

Op de bres voor rechtszekerheid

Marc Loth

1 Inleiding

In een wetenschappelijk in memoriam voor Bob Brouwer mag een beschouwing over rechtszekerheid niet ontbreken. De notie van rechtszekerheid was een zorg voor Brouwer, omdat hij in het recht een tendens bespeurde om rechtszekerheid minder serieus te nemen, een tendens die hij zowel betreurde als bestreed. Centraal in deze bijdrage staat de vraag of Brouwer erin is geslaagd om het beginsel van rechtszekerheid te redden van de kritiek. Daartoe zal ik allereerst aan de hand van een uitspraak van de Hoge Raad proberen de kern van die verdediging te onderzoeken. Uit dat onderzoek zal blijken dat zowel praktische als theoretische argumenten pleiten voor een minder absolute notie van rechtszekerheid (par. 2). Vervolgens zullen enkele trends in de ontwikkeling van het rechtszekerheidsbeginsel worden onderzocht. Deze trends voeren ons van een rechtspositivistische benadering van rechtszekerheid zoals die onder meer in het werk van Brouwer centraal stond, naar een constructivistische benadering (par. 3). Ten slotte zal ik de vraag onderzoeken welke van de beide benaderingen de voorkeur verdient. Zoals wij beiden ten tijde van onze discussie al wisten, verschilden wij ook op dit metaniveau van mening (par. 4). Hoewel onze discussie door het overlijden van Brouwer abrupt is afgebroken, zal het rechtstheoretische debat over rechtszekerheid ongetwijfeld voortduren. Aan dat debat heeft Brouwer een bijdrage van blijvende betekenis geleverd.

2 Rechtszekerheid in het werk van Bob Brouwer

Een aantal jaren geleden wees de Hoge Raad een arrest waar Brouwer het hartgrondig mee oneens zou zijn geweest. Het arrest handelde over de illegale adoptie van een Braziliaanse baby in Nederland. Aan de verdachte werd overtreding van art. 278 Wetboek van Strafrecht (Sr) (mensenroof) ten laste gelegd, hetgeen kort gezegd neerkomt op het over de grenzen van het rijk in Europa voeren van iemand met het oogmerk om die persoon onder de macht van een ander te brengen (of in hulpeloze toestand te verplaatsen). Het hof had eerder de verdachte vrijgesproken, omdat blijkens de memorie van toelichting onder 'over de grenzen van het rijk in Europa voeren' dient te worden verstaan 'het vanuit Nederland over de grens voeren naar het buitenland'. Hier had zich echter de omgekeerde situatie voorgedaan, omdat de baby vanuit Brazilië naar Nederland was gebracht. De Hoge Raad overwoog echter dat

'[...] het artikel, in overeenstemming met de huidige juridische en maatschappelijke realiteit, zowel in nationaal als internationaal opzicht, zo moet worden

Marc Loth

uitgelegd dat ook het vanuit het buitenland naar Nederland voeren van personen daaronder valt'.¹

Waarom zou Brouwer het met deze uitspraak oneens zijn geweest? Niet omdat hij het gedrag van de verdachte niet strafwaardig zou hebben gevonden of omdat hij de nieuwe interpretatie die de Hoge Raad aan art. 278 Sr gaf, zou hebben verworpen. Ook voor een rechtspositivist mogen morele opvattingen doorklinken in de rechtspraak en is rechtsvorming door de rechter een belangrijk gegeven. Waar Brouwer wel over zou zijn gestruikeld, is dat de rekening van deze rechtsontwikkeling bij de verdachten wordt gelegd, die (en ik paraphaseer) 'de pech hadden dat het nu juist hun zaak was waarin de rechter besloot tot een verduidelijking of aanpassing' (p. 178). Deze passage ontleen ik aan een lang artikel onder de titel 'Onvermijdelijke rechtsonzekerheid?' – gepubliceerd in een speciaal nummer van *Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* uit 1999 over rechtszekerheid – waarin Brouwer zich sceptisch toont tegenover de gedachte 'dat in het moderne, dynamische recht nauwelijks meer plaats is voor het ideaal van rechtszekerheid' (p. 204).² Hij verzet zich tegen de neiging om in de stroom van compromissen in de rechtspraktijk te marchanderen met rechtszekerheid:

'Wie de waarde van rechtszekerheid serieus neemt en een inbreuk op die waarde alleen mogelijk acht als daarvoor een voldoende grond bestaat, kan niet volstaan met zulke afgezwakte vormen van rechtszekerheid, maar zal een beroep moeten doen op het ideaal van rechtszekerheid in pure vorm' (p. 182).

Bij de verdediging van rechtszekerheid berust zijn strategie in feite (in zijn eigen woorden) op een omkering van de bewijslast (p. 204). Bij twijfel over de inhoud van het recht geldt het weerlegbare vermoeden dat het recht niet mag ingrijpen in de vrijheid van het rechtssubject: *in dubio pro libertate*. Daarmee is de rechtszekerheid gediend en die zekerheid mag alleen worden prijsgegeven indien er sterkere contra-argumenten tegen de toepassing van het genoemde beginsel pleiten. Rechtszekerheid krijgt daarmee een bevoorrechte positie boven concurrerende waarden als rechtvaardigheid en doelmatigheid. Rechtszekerheid in subjectieve zin – dat wil zeggen tijdige zekerheid van een rechtssubject over zijn rechtspositie in concrete gevallen (p. 182) – is dan ook een groot goed. Met rechtszekerheid is niet alleen de instrumentele functie van het recht gediend, maar ook individuele belangen als vrijheid, de mogelijkheid tot rationele planning en persoonlijke autonomie of zelfbeschikking. In de kern berust deze opvatting over rechtszekerheid dan ook op een sterke morele overtuiging, namelijk de overtuiging dat een strafbaarstelling *ex post facto* een ontoelaatbare inbreuk oplevert op de individuele vrijheid en autonomie van het rechtssubject. In ons strafrecht is de rechtszekerheid zwak beschermd, zo

1 HR 20 november 2001, NJ 2003, 632 (baby Lisa), waarover ik een rechtsfilosofische annotatie schreef in: Ronald Janse, Sanne Taekema & Ton Hol (red.), *Rechtsfilosofische annotaties*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2007, p. 89-94.

2 Hier verwijst ik naar de bladzijden van de herdruk van genoemd artikel 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.

toont de rest van het artikel aan. Feitelijk geldt niet het beginsel *in dubio pro libertate*, maar het veel zwakkere beginsel *in dubio abstinere*, dat neerkomt op de negatieve zekerheid dat je weet dat je er in twijfelgevallen niet op mag rekenen dat je niet strafbaar bent. De verdachte in het aangehaalde baby Lisa-arrest kan erover meepraten.

Men kan zich afvragen of dit nu wel zo erg is. Moeten we niet zeggen dat de verdachte de bescherming van het *in dubio pro libertate*-beginsel eenvoudigweg niet verdient, gelet op de verwerpelijkheid van zijn handelen? In het onderzoek van die vraag maakt Brouwer een cruciaal onderscheid. Ik citeer: 'Als dit oordeel (mede) berust op wat in andere strafbepalingen is neergelegd, en het dus ook gaat om de afbakening van het delict ten opzichte van andere delicten, dan is het een betrekkelijk krachtig argument' (p. 199 en 200). Het geval van baby Lisa biedt een perfecte illustratie. Artikel 278 Sr, waarop de veroordeling berustte (het delict van mensenroof), is in feite een strafverzwarende variant van art. 282 Sr (wederrechtelijke vrijheidsberoving). In zo'n geval kan met enig recht worden gezegd dat de verdachte de bescherming van het *in dubio pro libertate*-beginsel niet verdient. 'Gaat het niet om zulke binnengrenzen, maar om de buitengrens van strafrechtelijke aansprakelijkheid, en berust het oordeel over de afkeurenswaardigheid louter op morele overtuigingen', zo vervolgt Brouwer, 'dan is het argument zwak. Dat geldt in het bijzonder als die morele overtuigingen omstreden zijn' (p. 200). Het *in dubio pro libertate*-beginsel is – net als het *nulla poena*-beginsel en het *lex certa*-beginsel – mede bedoeld om bestraffing te voorkomen op grond van morele overtuigingen die onvoldoende in het rechtssysteem verankerd zijn.

Deze gedachtegang kan ik goed volgen. Maar ondergraaft zij niet het eerdere betoog? De onderscheiding van de beide omschreven situaties heeft namelijk enkele verstrekkende implicaties. Zij impliceert immers dat:

- 1 de bescherming van het *in dubio pro libertate*-beginsel niet absoluut is, maar het onder omstandigheden moet afleggen tegen een veroordeling *ex post facto*, dat wil zeggen, niet op grond van een voorafgaande wettelijke strafbepaling;
- 2 het beginsel van rechtszekerheid evenmin absoluut is, maar onder omstandigheden moet wijken voor de minder vergaande eis dat de veroordeling op grond van een nieuwe interpretatie van de strafbepaling voorzienbaar was;
- 3 voor de beoordeling wanneer die situatie zich voordoet, niet alleen de overtreden strafbepaling relevant is, maar ook de plaats van die bepaling in het systeem van het recht.

Al deze elementen vinden we terug in een uitspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens uit 1995, waarin een beroep op schending van art. 7 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) (het legaliteitsbeginsel) werd verworpen.³ Het ging om een Engelse zaak, waarin de verdachte was veroordeeld voor verkrachting van zijn vrouw, hetgeen naar geldend recht (nog) niet strafbaar was. Gelet op de inhoud en strekking van het legaliteitsbeginsel (namelijk voorkoming van willekeurige vervolging en berech-

3 EHRM 22 november 1995, NJ 1997, 1.

Marc Loth

ting) oordeelde het Hof dat art. 7 EVRM niet was geschonden, onder meer omdat er een rechtsontwikkeling gaande was in de richting van strafbaarstelling van verkrachting binnen het huwelijk, zodat de onderhavige interpretatie niet alleen in essentie hetzelfde delict betrof (als de strafbare verkrachting buiten huwelijk), maar bovendien redelijkerwijs voorzienbaar was voor de verdachte. Het Hof zoekt de bron van rechtszekerheid derhalve niet in de tekst van de wet of het Verdrag, maar in de strafwaardigheid van het gedrag in de context van het Verdrag. Het spreekt over 'the essentially debasing character of rape'. Het verlaten van de immuniteit van de gehuwde man is niet alleen in overeenstemming met een 'civilised concept of marriage', aldus het Hof, maar ook met de doelstellingen van het Verdrag, 'the very essence of which is respect for human dignity and human freedom'. Deze uitspraak illustreert dat voor de beoordeling van de strafbaarheid van het gedrag van de verdachte niet alleen zijn rechten van betekenis zijn, maar ook die van het slachtoffer. Het uiteindelijke rechtsoordeel berust op een afweging die ten dele berust op een morele waardering van de rechter.

In deze uitspraak komt een veel minder absolute notie van legaliteit en rechtszekerheid naar voren dan waarmee wij begonnen. Voor de beoordeling van de vraag of de veroordeling van de verdachte *ex post facto* in strijd was met het legaliteitsbeginsel van art. 7, beroept het Hof zich niet alleen op de tekst van de onderhavige strafbepaling, maar onderzoekt het ook de strafwaardigheid van het gedrag in de context van het Verdrag. Daarbij worden niet alleen de rechten van de verdachte onderzocht, maar ook de rechten die het slachtoffer onder het Verdrag toekomen. Het beroep op het *in dubio pro libertate*-beginsel blijkt in de handen van het Hof een tweesnijdend zwaard. Het beschermt niet alleen de verdachte tegen veroordeling *ex post facto*, maar het beschermt ook de vrijheid en de fysieke integriteit van het slachtoffer. De erkenning dat individuele vrijheid en autonomie relationele concepten zijn – die alleen in concrete rechtsbetrekkingen vorm en inhoud krijgen – leidt onherroepelijk tot een relativering van het rechtszekerheidsideaal. Rechtszekerheid is niet langer een ideaal in pure vorm, maar een gezichtspunt dat moet concurreren met andere rechtswaarden.⁴ In concrete gevallen verschrompelt het tot de minder vergaande eis van voorzienbaarheid van een nieuwe rechtsontwikkeling of interpretatie. Het verzet van Brouwer tegen deze ontwikkeling is mijns inziens niet vol te houden; niet alleen omdat de rechtspraktijk zich anders ontwikkelt, zoals hij al onderkende, maar ook omdat de aangevoerde grondslag – het *in dubio pro libertate*-beginsel – zelf tot die conclusie leidt. De positieve vrijheid om te doen, kan niet los worden gezien van de negatieve vrijheid om van de gevolgen daarvan gevrijwaard te blijven. Zoals Isaiah Berlin al aangaf, zijn het positieve en het negatieve vrijheidsbegrip twee kanten van dezelfde medaille.⁵

4 Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, E. Wolf & H.-P. Schneider (Red.), Stuttgart: K.F. Koehler Verlag 1973, p. 165.

5 I. Berlin, *Four essays on liberty*, Oxford: Oxford University Press 1969, p. 121-122.

3 Rechtszekerheid in beweging

Er is dan ook behoefte aan een conceptie van rechtszekerheid die beter aansluit op de rechtspraktijk en die theoretisch beter verdedigbaar is.⁶ Het uitgangspunt is dat het rechtszekerheidsbeginsel zelf niet een eenduidig ideaal is, zoals ook 't Hart heeft betoogd, maar juist een historisch en maatschappelijk gegeven dat in veranderde omstandigheden herinterpretatie behoeft.⁷ Natuurlijk heeft het rechtszekerheidsbeginsel een harde kern, namelijk de gedachte dat een verdachte ten tijde van het gedrag moet kunnen weten of dat gedrag strafbaar is en tot welke strafrechtelijke reactie het kan leiden.⁸ Zoals Brouwer in zijn artikel al aangaf, heeft deze kern een instrumentele en een beschermende dimensie. De instrumentele dimensie is dat de burger zijn gedrag moet kunnen afstemmen op het strafrecht, wil dat met enige effectiviteit het gedrag van burgers beïnvloeden. De beschermende dimensie is dat het strafrecht de burger beschermt tegen rechtsinbreuken. Het strafrecht richt zich niet alleen tot de burger als potentiële overtreder, als dader, maar ook tot de burger als potentieel slachtoffer. 'Het gaat bij dit argument niet zozeer om de rechtszekerheid van de verdachte, maar om de rechtszekerheid van de burger', schrijft De Hullu dan ook terecht naar aanleiding van het aangehaalde arrest van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens.⁹

Naar mijn idee zijn in de ontwikkeling van het rechtszekerheidsbeginsel enkele trends te onderkennen, die nader onderzoek verdienen. Die trends hebben respectievelijk betrekking op 1) het recht waaraan wij zekerheid ontleen, 2) de aard en mate van die zekerheid en 3) de betekenis die het in ons handelen heeft. Graag over elk van deze trends een enkel woord. Allereerst is het recht als bron van rechtszekerheid van karakter veranderd. Van oudsher staat de specifieke strafbepaling centraal, haar tekst, de bedoeling die de wetgever ermee had en de betekenis die zij in dat licht heeft. Het recht is echter ingrijpend van karakter veranderd, onder meer door de toenemende betekenis van ongeschreven recht, rechtersrecht en rechtsbeginselen, maar ook door de toenemende samenhang en complexiteit in het recht. Zelfs het strafrecht – de bakermat van het rechtszekerheidsbeginsel – is zodanig veranderd dat 't Hart spreekt van een verbroekeling van het ideaal van de eenvoud en kenbaarheid van het recht.¹⁰ Bron van rechtszekerheid is dan ook niet meer een specifieke wettelijke bepaling, maar veeleer de totaliteit van het recht (inclusief de ongeschreven bronnen). 'Die Rechtspraxis kommt ohne den Bezug zum Ganzen nicht aus', schrijven Christensen en Kudlich in een recente monografie, 'Recht lässt

6 In het navolgende baseer ik mij op M.A. Loth, *Verloren zekerheid?*, *Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 1999, p. 209-222, en in: P.C. Bogert & T. Kooijmans (red.), *Over de grens van het legaliteitsbeginsel*, Gouda Quint: Arnhem 2000, p. 79-97.

7 A.C. 't Hart, *Het nulla-poenabeginsel*, in: idem, *Strafrecht en beleid*, essays, Leuven: Acco 1984, p. 228-231.

8 J. de Hullu, *Rechtszekerheid en vertrouwensbeginsel in het strafrecht*, preadvies voor de Vereniging van de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland, Deventer: Kluwer 1997, p. 106.

9 De Hullu, preadvies, p. 129.

10 A.C. 't Hart, *Recht als schild van Perseus. Voordrachten over strafrechtstheorie*, Arnhem: Gouda Quint 1991, p. 76-94.

Marc Loth

sich nur im kontext bestimmen'.¹¹ Hier past dan ook een holistisch perspectief; de binding aan de wet impliceert een binding aan beginselen en die impliceert uiteindelijk een binding aan het recht. De verwachtingen die rechtssubjecten aan het recht ontlene, zijn dan ook in toenemende mate samengestelde verwachtingen, dat wil zeggen, verwachtingen ten aanzien van het gedrag van de overheid, het gedrag van andere rechtsgenoten en het eigen gedrag. De verdachte in de aangehaalde Engelse zaak bijvoorbeeld, kon en mocht niet volstaan met de verwachting dat hij met zijn gedrag zou weggelopen, omdat de wet nog niet was gewijzigd, zodanig dat verkrachting binnen het huwelijk daaronder zou vallen. Hij diende in te calculeren dat er een rechtsontwikkeling gaande was in die richting en diende bovendien rekening te houden met de gerechtvaardigde verwachting van zijn vrouw dat zij door het recht wordt beschermd in haar fysieke integriteit. Voor een succesvol beroep op het rechtszekerheidsbeginsel is de enkele verwijzing naar de tekst van een wettelijke bepaling niet langer voldoende.

Voorts is ook de aard en mate van de zekerheid die wij aan het recht ontlene aan herziening toe. 'The unrivalled work of law is not liberty, but security', schreef Bentham ooit.¹² Het citaat ontleen ik aan een artikel van Hans Gribnau en Ton Hol onder de veelzeggende titel 'De relativiteit van rechtszekerheid', waarin zij besluiten met de constatering dat rechtszekerheid is gecontextualiseerd. Dat betekent niet meer of minder dan dat rechtszekerheid in de gegeven situatie moet concurreren met andere waarden en daarom telkens andere implicaties heeft. Absolute zekerheid kan het recht niet bieden, zo het dat ooit al kon, wel kan het vertrouwen bieden; het vertrouwen dat legitieme verwachtingen worden gerespecteerd, fundamentele rechten worden beschermd en willekeurige vervolging en berechting door de overheid achterwege blijven.¹³ Het verschil tussen zekerheid en vertrouwen kan worden geïllustreerd door een vergelijking tussen de aangehaalde uitspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in de aangehaalde Engelse zaak en een uitspraak van het Duitse *Bundesverfassungsgericht*. In een zaak uit 1995 werd aan het *Bundesverfassungsgericht* de vraag voorgelegd of een blokkade van een militaire basis kan worden begrepen onder 'geweld'? Levert een bevestigende beantwoording van die vraag een schending op van het legaliteitsbeginsel? Het *Bundesverfassungsgericht* beantwoordde die vraag bevestigend, omdat noch de tekst van de wet (de 'Wortlaut'), noch de parlementaire geschiedenis voldoende aanknopingspunten bieden voor een dergelijke extensieve interpretatie. De burger zou niet met 'ausreichende Sicherheit' kunnen weten welk gedrag strafbaar is (en welk gedrag niet).¹⁴ Wanneer we dit contrasteren met de aangehaalde uitspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, waarin de aanpassing van de strafwet aan veranderde omstandigheden geoorloofd wordt geacht, indien deze ontwikkeling in overeenstemming is met de essentie van het delict en redelijkerwijs was te voorzien, dan is

11 R. Christensen & H. Kudlich, *Gesetzesbindung: vom vertikalen zum horizontalen Verständnis*, Berlin: Dunker & Humblot 2008, p. 80.

12 Zie A.M. Hol & J.L.M. Gribnau, *De relativiteit van rechtszekerheid*, *Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 1999, p. 174.

13 Zie E.M.H. Hirsch Ballin, *Vertrouwen op het recht, over de plaats van de wet in de rechtsorde*, Alphen aan de Rijn: Samson 1982.

14 BverfG. 10 januari 1995, *EuGRZ* 1995, p. 177-184.

het verschil evident. Niet alleen wordt hier met minder zekerheid genoegen genomen, ook is die zekerheid ontleend aan een andere bron: niet de tekst van de strafbepaling, maar de strafwaardigheid van het gedrag in de context van het Verdrag. Ten slotte is ook de wijze waarop het recht in ons handelen is opgenomen (en daaraan betekenis geeft) – althans onze inzichten daaromtrent – van karakter veranderd. De vereiste duidelijkheid van de norm wordt niet langer uitsluitend aan de wettelijke bepaling ontleend, maar ook aan de betekenis en strekking van de norm in de gegeven handelingscontext. ‘Der Kontext einer Bedeutung muss immer neu beschrieben werden’, schrijven Christensen en Kundlich terecht. ‘Die Einheit des Rechts ist kein fester Punkt, den man erreichen könnte. Sie liegt vielmehr auf der Fluchtlinie ständig neuer Beschreibungen’.¹⁵ Wij stuiten hier op harde bodem; de vraag naar de vereiste rechtszekerheid raakt uiteindelijk aan de vraag naar het normbegrip in het strafrecht. Wanneer wij de strafrechtelijke norm identificeren met de strafbepaling of haar betekenisinhoud, dan kan de burger slechts aan de ‘Wortlaut’ van de strafbepaling aanwijzingen voor zijn gedrag ontleen. Maar wanneer wij ervan uitgaan dat de strafrechtelijke norm eerst met de concrete handelingscontext is gegeven – en het ‘moeten’ situatief is bepaald, zoals Ter Heide zou zeggen – dan ontleent het rechtssubject de vereiste duidelijkheid niet alleen aan de wet, maar ook aan de context waarin die toepassing vindt. Strafrechtelijke normen worden van oudsher gezien als bevelen, waarvan het gebiedende overheerst. Glastra van Loon heeft erop gewezen dat daarnaast het normatieve aspect moet worden onderscheiden, omdat een norm ook relaties tussen de normadressaten constitueert, in de vorm van wederzijds gelegitimeerde verwachtingen.¹⁶ Ook in het strafrecht zien we in toenemende mate deze horizontalisering in de normering van gedrag, waarbij de norm mede door wederkerige betrekkingen tussen rechtssubjecten wordt geconstitueerd. Deze horizontalisering hoeft overigens geen afbreuk te doen aan de zekerheid die de strafrechtelijke normering biedt. Integendeel, vermoedelijk hebben rechtssubjecten meer kennis van de handelingscontext en daarin geldende normen dan van de strafwet en de interpretaties die de strafrechter daaraan geeft. De verdachte in de aangehaalde Engelse zaak biedt weer een treffende illustratie. Het is niet zozeer de tekst van de geldende norm, maar de betekenis van zijn gedrag, waaraan de verdachte de zekerheid omtrent de toelaatbaarheid daarvan kon ontleen; ‘von vertikalen zur horizontalen Gesetzesbindung’.¹⁷ Deze horizontalisering maakt de notie van rechtszekerheid niettemin minder grijpbaar voor juristen, die zich traditioneel liever buigen over de interpretatie van een tekst dan over een analyse van de handelingscontext.

De geschetste trends hebben het rechtszekerheidsbeginsel gecompliceerd. Het gangbare beeld is verschoven; van de enkele strafbepaling naar het hele systeem, van tekstuele zekerheid naar contextueel vertrouwen en van verticale regulering naar horizontale verwachtingen. In ons denken en spreken over rechtszekerheid associëren we dat beginsel nog te veel met exacte en uniforme kennis van de tekst

15 Christensen & Kudlich, *Gesetzesbindung*, p. 139.

16 J.F. Glastra van Loon, *Regels en bevelen*, in: idem, *De eenheid van het handelen*, opstellen over recht en filosofie, Amsterdam: Boom 1980, p. 25-36.

17 Christensen & Kundlich, *Gesetzesbindung*, p. 125.

Marc Loth

van de wet, de bewoordingen waarin de strafbepaling is gesteld. Daarmee geven wij niet alleen een onvolledig beeld van de strafrechtelijke norm, maar ook van de wijze waarop het strafrecht menselijk gedrag normeert en van het vertrouwen dat de rechtssubjecten daaraan kunnen ontleenen. Als dat zo is, dan rijst de vraag waarom deze redenering zo hardnekkig is; waarom zouden we vasthouden aan een beeld van rechtszekerheid dat niet meer spoort met de rechtspraktijk? In het aangehaalde artikel gaat Brouwer ook op deze metavraag in, door de stelling in te nemen dat een rechtspositivistische benadering van rechtszekerheid voordelen biedt boven het alternatief, een constructivistische benadering. Maar is dat wel zo?

4 Een rechtspositivistische versus een constructivistische benadering

Voor de laatste maal waag ik het van mening te verschillen. Terecht stelt Brouwer dat in een rechtspositivistische opvatting rechtszekerheid wordt ontleend aan het positieve recht, dat wil voor de rechtspositivist zeggen, ‘aan een geheel van door gezaghebbende instanties uitgevaardigde of erkende normen’ (p. 179). In geval van onduidelijkheid omtrent de vraag wat rechtens is, zal de rechtspositivist zeggen dat er (nog) geen sprake is van recht, of dat het recht onduidelijk is. Het oordeel van de rechter heeft in zo’n situatie een constitutieve betekenis, dat wil zeggen, het constitueert recht dat er nog niet (duidelijk) was. Voor de rechtspositivist heeft die opvatting de voorkeur boven het alternatief, een constructivistische opvatting waarin het rechterlijk oordeel declaratoir is, dat wil zeggen, een beschrijving van een op basis van een verscheidenheid aan geldende rechtsbronnen geconstrueerde norm. De reden voor die voorkeur is dat de onbepaaldheid van het recht in het rechtspositivisme een eigenschap is van het recht zelf en niet van onze kennis van het recht (zoals in het constructivisme). Anders gezegd, onzekerheid over het recht is dan aan het recht zelf te wijten, en niet aan de verdachte. Als voorbeeld noemt Brouwer een casus waarin een verdachte, Campbell, die naakt heeft gedanst, wordt vervolgd voor ‘an immoral performance’. Ter verdediging beroept de verdachte zich op een precedent waarin is geoordeeld dat naakt dansen niet tot ‘immoral performances’ is te rekenen. Op het moment dat zij terechtstaat, is die uitspraak echter in hoger beroep vernietigd en Campbells beroep op rechtsdwaling werd verworpen. Overigens werd ook deze uitspraak in hoger beroep vernietigd, zodat Campbell achteraf beschouwd van de juiste opvatting bleek te zijn uitgegaan. Vanuit een oogpunt van rechtszekerheid is deze gang van zaken natuurlijk verwerpelijk, daarover bestaat geen meningsverschil. Maar is deze gang van zaken te wijten aan het feit dat de rechters uitgaan van een constructivistische rechtsopvatting – zoals Brouwer schrijft – zodat voor hen rechtszekerheid geen probleem is?

Waarom zou rechtszekerheid voor constructivistische rechters minder een zorg zijn dan voor rechtspositivistische rechters? In ieder geval niet omdat de onbepaaldheid van het recht voor hen een kennisprobleem is, zoals Brouwer stelt, terwijl dat voor de rechtspositivistische rechter een probleem van het recht zelf is. Daaruit volgt integendeel juist dat rechtszekerheid voor de constructivistische rechter eerder een grotere zorg is dan voor zijn rechtspositivistische collega. De constructivist kan immers koersen op het baken van een verondersteld ‘one right answer’, terwijl de

rechtspositivist slechts op zijn eigen voorkeuren kan koersen. De kans op excessen als de uiteenlopende beslissingen in de zaak Campbell acht ik daarom bij constructivistische rechters eerder kleiner dan groter dan bij rechtspositivistische rechters. Maar eerlijk gezegd geloof ik helemaal niet dat theoretische overtuigingen als deze veel invloed hebben op het beslissingsgedrag van de rechter, of dat de analyse van rechtszekerheid als zodanig een argument oplevert voor het rechtspositivisme. Wel geloof ik dat de waardering van rechtszekerheid bij constructivisten en rechtspositivisten anders is, zoals hiervoor al aan de orde was.

5 Conclusie

Het wordt tijd om te concluderen. In zijn artikel is Brouwer op de bres gesprongen voor rechtszekerheid, in een moedige poging dit beginsel te redden van de postmoderne scepsis. Zoals ik het zie, werd hij daarbij gemotiveerd door een oprechte morele verontwaardiging over rechterlijke uitspraken waarin de verdachte de rekening kreeg gepresenteerd van een nieuwe rechterlijke interpretatie, zoals het geval was in het baby Lisa-arrest waarmee ik begon. Aan het begin van zijn artikel waarschuwde hij voor een gemakkelijk gelijk; op zichzelf juiste beschouwingen over de vaagheid van de wet en de noodzaak van rechterlijke rechtsvorming rechtvaardigen niet dat de rekening daarvan door de verdachte wordt betaald (p. 177 en 178). Maar het omgekeerde geldt mijns inziens evenzeer; de verwerping van die uitkomst dwingt geenszins tot een rechtspositivistische benadering van rechtszekerheid. Over de morele waarde van het resultaat kan men het eens zijn, zonder de bijbehorende analyse te delen. In feite was dat een klassieke rolverdeling in de discussies die ik met Brouwer over dit en verwante onderwerpen heb gehad. Over de morele lading waren wij het meestal eens, over de theoretische analyses zelden. Het is waarschijnlijk om die reden dat die discussies uitputtend lang konden duren en ons beiden verkwikt achterlieten. Het is ook om die reden dat ik de discussie hier heb durven voortzetten, in de zekerheid dat hij dat zou hebben gewaardeerd.

Aan het slot van de Inleiding op deze bijdrage heb ik gesteld dat Brouwer aan het debat over rechtszekerheid een blijvende bijdrage heeft geleverd. Wat mij betreft schuilt die bijdrage vooral hierin dat hij dat debat naar een hoger niveau heeft getild. Het debat over rechtszekerheid kan niet meer in de vertrouwde termen van weleer worden gevoerd: legisme of niet, interpretatievrijheid van de rechter, rechtszekerheid versus billijkheid, et cetera. Voortaan is een analyse op een ander niveau noodzakelijk. Wat betekenen de geschetste ontwikkelingen in de rechtspraak voor de vrijheid van de burger? En wat betekenen zij voor de functies van het (straf)recht? In de beantwoording van deze vragen toonde Brouwer zich een grondig denker, met name waar het de relatie betrof tussen concrete juridische kwesties en hun theoretische veronderstellingen en implicaties. Wat betekenen de geschetste ontwikkelingen in de rechtspraak voor het debat tussen het rechtspositivisme en het constructivisme? En hoe dient het relatieve gelijk van deze beide posities te worden beoordeeld in het licht van maatschappelijke en juridische ontwikkelingen? Sinds de bijdrage van Brouwer kan niemand nog om deze vragen heen. Brouwer heeft,

Marc Loth

kortom, de agenda voor het rechtszekerheidsdebat bepaald en daarmee een blijvend stempel op de rechtstheorie gezet.