

HC 7, 09-01-2018, Hoofdstuk XII

Rechtspositivisme

De auteurs van deze stroming zijn:

1. Austin
2. Kelsen
3. Hart

Het doel van rechtspositivisten is het geven van een niet normatieve omschrijving van het recht. Daarnaast veronderstellen zij dat dit ook wenselijk is om te doen. Je moet je namelijk alleen focussen op de structurele eigenschappen en jezelf niet in kwesties inzake legitimiteit betrekken. Deze twee vooronderstellingen hebben alle rechtspositivisten gemeenschappelijk.

Niet-normatieve definitie van het recht

Bij een niet-normatieve definitie van het recht wordt de vraag waar het recht toe dient niet beantwoord. Wat de functie van het recht eigenlijk is, wordt dus open gelaten. Je hebt geen criteria in handen waarmee je het recht kan beoordelen en waarderen. Waarom willen rechtspositivisten dit niet? Bij het recht is het niet duidelijk wat de functie is. Dit moeten wij zelf toekennen aan het recht, het recht programmeert zichzelf namelijk niet. Het is aan ons om deze functie toe te kennen en daarover bestaan verschillende meningen. De belangrijkste functie is volgens sommigen om ons in het gareel te houden, anderen zeggen weer dat het sociale doeleinden heeft of rust en vrede bewerkstelligt. Er heersen dus meerdere opvattingen over wat nou de functie van het recht is. Dit is waarom rechtspositivisten hier huiverig over zijn, ze weten dat er hierover discussies kunnen ontstaan. Wanneer zo'n discussie ontstaat krijg je een normatief debat, omdat de functie niet mee is gegeven met het product.

Kelsen

Volgens Kelsen is het niet mogelijk om rationeel over dingen te praten, want iedereen heeft verschillende meningen. Wil je je tot rationele gesprekken beperken, dan moet je je er niet mee bezig willen houden. Hierdoor ontstaat er snel een discussie over het doel van het recht. Dit kan met elkaar op gespannen voet komen te staan. Als je het gaat hebben over de doelen van het recht, beland je dus snel in een politiek debat. Als een zekere wet uiteindelijk is aangenomen, is het van belang om deze consequent toe te passen. Rechtvaardigheid is van belang, hier kunnen we echter geen eenstemmigheid over vinden. Waar we het wél over eens kunnen worden is het belang van de rechtmatigheid. Dit houdt consistente regeltoepassing in, namelijk dat de regel niet de volgende dag verandert. Dus hier is Kelsen zelfs bezig met normatieve ideeën, terwijl hij dat normaal nooit doet.

Rechtmatigheid in een onrechtvaardig regime?

Je gaat dan consistent onrechtvaardig recht toepassen. In de tijd van Kelsen gaat dit bijvoorbeeld om het nazi-regime. Wil je iets toepassen met het oog op rechtszekerheid terwijl je hiermee de rechtvaardigheid ondermijnt? Radbruch was ook een rechtspositivist en vond rechtszekerheid erg belangrijk. Hij kreeg namelijk mee hoe een nazi-regime opereerde en schreef hierover een kort essay waarin hij stelde stil te staan onder het rechtspositivisme en tot de tegenovergestelde positie te komen. Wij willen alle soorten willekeur uitsluiten en dit brengt met zich mee dat we soms de gerechtigheid moeten laten prevaleren boven de rechtszekerheid. Dan kom je alleen tot de vraag wie bepaalt wat gerechtigheid is. Het antwoord van Radbruch was dat gerechtigheid werd uitgedrukt in het gelijkheidsbeginsel.

Gelijkheidsbeginsel van Kelsen

Kelsen stelt dat we gelijke gevallen gelijk moeten behandelen. Wat betekent dit? Wat is een ongelijk geval? Iedereen ziet er anders uit namelijk, hoe bepaal je wanneer iemand gelijk is en wanneer niet? Dit kan op basis van nationaliteit of leeftijd bijvoorbeeld. Je creëert een criterium op grond van een categorie. Er zijn veel soorten categorieën mogelijk. Je kan zeggen dat een regel gebruik maakt van

categorieën; het ordent iets in categorieën. Wat een gelijk geval is, is afhankelijk van de categorieën die zijn geschapen in de regels. De regel bepaalt dan wat als een gelijk geval beschouwd moet worden. Iedereen binnen de categorie moet gelijk worden behandeld. De wetgever maakt de regel en bepaalt dus uiteindelijk wat gezien wordt als een gelijk geval. Het is volledig afhankelijk van de regels die de wetgever heeft opgesteld. Het zegt dus niets over de rechtvaardigheid.

Radbruch over rechtvaardigheid

Radbruch zou een onderscheid zoals Kelsen maakte onrechtvaardig vinden. Je mag niet zomaar allerlei soorten categorieën opstellen. Je moet een reden hebben, als je deze niet hebt dan druis je in tegen het gelijkheidsbeginsel. De wetgever mag dus niet beslissen dat de ene mens gelijk is aan de ander door hem in een categorie te stoppen. De universele gelijkwaardigheid kwam namelijk al voor de wetgever. Op grond van deze ethische veronderstelling is er geen wezenlijk verschil tussen de moord op een jood of een nazi-official. Hij heeft een idee van een soort mensheid in zijn hoofd die allemaal gelijkwaardig aan elkaar zouden moeten zijn. Je moet goede redenen hebben om mensen niet als gelijken te zien. Het hele idee is mensenrecht.

Er zijn drie waarden waar het recht aan moet voldoen: de rechtszekerheid, de rechtvaardigheid en de doelmatigheid. Hij geeft een normatieve definitie van recht als een systeem dat moet streven naar rechtvaardigheid. Bij een spanning tussen rechtszekerheid moet je dus kiezen voor rechtvaardigheid. Hiermee lijkt Radbruch op Fuller met zijn acht eisen. Het is onmogelijk om aan alle eisen te voldoen maar er moet in ieder geval wel naar gestreefd worden.

De rechtspositivistische repliek

In de tijd van de Tweede Wereldoorlog bestond er geen internationaal gecodificeerd recht met verdragen en regelgeving. Wat de misdadigers hadden gedaan, hebben zij gedaan op grond van wetgeving van hun eigen land dat hen had opgedragen om zo te handelen. Dus achteraf stelden zij dat ze alleen gedaan hadden wat hen bevolen was. Je kon niet zeggen dat er contra legem gehandeld was. Ze stelden dat ze consistent het recht toe hadden gepast, en dus volledig binnen Kelsen zijn beeld hadden gehandeld. Er was natuurlijk veel verontwaardiging, maar hoe moest je dit vertalen? Om de misdadigers te bestraffen moest men het nulla poena sine legem beginsel schenden: geen straf zonder voorafgaande wet.

Als je zegt dat het nazi-recht geen recht is, omdat het de naam recht niet verdiend, heb je het probleem in ieder geval opgelost. Rechtvaardigheid gaat dus voor rechtszekerheid. Je kon zien dat het eigenlijk niet eens streefde naar rechtvaardigheid. Ze worden ook aangeduid als misdaden tegen de mensheid, maar geen misdaden tegen een bestaand rechtssysteem. Het was ook een theorie die goed uit kwam bij het probleem wanneer er geen overkoepelend internationaal recht is. Het essay van Radbruch krijgt dus een grote lading en wordt hiervoor gebruikt.

Hart

Hart was het hier niet mee eens. Hij vond het puur onhelder taalgebruik. Je kan recht hebben dat rechtvaardig en onrechtvaardig is. Ook onrechtvaardig recht is gewoon recht. We moeten achteraf niet opeens zeggen dat het eigenlijk geen recht is. Het nazi-recht bijvoorbeeld was officieel namelijk wel recht, gezien het alle kenmerken had (primair, secundair, herkenningregel e.d.). Je moet daarom stellen dat het té onrechtvaardig is om te gehoorzamen. Je baseert het dan op een moreel oordeel, niet een juridisch oordeel. Dit is het brede rechtsbegrip en staat tegenover de definitie van Radbruch dat stelde dat al het recht rechtvaardig is. Hart vond de theorie van Radbruch bijdragen aan een ondragelijke situatie, want dat zou betekenen dat alles wat we recht noemen per definitie rechtvaardig is. Hij denkt dat het mensen onkritisch gaat maken.

Hart en Kelsen zijn rechtspositivisten, maar toch zijn er grote verschillen tussen het Engelse en Duitse rechtspositivisme. De Duitse rechtspositivist zegt: als iets bij wet een verplichting oplegt dan moet je er ook aan gehoorzamen. Dit is het hele idee van consistente regeltoepassing. Ze waren namelijk heel erg

bang dat mensen gingen twijfelen aan de rechtvaardigheid en een regel dan niet zouden toepassen. Dan zou de rechtszekerheid worden ondermijnd.

De Engelse rechtspositivist zegt: ga uit van een soort consensus over de belangrijkste dingen van de samenleving. Een Engelsman voelt zich minder genoodzaakt om de morele verplichting van gehoorzamen aan het recht te benadrukken. Hart en Austin maken heel duidelijk dat als je de wettelijke plicht tot iets hebt dat dit geen morele verplichting teweeg brengt. Je kan nog altijd zeggen: ik doe het niet, want ik ben het er niet mee eens. Je kan dan natuurlijk wel in de gevangenis komen wanneer er een wettelijke sanctie op staat, maar je hebt niet de morele plicht om maar gehoorzaam te blijven.

Radbruch: Recht dat niet streeft naar rechtvaardigheid verdient de naam recht niet. Al het bestaande recht is dus rechtvaardig. Dit is niet alleen een theorie maar ook een praktische oplossing voor het probleem omtrent de Neurenberger tribunalen, namelijk: hoe kunnen wij nazi-misdragers straffen zonder het nulla poena sine legem-beginsel te schenden?

Hart: Ook onrechtvaardig recht kan recht zijn. Het is zelfs gevaarlijk om de naam recht te ontzeggen aan onrechtvaardig recht, want dit maakt de mens onkritisch.

Kelsen: Rechtvaardigheid is irrationeel, dus hier is niet over te praten. Het punt is wel dat Kelsen misschien een beetje overdrijft. Je kan rechtvaardigheid niet meten, maar je kan er natuurlijk wel over praten.

Sommige mensen verwijzen bij rechtvaardigheid naar mensenrechten of naar God, maar dit kan problematisch zijn. Mensenrechten is een punt waaruit je moet beginnen, maar wat verder bijna niet te rechtvaardigen is. Mensen kunnen krachtens de democratie beslissingen maken of een regime kiezen dat tegen deze rechten in gaat. Dan heb je aan de ene kant de mensenrechten, maar aan de andere kant de democratische meerderheidsbeslissingen. Moet je je dan neer leggen bij die democratische meerderheidsbeslissingen, omdat het democratisch is, of moet het niet eens zijn met de democratische keuze? Je zit een soort van gevangen in een dilemma tussen mensenrechten en een rechtsstatelijke waarde en aan de andere kant de democratie. Het is heel moeilijk te verdedigen als de meerderheid er tegen is. Dan heeft Kelsen het makkelijk. Zijn theorie zegt namelijk dat democratie vastgelegd is volgens de spelregels. Deze regels moet je consistent toepassen, ook als er nare uitkomsten zijn. Radbruch daarentegen stelt dat we kritisch moeten blijven ten opzichte van de wetgever.

Rode draad colleges

In het begin hadden we de hele kale theorie van Austin. Rechtsregels zijn bevelen, gaan gepaard aan sancties, ze zijn algemeen, afkomstig van een soeverein en niet van de rechter. Op elk punt is het eigenlijk te simpel. Dat rechtsregels slechts bevelen zijn, is slechts een visie. Je kan ook zeggen dat het redenen zijn die mensen geven. De vraag is dan of het gewone redenen voor het handelen zijn of exclusionary reasons, die de eerste orde redenen niet meer laten meewegen. Er is een heel debat over regels als redenen, dit maakt het ingewikkelder dan stellen dat regels bevelen zijn. Hart stelt dat het recht zelf regelt door wie sancties worden opgelegd en hoe alles geregeld wordt. Ook zijn er meerdere theorieën over het doel van een straf (zie Beccaria en Kant), namelijk utilisme en retributivisme. Een onderwerp van debat is ook welke gedragingen mogen worden gesanctioneerd. Mill zegt alleen de gedragingen die schade aan een ander toebrengen mogen worden bestraft. Devlin zegt dat juist ook de daden die een gemeenschappelijk moraal ondergraven bestraft mogen worden. We hebben ook gezien dat er problemen zijn met algemene regels, denk aan under en over-inclusive en de naleving hiervan bewerkstelligen lukt ook niet altijd. Daarnaast is het zelfs het geval dat bij naleving het doel niet altijd wordt bereikt.