

НОРМАТИВИЗАМ — ФОРМАЛНО ЛОГИЧКА ТЕОРИЈА ВАЖЕЊА ПРАВНЕ НОРМЕ

I

Проблематика важења правне норме спада у ред фундаменталних и централних, а истовремено и „најтежих и најмање јасних” питања правнофилозофског и теоријскоправног мишљења. Отуда присутан напор правних теоретичара разних филозофскоправних оријентација и методолошких опредељења у различитим историјским, друштвено-економским, политичким и правним системима, да дају свој одговор на питања што их проблематика важења правне норме имплицира и покреће. Тако су се у правној теорији оформила бројна теоријска схватања и то почев од социолошких и многих варијанти реалистичких теорија преко психолошких, вредносних и природноправних па све до нормативистичких, аналитичких и других сложених и интегралних концепција важења правне норме.

Нормативистичка теорија важења представља у основи, идеалистички концепт важења који важење правне норме покушава да објасни помоћу идеалних појава — идеја, вредности и чистих логичких (мисаоних) претпоставки. Правна норма важи ако је сагласна и одговара овим априорним, ванвременским и ванпросторним категоријама које постоје „објективно” и важе по себи. Оне снабдевају правне норме важењем исте врсте (квалитета) па и ове саме (правне норме) постоје и важе „објективно” односно независно од човекове свести, воље и стварног људског понашања по нормама. Тако се важење правне норме своди на чисту идеалну категорију и априорни концепт.

У низу бројних идеалистичких правно теоријских схватања феномена важења правне норме, нормативистички концепт важења представља формалну струју правног идеализма јер важење (обавезност) правних норми не објашњава с обзиром на њихову садржину, на својство доброг и лошег у њима односно с обзиром на њихов циљ, као што то чини материјална варијанта идеализма (природноправна и вредносна теорија), већ то чини с обзиром на њихову форму. Важење правне норме, тако, не зависи од садржине „саме норме већ од форме тј. од начина на који је норма донета”. На питање зашто једна норма важи, који је разлог њене обавезности формалистичка (нормативистичка) теорија важења даје одговор да норма важи као правна

„зато што је створена према одређеном правилу и једино зато”,¹ дакле, због своје форме, а не зато што има садржину „чија је обавезна снага очигледна сама по себи”.² Правна норма важи ако задовољи услове једног формалног „теста” где обавезује само оно што је по форми важеће макар то било по садржини јавеће неправдо.

Имајући у виду овај формалистички приступ проблему важења правне норме постаје јасно да се важење једне правне норме никада не може оспорити из разлога колизије њене нормативне садржине са извесним моралним или правно политичким вредностима (схваћених било као индивидуалности било као колективних вредности) већ једино из разлога „формалних грешака”.

Нормативисти ће увек тврдити да је правна норма свака она норма која има облик права односно норме права без обзира на њен морални или неморални садржај. Међутим, заступници учења о природном праву ће тврдити да облик (форма) није довољна да би се нешто сматрало правном нормом, „него је нужно да то има и морално добар или барем не морално лош садржај”.³

Нормативисти сматрају да је облик права сам по себи моралан и на тај начин, поистовећују принцип законитости са моралним принципима, а што се не може прихватити.

II

Нормативистичка теорија, тако, представља формалну варијанту идеализма јер важење (обавезност) правне норме објашњава на формалан начин и коришћењем формално нормативног метода⁴ она се, заправо, оријентише на формално логичко важење правне норме⁵.

Правна норма важи, према овој теорији⁶, ако је донета „према процедури предвиђеној вишим правним нормама” односно од стране надлежног органа и по прописаном поступку за њено доношење и ако је својом садржином у складу са вишим правним нормама позитивног права⁷.

Према томе, правна норма важи, ако испуњава формалне и материјалне услове своје законитости. Норма која је настала на незаконит начин није важећа, нити има квалитет правне норме или дру-

¹ Др Будимир Кошуткић: *Келзенове животне противуречности*, Гледишта, Београд, 1973, стр. 890.

² Ibidem.

³ Миомир Матуловић: *Језик, право и морал (Филозофија права Herberta Harta)*, Издавачки центар Ријека, Ријека, 1986, стр. 166.

⁴ Види о томе: др Радомир Лукић: *Методологија права*, САНУ, Београд, 1977, стр. 80.

⁵ Љубомир Тадић: *Филозофија права*, Напријед, Загреб, 1983. Нормативизам не истражује и не цени нормативну садржину правних правила већ начин на који су норме повезане у систем. У том смислу он се оријентише на структуралну анализу права као нормативног система, а не на економско, психолошко или морално објашњење правне норме, односно права у целини. По мишљењу Х. Келзена, једино се изучавањем форме, а не супстанције феномена може открити његова бит.

⁶ Никола Висковић: *Појам права*, Логос, Сплит, 1981, стр. 282.

⁷ Ibidem.

гим речима, норма је обавезна и правна ако је донета у складу са одговарајућим нормама тог поретка за доношење таквих норми⁸. С друге стране, правна норма када је једном донета, стиче самосталну идејну егзистенцију (важење) и све док не буде на правном прописан начин укинута (дерогирана), важи и обавезује независно од воље и свести људи, па у принципу независно и од њиховог понашања у односу на њу. Норма важи чисто логички (нормативно), јер је једном заповеђена⁹.

Нормативистичка теорија, на овај начин, говори о идеалном важењу правне норме, изједначава важење норме са „формалним принципом законитости” и сам појам важења своди на формално логичку категорију¹⁰, очишћену од природноправних „материјалних” садржаја. Важење постаје нешто иманентно правним нормама, одвојено и независно од њихове сагласности са етичким и другим вредносним постулатима¹¹, који се третирају као метафизички и априорни. Међутим, нормативистичка теорија одлази својим доследно изведеним крајњим закључцима (учењем о „основној норми”) у другу варијанту идеализма¹² тзв. „логички идеализам” и „формални рационализам”¹³.

Постоје различити називи за нормативистичку теорију важења правни норми и то: позитивистичка, формалистичка, догматска, чисто правна теорија¹⁴ итд. Правни теоретичар Ханс Келзен (*Hans Kelsen*), оснивач „бечке правно филозофске школе” и творац „чисте теорије права”, дао је „најсавршенију” интерпретацију нормативизма и, по речима проф. Берислава Перића, „досле Келсена није потребно ни могуће још дотјеривати и усавршававати нормативизам, може му се

⁸ Др Радомир Лукић: *Теорија државе и права II*, Научна књига, Београд, 1954, стр. 276. Наведени услови за важење једне норме као правне, „од утицаја су само под претпоставком да већ постоји ефикасан правни систем и да се ради једино о доношењу нижих правних норми на темељу виших”. Види о томе: др Берислав Перић: *Структура права*, Загреб, 1983, стр. 11. Дакле ефикасност правног система је примарна претпоставка за важење сваке његове појединачне норме. Ми претпостављамо да важи једна правна норма ако она припада правном систему који је у целини ефикасан односно важећи и на снази је.

⁹ Др Радомир Лукић: *Келзенов нормативизам*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 1—4, Београд, 1983, стр. 497.

¹⁰ Важење правне норме се схвата чисто логички, независно од догађања у свету стварности. Љубомир Тадић: *Филозофске основне правне теорије Ханса Келсена*, Веселин Маслеша, Сарајево, 1962, стр. 10.

¹¹ Види о томе: Alf Ross: *On Law and justice*, Stivens & Sons Ltd., London, 1958, p. 66.

¹² „У својој тежњи да право схвати као једну целину и јединство, нормативна теорија је хтела у извесним својим представницима да право изводи само из права, из самог њега. Али није ли то пут у један логички идеализам, који или је формалистички и не казује ништа или прелази у хегелизам за који је све што постоји разумно?”

Др Борбе Тасић: *Да ли обичај може укинути закон*, Архив за правне и друштвене науке, бр. 3, Београд, 1937, стр. 219.

¹³ По мишљењу многих писаца ова врста рационализма води у схоластику упркос својим изјавама о непријатељству према метафизици.

¹⁴ Види о томе: Густав Радбрех: *Филозофија права*, Нолит, Београд, 1980, стр. 102.

само судити тј. подвргавати га повјесној и научној оцени"¹⁵. Тако у делима Х. Келзена, нормативистичка интерпретација важења правних норми поприма свој „крајњи” и „спекулативни” облик¹⁶.

Нормативистичка теорија важења правних норми полази од дуалистичког схватања света¹⁷ који се дели на свет битка (оно што јест, *Sein*) и на свет требања (оно што треба, *Sollen*)¹⁸. Свет требања је свет норми, који је одвојен од света реалности и представља „свет за себе”¹⁹. Право припада том идеалном нормативном свету²⁰, јер се састоји од норми као „безличних и анонимних заповести”²¹ које имају своју специфичну егзистенцију, а она се састоји у њиховом важењу. Смисао и суштина постојања норме је у њиховом важењу (обавезности), односно у логичкој обавезности норме за сваког субјекта на кога се оне односе. Важење норме је истоветно са њеним постојањем и независно је од тога да ли се оне остварују или не. Дакле, норме, као оно што треба, као чисте идејне и мисаоне творевине, постоје на тај начин што важе²² и обрнуто, важе јер постоје. Норма важи независно од тога да ли се у „реалном свету социјалног збивања” они, на које се норма односи, по њој понашају или не, и без обзира да ли је они прихватају и да ли уопште познају норму (знају за њено постојање) или не. Норма остаје увек подједнако обавезна у идеалном нормативном свету, свету требања и кад је прекршена и уопште, остаје важећа „без икаквог обзира на догађање стварног света”²³. „То је логична последица чињенице да као важећа норма не припада

¹⁵ Др Берислав Перић: *Структура права*, Загреб, 1983, стр. 264.

¹⁶ Као што природноправна теорија тврди да извор важења правних норми лежи у надискусственом нормативном (идеалном) свету вредности по себи, тако ће и Келзенов нормативизам прећи у поље спекулације својим ставом да је основ важења правне норме основна норма која није стварна „непо само нужно претпостављена”, види о томе: Лукић: *Методологија*, стр. 148.

¹⁷ Нормативизам карактерише тзв. „сазнајно критички дуализам” бивства и требања, а не тзв. „метафизички дуализам”, који је, по Келзну, својствен природном праву. Види детаљније о томе: Љуба Тадић: *Однос битка и требања (Sein und Sollen) у Келзоновом правнофилозофском систему*, Годишњак Правног факултета у Сарајеву, бр. VII, Сарајево, 1959, стр. 73—92.

¹⁸ Између којих гледано са гносеолошких видика зјапши непремостиви „бездан”, Тадић: *Филозофске*, стр. 9.

¹⁹ „Ако је о досадашњем развитку науке тражено упориште за право у разним областима емпириског света и моралних односно политичких вриједности, ако је било допуштено, да се право отуда изводи и поново редуцира и раствара у тим свјетовима, чисто право Келзенове теорије постаје свјет за себе (*Rechtswelt*), аутономан и независан, универзалан и сам себи довољан” — види: Љ. Тадић: *Однос*, стр. 80.

²⁰ Ибидем, стр. 52. Битак права тј. стварност права не састоји се у стварном понашању људи по нормама већ се специфична његова реалност састоји и исцрпљује у идеји односно систему норми, нормативном поретку или боље речено, у категорији важења. Појам важења, који изражава идеалну егзистенцију права и правних норми постаје истовремено и израз за правну реалност.

²¹ Види о овоме: Лукић: *Келзенов*, стр. 499.

²² Види о томе: А. Ross: *On Law*, стр. 66: „The apprehension of the existence of a norm is the same thing as the apprehension of its validity”; В. Тадић: *Филозофске*, стр. 39. „Постојање норми је њихово важење”. Реч је о специјалном постојању норми које се разликују од постојања природних чињеница. Важење тако означава царство правног света као света норми тј. специфичних духовних творевина (мисли).

²³ Види: Лукић: *Келзенов нормативизам*, стр. 497.

свету стварности него свету требања”.²⁴ Х. Келзен покушава да докаже да правна норма, „коју он схвата као депсихологизирану заповест”, може важити и онда када више нико то њено постојање не жели²⁵. Право је, по Келзену, систем важећих норми и представља „један логички садржај који важи независно од реалности”²⁶. Дакле, сама егзистенција норме и нормативног света изражава се категоријом важења.

У светлу ове оштре одвојености реалности и идеје, битка и требања, „индикативног и нормативног света”, која има своје дубље филозофске корене²⁷, објаснити важење правне норме постаје сложено питање. Оно се може решити на два начина. Један би био, да се обавезна снага правне норме изводи из реалности („онога што јесте”) и тако „оповргну” основна полазишта о одвојености нормативитета и фактицитета. Други начин би био, да се остане у свету нормативног и „норматив изводити из норматива”²⁸. Формалистичка теорија се одлучује за ову другу „солуцију”, па важење једне правне норме не изводи из њене вредности, прихваћености или ефикасности већ на формално и доследно логичан начин важења једне норме изводи из друге, више норме. „Обавезност једног 'треба' морамо тражити у другом 'треба’”²⁹. Једна правна норма важи зато што је сагласна са неком вишом правном нормом, а ова виша норма важи јер је донета сагласно њој претпостављеној норми и тако редом. Разлог важења норме је увек нека друга норма, или, како то Х. Келзен истиче, „Основ важења норме није, . . . , њена сагласност са стварношћу”. „Тражење основа важења норме не враћа нас реалности, него једној другој норми из које се прва норма изводи. . . .”³⁰ „Основ важења норме јесте увек норма”³¹. Тако, у тражењу основа односно разлога важења једне правне норме идемо хијерархијском лествицом од ниже ка вишим правним нормама, „од једног нормативитета другом”, долазимо до виших и општијих норми и најзад до најопштије и нај-

²⁴ Ibidem.

²⁵ Ханс Келзен истиче за разлику од психолошких теорија важења да постојање правних норми није психолошки феномен чији је основ у вољи (у психичком значењу те речи). Суштина оваквог става је идеја да важење правне норме не проистиче од неког људског бића које доноси норме и његове воље, већ од „безличне аутономне заповести” односно од саме норме као такве. Другим речима „*non sub homine, sed sub lege*”. (Види о томе: Ханс Келзен: *Опита теорија права и државе*, Архив за правне и друштвене науке, Београд, 1951, стр. 45). Тиме, по речима Берислава Перића, у нормативизму „право је дефинитивно одељено не само од своје објективне него и субјективне основе”, (о томе: Перић: *Структура*, стр. 273 и 277). Правна норма међутим не може бити депсихологизирана јер настаје као резултат вољног акта. Немогуће је правну норму одвојити од органа који су је донели, дакле од људи и њихових воља који је стварају и сматрати је као неку самониклу и самовољну силу, а нашта и указује формулација „*non sub homine, sed sub lege*”. Ово зато јер „*sub lege*” је истовремено и „*sub homine*” и обрнуто.

²⁶ Др Радомир Лукић: *О основним идејама Ханса Келзена*, Архив за правне и друштвене науке, бр. 4, Бд., 1951, стр. 624.

²⁷ Види о томе: Љ. Тадић: *Филозофске основе*, стр. 10.

²⁸ Перић: *Структура*, стр. 264.

²⁹ Ibidem, стр. 269.

³⁰ Ханс Келзен: *Опита теорија права и државе*, Архив за правне и друштвене науке, Београд, 1951, стр. 116 и 117.

³¹ Ibidem.

више правне норме (уставне норме). Међутим, поставља се питање на основу чега важи устав? Како не постоји нека виша позитивноправна норма из које, сходно „закону“ важења, „извире“ уставна норма, то се мора претпоставити да постоји једна претходна норма као основ њеног важења. Како логика тражи доследност то, по проф. Радомиру Лукићу³², или ће се ићи у тзв. „рђаву бесконачност“ па претпоставити да уставна норма важи на основу једне више норме, а ова на основу још више и тако бесконачно, или ићи у („такође, рђаву“) коначност, па претпоставити да уставна норма извире из једне коначне, највише норме за шта се Х. Келзен одлучио. Наравно, трећа солуција била би ненормативно, дакле, фактичко објашњење важења уставне норме (политичка воља, сила, ауторитет и друштвена и економска моћ уставотвораца...) и значила би, заправо, излазак из света нормативног — „зачараног нормативног круга“. Јасно је да Х. Келзен то не чини јер га у томе спречавају основна филозофска и методолошка полазишта о подвојености света материјалног, реалног од света духовног, нормативног, „онога што јесте“ и „онога што треба да буде“. Право је један нормативни поредак и једино се њима може или боље речено треба објаснити, сматра Келзен.

Тако, по Х. Келзену, уставна норма своју обавезну снагу црпи из неког претходног устава („правог устава“), прве норме, (пранорме) или основне норме (Grundnorm), „која представља последњу и врховну инстанцу нормативне, „формално динамичке“ хијерархије.³³ Обавезност, дакле, последње позитивноправне норме се, по Келзену, не може објаснити на основу чињеница стварности (нпр. друштвене моћи доносиоца устава и других реалних факата) већ основ њене обавезности треба тражити у некој другој норми. Како не постоји ни једна виша позитивноправна норма“ то се мора претпоставити да постоји једна пранорма“ (основна норма)³⁴. У циљу очувања читаве конструкције важења једног нормативног система, важење те основне норме се мора претпоставити и на тај начин се читав проблем важења преноси на терен логике. Важење правне норме се, на овај начин, „не изводи ни из чега другог, ни из света факата, ни из света вредности — оно се изводи само из себе, одн. из једне логичке претпоставке“³⁵. С тим у вези *Ch. Perelman* наводи „свако рационално оправдање норми изгледа да је искључено у Келзенијанској перспективи“³⁶. На тај начин, право се затвара у потпуно самосталан свет, а ми „имамо посла са важењем права по себи и за себе, јер у основи Келзенове нормативистичке теорије важења лежи принцип немогућности извођења квалификаторних судова важења“ из „егзистенцијалних судова о фактима“.

Основна норма као конструкција „чисте теорије права“ представља, дакле, „базичну хипотезу“ тј. „хипотетички темељ“ Келзенове

³² Види о томе: Лукић: *Келзенов*, стр. 499.

³³ Тадић: *Филозофске*, стр. 41.

³⁴ Др Радомир Лукић: *Теорија државе и права II*, Научна књига, Београд, 1954, стр. 67.

³⁵ Лукић: *О основним*, стр. 621.

³⁶ Види о томе: Хаим Перелман: *Право, морал и филозофија*, Полит, Београд, стр. 170.

монистичко-нормативистичке лествице, чији је задатак не да одређује садржину норми³⁷, већ само да устав и остале позитивноправне норме снабде важењем. Она је највиша норма и као таква последњи разлог и извор важења свих правних норми. Она представља „устав у правно логичком смислу“³⁸, а не у емпириском (позитивноправном). Обавезна снага основне норме тако испада сама по себи очигледна (аксиоматска) и нико не осећа потребу да испитује разлог и основ њеног важења. Важење основне норме се само претпоставља, јер се њено важење не може извести из неке више норме³⁹. Основна норма важи зато што се претпоставља да она важи. Она, дакле, није „постављена“, већ „претпостављена“ или, како каже Х. Келзен, „основна норма је само нужна претпоставка сваке позитивистичке интерпретације правног материјала“⁴⁰, без које се „ниједан људски акт не може схватити као правни акт“. По Ј. Питамицу, основна норма има улогу Бога, као „једног апсолута из кога потиче цео нормативан свет права“⁴¹.

Према томе, норме позитивног права не добијају своје важење од неког апсолутног и објективног природног права и његових норми односно вредности, идеја⁴², већ од једне претпоставке, основне норме која би гласила: позитивно право треба да важи и треба се понашати онако како њене норме наређују. Основна норма није позитивноправна норма већ представља конструкцију правног мишљења. Она је услов и гаранција важења свих и сваке позитивноправне норме слично „трансценденталним законима сазнања“, који представљају само услове искуства, а налазе се ван њега⁴³. Међутим, ова основна норма, као основ на кога се све остале норме заснивају, као што видимо, „остаје без правног основа“⁴⁴, „виси у ваздуху“ као „гола претпоставка“ или, како извесни писци примећују, постаје „трансцендентално логичко природно право“⁴⁵. То је тзв. „хипотетичко фундирање путем основне норме“⁴⁶ читавог позитивног права које, по речима Љубомира Тадића, представља најбитније обележје „критичког позитивизма“ насупрот природноправној филозофији⁴⁷.

³⁷ Види о томе: др Будимир Кошуткић: *Келзенове животне противречности*, Гледишта, бр. 9, Београд, 1973, стр. 891.

³⁸ Др Радомир Лукић: *Појам права*, Зборник за теорију права, Св. II, САНУ, Београд, 1982, стр. 136.

³⁹ Келзен: *Општа*, стр. 117 и 121.

⁴⁰ *Ibidem*, стр. 122.

⁴¹ Лукић: *Келзенов*, стр. 498.

⁴² Види о томе: Лукић: *О основним*, стр. 621.

⁴³ Тадић: *Филозофске*, стр. 41, 47.

⁴⁴ Види о томе: Тома Живановић: *Систем синтетичке правне филозофије*, САНУ, Београд, 1959, стр. 598.

„Правни акти изводе своје важење из своје сагласности с правним нормама које са своје стране зависе од рупних норми и тако даље док се не дође до основног закона који нема правног оправдања, али га све норме и сви правни акти система претпостављају“ (види о томе: Перелман: *Право*, стр. 168).

⁴⁵ Види о томе: Лукић: *О основним*, стр. 154; в. Тадић: *Филозофске*, стр. 46, а Julius Moog назива основну норму „тајанственом јуристичком алхемијом“, *Ibidem*, стр. 139.

⁴⁶ Тадић: *Филозофија права*, стр. 154.

⁴⁷ При чему се услови важења померају „из сфере трансцендентног у логичку аферу трансценденталног“, Тадић: *Филозофске*, стр. 48.

Нормативизам, насупрот природноправној идеји апсолутног важења, говори о „хипотетичко релативном важењу“⁴⁸ јер важење правних норми извлачи из основне норме као једне логичке претпоставке, а с друге стране то претпостављено важење основне норме тумачи релативно и условно, а не апсолутно⁴⁹. Укажујући на релативност важења основне норме односно њену променљивост под утицајем историјско-политичких и друштвених околности (феномен револуције)⁵⁰, долази се до закључка да се важење правних норми не може у целини и до краја објаснити формално логичком дедукцијом, јер се и сама основна норма, која је у нормативистичкој теорији важења „кључ“ за разумевање важења правних норми, мења под утицајем фактицитета („онога што јесте“).

Дакле, важење правне норме није могуће објаснити самим собом. С тим у вези, Келзен истиче⁵¹, ако један систем норми бива укинут, а уместо њега нови нормативни систем постане „у већини случајева“ ефикасан односно људи се у већини случајева понашају сагласно новим нормама, онда ће се тај систем норми сматрати важећим. Свака појединачна правна норма старог нормативног поретка престаје да важи, јер је он „као целина“ изгубио своју ефикасност,⁵² па самим тим и снагу важења.

Ма колико Х. Келзен инсистирао на „затегнутости“ између „битка“ и „требања“, он је развијајући своју теорију дошао до закључка да та затегнутост не сме прећи изван „минимум“, јер ако између нормативног поретка и стварног људског понашања нема извесног антагонизма онда он постаје бесмислен⁵³, као и да затегнутост између „онога што јесте“ и „онога што треба да буде“ не сме прећи изван „максимум“, што ће рећи, да реалност не сме потпуно противречити нормативном поретку. У том смислу Х. Келзен каже да „правни поредак престаје да важи кад му стварност више не одговара“⁵⁴ и да „важење правног поретка, дакле, зависи од његовог слагања са стварношћу, од његове ефикасности⁵⁵. Тако, ефикасност читавог правног поретка постаје нужан услов за важење сваке појединачне норме тог поретка⁵⁶. Ефикасност нормативног поретка само је

⁴⁸ Ibidem, стр. 46.

⁴⁹ Види о промени основне норме у случају револуције односно када стари поредак престане, а нови постане у већини случајева ефикасан, онда ће се тај нови поредак сматрати важећим и њему ће бити претпостављена нова основна норма. В. Келзен: *Општа*, стр. 23.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ Ibidem.

⁵² Ibidem, стр. 124.

⁵³ Ibidem, стр. 125. Х. Келзен говори о томе да слагање норме и стварности не сме прећи изван „максимум“ у смислу „стопроцентог вршења права“ нити пасти испод извесног „минимума“ у смислу неефикасности нормативног поретка. Реч је овде за право о проблему важења правног поретка односно права у целини, а појединачних правних норми, (о томе детаљније: Лукић: *Теорија*, стр. 274.

⁵⁴ Ibidem. Реч је о премоћи стварности над нормом као идеалној, чисто нормативној појави.

⁵⁵ Ibidem и види о томе: Лукић: *Теорија*, стр. 277: „Право које је противно стварности не може да је победи“.

⁵⁶ Келзен: *Општа*, стр. 124.

услов важења (*conditio sine qua non*), а не разлог, основ (*conditio per quam*) важења норми које га сачињавају⁵⁷. Следећи ову нормативистичку логику долази се до добро познатих ставова „чисте теорије права” да се правна норма сматра важећом само под условом да припада систему норми који је у целини узевши ефикасан. Норма не важи зато што је ефикасна, нити зато што је читав правни поредак коме она припада ефикасан већ ако је правни поредак „у целини узевши ефикасан”, а норма важи „зато што је створена на уставан начин”⁵⁸. Дакле, „фактичко је само услов, а не и основ важења, које остаје чисто нормативно, тј. основ је и даље претпостављена правна норма”⁵⁹.

Аналогно томе, правна норма престаје да важи када буде поништена на уставом односно законом предвиђен начин, дакле, сагласно вишим нормама које је дају али и ускраћују важење, и за случај да правни поредак као целина изгуби своју ефикасност.⁶⁰

Према томе, ефикасност правне норме, према нормативистичкој теорији, у принципу не утиче на њено важење, норма важи иако је неефикасна јер њено важење је у њеном требању. С тим у визи, Х. Келзен истиче, „у правном поретку који је ефикасан као целина могу постојати изоловане норме које важе а које ипак нису ефикасне”⁶¹ односно људи им се не покоршавају и не примењују их. Међутим, он додаје, „ако норма остане стално неефикасна, онда она престаје важити услед изобличавања”⁶². Дакле, постоји веома значајан однос између ефикасности норме и њене важности јер „сасвим неефикасна норма није ни важећа норма”⁶³. Долази до „ерозије” правних норми услед њиховог сталног непоштовања (изобичајавања). Норма, дакле, може престати да важи не само у законом предвиђеним случајевима (*derogatio*) или пак чињеницом да је правни систем у целини престао бити ефикасан (револуција) већ и у случају изобичајавања (*desuetudo*) када обичај, стварањем друге норме поништава претходну, која је остала „стално неефикасна”⁶⁴. Тиме је Келзен при-

⁵⁷ Ibidem, стр. 53.

⁵⁸ Ibidem, стр. 124. Право обавезује односно важи чим је прописано, без обзира да ли се конкретна норма примењује, само под условом да се већина норми примењује и утолико пре ако се и сама примењује. (Види о томе: исто као под 38, стр. 19).

⁵⁹ Лукић: *Келзенов*, стр. 500.

⁶⁰ Тадић: *Филозофске*, стр. 223. Правне норме добијају своју снагу од целине и остају у важности „докле год целина не буде измењена”. За разлику од права као целине, важење појединачних норми не зависи од тога да ли се и колико стварност са њима слаже” (Слободан Јовановић: *Држава I*, Геца Кон А. Д., Београд, 1936, стр. 94).

⁶¹ Келзен: *Општа*, стр. 124.

⁶² Ibidem, о проблему изобличавања видети: Лукић: *Теорија*, стр. 277.

⁶³ Ebenstein William: *Чиста теорија права: демитологизација правне мисли*, Страни правни живот, бр. 80, Београд, 1973, стр. 27.

⁶⁴ Тасић: *Да ли обичај*. Аутор овог чланка (проф. Б. Тасић) на питање „да ли обичај може укинути закон?” налази разлоге за позитиван одговор што у крајњој линији значи став да правна норма, па макар била и законска, без свог остваривања, вршења (као и правни поредак без своје ефикасности) престаје бити правна норма односно позитивно правни поредак. (Види о проблему „изобичајавања закона”, Лукић: *Појам права*, стр. 13).

знао да „требање престаје то бити ако буде и остане само требање” без своје реалности, остваривања у људском понашању и свету „онога што јест”. Таква требања без обзира на амбиције са којима су настала постаће „мртво слово на папиру”, апел, „план зграде” и ништа више. То је још један доказ да је реалност јача од права, схваћеног нормативистички, а што ће и сам Келзен на један својеврстан начин признати (конструкцијама услова и узрока важења правне норме).

III

На основу изнетог произилази, да објаснити важење правне норме значи, за нормативизам, „извлачење норме из норме” и долажење до једне основне норме која даје обавезан карактер свакој позитивно-правној норми. Дакле, важење једне правне норме види се у важењу неке друге, више правне норме да би се на крају њено важење само претпоставило. „Формулацијом основне норме Келзен је остао доследан својој чистој теорији права”⁶⁵. Према томе, ако желимо да будемо доследни нормативистичкој правној теорији и начину мишљења не можемо да кажемо ништа друго до да позитивна правна норма важи зато што она треба да важи односно зато што се претпоставља, у крајњој линији, да она треба да важи. Међутим, на тај начин, истиче проф. Р. Лукић, нормативизам нас ставља пред апсурдну ситуацију да правник не може да објасни право другачије до претпоставком, која се изричито признаје као нереална.⁶⁶ Испада, тако, да је највећи домет у сазнању права једна претпоставка, аксиом пранорме пред којом треба да се заустави сваки правни позитивиста „исповедајући логички агностицизам о свему ономе што прелази ове границе”⁶⁷, слично као што се верник „зауставља на претпоставци, аксиому бога”⁶⁸. Користећи позитивистичко-нормативан метод нама остаје непозната ситуација која је претходила важећој норми као и она која следи иза ње. У том смислу, имамо одвајање норме од органа,

⁶⁵ Кошутуић, *Келзенове*, стр. 890.

⁶⁶ Лукић: *Теорија*, стр. 67. „Келзен се није усудио да тврди да пранорма постоји (пошто је јасно да не постоји), него ју је само 'схватио' као нужну логичко систематску претпоставку свог нормативизма”. (види о томе: Лукић: *Појам*, стр. 34). На ову околност указали су многи критичари Келзенове доктрине, а наиме да са констатацијом основне норме цела нормативистичка теорија „стоји или пада”. С тим у вези видети: Кошутуић: *Келзенове*, стр. 887, где се наводи да „претпоставка основне норме је типичан случај фикције у смислу Vaihingerove филозофије ALS-OB”. Све то даје повода да се у правној теорији „чиста теорија права” третира и схвата као јединство метафизичких претпоставки и правно-позитивистичког приступа.

⁶⁷ Тадић: *Филозофске*, стр. 130.

⁶⁸ Перић: *Структура*, стр. 279. „Правник не треба да се пита одакле та претпостављена пранорма, што је увјетује. чијим и каквим интересима служи? Он треба да препусти социолозима, политичарима и филозофима задатак да се баве дубљим узроцима настанка, развоја и улоге правне појаве”. Др Живко Анзуловић: *Значење дјела Ханса Келсена*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, бр. XI/1974, стр. 33.

те и „дрве нормe“ од „дрвог органа“, као њеног доносиоца, са једне стране и с друге, одвајање важећих норми од друштвених односа и људи који нормe треба применити⁶⁹.

Нормативизам не може, а да нормативни систем не упореди са фактима ако жели да утврди да ли је тај систем важећи (позитиван) или не. „Снага“ једне претпоставке коју нам он нуди, по речима Gustava Radbrucha, „можда може приказати важење једног правног прописа у односу на друге... али никако важење врховних правних прописа, основних закона, па стога никако ни важење правног поретка као целине“⁷⁰. Заправо, уместо да у духу нормативистичког монизма основна норма остане „априорна, основа аутономног система“ она постаје, по речима проф. Лукића, „Апостериорна последица систему“. Претпоставка, дакле, и није претпоставка, него „конструкција извесних факата, тј. факата ефикасности дотичног нормативног система“⁷¹.

Према томе, нормативизам није могао, а да свет „требања“ не доведе у везу са чињеницама реалности и светом „онога што јесте“. На тај начин, успостављен је однос између појма важења (као правне категорије) и појма ефикасности⁷² (као метаправне категорије), која, по нормативистима, као квалитет стварног људског понашања, спада у област реалности. Ово нарочито долази до изражаја када се важење појединачне правне нормe доводи у зависност од њене ефикасности (изобичајавање). Додуше, Х. Келзен истиче, да је ефикасност само *услов* важења правне нормe, а не њен *основ*, разлог важења. Тако испада да фактицитет не може бити узрок нормативног али представља његов *услов*, оно што га, у крајњој линији, одржава у животу и што га може укинути.

По проф. Лукићу⁷³, Келзен се узалуд труди да своју конструкцију спаси разликовањем услова од основа важења јер то су само „празне речи које не могу да прикрију неуспех његове нормативистичке методологије“, која га, по њему, одвлачи на „социолошку теорију ефикасности“⁷⁴. Ово због тога јер Х. Келзен, у крајњој линији,

⁶⁹ Међутим „Келзен је био свјестан да је и његов нормативни правни поредак са својом претпостављеном правном нормом увјетован друштвеном животном збиљом. Он је такође изјавио да је сваки правни поредак увјек више у корист моћније друштвене класе. Дакле, он добро зна да његова правна норма није пала с неба и да је она, у ствари, први устав намењен од надмоћније класе. Али он не жели дати правнику да се тиме бави...“ Др Ж. Анзуловић: *Значење дјела Ханса Келсена*, Зборник радова правног факултета у Сплиту, бр. XI/1974, стр. 35.

⁷⁰ Радбрех: *Филозофија права*, стр. 102.

⁷¹ Лукић: *О основним*, стр. 623. Постојање и важење саме основне нормe условљено је ефикасношћу нормативног поретка који произилази из ње (види о томе: Hughes Graham: *Validity and the Basic Norm*, California law Review, 1971, р. 695—714).

⁷² Х. Келзен поред осталог каже да ако уместо о ефикасности или реалности говоримо о сили онда однос важења и ефикасности се своди на однос права и силе па се тако потврђује теза да право не може опстати без силе али да са њом није идентично (види о томе: Тадић: *Филозофске*, стр. 51), на тај начин по многим писцима Келзен је „срушио темељ чистоте свог система“.

⁷³ Лукић: *О основним*, стр. 623.

⁷⁴ Ибидем, стр. 639.

признаје снагу фактичког друштвеног живота, а што је једна од противречности и кардиналних приговора његовог нормативизма. Заправо, ако је нормативни поредак, по схватању нормативиста, један аутономан свет чије постојање и важење проистиче из основне норме, сасвим је „нелогично“ важење његових норми условљавати стварним људским понашањем по њима. Међутим, како то Келзенова „чиста“ теорија ипак чини, онда инсистирање на томе шта је услов, а шта разлог важења представља секундарно питање и није од неке посебне важности⁷⁵.

Увођење принципа ефикасности за објашњење важења правне норме и правног поретка (у нормативистичком смислу), па макар и у форми услова, представља, по многим теоретичарима, капитулацију неокантовског дуализма, као претпоставке нормативистичке теорије важења, и победу „логике“ правне реалности, насупрот „логици једног априорног система“⁷⁶, а што је, по речима Х. Перелмана, судбина сваке „научне теорије која је непомирљива са чињеницама“⁷⁷.

Иако ово „накнадно“ спајање нормативитета и фактицитета нормативистичка доктрина покушава да објасни „метаморфозом фактичког и нормативно“ или као „асимилирање фактицитета нормативитету“ остаје закључак да се у објашњењу феномена важења правне норме, норме и чињенице односно људска понашања не могу одвојено посматрати јер су оне нужно повезане и условљене. Многи теоретичари указују на дијалектички тоталитет факта и норме чију дијаметричку синтезу изражавају категоријом „свесни битак“⁷⁸.

Право као систем норми није одвојен и независан од чињеница објективног света и по свом постанку и по својој егзистенцији. И сама норма није нешто нереално, већ представља реалну чињеницу и то не само онда када је ефикасна, у смислу људског понашања сагласно норми, већ и онда када постоји само као садржај свести. Норме су заправо „проистекле из света оног што јест и саме су такође нешто што јест, иако казују нешто што треба да буде.“⁷⁹ Поред овог, не може се прихватити, са гледишта искуства, схватање нормативиста да норме могу егзистирати и важити објективно, ван субјеката и ван реалности, дакле, на формалноправан, чисто нормативан начин. Оне могу постојати само у свестима људи и одражавати се у њиховим понашањима. „То што се сматра да норме постоје непрекидно... чим су проглашене обавезним, да постоје на чисто нормативан начин, у ствари, није ништа друго до уопштавања стварног, реалног постојања норми у свестима људи“⁸⁰.

⁷⁵ Кошуткић: *Келзенове*, стр. 891.

⁷⁶ Тадић: *Филозофске*, стр. 131.

⁷⁷ Види о томе: Душан Бошковић: *Обнова практичне филозофије у Перелмановој новој реторици* (предговор књиге Х. Перелман: *Право, морал и филозофија*, Нолит, Београд, 1983, стр. XXVI).

⁷⁸ Висковић: *Појам*, стр. 64; види о томе: Тадић: *Филозофске*, стр. 140.

⁷⁹ Лукић: *Методологија*, стр. 134 (види о разлици између норме и нормативног исказа).

⁸⁰ Лукић: *Теорија*, стр. 51 или како то проф. С. Врачар истиче, правне норме као мисаоне и рационалне творевине својим постојањем и функционирањем у друштвеном животу стичу својство да се отуђују па се заједно са

С тим у вези, постоје бројне критике Келзеновог нормативизма и нормативистичке теорије важења. Међутим, многе критике, по проф. Лукићу, су погрешно усмерене јер нормативизам „критикују с гледишта света бивања.”⁸¹ Х. Келзен се, међутим, бавио проблемом „формалнолошког карактера важења, одн. обавезности”⁸² правне норме, а не објашњавањем њеног фактичког важења⁸³. Он је, заправо, тражио „нормативнолошко објашњење важења правне норме, у свету требања, идеалном свету, независном. . . од света бивања”⁸⁴.

Међутим, та два света су само логички одвојена, а у стварности су (дијалектички) спојена, што ће Келзен морати да призна и у том смислу имамо „ублажавања”, „одступања” и „недоследности” у његовој теорији важења правне норме. Он је заправо, као што примећују бројни правни писци користио нормативан, формално логички метод и доследно га развијајући до самог краја, постао и сам његова „жртва”⁸⁵. Међутим, по речима, проф. Лукића, „практично бар у овом правном свету, раба идеално, фактичка обавезност раба нормативну, идеалну обавезност”⁸⁶.

На основу свега изнетог може се закључити да нормативистичка теорија важења правне норме, на питање што је разлог важења (обавезности) правне норме и зашто морамо да поштујемо одређену правну норму, сматра, да одговор на ово питање не можемо тражити у чињеничком односу, у ситуацији „јесте” већ у стању „треба”. Обавезности норме не резултира из факта, акта воље већ из једне нове, више норме⁸⁷ односно једне пранорме која постоји у нашој свести као претпоставка обавезности правних норми.⁸⁸ Правни се позитивизам (нормативизам) ограничава тако, само на сазнајно-теоријско објашњење претпоставки важења⁸⁹ правних норми и по речима Г. Радбруха, он постаје неспособан да у одређеним друштвено-историјским околностима” оспори важење заповестима једног параоника који замишља да је краљ”⁹⁰. Ово због тога, јер по Келзеновом гледишту „у

низом других друштвених творевина укључују у процесу алијенације (види о томе: др Стеван Врачар: *Главни моменти у тезама за дискусију о појму права*, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 3—4, 1963, стр. 452).

⁸¹ Лукић: *Келзен*, стр. 500.

⁸² Ибидем.

⁸³ Нормативизам је истакао „две основне категорије: 'sein' и 'sollen'” и по речима проф. др Б. Благојевића, он „постојање права није негирао али се бавио само овом другом”. Види о томе: *Анали правног факултета у Београду*, бр. 3—4/63, стр. 458.

⁸⁴ Лукић: *Келзен*, стр. 500 (у том смислу је разлог важења норме увек и само норма).

⁸⁵ Ибидем, стр. 502.

⁸⁶ Ибидем.

⁸⁷ Ханс Келзен: *О основној норми (On the Basic Norm)*, Страни правни живот, бр. 21/1959, Београд, стр. 3.

⁸⁸ Ибидем, стр. 4, за разлику од нормативистичке теорије Х. Келзен сматра да природноправна теорија важења не одређује само основ обавезности правних норми већ и њихову садржину.

⁸⁹ Љубомир Тадић: *Марксистичко схватање државе и чиста теорија права* (предговор књиге: Ханс Келзен — Макс Адлер: *Марксизам и држава*, Библиотека Стремљења „Филип Вишњић”, Београд, 1985, стр. 12).

⁹⁰ Радбрух: *Филозофија*, стр. 13. По мишљењу Хаим Перелмана, правни позитивизам заснива важење правних норми на законодавној власти државе и на санкцији која гарантује поштовање закону. Он доживљава свој крах у

форму права може да се унесе било која садржина под условом да је то уношење извршено на правом предвиђен начин⁹¹. Правно је основана свака власт уколико успе да успостави ефикасан правни поредак.⁹²

Ова теорија је у стању да само са становишта једног правног поретка критикује захтев за важењем неког другог, а није у стању да „властитом снагом образложи зашто је стала на страну баш тог правног поретка”.⁹³ Тако, правни формализам, по речима G. Лукаса, „одбија да објасни... конкретно поимање историјске суштине друштвених творевина. Том методом се проблем материјалног суштата појединих форми... уклања тако што не изискује даље објашњење, те своју пажњу усмерава искључиво на питање како могу да се изведу претпоставке ваљаности фактички важећег. На тај начин се том методом у целини уклањају питања: „зашто нешто важи” и „по чему важи” да би се пажња искључиво усредсредила на проблем „како важи”.⁹⁴ Формалистичка (нормативистичка) теорија важења правне норме своди тако, појам важења норме на принцип законитости и формални критеријум правности. Норме, важе зависно од њихове формалне усклађености у правном систему, а чињеница да ли се правна норма признаје и поштује од стране њихових адресата, судова и других државних органа је без утицаја на њихово важење.

Норма важи ако је донета на формално исправан начин, сагласно вишим нормама, које одређују поступак њеног доношења и њену садржину. Међутим, важење правне норме не можемо свести на „формалну вриједност кохерентности — законитости”⁹⁵ односно законитост правне норме и њено важење нису идентични јер у сваком правном систему постоје бројне правне норме које важе тј. актуелно обавезују своје адресате, а незаконите су било из формалних било из материјалних разлога. Могуће је, наиме, да је правна норма донета од стране правног субјекта који је овлашћен за њено доношење али да у поступку њеног доношења нису поштоване процедуралне

„злоупотребама хитлеризма”. Види о томе: Бошковић: *Обнова*. „Келсенова је теорија правни позитивизам за који и француска демократија, и фашизам, и национални социјализам и болшевизам потпуно и подједнако су оправдани само зато, јер постоје. Сваки је режим нормалан пошто је на снази и све док је на снази. На снази је и важи опет само зато, јер се ослања на принуду”. Др Евгеније Спекторски: *Hans Kelsen, Reine Rechtslehre*, Архив за правне и друштвене науке, бр. 2, Београд, 1936, стр. 196.

⁹¹ Кошуткић: *Келсенове*, стр. 887.

⁹² Дакле, по нормативистичкој теорији квалитет правне норме имају и норме расистичких хитлеровских закона које су врећали основна људска права и достојанство личности.

⁹³ Радбрух: *Филозофија*, стр. 103 и по мишљењу Ј. Питамница, чиста теорија права није решила питање зашто право важи (види о томе: М. Павчић: *Л. Питамниц и његово схватање права*, Зборник за теорију права, св. I, САНУ, Београд, 1978, стр. 225).

⁹⁴ Тадић: *Марксистичко*, стр. 12. За нормативистичку теорију важно је како је настала једна правна норма, а не зашто је она настала. Потребно је само утврдити да ли је конкретна норма проистекла из више правне норме и тако редом до основне норме, а питање друштвеног порекла норми, њиховог циља и дејства је за правну науку небитно.

⁹⁵ Висковић: *Појам*, стр. 283.

или материјалне више правне норме. Таква норма је, у ствари (формално или материјално) незаконита, међутим, она и даље важи тј. актуелно обавезује све док то не буде утврђено и норма укинута. С обзиром да сваки правни поредак захтева поштовање принципа законитости, и да у пракси већина, мада не и све, незаконите правне норме бивају укинуте, долази се до закључка да формални критеријум законитости односно кохерентности, склад нижих правних норми са вишим правним нормама у формалном и садржинском погледу, представља битан али не и искључиви основ важења правне норме. Исказ о томе да ли је једна правна норма законита или не, не може бити истовремено и исказ о њеном важењу. С тим у вези, потребно је при оцени важења конкретних нормативних садржаја узети у обзир и читав низ других реалних, психолошких и социолошких чинилаца који су нарочито од утицаја на трајање, меру и престанак важења правне норме.

Према томе, поред формално нормативног критеријума, важење правних норми одређују кумулативно и комплементарно низ вредносних, психолошких и социолошких критеријума чинећи тако проблематику важења правне норме изузетно сложеном, а теорије које покушавају да одреде појам, критеријуме и суштину важења норме, веома бројне.

PREDRAG DIMITRIJEVIĆ,
assistant à la Faculté de Droit à Niš

NORMATIVISME — THÉORIE FORMALLEMENT LOGIQUE DE LA VALIDITÉ DE LA NORME JURIDIQUE

Résumé

La notion de la validité de la norme juridique appartient au rang des notions fondamentales et en même temps très discutables et de diverses manières concevables des notions de la philosophie juridique et de la théorie de droit.

Par rapport à l'importance de ce problème dans la philosophie de droit se sont formées de nombreuses conceptions qui s'efforcent de donner leur solution des questions que la problématique de la validité établit par elle-même. Une des conceptions inévitables liées à ce problème, présente la théorie normativiste de la validité. Selon cette théorie, la norme juridique est valable étant compatible avec une autre forme juridique supérieure et cette forme supérieure est valable étant arrêtée conformément avec une autre forme lui préposée et ainsi de suite jusqu'à la plus haute norme positive et juridique. Puisque la validité de la plus haute norme ne peut pas être déduite d'une autre norme positive, car telle n'existe pas, il faut alors nécessairement supposer l'existence »d'une norme fondamentale« qui n'est pas une norme juridique positive mais qui présente une construction logique de l'opinion juridique, dont le devoir est de procurer la validité à la Constitution et aux normes positives juridiques. En rejetant l'influence du réel comportement humain et de la volonté, donc, des faits réels (sociaux et psychiques) sur la validité c'est-à-dire l'existence des normes juridiques ou les prenant seulement comme la condition de la validité purement normative, la théorie normative de la validité d'un côté parle sur la validité formellement logique des normes juridiques et de l'autre côté elle est contradictoire à elle-même car par sa construction »des conditions« de la validité elle reconnaît l'influence du monde réel sur la validité des normes juridiques ce que est en collision avec ses prémices sujeto-méthodologiques (dualisme »Sein« et »Sollen«).

III IN MEMORIAM

