

Јелена Милановић,¹
Докторанд,
Правни факултет Универзитета у Нишу

UDK: 340.12:929 Kelsen, H.

Прегледни научни чланак

Примљен: 29. 04. 2023.

Прихваћен: 10. 05. 2023.

ПОЈАМ ПРАВА И ПРАВДЕ У ДЕЛУ ХАНСА КЕЛЗЕНА

Апстракт: Предмет рада је анализа гледишта Ханса Келзена о односу права и правде, при чему посебну пажњу аутора привлачи његово учење о „чистој теорији права“ које представља основу правног нормативизма. Анализом ове за право веома важне теорије, приказаћемо његово учење о праву које је стварано без утицаја морала и политике, и правди коју схвата као ирационалну идеју. Посебна пажња посвећена је истоименом раду, Чиста теорија права, у коме је изложио правну идеју, филозофску концепцију и логичку аргументацију “чисте теорије права”.

Кључне речи: Ханс Келзен, чиста теорија права, правда, нормативизам, основна норма.

1. Увод

Покушавајући да пронађе одговор на питање: “Шта је право?”, правна наука се суочила са проблемом проналажења опште дефиниције, и да ли поред одговора на питање “Шта је право?” треба да одреди и “шта право треба да буде”. Неки теоретичари у дефиницију права не уносе врлину правде и тврде да не постоји повезаност права и правде, док други правду сматрају кључним елементом у дефинисању права и не негирају значај повезаности права са државом, а посебно са њеном организованом применом санкција.

За разлику од природно – правне теорије која однос права и морала посматра из перспективе тезе о идентитету, правни позитивизам ствара потпуно другачији теоријски оквир за разумевање права. Право се схвата као скуп процедура лишених моралног или било ког другог за правну норму релевантног садржаја, а слоганом “право је право”

¹ milanovic.jelena.ni@gmail.com

наглашава поменути тенденцију одвајања права од морала, одбацивањем нејасноћа и неодређености у било ком смислу.

Ханс Келзен, као један од најистакнутијих правних теоретичара у модерној филозофији права и политичкој теорији, поставио је чврсте основе правног нормативизма, полазећи од тезе да су право и правда различити појмови, јер право настаје из формалних извора као што су правне норме, док је правда ствар моралне категорије. Међутим, он је истовремено наглашавао да је правда темељна морална категорија која би требало бити присутна у правној пракси. Овакав приступ правди посебно је утицао на развој теорије о људским правима, где се права појединаца уско повезују са појмом правде.

Учење о правди Келзен повезује са срећом. Правду посматра са психолошког аспекта као "вечну човекову чежњу за срећом коју као појединачно биће не може да нађе, па је зато тражи у друштву. Друштвена срећа зове се правда" (Келзен, 2007:18). У својој "чистој теорији права" он је правну науку "очистио" од социологизма и филозофског вредновања, дистанцирао је појам права од појма правде, у циљу научног дефинисања, и правду посматра као апсолутну вредност те закључује да је правда "ирационалан идеал" (Келзен, 2007:21) чија се садржина "не може достићи рационалним сазнањем" (Келзен, 2007: 19).

Без обзира на бројне критике Келзенове дефиниције права, које се суштински свде на његову погрешну представу о праву, као скупу норми које исцрпљују садржину права независно од оних друштвених односа који су условили стварање норми и њихов садржај, ван сваке сумње је да његова теорија јесте један разрађен и усклађен систем, а његов приступ праву и правди представља једну од најутуцајнијих теорија у правној филозофији која је и данас основа за разумевање правне праксе и институција.

2. Чиста теорија права

Келзен развија теорију коју назива чисто правном (*Reine Rechtslehre*), при чему из права искључује моралне, психолошке и социолошке елементе, указујући да правна наука да би била ефикасна, односно да би се могла успешно развијати, мора бити сачувана од страних елемената који изазивају само конфузију. С тим у вези он каже: „Као теорија, она хоће искључиво и једино да сазна свој предмет. Она покушава да одговори на питање шта и какво право јесте, а не на питање какво оно треба да буде или да буде учињено. Она је правна наука а не правна

политика”(Келзен, 2007:11). Полазну основу за своју чисту теорију права, он проналази у Кантовом систему чистог ума, сматрајући да и право као наука мора имати свој метод и свој предмет. Предмет, у том случају, свакако мора бити право, а метод мора бити правни, јер правна наука, како сматра, треба да одговори на питање шта је право, а шта је добро и правично, то је ствар морала.

Поистовећивање права са моралом и политиком, по његовом схватању, била је грешка природног права, и препрека успешном развоју међународног права. Зато је истицао важност правног метода, називајући га ”науком науке”, који треба право да сачува од страних елемената. И даље под утицајем Канта, односно његовог постулата о дуализму битка и требања, прави разлику између сфере реалности (*Sein*) и сфере идеала (*Sollen*).² У сфери реалности, односно свету физичког постојања важе закони каузалитета, те он закључује да када усвајамо истинитост једне поставке о стварности, то је зато што она одговара стварности, што је наше искуство потврђује (Келзен, 1998а: 116). Супротно томе, науке које припадају сфери идеала оријентисане су према свету обавеза. Оне се, дакле, не баве истраживањем онога што стварно постоји, већ постављају правила за одређивање онога што треба да буде.

Право је у целости и искључиво нормативна наука оријентисана у смислу онога што треба да буде. Међутим, он прави разлику између права и осталих нормативних наука, и дефинише право као принудни поредак. У циљу постављања правне науке у равноправан положај са другим наукама, Келзен настоји да правну науку ”очисти” од свих ”страних” социолошко – психолошких и морално – политичких елемената, при чему полази од тврдње да је свака наука сама себи метод. Те ”стране” елементе он сматра идеолошким у негативном смислу и сметњом да правна наука достигне свој објективитет (Келзен, 1998а: 27).

”Чиста теорија права јесте теорија позитивног права. Позитивног као таквог, а не неког специјалног правног поретка. Она је општа теорија права, а не интерпретација посебних националних или интернационалних правних норми”(Келзен, 2007:11). У овим наводима, којим Келзен започиње своју *Чисту теорију права*, садржана је трајно актуелна

² Ослањајући се на Кантову филозофију, посебно на учење неокантовског правног филозофа Рудолфа Штамлера, Келзен је пошао од дуалистичке поделе света на свет стварности (*Sein*) и нормативни свет (*Sollen*). Употребом правног метода изградио је филозофију позитивног права. (М. Поповић – *Прилози теорији права*, Београд, 1997, стр.496)

порука чисте теорије права. Он остаје доследан путу који полази од претпоставке одвајања двају основних супротности: битка и требања, садржине и форме. Ако се призна, каже Келзен, да јуриспруденција треба да обухвати форму и само форму, онда се на консеквентан начин у правне појмове не могу узети никакви други елементи осим формалних. Тиме се одбацује онај правац у конструктивној јуриспруденцији који верује да може избећи, путем спајања формалних и материјалних елемената у правним појмовима, схоластички формализам јуриспруденције (Келзен, 2001: 92, 93).

Разграничавајући право од природе, он наглашава разлику у односу на друге духовне феномене, а посебно у односу на норме другачије врсте, мислећи пре свега на везу са моралом. Он на тај начин не одбацује захтев да право треба да буде морално, али одбацује схватање да је право као такво саставни део морала, односно да је свако право, као право, у неком смислу и у неком степену морално (Келзен, 2007: 18). Правно правило је инструмент који служи за описивање позитивног права онаквог какво је оно постављено од надлежних власти, те закључује да су позитивно право и морал два међусобно различита нормативна поретка. На исти начин, правна наука не треба да се бави питањем да ли су неки правни поредак или поједина норма праведни или неправедни пошто су то морални судови вредности, констатујући да су судови вредности изван научне области, будући да се наука бави судовима о чињеницама.

Доследно својој критици природног права он одбацује и идеју правде као апсолутну и субјективну вредност која захтева да буде вечна и непроменљива, независна од простора и времена (Тадић, 1962: 61). За Келзена правда представља ирационалну идеју, и ма колико неопходна била за људско хтење она је недоступна сазнању. Само правни поредак који може да оствари компромис између супротстављених интереса представља позитивно право, и само он може бити предмет науке, односно предмет "чисте теорије права" која је наука, а не метафизика права (Келзен, 1998а: 19).

Његов метод отклања "идеолошко прљање" правног феномена те природно право не може бити предмет његовог логичког позитивизма, односно он не жели да морализује право, јер "чиста" теорија права не улази у проблем моралности права. Инсистирањем на "чистоти" правних категорија, право не треба да се меша са ванправним нормама, и зато се код Келзена поставља кључно питање, како издвојити чист правни исказ и чист теоријски исказ о праву (Пихлер, 1998а: 161). С тим

у вези, чиста теорија права указује да право може да се правно тумачи и примењује само на основу легалности, а не на основу легитимности. Из легалности произилази обавезујућа снага права. Питање легитимности, са друге стране, није небитно, али то није чисто правно питање. То је питање квалитета права, а не његовог важења, док важење представља саму суштину права. Право је право зато што важи а не зато што је легитимно.

Право је, дакле, систем важећих норми, једна специфична техника друштвене организације чија је основна карактеристика принуда. Келзен каже: "Функција оваквог друштвеног поретка јесте да омогући извесно реципрочно понашање људских бића. Понашање које је у складу са прописаним поретком постиже се санкцијом коју предвиђа сам тај поредак. Како се санкција примењује противно његовој вољи то има карактер принудних мера. А поредак који покушава да изазове понашање људи применом таквих принудних мера назива се принудним поретком"(Келзен, 1998а: 32).

2.1. Основ ваљаности правних норми

Келзен сматра да једна правна норма има свој логички смисао и своју основу само у другој норми. На пример, неки акти имају свој правни основ у пресуди, пресуда у закону, закон у уставу, међутим тај низ не може ићи у бесконачност. Сваки правни поредак има своју последњу норму коју он назива "основна норма". Све основне норме појединих правних система заснивају се на једној општој норми међународно правног поретка. Зато су сви национални правни системи потчињени међународном поретку, односно "сви правни пореци стапају се у један интегрални правни систем" (Келзен, 1998а: 336). У објашњењу обавезног основа међународног права Келзен полази од обавеза појединих држава које своју основу имају у уговорима, а уговори своју обавезну снагу црпе из обичајног правила *pacta sunt servanda*, и као последњу норму означава правило *pacta sunt servanda*.

Под утицајем критике, да правно правило *pacta sunt servanda* не може служити као основна норма јер се ради о позитивно-правном правилу, он је у каснијим радовима променио своје решење тако што дозвољава и другу могућност, примат државног права над међународним, али таква хипотеза за њега представља одраз субјективистичке филозофије, која свет тумачи као вољу и идеју субјекта. Међутим, идеја једнакости свих држава се може одржати једино ако се пође од објективистичког приступа, где државе постоје само као делови целине. Определење за

једну или другу хипотезу, за њега представља избор између субјективистичке и објективистичке теорије.

Основна норма ствара могућност да се један систем наређења схвати као систем норми те је према томе за систем фундаментална управо основна норма. Она је највиши степен и у систему ступњевитости правног поретка, имајући у виду да се све правне норме на крају морају свести на основну норму, чије је постојање довољно доказиво самом том нормом. Стварање права се не завршава законодавним процесом, нити је могуће само у оквиру овог процеса, већ само право јесте производ ступњевитог система стварања, при чему се могу разликовати ступњевитост према правној условљености и ступњевитост према дерогативној снази (Валтер, 2000: 26). У првом случају виша норма о стварању права условљава постојање и садржину ниже створене норме, док се у другом случају говори о својеврсној подели правних форми. Сматра се да исту правну форму имају само они прописи који су створени према истом правилу о стварању, те је "чиста теорија права" преузела теорију степена да би достигла што прецизније показивање структуре позитивног права (Валтер, 2000: 27).

У претходном излагању, видели смо да он функцију основне норме види у томе што је она извор важења свих норми које припадају истом поретку, и да тај поредак конституише као јединство. Зато он сматра да "чиста теорија права" не мисли да са појмом основне норме уводи неки нови метод у правну науку, будући да се ограничава на осветљавање операције коју често несвесно чини сваки правник који сматра да је позитивно право нормативни поредак који важи, и настоји да докаже како се основна норма налази у темељу свих правних расуђивања (Тадић, 1962: 50).

Келзенов метод отклања "идеолошко прљање" правног феномена па зато ни неко "природно право" не може бити предмет његове логике. Другим речима, он неће да морализује право, нити "чиста" правна теорија треба да улази у проблем моралности права, јер је то питање легитимирања права. Он не искључује могућност да то питање буде предмет неке друге науке или теорије, али не и правне науке. Инсистирајући на чистоти правних категорија, он не жели да право меша ни са осталим ванправним нормама, већ се бави само његовим специфичним животом. Зато он од почетка поставља кључно питање: како издвојити "чист" правни исказ и "чист" теоријски исказ о праву. Одговор на ово питање, представља ослонац за утврђивање основних проблема "чисте" теорије права и истовремено је одредио и резултате у процесу

решавања тог проблема, које је он поставио и решавао у оквиру своје шире филозофије.

3. Општа теорија права и државе

Општа теорија права и државе, представља општу теорију позитивног права, које је увек право одређене заједнице, па је циљ ове теорије да научно објасни појединачне правне поретке који сачињавају одговарајуће правне заједнице. Главни предмет опште теорије права јесу правне норме, њихови елементи, њихово тумачење, правни поредак као целина и његова структура (Келзен, 1998а: 47). Општа теорија своје појмове извлачи искључиво из садржине позитивноправних норми, и на њу не смеју утицати мотиви или намере власти које стварају право, а оно што се не може наћи у садржини позитивноправних норми, сматра Келзен, не може ни ући у неки правни појам.

Он каже да је општа теорија управљена пре на структуралну анализу позитивног права, него на психолошко или економско објашњење његових услова, или морално или политичко оцењивање његових циљева (Келзен, 1998а: 48). Међутим, структурална анализа позитивног права и правне норме, подразумева онтолошки приступ којим се он, према мишљењу неких критичара није ни бавио, па се може рећи да оно што он назива структуралном анализом позитивног права, заправо је анализа основних правних појмова (Кубињец, 1998:151).

За разлику од "чисте теорије права", која тежи да избегне друштвене утицаје и да се фокусира само на формалне аспекте права, односно на правни систем као аутономни систем норми, "општа теорија државе и права" се бави и друштвеним контекстом у којем се право развија и примењује, укључујући и однос између права и државе. Дакле, основна разлика између ове две теорије односи се на ниво апстракције који Келзен користи у свом проучавању права и на опсег његове анализе.

Општа теорија државе и права обухвата шири спектар тема, као што су социолошки, психолошки, филозофски, политички и историјски фактори који утичу на развој права. Он овде истиче да право има друштвени контекст који се мора узети у обзир при анализи и разумевању права, и бави се односом између права и државе, односно проучава правне и политичке стварности у друштву. Конкретно, теорија права и државе бави се питањима као што су правна власт, политичка власт, демократија, људска права, правда и правни плурализам, уз фокусирање на

хијерархију правних норми и примену правног система на конкретне ситуације.

3.1. Појам права и идеја праведности

Келзен је дефинисао право као "поредак људског понашања" (Келзен, 1998а:55), при чему поредак представља систем правила, тј. "скуп правила која имају ону врсту јединства коју ми схватамо као систем" (Келзен, 1998а:55). Он сматра да није могуће схватити природу права ако се ограничимо само на појединачно правило, јер су и односи који повезују појединачна правила једног правног система подједнако битни за схватање природе права.

Према општој теорији државе и права, право се дефинише као систем норми које се примењују на све појединце у друштву. Његова теорија почива на идеји да правни систем није везан за моралне и политичке вредности, већ се мора посматрати као аутономни систем норми који има своју логику и хијерархијску структуру. Он прецизира своју дефиницију када каже да је његово учење о праву "ослобођено од свих елемената који су страни специфичном методу чији је једини циљ да сазна право, а не да га ствара. Наука треба да опише свој предмет онакав какав је он стварно, не да пропише какав треба или не треба да буде са гледишта неког специфичног суда вредности. Ово последње је проблем политике и као такав тиче се вештине владања, једне активности која је управљена на вредности, а није предмет науке, која је управљена на стварност" (Келзен, 1998а: 13). Наведена формулација представља крајњи резултат вишегодишњих напора у стварању теорије права, "очишћене" од свих елемената социолошко – психолошке и политичке садржине.

Правни систем функционише на основу хијерархије правних норми, при чему је врховни нормативни акт темељ на којем се заснивају све друге правне норме у друштву. Како смо већ напоменули, ова врховна норма се назива "основна норма" и она утврђује начин доношења и примене свих правних норми у друштву. Основна норма јесте претпоставка свих осталих правних норми и њен ауторитет се не може оспорити унутар правног система.

Други важан концепт у Келзеновој теорији права јесте аутономија права. Он сматра да право не може бити сведено на моралне или политичке вредности, већ се мора посматрати као систем норми које имају своју логику и хијерархијску структуру, те према томе право не може бити подређено политици, моралу или другим друштвеним факторима.

Његова теорија се фокусира на примену права на конкретне ситуације, где сматра да је примена правних норми од виталне важности за функционисање правног система, и да правни систем не може постојати без примене у пракси. Усмислу ове теорије, наглашена је важност судске праксе и начина на који се правне норме примењују у конкретним ситуацијама.

Појам права који он употребљава у својим истраживањима, нема никакве моралне ознаке, и не поставља моралне или политичке судове о вредности. Одређени друштвени поредак који има карактер права, не садржи у себи моралну оцену да ли је тај поредак добар или праведан. Он истиче да су право и правда два различита појма, и да право које се разликује од правде јесте позитивно право (Келзен, 1998а: 57). Тенденција да се право и правда идентификују, тако да се само праведан поредак назове правом, је политичка а не научна тенденција. Зато он сматра, да с обзиром на ту тенденцију, напор да се право и правда посматрају као два различита проблема пада под сумњу да истовремено одбија и захтев да позитивно право буде праведно (Келзен, 1998а: 58). Његова теорија права се не противи захтевима да право буде праведно, али сматра да није у надлежности његове теорије да да одговор на то питање, нити на питање у чему се састоји основни елемент правде, јер "чиста теорија права – као правна наука не може да одговори на то питање, зато што се на то питање уопште не може научно одговорити" (Келзен, 1998а: 58).

Према општој теорији државе и права, правда није универзални концепт који се може примењивати на све ситуације и на све друштвене односе. Уместо тога, он сматра да правда представља унутрашњу норму правног система која се примењује у специфичним ситуацијама. Он, дакле, сматра да је правда субјективна норма коју постављају судови у сваком појединачном случају на основу примене правних норми на конкретну ситуацију. Према Келзеновој теорији, правда није апсолутни концепт који постоји изван правног система, већ се она примењује унутар правног система на основу његових норми. Његова дефиниција правде се фокусира на унутрашњу логику правног система и начин на који се правни систем примењује на конкретне ситуације.

Објашњавајући концепт правде, остаје доследан својим претпоставкама да се право односи искључиво на позитивно право које је успостављено путем државних институција и прописа, док се правда односи на моралну категорију која се темељи на субјективним схватањима појединаца. Према том схватању, правда не може бити основа права,

јер се морални ставови појединачно разликују и не могу бити објективно утврђени. Уместо тога, он заговара концепт "чистог права", који се заснива на хијерархијској структури правних норми и коришћењу правних процедура за решавање сукоба, те у том смислу сматра да је право објективна категорија која се не може темељити на субјективним моралним вредностима.

4. Келзеново учење о правди

У претходном излагању, видели смо да Келзен правни поредак одређује као поредак који задовољава свакога у оквиру њега, одређујући правду, може се рећи – помало непрецизно, као друштвену срећу (Келзен, 1988а: 137). Ову дефиницију појма правде, објашњава ставом да принцип правде свој материјални супстрат добија тек када се одреди кроз неку моралну перспективу, што даље доводи до тога да у случају остварења тих вредности, појединач или друштво бивају задовољни – срећни. Суштина његовог схватања је у томе да се не може одредити објективност правде јер је појам среће подједнако субјективан колико и сама правда (Келзен, 1998b: 139). Зато каже да идеја среће мора да доживи метаморфозу – мора постати социјална категорија, односно усмерити се ка задовољавању друштвено признатих потреба (Келзен, 1998b: 139).

Исто тако, друштвени поредак ће важити као праведан – ако гарантује индивидуалну слободу, а пошто је негативна слобода, од принуде и од власти, неспојива са идејом друштвеног поретка, онда овде мора бити реч о другачијој слободи – слободи као власти већине. На тај начин долазимо до самоодређења демократије, кроз коју се идеја правде претвара у "друштвени поредак који штити одређене интересе, оне које већина потчињених том поретку признаје као вредне заштите" (Келзен, 1998b:139). У својој даљој анализи, он критикује и уобичајено поимање правде као једнакости пред законом – истичући да то не значи ништа друго него "да органи који примењују право не треба да праве разлике које не прави само право које треба применити" (Келзен, 1998b: 148). Такво тумачење се чини тачним, јер ако закон одреди да се политичка права или религијске слободе дају, рецимо само једној друштвеној групи – онда би се праведним сматрало просто искључивање других друштвених група из датих слобода. Међутим, он поставља питање који је то морални принцип правде? Из релативизма се једино може извући принцип толеранције, али само у оквиру једног правног поретка који је регулисао мир, односно забранио било какву форму насиља (Келзен, 1998b: 154-156).

Сматрајући да је циљ права да се обезбеди стабилност и предвидљивост у друштву, а да правда не може бити загарантована у свакој појединачној ситуацији, он тврди да правда има своје место у друштву, али да се не сме мешати са правом, које има специфичне функције и циљеве. У складу са његовом теоријом о правди, правни систем се успоставља путем државних институција и процедура, а моралне норме и вредности не смеју бити основа права. Он тврди да се моралне норме не могу применити на све ситуације у друштву, јер се морални ставови појединаца разликују и не могу бити објективно утврђени.

У свом делу *"Шта је правда?"* Келзен је изнео теорију која је била заснована на његовом поимању права као позитивног права, односно права које је створено од стране државе и које се примењује на све грађане. Према овој теорији, правда је постигнута када се примењују правне норме на прави начин, а правне норме су оне које су створене у складу са поступком који је успостављен од стране државе. У вези са овако схваћеним односом права и правде је и његово одређење правде као друштвене среће, што значи да се правда постиже када се правна норма примењује на начин који ће допринети друштвеној срећи.

Дакле, у складу са начелима своје чисте теорије права, он износи ставновиште да правда схваћена у уобичајеном смислу тог појма, заправо уопште није правна категорија. Правда је суд о вредности који је детерминисан субјективним емотивним факторима и као такав не може бити предмет правне науке. Он каже да "постоји велико мноштво веома различитих идеја правде; сувише много да би човек могао да говори просто о правди" (Келзен, 1998а: 60). Он сматра да одлуку о питању шта је праведно или неправедно, може дати свако од нас појединачно и у томе се огледа аутономија личности и њен лични вредносни систем. Тако добијена правда може бити само субјективна правда, јер се не може доказати да она важи за све. Зато он каже: „Морам се задовољити само релативном правдом и могу само да кажем шта је правда за мене” (Келзен, 1998b: 37). Идеја правде према овом схватању не може бити правна већ чисто субјективна – и додаје још и политичка, идеолошка и природно – правна категорија. Међутим, он ипак једну врсту правде сврстава у правну категорију, а то је законитост. Законитост се не односи на садржину позитивно – правног поретка, она не испитује правду самог поретка, његову усклађеност са идејом правде. Законитост се исцрпљује у примени постојећег позитивног права, односи се на одржавање позитивно – правног поретка његовом применом, и за њу је потпуно ирелевантно да ли је тај поредак најбољи или најгори од могућих(Келзен, 1998а:66). Суд о вредности који се доноси у категорији

законитости има карактер логичког суда. Законитост је објективан суд о вредности који се према њему, мора разликовати од субјективног суда о вредности "којим се изражава жеља или осећање субјекта који суд доноси" (Келзен, 1998а: 67).

4.1. Критике Келзеновог учења о правди

Келзенов појам правде као друштвене среће, критикован је од стране бројних теоретичара права, пре свега због недостатка јасноће у дефинисању друштвене среће, недостатка јасног одређења циљева правне норме и недостатка моралног темеља. Он није јасно дефинисао шта подразумева под појмом друштвене среће, што доводи до тога да овај појам тешко примењив у пракси те се може тумачити на разне начине. Друга примедба на рачун таквог учења о правди, односи се на нејасноћу у одређивању циљева правне норме. Наиме, он је сугерисао да је циљ правне норме да допринесе друштвеној срећи, међутим није јасно како се утврђују циљеви правне норме и како се мери допринос правне норме друштвеној срећи.

Његово учење о правди критиковано је и због недостатка друштвене стварности, будући да он изоставља друштвену стварност у којој се право примењује. Критичари тврде да Келзеново учење не узима у обзир друштвене факторе као што су социјална правда, неједнакости и структурна дискриминација које могу утицати на примену права и да правни систем треба да буде флексибилнији у односу на друштвену стварност. Најгласнија критика Келзеновог учења о правди односи се на недостатак моралног темеља. Критичари су указали на то да је поимање правде као друштвене среће непотпуно, јер не узима у обзир моралне вредности и принципе. Они тврде да се правда не може постићи само применом правне норме која доприноси друштвеној срећи, већ да је потребно да правна норма буде у складу са моралним нормама, односно да је морална основа неопходна за правну регулацију друштвених односа, те да право без моралне основе није довољно да се осигура поштовање и заштита људских права. Наиме, према неким критичарима, он је жртвовао правду у корист социјалног мира, међутим не даје одговор да ли је тај мир уопште могућ без правде, да ли може бити чврст и поуздан ако за основу нема правду (Баста, 1998: 180).

Амерички правник и филозоф, Роналд Дворкин, критиковао је Келзенову теорију права, посебно у погледу његовог "одбацавања" правде и раздвајања права од морала, јер је према његовом схватању право увек повезано са моралом и не може се схватити само као скуп правила и

норми. Он је сматрао да таква теорија занемарује важност правде у правном систему, и да правда не може бити сведена само на формалне аспекте. За разлику од Келзена, Дворкин је сматрао да право треба да буде засновано на идеји правде, а не само на формалној примени правних норми. Он је критиковао и идеју да право не може бити уско везано за моралност, јер је сматрао да право и моралност деле заједничке вредности и принципе.³

Критика Келзенове теорије права од стране Дворкина и других филозофа права довела је до шире расправе о природи права и односа између права и правде. Ова расправа и даље траје у савременој филозофији права и има важан утицај на правну праксу и друштвену политику. Многи критичари сматрају да његово учење о правди није довољно флексибилно, морално оправдано и није у складу са друштвеном стварношћу. Међутим, без обзира на критике, Келзеново учење и даље представља значајан допринос у области правне теорије и филозофије. Осим учења о правди, расправе о његовом схватању права актуелне су и данас, иако се критике најчешће односе на нешто што он никада није ни тврдио, што је последица неразумевања дубине питања која је покушао да реши. Проблем разних критика на рачун његове теорије можда је најбоље разумео професор Радомир Лукић који каже да "невоља Келзенова с правницима потиче из чињенице да је он био за неколико копаља изнад њих – он је био филозоф правник, а они на жалост, само правници" (Лукић, 1998:10).

5. Закључак

Келзен је несумњиво био један од најутуцајнијих филозофа права 20. века а његова теорија права позната као "чиста теорија права" дефинише право као аутономно и независно од морала и политике, које се састоји од чистих правних норми које се примењују без обзира на њихову моралну или политичку позадину. Полазећи од става о дуалности света и закључујући да је свет норми – свет требања, који је шири од света права, он је истицао да је задатак "чисте теорије права" да одвоји свет вредности од света стварности и да одвоји право од осталих прескриптивних појава, односно да га "очисти" од морала и политике. Његова теорија одбацује идеју да правна норма мора бити у складу са моралом или да мора бити у функцији остваривања друштвених циљева.

³ Видети више у: R. Dworkin: *Taking Rights Seriously*, 1997, Cambridge, Harvard University Press

Право је према Келзену у целости и искључиво нормативна наука орјентисана у смислу онога што треба да буде. Поред права постоји читав низ нормативних наука, али он истиче разлику између права и осталих нормативних наука и отуда дефинише право као принудни поредак. Суштину права он проналази у дужности, и зато је право за њега систем важећих норми, једна специфична техника друштвене организације чија је основна карактеристика принуда. Како је сматрао да је право само по себи нормативно, а ваљаност правне норме огледа се у њеној форми и хијерархији, а не у њеној садржини, то се правна норма може ослањати само на хијерархијски уређен систем правних норми.

Занимљиво је његово учење у погледу правде, јер сматра да право не може бити уско везано за правду. Сматрао је да је правда субјективни концепт, а право се не може ослањати на субјективне критеријуме. Његово учење представља основу владавине права нарочито у формалном смилу, које је поставило правила за функционисање владавине права, али је исто тако у одређеној мери изоставило суштински елемент владавине права – праведност. Тачније код њега праведност остаје недовољно дефинисан појам, имајући у виду да је правду дефинисао као друштвену срећу, при чему ће правда бити остварена онолико колико држава доследно буде примењивала властите правне норме. Ипак, он никако није био класични позитивиста, јер је сматрао да правни поредак треба да оствари минимум праведности, при чему је био сваетан да није одговорио на питање шта је то апсолутна праведност.

Келзенова теорија је била предмет критика многих правних филозофа, који су тврдили да је право много сложеније од формалне примене правних норми и да не може бити независно од моралних, политичких и других ванправних фактора. Ипак, његова теорија и даље представља значајан допринос у области филозофије права, а њена примена је и даље предмет расправе и инспирација многим правним теоретичарима. Управо његова анализа проблема правде и крајњи исходи тих анализа којима указује на сложеност овог проблема, делују толико уверљиво, логично и разумљиво, да доводи у питање целокупно мишљење о правди од античког времена до новог доба. Упркос бројним неслагањима на рачун Келзенове теорије правде, неспорне су његове заслуге што је јасно поставио проблем важења права као норме у свету требања, при чему професор Лукић правилно закључује „да није важно што је при том 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“ (Лукић, 1998:16).

Литература

- Баста, Д. (1998). *Келзеново разарање правде*. Поговор књизи: Келзен, Х. *Шта је правда* (стр. 166-180), Београд: "Филип Вишњић";
- Dworkin, R. (1997). *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press;
- Келзен, Х. (1998а). *Општа теорија државе и права*. Београд: Правни факултет универзитета у Београду;
- Келзен, Х. (1998б). *Шта је правда*. Београд: "Филип Вишњић";
- Келзен, Х. (2001). *Главни проблеми теорије државног права*. Београд: Службени лист СРЈ / ЦИД Подгорица;
- Келзен, Х. (2007). *Чиста теорија права*. Београд: Правни факултет универзитета у Београду;
- Кубињец, Ј. (1998). *Келзенова редуција правног феномена*. "Гласник адвокатске коморе Војводине", Нови Сад, књига 58, број 4, стр. 149-157;
- Лукић, Р. (1995). *Обавезујућа снага правне норме и проблем објективног права*. Београд;
- Лукић, Р. (1998). *Келзенов нормативизам*. Предговор књизи: Келзен, Х. *Општа теорија државе и права* (стр. 9-16), Београд: Правни факултет универзитета у Београду;
- Поповић, М. (1997). *Прилози теорији права*. Београд: Службени лист СРЈ / Библиотека Универзитетски уџбеници;
- Пихлер, С. (1998). *Достојанство права у Келзеновој "чистој" теорији права*. "Гласник адвокатске коморе Војводине", Нови Сад, књига 58, број 4, стр. 158-167;
- Тадић, Љ. (1962). *Филозофске основе правне теорије Ханса Келзена*. Сарајево: "Веселин Маслеша";
- Валтер, Р. (2000). *Теорија права Ханса Келзена*. Београд: Досије

Jelena Milanović, LL.M.,

PhD student,

Faculty of Law, University of Niš

THE CONCEPT OF LAW AND JUSTICE IN THE OPUS OF HANS KELSEN

Summary

The paper analyzes the fundamental issues of law and juridical science which were the subject matter of consideration by Hans Kelsen, one of the most important legal philosophers of the 20th century and the most significant representative of the theory of normativism. Kelsen developed a unique theory of law which is based on the idea that law is autonomous and independent of external elements: morality and politics. Kelsen believes that law is strictly formal, and that it consists of pure legal norms that are applied regardless of their moral or political background. Law cannot be reduced to other social sciences such as ethics or politics. Legal science is an independent science with its own method and subject matter.

According to Kelsen, law is entirely and exclusively a normative science oriented towards “what should be”. However, he makes a distinction between law and other normative sciences, and defines law as a coercive order. In order to place jurisprudence on an equal footing with other sciences, Kelsen tries to “cleanse” jurisprudence of all “foreign” sociological-psychological and moral-political elements, starting from the claim that each science is its own method.

Remaining consistent to his criticism of natural law, he rejects the idea of justice as an absolute and subjective value that aspires to be eternal and unchanging, independent of space and time. For Kelsen, justice represents an irrational idea and, notwithstanding how necessary it is for human will, it is inaccessible to knowledge. Only a legal order that can achieve a compromise between conflicting interests represents positive law, and only such an order can be the subject matter of science, i.e., the subject matter of a “pure theory of law” which is science, not the metaphysics of law. His definition of law is specified in the explanation that his pure theory of law is “free of all elements that are foreign to a specific method whose only goal is to know law, not to create it.” Science should describe its subject matter as it really is, not prescribe what it should or should not be from the point of view of some specific value judgment.

Keywords: *Hans Kelsen, pure theory of law, justice, normativism, basic/ground norm.*