

NORBERT HOERSTER, ŠTO JE PRAVO?
TEMELJNA PITANJA FILOZOFIJE PRAVA,
NAKLADA BREZA, ZAGREB, 2024.

UDK: 34.01(048)
DOI: 10.3935/zpfz.74.3.7

Norbert Hoerster jedan je od istaknutijih suvremenih njemačkih pravnih filozofa, a svakako među najistaknutijim njemačkim pravnim pozitivistima (u smislu pravnih filozofa koji se usredotočuju na pitanja o naravi prava) 20. i 21. stoljeća (uz Ota Weinbergera i Roberta Waltera). Zajedno s Josephom Razom, vodećim pravnim pozitivistom anglosaksonskog kruga, sudjelovao je u raspravi o Rossovu paradoksu autoreferencijalnih pravnih normi, objavljenoj u jednom od najprestižnijih filozofskih časopisa *Mind*.

Kao pravni pozitivist, zagovornik je dviju temeljnih teza, teze o sadržajnoj neutralnosti definicije pojma prava (ili, kako ju se često naziva, teze o odvojenosti prava i morala) i teze o nemogućnosti spoznaje apsolutno važećih normi (nekognitivistička teza). Njegovo važno djelo *Was ist Recht? Grundfragen der Rechtsphilosophie* [Što je pravo? Temeljna pitanja filozofije prava] odgovara na niz središnjih pravnofilozofskih pitanja, poput: u čemu se sastoji temelj pravnog poretka?, kako se razlikuju pravne od ostalih društvenih normi?, može li pravo imati bilo koji sadržaj?, postoje li kriteriji za moralno ispravno pravo?, može li se pravo opisati bez vrednovanja?, na kojim se premisama temelji vrednovanje prava?, postoji li u konkretnim pravnim sporovima neko objektivno ispravno rješenje koje je moguće spoznati metodama pravne znanosti? Nadalje, Hoerster raspravlja o danas sve aktualnijem problemu normi o nadležnosti (kojemu je bila posvećena i posebna radionica na svjetskom kongresu iz pravne i socijalne filozofije IVR 2019. u Luzernu, kao i iz nje proizašla knjiga G. Villa-Rosas, T. Spaak (ur.), *Legal Power and Legal Competence*, Springer, 2023.), prisilnom karakteru prava, odnosu norme i trebanja te raščlanjuje pojmove važenja, valjanosti i učinkovitost prava. Pritom Hoerster kritički propituje shvaćanja o naravi prava jednog od najzaslužnijih teoretičara prava i pravnih pozitivista Hansa Kelsena.

I upravo u dijelu u kojem kritički analizira Kelsenovu teoriju, Hoerster ponekad neprecizno ili pogrešno prenosi Kelsenove ideje, ponekad suviše pojednostavnjuje Kelsenova shvaćanja, a ponekad iz njih izvodi proturječne zaključke. Stoga ću se ovdje osvrnuti na neka od tih mjesta, redom kako se javljaju u Hoersterovoj knjizi.

1) Na str. 15 Hoerster Kelsenu pripisuje stav da su samostalne pravne norme, tj. “pravne norme u pravom smislu riječi... samo one norme čiji su adresati dužnosnici”, pri čemu je “sadržaj norme... uvijek *određivanje* akta prisile prema građaninu”. To, zaključuje Hoerster, znači da “[u]opće ustvari ne postoji pravna norma ‘Ne smije se krasti’, nego samo pravna norma ‘Kradljivce treba kazniti’. Krađa – krađa koja se praktično već dogodila – jest samo *uvjet* za to da dužnosnici trebaju izreći sankciju, dakle neki akt prisile”. Prema tome, kaže Hoerster, “[p]ostoji samo jedna jedina vrsta pravnih normi. Izricanje kao i izvršenje akata prisile može pritom uvijek biti samo *sadržaj* pravne norme, ali nikada posljedica *povrede* pravne norme. Jer pravna norma koja je upućena građaninu, a koja bi mogla biti povrijeđena, ne postoji!”

Točna je Hoersterova tvrdnja da su, prema Kelsenu, samo sankcionirajuće norme samostalne pravne norme. No njegov bi izvod da za Kelsena norme o ponašanju građana uopće ne postoje ipak trebalo precizirati. Prema Kelsenu, norme upućene građanima sekundarne su norme i kao takve nesamostalne norme. Vidi npr. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Verlag Österreich, Wien, 2000. [1960.], str. 55 – 59 i H. Kelsen, *Opća teorija normi*, Naklada Breza, Zagreb, 2015., str. 159 – 160. Temeljna Kelsenova postavka nije da norme o ponašanju građana ne postoje, nego da su zapovjedne sankcionirajuće norme (norme koje sudcima zapovijedaju određivanje sankcije) nužni element prava, tj. da neki normativni poredak ne bismo mogli nazivati pravnim poretkom ako ne bi sadržavao sankcionirajuće norme. Norme o ponašanju građana s tog aspekta nisu nužne, ali su, prema Kelsenu, implicirane sankcionirajućim normama. Ako postoji sankcionirajuća norma kojom se za ponašanje x određuje sankcija S, onda postoji i norma o ponašanju građana kojom se građanima zabranjuje ponašanje x. Zbog nužnosti sankcionirajuće norme za postojanje pravnog poretka Kelsen tu normu naziva primarnom normom, a normu o ponašanju građana sekundarnom normom. O različitim načinima na koje pravni poredak može uređivati ljudsko ponašanje (zapovijedajući, ovlašćujući, dopuštajući), vidi npr. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Verlag Österreich, Wien, 2000. [1960.], str. 15 – 16.

2) Na str. 17 – 18 Hoerster kaže sljedeće: “No kako na temelju Kelsenove koncepcije biti pravne norme izaći nakraj s ovom eklatantnom razlikom između novčane kazne i poreza? Očito nikako. Jer i u slučaju državnog novčanog potraživanja za neku krađu za Kelsena zacijelo postoji samo *jedna* vrsta pravne

norme koja dužnosniku nalaže prisilno utjerivanje novčanog potraživanja od građanina. Sama krađa, prema toj koncepciji, kao što vidimo, nije ništa drugo nego nužni uvjet na koji se nadovezuje taj nalog. Krađa kao uvjet kaznenog zla nalazi se dakle na jednom te istom stupnju sa zarađivanjem novca kao poreznom zlu. Jedna prilično apsurdna konzekvenca!”

Takav Hoersterov zaključak posve je suprotan Kelsenovu shvaćanju. Naime, prema Kelsenu, u slučaju oporezivanja zarađenog novca sankcija nije obveza plaćanja poreza, nego, kao što i sam Hoerster zapravo priznaje, ovrha za slučaj neplaćanja poreza (“prisilno utjerivanje novčanog potraživanja od građanina”). U skladu s tim, uvjet sankcije za Kelsena nije zarađivanje novca nego neizvršenje obveze plaćanja poreza.

3) Na str. 51 Hoerster navodi: “Ponajprije nije moguće, kao što to Kelsen izriječno tvrdi, da postoji jedna te ista norma koju ne samo primjenjuju ‘pravni organi, posebice sudovi’ nego je se pridržavaju i ‘pravnim organima podčinjeni subjekti’! Kao što smo gore vidjeli (...), ovdje se naprotiv radi o dvjema različitim normama s različitim adresatima. Ako, nasuprot tomu, zajedno s Kelsenom ipak pretpostavimo da su pravne norme uvijek upućene samo državnim dužnosnicima, stvar ne izgleda nimalo bolje: Kako normu poput ‘Kradljivci trebaju biti kažnjeni’ mogu ‘primjenjivati’ ne samo sudovi nego je se osim toga mogu ‘pridržavati’ i građani – kojima ona uopće nije upućena!?”

Ta Hoersterova tvrdnja prilično pojednostavnjuje Kelsenovo shvaćanje učinkovitosti pravnih normi. Da ne ponavljam ono što sam o Kelsenovu shvaćanju učinkovitosti već detaljno izložio na drugom mjestu, upućujem na svoj rad *Učinkovitost kao uvjet važenja u Kelsenovoj Općoj teoriji normi*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 70, br. 2-3, 2020., str. 315 – 339.

4) Na str. 55 Hoerster tvrdi da Kelsen “negira da se iz društvene (opće) pravne norme ‘Kupac treba platiti kupoprodajnu cijenu’ može izvesti *uopće ikakva* pravno valjana pojedinačna pravna norma bez sudačke presude”.

Ta Hoersterova tvrdnja nije točna. Prema Kelsenu, pojedinačne pravne norme, osim sudačkom presudom, nastaju i primjerice pravnim poslom. Vidi npr. H. Kelsen, *Čista teorija prava*, Naklada Breza, Zagreb, 2012., str. 67: “Individualizacija i konkretizacija općih normi u nekim se područjima prava, na primjer u području građanskog prava, ne odvija neposredno aktom službeničkih državnih organa, kao što je sudska presuda. U slučaju normi građanskog prava koje primjenjuju sudovi između zakona i presude stupa pravni posao, koji obavlja funkciju individualizacije u pogledu uvjetujućeg činjeničnog stanja. Delegirane zakonom, stranke stvaraju konkretne norme za svoje uzajamno ponašanje, norme koje određuju uzajamno ponašanje i čija povreda tek predstavlja činjenično stanje koje se treba utvrditi sudskom presudom i na koje se u toj presudi kao posljedica neprava veže ovrha.”

5) Na str. 55 Hoerster, na temelju pogrešnog zaključka da Kelsen negira da se iz opće pravne norme može izvesti pojedinačna pravna norma bez sudačke presude, Kelsenu pripisuje stav da “sve dok ne postoji sudačka presuda, ni jedan jedini kupac pravno ne mora platiti dogovorenu kupoprodajnu cijenu”, a što je, kako kaže Hoerster, konzekvenca koja je “ekstremno udaljena od realnosti”.

Takvo Hoersterovo izvođenje posljedica Kelsenova shvaćanja nije ispravno. Naime, prema Kelsenovu shvaćanju, u tom slučaju postoji ugovor (pravni posao) između kupca i prodavatelja, kojim je propisana (voljom kupca i prodavatelja postavljena) pojedinačna norma “Kupac K treba platiti dogovorenu cijenu”. Vidi gornji citat iz Kelsenove *Čiste teorije prava* (str. 67).

6) Na str. 55 Hoerster navodi i ono što smatra drugom konzekvencom Kelsenova shvaćanja koja je “ekstremno udaljena od realnosti”: “prema tom načinu gledanja, u slučaju tužbe sudac *s* ne može prepoznati kao valjanu pravnu normu njemu upućenu pojedinačnu normu ‘*S* treba riješiti postojeći spor’. Jer u tu svrhu *s* mora prvo izvesti tu pojedinačnu normu iz odgovarajuće, sudcima općenito upućene društvene (opće) norme njegova pravnog poretka! Prema Kelsenu, *s* to vjerojatno uopće ne bi mogao učiniti.”

Taj Hoersterov zaključak nije u skladu s Kelsenovim shvaćanjem. Kelsen u *Općoj teoriji normi* razlikuje uvjetnu valjanost od potpune valjanosti opće pravne norme. I izrijeком objašnjava kako sudac sam sebi izriče pojedinačnu kategoričku normu “Ti, nadležni sude, trebaš postaviti pojedinačnu normu kojom se određuje da se treba izvršiti određeni akt prisile.” I to upravo na temelju prihvaćanja. O tome vidi detaljno u L. Burazin, *Učinkovitost kao uvjet važenja u Kelsenovoj Općoj teoriji normi*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 70, br. 2-3, 2020., str. 315 – 339. Kelsen predviđa i mogućnost da sudac sam sebi ne uputi pojedinačnu normu “Ti, suče Meier, trebaš ...” te za taj slučaj kaže: “činjenica da sud u konkretnom slučaju ne priznaje opću pravnu normu te je ni ne primjenjuje ne ukida valjanost te opće pravne norme i stoga je isti sudac, a pogotovo drugi suci, u jednakom slučaju može primjenjivati kao valjanu pravnu normu” (H. Kelsen, *Opća teorija normi*, Naklada Breza, Zagreb, str. 67).

7) Na str. 72 Hoerster kaže: “U ovom kontekstu valja spomenuti i to da je norme običajnog prava faktično jedva moguće integrirati u Kelsenovo razumijevanje biti pravne norme. Stvar je u tome da se, prema Kelsenu, bit svake norme sastoji u tome što je *postavlja* autoritet koji je ovlašten za donošenje normi – Kelsenovim riječima: ‘Nema norme bez autoriteta koji postavlja norme’ (...). No norme običajnog prava u stvarnosti nitko ne donosi niti postavlja, jednako kao i uobičajene norme morala ili bontona.”

Ovdje treba reći dvije stvari. Prvo, Kelsen nema problem s integriranjem običajnih normi u svoju teoriju. Prema Kelsenu, i običajnepravne norme su, kao

i zakonske norme, postavljene norme. “S obzirom na to da se običaj konstituira aktima ljudskog ponašanja, i norme koje su stvorene običajem postavljene su aktima ljudskog ponašanja i prema tome su, kao i norme koje su subjektivni smisao zakonodavnih akata, *postavljene*, tj. *pozitivne* norme” (H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Verlag Österreich, Wien, 2000. [1960.], str. 9). I jedne i druge, prema Kelsenu, postavlja neki *autoritet*, tj. onaj tko je pravno ovlašten za postavljanje normi. Pritom Kelsen razlikuje dva načina postavljanja normi, propisivanje (kad je riječ o zakonskim normama) i uobičajenje (kad je riječ o običajnim normama). Prema Kelsenu, “važna razlika između zakonskog prava i običajnog prava sastoji se u tome što se ono prvo stvara putem jednog relativno centraliziranog, a ovo drugo putem jednog relativno decentraliziranog postupka. Zakone stvaraju specijalizirani, za tu svrhu uspostavljeni organi koji funkcioniraju na osnovi podjele rada. Norme običajnog prava nastaju određenim ponašanjem subjekata podčinjenih pravnom poretku. U prvom slučaju, autoritet koji propisuje norme i subjekti podčinjeni normama nisu identični; u drugom slučaju, oni to jesu, barem do izvjesnog stupnja” (vidi H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Verlag Österreich, Wien, 2000., [1960.], str. 234 – 235). Drugo, kao što je vidljivo iz navedenog citata, Kelsen ni ne tvrdi da se običajne norme postavljaju “donošenjem” ili “propisivanjem”. One se postavljaju uobičajenjem. U tom smislu, prema Kelsenu, doista nema bitne razlike u stvaranju između običajnih pravnih normi, normi pozitivnog morala i normi bontona. S obzirom na to da su sve te norme stvorene ljudskim ponašanjima (iako ne svjesnim i voljnim, kao kod zakonskog prava), one su u tom smislu postavljene (ili pozitivne) norme.

8) Na str. 72 Hoerster tvrdi da “Kelsen nije u pravu ni kada pretpostavlja da iz svakoga proizvoljnog običaja, koji se ‘stanovito vrijeme’ očuva, automatski nastaje norma”.

To nije točan prikaz Kelsenova shvaćanja nastanka običajne norme. Prema Kelsenu, za nastanak običajne norme trebaju biti ispunjena tri uvjeta: 1) materijalni element, koji se sastoji u činjenici da se pripadnici neke društvene zajednice kroz određeno vrijeme u jednakim uvjetima ponašaju na jednak način; 2) psihološki element, koji se sastoji u kolektivnoj volji pripadnika te zajednice da se tako i treba ponašati; i 3) norma kojom se običaj uspostavlja kao činjenično stanje koje stvara (običajnu) normu. Kelsenovim riječima: “Norme kojima se neko ponašanje određuje kao trebano mogu se postaviti i aktima koji konstituiraju činjenično stanje običaja. Ako se ljudi koji žive zajedno u društvu kroz stanovito vrijeme pod stanovitim jednakim uvjetima ponašaju na stanovit jednak način, onda u pojedincima nastaje volja da se ponašaju onako kako se članovi društva uobičajeno ponašaju. Subjektivni smisao akata koji konstituiraju činjenično stanje običaja nije najprije neko trebhanje. Tek kada su ti akti

uslijedili kroz neko stanovito vrijeme, u pojedincu nastaje predodžba da se treba ponašati onako kako se članovi zajednice obično ponašaju, i volja da se i drugi članovi zajednice trebaju tako ponašati. Ako se neki član zajednice ne ponaša onako kako se obično ponašaju članovi zajednice, drugi članovi neće odobriti njegovo ponašanje, jer se ne ponaša onako kako oni hoće. Tako činjenično stanje običaja postaje kolektivna volja čiji je subjektivni smisao trebanje. Međutim, subjektivni smisao akata koji konstituiraju običaj može se tumačiti kao objektivno valjana norma samo ako se običaj nekom višom normom uspostavi kao činjenično stanje koje stvara normu. S obzirom na to da se običaj konstituira aktima ljudskog ponašanja, i norme koje su stvorene običajem postavljene su aktima ljudskog ponašanja i prema tome su, kao i norme koje su subjektivni smisao zakonodavnih akata, *postavljene*, tj. *pozitivne* norme. Putem običaja mogu se stvarati moralne norme i pravne norme. Pravne norme su putem običaja stvorene norme ako ustav zajednice običaj, i to neki određeno kvalificiran običaj, uspostavi kao činjenično stanje koje stvara pravo” (H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Verlag Österreich, Wien, 2000. [1960.], str. 9).

9) Na str. 146, govoreći o “jedva prihvatljivim konzekvencama” Kelsenova shvaćanja “objektivne obveznosti”, Hoerster kaže: “Jedna od tih konzekvenci jest ta da se međusobno proturječne norme dvaju normativnih poredaka ne mogu promatrati kao istodobno važeće; jer takve norme očito ne mogu istodobno biti objektivno obvezujuće. Sukladno tome, Kelsen sa svog stajališta s pravom tvrdi da se dvije norme ne mogu ‘smatrati valjanima u isto vrijeme’ ako jedna drugoj proturječe (Kelsen I, str. 358; slično str. 77, 209 i d. te vrlo jasno str. 329 i d.; ipak odstupa od toga, Kelsen II, str. 178). Prema tome, ne mogu se primjerice smatrati važećima i pravna norma njemačke države, koja katolkinji u Njemačkoj dozvoljava određeni pobačaj, i moralna norma Katoličke crkve, koja istoj osobi zabranjuje pobačaj.”

Kako i sam Hoerster navodi (doduše, tek usputno u zagradi), Kelsen je odustao od toga svog prijašnjeg shvaćanja u djelu *Opća teorija normi*. No od njega je odustao ponajprije zbog toga što je napustio svoje prijašnje vjerovanje da sukobi između normi, kao i iskazi o istodobnoj valjanosti sukobljenih normi, predstavljaju logičko proturječje. Kelsen kaže: “Sukob koji postoji između nekog moralnog i nekog pravnog poretka ne može se – kako sam to i sam učinio (usp. moju raspravu ‘Naturrecht und positives Rechts’, *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, II. sv., 1927/28, str. 76) – ukloniti tako da se pretpostavi kako se sa stajališta spoznaje usmjerene na pravo ne može priznavati valjanost morala, a sa stajališta spoznaje usmjerene na moral valjanost prava, nego samo valjanost jednog *ili* valjanost drugog od tih dvaju poredaka, jer istodobna valjanost obaju ili iskaz o istodobnoj valjanosti obaju predstavlja logičko proturječje, a ono je isključeno iz spoznavanja. Ta argumentacija osuđe-

na je na neuspjeh jer sukob između normi nije logičko proturjeđe i jer stoga ni iskazi o valjanosti dviju međusobno sukobljenih normi ne predstavljaju logičko proturjeđe. Utoliko što ta oba normativna poretka pojedincu nameću obveze riječ je o takozvanom sukobu obveza, koji je samo subjektivna strana sukoba u kojem se norma morala nalazi spram norme prava. Mjesto tog sukoba je u sferi trebanja, a ne, kako sam rekao n. n. mj., str. 75, u sferi bitka. To je točno samo za *svijest* da postoji sukob obveza. Makar između nekog vrijedećeg moralnog i nekog vrijedećeg pravnog poretka *nema* sukoba, sa stajališta spoznaje usmjerene na pravo *ne* može se pretpostavljati ne-valjanost moralnog poretka, ni sa stajališta spoznaje usmjerene na moral ne-valjanost pravnog poretka. Za jedno te isto područje valjanosti mora se vrijedećim smatrati ne samo *jedan* normativni poredak. Suprotno shvaćanje, koje sam zastupao n. n. mj., str. 76, počiva na pretpostavci da je moguć sukob između dvaju za isto područje vrijedećih normativnih poredaka koji se tumači kao logičko proturjeđe. S uvidom da sukob normi nije logičko proturjeđe pada moja teza o *jedincatosti* nekog za određeno područje vrijedećeg normativnog poretka kao konzekvenciji principa *jedinstva*, ‘čiji je negativni kriterij nemogućnost logičkog proturjeđa’” (H. Kelsen, *Opća teorija normi*, Naklada Breza, Zagreb, 2015., str. 444 – 445).

10) Konačno, na str. 151, govoreći o Kelsenovoj teoriji temeljne norme, Hoerster zaključuje: “Kelsenova temeljna norma, sa svojim osebnim postulatima objektivnog važenja i obveznosti, nije samo suvišna; ona je povrh toga, ako i ne dovodi do zablude, apsolutno nejasna.”

Kelsen u svojim djelima na bezbroj mjesta objašnjava svrhu pretpostavljanja temeljne norme. Evo jednoga: “Da je ustav (u materijalnom smislu riječi) pozitivnopravni temelj postupka stvaranja prava..., to je samorazumljivost za čije konstatiranje nije potrebna nikakva posebna teorija temeljne norme. Problem koji Čista teorija prava pokušava riješiti teorijom temeljne norme nastaje tek onda kada se postavi pitanje što je temelj valjanosti pozitivnopravnog ustava; a norma koja je taj temelj valjanosti ne može biti pozitivna, to jest: propisana, ona može biti samo pretpostavljena norma. Ako se zatvore oči pred teorijskom nužnošću da se to pitanje postavi, onda nekome mora ostati zatvoren i ‘pravnologički’ karakter temeljne norme u Čistoj teoriji prava” (H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Verlag Österreich, Wien, 2000. [1960.], str. 207).

*Prof. dr. sc. Luka Burazin**

* Dr. sc. Luka Burazin, profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg Republike Hrvatske 14, 10000 Zagreb; luka.burazin@pravo.unizg.hr;
ORCID ID: orcid.org/0000-0002-2437-8871