



KATHOLIEKE UNIVERSITEIT LEUVEN  
FACULTEIT RECHTSGELEERDHEID  
Academiejaar 2015 - 2016

“Het rechtsbegrip bij H.L.A. Hart”

Promotor: Prof. dr. L. WINTGENS

Masterscriptie, ingediend door  
**Nina ROOX**  
bij het eindexamen voor de graad van  
MASTER IN DE RECHTEN



KATHOLIEKE UNIVERSITEIT LEUVEN

FACULTEIT RECHTSGELEERDHEID

Academiejaar 2015 - 2016

“Het rechtsbegrip bij H.L.A. Hart”

Promotor: Prof. dr. L. WINTGENS

Masterscriptie, ingediend door

**Nina ROOX**

bij het eindexamen voor de graad van

MASTER IN DE RECHTEN

## **Samenvatting**

Deze masterproef neemt “The Concept of Law” van H.L.A. Hart onder de loep. Al dateert dit boek van 1961, het blijft intellectueel buitengewoon interessant en nuttig voor actuele debatten om het rechtsbegrip van Hart in zijn vele facetten te analyseren.

Harts rechtsbegrip dient onder de noemer van het wetspositivisme geplaatst te worden. Dit positivisme wordt in deze masterproef eerst historisch gesitueerd door een bespreking van de verschillende invloeden erop en de evolutie van de stroming. Het recht bestaat voor Hart fundamenteel uit sociale regels. De kern van een ontwikkeld rechtssysteem bestaat uit het samenspel tussen primaire en secundaire regels. Primaire regels zijn regels die vaak overeenkomen met morele regels en een bepaalde verplichting of verbod opleggen. Deze regels volstaan echter niet. De secundaire regels komen tegemoet aan de tekortkomingen van een prejuridische wereld, waar alleen primaire regels de samenleving beheersen. Deze zijn volgens Hart de *rule of adjudication*, *rules of change* en de *rules of recognition*. Die laatste soort regels wordt verenigd in de *ultimate rule of recognition*, die het sluitstuk vormt van Harts rechtssysteem. Het rechtssysteem bestaat pas effectief als de primaire regels algemeen gehoorzaamd worden door de burgers en de secundaire regels aanvaard worden door de functionarissen. Een belangrijk en kenmerkend aspect van Harts gematigde positivisme is dat hij recht en moraal scheidt, maar tegelijk toch de deur toch op een kier laat staan voor een minimale morele inhoud van het recht.

Harts bijdrage tot de rechtstheorie is groot, maar niet onomstreden. Deze masterproef zal dan ook trachten de controversiële aspecten en de pijnpunten van Harts rechtssysteem bloot te leggen. Zo kan de analyse ook actuele juridische debatten bevruchten.

## **Dankwoord**

Deze masterproef vormt een mooie afsluiter van mijn academische studie. Ik ben begonnen in de filosofie en ben vervolgens overgeschakeld naar rechten. Nu sluit ik mijn studies af met een rechtsfilosofische masterproef, waar mijn beide interessegebieden met elkaar verenigd worden.

Bij deze wil ik graag mijn promotor professor Luc Wintgens bedanken voor de intellectuele uitdaging die hij mij gegeven heeft. Hij stimuleerde me om de lat net dat tikje hoger te leggen. Daarnaast wil ik graag mijn vader bedanken voor het samen nadenken, het bijsturen waar nodig en het nalezen van mijn teksten. Mijn dank gaat ook uit naar mijn moeder en naar Corneel, die er steeds waren om naar me te luisteren en me te steunen.

## Inhoudstafel

<b>INLEIDING</b> .....	1
<b>HOOFDSTUK I. HISTORISCH OVERZICHT</b> .....	4
AFDELING I. ONTWIKKELING WETSPOSITIVISME.....	4
§1. Natuurrecht.....	6
§2. Wetspositivisme .....	7
§3. Situatie na Wereldoorlog II: renaissance van het natuurrecht.....	9
AFDELING II. INVLOEDEN OP HARTS CONCEPT OF LAW .....	11
§1. Rechtsformalisme .....	11
§2. Rechtsrealisme .....	13
§3. Taalfilosofie.....	14
§4. Sociologie.....	17
<b>HOOFDSTUK II. HET RECHTSSYSTEEM VAN HART</b> .....	18
AFDELING I. AARD VAN HET RECHTSSYSTEEM .....	18
§1. Rechtsregels .....	18
A. <i>Gebruik</i> .....	19
B. <i>Orders backed by threats</i> .....	24
§2. Kern van het rechtssysteem.....	26
A. <i>Primaire regels</i> .....	28
B. <i>Secundaire regels</i> .....	29
C. <i>Ultimate rule of recognition</i> .....	32
D. <i>Open texture van het recht</i> .....	38
E. <i>Plaats van sancties</i> .....	39
F. <i>Kritiek op Harts rechtssysteem</i> .....	40
AFDELING II. BESTAAN VAN RECHTSSYSTEEM.....	43
<b>HOOFDSTUK III. RECHT EN MORAAL</b> .....	47
AFDELING I. MORELE REGELS EN RECHTSREGELS .....	47
AFDELING II. RECHT EN MORAAL .....	49
§1. <b>Scheiding recht en moraal</b> .....	49
§2. <b>Relatie tussen recht en moraal</b> .....	52
AFDELING III. RECHT EN RECHTVAARDIGHEID .....	54
<b>CONCLUSIE</b> .....	58
<b>BIBLIOGRAFIE</b> .....	59

## INLEIDING

1. **ONDERZOEKSVRAGEN** – Deze masterproef behandelt het rechtsbegrip bij Herbert Hart met als leidraad zijn belangrijkste werk “The Concept of Law”<sup>1</sup>. De onderzoeksvraag luidt als volgt: “Wat is kenmerkend voor het rechtsbegrip bij Hart?”. Deze vraag is breed en wordt daarom opgedeeld in de volgende subvragen: “Wat is de kern van een rechtssysteem?”, “Wanneer bestaat een rechtssysteem?” en “Wat is het verband tussen recht en moraal?”.
2. **METHODE** – Gezien de vloed aan boeken en artikels over het onderwerp is het doel van deze masterproef niet nieuwe ontdekkingen doen, maar eerder een verhelderende analyse maken. Ze omvat een grondige literatuurstudie en analyse van Harts “Concept of Law”. De literatuur die na de publicatie van “The Concept of Law” (1961) geschreven is, zal helpen om dit rechtsbegrip zo scherp mogelijk te tekenen en ook kritisch te benaderen.
3. **RELEVANTIE** – Men kan zich natuurlijk de vraag stellen of een masterproef met de focus op een werk uit 1961 nog enige relevantie heeft. De invloed van Hart op de rechtstheorie is echter zo diepgaand, dat ook vandaag nog vele auteurs zich bezighouden met het analyseren van “The Concept of Law”.

Rechtssystemen staan meer dan ooit centraal in een samenleving waarvan stilaan elk aspect gejuridiseerd wordt. “The Concept of Law” kan een theoretische basis bieden om inzicht te krijgen in de huidige samenlevingsstructuren. Zo wordt het bijvoorbeeld mogelijk een lijn te trekken tussen een rechtssysteem, een internationaal samenwerkingsverband, een dictatuur en een primitieve samenleving. Dit heeft een theoretisch belang, maar kan ook van praktisch nut zijn voor samenlevingen die volop in ontwikkeling zijn en streven naar de ontwikkeling van een rechtsstaat.

4. **BIOGRAFIE** – Herbert Lionel Adolphus Hart werd in 1907 geboren in Harrogate in Engeland.<sup>2</sup> Hij studeerde in 1929 af aan de universiteit van Oxford met een diploma in *Literae Humaniores*, een mengeling tussen Grieks, Latijn, klassieke geschiedenis en filosofie.<sup>3</sup> Vervolgens begon hij zijn carrière aan de Londense balie.<sup>4</sup> Tijdens de Tweede

---

<sup>1</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 333 p.

<sup>2</sup> Voor Harts jeugd, zie: N. LACEY, *A Life of H. L. A. Hart. The Nightmare and the Noble Dream*, New York, Oxford University Press, 2004, 11-21 (vanaf nu: N. LACEY, *A Life of H. L. A. Hart*, New York, Oxford University Press, 2004).

<sup>3</sup> Voor Harts academische loopbaan aan de Oxford universiteit, zie: *ibid.*, 22-39.

<sup>4</sup> Voor Harts carrière aan de balie, zie: *ibid.*, 40-60.

Wereldoorlog werd Hart lid van de Britse veiligheidsdienst MI5.<sup>5</sup> Na de oorlog doceerde hij filosofie aan New College, Oxford. Daaropvolgend werd hij hoogleraar in de rechtsgeleerdheid en professioneel medewerker aan de universiteit van Oxford.<sup>6</sup> Ook was Hart gedurende een jaar gastprofessor aan de faculteit recht en wijsbegeerte van de universiteit van Harvard.<sup>7</sup> Nadat hij zijn leerstoel had opgegeven in 1968, werkte hij mee aan het Bentham Project aan University College London.<sup>8</sup> Ook werd hij directeur van het Brasenose College van de Oxford-universiteit.<sup>9</sup> De professor was gehuwd met Jenifer en had samen met haar vier kinderen: Joana, Adam, Charles en Jacob.<sup>10</sup> In 1992 overleed Hart op de leeftijd van 85 jaar in Oxford.

5. **“THE CONCEPT OF LAW”** – Hart publiceerde “The Concept of Law” in 1961 met het idee om zijn studenten zelf te laten nadenken over het recht in plaats van uit het hoofd te leren wat anderen denken.<sup>11</sup> Hij baseerde zich op de lessen die hij zelf gaf als professor in de rechtsgeleerdheid in de negen jaren voordien.<sup>12</sup> “The Concept of Law” kreeg al snel veel aandacht in de belangrijke Angelsaksische tijdschriften en groeide uit tot een academische klassieker. Intussen zijn er al meer dan 150 000 exemplaren van verkocht.<sup>13</sup>

Er wordt wel eens opgeworpen dat het succes van het boek te wijten was aan “clubbish support of a powerful Oxford elite”.<sup>14</sup> De rechtenfaculteit van de universiteit van Oxford is inderdaad een dominante speler in de Britse academische wereld en Harts rechtsbegrip werd de basis van een belangrijk rechtstheoretisch debat, onder andere bij Ronald Dworkin<sup>15</sup> en John Finnis<sup>16</sup>. Hart bekritiseerde ook zelf het functioneren van de rechtsfaculteit van Oxford.<sup>17</sup> Een andere reden voor het succes van “The Concept of Law” is dat het Verenigd

---

<sup>5</sup> Voor Harts tijd bij MI5, zie: *ibid.*, 83-111.

<sup>6</sup> Voor Harts carrière als hoogleraar aan de universiteit van Oxford, zie: *ibid.*, 112-154.

<sup>7</sup> Voor Harts periode aan de universiteit van Harvard, zie: *ibid.*, 179-208.

<sup>8</sup> Voor Harts bijdrage aan Benthamproject, zie: *ibid.*, 297-327.

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> Voor Harts familielevens, zie: *ibid.*, 61-111.

<sup>11</sup> *Ibid.*, 156; D. M. DWYER, “The Three Lives of Herbert Hart”, *Oxford J. Legal. Stud.* 2006, (411) 414; H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, vi.

<sup>12</sup> N. LACEY, *A Life of H. L. A. Hart*, New York, Oxford University Press, 2004, 156.

<sup>13</sup> *Ibid.*, 223-224.

<sup>14</sup> *Ibid.*, 232.

<sup>15</sup> Ronald Dworkin (°1931–†2013) is een vooraanstaand Amerikaans rechtsfilosoof, die sterk door Lon Fuller (cf. randnr. 73) beïnvloed werd. Hij studeerde onder Hart aan de universiteit van Oxford en volgde hem later op als professor. Zie: A. LIPTAK, “Ronald Dworkin, Scholar of the Law, Is Dead at 81”, *NY Times*, 15 februari 2013, B17.

<sup>16</sup> J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980, 425 p.

<sup>17</sup> N. LACEY, *A Life of H. L. A. Hart*, New York, Oxford University Press, 2004, 157.

Koninkrijk, in tegenstelling tot continentaal Europa, niet veel belangrijke rechtsgeleerden meer gekend had sinds Bentham en Austin in de late 18<sup>de</sup> en vroege 19<sup>de</sup> eeuw.<sup>18</sup>

6. **HARTS OPZET EN METHODE** – Hart tracht in “The Concept of Law” een antwoord te vinden op de vraag “Wat is recht?”.<sup>19</sup> Hij deelt deze vraag op in verschillende subvragen die hij via een analytische methode zal benaderen: “Wat is het verschil tussen recht en bevelen ondersteund door dreigementen?”, “Hoe verschilt een rechtsplicht van een morele plicht?” en “Wat zijn regels en tot welke hoogte is het recht een kwestie van regels?”.<sup>20</sup>

Harts doel is de opheldering van het rechtsbegrip, eerder dan een definitie zoeken.<sup>21</sup> Hij analyseert de verschillende complexe elementen die deel uitmaken van een rechtssysteem en zoekt naar een beter begrip van de overeenkomsten en verschillen tussen sociale fenomenen, zoals recht, dwang en moraal.<sup>22</sup> Harts theorie wordt ook wel eens ‘descriptieve sociologie’ genoemd, aangezien hij op zoek gaat naar een theorie over het recht zoals het is en niet over wat het zou moeten zijn.<sup>23</sup>

7. **STRUCTUUR** – Het eerste hoofdstuk van deze masterproef biedt een beknopt historisch overzicht om zo het rechtsbegrip van Hart in zijn context te kunnen plaatsen. Hierin wordt de ontwikkeling van het wetspositivisme en de verschillende invloeden op Harts opvatting behandeld. Vervolgens komen in een tweede en derde hoofdstuk de kern van deze masterproef aan bod: het rechtsbegrip bij Hart. Het tweede hoofdstuk behandelt de aard en het bestaan van het rechtssysteem. In het derde hoofdstuk wordt de verhouding tussen recht en moraal en rechtvaardigheid besproken.

---

<sup>18</sup> Ibid., 157, 329.

<sup>19</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 13.

<sup>20</sup> Ibid.; J. P. VAN TWIST, *Recht en Moraal bij H.L.A. Hart*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1979, 7, 15.

<sup>21</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, vi, 16; Volgens Amerikaans rechtsfilosoof Marcus Singer kan wat Hart zoekt toch beschreven worden als een definitie. Zie: M. G. SINGER, “Hart’s Concept of Law”, *J. of Philosophy* 1963, (197) 200.

<sup>22</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, vi, 17; M. G. SINGER, “Hart’s Concept of Law”, *J. of Philosophy* 1963, (197) 198.

<sup>23</sup> N. LACEY, *A Life of H. L. A. Hart*, New York, Oxford University Press, 2004, 225, 231.



## HOOFDSTUK I. HISTORISCH OVERZICHT

8. **ONTWIKKELING EN INVLOEDEN** – Om tot de kern van de rechtstheorie van Herbert Hart te komen, gaat deze masterproef uit van een historisch overzicht. Zo wordt niet alleen duidelijk hoe de rechtstheorie geëvolueerd is doorheen de tijd, maar ook hoe Hart door verschillende denkstromingen beïnvloed is bij het ontwikkelen van zijn eigen rechtsconcept.

### Afdeling I. ONTWIKKELING WETSPOSITIVISME

9. **WETSPOSITIVISME EN RECHTSPOSITIVISME** – Harts rechtsbegrip moet onder de noemer van het wetspositivisme geplaatst worden. Wetspositivisme is te onderscheiden van het rechtspositivisme.<sup>24</sup> Rechtspositivisme erkent het bestaan van een morele gehoorzaamheidsplicht ten aanzien van rechtsnormen: recht definieert de moraal. Wetspositivisme gaat daarentegen uit van drie verschillende thesen, d.i. de *social fact*-these en de *conventionality*-these en de scheidingstheze.<sup>25</sup>

De *social fact*-these stelt dat recht in essentie een sociale creatie is.<sup>26</sup> Het recht is uitsluitend in sociale feiten gegrond (cf. randnr. 28).<sup>27</sup> De *conventionality*-these houdt in dat “law is made possible by an interdependent convergence of behavior and attitude [...] among individuals expressed in a social or conventional rule.”<sup>28</sup> Niet alleen convergerend gedrag, maar ook een bepaalde houding ten aanzien van het gestelde gedrag is vereist om een regel tot stand te brengen (cf. randnr. 32). Tot slot is er de scheidingstheze, die inhoudt dat recht en moraal conceptueel te onderscheiden zijn (cf. randnr. 84). Deze these kan radicaal ingevuld worden, d.i. door recht volledig los te koppelen van moraal.<sup>29</sup> Recht kan dan elke mogelijke, ook immorele, inhoud hebben.

---

<sup>24</sup> L. J. WINTGENS, *Rechtspositivisme en wetspositivisme. Een rechtstheoretische en rechtsfilosofische analyse* Brussel, E. Story-Scientia, 1991, 17.

<sup>25</sup> K. E. HIMMA, “Inclusive Legal Positivism” in J. COLEMAN en S. SHAPIRO, *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002, (125) 125.

<sup>26</sup> *Ibid.*, 126; J. COLEMAN, “Rules and Social Facts”, *Harv. J. of L. & Public Policy* 1991, (703) 722; L. GREEN, “Positivism and the Inseparability of Law and Morals”, *NY University L. Rev.* 2008, (1035) 1039.

<sup>27</sup> Deze voorwaarde kan op verschillende manieren geïnterpreteerd worden. Voor Coleman betekent dit dat “a particular rule of recognition that is the rule of recognition in a particular community is a social fact about that community.”; zie: J. COLEMAN, “Rules and Social Facts”, *Harv. J. of L. & Public Policy* 1991, (703) 722; L. GREEN, “Positivism and the Inseparability of Law and Morals”, *NY University L. Rev.* 2008, (1035) 1039.

<sup>28</sup> J. COLEMAN, “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis”, *Legal Theory* 1998, (381) 383.

<sup>29</sup> L. J. WINTGENS, *Rechtspositivisme en wetspositivisme. Een rechtstheoretische en rechtsfilosofische analyse* Brussel, E. Story-Scientia, 1991, 19.

Harts positivisme is daarentegen een gematigd wetspositivisme.<sup>30</sup> Hij stelt dat er geen noodzakelijke band is tussen recht en moraal, maar dat er wel relaties tussen beide mogelijk zijn (cf. randnr. 88). In het derde hoofdstuk van deze masterproef komt het onderdeel ‘recht en moraal’ verder aan bod.

10. **VERSCHILLENDE OPVATTINGEN** – Het is moeilijk “het wetspositivisme” als één theorie te beschrijven. Hart zelf onderscheidde vóór “The Concept of Law” al verschillende criteria die de kern konden uitmaken van een positivistische theorie, zoals het beschouwen van wetten als bevelen of de scheiding van recht en moraal.<sup>31</sup> Hart wijst op de moeilijkheid van het vinden en hanteren van één sluitende definitie: “It is frequently difficult to distinguish from this search for the essence of law a more modest conception of definition which, while treating the task as one of identifying and describing the standards actually accepted for the use of these expressions, assumes that there is only one “true”, “strict,” or “proper” use of them and that this use can be described in terms of a single set of necessary and sufficient conditions.”<sup>32</sup> Het volstaat voor Hart dat één van de criteria van het positivisme aanvaard wordt door een theorie om als positivisme gekwalificeerd te kunnen worden. De kern van Harts eigen wetspositivisme zal aan het licht komen bij de analyse ervan in het tweede en derde hoofdstuk.

---

<sup>30</sup> L. J. WINTGENS, *Rechtspositivisme en wetspositivisme. Een rechtstheoretische en rechtsfilosofische analyse* Brussel, E. Story-Scientia, 1991, 19.

<sup>31</sup> Hart schreef hierover: “It may help to identify five (there may be more) meanings of “positivism” banded about in contemporary jurisprudence:

(1) the contention that laws are commands of human beings,

(2) the contention that there is no necessary connection between law and morals or law as it is and ought to be,

(3) the contention that the analysis (or study of the meaning) of legal concepts is (a) worth pursuing and (b) to be distinguished from historical inquiries into the causes or origins of laws, from sociological inquiries into the relation of law and other social phenomena, and from the criticism or appraisal of law whether in terms of morals, social aims, “functions,” or otherwise,

(4) the contention that a legal system is a “closed logical system” in which correct legal decisions can be deduced by logical means from predetermined legal rules without reference to social aims, policies, moral standards, and

(5) the contention that moral judgments cannot be established or defended, as statements of facts can, by rational argument, evidence, or proof.”, zie: H.L.A. HART, “Positivism and the Separation of Laws and Morals”, *Harv. L. Rev.* 1958, voetnoot nr. 25.

<sup>32</sup> H.L.A. HART, “Problems of Philosophy of Law” in P. EDWARDS (ed.), *The Encyclopedia of Philosophy*, vi, Londen, Collier-MacMillan Ltd., 1967, (264) 265.

## §1. Natuurrecht

11. **GOD, REDE OF NATUUR** – Het wetspositivisme is ontstaan als een tegenreactie op het natuurrecht.<sup>33</sup> Deze rechtsfilosofische stroming volgt de gedachte dat het recht geworteld is in God, de rede of de natuur.<sup>34</sup> Het recht openbaart zich aan ons en is dan ook geen menselijk creatie.<sup>35</sup> Het natuurrecht gaat terug tot in de klassieke Oudheid en werd – in de moderne vorm – algemeen aanvaard in de zeventiende en achttiende eeuw.<sup>36</sup>

De Stoïcijnse opvatting van het natuurrecht luidde als volgt: “True law is right reason in agreement with Nature; it is of universal application, unchanging and everlasting [...] there will not be different laws at Rome and at Athens, or different laws now and in the future, but one eternal and unchangeable law will be valid for all nations and for all times [...]”<sup>37</sup> John Locke<sup>38</sup> zag het natuurrecht als een uiting van Gods wil die het samenleven van de mensen in de ‘pre-sociale’ samenleving vorm geeft.<sup>39</sup> Dit recht bepaalt wat juist en wat fout is, d.i. de moraal, en kan gekend worden door het *natuurlijke* vermogen van de mens: de rede.<sup>40</sup>

12. **VERSCHIL** – Om het wetspositivisme te begrijpen, is het belangrijk te weten hoe het zich afzet tegen het natuurrecht. Terwijl het natuurrecht stelt dat het positieve recht afhankelijk is van een bestaand of door God gegeven natuurrecht, ziet het wetspositivisme het begrip ‘positief recht’ als een pleonasme.<sup>41</sup> Er bestaat voor de rechtspositivist geen ander recht boven of buiten de positieve rechtsregels. Recht van nature bestaat niet.

---

<sup>33</sup> S. COYLE, *Modern Jurisprudence, A Philosophical Guide*, Oxford, Hart Publishing, 2014, 98; A. FALK en S. I. SHUMAN, “The Bellagio Conference on Legal Positivism”, *J. Legal Educ.* 1961-62, (213) 223.

<sup>34</sup> J. FINNIS, “Natural Law: the Classical Tradition” in J. COLEMAN en S. SHAPIRO, *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002, (1) 3-4.

<sup>35</sup> R. ZIPPELIUS, *Rechtsphilosophie*, München, C.H. Beck, 2011, 71-72.

<sup>36</sup> A. G. CHLOROS, “What is Natural Law?”, *Modern L. Rev.* 1958, (609) 610.

<sup>37</sup> Vertaling CICERO, *De Re Republica III*, 33, overgenomen uit H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, xvii;

<sup>38</sup> John Locke (°1632-†1704) was een belangrijke Britse verlichtingsfilosoof. Zie: J. R. MILTON, “Locke, John (1632-1704)”, *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

<sup>39</sup> J. FINNIS, “Natural Law: the Classical Tradition” in J. COLEMAN en S. SHAPIRO, *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002, (1) 6; J. LOCKE, *Second Treatise of Government*, Indianapolis/Cambridge, Hackett Publishing Company Inc., [1690] 1980, 8-9; W. VON LEYDEN, “John Locke and Natural Law”, *Philosophy* 1956, (23) 25.

<sup>40</sup> “For, in the first place, it cannot be said that some men are born so free that they are not in the least subject to this law, for this is not a private or positive law created according to circumstances and for an immediate convenience; rather it is a fixed and permanent rule of morals, which reason itself pronounces, and which persists, being a fact so firmly rooted in the soil of human nature.”, cursivering toegevoegd, zie: J. LOCKE, *Essays on the Law of Nature*, Oxford, Clarendon Press, [1954] 1970, 199; J. FINNIS, “Natural Law: the Classical Tradition” in J. COLEMAN en S. SHAPIRO, *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002, (1) 6; W. VON LEYDEN, “John Locke and Natural Law”, *Philosophy* 1956, (23) 25, 27.

<sup>41</sup> W. VON LEYDEN, “John Locke and Natural Law”, *Philosophy* 1956, (23) 26.

13. **NUANCERING** – Toch lijken het natuurrecht en het positivisme niet incompatibel.<sup>42</sup> Er bestaan niet alleen verschillende positivistische opvattingen (cf. randnr. 9), maar ook verschillende natuurrechtsopvattingen. Het natuurrecht kan bijvoorbeeld neigen naar een vorm van extreem conservatisme: “Wat recht is, moet moreel zijn, dus het recht is ook moreel bindend”.<sup>43</sup> Net zo goed kan het natuurrecht aanleunen bij een revolutionair anarchisme, omdat het zweert bij de morele verantwoording van het recht.<sup>44</sup> Regeringen die een niet-ethische politiek volgen, mogen volgens deze redenering niet gehoorzaamd worden of moeten zelfs afgezet worden.

Niet elke soort van wetspositivisme onderscheidt zich dan ook zo sterk van het natuurrecht zoals hierboven beschreven. Het gematigde wetspositivisme zoals dat van Hart erkent bijvoorbeeld wel enige relatie tussen recht en moraal. Het positieve recht is *als recht* echter niet afhankelijk van deze morele orde, het is autonoom.<sup>45</sup> Hoe Hart het natuurrecht begrijpt en zelfs in minimale zin integreert in zijn rechtstheorie, wordt besproken in Hoofdstuk II, §2.

## §2. Wetspositivisme

14. **JOHN AUSTIN** – De Brit John Austin (°1790-†1859) wordt beschouwd als een van de grondleggers van het wetspositivisme uit de 19<sup>de</sup> eeuw. In zijn belangrijkste werk “*The Province of Jurisprudence Determined*”<sup>46</sup> ontwikkelde hij de zogenaamde bevelstheorie, met als centrale begrippen het bevel, de sanctie en de soeverein. Deze bevelstheorie heeft een grote invloed gehad op “The Concept of Law”. Austin zelf is in zijn denken erg beïnvloed door Jeremy Bentham<sup>47</sup>, een denker uit dezelfde periode die ook regelmatig

---

<sup>42</sup> L. J. WINTGENS, *Rechtspositivisme en wetspositivisme. Een rechtstheoretische en rechtsfilosofische analyse* Brussel, E. Story-Scientia, 1991, 8; Zie bijvoorbeeld: D. O. BRINK, “Legal Positivism and Natural Law Reconsidered”, *The Monist* 1985, 364-387.

<sup>43</sup> N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 24.

<sup>44</sup> Ibid.

<sup>45</sup> U. DHONDT, *Natuurrecht*, Leuven, Acco, 1985, 85; H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 185-186.

<sup>46</sup> J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, Indianapolis/Cambridge, Hackett Publishing Company Inc., [1832] 1998, inleiding door H.L.A. Hart, 396 p. (vanaf nu: J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, [1832] 1998).

<sup>47</sup> Jeremy Bentham (°1748-†1832), was een Britse filosoof en jurist. Hij wordt gezien als de grondlegger van het moderne utilitarisme. Zijn positivistische theorie werd beschouwd als de meer subtiel en complexe vorm van die van zijn leerling Austin. Zie: F. ROSE, “Bentham, Jeremy (1748-1832)”, *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

geciteerd wordt door Hart.<sup>48</sup> Het positivisme van Austin, Bentham en ook Hobbes<sup>49</sup> wordt gekenmerkt door de stelling dat geen recht kan bestaan zonder dat het doelbewust vastgelegd is door een niet-goddelijk, rationeel en wilskrachtig wezen dat macht heeft over andere wezens.<sup>50</sup>

15. **BEVELSTHEORIE** – Om Hart te begrijpen, moeten we de essentie van Austins positivisme onder de knie krijgen. De bevelstheorie stelt dat wetten gelijk zijn aan algemene bevelen die gepaard gaan met een sanctie en algemeen gehoorzaamd worden.<sup>51</sup> Deze bevelen gaan uit van een soeverein, d.i. is de hoogste instantie in de samenleving die zelf niet onderworpen is aan een andere macht.<sup>52</sup> Rechtsregels zijn dus fundamenteel verschillend van etiketteregels, sociale regels, morele regels en goddelijke regels, aangezien die niet voldoen aan de door Austin gestelde voorwaarden.<sup>53</sup>

Hart baseert zich op de bevelstheorie van Austin om zijn eigen rechtsconcept vorm te geven. Hij verzet zich voornamelijk tegen het bevelskarakter van wetten en tegen het soevereiniteitsbegrip dat Austin hanteert. In Harts rechtssysteem zijn regels sociale regels die voortkomen uit sociale bronnen, geworteld in de interactie van mensen binnen de samenleving (cf. *social fact* these, randnr. 9).<sup>54</sup> De belangrijkste verschilpunten tussen beide theorieën zullen duidelijk worden in het tweede hoofdstuk.

---

<sup>48</sup> H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, xvi.

<sup>49</sup> Thomas Hobbes (°1588-†1679) was een Britse filosoof die als grondlegger van de moderne politieke filosofie beschouwd wordt. Zijn boek “Leviathan” beschrijft hoe mensen van nature uit alleen samenwerken uit eigenbelang en dat een politieke samenleving bestaat op de grond van een sociaal contract. In de negentiende eeuw kende zijn denken opnieuw succes utilitaristen en wetspositivisten. Zie: N. MALCOLM, “Hobbes, Thomas (1588-1679)”, *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

<sup>50</sup> N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 158.

<sup>51</sup> J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, [1832] 1998, 1, 15; W. L. MORISON, *John Austin*, Stanford, Stanford University Press, 1982, 64-66.

<sup>52</sup> J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, [1832] 1998, 9, 254.

<sup>53</sup> *Ibid.*, 9-12.

<sup>54</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, xvii; N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 159.

### §3. Situatie na Wereldoorlog II: renaissance van het natuurrecht

16. **TERUGKEER NAAR HET NATUURRECHT**<sup>55</sup> – Na de Tweede Wereldoorlog kenden de rechtsfilosofie en vooral het natuurrecht een heropleving.<sup>56</sup> Dit was een reactie op het tekortschieten van het positieve recht tijdens de nationaalsocialistische dictatuur in Hitler-Duitsland.<sup>57</sup> De juridische subtiliteiten van de rassenwetten van Neurenberg en de praktijk van de vernietigingskampen liepen uit in een binnen een zelfverklaarde rechtsstaat nooit geziene massale schending van de mensenrechten. In 1936 werden de drie wetten van Neurenberg uitgevaardigd: de ‘*Reichsflaggen-gesetz*’ die de vlag met het hakenkruis als rijksvlag invoerde, de ‘*Reichsbürger-gesetz*’ die het Duitse burgerschap regelde en joden hiervan uitsloot, zodat ze *de facto* rechteloos werden. De ‘*Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre*’, die het huwelijk en seksuele relaties verbood tussen joden en personen “deutschen oder artverwandten Blutes”<sup>58</sup>. Er werd nauwkeurig vastgelegd wie jood was aan de hand van de afkomst en bijkomende voorwaarden.<sup>59</sup> De sociale en maatschappelijke uitsluiting van joden evolueerde later in het deporteren van joden naar vernietigingskampen met het oog op het uitroeien van het hele Joodse volk.

---

<sup>55</sup> Er zijn ook andere denkers, zoals bijvoorbeeld Werner Maihofer die een andere weg kiezen – voorbij het natuurrecht en het positivisme van de jaren voor de Tweede Wereldoorlog. Zie: W. MAIHOFFER, “Einleitung” in W. MAIHOFFER (ed.), *Natuurrecht oder Rechtspositivismus*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1962, i-xi; L. J. WINTGENS, *Droit, principes et théories. Pour un positivisme critique*, Brussel, Bruylant, 2000, 11.

<sup>56</sup> A. KAUFMANN, W. HASSEMER en U. NEUMANN, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Heidelberg, C.F. Müller, 2011, 81; M. G. SINGER, “Hart’s Concept of Law”, *J. of Philosophy* 1963, (197) 197; L. J. WINTGENS, *Rechtspositivisme en wetspositivisme. Een rechtstheoretische en rechtsfilosofische analyse* Brussel, E. Story-Scientia, 1991, 4; Dit kwam onder andere door de zogenaamde *ad hitlerum*-redenering. Zie: C. ORREGO, “H.L.A. Hart’s Arguments against Classical Natural Law Theory”, *Am. J. Juris.* 2003, vol. 48, (297) 297; G. PINO, “The Place of Legal Positivism in Contemporary Constitutional States”, *Law and Philosophy* 1999, (513) 522.

<sup>57</sup> Zie ook de “Breuk van Radbruch”: H. DREIER, “Die Radbruchsche Formel – Erkenntnis oder Bekenntnis?”, in H. MAYER (ed.), *Festschrift für Robert Walter*, Wien, Manz’sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1991, (117) 117-118; G. RADBRUCH, “Die Erneuerung des Rechts”, *Die Wandlung 1947*, 8-16.

<sup>58</sup> §1, (1) Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 14. November 1935.

<sup>59</sup> Ibid. §5: “(1) Jude ist, wer von mindestens drei der Rassen nach volljüdischen Großeltern abstammt. § 2 Abs. 2 Satz 2 findet Anwendung.

(2) Als Jude gilt auch der von zwei volljüdischen Großeltern abstammende staatsangehörige jüdische Mischling, a) der beim Erlaß des Gesetzes der jüdischen Religionsgemeinschaft angehört hat oder danach in sie aufgenommen wird,

b) der beim Erlaß des Gesetzes mit einem Juden verheiratet war oder sich danach mit einem solchen verheiratet,

c) der aus einer Ehe mit einem Juden im Sinne des Abs. 1 stammt, die nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre vom 15. September geschlossen ist,

d) der aus dem außerehelichen Verkehr mit einem Juden im Sinne des Abs. 1 stammt und nach dem 31. Juli 1936 außerehelich geboren wird.”

Gustav Radbruch<sup>60</sup> en vele<sup>61</sup> auteurs na hem waren ervan overtuigd dat het geperverteerde recht tijdens het nazibewind zijn oorsprong vond in het wetspositivisme.<sup>62</sup> Meer genuanceerd moet men echter zeggen dat de onrechtvaardigheid te wijten was aan het nationaal-socialistisch rechtspositivistisch rechtsbegrip, eerder dan aan het wetspositivisme *an sich*.<sup>63</sup> Een positivisme dat het recht uitsluitend bouwt op het feit *dat het er is*, laat namelijk de weg open voor willekeur van de wetgever en zo voor absolutisme.<sup>64</sup>

Men kan daarentegen ook wijzen op de rechtsvijandigheid van de nationaal-socialisten.<sup>65</sup> De Reichstag zette zichzelf buiten spel door het aannemen van de zogenaamde ‘*Ermächtigungsgesetz*’<sup>66</sup>. Het is betwifelbaar of een groot deel van de antisemitische wetten ook goedgekeurd zou zijn in een parlementaire stemming.<sup>67</sup>

17. **HERFORMULERING POSITIVISME** – Een grondige herformulering was dan ook nodig om het wetspositivisme opnieuw levenskracht te geven. Samen met andere rechtstheoretici en filosofen<sup>68</sup> heeft Hart deze taak op zich genomen en heeft hij een gematigd wetspositivistisch rechtsbegrip geformuleerd. In tegenstelling tot het nationaal-socialistische rechtspositivistische rechtsbegrip vermengt Hart recht en moraal niet, maar scheidt hij deze twee van elkaar. Hij kent hij het recht juridische autonomie toe zonder dat hij morele kritiek uitsluit. Hoe hij dit juist doet, wordt duidelijk in het derde hoofdstuk.

---

<sup>60</sup> Gustav Lambert Radbruch (°1878-†1949) was een Duitse rechtsgeleerde en filosoof. Voor meer over Radbruchs leven, zie: A. KAUFMANN, *Gustav Radbruch. Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat*, München, R. Piper GmbH & Co. 1987, 222 p.

<sup>61</sup> Zie bijvoorbeeld: M. B. CROWE, *The Changing Profile of the Natural Law*, Den Haag, Nijhoff, 1977, 250; C. PERELMAN, “Droit, philosophie et argumentation”, *Handelingen van de vereniging voor de Wijsbegeerte des Rechts* 1971, 3-21.

<sup>62</sup> “Mittels zweier Grundsätze wußte der Nationalsozialismus seine Gefolgschaft, einerseits die Soldaten, andererseits die Juristen, an sich zu fesseln: “Befehl ist Befehl” und “Gesetz ist Gesetz”.”, zie: G. RADBRUCH, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, *Süddeutsche Juristen-zeitung* 1946, (105) 105, 107.

<sup>63</sup> L. J. WINTGENS, *Rechtspositivisme en wetspositivisme. Een rechtstheoretische en rechtsfilosofische analyse* Brussel, E. Story-Scientia, 1991, 83.

<sup>64</sup> U. DHONDT, *Natuurrecht*, Leuven, Acco, 1985, 92.

<sup>65</sup> B. RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung*, Tübingen, Mohr Siebeck, [1968] 2005, 208; L. J. WINTGENS, *Rechtspositivisme en wetspositivisme. Een rechtstheoretische en rechtsfilosofische analyse* Brussel, E. Story-Scientia, 1991, 88.

<sup>66</sup> Ermächtigungsgesetz vom 23. März 1933.

<sup>67</sup> L. J. WINTGENS, *Les temps modernes. Droit, loi et légisprudence*, Gent, Larcier, 2011, 109.

<sup>68</sup> Ook Lon Fuller en Hans Kelsen horen hierbij, cf. randnr. 20, 73.

## Afdeling II. INVLOEDEN OP HARTS *CONCEPT OF LAW*

18. **VERSCHILLENDE STROMINGEN** – Het rechtsbegrip van Hart is niet ontstaan in een historisch en theoretisch vacuüm. Zoals eerder al vermeld had de bevelstheorie van John Austin een grote invloed op Hart (cf. randnr. 15). Hart gaat echter ook de discussie aan met het rechtsformalisme van Hans Kelsen en het Amerikaanse rechtsrealisme. Ook wordt hij in zijn denken beïnvloed door de taalfilosofie, met name de *ordinary language philosophy*, en de sociologie van Max Weber.

### §1. Rechtsformalisme

19. **GESLOTEN SYSTEEM** – Volgens het rechtsformalisme bestaat het recht uit een reeks regels die gezien moeten worden als proposities.<sup>69</sup> Het recht is een gesloten systeem van rechtsregels, die rechters en andere functionarissen logisch moeten combineren om tot een conclusie te komen. De ruimte voor interpretatie in rechtszaken is met andere woorden heel erg beperkt.

De stroming vierde hoogtij in het midden van de negentiende eeuw. In Frankrijk gebeurde dit door de exegetische benadering van de Napoleontische Codes, waar de rechter zocht naar de enige juiste interpretatie van de Codes als een logisch afgesloten, samenhangend geheel.<sup>70</sup> Ook in Duitsland werd het juridische werk gezien als het achterhalen van de juiste betekenis van de *civil law*-concepten.<sup>71</sup> In de Verenigde Staten trachtten de rechtsgeleerden dan weer een ideale versie van de steeds meer gefragmenteerde *common law* te formuleren.<sup>72</sup>

Het rechtsformalisme kreeg sterke kritiek van the *rule sceptics*<sup>73</sup>. Zij verweten de formalisten een te restrictieve rechtsopvatting die zich te zeer baseerde op logica en *a priori*-redeneren. De sceptici benadrukken sterk de aandacht voor de wettelijk beschikkende beslissingen van de rechtbanken.<sup>74</sup>

---

<sup>69</sup> M. LA TORRE, “The Hierarchical Model and H.L.A. Hart’s Concept of Law”, *Revus J. Const. Theory & Phil. Law* 2013, (141) 145.

<sup>70</sup> N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 121; C. PERELMAN, *Logique juridique*, Paris, Dalloz, 1976, secties 16-34 over de exegetische school.

<sup>71</sup> W. FRIEDMANN, *Legal Theory*, Londen, Stevens, 1967, 256-274; N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 121.

<sup>72</sup> N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 121.

<sup>73</sup> Rechtsrealisme kan beschouwd worden als een soort van rechtsscepticisme.

<sup>74</sup> N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 121.



20. **HANS KELSEN** – Hans Kelsen (°1881-†1973) was een leidende figuur in het rechtsformalisme met als belangrijkste werk “Reine Rechtslehre”<sup>75</sup>. Deze Oostenrijkse rechtsfilosoof verdedigde net zoals Hart een positivistisch standpunt.

Kelsens rechtsformalisme bestaat erin de geldigheid van een rechtsregel te koppelen aan de vorm in plaats van aan de inhoud, zoals bij het natuurrecht (cf. randnr. 11).<sup>76</sup> Een geldige rechtsregel schrijft niet gewoon een bepaald gedrag voor, maar heeft een logische band met het hele rechtssysteem.<sup>77</sup>

Hart gaat enerzijds akkoord met Kelsen en stelt dat het recht uit regels bestaat, meer specifiek uit sociale regels die samen deel uitmaken van de *union of primary and secondary rules* (cf. randnr. 46).<sup>78</sup> Anderzijds keurt Hart Kelsens *legal formalism* af en tracht hij aan te tonen dat zijn eigen theorie geen formalistische theorie is.<sup>79</sup> Het ligt namelijk in de natuur van wettelijke regels dat ze een aanzienlijke interpretatieruimte laten voor rechters en andere functionarissen (cf. *open texture* van rechtsregels, randnr. 68). Op die manier gaat Hart niet zo ver als de realisten, maar komt hij toch tegemoet aan hun kritiek op het formalisme.

Hart wijst ook de *Grundnorm* van Kelsen af. Dit is een vooropgestelde (lees: niet gecreëerde) norm met een formeel-dynamisch karakter die alle andere rechtsnormen fundeert.<sup>80</sup> De *Grundnorm* “konstitueert als die gemeinsame Quelle die Einheit in der Vielheit aller eine Ordnung bildenden Normen”<sup>81</sup>. Hart ziet daarentegen de ultieme grondslag van het recht in een sociale constructie, d.i. de *ultimate rule of recognition* (cf.

---

<sup>75</sup> H. KELSEN, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig & Wien, Aalen: Scientia, [1934] 1985, 236 p. (vanaf nu: H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Leipzig & Wien, Aalen: Scientia, [1934] 1985).

<sup>76</sup> R. DEVOS, “Rechtspositivisme en democratie in de zuivere rechtsleer van Hans Kelsen”, *De Uil van Minerva* 2001, (29) 31; H. KELSEN, *Rechtswetenschap en gerechtigheid. Wat is zuivere rechtsleer? Wat is gerechtigheid?*, 's Gravenhage, A. Jongbloed & Zoon, 1954, 18.

<sup>77</sup> Ibid.

<sup>78</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 81; N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 122.

<sup>79</sup> Hart doet dit door te stellen dat rechtsregels fundamenteel *open textured* zijn waardoor rechters een bepaalde beoordelingsvrijheid krijgen. Op die manier gaat hij niet zo ver als de realisten, maar komt hij toch tegemoet aan de kritiek van de realisten op het formalisme; N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 122.

<sup>80</sup> H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Leipzig & Wien, Aalen: Scientia, [1934] 1985, 62, 64.

<sup>81</sup> Ibid., 62.

randnr. 55).<sup>82</sup> De verschillende opvattingen van Kelsen en Hart omtrent de normativiteit van de rechtsregels komen bij de bespreking van de *rule of recognition* verder aan bod.

## §2. Rechtsrealisme

21. **UITGANGSPUNTEN** – Hart gaat niet alleen in tegen de bevelstheorie van Austin en het rechtsformalisme van Kelsen, maar ook tegen het Amerikaanse rechtsrealisme. Het rechtsrealisme, onder andere verdedigd door Oliver Wendell Holmes<sup>83</sup>, is een vorm van *rule scepticism* (cf. randnr. 19). Het wijkt zowel af van het natuurrecht als van het positivisme en is ontstaan als een reactie tegen het rechtsformalisme. Het rechtsrealisme vindt in de filosofie steun bij de school van het pragmatisme.<sup>84</sup> Volgens het rechtsrealistische standpunt wordt het recht gecreëerd door de mens en staat het niet buiten de sociale maatschappij, zoals het natuurrecht beweert.

Het rechtsrealisme kent drie belangrijke uitgangspunten.<sup>85</sup> Ten eerste is er een scheiding tussen recht en moraal.<sup>86</sup> Daarnaast wordt het als een juridische misvatting van het rechtsformalisme gezien dat de logische vorm van een redenering een antwoord kan bieden op rechtsvragen.<sup>87</sup> Tot slot is er de *prediction theory of law*<sup>88</sup>. Deze theorie houdt in dat het recht gezien moet worden als een voorspelling van de mening van de rechter of van andere functionarissen.<sup>89</sup> Meer algemeen is het recht de activiteit van de rechter wanneer die zoekt naar een oplossing voor een rechtsprobleem.<sup>90</sup> Hij houdt dan niet alleen rekening met de bestaande rechtsregels, maar ook met niet-legale factoren. Iemand die conform het recht wil leven en een straf wil vermijden, zal zich dus moeten focussen op wat functionarissen doen eerder dan op de officieel van kracht zijnde regels.<sup>91</sup>

---

<sup>82</sup> S. COYLE, *Modern Jurisprudence, A Philosophical Guide*, Oxford, Hart Publishing, 2014, 85; H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, xix.

<sup>83</sup> Oliver Wendell Holmes Jr. (°1841-†1935) was een Amerikaans jurist. Zijn bekendste werk is O. W. HOLMES, "The Path of the Law", *Harv. L. Rev.* 1997 [1897], 991-1009.

<sup>84</sup> R. A. POSNER, "What has Pragmatism to Offer Law?", *Cal. L. Rev.* 1989-90, (1653) 1653.

<sup>85</sup> E. H. TAYLOR JR., "H.L.A. Hart's Concept of Law in the Perspective of American Legal Realism", *Mod. L. Rev.* 1972, (606) 606-607.

<sup>86</sup> O. W. HOLMES, "The Path of the Law", *Harv. L. Rev.* 1997 [1897], (991) 991.

<sup>87</sup> *Ibid.*, 998-999.

<sup>88</sup> *Ibid.*, 992.

<sup>89</sup> *Ibid.*, 994; G. HUGHES, "Professor Hart's Concept of Law", *Mod. L. Rev.* 1962, (319) 324-325; M. LA TORRE, "The Hierarchical Model and H.L.A. Hart's Concept of Law", *Revus J. Const. Theory & Phil. Law* 2013, (141) 144.

<sup>90</sup> LA TORRE, "The Hierarchical Model and H.L.A. Hart's Concept of Law", *Revus J. Const. Theory & Phil. Law* 2013, (141) 144.

<sup>91</sup> A. D'AMATO, "The Limits of Legal Realism", *Yale L. J.* 1978, (468) 471.

22. **HARTS KRITIEK** – Hart gaat akkoord met de scheiding tussen recht en moraal en de kritiek op het rechtsformalisme (cf. randnr. 84), maar niet met de *prediction theory of law*.<sup>92</sup> In een spel kunnen spelers uitspraken doen met betrekking tot de eindscore, maar het is absurd te denken dat die uitspraken voorspellingen zijn van het uiteindelijke oordeel van de scheidsrechter van het spel.<sup>93</sup> Een spel heeft namelijk een *scoring rule*, waardoor winnen niet afhankelijk gesteld wordt van het goedgevoelen van de scheidsrechter.<sup>94</sup> De uitspraken over de eindscore zijn eerder onofficiële toepassingen van de spelregels, die geen invloed hebben op het eindresultaat.<sup>95</sup> Zo gebeurt dat volgens Hart ook in een rechtssysteem. Hij wijst dan ook de voorspellingstheorie af, omdat die een vertekend beeld van het recht geeft.<sup>96</sup> Hij ziet zijn eigen rechtstheorie als een noodzakelijk correctief op het buitensporige *rule scepticism* van de Amerikaanse realisten.<sup>97</sup>

Een ander punt waar Hart sterk afwijkt van het rechtsrealisme, is het interne standpunt ten aanzien van het recht (cf. randnr. 32).<sup>98</sup> Dit is de houding die een persoon aanneemt ten aanzien van een rechtsregel. Een rechtsregel geeft de convergentie van gedragingen weer, maar weerspiegelt ook de opvatting dat een specifieke gedraging verplicht is.<sup>99</sup> Dit interne standpunt staat in contrast met de rechtsrealistische interpretatie van recht als een voorspelling van gedragingen.<sup>100</sup>

### §3. Taalfilosofie

23. **LINGUISTIC TURN** – Hart ziet zichzelf als een verdediger van de *linguistic turn* die plaatsvond in de Angelsaksische filosofie in de 20<sup>ste</sup> eeuw. Hij is sterk beïnvloed door de

---

<sup>92</sup> N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 26; E. H. TAYLOR JR., “H.L.A. Hart’s Concept of Law in the Perspective of American Legal Realism”, *Mod. L. Rev.* 1972, (606) 606 e.v.

<sup>93</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 143.

<sup>94</sup> *Ibid.*, 143-144.

<sup>95</sup> *Ibid.*

<sup>96</sup> N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 29; E. H. TAYLOR JR., “H.L.A. Hart’s Concept of Law in the Perspective of American Legal Realism”, *Mod. L. Rev.* 1972, (606) 607.

<sup>97</sup> N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 122.

<sup>98</sup> Dit is naar Harts zeggen geïnspireerd door “Het idee van een sociale wetenschap” van Peter Winch. Zie: P. WINCH, *The Idea of A Social Science and Its Relation to Philosophy*, Londen, Routledge, [1958] 1990, 143 p.; H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 89-91; N. LACEY, *A Life of H. L.A. Hart*, New York, Oxford University Press, 2004, 230.

<sup>99</sup> LA TORRE, “The Hierarchical Model and H.L.A. Hart’s Concept of Law”, *Revis J. Const. Theory & Phil. Law* 2013, (141) 149.

<sup>100</sup> *Ibid.*

*ordinary language philosophy* van Gilbert Ryle<sup>101</sup>, John Langshaw Austin<sup>102</sup> en Ludwig Wittgenstein<sup>103</sup>.<sup>104</sup> Deze stroming wilde de filosofie redden van taalmisverstanden, die aan de basis lagen van de klassieke filosofische problemen zoals behandeld in de metafysica.<sup>105</sup> De focus van deze denkers lag op het onderzoeken van de ‘gewone taal’ in tegenstelling tot de gespecialiseerde, technische taal die gebruikt werd door filosofen.<sup>106</sup> Het contextuele aspect van taal, d.i. wat we wanneer zeggen, speelt hierbij een belangrijke rol.<sup>107</sup>

De *ordinary language philosophy* heeft vier belangrijke pijlers.<sup>108</sup> Ten eerste zijn deze filosofen van mening dat verkeerd taalgebruik aan de oorsprong ligt van vele filosofische problemen. Het gaat immers om het gebruik van de woorden en niet om de woorden zelf.<sup>109</sup> Daarnaast beweren zij ook dat filosofische disputen eigenlijk linguïstisch zijn. De *paradigm case argument* vormt een derde pijler.<sup>110</sup> In lijn met ons taalgevoel weerlegt dit argument de sceptische opvatting dat we nooit zeker kunnen zijn dat een tafel waar we over spreken, ook echt bestaat.<sup>111</sup> Het feit dat het woord ‘tafel’ algemeen en consequent gebruikt wordt, is voor hen het bewijs voor het bestaan van de tafel. Tot slot is er nog de *theory of linguistic meaning*, die het best beschreven wordt met een citaat van de late Wittgenstein: “[...] die Bedeutung eines Wortes ist sein Gebrauch in der Sprache.”<sup>112</sup>

---

<sup>101</sup> Gilbert Ryle (°1900-†1976) was een Britse taalfilosoof met als belangrijkste werk: G. RYLE, *The Concept of Mind*, Londen, Hutchinson, 1949, 334 p.; Zie: P. F. STRAWSON, “Ryle, Gilbert (1900-1976), *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

<sup>102</sup> John Langshaw Austin (°1911-†1960) was net zoals Ryle een Britse taalfilosoof. Hij werd vooral bekend door zijn taalhandelingstheorie. Een belangrijk werk van Austin is: J. L. AUSTIN, “A Plea for Excuses: The Presidential Address”, *Proceedings of the Aristotelian Society* 1956-57, 1-30. Zie: P.M.S. HACKER, “Austin, John Langshaw (1911-1960)”, *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

<sup>103</sup> Ludwig Josef Johann Wittgenstein (°1889-†1951) was een Brits-Oostenrijkse filosoof die veel heeft bijgedragen tot de taalfilosofie. Zijn belangrijkste werken zijn L. WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, [1922] 1963, 544 p. en L. WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, [1953] 2001, 1164 p.; Zie: P.M.S. HACKER, “Wittgenstein, Ludwig Josef Johann (1889-1951)”, *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

<sup>104</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, xlvii; R. S. SUMMERS, “Professor H.L.A. Hart’s Concept of Law”, *Duke Law Journal* 1963, (629) 662-664.

<sup>105</sup> N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 13; S. PARKER-RYAN, “Ordinary Language Philosophy”, *The Internet Encyclopedia of Philosophy*, [www.iep.utm.edu/ord-lang/#H3](http://www.iep.utm.edu/ord-lang/#H3).

<sup>106</sup> S. PARKER-RYAN, “Ordinary Language Philosophy”, *The Internet Encyclopedia of Philosophy*.

<sup>107</sup> J. L. AUSTIN, “A Plea for Excuses: The Presidential Address”, *Proceedings of the Aristotelian Society* 1956-57, (1) 5.

<sup>108</sup> S. PARKER-RYAN, “Ordinary Language Philosophy”, *The Internet Encyclopedia of Philosophy*.

<sup>109</sup> G. RYLE, “Ordinary Language” in V. C. CHAPPELL (ed.), *Ordinary Language: Essays in Philosophical Method*, New Jersey, Prentice Hall, 1964, (24) 28.

<sup>110</sup> N. MALCOLM, “Moore and Ordinary Language” in V. C. CHAPPELL (ed.), *Ordinary Language: Essays in Philosophical Method*, New Jersey, Prentice Hall, 1964, (5) 13.

<sup>111</sup> *Ibid.*, 13-14.

<sup>112</sup> L. WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, [1953] 2001, V, §43.

24. **THE CONCEPT OF LAW** – Wanneer Hart in contact komt met de taalfilosoof Ryle tijdens zijn job bij MI5, raakt hij geïntrigeerd door diens filosofische methode. In zijn periode als hoogleraar aan de universiteit van Oxford, groeit Hart zelf uit tot één van de *Oxford linguistic philosophers*.<sup>113</sup> Omdat een jurist dikwijls de ‘gewone taal’ hanteert, leek het voor hem logisch om de gereedschappen van de *ordinary language philosophy*, zoals de analytische methode, te hanteren.<sup>114</sup>

Anders dan bijvoorbeeld Austin, kiest Hart als onderzoeksmethode de analyse van de betekenis van woorden, om zo niet verward of misleid te worden door ingewikkelde constructies.<sup>115</sup> Hij tracht traditionele vragen te herdefiniëren in de stijl en geest van de *ordinary language philosophy*.<sup>116</sup> Ryles invloedrijke werk “The Concept of Mind”<sup>117</sup> heeft letterlijk weerklank gevonden in Harts eigen “The Concept of Law”.<sup>118</sup> In dit boek spendeert Hart drie hoofdstukken aan het aantonen van de problemen van Austins rechtsopvatting.<sup>119</sup> Hij begint met andere woorden niet helemaal opnieuw, maar vertrekt op het punt waar het wetspositivisme was vastgelopen.<sup>120</sup> Hart gebruikt in zijn analyse, in de woorden van J. L. Austin, “a sharpened awareness of words to sharpen our perception of phenomena.”<sup>121</sup>

Doorheen het bespreken van Harts rechtsbegrip, zal duidelijk worden hoe Hart deze taalfilosofische blik concreet geïntegreerd heeft in zijn eigen rechtstheorie. Hij gebruikt bijvoorbeeld regelmatig spelanalogieën<sup>122</sup> en benadrukt het belang van een functionele benadering van regels.<sup>123</sup>

---

<sup>113</sup> N. LACEY, *A Life of H. L. A. Hart*, New York, Oxford University Press, 2004, 141.

<sup>114</sup> J. P. VAN TWIST, *Recht en Moraal bij H.L.A. Hart*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1979, 15.

<sup>115</sup> *Ibid.*, 20.

<sup>116</sup> N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 19.

<sup>117</sup> G. RYLE, *The Concept of Mind*, Londen, Hutchinson, 1949, 334 p.

<sup>118</sup> N. LACEY, *A Life of H. L. A. Hart*, New York, Oxford University Press, 2004, 132; N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 13.

<sup>119</sup> Hoofdstuk 1 “Persistent Questions”, hoofdstuk 2 “Law, Command and Order”, hoofdstuk 3 “Sovereign and Subject”, zie: H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 1-17, 18-25, 50-78; N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 19.

<sup>120</sup> N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 19.

<sup>121</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, vi.

<sup>122</sup> Deze zijn kenmerkend voor de late Wittgenstein; R. S. SUMMERS, “Professor H.L.A. Hart’s Concept of Law”, *Duke Law Journal* 1963, (629) 669-670.

<sup>123</sup> R. S. SUMMERS, “Professor H.L.A. Hart’s Concept of Law”, *Duke Law Journal* 1963, (629) 664.

#### §4. Sociologie

25. **MAX WEBER** – Hart ontkende enige invloed van de socioloog Max Weber<sup>124</sup>. Toch lijkt Webers *Verstehen*, d.i. het interpretatief begrijpen van menselijke handelingen, zijn sporen nagelaten te hebben in Harts denkwijze.<sup>125</sup> Hart begrijpt het recht net zoals Weber socioculturele fenomenen begrijpt: vanuit de betekenis die ze hebben voor de mens zelf. Hart duidde ook in zijn versie van “Max Weber on Law in Economy and Society”<sup>126</sup> de volgende zin aan: “An ‘externally’ guaranteed order may also be guaranteed ‘internally’”.<sup>127</sup> Dit doet vermoeden dat er, in tegenstelling tot wat Hart zelf beweerde, toch een Weberiaanse ondertoon zit in “The Concept of Law”, met name in zijn opvatting over het interne en externe standpunt (cf. randnr. 31, 32). Dat Hart elke invloed van Weber ontkende, is waarschijnlijk te wijten aan het scepticisme dat de analytische filosofen in zijn tijd koesterden ten aanzien van moderne sociale theorieën.<sup>128</sup>

---

<sup>124</sup> Max Weber (°1864-†1920) was een belangrijke Duitse socioloog. Zijn werk had op theoretisch en methodologisch vlak een grote invloed op de sociale wetenschappen. Voor meer over Webers leven, zie: R. COLLINS, *Max Weber. A Skeleton Key*, Beverly Hills, Sage Publications, 1986, 149 p.

<sup>125</sup> N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 30; M. WEBER, *Methodologische Schriften*, Frankfurt am Main, S. Fischer Verlag, 1968, 26, 36.

<sup>126</sup> M. RHEINSTEIN (ed.), *Max Weber on Law in Economy and Society*, New York, Simon and Schuster, 1954, 363 p.

<sup>127</sup> N. LACEY, *A Life of H. L.A. Hart*, New York, Oxford University Press, 2004, 230-231.

<sup>128</sup> *Ibid.*, 230.

## HOOFDSTUK II. HET RECHTSSYSTEEM VAN HART

26. **AARD, BESTAAN EN MORAAL** – Na dit historische overzicht volgt de kern van deze masterproef: het rechtsbegrip bij Hart. Achtereenvolgens komen de aard van een rechtssysteem en het bestaan ervan aan bod.

### Afdeling I. AARD VAN HET RECHTSSYSTEEM

27. **AARD** – Onder deze afdeling wordt de aard van het rechtssysteem volgens Hart besproken. Met *de aard* wordt enerzijds bedoeld op het bestaan uit rechtsregels en anderzijds hoe die rechtsregels een ‘systeem’ vormen.

#### §1. Rechtsregels

28. **SOCIALE REGELS** – In lijn met de *social fact*-these, bestaat een rechtssysteem volgens Hart fundamenteel uit sociale rechtsregels (cf. randnr. 9).<sup>129</sup> Ze bepalen niet alleen het gedrag van mensen in de samenleving, maar ze vinden ook hun oorsprong en bestaan in menselijke sociale handelingen.<sup>130</sup> Rechtsregels bestaan dus niet in een of ander ideëel universum, los van alles wat mensen die met elkaar samenleven denken of doen. Rechtsregels zijn de uitdrukking van de menselijke houding ten aanzien van hun eigen gedragingen en die van anderen en hoe die interageren met elkaar als bewuste agenten.<sup>131</sup> Dit heeft tot gevolg dat rechtsregels steeds open staan voor morele kritiek, aangezien er geen conceptuele grond is om te veronderstellen dat wat het recht is samenvalt met wat het recht zou moeten zijn (cf. randnr. 85 e.v.).<sup>132</sup>
29. **HERMENEUTISCHE BENADERING**<sup>133</sup> – Hart benadert rechtsregels op een hermeneutische manier.<sup>134</sup> Dit betekent dat hij de rechtsregels probeert te verklaren door een interpretatie van de betekenis die ze hebben voor de mensen zelf. Hij tracht met andere woorden het

---

<sup>129</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 85.

<sup>130</sup> N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 20.

<sup>131</sup> *Ibid.*, 29; H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 56.

<sup>132</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 56; N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 24.

<sup>133</sup> Concept en uitleg ontleend aan N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 29.

<sup>134</sup> Hart gebruikte in zijn vroege werkte Hart zelf de term ‘hermeneutisch’ niet. Later beschreef hij zijn eerder werk wel als ‘*hermeneutic approach*’, zie: H.L.A. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, 14.

rechtssysteem en dus ook de rechtsregels van binnenuit te verklaren, via een interpretatie van de betekenis die gedragingen en praktijken hebben voor diegenen die deze stellen (cf. *intern standpunt*, randnr. 32). Deze benadering is duidelijk geïnspireerd door de methode van de late Wittgenstein en Max Weber (cf. randnr. 23, 25).

30. **ONDERSCHIED** – Zoals hierboven al vermeld, gaat Hart in tegen de rechtsrealistische opvatting dat rechtsregels alleen voorspellende proposities zijn, d.i. een grond om te voorspellen hoe mensen zullen reageren in bepaalde omstandigheden (cf. randnr. 21). Hart stelt zich echter ook de volgende kritische vraag ten aanzien van Austins positivisme: “It remains indeed to be seen whether this simple, though admittedly vague, notion of general habitual obedience to general orders backed by threats is really enough to reproduce the settled character and continuity which legal systems possess.”<sup>135</sup> Hart verwerpt de idee dat rechtsregels te reduceren zijn tot een bevel en een gewoonte tot gehoorzamen van de soeverein.<sup>136</sup> Essentieel in “The Concept of Law” is dan ook het onderscheid dat Hart maakt tussen enerzijds rechtsregels en anderzijds gebruiken en *orders backed by threats*, zoals die door Austin zijn beschreven.

#### **A. Gebruik**

31. **EXTERN STANDPUNT** – Een gebruik is een algemeen gedrag, d.i. een bepaalde gedraging die gesteld wordt door het grootste deel van een sociale groep bij het plaatsvinden van een bepaalde gebeurtenis.<sup>137</sup> Op het eerste gezicht lijkt het stellen dat een groep gebruiken heeft niet veel te verschillen van het stellen dat die groep bepaalde regels volgt: een buitenstaander zou het verschil niet kunnen zien.<sup>138</sup> Dit is wat Hart het *externe aspect* noemt: dat wat aan de buitenkant waarneembaar is.<sup>139</sup> Het vaststellen dat 99 procent van de auto’s stopt voor een rood verkeerslicht volstaat niet om te zeggen dat er een rechtsregel is het stoppen voor een rood licht verplicht maakt. Het rode licht is namelijk alleen een teken *dat* de bestuurders stoppen. Hetzelfde zou dan namelijk van toepassing zijn wanneer men vaststelt dat 99 procent van de auto’s die stoppen aan een rood licht naar de radio luisteren.

---

<sup>135</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 24.

<sup>136</sup> *Ibid.*, 27, 54 e.v.

<sup>137</sup> *Ibid.*, 55.

<sup>138</sup> N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 43; R. S. SUMMERS, “Professor H.L.A. Hart’s Concept of Law”, *Duke Law Journal* 1963, (629) 632.

<sup>139</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 89.



Het vaststellen van uniform, convergerend gedrag in een groep is voldoende voor een gebruik, maar volstaat niet om te besluiten tot het bestaan van een regel.<sup>140</sup>

32. **INTERN STANDPUNT** – Het externe aspect is noodzakelijk, maar niet voldoende voor het bestaan van een rechtsregel. Er is namelijk een belangrijk verschil tussen het sociale gebruik en de rechtsregel: regels hebben, in tegenstelling tot gebruiken, naast een extern aspect ook een *intern aspect*.<sup>141</sup> Het interne standpunt is de houding aangenomen door mensen die stoppen voor een rood verkeerslicht.<sup>142</sup> Mensen nemen bepaalde algemene en abstracte gedragspatronen als gids voor hun concrete handelen.<sup>143</sup> Een regel wijst leden van een groep op welk gedrag van hen verwacht wordt.<sup>144</sup> Dit is ook het geval wanneer een rechter een artikel uit het strafwetboek toepast en een straf oplegt: de rechtsregel leidt hem en rechtvaardigt zijn uitspraak.<sup>145</sup>

Het interne standpunt betekent dat mensen een reflectieve kritische houding aannemen ten opzichte van de rechtsregel.<sup>146</sup> Zij zien in dat het gedrag conform aan de regels voor iedereen gepast is.<sup>147</sup> Deze houding komt onder andere tot uitdrukking in normatief woordgebruik, zoals ‘moeten’, ‘behoren’, et cetera.<sup>148</sup>

Wanneer autobestuurders die stoppen voor een rood licht dit doen als gevolg van hun kritische houding, is dit voldoende om het bestaan van de regel “Bestuurders moeten stoppen voor een rood licht” vast te stellen.<sup>149</sup> Het rode licht is hier niet alleen, voor derden, het teken *dat* de auto’s stoppen, maar voor de bestuurders zelf een teken *om* te stoppen.

Het interne standpunt is dus het standpunt van een groepslid dat de regels aanvaardt en gebruikt als richtlijn voor zijn eigen gedrag. Het externe standpunt is daarentegen het standpunt van een buitenstaander die zelf de regel niet aanvaardt, maar wel waarneemt dat een groep een regel naleeft.

---

<sup>140</sup> Ibid., 55.

<sup>141</sup> Ibid., 56; R. S. SUMMERS, “Professor H.L.A. Hart’s Concept of Law”, *Duke Law Journal* 1963, (629) 632.

<sup>142</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 56; N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 30.

<sup>143</sup> N. MACCORMICK, “The Concept of Law and ‘The Concept of Law’”, *Oxford J. of L. Stud.* 1994, (1) 7.

<sup>144</sup> J. P. VAN TWIST, *Recht en Moraal bij H.L.A. Hart*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1979, 30.

<sup>145</sup> Ibid.; H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 10-11.

<sup>146</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 56-57.

<sup>147</sup> Ibid., 57; J. P. VAN TWIST, *Recht en Moraal bij H.L.A. Hart*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1979, 29.

<sup>148</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 57; Hart merkt later op dat dit normatief vocabularium niet alleen gebruikt wordt bij interne uitspraken. Ook advocaten gebruiken deze normatieve vorm, zelfs voor regels van een ander rechtssysteem. Zie: H.L.A. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, 14.

<sup>149</sup> N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 30.

Bij sociale gebruiken blijft het interne standpunt afwezig. Niemand bekijkt gebruiken als iets dat men *moet* doen, men neemt met andere woorden geen normatief standpunt in. Het interne aspect ontbreekt. Bijgevolg ziet Hart rechtsregels als normatieve regels en gebruiken niet.<sup>150</sup>

De introductie van het perspectief van de rechtsonderhorige in de rechtstheorie is een belangrijke bijdrage van Hart aan de rechtsfilosofie. Zijn hermeneutische methode komt hier duidelijk naar voren: vanuit het standpunt van de rechtsonderhorige definieert hij het wezen van de rechtsregels zelf. Dit standpunt zal ook noodzakelijk blijken voor het effectief bestaan van het rechtssysteem (cf. randnr. 78).

33. **AFWIJKEN VAN HET PATROON** – Een ander verschil tussen gebruiken en regels ziet Hart in de reactie op het afwijken van het ‘normale’ gedragspatroon.<sup>151</sup> Wanneer men een gebruikelijke gedraging niet stelt, komt daar niet steeds kritiek op, bijvoorbeeld wanneer iemand niet naar de radio luistert wanneer hij voor het rode licht stopt. Als men echter door het rode licht rijdt zonder te bedenken dat dit een strafbare overtreding is die andere verkeersdeelnemers in gevaar brengt, zal men op afkeuring binnen de samenleving stoten.

De overtreding van de regel is voor andere personen uit de sociale groep een voldoende grond om kritiek te uiten. Dit is niet altijd het geval wanneer er kritiek geuit wordt op het afwijken van een sociaal gebruik, bijvoorbeeld het luisteren naar de radio wanneer men stilstaat voor het rode licht.

34. **INTERNE EN EXTERNE UITSPRAKEN** – Sommige uitspraken geven aan welk standpunt iemand inneemt. Iemand die zegt dat hij niet onbeleefd mag zijn, erkent dat beleefd zijn voor hem een gedragsstandaard is.<sup>152</sup> Als hij een ander wijst op diens onbeleefde gedrag veronderstelt hij dat die hetzelfde interne standpunt inneemt.<sup>153</sup> Elkaar bekritisieren is met andere woorden slechts zinvol wanneer iedereen dezelfde regels aanvaardt en dus het interne standpunt inneemt.<sup>154</sup>

---

<sup>150</sup> R. S. SUMMERS, “Professor H.L.A. Hart’s Concept of Law”, *Duke Law Journal* 1963, (629) 633.

<sup>151</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 55-66; N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 30-31.

<sup>152</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 90; J. P. VAN TWIST, *Recht en Moraal bij H.L.A. Hart*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1979, 31.

<sup>153</sup> J. P. VAN TWIST, *Recht en Moraal bij H.L.A. Hart*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1979, 31.

<sup>154</sup> *Ibid.*, 32.

De meeste uitspraken die gedaan worden door burgers, politie, advocaten, rechters, rechtsprofessoren en studenten zijn dan ook interne uitspraken. De vaststelling dat een bepaalde rechtsregel bestaat, is echter steeds een externe uitspraak.<sup>155</sup> Een interne uitspraak bevestigt alleen dat een bepaalde regel bestaat *voor degene die hem uitspreekt*.<sup>156</sup>

35. **COGNITIEF EN VOLITIONEEL ELEMENT** – Neil MacCormick<sup>157</sup> volgt Harts onderscheid tussen het interne en externe standpunt, maar wijst op de onvolledigheid van zijn opvatting.<sup>158</sup> Volgens hem slaagt Hart er niet in aan te tonen wat hij bedoelt met de vereisten voor het interne standpunt, zoals ‘algemeen aanvaard’ of ‘ondersteund door kritiek’.<sup>159</sup> MacCormick maakt daarom een onderscheid in de kritische reflectieve houding tussen een cognitief element en een volitioneel element.<sup>160</sup> Het cognitieve element dekt de notie van een gedragspatroon, d.i. de capaciteit om de abstracte correlatie van een bepaalde handeling met bepaalde omstandigheden te begrijpen, bijvoorbeeld stoppen voor een rood licht.<sup>161</sup> Dit omvat ook het bepalen of een bepaalde handeling conform de regel is of niet.<sup>162</sup> Het volitionele element houdt een voorkeur in dat een bepaalde handeling, of het niet stellen ervan, in bepaalde omstandigheden uitgevoerd wordt, bijvoorbeeld rechts rijden in België.<sup>163</sup>
36. **HERMENEUTISCH STANDPUNT** – De vraag rijst welk standpunt een rechtstheoreticus zoals Hart zelf zou moeten innemen. Het ‘interne’ van het interne standpunt kan op twee manieren begrepen worden: enerzijds verwijst het naar de aanvaarding van de rechtsregels als norm, anderzijds verwijst het naar een ‘geografisch’ intern standpunt, dit wil zeggen dat het cognitieve aspect van het interne standpunt begrenst wordt door verklaringen van regels uit het rechtssysteem zelf.<sup>164</sup> Dit interne standpunt als perspectief nemen voor een rechtstheorie

---

<sup>155</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 107; M. L. JONES, “The Legal Nature of the European Community: a Jurisprudential Analysis using H.L.A. Hart’s Model of Law and a Legal System”, *Cornell Int. L. J.* 1984, (1) 10 (vanaf nu: M. L. JONES, “The Legal Nature of the European Community”, *Cornell Int. L. J.* 1984); J. P. VAN TWIST, *Recht en Moraal bij H.L.A. Hart*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1979, 33.

<sup>156</sup> J. P. VAN TWIST, *Recht en Moraal bij H.L.A. Hart*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1979, 33.

<sup>157</sup> Donald Neil MacCormick (°1941-†2009) is een Schotse jurist die in 1981 een belangrijke ‘intellectuele biografie’ schreef over H.L.A. Hart; zie: N. WALKER, “Sir (Donald) Neil (1941-2009)”, *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

<sup>158</sup> N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, [1978] 2003, 275 e.v.; N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 32.

<sup>159</sup> N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 34, 38.

<sup>160</sup> *Ibid.*, 33.

<sup>161</sup> *Ibid.*

<sup>162</sup> L. J. WINTGENS, *Les temps modernes. Droit, loi et légisprudence*, Gent, Larcier, 2011, 155.

<sup>163</sup> N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 33.

<sup>164</sup> L. J. WINTGENS, *Les temps modernes. Droit, loi et légisprudence*, Gent, Larcier, 2011, 156.

lijkt niet geschikt, aangezien de rechtsbenadering dan per definitie gelimiteerd wordt tot de rechtsorde zelf.<sup>165</sup>

Ook het externe standpunt biedt geen ideaal perspectief voor een rechtstheoreticus. Het is namelijk essentieel om de interne, normatieve houding van degene die handelt in rekening te brengen en niet slechts de positie van de externe observator.<sup>166</sup> MacCormick stelt een soort van gematigde variant voor: het ‘hermeneutische standpunt’.<sup>167</sup> Dat standpunt weerspiegelt volgens MacCormick Harts eigen stellingname, maar wordt slechts kort vermeld in “The Concept of Law”.<sup>168</sup>

Het hermeneutische standpunt veronderstelt een “full sharing in the cognitive element of the internal point of view” en “full appreciation of, but no necessary sharing in, the volitional element”.<sup>169</sup> Als men adequaat wil weergeven hoe het er bijvoorbeeld in een sekte aan toe gaat, moet men niet alleen begrijpen wat de gewoontes en tradities zijn, maar moet men ook weten hoe het is om hiermee in overeenstemming te willen leven, zonder zelf er per se zelf aan gebonden te zijn. Het omvat dus zowel het externe standpunt van de observator als een deel van het interne standpunt van degene die handelt.

De beweging die MacCormick maakt in zijn redenering omtrent het hermeneutische standpunt is er een van buiten naar binnen. De rechtstheoreticus neemt een extern standpunt aan, waar het interne standpunt in verweven wordt. Hij betreft het cognitieve aspect van het interne standpunt mee in zijn beschrijving. Dit standpunt is dus gelinkt aan een theorie die de rechtsnorm tot onderzoeksobject neemt.<sup>170</sup> Rechtstheorie bekijkt een norm vanop een kritische afstand vanuit het interne standpunt om zo tot een beter begrip te komen.

37. **OMGEKEERDE BEWEGING** – Luc Wintgens<sup>171</sup> ziet het hermeneutische standpunt ook als adequate beschrijving van het standpunt van rechters.<sup>172</sup> Om deze stelling te onderbouwen, draait hij de beweging van MacCormicks redenering om, d.i. van binnen naar buiten. Een

---

<sup>165</sup> Ibid., 158.

<sup>166</sup> N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 37.

<sup>167</sup> Ibid., 38.

<sup>168</sup> Hart verwijst hiernaar als het standpunt van diegene die de regels afwijst, maar zich er toch naar gedraagt vanwege de negatieve gevolgen die verbonden zijn aan de schending ervan. Zie: H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 90.

<sup>169</sup> N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 38.

<sup>170</sup> L. J. WINTGENS, *Droit, principes et théories. Pour un positivisme critique*, Brussel, Bruylant, 2000, 57.

<sup>171</sup> Luc Wintgens (°1959) is doctor in de rechten en de filosofie. Hij is professor aan de rechtsfaculteit van de KU Leuven, campus Brussel.

<sup>172</sup> L. J. WINTGENS, *Les temps modernes. Droit, loi et législation*, Gent, Larcier, 2011, 160-161.

rechter neemt namelijk vanuit zijn functie het interne standpunt in. De rechter en de rechtstheoreticus ontmoeten elkaar in het cognitieve aspect van het interne standpunt. Een rechterlijke beslissing verwijst immers ook naar externe aspecten die opgenomen worden in de verklaring van een bepaalde rechtsregel. Het is de taak van de rechtstheoreticus om verschillende betekenissen van een rechtsregel aan te reiken door de wet in het licht van de economie of moraal te lezen. De rechter kiest een betekenis en betreft deze vervolgens mee in zijn juridische redenering. Op die manier gebeurt het juridische denken en oordelen vanuit een intern standpunt, waar echter ook het externe standpunt in geïncorporeerd is.

Ook de wetgever<sup>173</sup> gaat te werk vanuit het hermeneutische standpunt volgens Wintgens.<sup>174</sup> Hij werkt vanuit het interne standpunt, waarvan het cognitieve aspect ingevuld wordt door informatie afkomstig van het externe standpunt. De wetgever gaat te rade bij de economie, moraal en sociologie om informatie te krijgen over de efficiëntie, de morele legitimiteit en de effectiviteit van bepaalde rechtsregels.

### ***B. Orders backed by threats***

38. **BEVELEN** – Naast gebruiken moeten rechtsregels ook onderscheiden worden van bevelen. Hart bouwt zijn rechtstheorie op vanuit een kritiek op de theorie van zijn voorganger John Austin.<sup>175</sup> *Orders backed by threats* of bevelen ondersteund door dreigementen vormen de basis van Austins bevelstheorie (cf. randnr. 15). Hart illustreert Austins bevel aan de hand van de *gunman*-situatie.<sup>176</sup> In deze situatie komt er een man gewapend een bank binnen. Hij bedreigt de bedienden met een geweer en dwingt hen het geld van de bank af te geven. De wetgever kan hier gelijkgesteld worden met de *gunman* en het recht met zijn bevelen.<sup>177</sup> Deze gelijkenis gaat echter veel te ver voor Hart.

Hart wil aantonen dat rechtsregels fundamenteel verschillen van bevelen en dat die laatste bijgevolg niet de kern van een rechtssysteem uitmaken. Hij wijst op het feit dat er verschillende soorten recht zijn en dat rechtsregels op vier belangrijke punten afwijken van de definitie van een bevel.

---

<sup>173</sup> Hart zelf verwijst vanwege zijn achtergrond in de Common Law-traditie zelden naar een wetgever zoals wij die in onze rechtsorde kennen.

<sup>174</sup> L. J. WINTGENS, *Les temps modernes. Droit, loi et légisprudence*, Gent, Larcier, 2011, 166-169.

<sup>175</sup> Hij wijdt bijvoorbeeld een heel hoofdstuk aan *the sovereign and the subject*. Zie: H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 50-78.

<sup>176</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 19.

<sup>177</sup> J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, [1832] 1998, 21.

## 1. Inhoud rechtsregels

39. **STRAFRECHT** – Strafrecht is volgens Hart de rechtstak die het meest gelijkenis vertoont met het begrip van bevelen bij Austin.<sup>178</sup> Het omvat namelijk de regels die verbieden iets te doen. Meer specifiek verplichten strafrechtelijke regels iets niét te doen. Als de verboden handeling toch gesteld wordt, volgt er een sanctie – net zoals bij de bevelen die Austin beschrijft.<sup>179</sup>
40. **ANDERE RECHTSREGELS** – Er zijn echter vele andere rechtsregels die niet in het keurslijf van een bevel en een sanctie geperst kunnen worden. Een belangrijk voorbeeld is het contractenrecht.<sup>180</sup> De regels van het contractenrecht bepalen welke contracten geldig zijn en welke niet. Wanneer een contract niet voldoet aan een bepaalde voorwaarde, wordt het nietig verklaard. Hart stelt dat deze nietigheid fundamenteel verschilt van een sanctie.<sup>181</sup> Een ander soort rechtsregels dat Hart als voorbeeld geeft, zijn diegene die de wettelijke of conventionele bevoegdheden verlenen, bijvoorbeeld de regel die een rechter de bevoegdheid toekent om een geschil ten gronde te beslechten.<sup>182</sup> Ook deze regels worden volgens Hart soms onterecht onder de noemer van de bevelen gerangschikt.

## 2. Herkomst

41. **BEWUSTE SCHEPPENDE HANDELING** – Net zoals het geven van een bevel is het creëren van een wet een bewuste scheppende handeling.<sup>183</sup> Toch zijn er verschillende rechtsregels die hun oorsprong niet in een dergelijke handeling vinden, maar in een gewoonte.<sup>184</sup> In dit geval verschilt de rechtsregel fundamenteel, met name in oorsprong, van het bevel.<sup>185</sup> Hier dient ook gewezen te worden op het bestaan van het gewoonterecht. Daar krijgt door de aanwezigheid van gevestigde praktijk en *opinio iuris sive necessitatis*, d.i. de overtuiging dat men zo hoort te handelen, een gewoonte kracht van wet krijgt.<sup>186</sup>

---

<sup>178</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 27.

<sup>179</sup> Ibid.

<sup>180</sup> Ibid., 27-28.

<sup>181</sup> Ibid., 28.

<sup>182</sup> Ibid., 28-29.

<sup>183</sup> Ibid., 44.

<sup>184</sup> Ibid.

<sup>185</sup> Zie bijvoorbeeld de beweging tot codificatie van het gewoonterecht in de 15<sup>de</sup> en 16<sup>de</sup> eeuw in Frankrijk. Zie: R. LESAFFER, *Inleiding tot de Europese Rechtsgeschiedenis*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2008, 415.

<sup>186</sup> Het gewoonterecht speelt vandaag voornamelijk in het internationale recht. Zie bijvoorbeeld artikel 38, eerste lid van het Statuut van het Internationaal Gerechtshof: “Het Hof, welks taak het is in de daaraan voorgelegde geschillen te beslissen overeenkomstig het internationale recht, doet dit met toepassing van [...] internationaal gebruik, als blijk van een als recht aanvaarde algemene gewoonte; [...]”. Een voorbeeld van een

### 3. Toepassingsgebied

42. **RATIONE PERSONAE** – Eigen aan bevelen is het feit dat ze uitgaan van een bepaalde persoon en gericht zijn naar iemand anders.<sup>187</sup> Ze zijn alleen van toepassing op deze andere persoon en niet op de bevelgever zelf. Hart ziet hier een belangrijk onderscheid met rechtsregels. Rechtsregels worden namelijk gecreëerd door de wetgever in zijn officiële hoedanigheid van wetgever en zijn van toepassing op de hele rechtsonderhorige bevolking.<sup>188</sup> De wetgever als *private* persoon behoort ook tot die groep van rechtsonderhorigen. Hij is met andere woorden ook aan de door hemzelf gecreëerde rechtsregels gebonden.
43. **RATIONE TEMPORIS** – Rechtsregels worden gekenmerkt door hun blijvende karakter, ze bestaan normaal gezien voor een lange periode.<sup>189</sup> Bevelen daarentegen zijn kort en vaak slechts toepasbaar op één specifieke situatie, bijvoorbeeld zoals de *gunman*-situatie.

### 4. Soeverein

44. **SOEVEREIN EN SUBJECT** De bevelen van Austin vooronderstellen het bestaan van een soeverein. Dit is volgens Austins bevelstheorie een persoon “whose orders the great majority of the society habitually obey and who does not habitually obey any other person or persons”<sup>190</sup>. Hart ontkent dat dit gebruik van gehoorzamen voldoende is om de continuïteit van de autoriteit van de soeverein en het voortbestaan van de wetten na het sterven van hun maker te garanderen.

## §2. Kern van het rechtssysteem

45. **HET HEBBEN VAN EEN VERPLICHTING** – Bij de uitbouw van zijn eigen rechtstheorie, vertrekt Hart vanuit dezelfde basis als Austin. Ook voor Hart zijn er primair gezien regels die plichten opleggen, al wordt het begrip ‘verplichting’ anders uitgelegd en krijgt dit niet de vorm van een bevel. Volgens hem volstaat de dwang die de *gunman* uitoefent niet om te kunnen zeggen dat de bedienden van de bank de verplichting hebben het geld af te geven (cf. randnr. 38).

---

gewoonterechtelijk principe in het internationale recht is het *non-refoulement* principe, dat verbiedt een persoon terug te sturen naar een grondgebied waar zijn leven of vrijheid bedreigd wordt.

<sup>187</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 42.

<sup>188</sup> Ibid.

<sup>189</sup> Ibid., 23; G. HUGHES, “Professor Hart’s Concept of Law”, *Mod. L. Rev.* 1962, (319) 321.

<sup>190</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 50.

Hart maakt een onderscheid tussen ‘het hebben van een verplichting’ en het ‘verplicht zijn of zich verplicht voelen’.<sup>191</sup> ‘Je verplicht voelen’ is een uitspraak van psychologische dwang. In de *gunman*-situatie voelen de bedienden zich verplicht: ze geven het geld van de bank aan de overvallers om een dreigend ernstig kwaad af te wenden.<sup>192</sup> Men kan echter best een verplichting hebben iets te doen, maar zich toch niet verplicht voelen dat ook te doen, bijvoorbeeld bij het betalen van huur van een woning.<sup>193</sup> Het hebben van een verplichting staat volledig los van het uitvoeren van het bevel.<sup>194</sup> Zeggen dat iemand zich verplicht voelt iets te doen impliceert daarentegen nakoming of uitvoering. Men kan in het geval van de overval niet zeggen: “Hij was genoodzaakt zijn geld af te geven aan een overvaller, maar hij deed het niet.”<sup>195</sup>

46. **PRIMAIRE EN SECUNDAIRE REGELS** – Hart stelt dat “a distinguishing, if not *the* distinguishing, feature of law lies in its fusion of different types of rule.”<sup>196</sup> Een rechtssysteem bestaat volgens hem fundamenteel uit het samenspel van primaire en secundaire rechtsregels. Deze twee soorten regels worden hieronder afzonderlijk behandeld.

In zijn analyse van een rechtssysteem vertrekt Hart vanuit de regels zelf. Die kunnen zowel rechtsregels als morele regels als nog andere regels zijn.<sup>197</sup> Hij begint vanuit de empirie en laat zich niet leiden door de *a priori*-vraag naar hoe rechtsregels er idealiter uitzien.<sup>198</sup> In zijn analyse abstraheert hij van de inhoud van deze regels.<sup>199</sup> Hierdoor kunnen we het rechtsbegrip bij Hart bestempelen als een ‘ruim’ rechtsbegrip.<sup>200</sup> Dit verklaart ook waarom recht geen noodzakelijke band heeft met moraal: de kern van regels is namelijk niet afhankelijk van een morele inhoud (cf. randnr. 85).<sup>201</sup>

---

<sup>191</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 82-83.

<sup>192</sup> *Ibid.*, 83; N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 56.

<sup>193</sup> N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 57.

<sup>194</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 83.

<sup>195</sup> J. P. VAN TWIST, *Recht en Moraal bij H.L.A. Hart*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1979, 25.

<sup>196</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 49.

<sup>197</sup> J. P. VAN TWIST, *Recht en Moraal bij H.L.A. Hart*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1979, 52.

<sup>198</sup> *Ibid.*, 54.

<sup>199</sup> *Ibid.*, 56.

<sup>200</sup> Deze term is ontleend aan J. P. Van Twist. Zie: *ibid.*

<sup>201</sup> J. P. VAN TWIST, *Recht en Moraal bij H.L.A. Hart*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1979, 56.



## A. Primaire regels

47. **RULES OF OBLIGATIONS** – De primaire regels zijn volgens Hart de *rules of obligations*, die gekenmerkt worden door werkwoorden als “must”, “ought” en “should”.<sup>202</sup> Ze verlangen een bepaald gedrag van de rechtsonderhorige.<sup>203</sup> Hart beschrijft dit als volgt “[...] human beings are required to do or abstain from certain actions, whether they wish to or not.”<sup>204</sup> Een goed voorbeeld van primaire regels is het strafrecht, maar ook wetten die belastingen opleggen zijn *rules of obligations*.

Het verplichtende karakter is niet alleen een essentiële eigenschap van rechtsregels, maar ook van morele regels. Deze fundamentele primaire rechtsregels zijn dan ook vanuit bijna elk opzicht fundamentele morele regels.<sup>205</sup> Door dit verplichtende karakter onderscheiden ze zich echter wel van bijvoorbeeld spelregels, etiquette, grammatica en goede manieren.<sup>206</sup>

48. **EIGENSCHAPPEN** – *Obligations*, aldus Hart, worden hoofdzakelijk bepaald door de zwaarwegende sociale druk die erachter schuilgaat.<sup>207</sup> Ook hier wijst hij op het interne en het externe standpunt. Een externe waarnemer zal aan een afwijking van de rechtsregels een negatief gevolg of een straf koppelen, d.i. een correlatie zien tussen de afwijking en de straf.<sup>208</sup> Dit standpunt komt overeen met een lid van een groep die de rechtsregels afwijst, maar ze toch niet schendt vanwege de negatieve gevolgen die eraan gekoppeld zijn.<sup>209</sup> Vanuit het interne standpunt is het schenden van een regel niet gewoon gekoppeld aan een negatief gevolg: de overtreding is de reden voor de straf.<sup>210</sup> Hier spelen vaak ook gevoelens van schaamte, spijt of schuld.<sup>211</sup>

De tweede en subsidiaire eigenschap van een verplichting uit rechtsregels is dat ze beschouwd wordt als noodzakelijk voor het behoud van de sociale orde en het goed functioneren van de samenleving.<sup>212</sup>

---

<sup>202</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 82, 85; G. HUGHES, “Professor Hart’s Concept of Law”, *Mod. L. Rev.* 1962, (319) 320.

<sup>203</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 81.

<sup>204</sup> *Ibid.*

<sup>205</sup> N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 24.

<sup>206</sup> *Ibid.*, 55.

<sup>207</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 87.

<sup>208</sup> *Ibid.*, 89.

<sup>209</sup> *Ibid.*, 90.

<sup>210</sup> *Ibid.*; J. U. LEWIS, “Moral Obligation and the Concept of Law”, *Rutgers L. Rev.* 1968-69, vol. 23, (68) 79-80.

<sup>211</sup> M. L. JONES, “The Legal Nature of the European Community”, *Cornell Int. L. J.* 1984, (1) 7; N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 56.

<sup>212</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 87; N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 56.

De derde, ook subsidiaire, eigenschap is dat er een conflict kan ontstaan tussen de verplichting en het verlangen.<sup>213</sup> Rechtsregels kunnen in het belang van de samenleving de verlangens van rechtsonderhorigen begrenzen, hoe diepgaand dat verlangen ook is.<sup>214</sup>

## **B. Secundaire regels**

49. **PREJURIDISCHE SAMENLEVING** – Een samenleving met alleen primaire regels noemt Hart een *prelegal world*.<sup>215</sup> In deze prejuridische samenleving bestaan er alleen sociale regels die verplichtingen opleggen of handelingen verbieden, zoals beperkingen op het gebruik van geweld, het verbod op diefstal, et cetera.<sup>216</sup> Die vormen nog geen rechtssysteem, maar zijn eerder een opsomming van verschillende standaarden.<sup>217</sup> Rechtsregels en morele regels zijn in een dergelijke samenleving vaak moeilijk van elkaar te scheiden.<sup>218</sup>

De meerderheid van de bevolking leeft dan ook volgens die regels vanuit het interne standpunt.<sup>219</sup> Wanneer dat niet het geval zou zijn, zou de sociale druk onvoldoende zijn om de regels te doen respecteren.<sup>220</sup> De reden waarom mensen gehoorzamen aan regels, ligt bij de sociale functie ervan: om in een groep te kunnen (over)leven, zijn er regels nodig.<sup>221</sup> Hart erkent hier de noodzaak voor de mens om in een sociale orde te participeren. Dit zal ook als basis dienen om een minimale inhoud van het natuurrecht in zijn rechtsopvatting te integreren (cf. randnr. 89).<sup>222</sup>

50. **TEKORTEN** – Volgens Hart schieten de primaire regels op drie vlakken tekort om een systeem uit te bouwen.<sup>223</sup> Ten eerste is er geen manier om de draagwijdte van een regel vast te stellen.<sup>224</sup> Soms gaat het zelfs niet alleen om de draagwijdte, maar om de regel *an sich*: is deze regel eigenlijk wel een regel die behoort tot deze samenleving? Dergelijke onduidelijkheden kunnen grote onzekerheid onder de bevolking scheppen. Ten tweede hebben de regels een statisch karakter.<sup>225</sup> Ze kunnen niet bewust aangepast worden, maar

---

<sup>213</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 87.

<sup>214</sup> Ibid.

<sup>215</sup> Ibid., 91, 94.

<sup>216</sup> Ibid., 91.

<sup>217</sup> Ibid., 92.

<sup>218</sup> Ibid., 169.

<sup>219</sup> Ibid., 92.

<sup>220</sup> Ibid.

<sup>221</sup> Ibid.

<sup>222</sup> N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 23.

<sup>223</sup> Ibid., 107; H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 92-93; R. K. SHERWIN, "Opening Hart's Concept of Law", *Val. U. L. Rev.* 1986, vol. 20, (385) 394.

<sup>224</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 92.

<sup>225</sup> Ibid., 92-93.

veranderen heel langzaam in de tijd. Dit is bijvoorbeeld een probleem wanneer veranderende milieuomstandigheden het gewone leven aantasten, maar er geen milieubeschermdende regels zijn.<sup>226</sup> De derde tekortkoming van deze regels is dat het straffen toekomt aan individuen van de groep. Dit noemt Hart de inefficiëntie van sociale druk.<sup>227</sup> Er is met andere woorden geen instantie die beslist of een regel geschonden is of die zich bezig houdt met de uitvoering van straffen.

51. **SECUNDAIRE REGELS** – Om aan deze tekortkomingen tegemoet te komen, hebben samenlevingen de zogenaamde “secundaire regels” ontwikkeld.<sup>228</sup> Hart stelt dat “[they] are in a sense parasitic upon or secondary to the first”.<sup>229</sup> De regels zijn secundair in die zin dat ze zelf geen bindende gedragsnormen uitmaken en logisch samenhangen met de primaire regels.<sup>230</sup> Ze normeren bijvoorbeeld het tot stand komen, vervallen of wijzigen van de primaire regels.<sup>231</sup>

De introductie van deze secundaire regels noemt Hart “a step from the pre-legal into the legal world”.<sup>232</sup> Een rechtssysteem is te vinden in moderne samenlevingen en verschilt, net door het bestaan van secundaire regels, duidelijk van moraal, etiquette, religie, et cetera.<sup>233</sup> Het samenspel van secundaire en primaire regels vormt volgens Hart een volwaardig “rechtssysteem”. Hart onderscheidt drie soorten secundaire regels: de *rules of change*, *rules of adjudication* en de *rules of recognition*.

### 1. *Rules of change*

52. **VERANDERLIJKHEID** – De regels van verandering zijn een ‘remedie’ voor het statische karakter van de primaire regels.<sup>234</sup> Het zijn regels die een persoon of orgaan de bevoegdheid geven om nieuwe primaire, maar ook secundaire<sup>235</sup>, regels in te voeren of oude uit te sluiten.<sup>236</sup> In België geeft artikel 195 van de Grondwet bijvoorbeeld de bevoegdheid aan de Constituanten om de Grondwet te wijzigen.

---

<sup>226</sup> N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 107.

<sup>227</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 93.

<sup>228</sup> *Ibid.*, 94.

<sup>229</sup> *Ibid.*, 81.

<sup>230</sup> N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 20, 103.

<sup>231</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 81.

<sup>232</sup> *Ibid.*, 94.

<sup>233</sup> N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 103.

<sup>234</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 95.

<sup>235</sup> N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 21.

<sup>236</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 95.

## 2. Rules of adjudication

53. **EFFICIËNTIE** – De regels van *adjudication* lossen het inefficiëntieprobleem van ‘sociaal straffen’ op.<sup>237</sup> De bevoegdheid om te beslissen of een primaire regel al dan niet geschonden is, wordt expliciet toegewezen aan een bepaalde persoon of functie, d.i. rechters of jury’s.<sup>238</sup> Ook de procedure die daarbij gevolgd wordt, wordt vastgelegd. In moderne staten hoort daar vaak een verdere bevoegdheid bij om een schadevergoeding of een straf op te leggen.<sup>239</sup>
54. **INSTITUTIONEEL KARAKTER VAN RECHT** – De focus op de *rules of change* en de *rules of adjudication* toont hoe het maken en toepassen van het recht zelf ook gestructureerd wordt door het recht.<sup>240</sup> Hart spreekt over twee afzonderlijke soorten regels, maar MacCormick vindt dat ze beter gezien kunnen worden als een cluster van samenhangende regels dan als twee afzonderlijke types van recht.<sup>241</sup> Een gestructureerd wetgevingsorgaan en gerechtsoorgaan laten toe om een gebiedend<sup>242</sup> antwoord te geven op controversiële kwesties waar morele strijd over kan blijven staan.<sup>243</sup> Ook privaatrechtelijke constructies zoals contracten en huwelijken zijn op dezelfde manier gestructureerd door het recht en kunnen interpersoonlijke rechten en plichten bepalen.<sup>244</sup>

## 3. Rule of recognition

55. **CRITERIA VAN RECHTSGELDIGHEID** – De belangrijkste en waarschijnlijk ook de meest problematische soort secundaire regel is de *rule of recognition*. Deze komt tegemoet aan de onzekerheid die door primaire regels gecreëerd wordt.<sup>245</sup> Aan de hand van deze regels kan beslist worden of een regel effectief een regel van een specifieke bevolkingsgroep is en welke draagwijdte de regel juist heeft. De *rules of recognition* geven met andere woorden

---

<sup>237</sup> Ibid., 96-97.

<sup>238</sup> Ibid., 97.

<sup>239</sup> N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 20.

<sup>240</sup> N. MACCORMICK, “The Concept of Law and ‘The Concept of Law’”, *Oxford J. of L. Stud.* 1994, (1) 10.

<sup>241</sup> Ibid., 12.

<sup>242</sup> Autoriteit is een eigenschap van de instellingen en is niet iets dat uitsluitend bij de soeverein ligt. Zie: N. MACCORMICK, “The Concept of Law and ‘The Concept of Law’”, *Oxford J. of L. Stud.* 1994, (1) 12-13.

<sup>243</sup> N. MACCORMICK, “The Concept of Law and ‘The Concept of Law’”, *Oxford J. of L. Stud.* 1994, (1) 10.

<sup>244</sup> Ibid.

<sup>245</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 94.

de criteria van rechtsgeldigheid<sup>246</sup> van normen.<sup>247</sup> Hart verwoordt het als volgt: “To say that a given rule is valid is to recognize it as passing all the tests provided by the rule of recognition and so as a rule of the system.”<sup>248</sup>

Alle criteria samen zijn gebundeld in de *ultimate rule of recognition*.<sup>249</sup> Die regel legt rechters de verplichting op alleen die regels toe te passen die voldoen aan de vastgelegde criteria en dit met betrekking tot hun domein van jurisdictie, zoals bepaald door de regels van toepassing.<sup>250</sup> Hierna wordt de *ultimate rule of recognition* verder geanalyseerd.

### C. *Ultimate rule of recognition*

56. **SLUITSTUK** – Elk volwassen rechtssysteem heeft één ultieme regel van herkenning. Deze is volgens Hart het sluitstuk van het rechtssysteem: een rechtssysteem bestaat uit een set primaire en secundaire regels die geldig zijn volgens de criteria van de *ultimate rule of recognition*.<sup>251</sup>

#### 1. *Eigenschappen van de rule of recognition*

57. **ULTIEM** – De *rule of recognition* is ultiem in de zin dat hij zelf niet getoetst kan worden aan een andere hogere norm of regel.<sup>252</sup> Zelf kan de norm ook niet als geldig of ongeldig bestempeld worden. Zijn bestaan is enkel en alleen gegrond op het accepteren ervan vanuit het interne standpunt door de rechters en de functionarissen.<sup>253</sup> Deze regel bestaat namelijk “as a complex, but normally concordant, practice of the courts, officials, and private persons in identifying the law by reference to certain criteria”.<sup>254</sup> Welke redenen een functionaris heeft om de *ultimate rule of recognition* als bindend te beschouwen – of het nu eigenbelang,

---

<sup>246</sup> Voor Hart vallen het bestaan en het geldig zijn van rechtsregels samen. De wenselijkheid van een regel is daarentegen een totaal andere vraag. Zie: J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, [1832] 1998, 184; H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 106, 109.

<sup>247</sup> Het is “[...] a rule for conclusive identification of primary rules of obligation”, zie: H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 95; Raz merkt echter op dat het niet alleen gaat om de identificatie van primaire regels, maar van alle soorten regels. Zie: J. RAZ, *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979, 91; N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 21.

<sup>248</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 103.

<sup>249</sup> Hart gebruikt ‘rule’ en ‘rules’ door elkaar. Er is bijgevolg discussie over het bestaan van één *rule of recognition* of meerdere regels met één *ultimate rule of recognition*. Zie hiervoor onder andere: R. S. SUMMERS, “Professor H.L.A. Hart’s Concept of Law”, *Duke Law Journal* 1963, (629) 642

<sup>250</sup> N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 21; J. RAZ, *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979, 93.

<sup>251</sup> N. MACCORMICK, “The Concept of Law and ‘The Concept of Law’”, *Oxford J. of L. Stud.* 1994, (1) 14.

<sup>252</sup> N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 109.

<sup>253</sup> Ibid.

<sup>254</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 110.

traditie of morele plicht is – maakt volgens Hart niet uit.<sup>255</sup> De algemene officiële praktijk is met andere woorden een bestaansvoorwaarde van de *rule of recognition*, maar kan toch niet beschouwd worden als een juridische grond voor functionarissen om deze regel te accepteren.<sup>256</sup> De *rule of recognition* wordt meestal niet uitdrukkelijk geformuleerd, maar blijkt uit de manier waarop rechters en andere functionarissen hun mandaat uitoefenen.<sup>257</sup> De praktijk dat rechters bepaalde regels als bindend beschouwen is een (constitutief) bewijs dat de regel een rechtsregel is.<sup>258</sup>

Als een regel juridisch geldig is, d.i. als hij voldoet aan de criteria uit de *rule of recognition*, dan is dit een grond om deze regel als bindend te beschouwen.<sup>259</sup> Voor de *rule of recognition* zelf zijn er echter geen verdere geldigheidscriteria en bijgevolg ook geen verdere redenen om die te aanvaarden.<sup>260</sup> Wittgenstein formuleerde dit als volgt: “Habe ich die Begründungen erschöpft, so bin ich nun auf dem harten Felsen angelangt, und mein Spaten biegt sich zurück. Ich bin dann geneigt, zu sagen: So handle ich eben.”<sup>261</sup>

De ultieme herkenningregel is voor Hart een *matter of fact*: het is de regel die toont hoe het nu eenmaal is.<sup>262</sup> Dit kan vergeleken worden met de werking van het Hof van Cassatie in België. Wat het Hof zegt, is bepalend voor de toepassing van het recht door alle andere rechtbanken, net zoals de ultieme herkenningregel bepalend is voor alle andere rechtsregels. Als men vraagt wat de grond is waarom het Hof een regel op een bepaalde manier interpreteert, is het antwoord: “Omdat we dit zo doen.” Zo ook luidt het antwoord op de vraag naar de grond van de *rule of recognition*.

58. **SOCIALE REGEL** – De regel van herkenning is op twee manieren een sociale regel.<sup>263</sup> Ten eerste omdat de regel slechts bestaat op basis van en dankzij sociale feiten.<sup>264</sup> Het bestaan

---

<sup>255</sup> Ibid., 203.

<sup>256</sup> Hier lijkt Hart echter van af te stappen in het derde en vierde hoofdstuk van zijn postscript van “The Concept of Law”. Hart kwalificeert hier namelijk de *rule of recognition* als een conventionele regel. Dit zou betekenen dat de algemene officiële praktijk een constitutieve juridische reden is om de *rule of recognition* als bindend te beschouwen. Voor een uitgebreide discussie hieromtrent, zie: J. DICKSON, “Is the Rule of Recognition Really a Conventional Rule?”, *Oxford J. of L. Stud.* 2007, 373-402.

<sup>257</sup> “[...] its existence is shown in the way in which particular rules are identified”, zie: H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 101.

<sup>258</sup> J. RAZ, *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979, 69.

<sup>259</sup> J. DICKSON, “Is the Rule of Recognition Really a Conventional Rule?”, *Oxford J. of L. Stud.* 2007, (373) 377.

<sup>260</sup> Ibid., 378.

<sup>261</sup> L. WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, [1953] 2001, V, §217.

<sup>262</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 110.

<sup>263</sup> S. J. SHAPIRO, “What is the Rule of Recognition (and does it exist?)”, *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, nr. 181, 4-5.

<sup>264</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 110.

en de inhoud van de regel wordt bepaald door het interne standpunt van een groep ten aanzien van bepaalde standaarden of gedragingen. Ten tweede is de herkenningregel een sociale regel omdat de regel betrekking heeft op de hele samenleving. Leden van de groep accepteren hem als een regel die geldt voor elk lid van dezelfde sociale groep.<sup>265</sup>

59. **FUNCTIE** – De *ultimate rule of recognition* heeft een tweevoudige functie.<sup>266</sup> Enerzijds heeft de regel een epistemische functie: de regel specificeert de voorwaarden voor de geldigheid en de autoriteit van rechtsregels binnen het rechtssysteem. Anderzijds heeft de *rule of recognition* ook een ontologische of semantische functie, d.i. in zoverre hij bestaansvoorwaarden formuleert en dus bepaalt wanneer een regel bestaat of niet.
60. **HIËRARCHIE** – Tussen de verschillende criteria van rechtsgeldigheid is er een hiërarchie.<sup>267</sup> Een conflict tussen twee *rules of recognition* is dan ook steeds mogelijk. Een formele wet kan in de *common law*-context bijvoorbeeld een precedent van haar wettelijke status beroven. Deze formele wet wordt op haar beurt dan weer beperkt door de grondwet.
61. **VERHOUDING** – De *rules of recognition* zijn nauw verbonden met de andere twee soorten secundaire regels.<sup>268</sup> *Rules of change* en *rules of adjudication* maken als het ware deel uit van de *rule of recognition* van een bepaald rechtssysteem, omdat zij verschillende rechtsbronnen specificeren, zoals bijvoorbeeld een wetgevende handeling of een rechterlijke beslissing.<sup>269</sup>

## 2. *Rule of recognition als betwistbaar concept*

62. **VRAGEN** – De herkenningregel van Hart is niet zo eenduidig als op het eerste gezicht kan lijken. Dat blijkt ook uit de literatuur: *the rule of recognition* is een veel besproken onderwerp. Hierna worden enkele belangrijke kritieken onder de loep genomen en uiteengezet.

---

<sup>265</sup> Ibid., 115-116.

<sup>266</sup> J. COLEMAN, “Rules and Social Facts”, *Harv. J. of L. & Public Policy* 1991, (703) 709.

<sup>267</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 95, 101; M. L. JONES, “The Legal Nature of the European Community”, *Cornell Int. L. J.* 1984, (1) 10.

<sup>268</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 96; M. L. JONES, “The Legal Nature of the European Community”, *Cornell Int. L. J.* 1984, (1) 9.

<sup>269</sup> M. L. JONES, “The Legal Nature of the European Community”, *Cornell Int. L. J.* 1984, (1) 9.

63. **UNICITEIT** – Joseph Raz<sup>270</sup> bekritiseert de uniciteit van de *rule of recognition*. Hij stelt dat Hart – zonder enig argument – ervan uitgaat dat elk rechtssysteem één *ultimate rule of recognition* bezit.<sup>271</sup> Er is volgens hem geen reden om te denken dat alle geldigheidscriteria in één regel vastgelegd moeten worden. Raz stelt voorop dat alle criteria van de *rule of recognition* verankerd zijn in wetten. Dit zorgt ervoor dat de rechters alle wetten van het systeem die aan de criteria voldoen, toepassen. Er zijn echter ook rechtsbronnen, zoals de gewoonte of precedents, die niet *als rechtsbron* in een wet vastgelegd zijn. Geldigheidscriteria die voortkomen uit gewoonte of precedents vinden volgens Raz hun grond in een andere *rule of recognition* die rechters verplicht zulke wetten toe te passen.

De vooronderstelling van Raz dat alle geldigheidscriteria in wetten vastgelegd worden, lijkt echter aanvechtbaar. De *rule of recognition* toon zichzelf, eerder dan dat hij zich expliciet laat vatten in bepaalde wetten. Ook is de regel veranderlijk en kan bijgevolg gewijzigd worden door gewoonte of precedents (cf. randnr. 68).

Daarnaast meent Raz dat de *ultimate rule of recognition* weliswaar de enige noodzakelijke ultieme regel is in een bepaald rechtssysteem, maar niet de enige ultieme.<sup>272</sup> Er zijn volgens hem ook *laws of discretion*, die net zoals de *rule of recognition* rechters bepaalde verplichtingen opleggen. De *rule of recognition* bepaalt welke wetten de rechter kan en moet toepassen, de *laws of discretion* begrenzen daarentegen de beoordelingsvrijheid van rechters zonder hun keuzevrijheid af te nemen.

64. **MATERIËLE EENHEID** – Raz bekritiseert ook de manier waarop Hart, maar ook Kelsen en Austin, hun rechtssysteem tot een eenheid brengen. Voor Hart bepaalt de *rule of recognition* welke regels deel uitmaken van het systeem. Bij Austin is dit het geval als de wet direct of indirect uitgevaardigd werd door de soeverein van het systeem en voor Kelsen slechts als de wet gerechtvaardigd wordt door de Grundnorm. Raz merkt op dat geen van de drie rechtsfilosofen bezorgd is over de ‘*material unity of legal systems*’.<sup>273</sup> Alle drie lijken ze te vergeten dat de eenheid van het rechtssysteem eerder afhangt van de inhoud of de geest van

---

<sup>270</sup> Joseph Raz (°1939) is een Israëlische filosoof, gespecialiseerd op het vlak van recht, moraal en politieke filosofie. Hij was een student van Hart en is momenteel professor aan de Columbia University Law School en aan Kings College in Londen. Zie: G. POSTEMA, *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*, New York, Springer, 2011, 348-349 en de persoonlijke website van Raz: <https://sites.google.com/site/josephnraz/>.

<sup>271</sup> J. RAZ, *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979, 95.

<sup>272</sup> Ibid., 96-97.

<sup>273</sup> Ibid., 79-80.



de wetten en van de tradities en praktijken van de instellingen dan van hun formele geldigheid.<sup>274</sup>

65. **CIRCULARITEIT** – MacCormick ziet enige circulariteit in Harts redenering.<sup>275</sup> De *rule of recognition* bestaat voor Hart uit de complexe praktijk van onder andere rechtbanken en functionarissen. Deze praktijk vooronderstelt het bestaan van rechters, die aangesteld worden door een *rule of adjudication* en van wie de officiële taken dan weer gereguleerd zijn door de *rule of recognition*. Het is dus niet duidelijk hoe rechters en de *rule of recognition* zich tot elkaar verhouden en welk van de twee nu juist constitutief is voor de ander.
66. **PRAKTISCHE MOGELIJKHEID** – Kent Greenawalt en de Frank Dorrick hebben einde jaren tachtig de praktische kant van de *rule of recognition* onderzocht.<sup>276</sup> Beide wezen erop dat het bijna onmogelijk is om een ultieme *rule of recognition* aan te duiden en alle criteria van geldigheid op te sommen en in een hiërarchie te ordenen.<sup>277</sup> Dorrick en Greenawalt komen tot de conclusie dat Harts model weliswaar veel duidelijkheid kan verschaffen, maar toch niet gepast blijkt voor de Verenigde Staten en de Europese Gemeenschap van toen.<sup>278</sup> Het slaagt er niet in een *rule of recognition* van de VS en de EG aan te duiden, waardoor deze, tegenintuïtief, niet als een rechtssysteem beschouwd kunnen worden.

In tegentelling tot Dorrick, slaagt Mark Jones<sup>279</sup> er wel in om de Europese Gemeenschap te kwalificeren als een volwaardig rechtssysteem met een eigen *rule of recognition*.<sup>280</sup> Deze *rule of recognition* is dan gewoon van toepassing naast de afzonderlijke nationale rechtssystemen.<sup>281</sup> Men kan echter ook stellen dat er een overkoepelend rechtssysteem is dat een complexere *rule of recognition* heeft waar de Unie en de lidstaten deel van uitmaken.<sup>282</sup>

---

<sup>274</sup> Ibid., 80.

<sup>275</sup> N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 108-109.

<sup>276</sup> F. E. DORRICK, "A Model of the European Communities' Legal System", *Yearbook of European Law* 1983, 169-237; K. GREENAWALT, "Hart's Rule of Recognition and the U.S.", *Michigan L. Rev.* 1987, 621-671; N. MACCORMICK, "The Concept of Law and 'The Concept of Law'", *Oxford J. of L. Stud.* 1994, (1) 14.

<sup>277</sup> N. MACCORMICK, "The Concept of Law and 'The Concept of Law'", *Oxford J. of L. Stud.* 1994, (1) 14.

<sup>278</sup> F. E. DORRICK, "A Model of the European Communities' Legal System", *Yearbook of European Law* 1983, (169) 204-205; K. GREENAWALT, "Hart's Rule of Recognition and the U.S.", *Michigan L. Rev.* 1987, (621) 659.

<sup>279</sup> Mark L. Jones is professor aan de rechtsfaculteit van Mercer University in Georgia. Voor meer info, zie: <https://law.mercer.edu/faculty/directory/jones/>.

<sup>280</sup> M. L. JONES, "The legal nature of the European Community", *Cornell Int. L. J.* 1984, (1) 24-25.

<sup>281</sup> Ibid., 26.

<sup>282</sup> Ibid., 36.

67. **GRUNDNORM VAN KELSEN** – Zowel Kelsen als Hart neemt het probleem van de normativiteit van het recht onder handen. Ze trachten beiden – elkeen binnen het positivistische denkkader – de normatieve kracht van het recht te verhelderen.

Net zoals Hart ziet Kelsen het recht als een systeem van normen.<sup>283</sup> Voor hem is een norm het resultaat van de wil van één persoon gericht op het gedrag van een andere persoon.<sup>284</sup> Een norm kan een ‘subjectief moeten’ uitdrukken, bijvoorbeeld het bevel van een maffiabaas, maar ook een ‘objectief moeten’, d.i. een rechtsnorm.<sup>285</sup> Rechtsgeldigheid van een norm is, zoals bij Hart, conceptueel onafhankelijk van de moraal.<sup>286</sup> Kelsen aanvaardt een scheiding tussen wat is en moet zijn, tussen *Sein* en *Sollen*.<sup>287</sup>

Een bepaalde norm is voor Kelsen slechts rechtsgeldig als die gecreëerd is in overeenstemming met een hogere rechtsgeldige norm, die op zijn beurt gecreëerd is in overeenstemming met een hogere rechtsgeldige norm, et cetera.<sup>288</sup> Om niet in een *regressus ad infinitum* terecht te komen, is er de *Grundnorm*<sup>289</sup> (cf. randnr. 20) die voorondersteld wordt. Het is “the final postulate, upon which the validity of all the norms of our legal system depends.”<sup>290</sup>

Ook Hart heeft een ‘ultieme bron van normativiteit van het recht’: de *rule of recognition*.<sup>291</sup> Deze verschilt fundamenteel van Kelsens *Grundnorm* en kan gezien worden als een minder fictieve, gematigde versie ervan.<sup>292</sup> De herkenningregel staat niet noodzakelijk

---

<sup>283</sup> H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Leipzig & Wien, Aalen: Scientia, [1934] 1985, 215-221.

<sup>284</sup> T. SPAAK, “Kelsen and Hart on the Normativity of Law”, *Scandinavian Studies in Law* 2005, (398) 402.

<sup>285</sup> Ibid.

<sup>286</sup> H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Leipzig & Wien, Aalen: Scientia, [1934] 1985, 200-201; H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Harvard University Press, 1945, 113.

<sup>287</sup> H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Leipzig & Wien, Aalen: Scientia, [1934] 1985, 5-6; H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Harvard University Press, 1945, 36-37, 110-111; T. SPAAK, “Kelsen and Hart on the Normativity of Law”, *Scandinavian Studies in Law* 2005, (398) 403.

<sup>288</sup> “Der Geltungsgrund einer Norm kann nur die Geltung einer an deren Norm sein.”, zie: H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Leipzig & Wien, Aalen: Scientia, [1934] 1985, 196-197, H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Harvard University Press, 1945, 110-111.

<sup>289</sup> Eerst noemde Kelsen de *Grundnorm* een ‘hypothese’, begin jaren 1960 schakelde hij over op ‘een fictie’; H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Leipzig & Wien, Aalen: Scientia, [1934] 1985, 6-7.

<sup>290</sup> H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Harvard University Press, 1945, 115; Morele waarden spelen hier geen rol: “[in] der Voraussetzung der Grundnorm wird kein dem positiven Recht transzender Wert bejaht.”, zie: H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Leipzig & Wien, Aalen: Scientia, [1934] 1985, 204, 223-224.

<sup>291</sup> Hart verwijst zelf in de notities van “The Concept of Law” naar de *Grundnorm* en de verschillen met zijn *rule of recognition*. Zie: H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 292-293; T. SPAAK, “Kelsen and Hart on the Normativity of Law”, *Scandinavian Studies in Law* 2005, (398) 408.

<sup>292</sup> L. J. WINTGENS, *Droit, principes et théories. Pour un positivisme critique*, Brussel, Bruylant, 2000, 35.

hiërarchisch boven alle andere regels.<sup>293</sup> De *rule of recognition* wordt niet gewoon vooropgesteld, maar is een sociale regel.<sup>294</sup> Hierdoor heeft de *Grundnorm* steeds dezelfde inhoud, terwijl de *rule of recognition* inherent veranderlijk is.<sup>295</sup> De normativiteit van Harts rechtssysteem ligt met andere woorden is sociale feiten. Kelsen zelf keurt dit af, omdat dit naar zijn mening het *Sein/Sollen* onderscheid schendt.<sup>296</sup> Hij zou de *rule of recognition* kunnen aanvaarden als regel met geldigheidscriteria, maar niet als bron van normativiteit.<sup>297</sup>

#### **D. Open texture van het recht**

68. **INTERPRETATIEMARGE** – Een belangrijke eigenschap van zowel de primaire als secundaire regels is volgens Hart hun *open texture*.<sup>298</sup> Rechtsregels hebben steeds betrekking op algemene classificaties en niet op individuen en particuliere handelingen. Ze zijn algemeen geformuleerd en laten wegens hun talige karakter ruimte voor interpretatie.

De reden voor deze onvolledigheid is onze gebrekkige kennis van alle mogelijke omstandigheden waarin een rechtsregel kan gelden en zo ook de onbepaaldheid van ons doel.<sup>299</sup> De vaagheid van termen kan ook een algemene standaard importeren in de regel, bijvoorbeeld de standaard van redelijkheid of eerlijkheid.<sup>300</sup> Er is en moet een aanzienlijke beoordelingsmarge zijn voor rechters en andere officiëlen, zodat die ook rekening kunnen houden met niet-juridische factoren, zoals morele en politieke opinies.<sup>301</sup> De vrijheid van de rechter wordt echter wel beperkt door rechtvaardigheid en de geest van de regel.<sup>302</sup>

Ook de *rule of recognition* is *open textured* en soms zelfs onvolledig, omdat ze geen antwoord biedt op alle mogelijke rechtsvragen, zoals bijvoorbeeld de rechtsgeldigheid van internationale rechtsregels binnen het eigen rechtssysteem in de jaren zestig.<sup>303</sup> Wanneer

---

<sup>293</sup> M. LA TORRE, “The Hierarchical Model and H.L.A. Hart’s Concept of Law”, *Revus J. Const. Theory & Phil. Law* 2013, (141) 151.

<sup>294</sup> Ibid; H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 293.

<sup>295</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 293.

<sup>296</sup> T. SPAAK, “Kelsen and Hart on the Normativity of Law”, *Scandinavian Studies in Law* 2005, (398) 410.

<sup>297</sup> Ibid.

<sup>298</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 128 e.v.

<sup>299</sup> Ibid., 128-130.

<sup>300</sup> Ibid., 132; MacCormick geeft het volgende voorbeeld van het verschil tussen een criterium van redelijkheid en een rechtsregel. Men kan bepalen of iemand nog een voertuig kan besturen aan de hand van het criterium “dronken en bandeloos” of aan de hand van een verboden percentage alcohol in het bloed. Zie: N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 125; H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012.

<sup>301</sup> N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 26

<sup>302</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 144-145.

<sup>303</sup> Ibid., 147 e.v.; J. RAZ, *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979, 94.

een rechter met een dergelijk probleem geconfronteerd wordt, kan hij een oplossing buiten het huidige systeem aanvaarden en zo de oorspronkelijke *rule of recognition* wijzigen.<sup>304</sup> Raz beschrijft het als volgt: “The rule of recognition [...] is a customary rule; hence it is constantly in a process of change.”<sup>305</sup>

69. **ONE RIGHT ANSWER THESIS** – Dworkin formuleert drie belangrijke kritieken op de discretionaire macht van de rechter. Ten eerste is dit volgens hem een verkeerde beschrijving van wat er gebeurt in een rechtbank in het geval van ‘*hard cases*’, d.i. wanneer de rechter een lacune in de rechtsorde vaststelt.<sup>306</sup> Er is in de taal van rechters niets terug te vinden dat wijst op de volgende twee fases: het bestaande recht schiet tekort, de rechter ‘maakt’ zelf recht.<sup>307</sup> Ten tweede vindt Dworkin het ondemocratisch en incorrect een vorm van rechtsschepping aan rechters toe te kennen.<sup>308</sup> Tot slot ziet hij de rechterlijke rechtscreatie als een soort van oneerlijk retrospectief wetten maken.<sup>309</sup> Dit laatste klopt volgens Hart niet, aangezien er nooit een toestand van duidelijk vastgesteld recht was.<sup>310</sup>

Dworkin gelooft bijgevolg niet in de beoordelingsvrijheid van de rechter en stelt dat er in elk juridisch geval één juist antwoord is, dat gevonden wordt door de zaak te benaderen in het licht van de achterliggende juridische principes.<sup>311</sup> Een rechter “*must interpret what has gone before because he has a responsibility to advance the enterprise in hand rather than strike out in some new direction of his own.*”<sup>312</sup> Het recht van een modern rechtssysteem bepaalt met andere woorden op exhaustieve wijze ieders rechten.<sup>313</sup>

### **E. Plaats van sancties**

70. **NAAR DE ACHTERGROND** – Het onderscheid dat Hart maakt tussen primaire en secundaire regels heeft een belangrijk effect op de plaats van sancties in een rechtssysteem.<sup>314</sup> Sancties

---

<sup>304</sup> J. RAZ, *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979, 94.

<sup>305</sup> *Ibid.*, 98.

<sup>306</sup> R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, [1977] 1978, 81 e.v.; R. DWORKIN, *Law's Empire*, Oxford, Hart Publishing, [1986] 1998, 37-39; H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 273.

<sup>307</sup> *Ibid.*

<sup>308</sup> R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, [1977] 1978, 84-85; H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 275.

<sup>309</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 276.

<sup>310</sup> *Ibid.*

<sup>311</sup> R. DWORKIN, *Law's Empire*, Oxford, Hart Publishing, [1986] 1998, 225-275.

<sup>312</sup> R. DWORKIN, *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985, 159.

<sup>313</sup> N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 26.

<sup>314</sup> L. KANOWITZ, “The Place of Sanctions in Professor H.L.A. Hart’s Concept of Law”, *Duquesne Univ. L. Rev.* 1966-67, (1) 1-2; J. P. VAN TWIST, *Recht en Moraal bij H.L.A. Hart*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1979, 40.

spelen een veel minder dominante rol in het rechtsgebeuren rol dan bijvoorbeeld bij Austin en Kelsen het geval was. Het klopt dat sancties vooral voorkomen bij primaire regels, maar dit is volgens Hart niet de reden waarom die regels primair zijn (cf. randnr. 47).<sup>315</sup> Er zijn ook een heleboel secundaire regels in een rechtssysteem die niets te maken hebben met sancties, zoals bijvoorbeeld de bevoegdheidsverdelende regels.<sup>316</sup>

#### **F. Kritiek op Harts rechtssysteem**

71. **EEN DERDE LAAG?** – De vraag rijst of de twee lagen van Hart, d.i. primaire en secundaire regels, het recht op een adequate manier beschrijven. David Gerber<sup>317</sup> illustreert aan de hand van twee situaties dat er nood is aan een bijkomende categorie van regels, d.i. tertiaire regels.<sup>318</sup> In de eerste situatie wordt de aanstellingsregel van rechters gewijzigd door een vastgelegde, parlementaire procedure. In de tweede situatie wordt de aanstellingsregel gewijzigd door een materiële fout bij het overschrijven. Na de wijziging gehoorzaamt het gros van de mensen de regel en aanvaardt de functionarissen (cf. randnr. 76). Toch is er in de tweede situatie geen sprake van een volwaardig rechtssysteem, aangezien hier niet-systematische wijzigingen van secundaire regels mogelijk zijn.

Dit onderscheid toont volgens Gerber dat er nood is aan tertiaire regels, d.i. veranderingsregels voor de secundaire regels zelf.<sup>319</sup> “Without a layer of tertiary rules”, die onder meer bepalen hoe de *rules of adjudication* gewijzigd kunnen worden, is de stap vanuit de prejuridische wereld naar de juridische wereld volgens hem nog niet gezet.<sup>320</sup> Gerber wijst wel op het gevaar van een regressie in bijkomende lagen van regels waardoor Hart zou kunnen uitkomen bij een *rule of recognition* die geen *matter of fact* is.<sup>321</sup> Deze zou dan eerder een presuppositie zijn zoals de Grundnorm van Kelsen, waar Hart zich net van wil onderscheiden (cf. randnr. 67).

72. **FUNCTIES VAN HET RECHT** – Joseph Raz vindt dat de indeling in verschillende types regels de verschillende functies van het recht onrecht aandoet.<sup>322</sup> De directe sociale functies van

---

<sup>315</sup> Ibid.

<sup>316</sup> J. P. VAN TWIST, *Recht en Moraal bij H.L.A. Hart*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1979, 15.

<sup>317</sup> David Gerber is professor aan het Chicago-Ket College of Law, Illinois Institute of Technology en is vooral actief in het domein van rechtsvergelijking en internationaal recht.

<sup>318</sup> D. GERBER, “Levels of Rules of Hart’s Concept of Law”, *Mind* 1972, (102) 103-104.

<sup>319</sup> Ibid.

<sup>320</sup> Ibid., 104.

<sup>321</sup> Ibid., 104-105.

<sup>322</sup> J. RAZ, *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979, 177-179.

het recht onderscheiden zich voor Raz in een primaire en secundaire categorie.<sup>323</sup> De primaire functie van recht bestaat uit het voorkomen en aanmoedigen van bepaald gedrag, het omkaderen van privéregelingen, het aanbieden van diensten en het herverdelen van goederen en het beslechten van ongereguleerde geschillen.<sup>324</sup> In Harts opdeling reguleren de primaire regels het gedrag en omkaderen de secundaire bevoegdheidstoekennende regels de privéregelingen. De indeling van Hart miskent volgens Raz dan ook het feit dat het recht ook diensten aanbiedt en ongereguleerde geschillen beslecht.

73. **FIDELITY TO LAW** – Ook Lon Fuller<sup>325</sup> meent dat de rechtsorde niet kan gereduceerd worden tot primaire en secundaire regels. Fullers rechtsopvatting is “not on two or three fronts,” gebaseerd, “but on thousands”.<sup>326</sup> Een juridische ‘eindtest’, zoals die van de *rule of recognition*, is volgens hem dan ook niet mogelijk. Fuller stelt dat het recht uiteindelijk afhankelijk is van iets dat geen recht is.<sup>327</sup> Recht en wetgevende instanties zijn voor hem morele concepten, omdat hun bestaan volledig afhangt van de algemene verplichting om het recht te gehoorzamen, d.i. “the moral obligation of fidelity to law”<sup>328, 329</sup>.
74. **PRINCIPES** – Dworkin verwijt Hart dat hij juridische principes totaal genegeerd heeft in zijn rechtstheorie.<sup>330</sup> Rechtsregels geven volgens hem slechts gedeeltelijk en onvolledig de achterliggende principes weer.<sup>331</sup> Een voorbeeld van een dergelijk principe is het rechtsadagium “nemo fraus suam allegans auditur”: niemand mag voordeel halen uit een eigen fout.<sup>332</sup>

Dworkin beschrijft het tekortschieten van het positivisme als volgt: “Positivism [...] is a model of and for a system of rules, and its central notion of a single fundamental test for

---

<sup>323</sup> Zie schema: *ibid.*, 176.

<sup>324</sup> De secundaire functie bestaat uit het voorzien van procedures om recht te wijzigen en af te dwingen. Zie: *ibid.*

<sup>325</sup> Lon Luvois Fuller (°1902-†1978) was een Amerikaans rechtsfilosoof en professor aan de Harvard-universiteit. Zijn belangrijkste werk is L. L., FULLER, *The Morality of Law*, New Haven/Londen, Yale University Press, 1969, 262 p. Zie: [www.law.nyu.edu/conferences/hartfuller](http://www.law.nyu.edu/conferences/hartfuller).

<sup>326</sup> Verder schrijft hij: “Engaged in this enterprise are those who draft and administer rules governing the internal affairs of clubs, churches, schools, labor unions, trade associations, agricultural fairs, and a hundred and one other forms of human association.”; L. L., FULLER, *The Morality of Law*, New Haven/Londen, Yale University Press, 1969, 124-125.

<sup>327</sup> L. L. FULLER, “Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart”, *Harv. L. Rev.* 1958, (630) 645.

<sup>328</sup> *Ibid.*, 656.

<sup>329</sup> *Ibid.*, 645.

<sup>330</sup> R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, [1977] 1978, 22 e.v.

<sup>331</sup> N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 27.

<sup>332</sup> R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, [1977] 1978, 26.

law forces us to miss the important role of these standards that are not rules.”<sup>333</sup> Die standaarden zijn principes, d.i. “[...] a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality.”<sup>334</sup> Recht bestaat voor Dworkin uit sociale praktijk, steeds geplaatst tegen een morele achtergrond. Dit wordt wel eens aangeduid als het ‘*social rule scepticism*’.<sup>335</sup>

Hart vindt het onderscheid tussen principes en regels gradueel: rechtsprincipes zijn eerder algemeen, breed en niet specifiek, terwijl regels het omgekeerde zijn.<sup>336</sup> Dworkin daarentegen denkt in alles-of-niets regels en niet-determinerende principes.<sup>337</sup> Hij spreekt over een mogelijk conflict tussen rechtsregels en principes, maar dit onderscheid vervaagt volgens Hart als het rechtvaardigende principe van een bepaalde regel uitgesloten wordt door een ander principe, waardoor de rechtsregel zelf niet van toepassing meer is op een bepaalde situatie.<sup>338</sup> Het zwart-witdenken van Dworkin kan volgens Hart niet standhouden wegens onsamenhangendheid.<sup>339</sup>

75. **SEMANTIC STING**<sup>340</sup> – Dworkin vraagt zich ook af hoe het mogelijk is dat er, ondanks het bestaan van de *rule of recognition*, in de praktijk zoveel meningsverschillen zijn over wat het recht is.<sup>341</sup> Alle juristen beschikken door de gedeelde *rule of recognition* namelijk over dezelfde, niet-controversiële criteria om te bepalen wat recht is.

Dworkin stelt dat theorieën zoals die van Hart, d.i. ‘semantische theorieën’<sup>342</sup>, er niet in slagen deze onenigheden te verklaren, omdat ze lijden aan de zogenaamde ‘*semantic sting*’.<sup>343</sup> Ze gaan er onterecht vanuit dat juristen dezelfde taalkundige criteria hanteren om

---

<sup>333</sup> Ibid., 22.

<sup>334</sup> Ibid.; Dworkins kritiek is echter niet geheel op zijn plaats. Hart meent namelijk dat immoreel recht weliswaar recht is, maar niet gehoorzaamd mag worden (cf. randnr. 86). Dworkins kritiek ligt met andere woorden in de lijn van Harts ruime rechtsbegrip (cf. randnr. 46). Zie: L. J. WINTGENS, *Rechtspositivisme en wetspositivisme. Een rechtstheoretische en rechtsfilosofische analyse* Brussel, E. Story-Scientia, 1991, 119.

<sup>335</sup> N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 27.

<sup>336</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 260.

<sup>337</sup> Ibid., 262; R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, [1977] 1978, 24.

<sup>338</sup> R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, [1977] 1978, 27; H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 262.

<sup>339</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 262.

<sup>340</sup> Voor een uitgebreide behandeling van de *semantic sting* bij Hart, zie: T.A.O. ENDICOTT, “Herbert Hart and the Semantic Sting”, *Legal Theory* 1998, 283-300.

<sup>341</sup> R. DWORKIN, *Law’s Empire*, Oxford, Hart Publishing, [1986] 1998, 45 e.v.

<sup>342</sup> Ibid., 31, 45.

<sup>343</sup> Ibid., 45 e.v.; H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 246.

te bepalen of een bepaalde uitspraak over het recht juist is of niet.<sup>344</sup> De betekenis van het woord ‘recht’ zorgt er volgens hen voor dat het recht van specifieke criteria afhangt. Wanneer men spreekt over ‘recht’, hanteert men bepaalde regels die door iedereen gedeeld worden.

Er is volgens Dworkin in het positivisme geen ruimte voor een meningsverschil over het recht zelf: het oneens zijn over de criteria zou betekenen dat er niet meer dezelfde taal wordt gesproken.<sup>345</sup> Dworkin wijst op het probleem dat Harts *rule of recognition* gebaseerd is op ‘*plain historical facts*’.<sup>346</sup> Dit wil zeggen dat geschillen over het recht empirisch van aard zijn en alleen maar kunnen gaan over historische gebeurtenissen, bijvoorbeeld eerdere beslissingen van rechters. Ze kunnen echter geen betrekking hebben op theoretische opvattingen over wat recht is. Die laatste discussie gaat volgens de aanhangers van de *plain-fact view* eerder over wat recht moet zijn dan wat recht is.<sup>347</sup>

Dworkin schuift zijn eigen interpretatieve theorie naar voren als alternatief voor de theorieën die lijden aan de *semantic sting*. Hij stelt dat begrippen zoals ‘recht’ altijd interpretatieve begrippen zijn. Ze worden niet bepaald door criteria, maar door de theorie die het best de praktijk weerspiegelt waarin het woord gebruikt wordt.<sup>348</sup>

Hart tracht de aantijgingen van Dworkin te weerleggen door te wijzen op het feit dat de *rule of recognition* de criteria voor herkenning van recht vastlegt, maar niet dat deze ook deel uitmaakt van de betekenis van het woord ‘recht’.<sup>349</sup> De geldigheidscriteria zijn volgens hem niet van taalkundige aard.

## Afdeling II. BESTAAN VAN RECHTSSYSTEEM

76. **BIJKOMENDE VOORWAARDEN** – Hierboven werd uitgelegd hoe het rechtssysteem er volgens Hart uitziet. Het is een wisselwerking tussen primaire en secundaire regels. De *rule of recognition* zorgt ervoor dat deze regels een samenhangend geheel vormen.<sup>350</sup> Om te kunnen bestaan *als rechtssysteem* binnen een samenleving gelden er echter nog bijkomende

---

<sup>344</sup> R. DWORKIN, *Law's Empire*, Oxford, Hart Publishing, [1986] 1998, 31; T.A.O. ENDICOTT, “Herbert Hart and the Semantic Sting”, *Legal Theory* 1998, (283) 283-284.

<sup>345</sup> Ibid.

<sup>346</sup> R. DWORKIN, *Law's Empire*, Oxford, Hart Publishing, [1986] 1998, 6-11, 31, 33-34.

<sup>347</sup> Ibid., 7.

<sup>348</sup> Ibid., 46, 49 e.v.

<sup>349</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 246.

<sup>350</sup> Ibid., 95.



voorwaarden.<sup>351</sup> Het aanwezig zijn van de primaire en secundaire regels volstaat voor Hart niet om een rechtssysteem als rechtssysteem te laten functioneren in een bepaalde samenleving. Hij vindt deze voorwaarden in de relatie die de gewone burger en de functionaris hebben met de primaire en secundaire regels.

77. **GEHOORZAAMHEID** – Het rechtssysteem moet effectief van kracht zijn. Dit is het geval wanneer burgers algemeen de primaire regels gehoorzamen.<sup>352</sup> Ze hoeven geen intern standpunt ter zake in te nemen. Het is genoeg dat ze de regels ‘om eender welke reden’ gehoorzamen. Een aantal burgers zal zich gedragen volgens de primaire regels omdat ze die als bindend beschouwen, terwijl anderen dat doen omdat ze bang zijn van de sancties die verbonden zijn met de niet-naleving van de regels.<sup>353</sup>

Het is ook geen probleem als een deel van de regels ‘nauwelijks meer dan een papieren bestaan’ leidt.<sup>354</sup> Een rechtssysteem houdt pas op met bestaan als geen van de rechtsregels meer door de burgers wordt nageleefd.<sup>355</sup> Hier volgt Hart Austin die stelt dat het recht ‘een algemene gewoonte van gehoorzaamheid’ moet zijn.<sup>356</sup>

78. **AANVAARDING** – Gehoorzaamheid alleen volstaat echter niet voor het bestaan van een rechtssysteem, waar ook het maken en toepassen van regels deel van uitmaken.<sup>357</sup> “This merely personal concern with the rules, which is all the ordinary citizen *may* have in obeying them, cannot characterize the attitude of the courts to the rules which they operate as courts,” schrijft Hart.<sup>358</sup> De functionarissen van het systeem, en in het bijzonder diegenen die deel uitmaken van het gerechtelijke apparaat, moeten de secundaire regels bewust accepteren.<sup>359</sup> Dit betekent dat ze het interne standpunt moeten innemen: ze moeten verlangen in overeenstemming met deze regels te leven.<sup>360</sup> Dat houdt in dat ze alle regels geldig volgens de *rules of recognition* getrouw toepassen.<sup>361</sup> De *ultimate rule of recognition* is dan een

---

<sup>351</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 116; Deze voorwaarden zijn niet onbetwist. Zie bijvoorbeeld: G. HUGHES, “Professor Hart’s Concept of Law”, *Mod. L. Rev.* 1962, (319) 329-331; M. PAYNE, “Hart’s Concept of a Legal System”, *Wm. & Mary L. Rev.* 1976-77, (287) 308-315.

<sup>352</sup> *Ibid.*; N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 22.

<sup>353</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 101.

<sup>354</sup> J. P. VAN TWIST, *Recht en Moraal bij H.L.A. Hart*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1979, 43-44.

<sup>355</sup> *Ibid.*; H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 114.

<sup>356</sup> ‘a general habit of obedience’, zie: H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 109.

<sup>357</sup> *Ibid.*, 112-113; J. P. VAN TWIST, *Recht en Moraal bij H.L.A. Hart*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1979, 44.

<sup>358</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 115-116.

<sup>359</sup> *Ibid.*, 117.

<sup>360</sup> *Ibid.*, 113-115; N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 22.

<sup>361</sup> N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 22.

sociale regel die aanvaard wordt als een bindende gemeenschappelijke gedragsstandaard door diegenen van wie de officiële macht uiteindelijk op deze regel steunt. In een gezonde samenleving zullen deze regels echter ook aanvaard worden door de meerderheid van de gewone burgers en niet alleen door de gerechtelijke elite.<sup>362</sup>

79. **DRIE VOORWAARDEN** – De eisen die Hart stelt aan een volwaardige rechtssysteem, besproken in de eerste en tweede afdeling van dit hoofdstuk, kunnen samengevat worden als drie afzonderlijke voorwaarden.<sup>363</sup>
1. *Er bestaat een geheel van primaire en secundaire regels;*
  2. *Functionarissen van het systeem, vooral in de rechtbanken, aanvaarden de secundaire regels als een kritische, gemeenschappelijke, publieke standaard voor hun gedrag in functie;*
  3. *Gedragsregels die geldig zijn onder de rule of recognition van het systeem, worden algemeen gehoorzaamd.*
80. **GEBREKKIGE LEGITIMITEIT?** – Er zijn in een rechtssysteem, d.i. in een ontwikkelde samenleving, dus twee verschillende ‘modaliteiten van regelbeleving’.<sup>364</sup> Enerzijds aanvaarden de functionarissen de secundaire regels, anderzijds volstaat het voor de gewone burger om de rechtsregels van het systeem te gehoorzamen. In een minder ontwikkelde samenleving, waar secundaire regels vaak ontbreken, is dit niet het geval. Hier kunnen rechtsregels slechts bestaan als de meerderheid van de groep het interne standpunt inneemt (cf. randnr. 49).<sup>365</sup>

Harts schema is zonder veel moeite terug te vinden in het Belgische rechtssysteem en de actuele kritiek daarop. Onze hedendaagse samenleving wordt steeds meer gejuridiseerd en zo ook gespecialiseerd. Door deze specialisatie en de gerechtelijke traagheid die die met zich meebrengt, komt de gedragenheid van het Belgische rechtssysteem door de burger steeds meer onder druk te staan. Het vertrouwen in justitie is de laatste jaren toegenomen,

---

<sup>362</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 116.

<sup>363</sup> M. L. JONES, “The Legal Nature of the European Community”, *Cornell Int. L. J.* 1984, (1) 10-11.

<sup>364</sup> J. P. VAN TWIST, *Recht en Moraal bij H.L.A. Hart*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1979, 46.

<sup>365</sup> “[...] most ordinary people not only obeyed the law but understood and accepted the rule qualifying a succession of lawgiver to legislate. In a simple society this might be the case; but in a modern state it would be absurd to think of the mass of the population, however law-abiding, as having any clear realization of the rules specifying the qualifications of a continually changing body of persons entitled to legislate”, zie: H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 60.

maar nog steeds aan de lage kant.<sup>366</sup> De gedragenheid is volgens Hart dan ook geen voorwaarde voor het voortbestaan van het rechtssysteem zelf. Men kan zich wel de vraag stellen of een dergelijke rechtsorde in de ogen van de burger voldoende gelegitimeerd is.

Voor Hart zelf is het algemene gehoorzamen van de rechtsregels voldoende, aangezien niet van elke burger verwacht kan worden dat die het geheel van regels en de inhoud ervan met alle bijhorende juridische details begrijpt. Het cognitieve aspect dat MacCormick onderscheidde van het volitionele aspect toont dat het volledig begrijpen van een rechtsregel een voorwaarde is om het interne standpunt aan te nemen (cf. randnr. 35). Door de techniciteit en complexiteit van het recht is er met andere woorden een soort van ‘minimale juridische kennis’ nodig om de regels *an sich* te kunnen aanvaarden.<sup>367</sup> Dat wordt door Hart bij zijn uiteenzetting over het interne standpunt echter niet expliciet benoemd. Deze vaststelling bevestigt het beeld dat leeft in de samenleving van een zogenaamde ‘klassenjustitie’.<sup>368</sup> Er is een elitaire groep mensen, Harts functionarissen, die aan het hoofd van de juridische orde staat en daar de staf zwaait.<sup>369</sup>

Binnen een samenleving waar het gros van de mensen het interne standpunt aanneemt ten aanzien van de rechtsregels of alleszins een deel ervan, zal het recht meer gedragen worden door de bevolking. De methode van referenda kan hier een belangrijke rol spelen: een burger zelf laten nadenken en beslissen welke norm hij zou willen gehoorzamen, stimuleert de kritische, reflectieve attitude die nodig is om het interne standpunt in te nemen. Hart zegt wel dat idealiter er ook een deel van de gewone burgers het interne standpunt inneemt, maar dit is geen vereiste (cf. randnr. 78).

Harts onderscheid tussen de twee verschillende belevingsvormen lijkt een adequate beschrijving van het Belgische rechtssysteem en de rechtsonderhorigen. Eens te meer valt op dat Hart een sociologische, descriptieve rechtstheorie heeft ontwikkeld, eerder dan een visie over hoe het recht er zou moeten uitzien.

---

<sup>366</sup> Zie resultaten Justitiebarometer 2010: [www.csj.be/sites/5023.b.fedimbo.belgium.be/files/press\\_publications/baro-2010-n\\_0.pdf](http://www.csj.be/sites/5023.b.fedimbo.belgium.be/files/press_publications/baro-2010-n_0.pdf).

<sup>367</sup> Begrip ‘*requirement of minimal legal expertise*’ ontleend aan M. PAYNE, “Hart’s Concept of a Legal System”, *Wm. & Mary L. Rev.* 1976-77, (287) 309.

<sup>368</sup> Dit werd eveneens bevestigd in de resultaten van de Justitiebarometer.

<sup>369</sup> Dit risico werd in extreme vorm ook door Hart beschreven: “[...] the cost is the risk that centrally organized power may well be used for the oppression of numbers with whose support it can dispense, in a way that the simpler regime of primary rules could not.”, zie: H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 60. Risico’s als deze wijzen volgens sommigen het moreel riskant zijn van het recht (cf. randnr. 87).

### HOOFDSTUK III. RECHT EN MORAAAL

81. **HART EN MORAAAL** – Zoals eerder vermeld, is Hart een gematigd wetspositivist (cf. randnr. 9). Hij scheidt recht en moraal van elkaar, maar doet dat niet op een rigoureuze manier. In dit hoofdstuk wordt het verschil tussen morele regels en rechtsregels geduid om zo te komen tot Harts invulling van de scheidingsthese. Vervolgens komen de verhoudingen tussen enerzijds het recht en anderzijds moraal en rechtvaardigheid elk afzonderlijk aan bod.

#### Afdeling I. MORELE REGELS EN RECHTSREGELS

82. **OVERLAP** – Morele regels en rechtsregels hebben vele gelijkenissen met elkaar – ze behandelen vaak dezelfde handelingen en situaties.<sup>370</sup> Logisch, want een rechtsregel vindt vaak zijn oorsprong in een morele regel. Daarom hebben ze volgens Hart ook vaak een overlappend vocabularium. Hij stelt dat de primaire regels het belangrijkste element zijn in de gemeenschappelijke of aanvaarde moraal van een groep (cf. randnr. 47).<sup>371</sup> Dat betekent niet dat het recht in enige mate afgeleid is van morele principes als een eerder bestaande hogere normatieve orde.<sup>372</sup> Ondanks die inhoudelijke overeenkomst tussen recht en moraal zijn er tal van eigenschappen die ze niet met elkaar gemeen kunnen hebben.<sup>373</sup> Voor het verder uitdiepen van Harts gematigde wetspositivisme is het belangrijk het onderscheid tussen beide scherp te stellen.
83. **VERSCHIL** – Volgens Hart is het onderscheid tussen rechtsregels en morele regels viervoudig. Ten eerste halen morele regels hun autoriteit uit het belang dat ze hebben, bijvoorbeeld door het begrenzen van driften en persoonlijke belangen.<sup>374</sup> Rechtsregels daarentegen vragen doorgaans geen grote opoffering van de rechtsonderhorige. Ook is het belang van rechtsregels irrelevant voor de status ervan.

Als tweede punt van verschil wijst Hart erop dat morele regels immuun zijn voor bewuste verandering. In tegenstelling tot rechtsregels kunnen ze niet zomaar gewijzigd worden,

---

<sup>370</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 171.

<sup>371</sup> Ibid., 165; J. P. VAN TWIST, *Recht en Moraal bij H.L.A. Hart*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1979, 59.

<sup>372</sup> N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 24.

<sup>373</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 171.

<sup>374</sup> Ibid., 174- 175.

maar evolueren ze in de loop van de ontwikkeling van de samenleving.<sup>375</sup> Dit gebeurt langzaam en vaak ongewild.

Ten derde is er het feit dat iemand die een morele regel onopzettelijk schendt, daarvoor kan vergeven worden.<sup>376</sup> Een zekere controle zover de handeling die men stelt, is een noodzakelijke voorwaarde voor morele verantwoordelijkheid.<sup>377</sup> Bij rechtsregels geldt dit slechts in bepaalde gevallen, bijvoorbeeld in het strafrecht wanneer een intentioneel, of ook ‘moreel’, element vereist wordt bij een misdrijf. Als het morele element niet aanwezig is, betekent dat een schulduitsluitingsgrond.<sup>378</sup> Aangezien het onderzoek van de morele instellingen van een beschuldigde niet vanzelfsprekend is, worden er in rechtssystemen dikwijls ‘objectieve testen’ ingevoerd.<sup>379</sup> In België kennen we bijvoorbeeld de *bonus pater familias*, de zogenaamde goede huisvader die handelt als een redelijk en vooruitziend persoon. De erkenning van een schulduitsluitingsgrond toont respect voor het individu als individu, als wezen dat kan kiezen.<sup>380</sup>

Het vierde verschil tussen morele en rechtsregels is volgens Hart de morele druk of de respectabiliteit<sup>381</sup>.<sup>382</sup> Rechtsregels dreigen vaak met externe sancties, d.i. een geldboete of een gevangenisstraf.<sup>383</sup> Morele druk bestaat niet uit externe sancties, maar vindt haar grond in het belang van de morele regel zelf.<sup>384</sup> Van de morele regel gaat als het ware een breed moreel appel op de hele groep uit.<sup>385</sup>

Door de scheiding van morele en juridische regels hebben de juridische en morele geldigheid van deze regels volgens Hart geen enkel effect op elkaar. Het schenden van een morele standaard door een rechtsregel zorgt niet voor juridische ongeldigheid, net zoals het moreel wenselijk zijn van een regel er niet voor zorgt dat de regel een rechtsregel wordt.<sup>386</sup> Juridische geldigheid heeft ook geen morele geldigheid tot gevolg.

---

<sup>375</sup> Ibid., 175-176.

<sup>376</sup> Ibid., 178.

<sup>377</sup> Ibid., 179.

<sup>378</sup> H.L.A. HART, *Punishment and Responsibility*, Oxford, Clarendon Press, 1968, 35-37; J. P. VAN TWIST, *Recht en Moraal bij H.L.A. Hart*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1979, 116.

<sup>379</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 179.

<sup>380</sup> H.L.A. HART, *Punishment and Responsibility*, Oxford, Clarendon Press, 1968, 49.

<sup>381</sup> J. P. VAN TWIST, *Recht en Moraal bij H.L.A. Hart*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1979, 61.

<sup>382</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 180.

<sup>383</sup> Ibid., 179.

<sup>384</sup> Ibid., 180.

<sup>385</sup> J. P. VAN TWIST, *Recht en Moraal bij H.L.A. Hart*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1979, 61.

<sup>386</sup> H.L.A. HART, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harv. L. Rev.* 1958, (593) 599; L. J. WINTGENS, *Droit, principes et théories. Pour un positivisme critique*, Brussel, Bruylant, 2000, 30.

## Afdeling II. RECHT EN MORAAL

### §1. Scheiding recht en moraal

84. **SCHEIDINGSTHESE** – Rechtsregels en morele regels zijn volgens Hart niet alleen fundamenteel van elkaar verschillend, ze bestaan ook gescheiden van elkaar. Dit is de zogenaamde scheidingstheze.

Deze is zoals gezegd een algemeen kenmerk van het wetspositivisme, waarmee het zich afzet tegen het natuurrecht (cf. randnr. 12). Hoe die scheidingstheze moet ingevuld worden, is echter minder eenduidig.<sup>387</sup> Dat hangt af van de aard van het wetspositivisme, d.i. gematigd of radicaal wetspositivisme. Hart beschreef de kern van de scheidingstheze in zijn gematigde wetspositivisme als volgt: “There is no necessary connection between law and morals or law as it is and ought to be.”<sup>388</sup>

85. **GEEN NOODZAKELIJKE VERBINDING** – Hart verzet zich tegen elke noodzakelijke conceptuele verbinding tussen moraal en recht.<sup>389</sup> Een rechtssysteem kan voor hem juridisch geldig zijn zonder enige verwijzing naar morele criteria. Verwijzend naar allerlei moeilijke situaties die voortkomen uit de vermenging van recht en moraal, schrijft Hart: “A concept of law which allows the invalidity of law to be distinguished for its immorality, enables us to see the complexity and variety of these separate issues”.<sup>390</sup> De reden om recht en moraal van elkaar te scheiden is dus eigenlijk een morele reden.<sup>391</sup>

86. **SCHEIDING** – Hart formuleert zes argumenten om de scheiding tussen recht en moraal te onderbouwen.

Zijn eerste argument verklaart waarom een ambtenaar zich verplicht voelt een juridische regel te volgen.<sup>392</sup> Dat is niet omdat hij hem als een moreel bindende norm beschouwt, maar omdat hij een intern standpunt inneemt ten opzichte van de regel. Joseph Raz toont echter

---

<sup>387</sup> J. COLEMAN, “Rules and Social Facts”, *Harv. J. of L. & Public Policy* 1991, (703) 716.

<sup>388</sup> H.L.A. HART, “Positivism and the Separation of Laws and Morals”, *Harv. L. Rev.* 1958, voetnoot nr. 25.

<sup>389</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 155-157; J. P. VAN TWIST, *Recht en Moraal bij H.L.A. Hart*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1979, 57 e.v.; L. J. WINTGENS, *Droit, principes et théories. Pour un positivisme critique*, Brussel, Bruylant, 2000, 30; Harts idee omtrent de scheiding tussen recht en moraal werd eerder al uitgewerkt in H.L.A. HART, “Positivism and the Separation of Laws and Morals”, *Harv. L. Rev.* 1958, 593-629.

<sup>390</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 211.

<sup>391</sup> MacCormick verwoordt dit als volgt: “The ultimate basis for adhering to the positivist thesis of the conceptual differentiation of law and morals is itself a moral reason.”, zie: N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 24-25.

<sup>392</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 202 e.v.

aan dat het voor Hart maar een kleine stap zou zijn om toch te accepteren dat functionarissen de *rule of recognition* aanvaarden uit een – zelfs geveinsde – morele overtuiging.<sup>393</sup> Hierbij kan verwezen worden naar het cognitief en volitioneel aspect van het interne standpunt dat een onderscheid toont tussen het begrijpen van een norm en die norm aanvaarden als gedragsstandaard (cf. randnr. 35). Men kan een rechtsregel ook aanvaarden omdat men bang is voor een sanctie of uit gewoonte.

Ten tweede wijst Hart erop dat het voor juridische normen geen logische vereiste is om een moreel voorschrift te bevatten.<sup>394</sup>

Als derde argument voert hij aan dat, wegens de *open texture* van het recht, men het recht moet interpreteren *de lege ferenda*, d.i. in het licht van hoe het recht moet zijn.<sup>395</sup> Dit gebeurt niet alleen met inachtneming van morele argumenten, maar ook van economische, politieke en sociale argumenten.<sup>396</sup>

Ten vierde stelt Hart dat een rechtssysteem dat morele voorschriften schendt hierdoor niet ophoudt te bestaan als rechtssysteem, maar slechts moreel verwerpelijk is.<sup>397</sup> De immorele inhoud van de regels heeft dus geen invloed op de juridische geldigheid van het systeem.

Het vijfde argument dat hij aanhaalt is dat de doctrine van de *rule of law* gepaard kan gaan met een grote onrechtvaardigheid.<sup>398</sup> Dit toont dat de relatie tussen recht en moraal niet van logische aard is.<sup>399</sup>

Als zesde argument kiest Hart voor een breed concept van recht.<sup>400</sup> In een eng rechtsbegrip zijn de rechtszoekenden en de officiële organen niet genoeg gewapend tegen onrechtvaardige regels.<sup>401</sup> We moeten een kritisch standpunt kunnen innemen ten aanzien van het recht en een soort van ‘moraliteitsgevoel’ behouden om een rechtsregel als

---

<sup>393</sup> J. RAZ, “Hart on Moral Rights and Legal Duties”, *Oxford J. of Leg. Stud.* 1984, (123) 130.

<sup>394</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 203-204.

<sup>395</sup> *Ibid.*, 204-205; H.L.A. HART, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harv. L. Rev.* 1958, (593) 612-613.

<sup>396</sup> L. J. WINTGENS, *Droit, principes et théories. Pour un positivisme critique*, Brussel, Bruylant, 2000, 31.

<sup>397</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 205-206.

<sup>398</sup> *Ibid.*, 206-207.

<sup>399</sup> L. J. WINTGENS, *Droit, principes et théories. Pour un positivisme critique*, Brussel, Bruylant, 2000, 32.

<sup>400</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 209-10.

<sup>401</sup> *Ibid.*

immoreel aan te duiden en te beslissen deze niet na te leven.<sup>402</sup> We zouden moeten zeggen: “Dit is recht, maar het is te onbillijk om toegepast of gehoorzaamd te worden”.<sup>403</sup>

87. **MOREEL RISKANT** – Leslie Green<sup>404</sup>, die de introductie van de derde editie van “The Concept of Law” schreef, verwerpt de scheidingsthese en wijst op een noodzakelijke band tussen recht en moraal.<sup>405</sup>

Volgens Green is recht noodzakelijk moreel riskant.<sup>406</sup> Hij stelt dat “where there is ‘a union of primary and secondary rules’ – that is to say, *wherever there is law* – new moral risks emerge as a matter of necessity”.<sup>407</sup> Door het invoeren van nieuwe rechtsregels kan bijvoorbeeld de transparantie van het rechtssysteem verloren gaan.<sup>408</sup> Green stelt ook vast dat een rechtssysteem “endemically liable” is “to become alienated from its subjects”.<sup>409</sup> Het leven van de mensen wordt gereguleerd door normen die uitgevaardigd en afgedwongen worden door officiële instellingen. Hierdoor kunnen mensen vervreemd raken van de regels die hun leven beheersen, omdat die “remote, technical, and arcane” worden.<sup>410</sup> Deze vaststelling kwam eerder al aan bod bij de reflectie over de gedragenheid van het Belgische rechtssysteem (cf. randnr. 80). Men kan zich afvragen of dit risico voortkomt uit de aard van het recht of eerder afhangt van de sociale en politieke factoren die de aanvaarding van het recht beïnvloeden.<sup>411</sup>

Hart zelf wijst ook op de morele risico’s die aan een modern rechtssysteem gekoppeld zijn: “The gains are those of adaptability to change, certainty and efficiency, and these are immense; the cost is the risk that centrally organized power may well be used for the oppression of numbers with whose support it can dispense, in a way that the simpler regime of primary rules could not.”<sup>412</sup> Uit dit citaat blijkt dat Hart in zijn verdediging van de scheidingsthese gefocust was op het weerleggen van diegenen die de band tussen recht en

---

<sup>402</sup> Ibid., 210-211; N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 24-25; L. J. WINTGENS, *Rechtspositivisme en wetspositivisme. Een rechtstheoretische en rechtsfilosofische analyse* Brussel, E. Story-Scientia, 1991, 111.

<sup>403</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 208.

<sup>404</sup> Leslie Green is professor rechtsfilosofie aan de universiteit van Oxford. Zie: <https://ljmgreen.com/about/>.

<sup>405</sup> L. GREEN, “Positivism and the Inseparability of Law and Morals”, *NY University L. Rev.* 2008, 1054.

<sup>406</sup> Deze stelling is echter niet onbetwist. Zie bijvoorbeeld: M. A. WILKINSON, “Is Law Morally Risky? Alienation, Acceptance and Hart’s Concept of Law”, *Oxford J. of Leg. Stud.* 2010, 441-466.

<sup>407</sup> L. GREEN, “Positivism and the Inseparability of Law and Morals”, *NY University L. Rev.* 2008, (1035) 1054.

<sup>408</sup> Ibid.

<sup>409</sup> Ibid., 1057.

<sup>410</sup> Ibid., 1058.

<sup>411</sup> M. A. WILKINSON, “Is Law Morally Risky? Alienation, Acceptance and Hart’s Concept of Law”, *Oxford J. of Leg. Stud.* 2010, (441) 442.

<sup>412</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 202.



de deugden ervan overschatten, eerder dan diegenen die de morele gebreken van het recht wilden aantonen.<sup>413</sup> Green ziet in het noodzakelijk moraal riskant zijn van het recht dan ook een argument om de scheidingstheorie los te laten.

## §2. Relatie tussen recht en moraal

88. **RELATIE** – Dat recht en moraal gescheiden van elkaar bestaan, wil niet zeggen dat ze uit elkaar moeten gehouden worden zoals Kerk en Staat.<sup>414</sup> Hart zegt dat er “many different types of relation between law and morals” zijn “and there is nothing which can be profitably singled out for study as *the* relation between them.”<sup>415</sup> Hij laat de deur op een kier staan en verdedigt een zogenaamde minimuminhoud-positie. Zijn redenering vertrekt vanuit het natuurrecht.
89. **MINIMUM INHOUD** – Het natuurrecht gaat uit van een aristotelisch theologisch standpunt: de mens heeft een bepaald (hier: moreel) doel.<sup>416</sup> Voor het natuurrecht is een ‘immorele moraal’ of een ‘onrechtvaardig recht’ onmogelijk: alleen moreel juist recht is recht.<sup>417</sup> Hart wijst die idee af en weigert een ‘hogere norm’ waaraan het positieve recht moet beantwoorden.<sup>418</sup>

De gedachte van het natuurrecht wordt niet helemaal opzijgeschoven. Hart kiest een middenweg tussen het klassieke positivisme en het naturalistische standpunt.<sup>419</sup> Beïnvloed door Hobbes stelt hij dat de mens van nature gericht is op overleven. De belangrijkste reden waarom we gehoorzamen aan regels is onze overlevingsdrang.<sup>420</sup> De principes van het streven naar overleven vormen de *minimum content* van het natuurrecht en zijn gemeenschappelijk aan recht en moraal.

Zonder deze inhoud zouden recht en moraal ook niet het minimale doel van het voortbestaan van de mens kunnen bevorderen.<sup>421</sup> De lichamelijke integriteit, de onderlinge

---

<sup>413</sup> L. GREEN, “Positivism and the Inseparability of Law and Morals”, *NY University L. Rev.* 2008, (1035) 1056.

<sup>414</sup> *Ibid.*, 1036.

<sup>415</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 185.

<sup>416</sup> *Ibid.*, 186-188.

<sup>417</sup> J. P. VAN TWIST, *Recht en Moraal bij H.L.A. Hart*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1979, 63.

<sup>418</sup> *Ibid.*

<sup>419</sup> S. COYLE, *Modern Jurisprudence, A Philosophical Guide*, Oxford, Hart Publishing, 2014, 99; R. K. SHERWIN, “Opening Hart’s Concept of Law”, *Val. U. L. Rev.* 1986, vol. 20, (385) 386.

<sup>420</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 193.

<sup>421</sup> *Ibid.*, 192-193; J. P. VAN TWIST, *Recht en Moraal bij H.L.A. Hart*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1979, 64.

verdraagzaamheid, de mogelijkheid tot dwang en de garantie op een zo goed mogelijke goederenvoorziening eisen voorschriften die de mens beperkingen opleggen om zo te kunnen voortbestaan.<sup>422</sup> Dat zijn de statische basisregels die aangevuld worden door dynamische regels zoals contractenrecht, regels omtrent beloften et cetera.<sup>423</sup>

Als deze morele inhoud totaal afwezig zou zijn, zouden mensen geen enkele reden hebben om zich vrijwillig aan regels te onderwerpen.<sup>424</sup> Dit ‘natuurrechtelijk minimum’ komt voor in elk rechtssysteem, omdat het ‘natuurlijk’ is om bijvoorbeeld voedsel te gebruiken of iemand te straffen.<sup>425</sup> Het bevat geen criterium voor goed of kwaad, maar wel verschillende mogelijkheidsvoorwaarden voor recht.<sup>426</sup> Voor Hart is dat de enige manier waarop het recht in overeenstemming kan zijn met de moraal.<sup>427</sup> Meer eisen heeft geen zin.

90. **PEDIGREE THESIS** – Dworkin tracht Harts rechtsbegrip aan de kant te schuiven aan de hand van de ‘*pedigree thesis*’.<sup>428</sup> Deze these beschrijft volgens hem het positivisme van Hart en luidt als volgt: “The law of a community [...] can be identified and distinguished by specific criteria, by tests having to do not with their content but with their *pedigree* or the manner in which they were adopted or developed.”<sup>429</sup> Dworkin wijst deze these en daarmee ook Harts rechtsbegrip af.

Hart maak echter een onderscheid tussen exclusief en inclusief positivisme. Hij wil zich onderscheiden van exclusieve positivisten die de *pedigree thesis* aanhangen en menen dat rechtsregels slechts te onderscheiden zijn van niet-rechtsregels op basis van hun sociale bron.<sup>430</sup> Hart is een ‘*soft*’ positivist. Dit *soft* of inclusief positivisme meent dat de geldigheidscriteria van de *rule of recognition* ruimte laten voor morele toetsingen.<sup>431</sup>

---

<sup>422</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 194-197; J. P. VAN TWIST, *Recht en Moraal bij H.L.A. Hart*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1979, 64-65,

<sup>423</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 196-197.

<sup>424</sup> *Ibid.*, 193.

<sup>425</sup> J. P. VAN TWIST, *Recht en Moraal bij H.L.A. Hart*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1979, 66.

<sup>426</sup> *Ibid.*

<sup>427</sup> De bekende uitspraak uit het natuurrecht dat een immorele regel geen rechtsregel kan zijn, is volgens Hart dan ook niet correct.

<sup>428</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 250.

<sup>429</sup> R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, [1977] 1978, 17.

<sup>430</sup> “All law is source based, and anything which is not source based is not law”, d.i. de zogenaamde ‘*sources thesis*’, zie: A. MARMOR, “Exclusive Legal Positivism” in J. COLEMAN en S. SHAPIRO, *The Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002, (104) 104.

<sup>431</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 204, 251-252; K. E. HIMMA, “Inclusive Legal Positivism” in J. COLEMAN en S. SHAPIRO, *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002, (125) 125.

Dworkin heeft in een later werk kritiek geformuleerd op het zogenaamde *soft* positivisme, dat ook door andere denkers dan Hart verdedigd wordt. Volgens hem is er een grote tegenstrijdigheid terug te vinden in het *soft* positivisme: de opvatting dat moraal deel kan uitmaken van de geldigheidscriteria botst met de algemene positivistische idee van recht dat een publieke gedragsstandaard biedt zonder afhankelijk te zijn van controversiële morele argumenten.<sup>432</sup> Hart relativeert dit echter en wijst op een zekere marge van onzekerheid die getolereerd moet worden en zelfs in vele gevallen verwelkomd moet worden (cf. *open texture*, randnr. 68).<sup>433</sup>

### Afdeling III. RECHT EN RECHTVAARDIGHEID

91. **MORAAL EN RECHTSVAARDIGHEID**– Rechtvaardigheid is volgens Hart een specifiekere categorie van moraal. Moraal gaat namelijk over het goed of slecht zijn van een daad of situatie, rechtvaardigheid over het rechtvaardig zijn, en dat laatste is steeds een relatief begrip.<sup>434</sup> Rechtvaardigheid gaat fundamenteel over het gelijk behandelen van gelijken en het anders behandelen van verschillende gevallen.<sup>435</sup> Het is daarom belangrijk uit te maken welke overeenkomsten en verschillen relevant zijn voor het maken van een rechtvaardig onderscheid.<sup>436</sup>
92. **RECHTVAARDIGHEID BIJ VERDELING** – Mensen hebben in principe recht op eenzelfde behandeling.<sup>437</sup> Relevante verschillen kunnen echter wel invloed hebben op het verdelen van nadelen en voordelen onder individuen.<sup>438</sup> Het gebrek aan voldoende rationeel vermogen bij kinderen of krankzinnigen is bijvoorbeeld genoeg om het stemrecht voor die groepen uit te sluiten.<sup>439</sup> Een rechtssysteem dat niet-blanken onderwerpt aan blanken vanwege hun gebrek aan rationeel vermogen is dan weer onrechtvaardig, omdat dit onderscheid niet met argumenten onderbouwd kan worden.<sup>440</sup>

---

<sup>432</sup> Ibid., 251; M. COHEN, *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, New Jersey, Rowman and Allanheld, 1984, 128.

<sup>433</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 252.

<sup>434</sup> Ibid., 158-159.

<sup>435</sup> Ibid., 158.

<sup>436</sup> J. P. VAN TWIST, *Recht en Moraal bij H.L.A. Hart*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1979, 95.

<sup>437</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 159.

<sup>438</sup> Ibid., 159-160, 163; J. P. VAN TWIST, *Recht en Moraal bij H.L.A. Hart*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1979, 96.

<sup>439</sup> J. P. VAN TWIST, *Recht en Moraal bij H.L.A. Hart*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1979, 96.

<sup>440</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 161-162; J. P. VAN TWIST, *Recht en Moraal bij H.L.A. Hart*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1979, 96.

93. **PROCEDURELE RECHTVAARDIGHEID** – Wetten kunnen volgens Hart slechts rechtvaardig zijn wanneer ze niet alleen naar inhoud eerlijk zijn, maar de rechtvaardigheid ook procedureel waarborgen.<sup>441</sup> Wetten moeten algemeen geformuleerd zijn en verwijzen naar groepen van personen in plaats van individuen.<sup>442</sup> Ook moeten rechtsregels helder zijn en publiek bekendgemaakt worden.<sup>443</sup> Daarnaast mogen wetten geen retroactieve lasten opleggen.<sup>444</sup> Al deze rechtsregels moeten toegepast worden door een onpartijdige rechter, die zich laat leiden door het algemeen belang.<sup>445</sup> Voor Hart is het correct toepassen van de algemene regel de kern van de rechtvaardigheid.<sup>446</sup> Dit is echter niet voldoende, omdat een onrechtvaardig recht ook rechtvaardig, d.i. op een gelijke manier, kan worden toegepast.<sup>447</sup> Hier wordt duidelijk hoe Hart het bestaan en de waarde van recht los van elkaar bekijkt. Hart ziet rechtvaardigheid als een zelfstandig, moreel criterium dat niet opgenomen is in de *rule of recognition*.<sup>448</sup>
94. **HART-FULLER DEBAT**<sup>449</sup> – Op dit punt verschilt Hart fundamenteel van Fuller, die in het belang van legaliteit en procedurele rechtvaardigheid een noodzakelijke band ziet tussen recht en moraal.

Fuller onderscheidt de externe en interne moraal, die niet onafhankelijk zijn van elkaar. De interne moraal of ook '*morality of order*' verwijst naar de innerlijke moraal van het recht, d.i. een procedurele moraal of een moraal die het recht mogelijk maakt. Wetten moeten volgens hem samenhangend<sup>450</sup>, niet-retrospectief<sup>451</sup>, publiek<sup>452</sup>, niet onmogelijk te

---

<sup>441</sup> H.L.A. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, 114; P. VAN TWIST, *Recht en Moraal bij H.L.A. Hart*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1979, 98-99.

<sup>442</sup> Ibid.

<sup>443</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 206-207; H.L.A. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, 114; J. P. VAN TWIST, *Recht en Moraal bij H.L.A. Hart*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1979, 99.

<sup>444</sup> Ibid.

<sup>445</sup> Ibid.

<sup>446</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 159; J. P. VAN TWIST, *Recht en Moraal bij H.L.A. Hart*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1979, 101-102.

<sup>447</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 160-161; J. P. VAN TWIST, *Recht en Moraal bij H.L.A. Hart*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1979, 101.

<sup>448</sup> J. P. VAN TWIST, *Recht en Moraal bij H.L.A. Hart*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1979, 102.

<sup>449</sup> De scheiding tussen recht en moraal was het centrale thema in de discussie tussen Hart en Fuller in de *Harvard Law Review* in 1958.<sup>449</sup> Beide artikelen focussen op het 'recht' tijdens het nazistische regime en het na-oorlogse Duitsland. Zowel Fuller als Hart werkt nadien zijn standpunt verder uit, respectievelijk in "The Morality of Law" en in "The Concept of Law". Voor een uitgebreide behandeling van de relevantie van het Hart-Fuller debat in de 21<sup>ste</sup> eeuw, zie: P. CANE, *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*, Oxford, Hart Publishing, 2010, 307 p.

<sup>450</sup> L. L., FULLER, *The Morality of Law*, New Haven/Londen, Yale University Press, 1969, 63-65.

<sup>451</sup> Ibid., 51-62.

<sup>452</sup> Ibid., 49-50.

gehoorzamen<sup>453</sup>, zeker<sup>454</sup> en algemeen in de toepassing<sup>455</sup> zijn.<sup>456</sup> Deze principes worden ook wel de ‘*principles of legality*’ genoemd.<sup>457</sup> Deze moeten gerespecteerd worden om recht – goed of slecht – te creëren.<sup>458</sup>

Daarnaast is er ook de externe moraal, die wijst op de wezenlijk morele inhoud van het recht. De innerlijke moraal van het recht vormt volgens Fuller een noodzakelijke, maar niet voldoende voorwaarde voor de realisatie van een wezenlijke morele inhoud.<sup>459</sup> Het voldoen aan de verschillende principes is met andere woorden “a precondition of good law”.<sup>460</sup> Fuller verklaart dit door te stellen dat “coherence and goodness have more affinity than coherence and evil.”<sup>461</sup> Op deze manier verbindt hij rechtsgeldigheid met rechtvaardigheid.<sup>462</sup> Fuller en Hart zijn het dus maar tot op een bepaald niveau oneens. Beiden ontkennen dat rechtsgeldigheid afhankelijk is van het wezenlijk moreel correct zijn van het recht.<sup>463</sup>

Fuller verwijt Hart het negeren van deze ‘*morality of order*’.<sup>464</sup> Het positivisme heeft onterecht aangenomen dat het al dan niet bestaan van recht moreel indifferent is.<sup>465</sup> Voor Hart is recht een amoreel gegeven en de innerlijke moraliteit van Fuller moet volgens hem dan ook geïnterpreteerd worden als een louter procedureel concept dat kan onderworpen worden voor elk doeleind.<sup>466</sup> De *principles of legality* zijn niet noodzakelijk moreel, deze als ‘moraal’ bestempelen vindt Hart dan ook verwarrend.<sup>467</sup> Het volstaat te zeggen dat het “principles of good legal craftsmanship” zijn.<sup>468</sup> Het gaat hier volgens hem over

---

<sup>453</sup> Ibid., 70-79.

<sup>454</sup> Ibid., 79-81.

<sup>455</sup> Ibid., 46-49.

<sup>456</sup> Fuller komt tot deze principes door de situatie te schetsen van heerser Rex. Deze probeert op verschillende manieren regels uit te vaardigen voor zijn onderdanen. Na elke mislukking klagen zijn onderdanen, omdat hij er niet in slaagt hen regels te geven die ze kunnen gehoorzamen, zie: *ibid.*, 33 e.v.

<sup>457</sup> J. WALDRON, “Positivism and Legality: Hart’s Equivocal Response to Fuller”, *NYU L. Rev.* 2008, (1135) 1136.

<sup>458</sup> L. L. FULLER, “Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart”, *Harv. L. Rev.* 1958, (630) 645.

<sup>459</sup> L. L., FULLER, *The Morality of Law*, New Haven/Londen, Yale University Press, 1969, 168.

<sup>460</sup> *Ibid.*, 155.

<sup>461</sup> L. L. FULLER, “Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart”, *Harv. L. Rev.* 1958, (630) 636.

<sup>462</sup> J. WALDRON, “Positivism and Legality: Hart’s Equivocal Response to Fuller”, *NYU L. Rev.* 2008, (1135) 1142.

<sup>463</sup> J. NADLER, “Hart, Fuller and the Connection Between Law and Justice”, *Law and Philosophy* 2007, (1) 2.

<sup>464</sup> L. L. FULLER, “Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart”, *Harv. L. Rev.* 1958, (630) 645.

<sup>465</sup> B. H. BIX, “Natural Law: the Modern Tradition” in J. COLEMAN en S. SHAPIRO, *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002, (61) 77.

<sup>466</sup> H.L.A. HART, *Essays in Jurisprudence*, Oxford, Clarendon, [1983] 2001, 350; J. WALDRON, “Positivism and Legality: Hart’s Equivocal Response to Fuller”, *NYU L. Rev.* 2008, (1135) 1154.

<sup>467</sup> H.L.A. HART, “The Morality Of Law: Book Review”, *Harv. L. Rev.* 1965, (1281) 1285; J. NADLER, “Hart, Fuller and the Connection Between Law and Justice”, *Law and Philosophy* 2007, (1) 21.

<sup>468</sup> H.L.A. HART, “The Morality Of Law: Book Review”, *Harv. L. Rev.* 1965, (1281) 1286; Hart staat hier niet alleen, ook Summers schrijft dat deze principes “may be viewed as ‘maxims of legal efficacy’ and maxims of this nature are not, as such, conceptually connected with morality. If a person assembles a machine inefficiently, the

rechtvaardigheid in de administratie van het recht, maar niet over rechtvaardigheid van het recht zelf.<sup>469</sup> Wel heeft volgens Hart elk mens een morele plicht om naar eigen inzicht correct te handelen (cf. randnr. 86).<sup>470</sup> Fuller vindt deze *sui generis* morele verplichting echter te geïsoleerd van het recht zelf.<sup>471</sup>

Over de innerlijke moraliteit van Fuller concludeert Hart vernietigend: “If this is what the necessary connection of law and morality means we may accept it. It is unfortunately compatible with very great iniquity.”<sup>472</sup>

---

result is inefficiency, not immorality.”, zie: R. S. SUMMERS, “Professor Fuller on Morality of Law” in R. S. SUMMERS (ed.), *More Essays in Legal Philosophy*, California, University of California Press, 1971, (101) 129.

<sup>469</sup> H.L.A. HART, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harv. L. Rev.* 1958, (593) 624.

<sup>470</sup> T. SPAAK, “Kelsen and Hart on the Normativity of Law”, *Scandinavian Studies in Law* 2005, (398) 400; J. P. VAN TWIST, *Recht en Moraal bij H.L.A. Hart*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1979, 73.

<sup>471</sup> L. L. FULLER, “Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart”, *Harv. L. Rev.* 1958, (630) 656.

<sup>472</sup> H.L.A. HART, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harv. L. Rev.* 1958, (593) 602.

## CONCLUSIE

95. **TOT SLOT** – Deze masterproef heeft het rechtsbegrip van Hart doorgelicht. Vertrekkend van een beknopt historisch overzicht en een contextuele situering, is er getoond tegen welke achtergrond het wetspositivisme van Hart ontstaan is en hoe zijn denken beïnvloed werd. Het wetspositivisme werd door onder andere Austin voor het eerst geformuleerd als een tegenreactie op het natuurrecht. Na de Tweede Wereldoorlog kwamen er heel wat verwijten aan het adres van het positivisme, waardoor er nood was aan een grondige herformulering. Hart nam deze taak op zich en formuleerde een gematigd wetspositivisme. Hij gaat hierbij in discussie met het rechtsformalisme en het rechtsrealisme en wordt beïnvloed door de *ordinary language philosophy*.

Hart vertrekt vanuit Austins positivisme dat het recht beschrijft als geheel van algemene *orders backed by threats* die uitgaan van de soeverein. De kern van Harts rechtssysteem is het samenspel tussen primaire regels en secundaire regels, waaronder de *rules of adjudication*, *rules of change* en de *rules of recognition*. Deze laatste worden verenigd in de *ultimate rule of recognition*, die het sluitstuk vormt van Harts rechtssysteem. Om effectief te bestaan, moeten de primaire regels algemeen gehoorzaamd worden door de burgers en moeten de secundaire regels aanvaard worden door de functionarissen. Zowel bij de aard van een rechtsregel als bij het bestaan van een rechtssysteem verwijst Hart naar het interne standpunt, d.i. het perspectief van de rechtsonderhorige zelf ten aanzien van de regel.

Harts gematigde positivisme scheidt recht en moraal vanwege een morele reden, maar laat de deur toch op een kier staan voor een minimale morele inhoud van het recht. Rechtvaardigheid is volgens Hart een specifieke categorie van moraal, die niet opgenomen wordt in de *rule of recognition*.

96. **VERDIENSTEN** – Hoewel niet alle stappen in Harts redenering even onbetwistbaar zijn, toch heeft hij met “The Concept of Law” een grote stap gezet in het positivistische denken. Deze masterproef toont aan dat, al viert “The Concept of Law” zijn 55<sup>ste</sup> verjaardag, het rechtsbegrip van Hart nog steeds een boeiend onderwerp is. Niet alleen is het interessant om te zien hoe Hart vele anderen aan het denken heeft gezet, zijn rechtsbegrip blijft ook nuttig voor actuele debatten zoals bijvoorbeeld de discussie over klassenjustitie of vervreemding van het recht.

## BIBLIOGRAFIE

### WETGEVING

Ermächtigungsgesetz vom 23. März 1933.

Statuut van 26 juni 1945 van het Internationaal Gerechtshof.

Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 14. November 1935.

### BOEKEN

AUSTIN, J., *The Province of Jurisprudence Determined*, Indianapolis/Cambridge, Hackett Publishing Company Inc., [1832] 1998, inleiding door H.L.A. Hart, 396 p.

CANE, P., *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*, Oxford, Hart Publishing, 2010, 307 p.

CHAPPELL, V. C., (ed.), *Ordinary Language: Essays in Philosophical Method*, New Jersey, Prentice Hall, 1964, 115 p.

COHEN, M., *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, New Jersey, Rowman and Allanheld, 1984, 304 p.

COLEMAN, J. en SHAPIRO, S. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 1050 p.

COLLINS, R., *Max Weber. A Skeleton Key*, Beverly Hills, Sage Publications, 1986, 149 p.

COYLE, S., *Modern Jurisprudence, A Philosophical Guide*, Oxford, Hart Publishing, 2014, 261 p.

CROWE, M. B., *The Changing Profile of the Natural Law*, Den Haag, Nijhoff, 1977, 321 p.

DHONDT, U., *Natuurrecht*, Leuven, Acco, 1985, 219.

DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, [1977] 1978, 371 p.

DWORKIN, R., *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985, 425 p.

DWORKIN, R., *Law's Empire*, Oxford, Hart Publishing, [1986] 1998, 470 p.

FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980, 425 p.

FULLER, L. L., *The Morality of Law*, New Haven/Londen, Yale University Press, 1969, 262 p.

FRIEDMANN, W., *Legal Theory*, Londen, Stevens, 1967, 607 p.

RYLE, G., *The Concept of Mind*, Londen, Hutchinson, 1949, 334 p.

HART, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [1961] 2012, 333 p.



- HART, H.L.A., "Problems of Philosophy of Law" in P. EDWARDS (ed.), *The Encyclopedia of Philosophy*, vi, Londen, Collier-MacMillan Ltd., 1967, 264-276.
- HART, H.L.A., *Punishment and Responsibility*, Oxford, Clarendon Press, 1968, 273 p.
- HART, H.L.A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, [1983] 2001, 396 p.
- KAUFMANN, A., *Gustav Radbruch. Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat*, München, R. Piper GmbH & Co. 1987, 222 p.
- KELSEN, H., *Reine Rechtslehre: Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig & Wien, Aalen: Scientia, [1934] 1985, 236 p.
- KELSEN, H., *General Theory of Law and State*, Cambridge, Harvard University Press, 1945, 516 p.
- LACEY, N., *A Life of H. L. A. Hart. The Nightmare and the Noble Dream*, New York, Oxford University Press, 2004, 422 p.
- LESAFFER, R., *Inleiding tot de Europese Rechtsgeschiedenis*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2008, 418 p.
- LOCKE, J., *Essays on the Law of Nature*, Oxford, Clarendon Press, [1954] 1970, 292 p.
- LOCKE, J., *Second Treatise of Government*, Indianapolis/Cambridge, Hackett Publishing Company Inc., [1690] 1980, 124 p.
- MACCORMICK, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, [1978] 2003, 322 p.
- MACCORMICK, N., *H.L.A. Hart*, Londen, Edward Arnold Ltd., 1981, 184 p.
- MAIHOFER, W., "Einleitung" in MAIHOFER, W. (ed.), *Naturrecht oder Rechtspositivismus*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1962, Darmstadt, 1962, i-xi
- MORISON, W. L., *John Austin*, Stanford, Stanford University Press, 1982, 184 p.
- PERELMAN, C., *Logique juridique*, Paris, Dalloz, 1976, 194 p.
- POSTEMA, G., *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*, New York, Springer, 2011, 618 p.
- RAZ, J., *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979, 292 p.
- RHEINSTEIN, M. (ed.), *Max Weber on Law in Economy and Society*, New York, Simon and Schuster, 1954, 363 p.
- RÜTHERS, B., *Die unbegrenzte Auslegung*, Tübingen, Mohr Siebeck, [1968] 2005, 553 p.
- SUMMERS, R. S., "Professor Fuller on Morality of Law" in SUMMERS, R. S. (ed.), *More Essays in Legal Philosophy*, California, University of California Press, 1971, 101-130.
- WEBER, W., *Methodologische Schriften*, Frankfurt am Main, S. Fischer Verlag, 1968, 262 p.

- WINCH, P., *The Idea of A Social Science and Its Relation to Philosophy*, Londen, Routledge, [1958] 1990, 143 p.
- WINTGENS, L. J., *Rechtspositivisme en wetspositivisme. Een rechtstheoretische en rechtsfilosofische analyse*, Brussel, E. Story-Scientia, 1991, 296 p.
- WINTGENS, L. J., *Droit, principes et théories. Pour un positivisme critique*, Brussel, Bruylant, 2000, 185 p.
- WINTGENS, L. J., *Les temps modernes. Droit, loi et législation*, Gent, Larcier, 2011, 197 p.
- WITTGENSTEIN, L., *Tractatus logico-philosophicus*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, [1922] 1963, 544 p.
- WITTGENSTEIN, L., *Philosophische Untersuchungen*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, [1953] 2001, 1164 p.
- VAN TWIST, J. P., *Recht en Moraal bij H.L.A. Hart*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1979, 247 p.
- ZIPPELIUS, R., *Rechtsphilosophie*, München, C.H. Beck, 2011, 227 p.

#### TIJDSCHRIFTEN

- AUSTIN, J. L., “A Plea for Excuses: The Presidential Adress”, *Proceedings of the Aristotelian Society* 1956-57, 1-30.
- BRINK, D. O., “Legal Positivism and Natural Law Reconsidered”, *The Monist* 1985, 364-387.
- CHLOROS, A. G., “What is Natural Law?”, *Modern L. Rev.* 1958, 609-622.
- COLEMAN, J., “Rules and Social Facts”, *Harv. J. of L. & Public Policy* 1991, 703-725.
- COLEMAN, J., “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis”, *Legal Theory* 1998, 381-426.
- D’AMATO, A., “The Limits of Legal Realism”, *Yale L. J.* 1978, 468-513.
- DEVOS, R., “Rechtspositivisme en democratie in de zuivere rechtsleer van Hans Kelsen”, *De Uil van Minerva* 2001, 29-37.
- DICKSON, J., “Is the Rule of Recognition Really a Conventional Rule?”, *Oxford J. of L. Stud.* 2007, 373-402.
- DOWRICK, F. E., “A Model of the European Communities' Legal System”, *Yearbook of European Law* 1983, 169-237
- DREIER, H., “Die Radbruchsche Formel – Erkenntnis oder Bekenntnis?” in MAYER, H. (ed.), *Festschrift für Robert Walter*, Wien, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1991, 117-135.

- DWYER, D. M., "The Three Lives of Herbert Hart", *Oxford J. Legal. Stud.* 2006, 411-423
- ENDICOTT, T.A.O., "Herbert Hart and the Semantic Sting", *Legal Theory* 1998, 283-300.
- FALK, A., en SHUMAN, S. I., "The Bellagio Conference on Legal Positivism", *J. Legal Educ.* 1961-62, 213-228.
- FULLER, L. L., "Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart", *Harv. L. Rev.* 1958, 630-672.
- GERBER, D., "Levels of Rules of Hart's Concept of Law", *Mind* 1972, 102-105.
- GREEN, L., "Positivism and the Inseparability of Law and Morals", *NY University L. Rev.* 2008, 1035-1058.
- GREENAWALT, K., "Hart's Rule of Recognition and the U.S.", *Michigan L. Rev.* 1987, 621-671
- HACKER, P.M.S., "Austin, John Langshaw (1911-1960)", *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, Oxford University Press, 2004.
- HACKER, P.M.S., "Wittgenstein, Ludwig Josef Johann (1889-1951)", *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, Oxford University Press, 2004.
- HART, H.L.A., "Positivism and the Separation of Laws and Morals", *Harv. L. Rev.* 1958, 593-629.
- HART, H.L.A., "The Morality Of Law: Book Review", *Harv. L. Rev.* 1965, 1281-1296.
- HOLMES, O. W., "The Path of the Law", *Harv. L. Rev.* 1997 [1897], 991-1009.
- HUGHES, G., "Professor Hart's Concept of Law", *Mod. L. Rev.* 1962, 319-333.
- JONES, M. L., "The Legal Nature of the European Community: a Jurisprudential Analysis using H.L.A. Hart's Model of Law and a Legal System", *Cornell Int. L. J.* 1984, 1-59.
- KAUFMANN, A., HASSEMER W., en NEUMANN, U., *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Heidelberg, C.F. Müller, 2011, 515.
- LA TORRE, M., "The Hierarchical Model and H.L.A. Hart's Concept of Law", *Revus J. Const. Theory & Phil. Law* 2013, 141-161.
- LEWIS, J. U., "Moral Obligation and the Concept of Law", *Rutgers L. Rev.* 1968-69, vol. 23, 68-81.
- LIPTAK, A., "Ronald Dworkin, Scholar of the Law, Is Dead at 81", *NY Times*, 15 februari 2013, B17.
- KANOWITZ, L., "The Place of Sanctions in Professor H.L.A. Hart's Concept of Law", *Duquesne Univ. L. Rev.* 1966-67, 1-17.
- MACCORMICK, N., "The Concept of Law and 'The Concept of Law'", *Oxford J. of L. Stud.* 1994, 1-23.

- MALCOLM, N., "Hobbes, Thomas (1588-1679)", *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, Oxford University Press, 2004.
- MILTON, J. R., "Locke, John (1632-1704)", *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, Oxford University Press, 2004.
- NADLER, J., "Hart, Fuller and the Connection Between Law and Justice", *Law and Philosophy* 2007, 1-34.
- ORREGO, C., "H.L.A. Hart's Arguments against Classical Natural Law Theory", *Am. J. Juris.* 2003, vol. 48, 297-323.
- PAYNE, M., "Hart's Concept of a Legal System", *Wm. & Mary L. Rev.* 1976-77, 287-319.
- PERELMAN, C., "Droit, philosophie et argumentation", *Handelingen van de vereniging voor de Wijsbegeerte des Rechts* 1971, 3-21
- PINO, G., "The Place of Legal Positivism in Contemporary Constitutional States", *Law and Philosophy* 1999, 513-536.
- POSNER, R. A., "What has Pragmatism to Offer Law?", *Cal. L. Rev.* 1989-90, 1653-1670.
- RADBRUCH, G., "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", *Süddeutsche Juristenzeitung* 1946, 105-108.
- RADBRUCH, G., "Die Erneuerung des Rechts", *Die Wandlung* 1947, 8-16.
- RAZ, J., "Hart on Moral Rights and Legal Duties", *Oxford J. of Leg. Stud.* 1984, 123-131.
- ROSE, F., "Bentham, Jeremy (1748-1832)", *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, Oxford University Press, 2004.
- SHAPIRO, S. J., "What is the Rule of Recognition (and does it exist?)?", *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, nr. 181, 34 p.
- SHERWIN, R. K., "Opening Hart's Concept of Law", *Val. U. L. Rev.* 1986, vol. 20, 385-411.
- SINGER, M. G., "Hart's Concept of Law", *J. of Philosophy* 1963, 197-220.
- SPAAR, T., "Kelsen and Hart on the Normativity of Law", *Scandinavian Studies in Law* 2005, 398-414.
- STRAWSON, P.F., "Ryle, Gilbert (1900-1976)", *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, Oxford University Press, 2004.
- SUMMERS, R. S., "Professor H.L.A. Hart's Concept of Law", *Duke Law Journal* 1963, 629-670.
- TAYLOR JR., E. H., "H.L.A. Hart's Concept of Law in the Perspective of American Legal Realism", *Mod. L. Rev.* 1972, (606) 606
- VON LEYDEN, W., "John Locke and Natural Law", *Philosophy* 1956, 23-35.

WALDRON, J., "Positivism and Legality: Hart's Equivocal Response to Fuller", *NYU L. Rev.* 2008, 1135-1169.

WALKER, N., "Sir (Donald) Neil (1941-2009)", *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

WILKINSON, M. A., "Is Law Morally Risky? Alienation, Acceptance and Hart's Concept of Law", *Oxford J. of Leg. Stud.* 2010, 441-466.

## ANDERE

S. PARKER-RYAN, "Ordinary Language Philosophy", *The Internet Encyclopedia of Philosophy*, [www.iep.utm.edu/ord-lang/#H3](http://www.iep.utm.edu/ord-lang/#H3).

Hart-Fuller debat: [www.law.nyu.edu/conferences/hartfuller](http://www.law.nyu.edu/conferences/hartfuller).

Persoonlijke blog Leslie Green: <https://ljpgreen.com/about/>.

Persoonlijke website Joseph Raz: <https://sites.google.com/site/josephnraz/>.

Resultaten Justitiebarometer 2010:  
[www.csj.be/sites/5023.b.fedimbo.belgium.be/files/press\\_publications/baro-2010-n\\_0.pdf](http://www.csj.be/sites/5023.b.fedimbo.belgium.be/files/press_publications/baro-2010-n_0.pdf)

Universiteitspagina Mark Jones: <https://law.mercer.edu/faculty/directory/jones/>.