

ARTIKELN

Rechtsbeginselen en positivisme!?

Arend Soeteman

1 Inleiding

Zo'n kleine twintig jaar geleden zaten Bob Brouwer en ik met enige regelmaat tegenover elkaar in een kamer op de Universiteit van Amsterdam. Ik nam waar als hoogleraar Encyclopedie, Brouwer was binnengehaald als universitair docent, later, na zijn promotie, werd hij universitair hoofddocent, en was (door mij in ieder geval) beoogd als hoogleraar. Het bijzonder nummer van *Ars Aequi* over rechtsbeginselen, dat in oktober 1991 verscheen, was toen in voorbereiding en Brouwer en ik bediscussieerden met elkaar onze verschillende ideeën over rechtsbeginselen en het onderscheid tussen rechtsbeginselen en rechtsregels. Ik ben er zeker van dat mijn bijdrage aan dat nummer van *Ars Aequi* hierdoor verbeterd is. Wellicht geldt dat ook voor Brouwers bijdrage. Maar dat laatste weet ik niet zeker en nu ik haar weer herlezen heb, valt mij opnieuw op wat ik mij van vele discussies herinner: Brouwer was nogal vasthoudend.

2 Dworkins onderscheid tussen regels en beginselen

In de discussie tussen Dworkin en de positivisten zat ik, globaal genomen, meer op de lijn van Dworkin, terwijl Brouwer altijd een volbloed positivist was. Maar bij rechtsbeginselen ontdekten we een merkwaardige omkering van het normale. Dworkin, zoals bekend, onderscheidt tussen regels en beginselen langs twee met elkaar samenhangende lijnen. De eerste is dat regels de algemene vorm hebben: *als p dan moet q*. Als p het geval is volgt dan bij echte regels daaruit dat dus q moet. Als desondanks om één of andere reden q niet moet, dan is de regel kennelijk niet geldig. Regels hebben, zoals dat heet, een alles-of-niets karakter. Principes missen deze karaktertrek. Het principe dat niemand van zijn eigen kwaad mag profiteren, kan heel goed samengaan met allerlei uitzonderingen, zonder dat dit enige afbreuk doet aan de status van het principe binnen het rechtssysteem.

Het tweede onderscheid is dat beginselen, anders dan regels, een dimensie van gewicht hebben. Zij dicteren niet, zij wijzen een bepaalde richting. Het kan zijn dat concurrerende beginselen een heel andere richting wijzen. Dan moeten we uitzoeken welk beginsel het zwaarst weegt. Maar ook het beginsel dat het in het concrete geval aflegt tegen het andere blijft een beginsel met gewicht, dat in andere situaties weer wel de doorslag kan geven. De regel die niet toegepast wordt, is daarentegen kennelijk geen geldige regel en verdwijnt in het grote juridische niets. Als regels met

elkaar in conflict komen, dan moet er minstens één ongeldig zijn; beginselen die een verschillende kant op wijzen, kunnen beide blijven gelden.¹

3 Kritiek op Dworkin

Nu vond ik zelf dit onderscheid tussen regels en beginselen vanaf het moment dat ik er voor het eerst kennis van nam weinig overtuigend. Ik heb dat ook uitgelegd in mijn bijdrage aan dat beginselennummer van *Ars Aequi*.² Kort gezegd kwam mijn kritiek erop neer dat dit hele scherpe onderscheid tussen regels en beginselen in strijd is met Dworkins eigen constructivistische rechtsopvatting. Die opvatting houdt immers in dat iedere rechtsregel altijd uitgelegd moet worden in de context van haar strekking, van de hele achterliggende rechtscultuur, inclusief de beginselen. Denk aan Dworkins voorbeeld betreffende Elmer Palmer, de jongen die zijn grootvader vermoordde en vervolgens, volkomen in overeenstemming met de acontextueel geïnterpreteerde letter van de wet, zijn erfenis opeiste. Uiteindelijk besliste de rechter dat Elmer de erfenis niet kreeg, met als motivering dat het recht in deze zaak mede uitgelegd moesten worden conform het beginsel dat niemand van zijn eigen kwaad mag profiteren: het rechtsbeginsel verhinderde de acontextuele interpretatie te volgen.

De consequentie hiervan is dat regels altijd ook een beginseldimensie hebben. Je kunt onmogelijk vaststellen wat de inhoud van een regel is zonder daar de achterliggende beginselen bij te betrekken. Dus kan er helemaal geen scherp onderscheid tussen regels en beginselen bestaan.

4 Brouwers verdediging van Dworkin

Brouwer was echter hier juist een verdediger van Dworkin. Dat is merkwaardig. Maar wanneer Brouwer een standpunt innam, was het nooit onzin. Dus het loont de moeite er wat nauwkeuriger naar te kijken.

Om Brouwer te volgen, kunnen we het best beginnen met het bekende verschijnsel van rechtsverfijning: we hebben een regel, maar we maken of ontdekken tijdens het toepassingsproces een nieuwe uitzondering. Bij Dworkin, zegt Brouwer terecht, dienen in een accurate weergave van de regel alle uitzonderingen opgenomen te zijn.³ Maar dat lukt nooit, zegt bijvoorbeeld Robert Alexy, want juist rechtsbeginselen zorgen ervoor dat de klasse van mogelijke uitzonderingen open is. Brouwer noemt dit argument niet sterk, want, zegt hij, dat vooronderstelt dat de regel met de nieuwe uitzondering dezelfde regel is als de regel zonder die uitzondering.⁴ behoud van identiteit ondanks de verandering. Volgens hem is er geen verandering

1 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London: Duckworth 1977, p. 24 e.v.

2 A. Soeteman, Hercules aan het werk. Over de rol van rechtsbeginselen in het recht, *Ars Aequi* 1991, 40, p. 747 e.v.

3 P.W. Brouwer, Rechtsbeginselen en rechtspositivisme, *Ars Aequi* 1991, 40, p. 760, herdrukt in: 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, p. 34.

4 Brouwer 1991, p. 760 (2008, p. 34).

van een regel, er is een nieuwe regel gekomen in plaats van de oude.⁵ De nieuwe regel heeft evenzeer een alles-of-niets karakter als de oude, nu afgeschafte, regel had.

Nu lijkt dit (althans mij) nogal ad hoc. De stelling over het dwingend karakter van regels waaruit, als aan de voorwaarden voldaan is, noodzakelijk de normatieve consequentie volgt, is op deze manier zo ongeveer een tautologie: volgt de consequentie een keer niet, dan blijkt de regel achteraf niet te bestaan.

In mijn bijdrage had ik hiermee rekening gehouden door te zeggen dat er dan, bij die alles-of-niets interpretatie van regels, nauwelijks geldende regels bestaan, omdat er bijna altijd uitzonderingen zijn die we (nog) niet kennen.⁶ Maar dat blijkt niet aan Brouwer besteed. Hij verwerpt de gelijkkluidende kritiek van Alexy. Er bestaan wel regels, alleen die worden regelmatig afgeschafte en vervangen door nieuwe regels.

5 Brouwers rechtspositivisme vereist rechtsbeginselen

Brouwer stelt vervolgens vast dat deze verwerping van de kritiek van Alexy een nieuw probleem oproept, dat hij als volgt formuleert: 'Hoe valt [...] het bestaan van rechtsregels, die de beslissing dwingend vastleggen zodra aan de toepassingsvoorwaarden van die regels is voldaan, te rijmen met een (gelimiteerde) bevoegdheid van rechters om nieuwe uitzonderingen op die regels te maken?'⁷

Dat was natuurlijk mijn probleem. Mijn antwoord was: dat valt niet te rijmen. Maar er is wel een verschil: ik had het over een uitzondering die we *ontdekken*, Brouwer spreekt over de bevoegdheid van rechters nieuwe uitzonderingen *te maken*. Die bevoegdheid, vervolgt hij, is bepaald door rechtsbeginselen. Er bestaat geen rechtsregel die de rechter *verplicht* regels toe te passen, er is alleen een beginsel dat rechters *doorgaans* de regels dienen toe te passen, maar zo'n beginsel kan natuurlijk in allerlei specifieke gevallen minder zwaar wegen dan andere beginselen. Daarmee plaatst Brouwer de mogelijke uitzonderingen niet, zoals ik deed, op het niveau van de regels, maar op het hogere niveau van de beginselen die de toepassing van de regels normeren. Hij illustreert dit beginselkarakter van de norm dat de rechter regels moet volgen met een aantal voorbeelden uit de rechtspraktijk.

Dit is boeiend en consequent vanuit Brouwers positivistisch standpunt. Het illustreert mijns inziens dat het heel moeilijk, zo niet onmogelijk, is een consequent rechtspositivisme, zoals dat van Brouwer, te weerleggen.

Maar misschien is het ook heel moeilijk dit consequente positivisme als positivisme te blijven beschouwen. We zien immers dat in dit Brouweriaans positivisme rechtsbeginselen een cruciale rol gaan spelen. Het rechtsbeginsel dat de rechter de regels moet toepassen, moet het soms afleggen tegen concurrerende rechtsbeginselen.⁸ Ik denk dat dit ook niet anders zou kunnen: het rechtsbeginsel dat de rechter de rechtsregels dient te volgen, is inhoudsloos wanneer die rechter er naar eigen wil-

5 Brouwer 1991, p. 761 (2008, p. 36).

6 Soeteman 1991, p. 747.

7 Brouwer 1991, p. 762 (2008, p. 37).

8 Brouwer 1991, p. 763 (2008, p. 38, 39).

lekeur van mag afwijken. Die afwijking moet weer door rechtsbeginselen gerechtvaardigd worden.

Op deze manier vormen de rechtsregels slechts een deel van de gezaghebbende normatieve uitgangspunten. Zij moeten aangevuld worden met rechtsbeginselen. De rechtsbeginselen spelen in Brouwers benadering in principe altijd mee, omdat zij de al dan niet toepassing van de rechtsregels normeren.

6 Was Brouwer nog positivist?

De vraag die dit oproept is of, en zo ja hoe, het rechtspositivisme uit de voeten kan met rechtsbeginselen. Die vraag gaat Brouwer uiteraard niet uit de weg. En hij maakt het zich niet makkelijk. Natuurlijk kunnen rechtsbeginselen soms in de wet staan of kan er in een positieve norm uitdrukkelijk naar worden verwezen.⁹ Maar '[h]et probleem voor de rechtspositivist is gelegen in de beginselen die niet op deze wijze institutioneel verankerd zijn, en dat zijn vermoedelijk veruit de meeste beginselen die door rechters als bindende maatstaven worden aanvaard'.¹⁰

Brouwers oplossing komt in de buurt van wat we nu soft positivisme of inclusief positivisme noemen (alhoewel het onderscheid tussen soft en strong, inclusief en exclusief, toen nog niet zo gangbaar was): de '*ultimate rule of recognition*' is wel voldoende, maar niet noodzakelijke grond voor het bestaan van rechtsnormen: 'Normen die hun verbindende kracht niet ontleen aan een rechtsnorm, kunnen door rechters niettemin als verbindende normen beschouwd worden. Zij binden dan krachtens erkenning, op precies dezelfde wijze als ook een "ultimate rule of recognition" zou binden'.¹¹

In hoeverre is Brouwer hier nog positivist? Ik herhaal even de gedachtegang. Regels hebben soms nieuwe uitzonderingen. Bij Brouwer maakt de rechter die uitzonderingen en is zijn bevoegdheid op dit punt niet willekeurig, want hij moet dan het beginsel dat hij in het algemeen regels moet toepassen, afwegen tegen andere in de casus relevante beginselen. Dat betekent dat noodzakelijkerwijs beginselen een belangrijke rol spelen in het recht. Als Brouwer de uitzonderingen op de regels anders had geanalyseerd, namelijk als een door beginselen bepaalde interpretatie van de regel, dan had dat op dit punt hetzelfde resultaat gehad. Onmiskenbaar is

9 Brouwer 1991, p. 769 (2008, p. 49).

10 Ibid.

11 Brouwer 1991, p. 771 (2008, p. 52).

dus dat beginselen een rol spelen als gezaghebbende juridische factoren. Dus iedereen moet het rechtskarakter van beginselen erkennen.¹²

Nu was juist dit de reden voor Dworkins onderscheid tussen regels en beginselen: hij wilde aantonen dat er meer recht was dan het positivistische recht van Hart, teruggevoerd op een rechtsbron. En wat zegt Brouwer? Hij zegt dat er meer recht is dan het positivistische recht, teruggevoerd op een rechtsbron.

Dit is echter van mijn kant nog wat kort door de bocht. Brouwer zegt dat zijn 'aanpassing' de kern van het positivisme niet aantast, omdat het bestaan van deze beginselen conventioneel vastgesteld wordt. Dat suggereert dat het enige is dat er een paar conventies bijkomen. Ik ben echter bang dat deze aanvulling van kwalitatieve betekenis is en niet enkel gradueel. Natuurlijk kunnen we descriptief vaak vaststellen dat in de rechtspraak bepaalde beginselen zijn erkend. Maar vanuit het interne perspectief ligt dit veel moeilijker. De rechter die overweegt af te wijken van een bestaande regel (dus nieuw recht te maken, volgens Brouwer) kan misschien bij al erkende beginselen steun vinden, zoals hij ook tegenkracht vindt bij het al erkende beginsel dat hij de regels dient te volgen. Ik neem aan dat het geval nieuw is, niet eerder beslist. Dat betekent dat het relatieve gewicht van de beginselen niet duidelijk is. Daaruit volgt dan dat die rechter, positivistisch gezien, iets nieuws moet maken. Maar daaruit volgt dat er in al die zaken waarin de toepassing van recht enigszins problematisch is (en dat zijn de zaken waarin de rechter overweegt af te wijken van bestaande regels altijd, behalve als die afwijking door duidelijke precedentes gedekt is) er slechts weinig conventie is.

Brouwer zegt dat in de mate dat hier onzekerheid is er rechterlijke vrijheid is. Dat betekent dat in diezelfde mate de rechter niet gebonden is aan de beginselen: hij kan ze naar vrij eigen oordeel al dan niet toepassen. Dat verdraagt zich moeilijk met wat Brouwer eerder zei: dat het beginsel van rechterlijke gebondenheid aan regels 'overruled' kan worden door andere beginselen. Nu kan het ook overruled worden door rechterlijke vrijheid.

Ik denk dat hier een spanning zit. Of je bent positivist, of je aanvaardt het gezag van beginselen, ook als die niet in een rechtsbron (waartoe ook bestaande rechtspraak hoort) staan. Beide gaat niet, lijkt mij.

Tegelijk dwingt positivisme tot de aanvaarding van beginselen. De stelling waar ik op terechtkom, is dus deze: Brouwer was zo consequent positivistisch dat hij geen

12 De beginselen nemen overigens in de theorie van Brouwer een andere plaats in dan binnen soft positivisme gangbaar is. Binnen de soft positivistische benadering fungeren beginselen op hetzelfde niveau als regels. Bij Brouwer daarentegen fungeren ze, als gezegd, op het hogere niveau, waar de vraag aan de orde is of regels al dan niet toegepast horen te worden door rechters. Ik denk overigens niet (anders dan één van de referenten van dit artikel) dat deze wat andere constructie van Brouwer veel verschil maakt. In de zaak van Elmer Palmer pleitte bijvoorbeeld het beginsel dat niemand hoort te profiteren van de eigen verkeerde gedragingen tegen toepassing van de acontextueel geïnterpreteerde regel (volgens welke Elmer de erfenis hoort te krijgen). Wanneer in deze casus dit beginsel zwaarder weegt dan het beginsel volgens hetwelk de rechter de regels dient te volgen, dan heeft dat direct consequenties voor het geldend recht: Elmer heeft geen recht op de erfenis. De kritiek die Dworkin onder meer in *Law's Empire* (Cambridge-London: Harvard University Press 1986, p. 125-128) formuleert op wat hij daar 'soft conventionalism' noemt is, zoals ik in de bovenstaande tekst verdedig, mijns inziens in de kern evenzeer op Brouwer van toepassing. Die kritiek komt er in feite op neer dat de softe conventionalist helemaal geen conventionalist meer is.

positivist meer was. Wat had ik graag zijn ongetwijfeld scherpzinnige reactie hierop gehoord!