*Samenleving. De overheid heeft niet tot taak alle risico's te beheersen; zij heeft echter wel tot taak de burger in de *i*Samenleving optimaal te voorzien van instrumenten om zelf regie te kunnen voeren.’

Alhoewel zowel de nationale als de Europese wetgever er nog immer van uit lijken te gaan dat burgers in staat moeten zijn om 'regie' te voeren in de digitale wereld,¹⁷ toont de realiteit van onze huidige datagedreven samenleving dat individuen veelal helemaal niet weten welke gegevens er over hen worden verwerkt, op welke wijze ze door bedrijven en de overheid worden beoordeeld en getypeerd en wat daarvan voor hen de gevolgen zijn. Met andere woorden: ook al heeft een burger alles wat hij of zij zelf op orde kan hebben op orde, inmiddels is ieders leven

¹⁵ WRR, *iOverheid*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2011.

¹⁶ Kamerbrief 25 oktober 2011, www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2011/10/25/digitalisering-vraagt-om-overheidshandelen-en-om-betere-toerusting-burgers.

¹⁷ Zie Considerans 6 van de EU Verordening Gegevensbescherming: 'Individuals should have control over their own personal data.'

met zoveel digitale afhankelijkheden omkleed dat van ‘zelf de regie voeren’ geen sprake meer kan zijn.

4 De digitale rechtsstaat

Digitalisering is een bestuurskundige, ofwel ‘governance’, uitdaging voor de overheid. Maar digitalisering brengt daarnaast ook meer fundamentele, rechtsstatelijke risico’s met zich mee. Reeds in 1998 wees de WRR erop dat digitalisering – en vervolgens snelle verandering, deterritorialisering en vernetwerking – de werking van met name het legaliteitsbeginsel zouden kunnen ondermijnen.¹⁸ Het legaliteitsbeginsel zorgt ervoor dat burgers via gekozen organen controle houden over wat de overheid kan en mag doen. Snelheid is op zich al een probleem voor een wetgever die er gemiddeld twee jaar over doet om een wet te maken. Vernetwerking binnen de overheid zorgt ervoor dat regelgevings- en andere besluitvormingsprocessen verder van de wetgever af komen te staan. In de grote beschikkingsfabrieken maken wetgevingsjuristen plaats voor systeemontwerpers en dataspecialisten. Vernetwerking buiten de overheid, in combinatie met deterritorialisering, brengt de cruciale positie van het recht in gevaar.

Geïnspireerd door het WRR-rapport ‘Staat zonder land’ pleitte Mark Bovens (misschien niet toevallig thans raadslid van de WRR) er al eens voor om de erosie van het legaliteitsbeginsel door digitalisering op te vangen door een vierde, digitale verdieping op het reeds bestaande huis van de rechtsstaat te bouwen.¹⁹ Boven op de klassieke, democratische en sociale verdieping zou dit huis ook een digitale bouwlaag moeten krijgen met daarin transparantie- en informatierechten. Transparantie- en informatierechten zouden ook door moeten werken in de reeds bestaande rechtsstatelijke verdiepingen, zo benadrukte Bovens. Deze ‘digitale rechtsstaat’ zou de burger, in aanvulling op het klassieke legaliteitsbeginsel, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid moeten bieden en hem of haar in staat moeten stellen om greep te houden op wat de WRR later de *i*Overheid heeft genoemd.

Maar, zoals ook Bovens overigens erkent,²⁰ is dit slechts een deel van de oplossing. De digitale rechtsstaat kan weliswaar een antwoord zijn op de erosie van het legaliteitsbeginsel, maar minder op de erosie van andere beginselen van de democratische rechtsstaat zoals de trias politica en mensenrechten. De digitale rechtsstaat zoals Bovens die voor zich zag, is ook nauwelijks een antwoord op het verlies aan handelingsvermogen van de overheid als gevolg van digitalisering.

5 De toekomst van de nationale rechtsstaat

We zouden wellicht meer greep op het probleem van erosie van de rechtsstaat door digitalisering kunnen krijgen door iets dieper te graven en niet zozeer te kijken naar de gevolgen

¹⁸ WRR, *Staat zonder land. Een verkenning van bestuurlijke gevolgen van informatie- en communicatietechnologie*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1998, p. 79.

¹⁹ M. Bovens, *De digitale republiek. Democratie en rechtsstaat in de informatiemaatschappij*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2003, p. 20.

²⁰ *Ibidem*, p. 126 e.v.

van digitalisering voor de formele beginselen van de rechtsstaat, maar naar zijn maatschappelijke fundament.²¹

Naast digitalisering is de rechtsstaat een belangrijk WRR-onderwerp. Kort na Donners aantreden als minister van Justitie in 2002 verscheen misschien wel de belangrijkste WRR-publicatie op dit terrein: ‘De toekomst van de nationale rechtsstaat’. Donner had naar eigen zeggen veel aan dit rapport. In de interviewbundel *Op de brug tussen politiek en wetenschap* – verschenen ter gelegenheid van het 35-jarig bestaan van de WRR – zegt hij daarover: ‘Het bevatte een oproep tot vertrouwen in de rechtsstaat. Het was een soort herwaardering en kwam net uit na de periode met Fortuyn. Er werd veel naar verwezen, ook in de Tweede Kamer.’²²

De kern van het WRR-rapport was dat de nationale rechtsstaat nog immer een centrale plaats innam als ankerpunt in een internationale rechtsorde. Tegelijkertijd noodzaakten twee ontwikkelingen – internationalisering en individualisering – dat voor het goed blijven functioneren van de rechtsstaat wel aan een aantal voorwaarden moet worden voldaan. Concreet noemde de WRR destijds een effectievere misdaadbestrijding, een stofkam door veel regelgeving en een goed functionerende rechterlijke macht.²³

Waar de uitdagingen voor een stabiele rechtsstaat destijds lagen in individualisering en internationalisering, valt nu, ruim vijftien jaar later, in ieder geval ook digitalisering te noemen. En wederom geldt: wil de rechtsstaat een anker in de nationale en internationale rechtsorde blijven, dan vraagt dat om aandacht en onderhoud. Wat voor aandacht en onderhoud dan precies? En hoe kan digitalisering daarbij helpen? Het functionele fundament van de rechtsstaat bestaat, aldus de WRR in ‘De toekomst van de nationale rechtsstaat’, uit vijf cultureel-maatschappelijke voorwaarden:

1. een effectieve rechtshandhaving, met name in de bestuursrechtelijke en strafrechtelijke context;
2. een adequaat presterende overheid;
3. een goed functionerende rechterlijke macht;
4. een levendige *civil society* als draagvlak;
5. voldoende vertrouwen van de bevolking in het recht.

Elk van deze voorwaarden voor het goed functioneren van de rechtsstaat wordt door digitalisering ondermijnd. Maar tegelijkertijd biedt digitalisering ook kansen om de voorwaarden voor de rechtsstaat te versterken. Laten we de bedreigingen en kansen van digitalisering voor het fundament van de rechtsstaat nader verkennen door elk van de rechtsstatelijke voorwaarden die de WRR in 2002 formuleerde, kort te beschouwen.

5.1 Een effectieve rechtshandhaving

Een effectieve rechtshandhaving – en dan met name op strafrechtelijk en bestuursrechtelijk gebied – is een van de belangrijkste voorwaarden voor het bewaren van het ethos van de

²¹ Zie voor een vergelijkbare exercitie, maar dan met democratie als uitgangspunt: J. Bartlett, *The People Vs Tech: How the internet is killing democracy (and how we save it)*, Londen: Ebury Press, 2018.

²² J. Buevink & P. den Hoed, *Op de brug tussen politiek en wetenschap. WRR 35 jaar*, Den Haag: WRR 2007, p. 75.

²³ WRR, *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002.

rechtsstaat, aldus de WRR.²⁴ Onvoldoende opsporingscapaciteit van politie en justitie kunnen, volgens de WRR, op termijn het vertrouwen in de rechtsstaat ondermijnen. Dit geldt ons inziens ook voor het digitale domein. Effectieve handhaving van het bestuursrecht, zoals bijvoorbeeld privacyverordeningen en mededingingsregelingen, zijn in het digitale domein net zo essentieel voor de rechtsstaat als de effectieve handhaving van deze regelingen in de offline wereld. Als voor wetsovertredingen in het digitale domein een reactie van de overheid uitblijft, kan dit het vertrouwen van burgers in de rechtsstaat evenzeer ondermijnen.

Voor de rechtsstaat is het dus cruciaal dat de overheid het recht zowel in de analoge als digitale wereld handhaaft. Met betrekking tot de analoge wereld kunnen digitale middelen erg nuttig zijn. Via buurt-apps weet de politie veel sneller wat er aan de hand is in wijken. Filmpjes die burgers met hun mobiele telefoon maken, kunnen bij een eventuele rechtszaak als bewijsmateriaal dienen. Big Data stellen de politie en de Belastingdienst soms in staat om misdaad te ‘voorspellen’, dat wil zeggen, om van te voren te weten met welke waarschijnlijkheid bepaalde mensen op bepaalde plekken en op bepaalde momenten de wet gaan overtreden. Het gebruik van Big Data is zo effectief dat zelfs gemeenten digitale databases en algoritmes zijn gaan gebruiken om bijstandsfraude op te sporen.²⁵

Ook in het digitale domein is rechtshandhaving cruciaal. Maar de overheid stuit hier op forse uitdagingen en problemen. Een eerste is de aanwezigheid van capaciteit, kennis, kunde en competenties. Deze zijn nog niet bij alle overheidsinstanties in voldoende mate aanwezig. Een tweede probleem bij het handhaven van het recht in de digitale wereld is deterritorialisering. Als overtredingen in het digitale domein worden gepleegd door nationaal opererende entiteiten, dan lukt het de overheid vaak nog wel om daar iets aan te doen. Een nationale webwinkel die het consumentenrecht overtreedt, kan worden beboet door de Autoriteit Consument en Markt.²⁶ En als het digitale MKB belastingen ontduikt, dan is de Belastingdienst hier zo achter. Het digitale domein beperkt zich echter lang niet altijd tot de landsgrenzen. Wat doe je met hackers uit Spanje, Rusland of Noord-Korea die Nederlandse burgers afpersen met *ransomware*? Wat doe je als een grote techreus discriminerende algoritmes gebruikt? Of weigert belasting te betalen?

Dit zijn kwesties met een belangrijke rechtsstatelijke dimensie en de aanpak daarvan is daarom van groot belang voor het functionele fundament van onze rechtsstaat. Een deel van de problemen kunnen wellicht worden ondervangen door de cybercapaciteit van opsporende en handhavende instanties en zelfs defensie te versterken. Een ander deel van de uitdagingen kunnen wij alleen het hoofd bieden door het internationaal recht en de internationale digitale handhavingscapaciteit (veel) verder te ontwikkelen. Als nationale overheid, zeker van een klein land als Nederland, staan we nu eenmaal relatief machteloos tegenover mondiale digitale krachten. Internationale afstemming en harmonisatie dreigen op dit moment echter een negatieve connotatie te krijgen, met name vanwege het democratische deficit dat deze zouden hebben. Maar voor het behoud van de rechtsstaat in een digitaliserende wereld lijkt vergaande internationale samenwerking op straf- en bestuursrechtelijk gebied cruciaal.

²⁴ Ibidem, p. 253.

²⁵ M. Heijink, ‘Algoritme voorspelt wie fraude pleegt bij uitkering’, *NRC Handelsblad* 9 april 2018. Eerder al hierover WRR, *Big Data in een vrije en veilige samenleving*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2016.

²⁶ Zie bijv. www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/16508/ACM-beboet-vijf-webwinkels-voor-overtreden-regels-annulering-aankoop.

Digitale middelen lijken internationale samenwerking niet alleen noodzakelijk te maken, maar ook te kunnen ondersteunen. Zo ziet de Duitse constitutionalist Ingolf Pernice mogelijkheden om ICT te gebruiken om een mondiale democratie te constitueren die, in aanvulling op bestaande nationale en internationale overheidsverbanden, op effectieve wijze kan dealen met problemen zoals die voortvloeien uit digitalisering.²⁷

5.2 Een adequaat presterende overheid

‘In een rechtsstaat worden aan het openbaar bestuur hoge eisen gesteld’, aldus de WRR.²⁸ Met name na de Tweede Wereldoorlog werden er steeds meer prestaties van de overheid verwacht, eerst op sociaal en later ook op ecologisch vlak. Tegelijkertijd werden de eisen aan rechtsbescherming voor burgers tegenover de overheid uitgebreid, bijvoorbeeld door de ontwikkeling van speciale bestuursrechtspraak. Enerzijds werd er van de overheid dus in toenemende mate van alles verwacht, maar anderzijds werd de overheid steeds meer aan allerlei beperkingen gebonden.

De spanning tussen deze twee verwachtingspatronen is er altijd al geweest, zoals ook de WRR aangeeft, maar krijgt een nieuwe dimensie in het digitale tijdperk. Door digitalisering lijkt de lat voor de overheid wederom hoger komen te liggen. De burger zit steeds meer op de eerste rang en controleert de overheid via allerhande apps, van losliggende stoeptegels tot het beoordelen van de gemeenteraad op het nakomen van beloften tot het meten van luchtkwaliteit. Tegelijkertijd gelden de rechtsstatelijke beperkingen voor de overheid voorsnog onverkort. Daarbij zet digitalisering het prestatievermogen van de overheid onder druk. Zo valt mondiale digitale criminaliteit meestal moeilijker te bestrijden dan meer conventionele vormen van misdaad. En maakt de digitalisering van de samenleving het voor de klassieke overheid steeds ingewikkelder om belasting te heffen, waardoor de sociale zekerheid onder druk komt te staan en er in sommige landen reeds voor de rechtsstaat onaanvaardbare welvaartsverschillen ontstaan.²⁹ Alhoewel er stappen worden gezet,³⁰ worden naar analoge maatstaven gemeten digitale producten nog nauwelijks belast. Een van de redenen is dat aan digitale diensten – zoals Facebook en Gmail – geen concreet prijskaartje voor de gebruiker hangt en conventionele boekhoudmethoden niet volstaan om de toegevoegde waarde van deze digitale diensten te berekenen.³¹ Wat de WRR in 2002 over de uitdagingen van internationalisering en individualisering schreef, geldt misschien wel meer voor digitalisering: ‘De overheid wordt met

²⁷ I. Pernice, ‘E-Democracy, the Global Citizen, and Multilevel Constitutionalism’, in: C. Prins, C. Cuijpers, P.L. Lindseth & M. Rosina (red.), *Digital Democracy in a Globalized World*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2017, p. 27-52.

²⁸ WRR, *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, p. 257.

²⁹ J.E. Stiglitz, *The Price of Inequality. How today's divided society endangers our future*, New York: W.W. Norton 2013; T. Piketty, *Capital in the Twenty-First Century*, Cambridge, MA: Belknap Press 2014; M. Kremer, M. Bovens, E. Schrijvers & R. Went (red.), *Hoe ongelijk is Nederland? Een verkenning van de ontwikkeling en gevolgen van economische ongelijkheid*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2014.

³⁰

Zie

www.belastingdienst.nl/wps/wcm/connect/bldcontentnl/belastingdienst/zakelijk/btw/zakendoen_met_het_buitenland/goederen_en_diensten_naar_andere_eu_landen/btw_berekenen_bij_diensten/wijziging_in_digitale_diensten_vanaf_2015/wijziging_in_digitale_diensten_vanaf_2015.

³¹ E. Brynjolfsson & A. McAfee, *Second Machine Age. Work, Progress and Prosperity in a Time of Brilliant Technologies*, New York: W.W. Norton, 2014, p. 107 e.v.

één hand op de rug vastgebonden, terwijl ze tegelijkertijd met twee handen de burgers moet dienen.³²

Gelukkig biedt digitalisering ook kansen om de slagkracht van de overheid te onderhouden. Bij de effectiviteit, efficiëntie, snelheid van handelen, ‘klantvriendelijkheid’, transparantie en het leervermogen van overheden valt absoluut winst te boeken door gebruik te maken van digitale middelen. Worden de nieuwe mogelijkheden van Big Data bijvoorbeeld wel voldoende door de overheid benut voor de noodzakelijke sensitiviteit wat betreft de verwachtingen van burgers en maatschappelijke acceptatie van wetgeving?³³ Is er op het niveau van zowel beleid als uitvoering voldoende oog voor de mogelijkheden die slimme data-analyse biedt om te leren van de vaak weerbarstige praktijken in het sociale domein, zoals praktijken omtrent uitkeringen en toeslagen? Niet alleen hier, maar ook bij de toepassing van andere publieke regels geeft digitalisering de wetgever en bestuursorganen potentieel het nodige instrumentarium om de kwaliteit van wetgeving en besluitvorming te verbeteren.

5.3 *Goed functionerende checks and balances*

Als derde voorwaarde voor het goed functioneren van de rechtsstaat noemt het WRR-rapport: ‘dat de rechterlijke macht in staat is om volledig haar rechtsbeschermende functie uit te oefenen’.³⁴ Als we deze voorwaarde naar de huidige tijd vertalen, impliceert deze dat de rechterlijke macht nadrukkelijk oog heeft voor digitalisering. Daarmee bedoelen we niet alleen dat er aandacht moet zijn voor de vraag wat rechtsbescherming in een digitale wereld anders maakt dan rechtsbescherming in de welbekende offline wereld. Wil de rechterlijke macht daadwerkelijk in staat zijn haar rechtsbeschermende functie uit te oefenen, dan dient ze ook voldoende sensitief te zijn voor de veranderingen die digitalisering met zich meebrengt. Ze zal kortom ‘tech-savvy’ moeten zijn, om een aanuiding voor de jongere generatie die met digitalisering opgroeit te gebruiken. In meer rechtsstatelijke bewoordingen: vanuit de bredere rechtsstatelijke garantie van *checks and balances* zullen niet alleen de uitvoerende en wetgevende macht, maar ook de rechter in staat moeten zijn om elkaar te controleren en elkaar tegenwicht te bieden.³⁵ Kijkend naar de huidige wereld, waarin digitalisering een dominante plaats inneemt, valt echter te betwijfelen of het bestaande systeem van *checks and balances* het been eigenlijk wel voldoende heeft bijgetrokken. *Checks* in het bestaande institutionele systeem weten niet altijd raad met de vernetwerkte, digitale wereld.³⁶ Problematisch wordt het zeker als deze wereld deels bestaat uit autonoom handelende systemen.

Illustratief in dit verband zijn de vooraf ingevoerde beslisregels – ofwel: algoritmes – die uitvoeringsinstanties als de Belastingdienst en het UWV hanteren. Besluiten over een inkomensgegeven of een toeslag worden volautomatisch genomen, veelal op basis van dergelijke beslisregels. Dat is efficiënt en handig als alles goed gaat. Dat wil zeggen, als de door het systeem gehanteerde beslisregel een correcte interpretatie van de onderliggende rechtsregel

³² WRR, *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, p. 248.

³³ F.L. Leeuw, ‘Wetgeving, empirisch-juridisch onderzoek en Legal Big Data’, *Recht der Werkelijkheid* 2015, afl. 2, p. 50-65.

³⁴ WRR, *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, p. 257, p. 248.

³⁵ W.J. Witteveen, *Evenwicht van machten* (oratie Tilburg), Zwolle: Tjeenk Willink 1991.

³⁶ Zie WRR, *iOverheid*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2011. Op een mondiaal niveau: N. Ferguson, *The Square and the Tower. Networks, Hierarchies and the Struggle for Global Power*, Penguin, 2018.

is. Maar bij het formuleren van een beslisregel kan een wettelijke bepaling onvoldoende specifiek blijken te zijn of onvoldoende specifiek of onnauwkeurig te zijn geïnterpreteerd. De afwijkingmogelijkheid die belastingambtenaren kunnen hanteren, kent het digitale systeem niet. Het beslist ‘digitaal’ (zwart-wit) waarbij de *default* is dat de beslisregel klopt. Is de burger het niet eens met het besluit, dan zit er niets anders op dan bezwaar indienen of naar de bestuursrechter stappen. En dan wringt de schoen.

In haar dissertatie *Geautomatiseerde ketenbesluiten & rechtsbescherming* concludeert Marlies van Eck: ‘Ten aanzien van de beslisregels (algoritmes) die de motor vormen van de geautomatiseerde ketenbesluiten valt op dat er een juridische praktijk is ontstaan waarin door bestuursrechters is geaccepteerd dat de wijze waarop het primaire besluit tot stand is gekomen zich buiten ieders zicht voltrekt. Niet gebleken is dat bij de besluiten die bestreden worden (de beslissingen op bezwaar) in beroep bij de bestuursrechter wel helderheid is over de wijze van totstandkoming. Dit betekent dat ook de beslissing op bezwaar voortborduurde op deze onbekendheid.’³⁷ Met andere woorden: bestuursrecht en bestuursrechtspraak zijn onvoldoende in staat om ketenbesluiten te toetsen omdat onbekend is hoe een beslisregel exact is opgebouwd en tot welke resultaten deze leidt. Van Eck stelt voor ‘dat bestuursorganen verplicht worden om alle beslisregels openbaar en toegankelijk (leesbaar voor leken) te maken’.

Van bestuursorganen verlangen dat ze verantwoording (kunnen) afleggen is inderdaad een stap die valt toe te juichen. Terecht dat de Afdeling bestuursrechtspraak in het voorjaar van 2017 de bewindspersonen die het op kunstmatige intelligentie gebaseerde rekeninstrument Aerius inzetten bij het berekenen van toegestane hoeveelheden stikstof, verplichtte 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’.³⁸ Maar elkaar kunnen controleren en tegenwicht bieden betekent uiteindelijk toch ook dat de staatsmachten elkaar in digitaal opzicht de maat kunnen nemen en dat zij niet uitsluitend de uitleg- en verantwoordingsopdracht op andermans bordje leggen.

Terug naar de insteek van deze bijdrage dat in de voorwaarden voor het functioneren van de rechtsstaat ook een opdracht tot het benutten van digitalisering besloten ligt. Om onze rechtsstatelijke *checks and balances* te onderhouden moeten alle staatsmachten de mogelijkheden die digitalisering biedt benutten. En dan hebben we het met name over andere vormen van digitalisering dan klassieke ICT. Want wat betekent het als de politie, Belastingdienst, jeugdzorg en andere uitvoerende instanties vol inzetten op slimme data-analyse, terwijl de rechtspraak onvoldoende competent en financieel in staat is om de black box³⁹ van de verschillende toepassingen te openen? Blijft de burger dan in de digitale kou staan? Is de rechter in staat – maar ook voldoende gefaciliteerd – om de potentieel onevenwichtige of ongelijke positie van burgers ten opzichte van de veiligheidsorganisaties te beoordelen en te

³⁷ M. van Eck, *Geautomatiseerde ketenbesluiten & rechtsbescherming. Een onderzoek naar de praktijk van geautomatiseerde ketenbesluiten over een financieel belang in relatie tot rechtsbescherming* (diss. Tilburg), 2018, https://pure.uvt.nl/portal/files/20399771/Van_Eck_Geautomatiseerde_ketenbesluiten.pdf. Zie ook de Kamervragen over de bevindingen van Van Eck: *Kamerstukken II 2017/18, 2018Z024544*.

³⁸ Zie ook ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 14.3 en 14.4.

³⁹ F. Pasquale, *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 2016.

controleren?⁴⁰ In het rapport ‘Big Data in een vrije en veilige samenleving’ liet de WRR bijvoorbeeld zien dat we niet ver af staan van semiautomatische en geheel automatische besluitvorming, waarbij de uitkomsten van data-analyses sturend zijn voor het handelen van veiligheidsorganisaties zoals de politie.⁴¹ Illustratief zijn ook de ‘experimenteeromgevingen’ met slimme data-analyse om beter zicht te krijgen op kindermishandeling, op migratiemotieven en opleidingsniveaus van asielzoekers en op patronen met betrekking tot ondermijnende criminaliteit.⁴² Kortom, als niet alle staatsmachten de kansen van nieuwe technologieën onderkennen, begrijpen en waar mogelijk benutten, kan de balans verstoord raken.

5.4 Een levendige civil society als draagvlak

Een vierde voorwaarde voor het goed functioneren van de rechtsstaat die de WRR in 2002 identificeerde, is een bloeiende *civil society*. De *civil society* is een oefenplaats waarin burgers juist door de relatief kleine schaal van de maatschappelijke actoren een morele sensitiviteit kunnen ontwikkelen waarin ze de cultuur van de rechtsstaat – die zo cruciaal is in aanvulling op de formele structuur – vorm en inhoud kunnen geven. Die cultuur is van wezenlijk belang om burgers te inspireren en te faciliteren de rechtsstaat te dragen.

Pluralisme is hierbij van wezenlijk belang.⁴³ Maar pluralisme is nu juist datgene dat door digitalisering wordt bedreigd. De Raad voor Cultuur heeft het over een ‘verdringingsmechanisme’: ‘Als je kijkt naar het een, sluit je het ander uit.’⁴⁴ Er ontstaan ‘winner-takes-all-markets’ waarbij enkele grote partijen het medialandschap steeds meer domineren en er dus steeds minder ruimte is voor kleine, vooral nationale partijen. Dit is ongeveer hoe het werkt. Wie voor Netflix kiest, kiest niet voor NPO-plus, want zij gunt haar kijktijd aan de grote mondiale aanbieder. En als de meeste mensen voor Netflix kiezen, heeft Netflix het grootste budget en het beste aanbod. Vervolgens kiezen daardoor nog meer mensen voor Netflix en helemaal niemand meer voor andere aanbieders. Daar bovenop stemt Netflix zijn aanbod met gebruik van gebruikersdata en slimme algoritmes nauwkeurig af op de individuele gebruiker, waardoor zelfs binnen een platform balkanisering kan optreden.

Winner-takes-all-markets, balkanisering en individualisering van het media-aanbod zorgen op hun beurt voor *filter bubbles*: mensen komen alleen nog maar in aanraking met hun primaire interesses en opvattingen en niet met andersdenkenden. Deze polariserende werking van sociale media op het maatschappelijk debat raakt de kern van de rechtsstaat gegeven de voorwaarde

⁴⁰ Zie hierover in detail: J.E.J. Prins & J. van der Roest, ‘AI en de rechtspraak. Meer dan alleen de “robotrechtster”’, *NJB* 2018, p. 260-268.

⁴¹ WRR, *Big Data in een vrije en veilige samenleving*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2016.

⁴² Kabinetsreactie op de rapporten ‘Opwaarderen. Het borgen van publieke waarden’ en ‘Mensenrechten in het robottijdperk’, 9 maart 2018, p. 7. Beschikbaar via: www.rijksoverheid.nl/documenten/brieven/2018/03/09/kabinetsreactie-op-rapporten-opwaarderen.-het-borgen-van-publieke-waarden-en-mensenrechten-in-het-robottijdperk.

⁴³ Conform M. Adams & J.E.J. Prins, ‘Digitalization through the lens of law and democracy’, in: C. Prins, C. Cuijpers, P.L. Lindseth & M. Rosina (red.), *Digital Democracy in a Globalized World*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2017, p. 3-24. WRR, *Focus op functies. Uitdagingen voor een toekomstbestendig mediabeleid*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2005.

⁴⁴ De Raad voor Cultuur, *Zicht op zoveel meer*, 2018.

van een goed functionerende *civil society*.⁴⁵ De Raad voor Cultuur adviseert de overheid dan ook om fors te investeren in mediapluriformiteit.⁴⁶

Overigens is niet alleen de pluriformiteit van de media hier een punt van aandacht. Ook de groeiende onzekerheid – onder invloed van *fake news* – over de kwaliteit van de nieuwsvoorziening, de duiding van het nieuws alsmede de opinievorming is funest voor het functioneren van de democratie en rechtsstaat. En zouden we, bijvoorbeeld, in het belang van onze democratie en rechtsstaat niet veel meer inzicht moeten hebben in de wijze waarop politieke partijen internetgiganten als Facebook en Google in de arm nemen om potentiële kiezers beter in beeld te krijgen om ze vervolgens te benaderen met een op hen afgestemde boodschap? Wat zijn gedeelde morele waarden bij campagne voeren in de 21ste eeuw?⁴⁷ De recentelijk onthulde praktijken van Cambridge Analytica illustreren nog maar weer eens de urgentie van dit soort vragen.

Maar ook hier kan de medaille die digitalisering heet, een andere kant hebben. Dan hebben we het over innovatie die dienstbaar is aan pluralisme, de vrije publieke meningsvorming en kritiek alsmede een open sfeer van debat. Dat vraagt om verbeeldingskracht. Dat noodzaakt tot het doordenken van al datgene wat digitalisering kenmerkt met het oog op kansen voor de *civil society*, de kwaliteit van het debat in de openbare ruimte en daarmee het goed functioneren van de rechtsstaat.⁴⁸ Richtinggevend daarbij dienen waarden te zijn als vrijheid, gelijkheid, pluriformiteit, onafhankelijkheid en toegankelijkheid. Bij de zoektocht naar de kansen die digitalisering heeft te bieden, ligt er ook een rol voor de overheid. Ruim tien jaar geleden achtte de WRR het raadzaam dat de fundamentele waarden die aan het mediabeleid ten grondslag liggen, weer eens expliciet als uitgangspunt worden genomen in het beoordelen van ontwikkelingen in het medialandschap op eventuele risico's. Deze waarden behoeven echter niet uitsluitend te fungeren als zoeklichten om maatschappelijke en rechtsstatelijke risico's in het vizier te krijgen. Ze zijn ook op de voorgrond te plaatsen in de zoektocht naar de dienende rol van digitalisering.⁴⁹

5.5 Voldoende vertrouwen van de bevolking in het recht

De laatste voorwaarde voor het goed functioneren van de rechtsstaat die volgens de WRR bewaakt dient te worden, is 'dat de bevolking voldoende vertrouwen heeft in het recht en bereid is zich loyaal en vrijwillig aan de regels van het recht te houden'.⁵⁰ Daartoe is het noodzakelijk dat de samenleving overtuigd is van de doeltreffendheid, doelmatigheid, rechtvaardigheid, kwaliteit en legitimiteit van het overheidsoptreden.⁵¹ Zeker in de huidige samenleving vraagt

⁴⁵ E. Bayamhoglu, 'Depolitization in the digital infosphere. When communication runs counter-democratic', in: C. Prins, C. Cuijpers, P.L. Lindseth & M. Rosina (red.), *Digital Democracy in a Globalized World*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2017, p. 100-120.

⁴⁶ De Raad voor Cultuur, *Zicht op zoveel meer*, 2018.

⁴⁷ Zie in meer detail wat betreft waarden en mogelijke nadere regulering: J.E.J. Prins, 'Politiek profileren', *NJB* 2017/2031.

⁴⁸ Zie onder meer de bijdragen in het themanummer van *The Journal of Media Innovations*, 4.1 (2017) met bijdragen naar aanleiding van het vierde International Symposium on Media Innovations.

⁴⁹ WRR, *Focus op functies. Uitdagingen voor een toekomstbestendig mediabeleid*, Amsterdam: Amsterdam University Press, 2005.

⁵⁰ WRR, *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, p. 248.

⁵¹ *Ibidem*, p. 106-107.

dit het nodige van de overheid. Kunnen burgers in een gedigitaliseerde maatschappij nog wel voldoende vertrouwen hebben in het recht? En zijn bedrijven en organisaties in de complexe digitale wereld bereid of in staat om zich aan het recht te houden? Over het antwoord op deze en gerelateerde vragen zijn de afgelopen jaren talloze rapporten, wetenschappelijke bijdragen en beleidsnotities verschenen. Op deze plaats stellen wij slechts vast dat digitalisering ontegenzeggelijk enorme uitdagingen met zich meebrengt voor het ordenen van de samenleving en het beschermen van burgers tegen elkaar en tegen de overheid. De ontwikkelingen noodzaken tot aanpassing van wetgeving, zo laten talloze dossiers zien. Maar evenzeer vraagt het om een scherp oog voor het toepassen van bestaande nationale en internationale juridische kaders en concrete regels. Want telkens weer zijn cruciale vragen: is er daadwerkelijk iets nieuws onder de horizon en waarom precies zou de bestaande rechtsorde niet langer bruikbaar zijn?

In essentie blijft de opdracht voor de wetgever telkens weer dezelfde: voor voldoende vertrouwen van de bevolking in het recht is het van belang dat wetgeving kwalitatief goed is, de beoogde doelen worden bereikt terwijl er tegelijkertijd geen overspannen verwachtingen van het instrument kunnen en mogen zijn. Het is precies deze opdracht die ook ten grondslag lag aan de nota 'Bruikbare rechtsorde', in 2004 onder verantwoordelijkheid van bewindspersoon Donner gepresenteerd. Inzet was het bevorderen van de bruikbaarheid van de rechtsorde, in het bijzonder door het beperken van de regeldruk en terugdringen van wetgeving die in de samenleving als onredelijk beperkend voor het handelen werd ervaren.⁵² En juist het door Donner geïnitieerde programma dat vorm gaf aan deze ambitie biedt een illustratief voorbeeld van de kansen die digitalisering biedt voor de rechtsstaat: de openbare internetconsultatie bij de voorbereiding van wetgeving.⁵³

Digitalisering – en daarmee online consultatie – faciliteert diverse ambities: meer openbaarheid en transparantie over de voorbereiding van wet- en regelgeving, beter gebruikmaken van de in de samenleving aanwezige kennis en ervaring om de kwaliteit en bruikbaarheid van de regelgeving te vergroten, en werken aan het maatschappelijk draagvlak voor de regelgeving.⁵⁴ Alhoewel bij aanvang de nodige scepsis over de meerwaarde van online consultatie bestond, wijst de evaluatie uit 2016 uit dat het tot een gangbaar instrument is uitgegroeid. Het draagt bij aan transparantie en participatie in het wetgevingsproces, er wordt een breder publiek bereikt dan bij klassieke consultatiemethoden en de inbreng geeft aanleiding tot verbetering van wetten en regels. Wel blijkt uit de evaluatie dat de gebruikers van het instrument – burgers, organisaties en experts – sceptischer zijn over de invloed op de kwaliteit van wetgeving dan medewerkers van departementen.⁵⁵ De evaluatie uit 2016 geeft ook een doorkijkje naar nieuwe kansen die digitalisering biedt. 'In gevallen van gevoelige beleidsterreinen of indien doelgroepen moeilijk bereikbaar of motiveerbaar zijn (jongeren, sociaal zwakkeren, mensen met een taalachterstand)

⁵² 'Rechtsstaat en Rechtsorde. Bruikbare Rechtsorde', *Kamerstukken II* 2003/04, 29 279, nr. 9.

⁵³ Aangekondigd in: *Kamerstukken II* 2005/06, 29 362, nr. 85 en nr. 96.

⁵⁴ Zie ook de doelstellingen zoals genoemd in *Kamerstukken II* 2006/07, 29 279, nr. 41; Zie ook: *Naar een responsieve overheid. Beginselen en minimumnormen voor openbare internetconsultatie in het departementale voorbereidingsproces van regelgeving. Rapport van de werkgroep Openbare internetconsultatie bij voorbereiding van regelgeving*, 5 juni 2007.

⁵⁵ *Doelrealisatie Internetconsultatie*, Den Haag, 6 juli 2016, p. 8, www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2016/07/06/doelrealisatie-internetconsultatie.

kan ook de inzet van analyses van Big Data via social media, of anderszins een oplossing bieden om ook diegenen te horen, die internetconsultatie niet weten te vinden of te benutten.⁵⁶

6 Tot slot

In deze bijdrage hebben wij aan de hand van de loopbaan van Donner en de WRR-advisering iets proberen te zeggen over de rechtsstaat en digitalisering. Digitalisering is misschien wel de grootste uitdaging voor de rechtsstaat op dit moment. Het is naar ons idee de opdracht van rechtsstatelijke actoren zoals de Raad van State, de WRR en andere overheidsinstellingen, om niet alleen tijdig en verfijnd genoeg te zien waar uitdagingen voor de rechtsstaat in verband met digitalisering risico's of zelfs bedreigingen worden, maar ook om te zoeken naar kansen die de digitale wereld biedt om de rechtsstaat te onderhouden en te behouden. Eén ding is immers duidelijk: we kunnen digitalisering niet tegenhouden. Tot nu toe is dat geen enkele staat ter wereld gelukt. China en Noord-Korea laten zien dat een overheid tot op zekere hoogte het proces van digitalisering kan beheersen. Maar deze cases illustreren tegelijkertijd dat een autoritaire reactie op ICT-ontwikkelingen ten koste gaat van met name klassieke aspecten van de rechtsstaat en wellicht – maar dat is niet goed toetsbaar – ook welvaartsverlies met zich meebrengt. Het is dus onze taak om manieren te vinden om de rechtsstaat tijdig en adequaat genoeg aan digitale ontwikkelingen aan te passen, zodat deze ook in een snel digitaliserende wereld behouden blijft. In deze bijdrage hebben wij gepoogd voor de vervulling daarvan een eerste aanzet te doen.

Natuurlijk kan het zo zijn dat wij in deze bijdrage nog te veel in het bestaande paradigma hebben gedacht, dat wil zeggen, dat wij er te veel van uit zijn gegaan dat die rechtsstaat zoals wij die nu kennen zich wel aan de gevolgen van digitalisering kan aanpassen. Maar de vraag valt natuurlijk ook te stellen of de nationale overheid en de internationale samenwerkingsverbanden tussen nationale overheden het proces van digitalisering wel gaan overleven. Met name deterritorialisering is een fundamentele bedreiging voor deze organisatieverbanden. Al enkele decennia wijzen auteurs op het feit dat ontwikkelingen in het digitale domein knagen aan de soevereiniteit – begrepen als het vermogen om te handelen – van nationale staten.⁵⁷ Sommigen voorspellen inmiddels dat grote multinationals zoals techreuzen de nieuwe soevereinen zullen worden.⁵⁸ Of dit bewaarheid wordt, is moeilijk na te gaan. Toch zijn de vragen die wij in dit artikel hebben verkend in een dergelijk toekomstscenario nog steeds niet helemaal irrelevant, want het is te hopen dat ook de eventuele nieuwe soevereinen uiteindelijk een vorm zullen aannemen die in wezen op een rechtsstaat lijkt. Dat wil zeggen, dat zij iets worden dat de menselijke waardigheid op duurzame wijze weet te garanderen, of op zijn minst te respecteren.

⁵⁶ Ibidem, p. 75.

⁵⁷ T. Koopmans, *Court and Political Institutions. A Comparative View*, Cambridge: Cambridge University Press 2003, p. 256; WRR, *Staat zonder land. Een verkenning van bestuurlijke gevolgen van informatie- en communicatietechnologie*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1998.

⁵⁸ Zie over dit thema bijvoorbeeld J.-P. Robé, A. Lyon-Caen & S. Vernac (red.), *Multinationals and the Constitutionalization of the World Power System*, Londen/New York: Routledge 2016. D. Greenwood, Daniel, 'The Semi-Sovereign Corporation', in: J.C. Smith (ed.), *Property and Sovereignty: Legal and Cultural Perspectives*, Londen: Routledge, p. 267–94.

