

КЕЛЗЕНОВ НОРМАТИВИЗАМ

Ханс Келзен је несумњиво најпознатији правник XX века. Ниједан правни писац тог времена није био толико навођен ни толико критикован колико он. Од 1911. г., кад је као тридесетогодишњак, објавио своје најпознатије дело, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, („Главни проблеми државноправне науке“), па све до данас, његова слава и расправа с његовим погледима никако не престаје и вероватно ће трајати још дуго. Разуме се, ово је последица његовог особеног гледишта на основна питања државе и права, одн. његовог схватања права, нормативистичког, које знатно одступа од уобичајених схватања и зато представља изазов за друга схватања. Иако Келзен, у ствари, не чини ништа друго него доводи до крајњих последица оно што сваки правник у извесној мери прихвата, он у томе иде ипак толико дубоко и далеко да престаје да буде разумљив правницима који немају његов дубоки смисао за логичко-филозофска питања. Он изазива чуђење и недоумицу својим крајњим схватањима онога истог што у „пристојној“ мери усваја сваки правник који се бави позитивним правом. Можда се може рећи да је Келзен сувише дубок, у извесној мери претерано префињен и обдарен дух, који види много више него остали и да као такав изазива саблазан и нагонско опирање осталих, који не могу да га прате вијугавим и вратоломним стазама његове мисли, и то утолико више уколико изгледа да је та мисао у основи тачна и да ју је тешко побијати. Јер, у ствари, изгледа да нико (укључујући ту и писца ових редака кад је био млад) није довољно разумео Келзена, није сишао у дубину његове мисли да би га могао успешно и засновано критиковати. Сви су остали на површини и њихова критика је била критика глупих, који се не разумеју — они су га критиковали за нешто што он никад није ни помислио да тврди, за тврдње које је он, чак, изричито одбацио тврдећи изричито и речито супротнo. Скоро је невероватно да је нешто слично уопште могуће. Али то се догодило углавном усред неразумевања дубине питања која је он покушавао да реши и дубине самог решења које је дао, ма колико само то решење и могло бити критиковано, јер није потпуно успело. Невоља Келзенова с правницима потиче из чињенице да је он био за неколико копаља изнад њих — он је био филозоф-правник, а они, нажалост, само — правници. Он је хтео да их подигне на висину филозофије, али они нису били способни за то. А његов неуспех у решењу основног питања вероватно је последица чињенице да се то питање тешко и може решити.

Оно што је суштина те Келзенове особене филозофије права је његов нормативизам, нормативизам особене врсте, супротан нормативизму природноправне школе, који се може означити као материјал. Келзенов нормативизам је насупрот томе формалан. То значи да је природноправна школа тврдила да постоје објективна (у смислу независна од људи, дата) правна правила, која обвезују својом садржином, која је умна, објективно важећа. Келзен у суштини тврди да је право људска творевина, да му садржину и форму одређују људи по својој вољи, да његова обавезност не зависи од садржине, која може бити каква се хоће, него од форме, тј. од начина на који је правило донето, али да, кад је једном донето, и све док не буде, опет на (самим правом) прописан начин, укинато, оно важи, обвезује независно од људи, њихове свести и воље, па, у начелу, сем једног изузетка (али значајног, о коме ће бити речи), независно и од њиховог понашања у односу на њ — једном речи да право постоји на један објективан начин, као норма, у посебном свету норми, одн. што *треба да буде*, а не у свету стварности, онога што *јест* (чувена његова разлика *Sein-Sollen*). Суштина тог посебног начина постојања је по Келзену формалнолошка, а не материјалноправна, каква је суштина права у природноправној школи. То значи да право по њему, као људска творевина, не обвезује вредношћу садржине својих правила, која се као таква показују објективно важећим у објективном свету идеја, него да оно обвезује јер су га надлежни органи власти, тј. живи људи, наредили као своју вољу и обвезу само док га они не укину, променивши вољу. Али за то време оно важи независно од њихове стварне воље у психолошком смислу, чак и ако таква воља постоји, важи чисто логички, јер је једном заповеђено. У томе је Келзенов формализам, што његов нормативизам обележава особеном бојом.

Суштина особености његових гледишта да се свести на једну једину одредбу — нормативан елемент права као обавезног правила понашања не лежи у свету стварних збивања, онога што *јест*, него у свету идеалних појава, у свету *требања*, који је суштински свет логике. У свету стварности правна норма може да буде ефикасна или не, да изазове одређено понашање које захтева или не, али то није битно ни особено за њену обавезност као правне норме. Оно што је за њу особено, то је да она остаје увек подједнако обавезна и кад је прекршена, да је, нормативно, с гледишта требања, увек подједнако обавезно у идеалном нормативном свету, свету требања, и остаје такво без икаквог обзира на догађаје стварног света све док као норма важи, тј. све док није укинута на начин предвиђен самим системом правних норми чији је део (сем једног изузетка, о коме ће бити речи). Конкретно, то значи да једна правна норма подједнако обвезује и кад нико није ње свестан (што је нормално стање свести људи за далеко, далеко, највећи део норми, а не ретко и за све норме), кад нико на њу и не помишља, кад ни на кога уопште не може да утиче. То је логична неизбежна последица чињенице да као важећа норма не припада свету стварности него свету требања. Пokuшаће се то овде ближе објаснити.

Келзен, као што је речено, полази од простих чињеница, које признаје сваки правник, те његова величина и оригиналност не потичу од тога него од онога што он на основу тога ствара даље, откривајући оно

што обичан правник не види. Он, дакле, утврђује, у чему није оригиналан, него иде за Меркловом тзв. теоријом ступњева (*Stufen thorie*), што није битно, да свака правна норма важи на основу одговарајуће више правне норме, која одређује да она буде обавезна. Тако се од норме до норме долази до устава, на основу којег важе све остале, ниже норме. Али, на основу чега важи устав? Гледано с гледишта света бивања, он важи на основу политичке премоћи уставотвораца, а ова је последица његове привредне, културне и уопште, друштвене премоћи. Али Келзен као правник, не гледа на свет бивања, иако се потпуно и изричито слаже с овим ставом. Он као правник тражи правни (нормативан) основ важења устава. Пошто нема такве више правне норме, он сматра да се мора претпоставити једна пранорма, као основ важења. И овде почиње неразумевање с њим и неосноване критике његовог решења, без обзира што оно није прихватљиво. Критичари кажу да он неоправдано одваја свет бивања од света требања, који су међусобно везани, и да се, према томе, основ важења устава не може наћи у некој непостојећој пранорми (јер је ова само претпостављена, тачније постулирана). Оно што не постоји, по самој Келзеновој тврдњи, не може ни бити основ било чега постојећег. Према томе, треба признати да устав обвезује по фактичком, а не по нормативном основу.

Ова критика је тачна, али само у својој области, тј. у области света бивања. И Келзен то не пориче, он се изричито слаже са својим критичарима у томе, иако они то нерадо признају из сасвим разумљивог разлога — ако се слажу, онда је њихова критика погрешно усмерена. И заиста, ту долази до основног неразумевања. Келзен, наиме, не жели, како је и речено, да објасни фактичко важење (обавезност) устава. Оно је више или мање јасно, одн. јасан је бар пут на коме га треба тражити — пут испитивања чињеница. Он тражи, напротив, нормативнолошко објашњење тог важења, у свету требања, идеалном свету, независном (бар у извесној мери, како ће се видети) од света бивања. Ту постоји посебна веза појава и посебна законитост тог везивања. Ту само једна виша норма може да породи нижу, норма не може настати из чињеница, из бивања. Тачно је, додуже, да норму стварају људи, али, једном створена, она постаје саставни део нормативног, идеалног света требања, а ту важе закони тог света — једна норма (тачније, обавезна снага, важење једне норме) може проистећи само из једне друге, више норме.

Словеначки писац Ј. Питамиц тачно је запазио да Келзенова пранорма игра улогу Бога, тј. једног апсолута из кога потиче цео нормативан свет права. И ту је основна тачка разилажења између Келзена и његових филозофски недораслих критичара. Ту се њему (и правнику уопште) постаља проблем важења, као основни проблем логичко-нормативног сазнања права. Зашто правна норма важи? Ту је и тачка где треба разликовати појам важења од појма обавезности. Наиме, правна норма *важи* с гледишта логичко-нормативног под одређеним условима. А врста њеног важења је у обавезности (људи да се понашају по њој). Другим речима, важење је шири појам од обавезности.

Једна идеална појава, тј. једна мисао (став или исказан став, исказ) важе у идеалном свету на разне начине, тј. постоје разни начини, врсте важења, зависно од врсте којој припада односна идеална појава, у овом случају мисао. Довољно је овде разликовати две врсте важења. Једна ми-

сао може да важи као *истинита* (нпр., математичке истине, уопште фактичке истине — рецимо да се вода састоји од одређених елемената). Она *важи* увек и без обзира на чињеницу, јесу ли је људи свесни или не, понашају ли се по њој или не итд. То је њено *идеално* важење, сасвим различито од односа људи према њој, тј. од *фактичког* њеног статуса у свету бивања. Иначе би се морало стати на становиште да истина важи само ако је неко признаје у својој свести и само док је и где је неко признаје. Међутим, и ако се напегне машта, тешко је замислити шта то значи да важи идеално, непрекидно, вечно, одн., тачније, ван времена и простора, одн. независно од њих, као идеална, тј. ванвременска и ванпросторна појава (пошто време и простор чине једну појаву реалном).

Друга врста важења је *обавезност*. Истина не обвезује ни на какво понашање, иако то, наравно, не значи да човек не може да реши да се понаша по истини. Он, међутим, није обавезан да то учини. Друге мисли, одн. искази, важе као обавезни. Позитивноправне норме (а искључиво њима се бавио Келзен) спадају у ту врсту (уосталом, као и моралне норме, одн. норме природног права, само што ове две врсте норми важе по другом основу — по *вредности* своје садржине, као и истине). То значи да су оне обавезне, тј. да захтевају да се човек понаша по њима, без обзира знао за њих или не, хтео се понашати по њима или не, стварно се понашао по њима или не. Оне, дакле, идеално обвезују, јер је обавезност облик њиховог важења. Оне, обвезују у свету требања, без обзира на свет бивања. Оне обвезују, јер важе нормативнолошки.

На жалост, пошто устав не може имати стваран (кад се овде каже „стваран”, ова реч није zgodна, јер се жели рећи да устав нема исправан, сходно законима важења, као што имају норме ниже од њега, а не стваран у смислу фактичком, што припада свету бивања) основ важења, одн. обавезности, тј. вишу норму из које „извире”, која га „раба”, онда се, сходно логичком захтеву, мора претпоставити, тачније постулирати, једна претходна норма као основ његовог важења, јер друкчије није могуће логички мислити. Логика тражи доследност. Према томе, ту су логички могућа једино два решења. Или „рђава бесконачност”, тј. претпоставити да и претпостављена норма виша од устава, важи на основу једне још више, а ова на основу још више и тако бесконачно. Или (такође „рђава”) коначност — претпоставља се, тачније постулира, коначна, највиша норма, правни бог, за што се, по свему изгледа, одлучио Келзен. Логичко мишљење, дакле, захтева или једно или друго, релативно може или бити бесконачно или захтевати апсолут. Чињеница да се с гледишта света бивања не може прихватити ниједно од ова два једино могућа логичка решења, само је доказ распетости човека и његове свести, одн. ума, распетости између неумитних захтева ума и неумитне стварности, између бивања и требања. Кад не би било те распетости, не би била ни потребна дијалектика, која управо и покушава да је преброди. Колико она у томе успева друго је питање, јер се и она противи строго формалнолошким захтевима ума (или тзв. „здравог разума”, што је у ствари формалнолошки разум).

У сваком случају, Келзен није уважавао ту дијалектику. Али у оквирима формалнолошког мишљења, он није могао ићи даље ни наћи друго решење. И то треба схватити и уважити. Треба престати с критикама —

у став црпе своју обавезност из чињеница, право се, према томе, заснива на чињеницама, Келзен грешни итд. Јер он све то зна и чак изрично каже. Од једноставно не решава тај проблем, него проблем формално-логичког карактера важења, одн. обавезности права. А тај проблем несумњиво постоји и сви који њега критикују с гледишта света бивања на потпуно су погрешном путу, неосновано га критикују. Логички су та два света, начина мишљења, метода, потпуно одвојена, и ту ништа не помаже, без обзира што су у стварности, вероватно, на неки (дијалектички) начин спојена. Уосталом, и Келзен признаје то спајање. И уводи ублажавања, боље речено одступања и недоследности у своју теорију. Он признаје да право, одн. правна норма важи идеално, нормативно, на изложен начин, само под условом (фактичког карактера) да право у целини узето фактички (тј. у свету бивања) важи, одн. да се људи у највећем броју случајева по њему и понашају. Он покушава да колико је могуће ублажи противречност између два света, односно два начина мишљења, два метода, тврдећи да је то фактичко само *услов*, а не и *основ* важења, које остаје чисто нормативно, тј. основ је и даље претпостављена пранорма. Логички је то тачно, али самим тим решење није успело, јаз није премошћен, два света су и даље остала раздвојена, јер узрок тога није у стварном свету, него у конструкцији нашег мишљења.

Тако Келзен није успео, јер је људски немогуће успети у решавању свог нерешивог проблема људског мишљења. Али је ишао до краја, до трагичног краја и зато је он трагични јунак правне филозофије и теорије, јер је управо хтео да споји теорију (позитивног права као фактички постојеће појаве света бивања и филозофско-логичке захтеве мишљења као операције с идеалним појавама). Трагичном јунаку треба одати признање за храброст и почаст за погибију, али га не треба критиковати без изаквог основа захтевом да не покуша подухват који је унапред осуђен на неуспех, што он добро и боље од критичара и сам зна. Али трагичан херој и не би био то кад би се подухватао само оног што је могуће!

С Келзеном се, дакле, дошло до краја с логичким, формалним нормативизмом у праву и даље се не може. И ту и лежи његова трагична величина, коју треба признати.

Треба поменути само још једну неприхваћену Келзенову тврдњу, која је опет логичка и неизбежна последица његовог основног става, одн. метода, нормативистичког метода, а која је такође погрешно схваћена и критикована. То је његово изједначење државе с правом. Нико, па ни потписани, не може признати, па и не признаје то изједначење, укључујући ту, наравно, и самог Келзена. Немогуће је, уосталом, и земислити да би ма ко, па ни он, могао превидети фактичку страну државе као појаве света бивања, њен принудан и други апарат, њу као организацију живих људи итд. Па ипак, Келзен изједначава државу с правом као нормом, идеалном појавом света требања. Он каже да држава, с правног (тј. његовог, нормативно-правног, тачније нормативистичко-правног становишта) није ништа друго до само право, тачније његова персонификација, оличење. Овде треба јасно уочити речи „с гледишта права”, тј. с гледишта које тражи елементе права у држави. И пошто је држава, по Келзену, резана за право, јер доноси и санкционише његове норме, то она с тог гледишта и није ништа друго до његово оличење, тј. право виђено као

целина која функционише, тј. као позитивно право. Тиме он не пориче, а и не би могао да порекне државу као појаву света бивања, али покушава да у њој одвоји оно што је правно, што припада праву као норми, појави света требања. Наравно, упркос његовој намери да види „чисто правну“ државу, као и „чисто право“, он не успева потпуно у томе и у државу, као и у право, улазе они исти елементи света бивања који су већ показани — фактичко понашање људи као услов постојања и државе као и права, стварних, позитивних.

Међутим, мора се утврдити да је Келзеново решење проблема нормативне стране државе још мање успело од истоврсног решења за право. Јер сам појам оличења (персонификације) није довољно ни јасан ни прецизан. Шта заиста значи оличење нечега? Под тиме се може замисљати много чега, а ништа од тога није довољно одређено. Какве везе морају постојати између две појаве да би једна била оличење друге? Каква сличност? Истоветност у битном или у споредном? То су питања без одговора, јер је метафора употребљива у поезији, али не и у науци, па ни Келзен није успео да је учини употребљивом.

Келзена, дакле, треба разумети у његовом особеном методу и ту показати његово стварно становиште. Оно је довољно рањиво да се може и основано критиковати, па се не мора покушавати да се критикује оно што он никад није ни помислио да тврди. Али ће критика показати да његова слабост није његова лична слабост него слабост људског ума, последица трагичне људске судбине и суштине, раздвојености мишљења и бивања, иако су они негде несумњиво спојени.

Заиста је слабост нашег ума што нисмо у стању јасно да замислимо постојање обавезности као посебне врсте важења. Тешкоћа потиче од једног елемента субјективности у њој, који не постоји у важењу, које обвезује материјално, не формално. Позитивно право није обавезно по себи, објективно, него по наредби носиоца државне власти, која је наредба, наравно, субјективна. Уму је релативно лако да замисли објективно, чисто важење, из којег проистиче норма која је објективно обавезна. Али је тешко схватити да је обавезност, која потиче од субјекта (ма то била и држава) такође објективно, тј. независно (док постоји) од субјекта, да је идеална, ванвремена и ванпросторна (иако је на одређен начин дата и у времену и у простору, јер је везана за исти такав субјект). Ту би се лакше разумела обавезност као стварно стање подложности санкцији стварно постојећег субјекта, као појава бивања, а не требања. Ипак, изгледа да такву субјективну обавезност, обавезност фактичку, не идеалну, није могуће прихватити из разлога који је већ изнет — јер би то значило да право важи и обвезује само док је у свести односних субјеката.

Међутим, ако се већ призна да право обвезује на неки начин објективно, идеално, у свету требања, онда остаје да се види да ли је ту могуће прихватити Келзеново решење путем пранорме. Речено је већ да то није прихватљиво из простог разлога што таква норма не постоји, него је само постулирана. Ни у идеалном свету требања оно што не постоји не може имати никаквог ефекта, па ни пранорма. Ако већ треба да постоји неки нормативни Бог, онда је боље да то не буде пранорма него сам устав. Зашто би он морао да своју обавезност црпе из неке ви-

не норме, поготову из непостојеће? Кад устав једном већ постоји и кад је стварно, фактички обавезан, јер се поштује и јер прети санкцијом, зашто онда не узети да је он сам темељ своје обавезности, да сам себе ствара, да из њега потиче обавезност као из првобитног извора? Мако-лико то било незадовољавајуће са гледишта чисте логике, мора се при-хватити, јер су друга решења још мање задовољавајућа. Тешкоћа сва-како потиче од природе формалнологичког мишљења, које није способно да схвати промену, које је праволинијско и једнострано. Келзен је упра-во жртва такве логике. Држећи се ње, не успева да нађе решеће. Реше-ње је, изгледа, могуће наћи само у кретању, у мењању, у спајању супрот-ности. Практичко, бар у овом правном свету, раба идеално, фактичка оба-везност раба нормативну, идеалну обавезност. Устав, јер је ефикасан у свету бивања, постаје и објективно обавезан у свету требања. Његова ефи-касност је управо друга страна те објективне обавезности. Управо услед тога субјективан, неефикасан устав, који би прогласио приватан грађа-нин, без икакве власти, не би ни обвезивао, сем самог свог творца, али и то не формално него материјално (јер би он сматрао да он објективно вреди, па да зато и обвезује). Ово показује да је позитивно право као реална појава, ефикасна у свету бивања, у стању да произведе једну вр-сту објективног важења, обавезност, чиме се свет бивања спаја са све-том важења. Зато и није тачно Келзеново решеће да је ефикасност услов важења, а не његов основ. Најтачније би било рећи да је она његов *извор*.

Без обзира које решење усволији (или не усвојили, признајући да је питање нерешиво), остаје Келзенова заслуга што је јасно поставио про-блем важења права као норме у свету требања; будући да је његово та-кво важење неоспорна чињеница. Није важно што је при томе постао трагичан херој покушавајући да доследно логички реши оно што се на тај начин не може решити, јер логика и живот нису до краја у складу. Тај несклад не можемо превазићи, пошто ни супротно решеће, које се овде предлаже, такође не задовољава потпуно. Келзен је симбол људске немоћи, али и храбрости да се покуша немогуће.

SUMMARY

KELSEN'S NORMATIVISM

Hans Kelsen is undisputably the most well-known jurist of the twen-tieth century; he is not only the most frequently quoted jurist but also the most criticized one. The criticizing of his views, in consequence of the inability to comprehend the depth of the philosophical-and-logical questions, has most often been directed at that which he has never even dreamed of stating or at that which he himself has also rejected. Kelsen's normativism is, in contrast to the material normativism of the school of natural law, formal. Law is the creation of man, its compulsion is not in dependence of its substance, nor the attitude towards it, but only of form. It is a part of the world of norms, the ideal phenomena, the world sollen, the world of logic, and it imposes obligations regardless of reality, the real world, the world sein i.e. regardless of its efficiency and conscience, the human understanding of law. The basis of compulsion of norms can be, therefore, only a norm

„higher” in hierarchy. But, what then is the basis for the effectiveness of the highest norm in hierarchy, the the constitution? According to Kelsen, it is the initial or original norm. And that is the literal formal-and-logical solution.

The logical-and-normative effectiveness of a norm should be distinguished from one of its sub-divisions, the narrower concept of compulsion of norms i.e. the obligation imposed on man to adjust his attitude to it.

The second unaccepted Kelsen's view — the equalisation of law and the state — should be considered as the consequence of his method i.e. from the legal point of view, the state is actually law itself, or more precisely, its personification.

The author is of the opinion that the postulated initial or original norm should not be accepted as the basis of effectiveness of the constitution, for that which does not exist cannot have any impact whatsoever in the ideal world of necessity. The constitution itself should be the starting point. It is not obliged to derive its compulsion from any higher norm. Kelsen's assertion that efficiency is the condition of effectiveness, and not its basis, is not correct. It would be most accurate to say that efficiency is the source of effectiveness. As to whether law and the state are one and the same, it is the author's opinion that the very concept of personification is neither clear nor precise, since metaphors are applicable in poetry but not science.

Working consistently, but from the formal-and-logical basis, on the problem of effectiveness of law, which is not the right road to take, Kelsen has become the tragic hero — the tragic hero — the symbol of human helplessness, but also the boldness and bravery to attempt the impossible.

RÉSUMÉ

LE NORMATIVISME DE KELSEN

Hans Kelsen est incontestablement le plus célèbre juriste du vingtième siècle, cité le plus souvent et critiqué le plus souvent. La critique de ses prises de position, comme conséquence de l'incompréhension des questions philosophico-logiques profondes, est dirigée le plus souvent vers ce qu'il n'a même pas pensé d'affirmer ou qu'il a lui-même expressément rejeté. Le normativisme de Kelsen est, contrairement au normativisme matériel de l'école de droit naturel, formel. Le droit est une création humaine, son caractère obligatoire ne dépend pas du contenu, ni du comportement à son égard, mais seulement de la forme. Il est la partie du monde des normes, des phénomènes idéaux, du monde *sollen*, du monde de la logique, et il oblige sans égards à la réalité, le monde réel, le monde *sein*, c'est-à-dire sans égards à son efficacité et à la conscience, la connaissance humaine du droit. Le fondement du caractère obligatoire de la norme peut être, par conséquent, seulement la norme la plus élevée. Or; quel est le fondement de la validité de la norme la plus élevée, de la constitution? D'après Kelsen c'est c'est la pranorme. Cela est la solution logico-formelle de conséquence.

La validité logico-normative de la norme doit être distinguée d'une autre de ses sortes, de la notion restreinte du caractère obligatoire de la norme, c'est-à-dire de l'obligation des hommes de se comporter conformément à la norme.

La deuxième affirmation de Kelsen qui n'a pas été adoptée — l'égalisation du droit avec l'Etat doit être comprise comme conséquence de sa méthode, c'est-à-dire que l'Etat au point de vue juridique n'est rien d'autre que le droit, plus précisément sa personnification.

L'auteur considère qu'il ne faut pas adopter la pranorme postulée comme fondement de la validité de la constitution, car ce qui n'existe pas ne peut avoir même dans le monde idéal des exigences aucun effet. Il faut partir de la

constitution même. Elle ne doit pas puiser son caractère obligatoire d'une certaine norme supérieure. L'affirmation de Kelsen que l'efficacité est la condition de la validité, et non point son fondement, n'est pas exacte. Le plus exact serait de dire que l'efficacité est la source de la validité. En ce qui concerne l'égalisation du droit et de l'Etat, l'auteur considère que la notion même de phores sont utilisées dans la poésie, et non point dans la science.

En résolvant d'une manière conséquente mais formellement logique le problème de la validité du droit, qui ne peut pas être ainsi résolu, Kelsen est devenu le héros tragique — le symbole de l'impuissance humaine, mais aussi du courage d'essayer l'impossible,