

Een grondwet van en voor de 21^e eeuw

Bart van der Sloot*

1. **Introductie**

Toen ik net was afgestudeerd als staatsrechtjurist glunderde ik van trots. Ik had als jurist altijd weinig op gehad met het privaatrecht, dat ik zag als een rechtsgebied dat primair over burenruzies ging die beter bij de rijdende rechter konden worden uitgevochten dan voor de rechter en over de grote corporates die een leger aan gladde jongens inhuurden om nog meer winst te maken, noch met het strafrecht, waar je in de collegezalen al zag hoe de vaak wat gelijkhebberige officieren van justitie in spé constant botsten met de cowboys die de glamour van de Moszkowiczen als lichtend voorbeeld zagen. Staatsrechtjuristen hadden oog voor wat echt belangrijk was: de bescherming van de fundamentele waarden die het menselijke bestaan mogelijk maken en de verankering van de democratische rechtsstaat. Allemaal clichés natuurlijk, waar ik dan ook al snel van werd verlost toen ik mijn eerste baan kreeg aan een universitair instituut dat zich toerust op het informatierecht, een vakgebied dat raakt aan grondrechtelijke vraagstukken, maar evenzeer aan civielrechtelijke en strafrechtelijke. Mijn baas en promotor liet in mijn herinnering geen gelegenheid voorbij gaan om zijn ongenoegen over staatsrechtjuristen te uiten. ‘SGP’ers zijn nog progressiever dan staatsrechtjuristen’, en woorden van gelijke strekking. Zijn hoofdkritiek was dat staatsrechtjuristen slechts op de vierkante millimeter nadachten over aanpassing van juridische beginselen, terwijl de wereld in rap tempo veranderde door technologische en andere ontwikkelingen.

Dat raakte bij mij een gevoelige snaar, omdat ik twee opleidingen had gevolgd: recht en filosofie. Ik had juist besloten me af te wenden van de filosofie omdat het vakgebied primair wordt beoefend door

* Dr. B. (Bart) van der Sloot is associate professor aan het Tilburg Institute for Law, Technology & Society, Tilburg University.

professionals die op de vierkante millimeter discussies voeren, vaak in eeuwenoude uitgekerfde kampen. Wat zegt de gewijzigde voetnoot 641 in de derde druk van een werk uit 1672 waarbij *Sein* ineens met een hoofdletter in plaats van een kleine letter werd geschreven nu precies over het eerdere werk uit 1645? De (grotendeels terechte) kritiek op de filosofische wetenschapsdiscipline is dat er weinig meer wordt gefilosofeerd over de huidige tijd en contemporaine vraagstukken, zoals de grote filosofen van Plato tot Foucault hadden gedaan, maar dat er vooral terug wordt gekeken op oude filosofen en hun teksten welhaast exegetisch worden uitgepluisd.

Nu begreep ik dat die kritiek ook op staatsrechtjuristen van toepassing zou zijn, en dan was ik ook nog eens in de Nijmeegse school opgeleid. In Nijmegen leer je goed en wel dat het hoogste wat een jurist aan creativiteit vermag is een gedegen samenvatting van het staande recht te maken; nadenken over het aanpassen van het recht is niet aan juristen, dat is voor politici, zo heerst de doctrine, waarbij het woord politicus met nauwelijks verhuld dedain wordt uitgesproken. Aanvankelijk verzette ik me dan ook tegen de kritiek van mijn promotor; het was niet waar en bovendien geloofde ik nog dat de Nijmeegse school gelijk had. Hoe langer ik in dit vakgebied werk, hoe meer ik echter vrees dat mijn promotor gelijk had. De nog altijd ongewijzigde basis van de Grondwet gaat meer dan twee eeuwen terug en de laatste algehele herziening stamt uit 1983, nog voor de internetrevolutie, en zeker voor de laatste ontwikkelingen in Big Data en Artificiële Intelligentie. Wel is er staatscommissie op staatscommissie¹ geweest die allerhande discussies hebben gevoerd, waarvan het meest revolutionaire idee is geweest om een artikel dat al meer dan twee decennia geleden in het Europees Handvest voor de Grondrechten² is opgenomen, en waarop burgers zich dus gewoon al kunnen beroepen (het recht op gegevensbescherming), ook in de Nederlandse Grondwet op te nemen. Voor het overige gaat het vaak om punten, komma's en kleine grammaticale aanpassingen.

Het is dan ook de vraag of het schetsen van een vergezicht – hoe de Grondwet van 2030 er uit zou moeten zien – wel aan staatsrechtjuristen moet worden overgelaten. Misschien zou het beter zijn om mensen van buiten het rechtsgebied te betrekken, mensen die

¹ <https://www.denederlandsegrondwet.nl/id/vi6tas7grfs7/grondwetscommissies>
² Handvest Van De Grondrechten Van De Europese Unie (2000/C 364/01).

verstand hebben van technologie en de impact daarvan op mens en maatschappij, mensen die niet vervallen in een discussie op de millimeter, maar vrij na kunnen denken over de vraag hoe een grondwet er uit zou moeten zien gegeven de maatschappelijke en technologische realiteit. Alhoewel ik met mijn filosofische en Nijmeegse staatsrechtachtergrond dubbel erfelijk belast ben, zal ik in dit essay een handvol bredere punten aanstippen.³ Paragraaf 2 gaat in op de samenwerking tussen en de rolverving van de verschillende nationale en internationale partijen, paragraaf 3 bespreekt de opkomst van risicoprofielen en algoritmisch werken, paragraaf 4 analyseert het proces van mensenrechtenmengingen in de data-gedreven samenleving en paragraaf 5 bekijkt hoe het mens- en wereldbeeld dat aan de Grondwet ten grondslag ligt moet worden aangepast. Tot slot geeft paragraaf 6 een korte conclusie.

2. Samenwerking

De Grondwet is in aanvang geschreven voor de relatie tussen de burger en de overheid, ook wel een verticale relatie genoemd. De burger kan zijn grondrechten invoeren als de staat zijn macht gebruikt op een wijze die aan de vrijheden van het individu raakt. Daarbij ging het aanvankelijk met name om zogenoemde negatieve rechten van burgers en negatieve plichten van de staat, wat wil zeggen dat de burger het recht heeft om in het geweer te komen als de overheid actief een inbreuk pleegt op een van zijn vrijheden en dat de Grondwet beperkingen oplegt ten aanzien van het gebruik van de staatsmacht door de overheid. Zo mag de politie slechts de woning van een burger binnenvallen als daar gereede aanleiding toe is, er een rechterlijk bevel is gegeven en er een publiek belang (bijvoorbeeld veiligheid) op het spel staat. Deze klassieke benadering is in de loop der tijd aangevuld. Zo heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, dat boven de Nederlandse rechtsorde gaat en dus ook een grote invloed heeft op de Nederlandse rechtspraak, geoordeeld dat grond- en mensenrechten ook doorwerking hebben in relaties tussen burgers onderling en burgers en ondernemingen (horizontale relaties) en dat staten positieve plichten hebben, dat wil zeggen een plicht om hun macht in te zetten om burgers actief te beschermen en hun vrijheden te vergroten. Ook heeft het Hof geoordeeld dat staten een positieve plicht hebben om er voor te

3 Een paar van deze gedachten zijn nader uitgewerkt in: van der Sloot, B. (2024). *Regulating the Synthetic Society: Generative AI, Legal Questions, and Societal Challenges*. Hart.

zorgen dat de fundamentele rechten van burgers worden beschermd in horizontale relaties. Er is volgens het Hof dan ook geen harde grens tussen positieve en negatieve plichten.

Toch waart de oorspronkelijke geest nog door het Nederlandse grondrechtendiscours. Positieve plichten van de staat, bijvoorbeeld ten aanzien van sociaaleconomische beginselen, zoals de bevordering van voldoende werkgelegenheid (artikel 19 GW), de bestaanszekerheid en de spreiding van de welvaart (artikel 20), het leefmilieu (artikel 21 GW), de volksgezondheid (artikel 22 GW) en het onderwijs (artikel 23 GW) worden gezien als vagere en minder sterke rechten dan de klassieke, negatieve grondrechten, zoals het verbod op discriminatie (artikel 1 GW), de vrijheid van meningsuiting (artikel 7 GW) en de onaantastbaarheid van het lichaam (artikel 12 GW). Alhoewel de grondrechten als factor gelden in de interpretatie van privaatrechtelijke regels in horizontale relaties, zijn ze anders dan in verticale relaties niet doorslaggevend.⁴ Zo kan een burger ten aanzien van Facebook of X moeilijk claimen dat zijn vrijheid van meningsuiting is geschonden door een opgelegde beperking (bijvoorbeeld om een scheldwoord te gebruiken), omdat Facebook en X private ondernemingen zijn: zij mogen in principe zelf weten welke regels er op hun platform gelden. Ook de positieve plichten van de overheid om fundamentele rechten in horizontale verhoudingen te beschermen zijn minder sterk en gelden doorgaans slechts ten aanzien van zeer ernstige gevallen (bijvoorbeeld, de staat heeft een zorgplicht om een burger actief te beschermen als hij kennis heeft van een aanstaande moordaanslag).

De focus op de grondrechten in verticale relaties is begrijpelijk gezien het feit dat de staat een geweldsmonopolie heeft; de Grondwet stelt in feite voorwaarden aan het gebruik van geweld door de staat. Ook is het historisch gezien met name de staat geweest die de rechten en vrijheden van burgers op grote schaal heeft geschonden; zo zijn de meeste mensenrechtenverdragen vlak na de Tweede Wereldoorlog aangenomen. Nieuw zijn echter zogenoemde diagonale relaties, tussen burgers en ondernemingen die zo groot zijn dat ze meer macht, middelen en data over burgers en de samenleving hebben dan de meeste overheidsorganisaties. Hun keuzes hebben dan ook vaak een grotere impact op de rechten en vrijheden van burgers dan die van overheden. Daarom zou een grondwet van de 21^e eeuw niet

4 Mak, C. (2008). Fundamental rights in European contract law.

alleen op verticale relaties van toepassing moeten zijn, maar in ieder geval ook op diagonale relaties, waarbij de doorslaggevende factor voor de toepasselijkheid zou zijn: de ongelijkheid in de machtsrelatie tussen burger en de organisatie die zijn vrijheden beperkt.

Ook is er een toenemende oproep aan de staat om actief in te grijpen in de digitale markt, niet alleen door allerhande regels aan te nemen die de macht van internetondernemingen beperken of hen extra plichten opleggen, maar ook om zelf actief te zijn op de digitale markt.⁵ De keuze om dat niet te doen is in feite de keuze om het digitale landschap geheel in handen te geven van Amerikaanse ondernemingen, die hun eigen standaarden in de technologie implementeren en hun eigen belangen zullen nastreven. Digitale middelen zoals toegang tot het internet, sociale diensten als X en Facebook en de toepassing van Artificiële Intelligentie in scholen, zorginstellingen en het leger zijn in feite het best te vergelijken met fysieke infrastructuur en kritische diensten, waarvoor de staat traditioneel verantwoordelijk is. Daarom zou er een positieve plicht moeten zijn om dergelijke infrastructuur en diensten zelf te ontwikkelen, zodat er weer democratische controle kan worden uitgeoefend.

Dat zou ook een ander probleem oplossen, namelijk dat er een toenemende kennis- en datakloof is tussen de overheid en de private sector. Private partijen zijn in toenemende mate essentieel in het leveren van technieken, data en informatiediensten aan overheidsorganisaties, krijgen daarmee nog meer data en inzicht in de burger en de samenleving en hebben met hun commerciële belangen invloed op de invulling en uitvoering van publieke taken. Deze tendens wordt nog eens versterkt door de wildgroei aan zogenoemde privaat-publieke samenwerkingen, waarbij grote ondernemingen worden betrokken bij en verantwoordelijk worden gemaakt voor de behartiging van algemene belangen, zoals het garanderen van de openbare orde, het opsporen van terroristen en het regelen van verkeers- en vervoersstromen. Dit is onder meer een gevolg van de grote bezuinigingen op uitvoeringsinstanties en de privatiserings- en liberaliseringsgolf van de afgelopen drie decennia, waardoor veel overheidsinstanties simpelweg niet de mankracht, middelen en kennis hebben om publieke taken adequaat uit te voeren.

5

Mazzucato, M. (2011). *The entrepreneurial state*. Demos. Mazzucato, M., Schaake, M., Krier, S., & Entsminger, J. (2022). *Governing Artificial Intelligence in the public interest*. UCL Institute for Innovation and Public Purpose, Working Paper Series (IIPP WP 2022-12).

Deze samenwerkingsverbanden zouden beter moeten worden verankerd, omdat het voor een burger vaak onduidelijk is wie hij in het samenwerkingsverband kan aanspreken en welk regime daartoe kan worden ingeroepen. Daarbij speelt dat dergelijke samenwerkingsverbanden niet zelden worden ingezet door overheidsorganisaties om wettelijke kaders te omzeilen. Als de politie zelf bepaalde data niet mag verzamelen zonder rechterlijk bevel, kan het burgers aanmoedigen die informatie te verzamelen en aan te leveren. Dat geldt ook voor internationale samenwerkingsverbanden, waarbij het bekend is dat bijvoorbeeld de inlichtingendiensten data die zij zelf niet mogen verzamelen vragen of 'spontaan' krijgen van buitenlandse (bijvoorbeeld Amerikaanse) zusterorganisaties die niet aan dezelfde regels gebonden zijn.

3. Risico

De klassieke gedachte van een machtenscheiding binnen de overheid is dat de wetgevende, de uitvoerende en de rechterlijke macht ieder hun eigen positie, taken en bevoegdheden hebben en elkaar als zodanig in toom kunnen houden. Dat is altijd een schematische ideaalverdeling geweest, omdat de uitvoerende macht (de regering) in Nederland en in de EU (de Commissie) ook betrokken en zelfs leidend is bij de meeste wetgevingstrajecten, omdat de uitvoeringsinstanties de algemene wetten en beleidsregels invullen en daarbij een discretionaire bevoegdheid hebben, wat ook geldt voor rechters die algemene regels in de praktijk uitleggen, invullen en soms ter zijde schuiven, en omdat een organisatie als de Raad van State een nogal complex samenstel kent van de rechterlijke macht, de wetgevende macht (adviezen over wetsvoorstellen) en zelfs de uitvoerende macht (als plaatsvervangend staatshoofd).

Vrijwel elke uitvoeringsinstantie gebruikt inmiddels Artificiële Intelligentie en algoritmen om door middel van risicoprofielen de inzet van mankracht en middelen te sturen. Op basis van historische data worden patronen blootgelegd en vervaardigd, die vervolgens worden gebruikt om toekomstvoorspellingen te doen. De politie experimenteert bijvoorbeeld met *predictive policing*, waarbij ze probeert te voorspellen waar, wanneer en eventueel door wie een misdaad zal worden begaan. De belastingdienst probeert door middel van profielen te voorspellen wie op welke punten fouten zal maken in de belastingaangifte, wat ook geldt voor organisaties die belast zijn met het verstrekken van subsidies. Alhoewel deze

methode met name na de toeslagaffaire in een kwaad daglicht is komen te staan, kan het risicoprofileren in principe, als het goed wordt ingezet, een nuttige toepassing zijn. Niet alleen wordt hiermee voor een efficiënte inzet van macht en middelen gezorgd, het betekent ook dat de mensenrechteninperkingen worden geminimaliseerd omdat de groep die wordt onderworpen aan een check, een controle of een politieonderzoek wordt beperkt tot diegenen waar dat het meest relevant voor is.

Toch zijn er ten minste twee knelpunten.

Ten eerste is het gevaar van algoritmisch werken dat de wetgevende macht, de uitvoerende macht en de rechtsprekende macht wordt samengevoegd, zeker als algoritmen worden gebruikt om besluiten te nemen die directe consequenties hebben voor burgers. Een algoritme is in feite een beslisboom; de regels zitten in het algoritmen, de variabelen (de data) worden ingevoerd en daar komt een uitkomst uit. Als het zo één op één wordt ingezet verdwijnt dus in feite de discretionaire bevoegdheid van de uitvoerende macht; alhoewel er een aantal juridische doctrines is dat menselijke tussenkomst en dus beoordelingsruimte vereist, is dat, voor zover die juridische principes al in de praktijk zijn geïmplementeerd, niet zelden een pro forma kwestie. De uitfasering van menselijke tussenkomst is uiteraard ten dele een efficiëntiemaatregel, deels ingegeven door de eerder genoemde bezuinigingen, en deels het gevolg van uitvoerders die onvoldoende kennis hebben van de vele beperkingen van data-technieken om foute uitkomsten te herkennen en gebiasde resultaten te corrigeren. Algoritmen doen in principe voorspellingen: meestal wordt de meest waarschijnlijke uitkomst getoond. Zoals iedere jurist weet zijn er geen juiste uitkomsten in het recht; ten aanzien van een doctrine of de toepassing daarvan op een feitencomplex zijn vaak drie of meer heel goed verdedigbare uitkomsten denkbaar.⁶ Daarom zouden, als er algoritmen worden ingezet om juridische doctrines te interpreteren of toe te passen op de concrete omstandigheden van een specifiek geval, er altijd drie of meer uitkomsten moeten worden gegeven, zodat mensen die wel als basis voor een discussie kunnen gebruiken, maar niet één op één kunnen toepassen.

Ten tweede is een euvel dat de Grondwet en vrijwel alle mensenrechtenkaders inzetten op individuele rechten, wat wil zeggen dat een

6 Fuller, L. L. (1948). The case of the speluncean explorers. *Harv. L. Rev.*, 62, 616.

individuele burger een recht heeft om zijn belangen te beschermen. De vraag is of dit uitgangspunt nog houdbaar is in een wereld waarin profielen voor zowel de private als de publieke sector leidend zijn.⁷ Beleid en de inzet van macht en middelen wordt in toenemende mate gebaseerd op aannames over groepen en categorieën; mensen worden niet als individu behandeld, maar als een groepslid. Vrijwel alles waarbij het adjectief smart, predictive of personalised wordt gebruikt is gebaseerd op groepsprofielen, het woord personalised is dan ook misleidend. Personalised advertising betekent dat een bedrijf bijvoorbeeld van persoon A weet dat hij een man van 35 is en van auto's houdt; dat bedrijf heeft data over 100.000 mannen van 35 die van auto's houden en ziet dat 70% daarvan ook van barbecueën houdt. Het zal dan een barbecuegerelateerde advertentie aan A sturen. Een grondwet van de 21^e eeuw zal dan ook moeten inzetten op groepsrechten en de bescherming van groepsbelangen in aanvulling op individuele rechten en individuele belangen.

4. **Begin, midden, eind**

Een kernbeginsel van de Grondwet is dat de overheid open en transparant opereert voor de burger, zodat die overheidshandelen kan controleren en eventueel kan aanpassen. Door de toegenomen datahonger van de private en publieke sector wordt de transparantieparadox steeds zichtbaarder; dat wil zeggen dat de burger voor organisaties steeds transparanter, begrijpelijker en inzichtelijker wordt, terwijl dat andersom steeds minder het geval is.⁸ De doorsnee burger snapt weinig van data-gedreven processen vanwege de complexiteit en de technologische kennis die dat vereist, vanwege het feit dat veel organisaties niet open zijn over de precieze werking van hun algoritmen en systemen uit vrees voor calculerend gedrag van de burger of omwille van concurrentieredenen en vanwege het feit dat zelfs de ontwikkelaars van zelflerende systemen niet altijd weten hoe besluiten in de black box tot stand zijn gekomen.⁹ Daarom zou een uitgangspunt voor de nieuwe Grondwet moeten zijn dat de mate waarin er data wordt verzameld over burgers en waarin de burger inzichtelijk wordt gemaakt, ook de mate van transparantie is voor de dataverwerkende partij.

7 Taylor, L., Floridi, L., & Van der Sloot, B. (Eds.). (2016). *Group privacy: New challenges of data technologies* (Vol. 126). Springer.

8 WRR (2016). *Big Data in een vrije en veilige samenleving*.

9 Pasquale, F. (2015). *The black box society: The secret algorithms that control money and information*. Harvard University Press.

De Grondwet en de diverse mensenrechtenverdragen gaan uit van een startpositie waarin de rechten en vrijheden van burgers worden gerespecteerd. Tegen een specifieke inbreuk op die startpositie kan worden opgetreden. De realiteit is inmiddels echter anders. Neem het recht op de bescherming van de privésfeer. Niet langer is het zo dat burgers in principe slechts zelf toegang hebben tot hun woning, door de intrede van slimme telefoons, slimme energiemeters, slimme koelkasten en andere slimme apparaten worden permanent gegevens verzameld uit de privésfeer door derden. Neem de vrijheid van meningsuiting. Niet langer is het zo dat burgers in principe alles tegen elkaar mogen zeggen op straat, op het markplein of in de bibliotheek, tenzij er specifieke beperkingen worden opgelegd; online, zoals op platforms als X, Facebook en TikTok, is hun vrijheid per definitie beperkt omdat platforms zelf regels stellen, sommige uitingen simpelweg blokkeren en sommige onwelgevallige gasten niet toelaten op hun platform. Neem het recht op gegevensbescherming. Vanaf het moment dat een kind wordt geboren, en vaak nog daarvoor, wordt er informatie verzameld door zorginstellingen en medische apps, door scholen, overheidsinstanties, door ouders die foto's maken en online delen. Een grondwet voor de 21^e eeuw zou dan ook niet moeten uitgaan van een hypothetische situatie van respect voor rechten en vrijheden, en het stellen van grenzen en voorwaarden aan het schenden van die startpositie, maar van een startsituatie waarin die rechten en vrijheden per definitie zijn beperkt.

Daarnaast is het grondrechtendiscours en het bestuursrecht primair gericht op de uitkomst van besluiten en handelingen en is het grondrechtendiscours en het civiel recht op de effecten van besluiten en handelingen. De processen die leiden tot besluiten, beleid of handelingen zijn vrijwel ongereguleerd. Dat heeft verschillende nadelen, zoals dat door deze benadering de schade vaak al is gedaan voordat er wordt ingegrepen. Bovendien wordt in de technische literatuur veel meer nadruk gelegd op de voorfase van digitale processen: zorg ervoor dat de data die worden verzameld niet gebiased zijn, dat het algoritme zo neutraal mogelijk is of dat de wijze waarop data worden gelabeld en algoritmen worden getraind behoorlijk en adequaat is. Die voorfase en de procedurele rechtvaardigheid is nu vrijwel afwezig in het grondrechtendiscours.¹⁰ Algoritmische systemen werken doorgaans met bestaande datasets die gebiased zijn; in de

10 <https://www.tilburguniversity.edu/sites/default/files/download/04%20handbook%20non-discrimination%20by%20design%28ENG%29.pdf>

medische sector zijn veel medicijnen bijvoorbeeld alleen getest op mannen tussen de 20-45, in veel politiestructuren zijn minderheden oververtegenwoordigd. Ook zijn veel data foutief, verouderd of hebben verschillende informatiesystemen van verschillende diensten verschillende, soms conflicterende data. Daarom zou een grondplicht moeten zijn voor organisaties om aan datacuratie te doen.

Meer in het algemeen wordt er binnen het juridische discours veel nadruk gelegd op schade die aan het individu wordt toegebracht: om een recht in te kunnen roepen moet het individu doorgaans aantonen dat er concrete, individualiseerbare en significante schade aan zijn belangen is gedaan. Binnen de digitale sector is het steeds moeilijker om deze schade individualiseerbaar te maken, omdat beleids- en machtsinzet vaak grote groepen of zelfs de hele bevolking raakt, zoals bij mass surveillance door inlichtingendiensten. Ook gaat het steeds vaker om zogenoemde microschendingen, inbreuken op mensenrechten die op zichzelf niet zo significant zijn dat ze een mensenrechtenvraagstuk opleveren. Toch kunnen vele microschendingen samengenomen wel een significant effect hebben. Nu staat de inzet van macht en het concrete effect daarvan centraal; veeleer zou in een grondwet voor de 21^e eeuw het vraagstuk van macht zelf centraal moeten staan. De wetenschap dat een partij macht over een burger heeft en dat er onvoldoende waarborgen zijn tegen de arbitraire inzet van die macht is op zichzelf al genoeg om een inperking op de fundamentele rechten en vrijheden van de burger op te leveren,¹¹ aangezien dit een zogenoemd chilling effect veroorzaakt. Dat wil zeggen dat burgers uit vrees voor de macht van partijen hun eigen vrijheid bij voorbaat beperken.

11 Pettit, P. (1997). *Republicanism: a theory of freedom and government*. Oxford University Press; Newell, B. C. (2014). The massive metadata machine: liberty, power, and secret mass surveillance in the US and Europe. *ISJLP*, 10, 481; Newell, B. C. (2014). Crossing lenses: policing's new visibility and the role of 'smartphone journalism' as a form of freedom-preserving reciprocal surveillance. *U. Ill. JL Tech. & Pol'y*, 59; Newell, B. C. (2014). Technopolicing, surveillance, and citizen oversight: a neorepublican theory of liberty and information control. *Government Information Quarterly*, 31(3), 421-431; Roberts, A. (2015). A republican account of the value of privacy. *European Journal of Political Theory*, 14(3), 320-344; van der Sloot, B. (2018). A new approach to the right to privacy, or how the European Court of Human Rights embraced the non-domination principle. *Computer Law & Security Review*, 34(3), 539-549; Roberts, A. (2022). *Privacy in the Republic*. Taylor & Francis.

5. De *homo economicus* in een betoverde wereld

Een kernaanname die onder het huidige grondwetsdiscours ligt en die zeker in de afgelopen drie decennia is benadrukt is de gedachte van de mens als *homo economicus*. Het idee dat met name rond de jaren 90 van de vorige eeuw ontstond was dat als burgers maar rechten hadden om hun eigen belangen te verdedigen en als zij voldoende informatie hadden om een goede inschatting te maken, zij zelf het beste voor hun belangen konden opkomen. Dat de overheid dit zou kunnen of moeten doen werd als een paternalistische gedachte weggezet. Dit beeld gaat uit van een rationele burger, die acties van anderen en zichzelf en de consequenties daarvan kan overzien, die tijd heeft om zijn eigen rechten in te roepen en belangen te behartigen en zich goed een weg weet door het woud aan regels, bureaucratie en digitale systemen. Duidelijk is dat deze aanname, die ook wel wordt geassocieerd met het neoliberalisme, niet klopt.¹² Binnen de digitale omgeving geldt daarbij dat burgers lang niet altijd zicht hebben op welke honderden en soms duizenden partijen in het binnen- en buitenland gegevens over hen verwerken. Bovendien is het praktisch ondoenlijk om van al die partijen te controleren of zij dat rechtmatig doen en om vervolgens naar de rechter te gaan bij een geconstateerde misstand. Het zijn doorgaans machtige overheidsinstanties of grote internetbedrijven die de gegevens verwerken, waardoor de procespraktijk er een van David tegen Goliath is.¹³ In een grondwet voor de 21^e eeuw zou daarom ook meer moeten worden ingezet op collectieve en algemeen belangacties door professionele partijen die voor de belangen van burgers, groepen en de samenleving opkomen. Ook zou moeten worden teruggegaan naar het idee dat er in de Grondwet in feite plichten voor de staat staan, niet zozeer subjectieve rechten van de burger.¹⁴

De nadruk op rationaliteit geldt niet alleen ten aanzien van de burger. Een van de onderliggende drijfveren van private en publieke partijen die data-gedreven werken is om de wereld, de samenleving en de burger in kaart te brengen.¹⁵ Kennis is niet alleen macht; door deze informatie kunnen processen worden gestandaardiseerd en geoptimaliseerd. Het idee dat processen door middel van data en

12 van Algemene Zaken, M. (2017). Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op redzaamheid-Rapport-WRR.

13 Van der Sloot, B. & Van Schendel, S. 'De juridische randvoorwaarden voor een datagedreven samenleving', NJB 2019-44.

14 C.A.J.M. Kortmann, 'Zijn grondrechten subjectieve rechten', <http://repository.uhn.ru.nl/bitstream/2066/15362/1/15362.pdf>.

15 Scott, J. C. (2000). Seeing like a State.

algoritmen altijd rationeler, beter en efficiënter kunnen worden gemaakt, staat ook wel bekend als solutionisme.¹⁶ De burger wordt daarbij niet zozeer gezien als mens, maar als databundel van een aantal kale feiten en nummers, wat aansluit bij een door het kapitalistische geïnspireerde filosofie waarin alles wordt teruggebracht tot meetbare eenheden, massaproductie en efficiëntievoorstellen.¹⁷ Ook deze aanname klopt vaak niet. Veel datasystemen worden in gebruik genomen met de belofte van betere en efficiëntere processen, bijvoorbeeld door politiediensten, scholen of zorginstellingen. Na een jaar of twee wordt het systeem, dat vaak vele miljoenen heeft gekost, echter weer uit de lucht gehaald, omdat de beloofde resultaten niet worden gerealiseerd en de systemen niet effectief blijken te zijn. Dat is niet alleen zonde, omdat als dezelfde middelen en mankracht op een efficiëntere wijze waren ingezet, de nationale veiligheid, kwaliteit van zorg en van het onderwijs beter zouden zijn gewaarborgd, maar ook onrechtmatig, omdat datagedreven werken per definitie een inperking op het recht op privacy en gegevensbescherming met zich brengt, die alleen geoorloofd is als er geen andere, minder ingrijpende middelen voor handen zijn om hetzelfde doel te bereiken. Daarom zou er voordat een systeem in gebruik wordt genomen een realistische dry-run moeten worden gedaan om de effectiviteit te meten, een nulmeting worden gedaan van de situatie zonder het systeem, benchmarks worden geformuleerd die zouden moeten worden gehaald met het systeem en een standaard horizonbepaling moeten worden gekoppeld aan het systeem. Dat wil zeggen dat een systeem uit de lucht wordt gehaald als de benchmarks na een jaar of twee jaar niet zijn gehaald.

Terwijl het streven is om de mens en de samenleving door data-gedreven werken te standaardiseren en te rationaliseren, is er met de opkomst van Generatieve Artificiële Intelligentie een tegen-gestelde trend waar te nemen: de wereld wordt steeds meer betoverd. Door middel van Deepfakes kunnen we verre voorouders weer tot leven wekken of dagelijks blijven communiceren met onze overleden partner. Door middel van Augmented Reality kunnen we Pokemons vangen in het bos of een tourguide tevoorschijn toveren bij een historische plek in het buitenland. Virtual Reality stelt ons in staat een levensechte reis te maken naar Antarctica terwijl we op de bank zitten. Avatars en chatbots zijn op sommige punten al nauwelijks van

16
17

Morozov, E. (2013). *To save everything, click here: The folly of technological solutionism*. PublicAffairs.
Weber, M., & Kalberg, S. (2013). *The Protestant ethic and the spirit of capitalism*. Routledge.

mensen te onderscheiden en de meeste techneuten zijn het er over eens dat binnen een eeuw Artificial General Intelligence zal ontstaan, een intelligentie die zich daadwerkelijk niet meer van menselijke intelligentie onderscheidt, en dat deze intelligentie sentient zal zijn, oftewel zelfbewust. Als deze voorspelling uitkomt, dan zouden deze synthetische entiteiten ook ‘mensen’ rechten moeten worden toegekend en ook stemrecht.¹⁸

Tot slot moet er meer aandacht zijn voor het gebruik van digitale technieken en Artificiële Intelligentie door burgers.¹⁹ De meeste privacy-schendingen worden bijvoorbeeld begaan door burgers onderling. Denk daarbij alleen al aan de duizenden en duizenden foto's en video's per dag die mensen nemen op straat, in openbare en afgesloten ruimtes, en vervolgens online publiceren. Daarop zijn niet zelden nietsvermoedende derden te zien, zonder dat die daarvan op de hoogte worden gesteld of op hun rechten worden gewezen, een schending van het privacy- en gegevensbeschermingsrecht. Ook het post-truth tijdperk wordt in niet onbelangrijke mate aangewakkerd door burgers die hun eigen versie van de waarheid ventileren, niet alleen in onware geschreven berichten, maar in toenemende mate ook in hun eigen zeer realistisch ogende maar zelfgecreëerd nieuwsbulletin. Ook kunnen zij door Deepfake-technologie mensen dingen laten doen of zeggen die zij nooit hebben gedaan of gezegd. Als de voorspelling van sommige experts dat over een aantal jaar meer dan 90% van alle digitale content zal zijn gemanipuleerd,²⁰ uitkomt dan heeft dat een grote impact op de democratische rechtsstaat. Nu is het zo dat in de rechtszaal de aanname geldt dat ingediend bewijs authentiek is, tenzij er contra-indicaties zijn, maar in een synthetische realiteit zou die aanname moeten zijn dat bewijs waarschijnlijk is gefabriceerd of gemanipuleerd door AI en moet de vraag worden gesteld: door wie, waarom en hoe? De democratie is gebaseerd op het idee van een geïnformeerd gesprek tussen verschillende burgers en groepen. Nu al is het duidelijk dat sociale media en het gebruik van algoritmen hebben gezorgd voor meer polarisatie, doordat burgers steeds meer in hun eigen filter bubble of echo chamber blijven.²¹ Die trend zal door Artificiële Intelligentie en synthetische media alleen maar worden versterkt, omdat mensen in

18 Simons, M. (2017). The Parliament of Things and the Anthropocene: How to Listen to 'Quasi-Objects'. *Techné: Research in Philosophy & Technology*, 21.

19 Zie ook: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-34926-2.html>

20 Schick, N. (2020). *Deepfakes: The coming infocalypse*. Hachette UK.

21 Pariser, E. (2011). *The filter bubble: What the Internet is hiding from you*. penguin UK.

hun eigen werkelijkheid kunnen gaan leven. Daarom zou er in de Grondwet van de 21^e eeuw meer nadruk moeten komen op grondplichten van burgers, om hun rechten en vrijheden zo in te zetten dat ze niet de democratische rechtsstaat ondermijnen (waarbij wederom met name oog moet zijn voor microschendingen). Ook zal het principe van techniekneutraliteit moeten worden verlaten; bepaalde technieken zouden expliciet moeten worden genoemd in de Grondwet en worden verboden of aan banden worden gelegd, bijvoorbeeld door de toegang tot bepaalde technieken voor burgers te begrenzen.

6. Conclusie

Dit essay heeft zich gericht op een handvol onderliggende principes, aannames en benaderingen die aan de Grondwet ten grondslag liggen en die in het licht van de data-gedreven samenleving aangepast zouden moeten worden. Als we nu met een blanco pagina een grondwet zouden ontwerpen, dan zou die er op fundamentele punten anders uitzien dan de huidige. En waarom zouden we dat eigenlijk niet doen? De wereld is in de afgelopen drie decennia radicaal veranderd en zal dat naar alle waarschijnlijkheid in de komende drie decennia nog sterker doen. Het heeft weinig zin om *coûte que coûte* met staande principes te blijven werken. Een nieuwe wereld vraagt om een nieuwe doordinking van hoe algemene waarden als rechtvaardigheid, gelijkheid, democratie en rechtsstaat het best kunnen worden vervat in juridische doctrines. Laten we daarom weer opnieuw beginnen en vanuit de huidige realiteit een nieuwe grondwet vervaardigen. Natuurlijk zullen staatsrechtjuristen gaan steigeren bij deze gedachte; het zou immers betekenen dat eeuwenoude doctrines misschien zullen verdwijnen. Maar met mijn vroegere promotor denk ik hoe langer hoe meer dat het probleem met het staatsrecht misschien wel vooral de staatsrechtjuristen zijn. De punten die in ieder geval zouden moeten worden meegenomen bij de formulering van een grondwet van en voor de 21^e eeuw zijn:

1. De Grondwet kent een principe van transparantiepariteit; des te meer een dataverwerkende partij weet over de burger, des te groter de transparantieplicht die op die partij rust.
2. Als partijen data-gedreven besluiten te werken en datatechnieken inzetten, moet vooraf een inschatting van de effectiviteit worden gemaakt, een nulmeting worden verricht, benchmarks worden geformuleerd en een horizonbepaling worden opgenomen;

- algoritmen met aanmerkelijke gevolgen moeten minstens drie goed verdedigbare uitkomsten geven.
3. Er geldt een positieve plicht voor de staat om belangrijke digitale diensten zelf aan te bieden, kritische infrastructuur in handen te nemen en om aan adequate datacuratie te doen en daarbij te zorgen dat algoritmen niet worden getraind op oude, incorrecte of gebiasde data.
 4. De Grondwet zou onverkort op zowel verticale als op diagonale relaties van toepassing moeten zijn; de kernvraag bij de toepasselijkheid is daarbij niet zozeer de vraag of de rechteninperking door een private of een publieke partij wordt geïnitieerd, maar de machtsverhouding tussen de burger en deze partij.
 5. Bij privaat-publieke en andere samenwerkingen zouden drie kernprincipes moeten gelden: (1) het strengste regime dat op een van de samenwerkende partijen rust, is op alle samenwerkende partijen van toepassing, (2) de burger kan een ieder van de samenwerkende partijen aansprakelijk stellen voor fouten in het proces, ook als die door een andere samenwerkende partij is begaan en (3) als het gaat om publieke taken en publieke belangen is democratische controle gewaarborgd.
 6. Grondrechten zouden niet zozeer individuele belangen moeten beschermen, maar met name de belangen van groepen en categorieën.
 7. Bij de vraag of een rechtsgoed geschonden is, is er oog voor het cumulatieve effect van microschendingen en voor machtsdisebalans. Een groot machtsverschil zonder adequate grenzen, voorwaarden aan en toezicht op die macht is als zodanig een schending van de Grondwet.
 8. Het uitgangspunt moet niet zozeer een hypothetische situatie zijn waarin rechtsgoederen onaangetast zijn, maar eentje waarin rechtsgoederen per definitie zijn aangetast, beperkt en begrensd.
 9. Grondrechten worden weer primair als grondplichten voor machtige partijen gezien om hun macht niet te misbruiken of arbitrair in te zetten, in plaats van als subjectieve rechten van natuurlijke personen. Het toezicht op en de handhaving van de Grondwet is dan ook niet primair bij de burger belegd.
 10. Grondplichten zijn niet alleen op de staat of machtige private partijen van toepassing, ook de burger heeft grondplichten. Hij mag zijn vrijheid niet inzetten om de vrijheid van anderen te beperken of de democratische rechtsstaat te ondermijnen.