

ПРИМАРНЕ И СЕКУНДАРНЕ НОРМЕ У ТЕОРИЈИ ПРАВА ХЕРБЕРТА ХАРТА

Теоријско проучавање правних норми, које су у модерној правној науци несумњиво привилегован предмет изучавања¹, обухвата и бројне њихове класификације. У мноштву тих класификација срећу се у новије време, у западној правној теорији, класификације норми на примарне и секундарне.² Уопштено посматрано, основ ових класификација је различита структура примарних и секундарних норми. Док нормативна структура примарних норми показује да се оне односе непосредно на понашање, специфичност структуре секундарних норми је у томе да се оне не односе непосредно на понашање, већ на друге норме, на примарне норме. Преко ове заједничке тачке настаје, међутим, велика неуједначеност у разликовању примарних и секундарних норми. Неуједначеност настаје у одређивању карактера односа једних, секундарних норми, на друге, примарне норме. Он се одређује као временски, функционални, хијерархијски и генетички. Узима се, при томе, за основ разликовања или само један од тих принципа или мешовити принцип, који садржи више основа класификације.

Различита је и вера у моћ разликовања примарних и секундарних норми код појединих аутора. Једни се задовољавају једном мање-више дидактичком класификацијом, а други теже да својим разликовањем примарних и секундарних норми открију саму суштину, односно специфичну природу права.

Један од правних писаца који с великом амбицијом приступа питању примарних и секундарних норми, односно правила³, је Herbert Lionel Adolphus Hart, „обновитељ аналитичке филозофије права и њен главни представник данас.“⁴ Одређење права као јединства примарних и секундарних норми једно је од основних

1. Објашњење за ту привилегованост види у Никола Висковић, **Појам права**, Логос, Сплит, 1981, стр. 165. и стр. 182.

2. Види: Adolf Merkel, *Juristische Enzyklopädie*, Berlin, 1920, стр. 43; Hans Kelsen, **Општа теорија права и државе**, Архив за правне и друштвене науке, Београд, 1951, стр. 71; Eugen Bucher, *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, Mohr, Tübingen, 1965, стр. 51; Giorgio del Vecchio, *Lezioni di filosofia del diritto*, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1965, стр. 244; Alf Ross, *Directives and norms*, London, 1968, стр. 92; Norberto Bobbio, **Примарне и секундарне норме**, превео Никола Висковић, Домети, бр. 12/1986, стр. 101.

3. Речи норма и правило третирамо, у овом раду, као синониме.

4. Миомир Матуловић, **Језик, право и морал**, Издавачки центар, Ријека, 1986, стр. 30.

обележја Hartovog модела права. Он то одређење, међутим, не сматра дефиницијом права. По њему, „ништа довољно сажето, што се држи дефиницијом, не може пружити задовољавајући одговор“⁵ на питање: „Шта је то право?“⁶

Својство права да представља јединство примарних и секундарних норми је, по Hartu, оно што право разликује од осталих друштвених норми (норми морала, моде, језика итд.). У праву постоје, поред норми које регулишу понашање, тзв. примарних норми, и специфичне норме степена, тзв. секундарне норме. Секундарне норме су оне које се односе на примарне, које „... специфицирају начине на које се смију примарна правила конклузивно установљавати, уводити, елиминирати, мијењати, те конклузивно одређивати чињеница њихова кршења.“⁷ У примитивној заједници постоје само примарне норме и управо стварање секундарних норми означава настанак права, прелаз из „претправног света“ у „свет права“.⁸ Настанак секундарних норми везује се за настанак законског система, судова и јавних службеника, и изазван је трима недостацима режима примарних норми у примитивној заједници: неодређеношћу, статичношћу и неефикасношћу. Три недостатка изазивају три врсте секундарних норми: норма признања важења (rule of recognition), норме промене (rules of change) и норме о санкцији (rules of adjudication).

Hart доста пажње поклања норми признања важења. По њему, та норма решава проблем идентитета правног система, одговара на питање да ли нека друга норма јесте или није део односног система.⁹ То је једна, врховна норма која „одређује неко обилежје или обилежја чија се присутност у наметнутом правилу узима као конклузивна афирмативна индикација да је ријеч о правилу групе које се има подупријети друштвеном присилом.“¹⁰ Тиме она отклања неодређеност режима примарних норми у примитивној заједници. Обавезност и постојање ове норме Hart проналази у њеној прихваћености у пракси.¹¹

Режим примарних норми у примитивној заједници карактерише и статичност, немогућност њихове промене. Hart истиче да овај недостатак исправљају, у модерним правним системима, норме промене. То су норме које овлашћују, ограничено или неограничено, на увођење нових примарних норми, и то укидањем или мо-

5. Hart нарочито истиче мањкавост дефиниције per genus et differentiam, јер „грађење ошће дефиниције права замагљује разлике у облицима и функцијама појединих типова правних правила“. Види, Н. Висковић, **Појам**... стр. 22. и стр. 219.

6. Види, М. Матуловић, **Језик**... стр. 102.

7. М. Матуловић, **исто дело**, стр. 116.

8. За Harta је тај прелаз „тако значајан корак напред за друштво, као и откриће точка“. Ralf Sartorius, *Hart's Concept of Law, More Essays in Legal Philosophy*, Basil Blackwell, Oxford, 1971, str. 139.

9. Ronald Dworkin сматра да овако дефинисана норма признања важења не може да реши у целини проблем идентитета правног система. Она не даје решење за случајеве у којима треба идентификовати правне принципе и правна начела.

10. М. Матуловић, **Језик**... стр. 135.

11. То је, по Hartu, „емпиријска чињеница“.

дификовањем старих. У ред ових норми спадају како оне које дају овлашћења законодавном телу да уводи нове и укида старе законе,¹² тако и оне које дају овлашћења приватним лицима да мењају свој правни статус под примарним нормама.¹³

Неефикасност норми понашања у примитивној заједници, као последицу неорганизоване примене санкција за њихов прекршај, лече, по Hartu, норме о санкцији. Hart разликује две подгрупе ових норми: једну чине норме које овлашћују судије да ауторитативно одлучују да ли је у конкретном случају прекршена примарна норма, а другу норме које их овлашћују да контролишу примену санкције од стране других јавних службеника. Прва подгрупа јавља се и као специфичан, несавршени облик норме признања важења, јер ауторитативна судска одлука о томе да ли је у конкретном случају прекршена примарна норма садржи увек и идентификацију те норме.

Свој критеријум класификације правних норми, по коме су примарне оне норме које се односе на понашање, а секундарне оне које се односе на примарне, Hart није испоштовао до краја. Наиме, на другим местима, он дистинкцију правних норми на примарне и секундарне изводи по другом основу: „Правила првог типа, која се сасвим оправдано могу држати основним или примарним типом... намећу дужности, правила другог типа су секундарна, јер ... додељују јавна или приватна овлашћења.“¹⁴ Између овог и претходног Hartovог разликовања примарних и секундарних норми постоји очигледна неконзистентност, која се од стране Hartovih критичара различито тумачи.

Sartoriusova критика Hartove двосмислене дистинкције креће се у два смера. У једном, она указује на немогућност да норме којима се додељују приватна овлашћења, а које су секундарне по критеријуму класификације који одређује као примарне оне норме које намећу дужности, а као секундарне оне које додељују овлашћења, буду секундарне и по критеријуму класификације који одређује да су секундарне оне норме које се односе на друге норме, а не на понашање. Други смер Sartoriusove критике односи се на норму признања важења. Sartorius истиче да ове норме нису нужно овлашћујуће и да због тога не испуњавају услов да буду проглашене секундарним по критеријуму по коме примарне норме намећу дужности, а секундарне додељују овлашћења. Истичући Hartovi недоследност, Sartorius идентификује разлику којој, по његовом мишљењу, сам Hart придаје највише пажње: „То је нека хибридна разлика између уставних (конституционалних) правила признања важења, промене и санкције, с једне стране, и оних правила која намећу дужности и додељују овлашћења приватним индивидуама, и која могу постојати независно од секундарних правила, с друге стра-

12. Ове норме су повезане с нормом признања важења, јер она „нужно укључује референцу на законодавно тијело као критериј идентификације правила“. М. Матуловић, *Језик...* стр. 114.

13. Ове норме „додељују овлашћење приватним особама да сачињавају опоруче, уговоре, преносе власништво...“. М. Матуловић, *исто дело*, стр. 115.

14. *Исто дело*, стр. 116.

не.¹⁵ По Матуловићу је, међутим, ова Sartoriusova тврдња спорна, и то нарочито у погледу укључивања правила која додељују приватна овлашћења у примарна правила.¹⁶

Bobbio истиче велики значај Hartovог разликовања норми на примарне и секундарне, посебно за израду једне теорије нормативних система. Та оцена се односи на оно Hartovo разликовање, које одређује као примарне оне норме које се односе на понашање, а као секундарне оне које се односе на друге норме. У погледу Hartovог разликовања по другом критеријуму, Bobbio констатује да „...није јасно због чега Hart, након што је добро установио својство односа између примарних и секундарних норми, у даљем излагању развија то својство у једном дискутабилном правцу, сматрајући да примарне норме постављају обавезе док секундарне норме дају моћи.“¹⁷

По Hackerу и Razu, конзистентност између два исказана Hartova разликовања руши правило признања важења. Они истичу да се ово правило, будући обичајно „...мора интерпретирати као правило које намеће дужности... Правило признања важења намеће обвезу јавним службеницима који примјењују право да признају и примјењују само она правила која удовољавају одређеним критеријумима важења садржаним у правилу признања важења.“¹⁸

Својим разликовањем примарних и секундарних норми Hart жели, у првом реду, указати на двојни карактер норми правног система. У својој анализи полази од критике императивног модела права, по коме је право заповед суверена. Hart одбацује такву дефиницију, „...те држи да правна правила као друштвена правила имају свој извор у друштвеној пракси (радњама, изрицањима итд.) свих припадника заједнице — како јавних службеника тако и обичних грађана.“¹⁹ Тиме Hart указује на недовољност и самим тим нетачност императивног модела, јер не може објаснити читав садржај права. Тај је модел примерен у објашњењу кривичног права, али не и у објашњењу таквих закона који намећу дужности, обавезе. Изван њега остаје читав низ правних норми којима се додељују правна овлашћења, и то како приватним лицима, тако и јавним службеницима и органима. Зато се Hart залаже за једну детаљну таксономију, која не би све правне норме сводила на један јединствени тип. При томе, он истиче да је „разликовањем између одређених закона... којима се додељују овлашћења од оних који намећу дужности дат... само почетак.“²⁰ Том се напоменом, као и својим разликовањем униформних норми и вишесмислених стандарда, те општих норми, стандарда и принципа,²¹ Hart може делимично одбранити од критичара који истичу недовољност и редукционизам његовог разликовања примарних и секундарних норми.

15. R. Sartorius, *Hart's...* стр. 138.

16. Види, М. Матуловић, *Језик...* стр. 117.

17. N. Bobbio, *Примарне...* стр. 105.

18. М. Матуловић, *Језик...* стр. 126.

19. М. Матуловић, *исто дело*, стр. 172.

20. *Исто дело*, стр. 100.

21. Види, *исто дело*, стр. 120.

Јединством примарних и секундарних норми Hart, значи, објашњава првенствено, специфичну структуру правног система. Међутим, сама та структура није, по њему, довољна за закључак да правни систем постоји. Постојање правног система, његова идентификација као друштвене појаве, његова ефикасност, захтева и одговарајући став, однос чланова друштвене заједнице према правним нормама.²² Тај је однос различит код примарних и секундарних норми. Услов за постојање правног система на страни примарних норми јесте покорност тим нормама, и то „из било којих мотива“²³ Услов за постојање правног система на страни секундарних норми јесте њихово прихватање као добрих, праведних. Норма признања важења, норме промене и норме о санкцији морају бити прихваћене из уверења.²⁴

Разликовање примарних и секундарних норми служи Hartu и за објашњење функције права, одн. правних норми. Hart полази од критике Kelsenovog схватања. Како су за Kelsena примарне и једине праве правне норме оне које прописују деликт и санкцију, то је и функција права заштитно-репресивна: идентификовање чињенице кршења права и наметање санкције. По Hartu, овај Келсенов став онемогућава увид у различите друштвене функције различитих типова правних норми. Аналогно свом разликовању примарних и секундарних норми, Hart разликује примарну и секундарну функцију права. Примарна функција се састоји „у контроли, усмјеравању и планирању живота изван судова.“²⁵ Секундарна функција састоји се у томе да „службеници идентифицирају чињеницу кршења права и намећу санкције с којима се пријетило“²⁶. Ова функција ступа у дејство само када се право крши, а примарна функција затаји. Између типова норми и друштвених функција права постоји једноставан однос: примарне норме — примарна функција, секундарне норме — секундарна функција. Иако *specificum* права, секундарне норме су само помоћне (*ancillary*). Ово Hartovo схватање критикује Raz. Он примећује да Hartovo схватање друштвене функције норми не покрива различитост функција три врсте секундарних норми. Остаје неидентификована разлика између функција норми које овлашћују приватна лица да мењају свој правни статус под примарним нормама и функција норми које овлашћују законодавно тело да укида старе и уводи нове законе. Недовољно јасно, по Razu, Hart објашњава и функцију оних секундарних норми којима се службена лица обавезују да реагују у случају кршења примарних норми, и то ауторитативном одлуком о прекршају и применом запрећене санкције. Све те недоследности, по Razu, су последица тога што Hart разлику између примарних и секундарних норми једном схвата као разлику између нормативних типова, а други пут као разлику између друштвених функција права.²⁷

22. Hart уводи у брифанску јуриспруденцију тзв. херменеутички метод.

23. М. Матуловић, *Језик* ... стр. 109.

24. Види, М. Матуловић, *исто дело*, стр. 110.

25. *Исто дело*, стр. 118.

26. *Исто дело*, стр. 154.

27. Види, *исто дело*, стр. 120.

Своје разликовање примарних и секундарних норми, Hart користи, најзад, и да би објаснио појам нормативног овлашћења. Тај се појам везује за секундарне норме које, насупротив примарним нормама обавезе, додељују овлашћења или регулишу радње којима се извршавају овлашћења. Садржај секундарних норми чине или јавна или приватна овлашћења.

Метод Hartovог разликовања примарних и секундарних норми је аналитичко-генетички. Као представник аналитичке јуриспруденције, Hart даје предност аналитичком приступу праву, не негирајући тиме могућност и неопходност других приступа у изучавању права — социолошког или психолошког.²⁸ Hartova анализа правних норми, која га води разликовању примарних и секундарних норми, јесте појмовна анализа, мисаона обрада права с обзиром на његове елементе — правне појмове и везе између њих. Појмовна анализа, која указује на различиту појмовну структуру, садржај примарних и секундарних норми, употпуњена је и генетичком методом. Генезу настанка правног система, прелаз из „претправног света“ у „свет права“, Hart налази у стварању секундарних норми и њиховом придодавању примарним нормама примитивне заједнице.

Посебан значај у Hartovом разликовању примарних и секундарних норми има функционална анализа. Функционални аспект Hartovог разликовања показује како се секундарне норме уводе са функцијом отклањања неизвесности, статичности и неефикасности режима примарних норми. Bobbio чак истиче да је код Harta функционални аспект основни, претежан. По њему, Hart полази од „функција које остварују одређени типови норми, а не од других елемената попут структуре или садржаја итд.“²⁹; односно да су ти други елементи одређени одговарајућом функцијом.³⁰ У сваком случају, Hartovo разликовање примарних и секундарних норми није једноставно, једнослојно. Оно је сложено утолико што укључује више принципа класификације.

Отривању јединства примарних и секундарних норми Hart придаје велики значај. За њега је то јединство „кључ“ за теорију права, „срж правног система“, „средишње мјесто због његове моћи разјашњења у расвјетљавању појмова који конституирају оквир правне мисли.“³¹ Међутим, сам Hart није истрајао на том јединству.

28. „Међутим, све док ти приступи не рашчисте нејасноће унутар властитих оквира и не престану некритички употребљавати термине којима се служе, постоје оправдани разлози да се предност даде аналитичком приступу“.
Исто дело, стр. 50.

29. Norberto Bobbio, **О функционалној анализи права**, Зборник за теорију права, св. II, САНУ, Београд, 198, стр. 214.

30. Анзуловић, међутим, сматра да Hart налази појам права у специфичној структури, а не функцији. Види, Живко Анзуловић, **Значење дјела Ханса Келсена**, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, XI/1974, стр. 32.

31. М. Матуловић, **Језик...** стр. 114. И даље: „Не само да се специфични правни појмови обавезе и субјективног права, важења и извора права, законодавне дјелатности, јурисдикције и санкције, којима су правници професионално заокупљени, најбоље даду расвјетлјити у терминима те комбинације елемената. Сличну анализу потребују и појмови (који су дјеломице појмови теорије права, а дјеломице појмови политичке теорије) државе, ауторитета и јавног службеника, ако се желе уклонити опскурности које се још око њих везу.“

Значај свог одређења права као јединства примарних и секундарних норми он ће умањити, најпре, увођењем „минималног садржаја природног права“, као описа материјалног садржаја права, који показује да „свака друштвена организација . . . мора садржати . . . одређена правила понашања . . . да би се одржала“.³² Тиме Hart имплицитно побија свој ранији закључак да јединство примарних и секундарних норми има моћ да разликује систем правних норми од осталих друштвених норми, и своди то јединство само на формално одређење права. А потпуну капитулацију то јединство, као *differentia specifica* правног система, доживеће у Hartovom разликовању права и морала. У обележја која разликују право од морала спада, по Hartu, и облик друштвене реакције која следи у случају кршења норми. За разлику од морала, облици реакције карактеристични за право јесу претња и застрашивање. Тако Hart завршава свој најављени »fresh start«, одређујући као дистинктивно обележје права санкцију у облику физичке силе.

У оцени значаја Hartovog разликовања примарних и секундарних норми, мора се истаћи, најпре, његов несумњиви допринос. Он је у откривању различите нормативне структуре појединих норми из система, и посебно у објашњењу институционалне природе права, изражене у саморегулацији сопственог стварања и примене (норме промене и норми о санкцији) и у самоидентификацији сопствених норми (норма признања важења).

Међутим, предмет критике мора бити функционални аспект Hartovog разликовања примарних и секундарних норми. Hartova функционална анализа је ограничена, и услед те ограничености њени су резултати неприхватљиви. Она се своди на испитивање „унутрашњег функционисања“³³, јер утврђује већи или мањи значај једних норми из система према другим нормама из система, а не према споља. „Спољашње функционисање“³⁴, испитивање дејстава, ефеката правних норми у друштву, ван оквира сопственог система, завршава „... више... описом формалних учинака правне норми... него испитивањем садржаја тих ефеката у друштвеним односима.“³⁵ Оваква пасивна, непробојна Hartova функционална анализа, иначе последица свођења права само на норми,³⁶ није могла да открије суштину, природу, *specificum* права. Природа сваког феномена, па и права, може се открити само уколико се он посматра у односу са другим појавама са којима остварује одређене везе.

Hartovo јединство примарних и секундарних норми показало се погрешним, или бар недовољним „кључем“ за јуриспруденцију.

32. „Минимални садржај природног права“ чине норми које „забрањују слободну употребу силе, установљавају систем узајамног разумијевања и договарања, регулирају кооперативну подјелу рада, регулирају облик власништва... итд.“ Исто дело, стр. 150.

33, 34. Види, Радомир Д. Лукић, *Методологија права*, САНУ, Београд, 1977, стр. 37; Стеван К. Врачар, *Социјална садржина функције државноправног поретка*, Савез удружења правника Југославије, Београд, 1965, стр. 98.

35. Н. Висковић, *Појам...* стр. 260.

36. Види, Никола Висковић, *Сувремена аналитичка теорија права*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, VIII/1971, стр. 197.

То је заиста само један од многих „кључева“, које треба употребити да би се сазнало право, и то у оној мери у којој објашњава институционалну природу права и представља први корак за једну детаљну разраду различитих правних норми, а с обзиром на њихову нормативну структуру.

SUZANA MEDAR
assistante

LES NORMES PRIMAIRES ET SECONDAIRES DANS LA THEORIE DE DROIT DE HERBERT HART

Résumé

Dans le théorie de droit de Herbert Hart une place particulière occupe la détermination de droit comme l'union des normes primaires et des normes secondaires. Hart estime que dans le droit, outre les normes primaires (normes qui se rapportent au comportement et qui sont caractéristiques pour tous les systèmes normatifs) existent aussi les normes secondaires (normes que ne régulent pas le comportement mais qui se rapportent aux autres normes: normes de la reconnaissance de la validité, normes de changements et normes sur la sanction). Dans cette union des normes primaires et des normes secondaires il insiste de trouver en quoi les normes juridiques diffèrent des autres normes sociales.

Outre que cette différence des normes primaires et des normes secondaires présente la contribution à la science juridique elle montre aussi que l'analyse formelle des normes n'est pas suffisante par la découverte du fond du droit.