

*Марко Трајковић*

О НОРМАТИВНОСТИ ПРАВА  
ХАНСА КЕЛЗЕНА

UDK 340.12

*Рецензент: Проф. др Миролуб Симић*

---

### Сажетак

*Циљ рада је да се прикаже нормативност права и са њом у вези позитивност права. Притом је посебна пажња посвећена нормативној теорији права Ханса Келзена. У раду је осветљен проблем норми односно*

*основне норме као и питање правне ступњевитости, као свеколике претпоставке нормативне теорије Ханса Келзена. Истовремено је осветљен и однос нормативне теорије Ханса Келзена са идејом правде.*

Кључне речи: Нормативност права, Позитивност права, Норма, Основна норма, Правна ступњевитост.
--

Марко Трајковић<sup>1</sup>

## О НОРМАТИВНОСТИ ПРАВА ХАНСА КЕЛЗЕНА

### УВОД

Нормативност, као једна од суштинских одредби права, облик је (форма) права, која се разликује од његове садржине (правних установа) као материје. Као таква, она је увек иста, без обзира на свој конкретан облик (писано, државно, обичајно право), јер су све норме подједнако норме, без обзира на своју различиту садржину. Као норма, право је идељана појава, јер је норма – мисао, скуп појмова и као такав независан од времена и простора. У савременој правној науци је нормативност права, а нарочито њена формална страна, била јако истакнута заслугом значајног правног теоретичара Ханса Келзена.

### 1. О ПОЗИТИВНОСТИ ПРАВА

Сам термин позитивно право може да буде изложен критици, добро увиђа проф. Лукић. Јер, он не изражава сасвим тачно оно што се њиме жели рећи, изазива мисао као да поред њега као позитивног постоји и неко “негативно право”. Тада се појам позитивно право схвата као претежно вредностан појам. У том смислу би позитивно право било “добро”, “повољно”, за разлику од лошег, негативног права. Проф. Лукић закључује да појам позитивно право у овом термину није узет у том смислу, већ у смислу стварно постојеће право, право које није само замисао него стварна чињеница.<sup>2</sup>

Келзен сматра да је позитивно само оно право односно оне правне норме које су довољно конкретизоване и актуелизоване тако да се могу тачно

---

<sup>1</sup> Асистент-приправник на Правном факултету у Нишу.

<sup>2</sup> Радомир Лукић, *Систем филозофије права*, Савремена администрација, Београд, 1992, стр. 325.

утврдити и применити. Ово се може прихватити уколико се тиме захтева да норма буде смислена, односно да довољно јасно одређује правило понашања, чему уосталом служи и тумачење врло развијена помоћна дисциплина у праву. Али Келзен иде и даље, па тврди да, онтолошки посматрано, генералне клаузуле и нису норме, јер нису довољно одређене, те се не могу ни применити и тиме и не могу бити позитивне. Ово је свакако претерано строго. Уколико се саме не могу непосредно применити, оне се примењују у вези са другим конкретнијим нормама. Уопште, овде Келзен меша позитивност норми у смислу применљивости с утврђивањем њиховог смисла. Врло је тешко замислити случај да је норма тако лоше формулисана да јој се уопште не може наћи никакав рационални смисао, те да се зато не може применити.<sup>3</sup>

У начелу применљивост права је одвојено својство од његове позитивности. Норма која је прописана али нема никаквог смисла, мора се сматрати непостојећом, а не само непозитивном, јер непозитивне норме ипак постоје (додуше, не као норме али бар као смислени искази). Да би уопште била правна норма, односно да би постојала, норма мора бити смислена и у том смислу применљива, без обзира да ли је стварно икад и примењена. Она може остати заувек непримењена, а ипак остати позитивна. “чекајући” да се појави случај за који је предвиђена.

С овим у вези је појам важења правне норме. Позитивноправна је норма која важи, без обзира да ли се уопште примењује. Важење у праву значи деловање исказа тако да он обавезује. Правна норма важи, што значи да се оно што она прописује има и десити, односно она потврђује извесно стање као постојеће, што опет значи неку врсту деловања, утицаја на оне који би хтели да га измене. Важење је зато суштинска одлика права, јер право које не би важило противречност је по себи. За разлику од аутономног важења морала, право важи хетерономно, као заповест. Разумљиво је да право тачно прописује услов кад норма важи, што је нужно због остварења правне сигурности. Ако се не зна тачно да ли норма важи или не, наступа несигурност. При том се мора имати у виду да норма може бити створена “донета”, а да још не важи. Важење права у начелу не мора бити везано за његово примењивање. Може важити норма за коју није никада наступила прилика да се примени. Али маколико, начелно, важење мора да се разликује од примене, ипак се не може у потпуности отклонити извесна њихова веза.

---

<sup>3</sup> Радомир Лукић, *Систем филозофије права*, Савремена администрација, Београд, 1992, стр. 326.

Важење норме, па тиме и њена позитивност, могу престати и услед самог непримењивања, па било да никад и није примењена било да је примењивана, па наступио предкид у примењивању. Ово се, начелно, не односи на норме које предвиђају такве случајеве примене који су или ретки или се чак уопште и не десе. Уколико дође до непримењивања норми предвиђених за врло ретке случајеве, то онда, по правилу, и не утиче на њихово важење, јер се чекају услови примењивања. Норма у извесним случајевима може, дакле престати да важи (и тиме престати бити норма) уколико се не примењује упркос свом важењу, иако постоје случајеви за које је предвиђена примена. Дугим непримењивањем норма нестаје и уместо ње остаје само обичан исказ без икакве снаге, без нормативности.

Важење се поистовећује с позитивношћу. Позитивно је право које важи. Важење може да има два смисла – правно, нормативно важење у ужем смислу је важење које је формално настало, а није формално, одлуком надлежног органа или прописом саме норме о којој је реч, престало, и стварно, фактичко важење, које може прести поменутим фактичким путем. Зато се може рећи, узимајући важење у ужем смислу, да је позитивно право оно које важи и које се примењује у мери која не укида његово важење.

Према проф. Лукићу важење је чисто идеална појава. Овакво схватање позитивног права ово ипак не своди на просту чињеницу стварности, на врсту понашања људи. То се види већ из тога што право мора да важи, односно да буде норма, правило понашања. Позитивношћу у смислу стварног примењивања у људском понашању не брише се елемент нормативности, који остаје суштински његов елемент. Позитивност се баш и односи на норму – постоји норма која обавезује и која је санкционисана и само она може и бити позитивна. Нема права које није позитивно. Ако се хоће сматрати правом и оно што није позитивно у изложеном смислу, онда се може говорити само о бившем или будућем праву, о замисли права, али не о праву у ужем смислу, јер оно мора бити позитивно.

Нормативност права никако не побија његово стварно постојање у овом реалном свету. Келзен би хтео да норме уопште, па и правне, постоје у посебном свету требања насупрот свету бивања. Доследан себи, он, пошто је постојање норме поистоветио са њеним важењем, тврди и да норме нису од овог света, света оног што јест, већ спадају у посебан свет требања. Норма не може да важи, а да не постоји. У најбољем случају за Келзена, постојање се може схватити као друга страна важења, али подједнаке вредности и реалности, потпуно равноправна с њом.

## 2. РАЗЛОЗИ ЗА ИЗБОР ПРЕДМЕТА И МЕТОДА НОРМАТИВНЕ ТЕОРИЈЕ

Својом Чистом теоријом права, аустријски правослов Ханс Келзен створио је најважнију позитивистичку теорију двадесетог века. Келзеново целокупно дело, које толико импонује, било је плод неуморног настојања да се феномени права и државе схвате на строго научан и трезвен начин. Каткад је Ханс Келзен означаван као најзначајнији правник века. Ипак, он је био од истакнутог значаја не само као правник него и као социјални филозоф и критичар идеологије. Келзеново дело и Бечка правнотеоријска школа типичан су производ “Бечке модерне”.<sup>4</sup>

Чисту теорију права је са логичким позитивизмом повезивала тежња ка рационалном, емпиријском и од метафизике ослобођеном описивању света. На тој општој равни, обе струје се уклапају у образац “Бечке модерне”. С тим што је сам Келзен рекао: “Оно што ме је повезивало са филозофијом тог Круга – а да у томе нисам од ње претрпео утицај – била је њена антиметафизичка тенденција”<sup>5</sup>. Желео је да очисти право од идеологије која је “необјективно приказивање” неког предмета који може да буде и позитивно право, приказивање “које је под утицајем субјективних вредносних судова које прикрива предмет сазнања, ово преображава или изопачује”. Тако схваћена, Чиста теорија права потврђује се као једна радикално реалистичка правна теорија. Келзенова разматрања као таква Хорст Драјер је уврстио у “социјалну генезу правног позитивизма”.

Научноисторијски, Чиста теорија права се са одређењем свог сазнајног објекта налази савим у традицији државноправног позитивизма, онако како се у 19. веку развио и како се може сигнализovati, рецимо именом Лабанда. Нека се постојећа веза покаже биографски: Едмунд Берначик (1854-1919) је код Лабанда и Ота Мејера у Штразбургу апсолвирао један истраживачки боравак пре него што је затим између 1894. ио 1919. године постао водећи бечки догматичар јавног права. Келзен је био његов ученик и постао је његов наследник. Наравно, оно што је Келзенову теорију разликовало од државноправног позитивизма било је сазнајно критичко заснивање његове теорије.

---

<sup>4</sup> Клеменс Јаблонер, *Чланци о чистој теорији права*, Досије, Београд, 2001, стр. 3.

<sup>5</sup> Ханс Келзен, *Шта је правда*, Филип Вишњић, Београд, 1998, стр.6.

Предмет који Чиста теорија права хоће да обухвати јесте онај који је у традицији правне науке добио ознаку “позитивно право”. Тај предмет она настоји да ближе одреди: то треба да су наређења која – било експлицитним актима воље или обичајем – прописују људи; то треба да су наређења која се прописују за људе, дакле на њих су адресирана; систем регулисања мора бирти ефективан, односно, мора у целини узев, да се поштује и извршава.

Посматран с временске раздаљине, јасно се види у чему је Келзен, подвлачећи значај нормативног елемента права имао право, он је уствари само потврђивао иначе нормално схватање важности тог елемента права који нико не може да оспори, а још мање да порекне. Келзен је само мало више подвлачио значај норми и њихове хијерархије и, нарочито, до краја систематски, строго логички, изградио један потпун систем нормативне правне хијерерхије, који иако не тако наглашен и развијен, лежи у суштини у сваком озбиљном разматрању права, јер је просто немогуће без тога обрађивати и нарочито примењивати позитивно право. Фишер сматра да је Ханс Келзен, био под утицајем старијег позитивизма Махов кова. У центру стваралаштва Ханса Келзена налази се развијање и непрестано продубљивање теорије “критичког правног позитивизма”. Начин на који Келзен жели да схвати правна правила јесте догматика, тј. да се она посматрају као норме. За Ханса Келзена догматско разматрање права је нормативно разматрање права.<sup>6</sup>

Заповести упућене људима од људи, и њихове последице, могли бисмо описати средствима природне науке – као акте воље и као понашање које тим актима воље одговара или не одговара. У том случају бисмо се бавили емпиријском социологијом. Такав поступак не би научно био недопуштен али би промашио оно до чега је догматској правној науци, традиционално, у главној ствари вазда било стало, до приказивања како људи треба да се понашају сходно праву, а не шта им је стварно било заповеђено и како се они стварно понашају. Ефективна правила, која су људи прописали за људе, Чиста теорија права посматра нормативно, односно као треба-наређења, као норме. Она је због тога теорија правне догматике. При том је Чиста теорија права потпуно свесна околности да је у важењу норми – тј. њиховој специфичној егзистенцији у царству требања – потребно образложење. Давању овога служи учење о основој норми. Она се може овако објаснити: посматрана интра-систематски свака важећа правна норма може се свети на неку другу норму која заснива њено важење: важење судске пресуде на овлашћење судије

<sup>6</sup> Роберт Влатер, *Три прилога чистој теорији права*, Досије, Београд, 1999, стр. 15.

путем закона, важење закона на овлашћење парламета путем устава, важење устава на овлашћење за доношење устава дато каквом конститутивном савету. То континуирано својење повезаности важења наилази, међутим, на једну границу. Она лежи тамо где без правног овлашћења – типично после револуције или државног удара – једно лице или група лица “преузима власт” и успоставља конститутивни савет. Ако неки систем наређивања који је постао ефективан хоћемо да протумачимо као систем важећих норми, морамо претпоставити да први – пуко физички – акт почива на једном овлашћењу. Та претпоставка је основна норма. Међутим, учењем о основној норми треба учинити јасним и то да Чиста теорија права не своди позитивни правни поредак на неки “виши поредак”, на морални поредак или природно право. Она хоће да прикаже искључиво позитивно право. Истовремено је тачно написао Хорст Драјер да Келзенов правни позитивизам не оправдава позитивно право.<sup>7</sup>

Питање којем се Чиста теорија права мора изложити јесте да ли је целисходно да се предмет и метод једне теорије права изаберу онако како је то она учинила; дакле, да наредбе једне социјалне моћи опише као важеће норме. На то нема “последњег одговора” избор предмета има за основну претпоставку да постоји интерес за познавање система позитивног права - уопште не узимајући у обзир питање да ли ти системи одговарају моралним или природноправним захтевима. Ако је за предмет нормативног разматрања изабрано позитивно право, онда се разуме само по себи да код свих исказа реч може бити само о баш том систему норми. Приказати треба само њега. Он се само на тај начин може јасно обелоданити.

Због тога се – у смислу познате тезе о раздвајању – искључује свако бркање са другим нормативним системима (моралом, природним правом). Од приказивања позитивног права треба строго разликовати питање како се историјски до њега дошло, питање о његовим социјалним дејствима и питање као позитивно право треба морално оценити. Истраживања о тим питањима нипошто нису искључена, али их треба предузимати у сопственим научним областима – историји права, социологији права и етици. Да постоје везе између тих дисциплина, то се не пориче, али се наглашава њихов самосталан значај. Правна догматика се не може заменити историјом права, социологијом права или етиком.

---

<sup>7</sup> Роберт Валтер, *Три прилога теорији права Ханса Келзена*, Досије, Београд, 1999, стр. 13.



### 3. ТЕОРИЈА НОРМИ

У најопштијем смислу, норма значи да нешто треба да буде.

Норма се може означити као смисао акта воље, али се мора стриктно разликовати између тог нормативног смисла и стварног акта воље. Акт воље налази се на подручју бивства, а његова смислена садржина на подручју требања. Чиста теорија права је у филозофском смислу једна “реалистичка” теорија утолико што полази од егзистенције (важења) норми као специфичних феномена на подручју требања. Задатак је сваке нормативне науке да даје исказе о егзистенцији и садржини норми. Те исказе о нормама треба стриктно разликовати од самих норми о којима се искази дају. Ово зато што норма представља наредбу која важи, а исказ о нормама не важи, него је истинит или неистинит. Не морају све норме које се прихватају бити правне норме. Обрађују се норме морала и обичаја. Оне се морају разграничити од правних норми. Овде се то разграничење може показати само врло поједностављено: правне норме јесу норме једног система који при повреди норми у суштини предвиђа неку санкцију, односно организовану принуду, нарочито казну или извршење.

Проблем како треба конструисати правну норму и које врсте правних норми треба разликовати прожима развој Чисте теорије права и може се сматрати неприкосновеним до краја.

У неку руку се у средишту правног система налазе принудне норме (норме о понашању) које људима прописују одређено понашање – на пример да не убијају. Дакле, те принудне норме имају један заповедни део и један санкционишући. Правни систем, међутим, садржи не само заповедне принудне норме него и овлашћујуће норме. Како се обично каже, право регулише своје сопствено стварање. Ово на тај начин што овлашћујуће норме позивају одређене људе (монарха или парламент) на стварање или укидање права. Те се норме могу назвати нормама стварања права.

Међутим, овлашћујуће норме су и она правила која не овлашћују на стварање права, него на његово извршење. Да би прописао пресуду или управни акт човеку који то чини потребно је правно овлашћење, на основу њега он постаје орган правног поретка. На прописивање одговарајућег акта он може бити и обавезан. Онда уз то долази принудна норма која то наређује. То, међутим, не мора бити случај.

У својој позној теорији, Келзен је прихватио особену категорију дерогирајућих правних норми – дакле, норми чија је једина садржина да укидају друге правне норме. Такве норме, додуше, почивају на овлашћујућим нормама, али не садрже никакво овлашћење, већ имају специфичну нормативну функцију. Да ли њих треба прихватити као особену категорију норми, то је у оквиру теорије тренутно спорно.

Током развоја Келзен је прихватио и допуштајуће првне норме. Једном таквом нормом треба да буде укинута или ограничена принудна норма. Може се показати да се правни пропис такве садржине даде протумачити као дерогирајућа норма или као ограничавајући део принудне норме. Отуда се прихватање особених допуштајућих норми чини сувишним.<sup>8</sup>

Правне норме су веома обухватне творевине. Њих је целисходно прихватити због тога да би се показала целокупна грађевина правног поретка. Међутим, рад правника се, по правилу, дешава с обичним деловима правних норми. Уште узев, не ствара се потпуна правна норма, него се обрађују они правни елементи од који се граде правне норме. Ти делови – који сачињавају правни материјал – могу се назвати правни прописи. Они се, по правилу, описују и истражује се њихова функција. Што се, ипак, стварају обухватни појмови правних норми, то свој разлог има у томе што правном материјалу припада само оно што доприноси конструкцији правне норме.

У “Главним проблемима теорије државе и права” из 1911. године – који заснивају Чисту теорију права – Келзен се потпуно концентрисао на анализу закона. Стварање закона и извршавање закона свесно су остављени по страни. То је дело, дакле било у вези са статичким разматрањем права. То се променило под утицајем Келзеновог ученика Адолфа Меркла (1890-1979). У предговору за (неизмењено) друго издање “Главних проблема” (1923.) Келзен о развоју теорије пише, између осталог, да је “теорију ступњевитости преузео у систем Чисте теорије права као један суштински саставни део”.<sup>9</sup>

Меркл је у више својих радова заступао мисао да право треба посматрати као ступњевит систем стварања, и то је виђење постало чврст саставни део Чисте теорије права, али је деловало и изван тог круга. Наравно, то је на различите начине водило ка поједностављеној примени те – при ближем посматрању сасвим комплексне теорије.

---

<sup>8</sup> Роберт Валтер, *Теорија права Ханса Келзена*, Досије, Београд, 1999, стр. 22-24.

<sup>9</sup> Ханс Келзен, *Шта је правда*, Филип Вишњић, Београд, 1998, стр. 25.

#### 4. ТЕОРИЈА ПРАВНЕ СТУПЊЕВИТОСТИ

Да би се она понудила у облику наговештаја, нека се упозори на два ступњевања која треба разликовати: ступњевитост према правној условљености и ступњевитост према дерогативној снази.

О ступњевитости правне условљености треба приметити следеће: ако се могу утврдити правне норме које овлашћују на стварање других правних норми (или њихових делова: правних прописа) онда се у правном поретку најпре може констатовати ступњевање: између правних прописа који регулишу стварање и правних прописа створених на њиховој бази. Пошто правни прописи који су створени према одређеној норми о стварању права (правилу о стварању права) своје правно важење изводе из норме о стварању права, ова се може сматрати вишом, а правни прописи који су према њој створени нижим. Виша норма о стварању права условљава нижу створену норму.

Код ступњевитости према дерогативној снази реч је о подели правних форми. Исту правну форму имају правни прописи који су створени према истом правилу о стварању. Ми, дакле, говоримо – без обзира на садржину – о форми устава, форми закона или форми уредбе, у којима се правни пропис појављује. Те правне форме деле се према критеријумима своје дерогативне снаге. Виша је она правна форма чији прописи дерогирају прописе у другачијој форми права, а које не могу дерогирати прописи другачије форме права. Тако правила у форми устава редовно могу дерогирати правила у форми закона, али не и обрнуто. Аналогно важи за однос између форме закона и форме уредбе.

Тежак проблем, који се овде не може ближе пратити, јесте проблем узајамног односа система ступњева. Није, међутим, реч о детаљима. Оно што треба показати – јер је типично за Чисту теорију права – јесте да је њој стало да што прецизнијег показивања структуре позитивног права. А то је и жеља теорије ступњевитости

#### 5. ОСНОВНА НОРМА У СИСТЕМУ ЧИСТЕ ТЕОРИЈЕ ПРАВА

Најпре треба уводно нагласити какву улогу основна норма игра за Келзенову теорију. Ако се – о чему увелико постоји сагласност – пође од тога да је право “нормативни предмет”, тачније: систем требаних наређења, и ако се

сознајнотеоријски заступа схватање да су последње (највише) норме рационално несазнатљиве, онда се, ако се систем требаних наређења објективно хоће да схвати као систем норми, мора поћи од претпоставке да посматрани систем важи. Та се претпоставка налази у основи нормативног разматрања и због тога се може означити као “основна претпоставка” или као “основна норма”.

Основна норма се може сматрати манифестацијом трансцеденталног програма Чисте теорије права.

Келзенова излагања показују да ознака “хипотеза” није била мишљена у смислу природнонаучног мишљења, посебно не у смислу да се претпостављена хипотеза – на неки начин – може верификовати. Отуда Келзен говори и о хипотези која се односи на материјал позитивног права.

Основна норма – у позном учењу Ханса Келзена - у потпуности може да се схвати као фикција у смислу Фајхингерове филозофије. Јер, основна норма, разуме се, не постоји стварно, него само претпостављено као постојећа; стога је она једна претпостављена стварност.

Под фикцијама Фајхингер подразумева мисаона помагала којима се служимо када се сврха мишљења не може постићи датим материјалом. Он прави разлику између фикција које стварности само не одговарају (“семификције”) и оних које су, поврх тога, у себи самима противречне (“праве фикције”). Келзен је основну норму рачунао у “праве фикције”, пошто она “не само да противречи стварности”, него и “представља овлашћење највишег моралног и правног ауторитета и тиме полази од једног – наравно, само фингираног ауторитета који се налази изнад тог ауторитета”.<sup>10</sup>

Квалификацију хипотезе у смислу Фајхингерове филозофије Келзен одбацује, што је умесно, пошто Фајхингер под хипотезама подразумева претпоставке које се могу верификовати, а основна норма се не може верификовати.

Све правне норме се морају у крајњој линији, дати свести на основну норму. Ако важење какве судске пресуде или одлуке неког управног орагана почива на закону, а закон своје важење добија пошто почива на уставу, онда устав – ако треба да је “важећи” устав – свој нормативни значај мора свести на неку другу основу. Баш је то (претпостављена) основна норма која је, према

---

<sup>10</sup> Роберт Валтер, *Три прилога Чистој теорији права*, Досије, Београд, 1999, стр. 26-32.

томе врх пирамиде норми. На тај начин, основна норма манифестује и јединство система.

Године 1917. Леонид Питамиц, у свом чланку “Мисаоно-економске претпоставке правне науке” ставља нов нагласак на учење о основној норми. Питамиц већ полази од тога да се “највиша норма неког система ..., пошто је сама последњи логички основ важења норми које су јој подређене, не може даље изводити, него се само може претпоставити као важећа”<sup>11</sup>. Питамиц признаје да својим решењем прихвата норму о томе како треба поступати при претпоставци највише норме; ту норму, међутим, сматра “нормом мишљења”, “принципом мишљења”. Келзен је изричито признао Питамицов допринос.

Године 1920. појављује се Келзенова – већ 1916. завршена књига “Проблем суверености и теорија међународног права”<sup>12</sup> већ у предговору за то дело Келзен, као суштинско за своју теорију, наглашава да она право “напослетку своди на једну општу највишу норму која претставља логички извор и која као правна хипотеза успоставља уставотворни ауторитет ...”, тако да “устав своје правно релевантно важење ... црпи из ... претпостављене изворне норме”. Само “некритички догматизам може замишљати да је систем позитивног права могућ без претпоставке”, важно је “да постанемо свесни – релативног – аргумента тог система”.

У току свог истарживања Келзен говори о “правној хипотези изворне норме” и о “уставу у правно логичком смислу, изворној норми, последњем извору правног система”.<sup>13</sup>

Ако се покуша да се одреди садржина основне норме која је стављена испред ефективних, позитивних и принудом потврђених систем наређења, онда се – с ослонцем на Келзена – може рећи да би она требало да гласи какао следи: “Понашај се онако како Ти заповедају устав и позитивна наређења која се на њега могу свести”. Тиме основна норма има карактер (највише) овлашћујуће норме. Пошто се она сама претпоставља, питање ко ју је – према садржини

<sup>11</sup> Роберт Валтер, *Теорија права Ханса Келзена*, Досије, Београд, стр. 38.

<sup>12</sup> То дело носи поднаслов “Прилог једној чистој теорији права”. Године 1928. појавила се у другом (неизмењеном) издању.

<sup>13</sup> Роберт Валтер, *Три прилога чистој теорији права*, Досије, Београд, 1999, стр. 22-24 и 34-35.

претпоставке – прописао може остати отворено. “Претпоставити” је мора свако ко хоће да (позитивне), принудом потврђене, ефективне системе наређења схвати као нормативне системе.

## 6. НОРМАТИВНОСТ И ПРАВДА

Чиста теорија права предлаже – ми смо овде у преднаучној области избора предмета – да се позитивно право учини објектом једне нормативне науке; она ту науку, против чега су многи негодовали, назива (догматском) правном науком. Чиста теорија права настоји да покаже како се такав објекат може појмити као нормативан (помоћу претпоставке о основној норми), како је од норми изграђен и како се ове могу описати. Са свим тим настојањима није повезано заузимање става према неком систему правде. Заступник Чисте теорије права сасвим може да буде и поборник неког система правде. Ту позицију научник може, да заузме онда када мисли да сазнање може бити пробитачно да позитивно право посматра “чисто”, односно одвојено од система правде које он заступа; било да би на пример јасно информисао о одређеном ефективном нормативном систему (не оправдавајући га тиме, што се разуме по себи), или да би могао јасно да покаже да ли и колико тај систем одступа од одређеног система правде - и да је тиме “неправедан”. Могућност да се заузме позиција која је овде експонирана допушта и један тако несумљив правни филозоф као што је Алфред Фердос – заступник учења о природном праву и познавалац Чисте теорије права – када констатује “спојивост Келзенове теорије као анатомије позитивног права” са учењем о природном праву.<sup>14</sup>

Ханс Келзен је иступао и као критичар најразличитијих покушаја да се правда рационално заснује.

Правни теоретичар Ханс Келзен могао је остати на томе да констатује да питање правде лежи изван области његовог истраживања, па да због тога нема потребе да се у то упушта. Као истраживачка личност, Келзен, наравно, никада није наглашавао то становиште; напротив, он се – а то је могло ићи на руку заблудама – интензивно и често упуштао у питање “Шта је правда”.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Роберт Валтер, *Три прилога Чистој теорији права*, Досије, Београд, 1999, стр. 38.

<sup>15</sup> Ханс Келзен, *Шта је правда*, Филип Вишњић, Београд, 1998.

Тиме што је критички истраживао могућност утврђивања правде, показао је да проблем правде схвата озбиљно, да ставове о правди није унапред сматрао “бесмисленим”, за што је у потпуности могао да наведе филозофску основу, него је свагда био спреман да испитује какву садржину имају ти ставови. Позитивно право треба обрађивати одвојено од других нормативних система (правде или морала). Та теза о одвајању ни на који начин се – исправно схваћена – не усмарава против других нормативних поредака, него значи – у интересу јасног показивања нормативних феномена – да их не би требало обрађивати као да су укрштени. Само на тај начин може постати јасно да ли су и у којој мери различити нормативни поретци у складу једни са другима или су, може бити сукобљени. Таква позиција правном поретку не даје да првенство. Она би – напротив – хтела да покаже да се неко додуше, може понашати по праву, али због тога, ипак, потпуно неморално.

Чиста теорија права се на изванредан начин сусреће са позицијом других нормативних система, преко тезе о нормативности. Заповести позитивног права схватају се као норме, односно као предмети који одређено понашање заповедају,<sup>16</sup> а не као природни предмети који одређено понашање каузално проузрокују.

У својој тежњи ка егзактности “реалистичне теорије права” су блиске Чистој теорији права. Чиста теорија права међутим не жели заоштравање супротности, која се дешава када нормативни правац и правну догамитику хоће да замене социологијом права. Схватање које заступа Чиста теорија права усмерено је тако да оба правца имају своју област задатака и да ње не могу свести један на други. Чиста теорија права тиме што показује да се принципи који треба да одреде правду испостављају као неподесни да пруже оно за чим се тежило, (онда се то нипошто – како се често догађало – не мора сматрати потхватом који треба да спречи правду) не спречава потхвате који треба да одреде правду. Напротив, она само жели да покаже да има путева који нису проходни. А то би требало да поздраве и они који се труде око одређења правде, њима ће се приштедети да крену путевима који су већ спознати као “погрешни путеви”.

Доказ да се с извесним принципима правда не може одредити доприноси, дакле, и томе да се предупреду могући непоразуми. Јер, нека неподесна формулација може широм отворити врата свакој злоупотреби. Нека се на

<sup>16</sup> Овде се свесно бира сасвим поједностављена формулација.

заборави да су изнад улаза у концентрациони логор Buhenvald стајале речи “Свакоме своје” - речи на којима су многи правници подучавани као фундаменталним за правду.

Размотрићемо једну од непогодности неких формулација за рационално одређење објективне правде. То се истовремено прикључује једним дело токовима мишљења о којима је Келзен расправљао.

Формула правде која прожима читаву духовну историју јесте позната заповест *sum cuique*, односно правило да свакоме треба да припадне оно што је његово, што значи: оно што му приличи. Лако је увидети да се питање које је одлучујуће за примену те норме – шта је у сваком поједином случају “његово” - не решава нормом да свакоме треба дати оно што му приличи. Дакле, формула *sum cuique* излази на таутологију да свакоме треба доделити оно што му треба доделити. Примена те формуле правде претпоставља, дакле, важење неког нормативног поретка који је већ одредио шта је у сваком поједином случају “његово”, односно: оно што му приличи. Сваки друштвени поредак може за себе тврдити да даје “свакоме његово”, пошто баш одређује шта је “његово”. Наравно, то у различитим друштвеним порецима може бити сасвим различито. Међутим, тиме је, такође, очигледно да се учење о, *sum cuique* лако може злоупотребити, пошто сваки политички поредак може тврдити да свакоме даје његово, па и онда када би одредио да једна група треба да добије само минимално издржавање, а друга обиље добара.<sup>17</sup>

Та се формула може преокренути ка ономе што је субјективно и схватити тако да појединцу само налаже да се свагда труди да своје ближњем омогући да му припадне оно што му приличи.<sup>18</sup> То међутим, може само значити да се човек труди да њему припадне оно што сам сматра оним што му приличи, и да му то – рецимо из користољубља – не ускрати. Свакако да је морално пожељно да се врши та “самоконтрола”.

Келзен се труди да покаже да није кадар да правду одреди рационално и да само може да каже шта је правда за њега. Те закључне рачи рационални аналитичар Келзен, разумљиво формулише без икаквог патоса.

---

<sup>17</sup> Ханс Келзен, *Шта је правда*, Филип Вишњић, Београд, 1998. стр. 25.

<sup>18</sup> На то је скренуо пажњу Waldestein.



## ЗАКЉУЧАК

Истичући нормативност, Келзен је уствари само потврђивао иначе нормално схватање важности тог елемента права, који нико не може да оспори, а још мање да порекне. У ставри, кад се овај спор посматра са садашње временске раздаљине, он изгледа скоро несхватљив, јер се своди на стварно безначајне ствари. Келзен је само мало више подвлачио значај норми и њихове хијерархије, и нарочито, до краја систематски, строго логички, изградио један потпун систем нормативне правне хијерархије, који, иако не тако наглашен и развијен, лежи у суштини у сваком озбиљном разматрању права, јер је просто немогуће без тога обрађивати и нарочито, примењивати позитивно право. Он је то што се налазило, недовољно развијено, у науци, али зато примењивано у пракси, строго систематизовао и истако његов значај. Али признајући као савим легитимни социолошки метод објашњења права као појаве и посебно као средства за исправно тумачење и примену права, а усвајајући и развијајући већ постојеће ставове о нормативном елементу права, он је прекорачио границу правне стварности, коју нормативни метод не може да прекорачи, хотећи да право и објасни овим методом, што је немогуће, јер се норме не могу објаснити самим собом већ ненормативним, друштвеним чиниоцима, који су предмет социолошког метода. Занимљиво је при том да се сам Келзен потпуно слаже да објашњење права може дати само социолошки метод, подразумевајући под тим утврђивање узрока и деловење права – друштвени узрок и његово повратно деловање на друштво. Али, као систематичар и формални логичар, он је сматрао да се право на неки начин мора објаснити с гледишта нормативног метода, који је у суштини гледано, једна врста примењене логике. Сасвим се слажући да је стварни узрок права друштвеног карактера, он је ипак сматрао да се због логичког захтева потпуности и систематичности, мора покушати да се право објасни и нормативним методом. Притом није, наравно, мислио на материјално, социолошко објашњење, које није у надлежности тог метода, него на системско-логичко објашњење, које би извукло последње нужне закључке посматрања права с нормативног гледишта, тачније – с гледишта логике нормативног система. Притом, будући сасвим свестан да то нормативно-логичко објашњење не може бити и стварно објашњење он га није ни покушао таквим претставити, свдећи га на успостављање једне логички нужне претпоставке (а не стварне чињенице), тврдећи само да то захтева потпуност нормативне логике.

Конкретно, Келзен је, потпуно исправно, сматрао да, с обзиром на хијерархију норми, правнонормативно (не правносоциолошки) посматрано, свака нижа норма, настаје на основу одговарајуће више норме, која јој даје правни

карактер одређујући поступак њеног доношења и тиме и њено место у хијерархији норми.

Норме излазе из стварности, али се формално уздижу изнад ње. Нормативни метод може да се употреби унутар права, а не изван њега, у простору додира права са стварношћу. Ограничавањем нормативног метода на његов стварни обим наука ништа неће изгубити. Напротив, ако се пређе његова граница, он се показује немоћан. Нормативност права се нимало не смањује ако се покаже да и она, на крају крајева потиче од стварности. Треба признати ограниченост нормативног метода, да не би постао нормативистички. Ограниченост овог метода потиче од саме његове суштине. Ипак, право је најпре норма, пропис, правило понашања људи у датим условима.

Нормативност права никако не побија његово стварно постојање у овом реалном свету. Нормативност права је његова неутуђива особина, која излази из саме његове суштине као мисли, скупа појмова о обавезном понашању људи.

Нормативност права никако није нормативизам. Истицати нормативност значи истицати један његов веома важан чинилац, јер право је несумњиво норма. Нормативизам као негативно схватање права постоји тек ако се исувише нагласи самосталност норми, ако се правној логици да исувише значаја. Логика је неопходна, али у границама које јој одређује стварност. Зато се нормативизам мора одбацити као и његова супротност – социологизам.

Нормативност постоји чак и када се једна норма примени само на један једини случај, под условом, наравно, да се примењује норма која заиста постоји, било формално прописана било у свести њених примењивача. Зато се нормативност не може одмеравати бројем случајева на који се норма примењује.

Према Келзену, норма нас обавезује својом формом, а не својим садржајем који може бити биле какав. Уствари, никада не разматрамо форму норме да бисмо јој се покорили. Форма норме може у најбољем случају да послужи да би нам назначила власт која је прописала норму. Кад једном сазнамо власт, можемо признати норму за обавезну зато што ју је приписала одређена власт (то је оно што зовемо индиректним усвајањем), али у том случају није само форма оно што нас наводи да признамо норму као обавезну, већ је то власт која је за нас вредност.

Келзен је створио један свет норми независтан од стварног света “интелегибилан свет”. Келзен је за проф. Лукића мађионичар који ствара један нормативан свет који је сам себи довољан.<sup>19</sup> Келзен је био покретачка снага, односно центар нормативне школе.

---

<sup>19</sup> Радомир Лукић, *Обавезујућа снага правне норме и проблем објективног права*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд, 1995, стр. 265.

*Marko Trajković, LLB*

*Junior Assistant*

## ON HANS KELSEN'S NORMATIVITY OF LAW

### *Summary*

The concept of law as a normative order is an issue which has not been universally agreed upon in the branch of knowledge concerned with jurisprudence. As a matter of fact, Hans Kelsen's specific method of treating the law has contributed to a complete and sustained apprehension of the difference between legal needs and fact. It is impossible to imagine the concept of law without a legal norm. We have to understand the standpoint that the law communicates: what it means in itself (Sein), and what it ought to be (Sollen). The author's intention has been to present the law as a normative phenomenon. The normativity of law must be highlighted but it cannot be regarded as identical to law, for it is only one of its qualities - the most important, though. Subsequently, the author explores the relations between Hans Kelzen's normative theory and the idea of justice.

**Key words:** normativity of law, positivity of law, norm, basic norm, ranking of law.

## ПРИЛОЗИ

---

