Downloaded from UvA-DARE, the institutional repository of the University of Amsterdam (UvA)
http://dare.uva.nl/document/84961

File ID	84961
Filename	16. Legaliteit is legitimiteit: gehoorzaamheidsplicht

SOURCE (OR PART OF THE FOLLOWING SOURCE):

Type	Dissertation
Title	Geregeld recht : een rechtspositivistische analyse van de rechtsstaat
Author	A.M. Bos
Faculty	Faculty of Law
Year	2001
Pages	X + 356
ISBN	9069163942

FULL BIBLIOGRAPHIC DETAILS:
http://dare.uva.nl/record/95722

Copyright

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other then for strictly personal, individual use.

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (http://dare.uva.nl)

16.

Legaliteit is legitimiteit: gehoorzaamheidsplicht

De grondnorm fundeert de gelding van de normen die in het positieve rechtsvormingsproces zijn gesteld en daarna werkzaam zijn. De grondnorm fungeert als normatief interpretatieschema voor een feitelijke werkelijkheid, ze 'transformeert' macht in recht. Dit zijn de uitgangspunten van Kelsens beeld van de rechtssfeer van het politieke recht. Neumann stelde echter ook dat het gezag in de rechtssfeer van het politieke recht een eigen bijdrage levert aan de rechtsstatelijke legitimiteit van staat en recht. Kelsens theorie maakt het mogelijk ook dit aspect van het politieke recht te begrijpen.

A. Primaire en secundaire functie van de grondnorm

In het kader van het primaire recht dat zijn eigen vorming en toepassing regelt, wordt de grondnorm zowel dynamisch als statisch gebruikt. Dynamisch gezien wordt door het denken van een bijpassende grondnorm rechtsvormende bevoegdheid verleend, waardoor geldende rechtsnormen tot stand kunnen komen. Statisch gezien fungeert de reeds gedachte grondnorm als normatief interpretatieschema voor feitelijke handelingen die zich in subjectieve zin voordoen als rechtsvormende handelingen. De grondnorm van Kelsen heeft mijns inziens echter ook een functie in het kader van het secundaire recht. Ze vestigt de verbindende kracht van de gedragsvoorschriften voor de rechtssubjecten en hun gehoorzaamheidsplicht aan het verplichtende recht. 'Gelding' en 'legaliteit' zijn de trefwoorden voor het primaire recht, 'verbindende kracht' en 'gehoorzaamheidsplicht' zijn de trefwoorden voor het secundaire recht.

a. Legitimerend legaliteitsoordeel

Slechts wanneer men feitelijke handelingen met de subjectieve betekenis van een norm in overeenstemming acht met een als geldig vooronderstelde rechtsnorm, worden ze geïnterpreteerd als objectief geldige rechtsnorm. Dit wil ook zeggen: een feitelijke wilshandeling waaraan men de betekenis van een objectief geldige norm toekent, is per definitie een rechtmatige, legale handeling.

De zwaaiende man die op het kruispunt het verkeer staat te 'regelen' wordt niet beschouwd als bevoegde rechtsvormer die geldige normen richt tot de verkeersdeelnemers, de agent van verkeerspolitie wel. Interpreteert men het optreden van de politieagent als geldige normstelling, dan legitimeert men het daarmee als rechtsvorming overeenkomstig het recht. Het positieve legaliteitsoordeel over handelingen die zich als rechtsvorming aandienen, betekent zo gezien tevens de legitimering ervan. Deze legitimering ligt in het recht zelf besloten, en is strikt internjuridisch van aard. Kelsen drukt dit uit in wat hij het 'legitimiteitsbeginsel' noemt: geldend recht kan slechts totstandkomen op de manier die door het recht zelf is bepaald. Dit betekent dat een rechtsnorm slechts kan worden gesteld door een bevoegd orgaan, en dat het begin en het eind van de gelding van rechtsnormen slechts wordt bepaald door de orde waartoe ze behoren.[1]

Legale rechtsvorming is legitieme rechtsvorming, ook als met de rechtmatigheid van rechtsvormend optreden slechts wordt geduid op overeenstemming met de grondnorm. Het historisch eerste legaliteitsoordeel van een rechtsorde is dat waarin de gedachte grondnorm wordt gebruikt ten behoeve van een normatieve interpretatie van het feit dat zich voordoet als het stellen van de eerste constitutie. Acht men dit feit in overeenstemming met de gefingeerde grondnorm, dan beschouwt men het als geldige rechtsvorming. Daarmee heeft men het internjuridisch gelegitimeerd als rechtsvorming volgens het recht.

b. Verbindende kracht van secundair recht

In het proces van positieve rechtsvorming wordt het recht van een inhoud voorzien. De voorwaarden voor bevoegde dwanguitoefening worden bepaald, in het bijzonder de gedragsvoorschriften voor de rechtssubjecten. Deze laatste zijn de secundaire rechtsnormen, waarvan de schending de primaire bevoegdheid tot verdere rechtsvorming en tot tenuitvoerlegging van sancties activeert. De grondnorm schrijft niet voor welke gedragsvoorschriften tot stand kunnen komen; ze heeft immers zelf geen inhoud. De grondnorm is echter alleen goed te begrijpen als men ervan uitgaat dat ze, ingebed in de bevoegdheidverlening, wel degelijk ook een secundaire norm bevat. Deze kan men de secundaire grondnorm noemen. De inhoudsloosheid van de grondnorm blijft gehandhaafd als men de secundaire grondnorm denkt als een *Blankettnorm*, die een rechtsplicht oplegt aan de rechtssubjecten om zich te gedragen volgens de gedragsvoorschriften van de bevoegde rechtsvormers. De kelseniaanse grondnorm van een positieve rechtsorde is

1 Kelsen 1945/1961, p. 117; 1960, p. 280. Het legitimiteitsbeginsel heeft betrekking op de positiviteit van het recht; het is 'restricted by the principle of effectiveness'.

op twee manieren te formuleren. Primair als een bevoegdheidverlenende norm, gericht tot de initiële normsteller. Secundair als een - nog oningevulde - verplichtende norm, gericht tot de rechtssubjecten. Kelsen zelf gebruikt beide formuleringen afwisselend, afhankelijk van de context. Dit wil niet zeggen dat de grondnorm nu ineens verdubbeld is en eigenlijk uit twee normen bestaat. Bevoegde uitoefening van dwang in reactie op de schending van een gedragsvoorschrift en de rechtsplicht zich volgens het voorschrift te gedragen zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden.[2]

Rechtmatige rechtsvorming is internjuridisch tevens legitieme rechtsvorming. Als een - primaire - norm van de constitutie een wetgever de bevoegdheid verleent - secundaire - normen met welke inhoud ook te stellen, dan is dat een bevoegdheid tot verbindende normering. Dan 'beruht nicht nur die Zuständigkeit des Gesetzgebungsorgan, generelle Rechtsnormen zu setzen, sondern auch deren *Verbindlichkeit* für die rechtsunterworfenen Subjekte auf der Verfassung.'[3] Wanneer het recht iets gebiedt, is er geen ruimte voor de geadresseerde van het gebod om zich nog af te vragen of op hem een gehoorzaamheidsplicht rust. 'Verbindend zijn' is volgens Kelsen een essentiële functie van het gebieden.

Bevoegdheid tot normstelling en verbindendheid van het bevoegd gestelde voorschrift zijn twee zijden van dezelfde medaille. Zo gezien kan men zeggen dat de grondnorm van een positieve rechtsorde een dubbele functie heeft, een primaire en een secundaire. Primair fundeert de grondnorm het bestaan - de gelding - van door menselijk handelen gevormde rechtsnormen. Secundair fundeert de grondnorm de verbindende kracht van de gevormde gedragsvoorschriften voor de rechtssubjecten en hun gehoorzaamheidsplicht.

Met de vooronderstelling van een grondnorm veronderstelt men tevens de legitimiteit van het recht waarvan de gelding door die grondnorm wordt gefundeerd. De aanname van een grondnorm betekent dan tegelijk de aanname van de juridische plicht voor de rechtssubjecten om zich te gedragen conform de bevoegd opgelegde rechtsplichten. De grondnorm geeft antwoord zowel op de geldingsvraag van recht als op de gehoorzaamheidsvraag ten aanzien van recht. De grondnorm houdt dus wel meer in dan 'een zuiver

2 Zie hoofdstuk 15 onder A voor de twee formuleringen van de grondnorm. Raz (1979, p. 126-127) is van mening dat de grondnorm van Kelsen een bevoegdheidverlenende norm is, maar dat Kelsen haar ten onrechte als een verplichtende norm formuleert. Hij zegt echter ook dat het natuurlijk altijd mogelijk is om een norm die wetgevende bevoegdheden verleent te beschrijven als een norm die ertoe verplicht de rechtsnormen te gehoorzamen die door het bevoegde orgaan zijn gemaakt. Dit laatste inzicht verklaart de dubbele functie van de grondnorm.

3 Kelsen 1979, p. 83; zie ook Kelsen 1979, p. 23.

kennistheoretische "truc" om het recht als normenstelsel te kunnen beschouwen'.[4] De grondnorm is ook, als men het zo wil zeggen, een kennistheoretische 'truc' om de legitimiteit van het bevoegde handelen van juridische autoriteiten te vestigen, en daarmee de verbindende kracht van het positieve recht en de gehoorzaamheidsplicht van rechtssubjecten te funderen.

Politiek gezien is het denken van de grondnorm geen onschuldige bezigheid. Op het eerste gezicht zijn normerende handelingen slechts machtswoorden die uitdrukking geven aan de wil van de normsteller. Pas op grond van de vooronderstelling van de bij de handelingen passende grondnorm zijn het geldige, en daarmee tevens legitieme en verbindende normen.

c. Sociale internjuridische gehoorzaamheidsplicht

De grondnorm van een rechtsorde is de grondnorm van een rechtsgemeenschap. De juridische gehoorzaamheidsplicht is een sociale gehoorzaamheidsplicht, zoals ook de gelding van recht geen privé-aangelegenheid is. Anderen kunnen mij tot gehoorzaamheid verplicht achten. Mijn eigen antwoord op bijvoorbeeld de vraag waarom ik juridisch verplicht ben om een bepaald rechterlijk vonnis te gehoorzamen, is niet beslissend voor het bestaan van mijn sociale gehoorzaamheidsplicht aan recht. Wel kan ik, door privé al of niet een grondnorm te denken, mijn gehoorzaamheidsplicht vestigen voor mijzelf, of juist voorkomen dat die ontstaat. De keuze die ik hier heb, is de keuze om al dan niet een deelnemerspositie in te nemen (of die te beschrijven). Ik vestig (of beschrijf) mijn gehoorzaamheidsplicht voor mezelf als ik me afvraag: 'Waarom moet ik mij gedragen zoals deze vrouw of man van mij wil?', en mezelf het antwoord geef: 'Omdat zij of hij bevoegd is mij de norm te stellen, gelet op de grondnorm van de rechtsorde waarin ik leef.' Vraagt de rechter zichzelf privé af waarom zij of hij kan zeggen dat ik iets moet doen, dan kan het verschil tussen een niet aangenomen en een wel aangenomen grondnorm als volgt worden uitgedrukt. Het is het verschil tussen de antwoorden: 'Omdat ik het zeg', en: 'Omdat ik in deze rechtsorde degene ben die bevoegd is het te zeggen.'

De rechtswetenschapper kan er niet voor kiezen om geen grondnorm te denken, omdat het zijn taak is om geldend recht te beschrijven. Dit betekent echter ook: de rechtswetenschapper die gegeven rechtsmateriaal beschrijft als geldend recht, beschrijft een gehoorzaamheidsplicht van de mensen die aan dat recht zijn onderworpen. De rechtswetenschapper die volgens Kelsens aanwijzingen de verhouding tussen gelding van recht en verbindende kracht van recht beschrijft, presenteert een beeld van recht dat als volgt bij Brouwer is te vinden. 'Het positieve recht verschaft door middel van ge-

4 Zie het discussieverslag van Gribnau 1996, p. 94.

bods- en verbodsnormen redenen om te handelen. Als het rechtens geboden is om op bepaalde wijze te handelen dan is er vanuit het interne perspectief van de betreffende rechtsorde een voldoende reden om op die wijze te handelen. Bovendien is die reden niet alleen voldoende, zij is vanuit datzelfde perspectief ook beslissend en sluit, behoudens het geval van interne contradicties, een afweging met redenen om anders te handelen uit. De grondgedachte daarbij is, dat de organen die bevoegd zijn om zulke normen te stellen gehoorzaamheid verschuldigd is, ongeacht de inhoud van de door hen (bevoegd) gestelde normen.'[5]

De gehoorzaamheidsplicht van de juridische grondnorm is een internjuridische gehoorzaamheidsplicht. Ik vermoed dat dit ter voorkoming van misverstand niet genoeg kan worden benadrukt. De morele waarde van de inhoud van het recht ten opzichte waarvan de juridische gehoorzaamheidsplicht geldt, blijft nog steeds buiten beschouwing. De grenzen van de juridische legitimiteit zijn die van de gelding van het positieve en effectieve recht.[6]

Een rechtspositivist maakt de morele beoordeling van het recht niet afhankelijk van criteria waarvan de inhoud door het positieve recht zelf wordt beïnvloed. Zo zal een rechtspositivist ook de praktisch-juridische vraag naar de plicht tot gehoorzaamheid aan het positieve recht alleen beantwoorden met argumenten ontleend aan dat positieve recht. Herdegen legt dit inzicht neer in een compacte formulering: 'Die Grundlagen für den Achtungsanspruch, den eine Rechtsordnung für die von ihr selbst als verbindlich qualifizierten Akte erhebt, lassen sich nur insoweit als justitiable Kategorien verstehen, als sie sich mit den Legitimitätskriterien decken, die einer Verfassungsordnung immanent sind.'[7]

De legaliteit van rechtsvormend handelen dat erin slaagt een geldige norm tot stand te brengen is voorondersteld. Alleen dan kan men het als bevoegd handelen opvatten. De internjuridische legitimiteit van dit handelen is gelegen in de conformiteit ervan met geldend recht, als was het maar de grondnorm. Legaliteit en legitimiteit van het rechtsvormend handelen zijn in Kelsens theorie onafscheidelijk.

B. Sociale normativiteit en gerechtvaardigde normativiteit

De opvatting dat de gelding van het recht en de verbindendheid van zijn inhoud onlosmakelijk verbonden zijn, is in de hedendaagse rechtstheorie niet

5 Brouwer 1990, p. 239.

6 Kelsen 1960, p. 214-215, 280.

7 Herdegen 1989, p. 15.

dominant. Kelsens standpunt is afwijkend, vooral doordat hij ten aanzien van het positieve recht twee volstrekt van elkaar gescheiden gehoorzaamheidsvragen laat bestaan: een juridische en een morele. Internjuridisch wordt de morele waarde van het recht buiten beschouwing gelaten. Daarover doet de kelseniaanse rechtspositivist dan ook geen enkele uitspraak, ook niet als hij een gehoorzaamheidsplicht aan recht bespreekt. In het verlengde hiervan zal de kelseniaanse rechtspositivist zich als zodanig onthouden van elke aanspraak op deskundigheid die verder gaat dan het gebied van internjuridische legaliteit en internjuridische legitimiteit. Met betrekking tot de morele legitimiteit van de praktijk van het recht is hij niet deskundiger dan zijn buurvrouw in de straat.

Hart is op dit punt de meest gezaghebbende rechtspositivistische concurrent van Kelsen. De scheiding van recht en moraal leidt er bij Hart toe dat hij maar één soort gehoorzaamheidsplicht kent, de morele. Buiten het geldende recht bestaat iets, te weten de regels van de moraal, waarop het individu een beroep kan doen om zijn problemen van gehoorzaamheid aan recht op te lossen. Dit standpunt heeft te maken met Harts opvatting over de gelding van recht, een opvatting die Raz de conceptie van 'sociale normativiteit' noemt.[8] In deze conceptie zijn gedragsmaatstaven geldig voorzover ze als bindende maatstaven sociaal gehandhaafd worden, en voorzover de desbetreffende samenleving druk uitoefent op mensen op wie de maatstaven van toepassing zijn, om zich aan de maatstaven te conformeren. Voor iemand die recht op deze wijze als geldend beschouwt, kan de vraag 'Waarom moet het recht worden gehoorzaamd?' niet worden beantwoord door erop te wijzen dat het geldt. Recht geldt vanwege bepaalde sociale feiten, en feiten maken geen plicht.

Bij Kelsen is recht geldend, omdat het bevoegd is gesteld, dat wil zeggen: conform toepasselijk recht is gevormd. Het oordeel dat dit het geval is, dat de rechtsvorming rechtmatig, legaal is, legitimeert de rechtsvorming in internjuridisch opzicht en vestigt de internjuridische gehoorzaamheidsplicht van de rechtssubjecten. Raz ziet in Kelsens standpunt een bijzondere variant van wat hij de conceptie van 'gerechtvaardigde normativiteit' noemt. In deze conceptie zijn juridische gedragsmaatstaven slechts geldig als, en voorzover ze gerechtvaardigd zijn. De opvatting van gerechtvaardigde normativiteit is naar Raz' zeggen kenmerkend voor natuurrechtelijke theoriën: recht is slechts geldig als men het behoort te gehoorzamen. Kelsens standpunt is echter een bijzondere, niet-natuurrechtelijke variant van de conceptie van gerechtvaardigde normativiteit.[9] Zijn aan gelding van recht gekoppelde

8 Hart 1961, p. 209-210; Raz 1979, p. 134-137.

9 Raz (1979, p. 150, 153) zegt dat hij dit aspect van Kelsens geldingsbegrip heeft overgeno-

gehoorzaamheidsplicht staat op geen enkele manier in verband met morele gerechtvaardigdheid van recht. Zijn scheiding van recht en moraal verhindert dit. Positief recht is gerechtvaardigd recht door de vooronderstelling van de rechtelijke grondnorm.

Kelsens variant van de conceptie van gerechtvaardigde normativiteit laat dus de vraag naar de morele gerechtvaardigdheid van recht onverlet. Het enige wat Kelsens standpunt inhoudt is, dat de aanname van een grondnorm van een normatieve orde de aanname - intern in diezelfde orde - van een gehoorzaamheidsplicht aan die orde insluit.

C. Een herroepen these: de uniciteit van normatieve ordes

Beweert men dat een geldige *rechts*norm voorhanden is, dan veronderstelt men een bijpassende juridische grondnorm, en dan beweert men tegelijkertijd dat in juridisch opzicht een plicht bestaat tot naleving van die rechtsnorm. Beweert men dat een geldige *morele* norm voorhanden is, dan veronderstelt men een bijpassende morele grondnorm, en dan beweert men tegelijkertijd dat in moreel opzicht een plicht bestaat tot naleving van die morele norm. Op deze wijze heeft men nog niets gezegd over de verhouding van de juridische en de morele gehoorzaamheidsplicht. Dat gebeurt pas wanneer men ze met elkaar in verband brengt en bijvoorbeeld beweert dat er een morele plicht bestaat om een bepaalde geldige rechtsnorm te gehoorzamen. Of wanneer men beweert dat er een morele plicht bestaat om een bepaalde geldige rechtsnorm juist niet te gehoorzamen. In het laatste geval is er een botsing tussen de morele plicht en de rechtsplicht. Een conflict van plichten is denkbaar, aldus Kelsens laatste opvatting in *Allgemeine Theorie der Normen*.[10]

Met de erkenning van de mogelijkheid van een plichtenconflict heeft Kelsen zijn eerdere standpunt herroepen, dat het niet mogelijk is twee normatieve ordes tegelijkertijd met betrekking tot hetzelfde gedrag als geldig te beschouwen. Het is het standpunt dat bekend staat als de these van de uniciteit van normatieve ordes. Op grond van de uniciteitsthese sluit het perspectief van de gelding van recht een gelijktijdige aanname van de gelding van moraal uit, en omgekeerd. In het juridische perspectief ziet men rechtsnor-

men: het feit dat een regel geldig is, betekent dat de regel de normatieve consequenties heeft waar ze op doelt. Voor de internjuridische, systematische gelding van de regel stelt Raz vervolgens zijn bronnenthese - die een identificerende functie heeft - in de plaats van Kelsens grondnorm. Dreier (1981, p. 194v.) bespreekt drie geldingsopvattingen: de aanname van een natuurrechtelijke grondnorm, de aanname van een grondnorm als fictieve voorwaarde voor rechtskennis, en de sociale geldingsopvatting van een globaal werkzame praktijk.

10 Kelsen 1979, p. 329-330. De omslag zelf dateert van 1965, zie Bułygin 1998, p. 303.

men die rechtswaarden constitueren. Deze waarden zijn, als men het perspectief van de moraal inneemt, als - positieve of negatieve - morele waarden te beschouwen.[11] Het ging Kelsen erom, dat men beide perspectieven niet tegelijkertijd met betrekking tot hetzelfde gedrag kan innemen. Als men beweert dat een rechtsnorm moreel niet verbindt, dan kan men niet tegelijkertijd beweren dat die norm een geldige rechtsnorm is. En als men beweert dat een norm een geldige rechtsnorm is, dan kan men niet tegelijkertijd beweren dat die rechtsnorm onrechtvaardig is. Hart concludeert: 'Kelsen meent dat het logisch onmogelijk is een bepaalde rechtsregel als geldig te beschouwen en tegelijkertijd een morele regel als moreel bindend te aanvaarden die het door de rechtsregel geboden gedrag verbiedt.'[12]

Zowel in *General Theory* als in *Reine Rechtslehre* besteedt Kelsen vele bladzijden aan uitleg en toepassing van de uniciteitsthese.[13] De these was voor hem een uitvloeisel van de toepassing van het beginsel van non-contradictie in de sfeer van normen, en hij meende dat dit laatste beginsel voortvloeide uit het begrip van de eenheid van de rechtsorde. Hij nam het non-contradictie-beginsel, en in het kielzog daarvan het uniciteitsbeginsel, op in zijn rechtswetenschappelijke grondnorm, beide bij wijze van clausulering van het positiviteitsbeginsel. De these zelf had dus niet de status van een kennisresultaat, maar van een vooronderstelling. Kelsen was zich ervan bewust dat de rechtswetenschap zich met de uniciteitsthese verwijderde van het zelfbegrip van de rechtspraktijk, waarin een conflict van plichten mogelijk wordt geacht.

Het gebeurt in de rechtswerkelijkheid dat normstellende handelingen worden verricht met onderling strijdige subjectieve normbetekenissen. De ene wetgever zegt dit, een andere wetgever iets wat daarmee botst. De rechtswetenschap stuit op een probleem als ze met zulke botsende subjectieve normbetekenissen wordt geconfronteerd. Deze kunnen namelijk, zo meende Kelsen, niet tegelijk als objectief geldige rechtsnormen worden beschreven. Zo'n beschrijving zou resulteren in een innerlijke tegenspraak, en daarmee betekenisloos zijn. Dan zou de rechtswetenschap haar taak niet

11 Zie hoofdstuk 11 onder C.

12 Hart 1961, p. 246. Vgl. Kelsen 1960, p. 360, met door mij toegevoegde cursivering: 'Als het gaat om de gelding van een norm van het positieve recht, moet men afzien van de gelding van een daarmee strijdige rechtvaardigheidsnorm en als het gaat om de gelding van een rechtvaardigheidsnorm moet men afzien van de gelding van een daarmee strijdige norm van positief recht. Men kan niet beide tegelijk als geldig beschouwen. Noch van het ene noch van het andere standpunt uit kan een *geldige* norm van positief recht *onrechtvaardig* zijn'.

13 Hij achtte de uniciteitsthese niet slechts toepasselijk op de verhouding van recht en moraal, maar op de verhouding van alle normatieve ordes. Zij vormde ook de basis voor zijn verwerping van dualistische opvattingen over de verhouding van een nationale rechtsorde en de internationale rechtsorde. Kelsen 1945/1961, p. 407v.; 1960, p. 321v. en 360v.

vervullen, die er immers in bestaat om een rechtsorde als betekenisvolle normatieve eenheid te beschrijven. Conclusie: de rechtswetenschap kan geen grondnorm denken bij conflicterende normbetekenissen.[14]

Deze onmogelijkheid moet, zo vervolgde Kelsen zijn redenering, in de rechtswetenschappelijke grondnorm worden uitgedrukt. De grondnorm moet daarom gelijktijdige gelding van conflicterende rechtsnormen uitsluiten. Voorondersteld moet worden dat contradicties die in het rechtsmateriaal kunnen voorkomen, bij de wetenschappelijke beschrijving van het recht worden opgelost. Soms is de oplossing van contradicties al geregeld in het positieve recht zelf, bijvoorbeeld doordat het beginsel geldt dat een eerdere wet wijkt voor een latere wet, of dat een lagere wet wijkt voor een hogere wet. Dan is er voor de beschrijving van recht geen probleem. De rechtswetenschapper kan zulke beginselen echter ook gebruiken als ze niet zijn gepositiveerd. Als de rechtswetenschapper ze gebruikt hoewel ze niet zijn gepositiveerd, dan beschrijft hij geen geldend recht, maar maken de beginselen deel uit van de grondnorm, als vooronderstelling van de kennis van het positieve recht.

Voor de wetenschappelijke oplossing van een normenconflict binnen een en dezelfde normatieve orde volstaat de opname van het non-contradictiebeginsel in de grondnorm. Het zogenaamde conflict van plichten is een bijzondere vorm van een normenconflict, omdat hierbij normen uit verschillende normatieve ordes botsen. Er is bijvoorbeeld sprake van een botsing van een rechtsplicht met een morele plicht. De opname van de uniciteitsthese in de grondnorm voorkomt dat conflicterende subjectieve betekenissen van normstellingen in het recht en in de moraal tegelijkertijd worden geïnterpreteerd als objectief geldige morele normen en objectief geldige rechtsnormen.

Dit standpunt kan tot wonderlijke beschrijvingen van een plichtenconflict leiden. De rechtswetenschapper hoort iemand bijvoorbeeld over zichzelf zeggen dat hij rechtens verplicht is in dienst te gaan, maar moreel verplicht is dienst te weigeren. De rechtswetenschapper moet vaststellen dat deze persoon abusievelijk normatieve taal gebruikt. Zo iemand doet in het geheel geen uitspraak over de gelding van normen, noch van de rechtsnorm, noch van de morele norm. Ook al probeert hij een conflict van plichten uit te drukken, zijn uitdrukking kan niet normatief worden geïnterpreteerd. Hij beschrijft slechts zijn problematische psychische toestand.[15]

14 Dit is overigens niet een opvatting die Kelsen zelf vanouds huldigde; vgl. Kelsen 1925/1993, p. 308: 'Die rechtslogisch unverzichtbare Einheit des Staatswillens ist gewahrt, sobald die Funktion der einander widersprechenden Organen letzten endes auf die Einheit der Grundnorm zurückführbar ist.'

15 Kelsen 1945/1961, p. 408-409. De wonderlijke beschrijving is overigens slechts een toepassing van het uitgangspunt dat feitelijk normerende handelingen zonder een erbij gedachte

Raz spant zich in zijn essay 'Kelsen's Theory of the Basic Norm' in om Kelsens conceptie van gerechtvaardigde normativiteit te analyseren, inclusief de uniciteitsthese.[16] Vele van de problemen die Raz in het essay bespreekt zijn thans achterhaald voorzover het Kelsens latere opvattingen betreft. Daarom laat ik Raz' essay verder buiten beschouwing. Kelsen heeft zijn omslag als volgt geformuleerd: 'Mit der Einsicht, daß ein Normenkonflikt kein logischer Widerspruch ist, fällt meine These von der *Einzigkeit* einer für einen bestimmten Bereich geltenden normativen Ordnung als Konsequenz des Prinzips der *Einheit*, "dessen negatives Kriterium die Unmöglichkeit des logischen Widerspruchs ist".'[17]

De verwijdering van het beginsel van non-contradictie van normen uit de rechtswetenschappelijke grondnorm is voor sommigen een van de tekenen van een laatste, fundamentele omslag in Kelsens denken.[18] Mijns inziens heeft Kelsen slechts consequenter zijn reeds bestaande opvattingen verwoord. Het probleem dat hij de eis van logische consistentie voor rechtswetenschappelijke uitspraken projecteerde in het geldingsaspect van rechtsnormen is met zijn verandering van standpunt verdwenen. De rechtswetenschappelijke grondnorm sluit nu ook beter aan bij het zelfbegrip van de rechtspraktijk. In het gewone juridische spraakgebruik heeft men geen moeite met bijvoorbeeld een '"ongrondwettige" wet', of met een 'rechterlijke uitspraak "contra legem"'. Een geldende rechtsplicht kan botsen met een tegelijktertijd geldende morele plicht, en ook binnen het geldende recht zelf is volledige 'consistentie' niet te verwachten.

grondnorm niet voorbij het stadium kunnen komen van wilshandelingen met slechts de subjectieve betekenis van een norm. De aanspraak op gelding kan dan niet worden waargemaakt. Deze laatste consequentie laat Kelsen vervallen wanneer hij de consistente beschrijving van een normenconflict mogelijk acht.

16 Raz 1979, p. 123v.

17 Kelsen 1979, p. 330.

18 Bulygin (1998, p. 303) is bijvoorbeeld van mening dat Kelsen met de acceptatie van het normenconflict zijn normatieve geldingsbegrip heeft vervangen door een descriptief geldingsbegrip; zijn betoog is door Paulson/Paulson (1998, p. 295) ondergebracht onder de titel 'Ramifications of Kelsen's Late, Sceptical Phase'. Zie echter hierboven onder B het door Raz gemaakte onderscheid tussen sociale normativiteit en gerechtvaardigde normativiteit, dat beter geschikt is voor de karakterisering van Kelsens geldingsbegrip.