

Апстракт

Келзен, у оквиру своје структуралне анализе правне норме, препознаје исте елементе као и традиционална теорија - диспозицију и санкцију. Међутим, проблем њиховог односа он решава на сасвим нов начин. Приоритет добија санкција. Примат санкције над диспозицијом је апсолутан, будући да је, по Келзену, норма која садржи санкцију не само примарна, већ и једина "права" правна норма.

Келзеново преферирање норми које садрже санкцију, последица је његовог схва-

тања права као поретка принуде, односно система норми које регулишу људско понашање прописивањем аката принуде као санкције. Уобичајени закључак, да је свако, па и Келзеново одређење права које за *differentia specifica* има принуду, односно силу, само формална дефиниција, управо сматра да је поимање силе као материјалног елемента права још један оригинални допринос из опуса Келзеновог перфекционистичког правно-теоријског учења.

Кључне речи: Норме о санкцији, систем правних норми, право као поредак принуде, сила као материјални критеријум права, "унутрашње функционисање" права, "спољашње функционисање" права.

Мр СУЗАНА МЕДАР

СТРУКТУРА ПРАВНЕ НОРМЕ ПО ХАНСУ КЕЛЗЕНУ

- Један “другачији” поглед -

Карактеристика је модернне правне науке да највише пажње придаје правној норми. Истицање значаја норми и њихово проучавање није, при томе, резервисано само за оне теоретичаре који право дефинишу нормативистички, те за које је правна нормативност и једино поље кретања, већ и за оне који право посматрају као сложену појаву која у себи садржи поред норми и одређене друштвене односе или и одређене вредности, или и једно и друго. Привилегованост правне норме код ових других узроковано је тиме што је она “момент дијалектичког јединства свих састојака правног искуства ... правна норма у себи интегрира елеменете правних односа које квалифицира и вриједносних ставова који се њоме остварују”.¹ У оквиру интересовања за феномен правне норме битно место заузима проблематика њене структуре, јер се у позадини тог, на први поглед само техничког, питања открива низ важних и суштинских диплема, као што су она о функцији права, о односу права и сile, o *diferentia specifica* правног поретка итд.

На сам помен имена једног од најзначнијих савремених правних писаца, Аустријанца Ханса Келзена (Hans Kelsen), свесни смо да смо потпуно оковани у границе нормативног. Келзеново *“reine Rechtslehre”* (“чисто учење о праву”) је “чисто” управо зато што поглед правника управља само и искључиво на правне норме, остављајући га, дакле, “слепим” за право као социолошки и аксиолошки проблем. Келзена не интересује друштвено порекло и вредносна функција правних норми. Сама правна норма, каква је дата, односно издата, са својим одговарајућим саставом, односно структуром, на почетку је и на крају Келзеновог правно-теоријског система. У овом раду покушаћемо да, након приказа Келзеновог схватања о структури правне норме, који ћемо учинити пратећи његову класификацију норми на примарне и секундарне, откријемо његово теоријско-методолошко полазиште, као и његов утицај на разрешење једног од значајних правно-теоријских питања, питања односа права и сile.

13

* Асистент Правног Факултета у Нишу.

¹ Никола Висковић, *Појам права*, Сплит, 1981, с. 165, 182.

1. ПРИМАРНЕ И СЕКУНДАРНЕ НОРМЕ

Правне норме, које схвата као чисто идеалне појаве, ослобођене сваког реалног, психичко-врљног "терета"², Келзен дели по критеријуму структуре, на примарне и секундарне. При томе, његова класификација значи потпуни заокрет у односу на схватање традиционалне теорије, по којој су примарне оне норме које прописују одређено правило понашања, а секундарне оне које предвиђају санкцију за случај прекраја првих. Не само да се не колеба у тврђњи да су норме о санкцији, норме које су упућене државним органима, важније, дакле, примарније од норми о понашању, већ управо сматра да се ове друге могу елиминисати као сувишне. За Келзена су примарне норме оне норме које предвиђају деликт и санкцију³. То су и једине "праве" правне норме, јер су потпuno довољне при тачном излагању права. Ипак, Келзен допушта поставку о постојању и норми које прописују правне обавезе, норми "које прописују држање које правни поредак покушава да изазове прописивањем санкције".⁴ Међутим, то само из практичног разлога - опакшаног излагања права. Те су норме секундарне. Оне су зависне од примарних норми и из њих се изводе⁵. "Једно правило није правно правило зато што је његова ефикасност осигурана једним другим правилом које предвиђа санкцију, једно правило је правно зато што предвиђа санкцију".⁶ Изузетак од односа потпуне асимилираности и, самим тим, потпуне изводљивости секундарне норме, норме о обавези, из примарне норме, норме о санкцији, постоји у области грађанског права. Ово је последица карактеристичне разлике између технике грађанског и кривичног права. Наиме, "у области грађанског права општа примарна норма прописује појединачне правне обавезе само индиректно, преко правних послова"⁷. Овде је секундарна норма производ правног посла и не може се директно извести из опште примарне норме. Ово је, по Келзену, последица специјалне карактеристике грађанског права да се међу условима санкције може појавити правни посао. Ипак, овај изузетак, као и Келзенова каснија недоследност⁸, не нарушавају његов почетни

² По Келзену је правна норма деспсихологирана, безлична и анонимна заповест. Види Ханс Келзен, *Општа теорија права и државе*, Београд, 1951, с. 48; О појму норме, Домети, Ријека, 12/1986. О критици, пак, Келзеновог схватања осамостаљења норме као производа од самог акта стварања, као апсолутног осамостаљења види Берислав Перић, *Структура права*, Загреб, 1972, с. 235.

³ "По Келзену, два су елемената логички и значењски довољна за поимање правне норме: деликт и санкција, тј. означавање једне људске радње као увјета-прекраја и друге радње као последице-санкције." Никола Висковић, оп. cit, с. 176. Истина, Келзен истиче да свако потпуно или примарно правило садржи поред деликта и санкције као материјалних елемената и формалне елементе - "стварање органа који примењује право и поступак који он треба да примењује". Ханс Келзен, *Општа теорија права и државе*, с. 133. Како Келзен, у самом подвлачењу разлике између примарних и секундарних норми, не обраћа пажњу на ове формалне елементе, то они неће бити посматрани као посебни елементи примарних норми.

⁴ Ibid

⁵ "Један пример: не треба красти; ако неко украде, биће кажњен. Ако се узме да је прва норма која забрањује крађу у важности само ако друга норма везује санкцију за крађу, онда је прва норма сигурно сувишна при тачном излагању права." Ibid, с. 71.

⁶ Ibid, с. 41.

⁷ Ibid, с. 141

⁸ Види Eugen Bucher, *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefügnis*, Tübingen, Mohr, 1965, с. 53.

став о односу примарних и секундарних норми. Тај став био би видљив и препознатљив и да га Келзен није изричito исказао. Он једноставно прожима Келзенова разматрања свих основних појмова правне науке: правне норме, санкције, деликта, правне обавезе, субјективног права, правног субјекта...

Правна норма је за Келзена она норма која "има за циљ да регулише људско понашање, и ако регулише људско понашање прописивањем аката принуде као санкције".⁹ "Право је за Келзена "сustav хипотетичких судова или норми према којима становите понашања-посљедице (санкције) треба да спиједе за становитим понашањима-увјетима (прекршаји)".¹⁰ Овај услов испуњава заиста само Келзенова примарна норма. Основни елемент права за Келзена је санкција. Оно што је заповеђено може бити једно санкција.¹¹ Келзен ставља знак једнакости између извршења правне норме и примењивања санкције коју она прописује. У ствари, већ и сам редослед излагања основних појмова правне науке код Келзена, говори нам да је санкција најважнији такав појам и да се остали појмови из ње изводе.

Деликт је први такав, изведенни правни појам. Келзен га дефинише као "понашање оног лица против кога је уперена санкција".¹² Он критикује дефиниције по којима је деликт "зло", "противправно понашање", "повреда права", будући да је то ирелевантно за правни појам деликта. "С гледишта теорије чији је једини објект позитивно право, нема никаквог другог критеријума деликта до чињенице да је понашање услов санкције".¹³ Оваквим схватањем Келзен потпуно потцењује обавезу у конституисању појма деликта.¹⁴

У складу са својим схватањем примарних и секундарних норми, Келзен правну обавезу, као садржај секундарне норме, изводи из елемената примарне норме, санкције и деликта. *Правна обавеза* није нешто самостално, оригинално, већ појам изведен из правне норме, примарне норме као једине праве правне норме. "Правна обавеза је просто правна норма у односу према лицу за чије је понашање везана санкција у норми... Тако, бити правно обавезан на извесно понашање значи да је супротно понашање деликт и као такво да је услов санкције коју прописује правна норма".¹⁵ Постојање правне обавезе је правна нужност санкције, а реалном правна обавеза постаје тек кад је учињен деликт.

⁹ Ханс Келзен, *Општа теорија права и државе*, с. 128.

¹⁰ Никола Висковић, оп. сit, с. 28.

¹¹ Ово је полазиште Келзенове критике Остиновог (Аустин) разликовања између примарних и секундарних обавеза. За Остину су примарне обавезе и права оне чија је супстанца понашање које законодавац жели, а секундарне обавезе и права оне чија је супстанца створена од санкције која треба да буде извршена у случају да примарне нису извршене. Основ погрешки и нејасноћа у Остиновом разликовању Келзен налази у погрешном схватању суштине, карактеристичне функције правне заповести. Уместо да ту суштину нађе у санкцији, Остин је налази у прописивању правне дужности. То га, по Келзеновим речима, води "одсуствујасног схватања секундарног карактера норме која прописује понашање које жели правни поредак". Ханс Келзен, оп. сit, с. 72-74. О овоме види и у Миомир Матуловић, *Језик, право и морал*, Ријека, 1986, с. 92-94.

¹² Ханс Келзен, *ibid*, с. 68.

¹³ *Ibid*, с. 62. За Келзена значи, постоји само мала прохибита - понашање које је зло једино зато што је забрањено од стране позитивног друштвеног поретка, а не и *mala in se* - понашање које је зло по себи.

¹⁴ Види Никола Висковић, оп. сit, с. 202.

¹⁵ Ханс Келзен, оп. cit, с. 69. "Ако је такође речено да правна обавеза "треба" да буде извршена, онда је то "треба" такрећи, епифеномен оног "треба" у погледу санкције.

Још већу дискриминацију у Келзеновој теорији доживљава субјективно право, будући да је оно подређено и правној обавези. Келзен даје санкционистичко одређење субјективног права, схватајући га као правну могућност да се стави у покрет санкција. За Келзена је субјективно право сама правна норма (примарна) у свом односу према лицу које мора да изјави своју вољу да би санкција била извршена (потенцијални тужилац). Очигледно је да је ова дискриминација последица Келзеновог одговарајућег схватања примарних и секундарних норми, схватања које своди норму о обавези и овлашћењу на извод, прирепак примарне норме, норме о санкцији и деликту.¹⁶

Из прецењивања норме која садржи деликт и санкцију и потцењивања нормативних значења обавезе и овлашћења, произилази и Келзеново схватање адресата правних норми. При тачном излагању права, које би се састојало уствари само од примарних норми, једини адресати били би државни органи. Како ипак допушта постојање секундарних норми, Келзен уводи, да би означио "разлику између односа права према субјекту, потенцијалном деликвенту и његовог односа према органу"¹⁷, терминолошко разграничење: субјект се "покорава" или "не покорава" праву, орган "примењује" или "не примењује" право. Следствено томе, ефикасност права значи да га орган "примењује", да извршава санкцију. Тек у другом реду ефикасност права значи да му се субјекти "покоравају".¹⁸

2. ОПШТЕ ТЕОРИЈСКО-МИТОЛОШКО ПОЛАЗИШТЕ

Келзеново схватање структуре правне норме, и на тој основи изведеног разликовања примарних и секундарних норми, не може се свести само на питање логичко-семантичке структуре правне норме само као одраз одговарајућег схватања суштине, природе права.¹⁹ Како Келзен схвата право као "принудни поредак који прописује санкције"²⁰, то да би се схватило извориште његовог поимања структуре правне норме, треба видети шта то значи да је право поредак и то поредак принуде.

Келзен је нормативиста, он садржај права налази потпуно у нормама, и то у нормама позитивног права.²¹ При томе, каже Келзен "право није као што се понекад каже,

¹⁶ Дискриминација субјективног права доживљава врхунац у самом његовом негирању, у његовом својењу на право у објективном смислу. О томе како је Келзен "појам субјективног права огласио као заблуду која потиче од једне индивидуалистичке и природноправне концепције" види у Ђорђе Тасић, *Један критички поглед на покушај модерне критичке државнopravne теорије о субјективном праву*, Избор расправа и чланака из теорије права, САНУ, Београд, 1984, с. 232.

¹⁷ Ханс Келзен, оп. cit, с. 71.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Келзен каже да "читава разлика између примарног и секундарног закона служи једино за олакшано излагање права и не казује ништа о његовој природи". Ibid, с. 74. То је управо зато што о природи права казује заиста само Келзенова примарна норма као једина права, истинска правна норма.

²⁰ Ibid, с. 71.

²¹ При томе, његова теорија представља "крајњи облик и дотераност нормативистичког учења", јер нормативни свет права посматра као аутономан свет, "свет за себе". Аутономност, специфична егзистенција права последица је његовог потпадања не под категорију реалности, нужности, битка (*Sein*) у коме влада принцип каузалитета, већ под категорију духа, слободе, требања (*Sollen*) у коме влада принцип урачунања. Види Берислав Перић, оп. cit, с. 241, 244; Радомир Лукић, *Келзенов нормативизам*, Анали Правног факултета у Београду 1-4/1983, с. 497; Љубомир Тадић, *Филозофске основе правне теорије* Ханса Келзена, Сарајево, 1962, с. 32; Будимир Кошутић, *Келзенове животне противуречности*, Гледишта 9/1973.

правило. Оно је скуп правила која имају ону врсту јединства коју ми схватамо као систем"²²(подвукла С. М.). Специфична стварност права налази се, дакле, у систему норми, у нормативном поретку. Тај је систем *динамичке врсте*, јер му једна норма припада "ако је створена на начин који је - у крајњој анализи - одређен основном нормом".²³ Појам права као динамичког система норми није довољан. Он нам само сужава поље посматрања свих нормативних система на ону њихову врсту за коју је карактеристично регулисање свог сопственог стварања и примењивања.²⁴ Даље разликовање омогућава нам Келзенов статички појам права, који динамичком појму поретка додаје принуду.²⁵

Мотивације којима се друштвени поретци, системи правила односно норми, користе да би навели појединаче на жељено понашање могу бити непосредне и посредне. Непосредна мотивација постоји када је сама идеја о норми довољна као мотив за понашање у складу с њом, када значи нема потребе за санкцијама. Поредак посредне мотивације је онај који прибегава санкцијама, и то позитивним, у облику награде (мотив за понашање у складу с нормом је постизање одређене, обећане користи) и негативним, у облику казне (мотив за понашање у складу с нормом је страх да се не претрпи штета коју поредак везује за своје непоштовање). Право је поредак посредне мотивације, оно прибегава санкцијама, и то негативним.²⁶ Санкције којима прибегава право имају карактер принудних мера, јер се на онога ко прекрши поредак примењују противно његовој волји. Право је, дакле, поредак принуде. То је његова *differentia specifica*.²⁷ Одавде неизбежно следи да је правна норма она норма која "регулише људско понашање прописивањем аката принуде као санкције".²⁸ Једино таква норма одражава специфичност права као поретка принуде и због тога је Келзен и проглашава примарном, једином правом правном нормом.

Оно што је Келзенова навело да одступи од традиционалног схватања односа примарних и секундарних норми је иста она покретачка снага целокупног његове правне теорије -

²² "Никад није довољно инсистирати на чињеници да је у првом реду Келзен дефинитивно усмјерио теорију права к проучавању целине правног поретка, увиђајући да темељни појам за теоријску изградњу поља права није више појам норме него појам поретка, схваћен као систем норми". Норберто Бобио, *Примарне и секундарне норме*, Домети, Ријека, 12/1986, с. 67.

²³ Ханс Келзен, оп. сит, с. 118.

²⁴ Појам права као динамичког система норми "пружа одговор само на питање да ли и зашто извесна норма припада или не припада једном систему важећих правних норми, а не садржи одговор на питање каква је суштина права, какав је критеријум помоћу кога се право може разликовати од других друштвених норми". Ibid, с. 127. Суштину права Келзен ће наћи када у свом посматрању заустави процес којим се правни поредак ствара и извршује, када правни поредак посматра само у његовом завршеном облику или у стању мировања, када иза правних аката посматра само норме којима су они одређени.

²⁵ Тако ће једна норма из оквира динамичког појма права бити "правна норма само ако има за циљ да регулише људско понашање, и ако регулише људско понашање прописивањем аката принуде као санкције". Ibid, с. 128.

²⁶ "А у друштву, уколико се тиче организовања групе, у суштини се води рачуна само о једном методу за постизање друштвено пожељног понашања: претња и примењивање зла у случају супротног понашања - техника кажњавања". Ibid, с. 31.

²⁷ Види Љубомир Тадић, оп. сит, с. 63.

²⁸ Ханс Келзен, оп. сит, с. 128.

метод.²⁹ Како је, по Келзену, право поредак норми који важи аутономно и изводи се сам из себе, „општа теорија управљена је пре на структуралну анализу (подвукла С. М.) позитивног права него на психолошко или економско објашњење његових услова, или морално или политичко оцењивање његових циљева“.³⁰ Тако и своје разликовање примарних и секундарних норми Келзен дугује структуралној анализи позитивног права, која значи мисаону обраду права с обзиром на његове елементе, правне појмове и везе између њих.³¹

Не може се, ипак, спорити одређени утицај анализе функције права, као „пандана структури“³², на Келзеново разликовање примарних и секундарних норми. Мора се, међутим, указати на специфични карактер и меру Келзенове функционалне анализе.³³ Код Келзена је „нема сумње развитак структуралне анализе права ишао на штету функционалне анализе (функција права, циљ правног поретка)“.³⁴ А када испитује функције права, њега у првом реду занима „унутрашње функционисање“³⁵ правног поретка, допринос појединачних елемената правног поретка самом његовом постојању, односно његовој ефикасности као услову постојања. И Келзен налази да управо норма која садржи прекршај и санкцију остварује већи, ако не и искључиви такав допринос.

Келзеново фаворизовање норми које садрже прекршај и санкцију налази оправдање и у његовом схватању „спољашњег функционисања“, спољашњег динамизма права, произвођења одговарајућих ефеката у друштву. То је сасвим логично и очекивано јер код Келзена структура права има примат над функцијом, она управо одређује, објашњава функцију. Ако је структура права таква да је оно поредак принуде, систем присиле, онда и функција права не може бити друга до заштитно-репресивна. Келзенова „функционална анализа права брзо се исцрпљује“³⁶, јер је његово схватање

²⁹ О томе како је „Келзен методолошко питање учинио централним правним питањем“ види у Радомир Лукић, *О основним идејама Ханса Келзена*, Архив за правне и друштвене науке 4/1951, с. 618.

³⁰ Ханс Келзен, оп. сић, с. 13.

³¹ Види Радомир Лукић, *Методологија права*, Београд, 1977, с. 144. „Келзен није био стваралац широких потеза, великих размера. Он је био танан аналитичар минијатура, али у томе ванредно дубок и свестран, скоро ненадмашан. Његов рад личи на фини филигрански вез“. Радомир Лукић, Ханс Келзен, *Архив за правне и друштвене науке*, Београд, 4/1973, с. 777.

³² „Наиме, сваки феномен има поред своје структуралне стране, оног што чини његову „унутрашњост“, његов састав изграђен захваљујући постојању одређеног низа елемената који су у њега уклопљени, и једну функционалну страну која сачињава његову „спољашњост“, односно извесне везе с другим феноменима на које непосредно утиче“. Стеван Врачар, *Социјална функције државноправног поретка*, Београд, 1965, стр. 67.

³³ Једино тако се могу помирити две наизглед потпуно противуречне констатације Бобија, да Келзен „разликовање изводи искључиво према функционалном аспекту“, а на другом mestу да је „за Келзена право један принудни поредак, али ништа више од принудног поретка. Каква је друштвена функција тог принудног поретка, то Келзена не занима“. Норберто Бобио, *Примарне и секундарне норме*, Домети, Ријека, 12/1986, с. 102 и *О функционалној анализи права*, Зборник за теорију права, САНУ, Београд, 1982, с.195.

³⁴ Живко Анзуловић, *Значење дјела Ханса Келзена*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту XI/1974, с. 30.

³⁵ О „унутрашњем“ и „спољашњем“ функционисању односно динамизму види у Радомир Лукић, оп. сић, с. 37 и у Стеван Врачар, оп. сић, с. 98.

³⁶ Норберто Бобио, *Структура и функција у Келзеновој теорији права*, Домети 1-2-3, Ријека, 1988, с. 71.

права чисто инструментално. "Право није циљ него средство... Функција права је у томе да се омогући постизање оних друштвених циљева који се не могу постићи другим облицима (блажим, мање присилним) друштвене контроле. Који су то циљеви - то варира од друштва до друштва: то је повијесно питање које не занима теорију права".³⁷ И када се наизглед упушта у садржинско одређење циља права, говорећи о "друштвеном миру" и "колективној сигурности"³⁸, Келзен говори заиста само о "минималном и посредном циљу", који има инструменталну вриједност будући да служи као претходни увјет за постизање других циљева".³⁹

3. ОДНОС ПРАВА И СИЛЕ

Посебан аспект Келзеновог схватања структуре правне норме је проблем односа права и силе. Постоје различити начини изражавања силе у правном поретку.⁴⁰ Овде се има у виду **нормативни аспект силе**, односно сила као део норме, као санкција.⁴¹ На значај Келзеновог схватања о структури правних норми, и на тој основи изведено њихово разликовање на примарне и секундарне, за решење проблема односа права и силе указује нарочито Норберто Бобио (Norberto Bobbio). Он сматра да Келзен управо даје ново решење за овај проблем.⁴² Тако се схватањима да је сила небитан елемент права и да је сила битан инструментални елемент права, приodataје треће, по коме је сила битан **материјални елемент права**. За разлику од традиционалне теорије по којој је сила само средство, инструмент за остваривање права, нова теорија проглашава силу самом материјом, садржајем права. Бобио истиче да је схватање силе као садржаја правних норми директна последица Келзеновог разликовања примарних и секундарних норми, јер "ако је право било схваћено као скуп норми упућених судцима или извршним органима, тада ни присила није могла бити схваћена као средство за остваривање права, већ је доследно томе морала бити схваћена као сам садржај правних норми".⁴³ "Проблем принуде (присиљавања, санкције) није проблем осигуравања ефикасности правила, него проблем садржине правила".⁴⁴ Тако "право постаје скуп норми које дисциплинирају употребу силе..., скуп норми које регулирају када, тко, како, колико примењује принудну моћ".⁴⁵ Уз констатацију да ова Келзенова "дефиниција права не важи као критериј за разликовање правне норме од неправне норме, већ важи за разликовање правних поредака од других неправних поредака"⁴⁶, Бобио истиче и предности те дефиниције.

³⁷ Ibid

³⁸ О Келзеновој исправци у одређењу појма права, заменом друштвеног мира колективном сигурношћу види ibid.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Види о томе у Никола Висковић, оп. cit, с. 84.

⁴¹ Сасвим је друго питање односа права и силе као односа важења и ефикасности права. Види Ханс Келзен, оп. cit, с. 126.



⁴² Види полемику између Оливекроне и Бобија о томе ко је први изразио ову нову теорију о односу права и силе у Карл Оливекроне, *О проблему права и силе у новој литератури* и у Норберто Бобија, *Још о праву и сили* (одговор проф. Оливекрони), Зборник за теорију права, св. III, САНУ, Београд, 1987, с. 341-349.

⁴³ Норберто Бобија, *Право и сила*, Зборник за теорију права, св. III, САНУ, Београд, 1987, с. 334.

⁴⁴ Ханс Келзен, оп. cit, с. 41.

⁴⁵ Норберто Бобија, оп. cit, с. 334.

⁴⁶ Ibid, с. 336.

Главну предност нове теорије, а у односу на теорију која сили сматра само средством за остварење права, Бобио налази у томе што она боље одговара на приговоре који се упућују уопште дефинисању права у терминима силе. Да би то показао, Бобио полази од Келзенових одговора на аргументе против дефиниције права као принудног поретка⁴⁷ и истиче њихову предност у односу на одговоре које би могла дати теорија о сили као средству за остваривање права.

Један од аргумената против теорије по којој је сила битан елемент права, а који највише истичу теоретичари социолошког усмерења, гласи да људи углавном добровољно извршавају обавезе које им прописују правне норме. За Келзена је та тврђња тачна, али не и непомирљива са учењем да је принуда битан елемент права, јер се то учење „не односи на стварно понашање лица која су потчињена правном поретку, него на сам правни поредак, на чињеницу да правни поредак предвиђа санкције, и да се управо тиме и само тиме, тј. том специфичном друштвеној техником, разликује од других друштвених поредака“.⁴⁸ „Спонтано вршење прописа било би ваљан доказ само онда ако би било опће и стално“.⁴⁹

Предност нове теорије очигледна је у односу на други приговор против дефинисања силе као битног елемента права. Тај приговор гласи да у сваком правном поретку има норми које нису санкционисане. Да не би упала у противуречност, традиционална теорија мора, у одговору на овај приговор, прогласити несанкционисане норме неправним нормама. Келзенова, нова теорија је у предности, јер овом приговору потпуно измичу његове примарне норме, чији садржај чине управо прекрај и санкција. Нема опасности ни од жртвовања Келзенових секундарних норми, јер се оне одређују као „правила што утврђују довољне увјете да би ступиле у дјеловање секундарне норме“.⁵⁰

Трећи приговор, приговор тзв. бесконачног низа, негира могућност постојања санкционисаних норми на врху поретка. У одговору на овај приговор, традиционална теорија упада у противуречност, „јер гледајући право, не више са стајалишта грађана, већ највише власти, подупире став да сила није у служби права, већ је право у служби силе“.⁵¹ По новој теорији, међутим, „највише норме које дају највишим органима да располажу принудном моћи јесу правне норме *par excellence*“.⁵² „Уставне норме... су саставни део свих правних норми које има да примењују и други органи... У статичком представљању права, више норме устава су такорећи, пројециране као делови у нижим нормама“.⁵³

У Келзеновом схватању структуре правне норме, Бобио налази непризнато напуштање одређења права на основу форме и дефинисање на основу регулисане материје. „Ако је право скуп норми које регулирају присилу или примјену силе, то значи да присила или сила сачињавају специфичну материју правних норми... Као што је граматика правило говора, мода правило облачења, тако је и право правило силе“.⁵⁴ Ову

⁴⁷ Види у Ханс Келзен, оп. cit, с. 37-42.

⁴⁸ Ibid, с. 38.

⁴⁹ Норберто Бобио, оп. cit, с. 335.

⁵⁰ Ibid, с. 336.

⁵¹ Ibid.

⁵² Ibid.

⁵³ Ханс Келзен, оп. cit, с. 147.

⁵⁴ Норберто Бобио, оп. cit, с. 333.

Бобиову констатацију не прихвата Лукић, тврдећи да “је тај садржај чисто формалан - то је спољни садржај, омотач унутрашњег садржаја, који по Бобиу остаје неодређив”.⁵⁵

* * *

У нашој теорији се проблему структуре правне норме придаје релативно мало пажње. Овај се проблем одређује, по правилу, као само логичко-семантички. Као да се забравља да је једини исправни пут до научне истине у узајамном “просветљавању” појаве и суштине, делова и целине, “великих” и “малих” проблема. У нашој теорији постоји малтене јединствен, општеприхваћени став о структури правне норме. Ради се о познатој тројевој односно четвороделној шеми, по којој се као структурални елементи сваке правне норме издвајају диспозиција, претпоставка санкције и санкције, а условне правне норме, поред ових, и претпоставка диспозиције. Истиче се, при томе, да се кроз разликовање примарних и секундарних норми, које је уобичајено у западној правној теорији, не може на адекватан начин решити проблем логичко-семантичке структуре правне норми, јер се тим разликовањем разбија њено значењско функционално јединство.

Пре покушаја критике Келзеновог схватања структуре правне норме, морамо се одредити према ауторовом поимању саме правне норме, као предмета структуралне анализе. Келзеново одређење норме као “чисто” идеалне појаве, апстрактног, самониклог “требања” је једнострano и искључиво. Он ствара непремостиви јаз између света онога што јесте, “битка” и света “требања”. Сматрамо прихватљивим решење, које имплицира право као сложену, друштвено-духовну појаву, а по коме је правна норма “требање”, дакле једна прескриптивна мисао, које има своје извориште у одговарајућим друштвеним односима и циљевима, или које у њима или у односу на њих остварује своје функције. Управо, чини се да је ово схватање и најбоље критичко полазиште за анализу Келзенове структуре правне норме, јер са Келзеном има и заједничког, истоветног (схватање правне норме као мисли о ономе што треба да се догоди, а што се не догађа увек), што је извесна гаранција да се неће промашити тема критике и да се критика неће свести само на терминолошко спорење, и различитог, другачијег (повезивање нормативног са друштвеним односима и циљевима), што је неопходан услов за критички приступ, јер је за указивање на оно што је добро и оно што је лоше у предмету критике, нужно извесно дистанцирање од њега.

Келзеново схватање структуре правне норме препознатљиво је по апсолутанизирању санкције, као јединог правог садржаја правне норме. Путем метода структуралне анализе позитивног права, Келзен налази да се оно може свести само на норме које садрже санкцију. Будући да се сваки ентитет, па и право, може потпуно објаснити тек када се уз одсликовање његове структуре, разоткрије и његова функционална, динамичка страна, то Келзен користи и метод функционалне анализе. Задржћемо се најпре на Келзеновом објашњењу “унутрашњег функционисања”, које обележава допринос појединачних елемената правног поретка самом његовом постојању, односно ефикасности као услову постојања. Аутор сматра да примарна норма, норма која садржи санкцију остварује већи, ако не и искључиви допринос ефикасности правног поретка. Ако за оквир разматрања узмемо, као и Келзен, само правну нормативност, долазимо до става да је Келзеново схватање, ако не валидно, а оно бар логички непротивуречно, конзистентно.

Критика Келзеновог схватања из угла поимања права као сложене појаве, или бар повезаности правне нормативности са друштвеним односима и вредностима, је много

⁵⁵ Радомир Лукић, Уз дискусију о праву и сили, Зборник за теорију права, св. III, САНУ, Београд, 1987, с. 352.

интересантнија и плодоноснија. За њу нам оправдање даје не само претходно обележено критичко полазиште, већ, невророватно, и сам аутор. Келзен, наиме, што је за њега као творца “чисте теорије права” потпуно неочекивано, даје обавештења и о тзв. “спољашњем функционисању права”. По њему, право има за циљ остварење друштвеног мира и колективне сигурности. Ради се свакако о једном мањкавом одређењу друштвене функције права, јер се њиме одређује само инструментални, посредни циљ који треба да послужи као услов за постизање других циљева. Испитивање дејства правних норми у друштву, ван оквира сопственог система завршава “више... описом формалних учинака правне норме... него испитивањем садржаја тих ефеката у друштвеним односима”.⁵⁶ Међутим, од “чистог” Келзена је и то превише. За критичара је, пак, то сасвим доволно да открије противуречност Келзеновог схватања примарних и секундарних норми и покаже да у Келзеновој теорији није само једна Ахилова пета.⁵⁷

Како нам је сам Келзен отворио пут ка друштву и човеку, морамо му најпре замерити то што је његово схватање примарних и секундарних норми далеко од хуманизма. Уопште, његово глорификовање света права наводи на закључак да не служи право човеку, већ човек праву. Ово је посебно неприхватљиво с обзиром на одређење права као поретка принуде, поретка у коме је санкција све и сва. Сила више није у служби права, већ је право у служби сile. А како је право од човека и за човека, то испада да сила више није у служби човека, већ је човек у служби сile. Врло је тешко, ако не и немогуће, својење права на норме о санкцији повезати са друштвеним миром или, свеједно, колективном сигурношћу. Мир који почива на принуди у суштини је рат, или бар немир. Колективна сигурност коју држи санкција уистину је несигурност, и колективна и појединачна. Ово су, свакако, само крајње логичне консеквенце противуречности Келзеновог схватања, у које он, чини се, запада чим искорачи из нормативног, које је код њега постављено перфекционистички. Уистину, оно је “химерично”. А кад се “химера” руши, или бар напушта, последице су непредвидљиве.

Право се показује као средство које служи остварењу одређених циљева друштва и човека, једино ако се у структури правне нормативности преферира диспозиција, независно од тога да ли се она схвата као самостална норма или део правне норме. Диспозиција је у односу на санкцију примарна, дакле основна, важнија, значајнија, јер она, захтевајући одређено понашање од грађана, регулише битне друштвене односе. Поштовањем диспозиције, а с обзиром на то да њен садржај чине правна обавеза и субјективно право, остварују се у највећој мери циљеви права. Санкција мора у односу на диспозицију бити секундарна, супсидијарна, помоћна јер “циљ права очито није санкционисање непожељног понашања, него регулисање пожељног”⁵⁸(подвукла С. М.). Санкција ступа у дејство тек ако је диспозиција прекршена, а њени учинци значе мању меру остварења одговарајућих циљева права.

⁵⁶ Никола Висковић, оп. сit, с. 260.

⁵⁷ Свакако, мисли се на Келзенову основну норму, која је чиста логичка претпоставка.

⁵⁸ Радомир Лукић, оп. сit, с. 351.

Mr SUZANA MEDAR

STRUCTURE DE LA NORME JURIDIQUE SELON HANS KELZEN

- Une vue “autrement”

Résumé

La compréhension de la structure de la norme juridique de Kelzen est diamétriquement contraire à la théorie traditionnelle. Le détour fait par Kelzen ne se rapporte pas aux seuls éléments de la norme juridique mais à leur rapport mutuel aussi. Selon l'auteur, pour la différence de la compréhension ancienne, c'est la sanction qui est primaire et la disposition secondaire. Même, la sanction "avale" la disposition, qui est tout à fait innécessaire en présence de la formulation claire du droit. Par rapport au traditionnel, le déplacement de Kelzen au dedans de la structure de la norme juridique présente la "marche de l'écrevisse". Kelzen va "à rebours", de la sanction, via le délit, à l'obligation juridique et droit subjectif, comme contenu de ce qu'on appelle habituellement disposition, ce qui est chez Kelzen une norme juridique secondaire, "non vraie".

La vue "autrement" de Kelzen sur la structure de la norme juridique est la conséquence de son attitude théorique-méthodologique général. Par l'emploi de la méthode dogmatique normativiste Kelzen "épure" le droit de tout ce qui est normatif. Le droit est un système de normes, et ceci de ceux normes qui régulent le comportement des hommes par la prescription des actes de répression comme sanction. Par cette détermination Kelzen fait une certaine "épuration" aussi dans le domaine de la normativisation, en rejettant de son dedans la disposition comme un "déblais".



A la notion du droit de Kelzen, basée en général sur l'analyse structuralle de la norme juridique, on essaye dans le dernier temps de donner l'importance d'une notion matérielle. Cet essai provient de Norbert Bobi qui considère que l'oppression, exprimée par la sanction comme élément normatif, présente un critère matériel valide pour la définition du droit.

* Assistant à la Faculté de Droit à Niš.