

REDACTIONEEL

Ter herinnering aan Bob Brouwer, een introductie

Jaap Hage

Op vrijdag 9 mei 2008 werd aan de Universiteit van Amsterdam, onder de naam 'Coherentie en rechtszekerheid' een symposium gehouden ter herinnering aan Bob Brouwer. Op dat symposium werd een boek gepresenteerd met een aantal belangrijke opstellen van Brouwer¹ en tevens werden er voordrachten gehouden met het werk van Brouwer als verbindend thema. Dit nummer van R&R bevat meer of minder bewerkte versies van vier van deze voordrachten.

In zijn bijdrage 'Rechtsbeginselen en positivismel?'' roept Arend Soeteman herinneringen op aan de tijd dat Bob en hij een kamer deelden en discussieerden over hun bijdragen aan een themanummer van *Ars Aequi* over rechtsbeginselen.² Soeteman deelt de opvatting van Dworkin dat de wijze waarop rechtsbeginselen functioneren binnen het recht een reden is waarom het rechtspositivisme onjuist is. Brouwer was het daarmee niet eens en was de mening toegedaan dat dit functioneren van rechtsbeginselen tot niet meer noopt dan een niet-principiële amendering van het rechtspositivisme. Soeteman probeert in zijn bijdrage enerzijds recht te doen aan Brouwers opvatting, maar anderzijds ook te laten zien dat die onjuist is in de zin dat de door Brouwer voorgestelde amendering leidt tot de conclusie dat er meer recht is dan enkel het positieve, gemaakte recht. En daarmee is Brouwers rechtspositivisme in de ogen van Soeteman eigenlijk geen rechtspositivisme meer. Pauline Westerman grijpt in haar bijdrage, getiteld 'Autonomie als voorwaarde voor legaliteit', een e-maildiscussie die zij met Bob voerde aan om te betogen dat autonomie een voorwaarde is voor legaliteit. Brouwer had gesteld dat gebondenheid aan heldere regels te maken heeft met respect voor burgers. Alleen als die gebondenheid bestaat, ontbreekt de willekeur die getuigt van gebrek aan respect. Op dit thema borduurt Westerman voort. Zij benadrukt dat de regels weliswaar van belang zijn, maar dat daar een wezenlijke stap aan voorafgaat, namelijk de vaststelling van die regels. Het is van belang dat degenen die aan de regels zijn onderworpen een rol kunnen spelen bij de totstandkoming daarvan. Dit is volgens Westerman tegenwoordig veelal niet het geval, omdat de regelgeving steeds meer in handen is van vakinhoudelijke experts.

Marc Loth gaat in op een verwant thema, de rechtszekerheid, maar kiest daarbij een geheel andere invalshoek. In zijn bijdrage 'Op de bres voor rechtszekerheid' sluit ook hij aan bij een discussie die hij in het verleden met Bob had gevoerd over het belang van de rechtszekerheid in rechterlijke besluitvorming. Loth gaat daarbij in op een uitspraak van de Hoge Raad over een illegaal geadopteerde Braziliaanse

- 1 A. Hol & J. Hage (red.), *Coherentie, rechtszekerheid en rechtspositivisme. Verspreide opstellen van prof. mr. P.W. Brouwer (1952-2006)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.
- 2 *Ars Aequi* 1991, 40.

Jaap Hage

baby,³ waarbij de centrale vraag was of een verdachte strafbaar kan zijn als er serieuze discussie mogelijk is over de vraag of zijn of haar gedrag valt onder een wettelijke strafbepaling. Volgens Brouwer zou dat, aldus Loth, niet het geval zijn (*in dubio pro libertate*); volgens Loth zelf onder bepaalde omstandigheden wel. Loth betoogt dat het beginsel *in dubio pro libertate* moet worden afgewogen tegen andere rechtsbeginselen en dat deze afweging onder bepaalde omstandigheden – die door Loth nader worden besproken – tot de conclusie kan leiden dat een verdachte strafbaar is wegens overtreding van een strafbepaling waarvan hij of zij niet zeker kon weten dat deze van toepassing was. Loth plaatst deze constatering in het kader van een constructivistische – als tegendeel van een rechtspositivistische – benadering van de rechtszekerheid.

Net als Soeteman gaat Jaap Hage in op Brouwers rechtspositivisme. In zijn bijdrage 'Hoe bestaat het recht?' constateert hij dat Brouwer lijkt te kiezen voor evaluatieve argumenten ter onderbouwing van zijn rechtspositivisme. Rechtspositivisme is niet zozeer waar, maar beter, omdat het leidt tot meer rechtszekerheid. Hage stelt de vraag aan de orde of dit niet berust op een verwarring van de vragen wat recht is en wat wenselijk recht is, een verwarring waaraan juist een rechtspositivist zich niet schuldig zou moeten maken. Ter ontwarring van deze schijnbare verwarring onderscheidt Hage twee visies op de bestaanswijze van het recht, namelijk recht als sociaal verschijnsel en recht als onderdeel van de praktische rede. Hij betoogt dat beide visies coherent zijn in de zin dat ze niet alleen een karakterisering van het recht insluiten, maar ook aannemelijk maken dat ze de juiste manier om tegen recht aan te kijken zijn. Volgens Hage past de visie van recht als onderdeel van de praktische rede beter bij de opvatting van Brouwer dat rechtspositivisme juist is, omdat het tot betere resultaten leidt dan de visie van recht als onderdeel van de sociale werkelijkheid.

3 HR 20 november 2001, NJ 2003, 632 (baby Lisa).