

# eudaimonia

Revija za pravnu, političku i  
socijalnu teoriju i filozofiju

Br. 1 Januar 2017.

Izdavač

IVR **SRBIJA**

Srpsko udruženje za pravnu  
i socijalnu filozofiju

---

## KELSENOVO SHVAĆANJE SUDBENE VLASTI

**Marko Ćušić**

**Karlo Kožina**

Strane: 83–99

Online na: <http://www.ivrserbia.org/article/kelsenovo-shvacanje-sudbene-vlasti/>

Marko Čušić\*

Karlo Kožina\*\*

UDK 340.132

## KELSENOVO SHVAĆANJE SUDBENE VLASTI\*\*\*

*Suprotno klasičnoj doktrini o diobi vlasti, austrijski teoretičar prava Hans Kelsen tvrdi da zapravo postoje samo dvije grane državne vlasti i da se one razlikuju po svojoj funkciji – stvaranje prava (zakonodavna vlast) i primjena prava (izvršna vlast). Cilj ovog rada je prikazati Kelsenov pogled na sudbenu vlast (funkciju), koju on smješta unutar izvršne vlasti i prema tome načelno određuje njezinu funkciju kao primjenu prava. Međutim, Kelsen ističe da sudska vlast, osim primjenjivanja prava, sudjeluje i u njegovu stvaranju.*

Ključne riječi: *Kelsen – Sudbena vlast – Pravne praznine – Tumačenje – Dioba vlasti*

### 1. UVOD

Sudbena je vlast,<sup>1</sup> prema klasičnoj Montesqujevoj (*Montesquieu*) teoriji o diobi vlasti, uz zakonodavnu i izvršnu, jedna od triju grana državnih vlasti.<sup>2</sup> Prema tom klasičnom nauku, sudbenoj se vlasti nije pridavalo značenje punopravne vlasti te je Monteskje

---

\* Student, Pravni fakultet, Sveučilište u Zagrebu, [marko.cusic@gmail.com](mailto:marko.cusic@gmail.com)

\*\* Student, Pravni fakultet, Sveučilište u Zagrebu, [karlokozina@gmail.com](mailto:karlokozina@gmail.com)

\*\*\* Rad je izrađen pod mentorstvom doc. dr Luke Burazina (Pravni fakultet, Sveučilište u Zagrebu)

<sup>1</sup> Ovaj rad promatra sudbenu vlast u smislu njezine djelatnosti (pravosuđenja), a ne u smislu sudbene vlasti kao skupa organa koji obavljaju tu djelatnost. Više: Rikardo Guastini, *Sintaksa prava*, Zagreb, 2016, 313.

<sup>2</sup> Charles-Louis Montesquieu, *The spirit of laws* (1748), Batoche Books, Kitchener, 2001, 173. <http://socserv2.socsci.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/montesquieu/spiritoflaws.pdf>, 30.01.2017.

naziva vlasti koja praktički nema značaj.<sup>3</sup> Sudska funkcija shvaća se kao puka spoznaja općih pravnih normi koje je stvorio zakonodavac te njihova mehanička primjena na konkretan slučaj.<sup>4</sup>

Prema Hansu Kelsenu (*Kelsen*), učenje o trima državnim vlastima je, u pravnom smislu, učenje o različitim stadijima stvaranja i primjene državnog pravnog poretka.<sup>5</sup> Za Kelsena, osnova razlikovanja jedne državne vlasti od druge je u funkcijama koje obavljaju – stvaranje prava (zakonodavna vlast) ili primjena prava (izvršna vlast, a unutar nje se nalaze sudbeni i izvršni organi), to jest primjena općih pravnih normi (zakona i ustavnih normi).<sup>6</sup> No, Kelsen naglašava kako ta razlika nikada nije apsolutna, odnosno da se ne može dogoditi da jedna vlast samo stvara pravo, a druga da ga samo primjenjuje.<sup>7</sup> Funkcija zakonodavne vlasti je, u najvećoj mjeri, stvaranje općih pravnih normi (zakona), no stvarajući ih, ona primjenjuje ustav.<sup>8</sup> Isto tako, funkcija sudbene i izvršne vlasti je, u najvećoj mjeri, primjena općih pravnih normi, no primjenjujući ih na konkretan slučaj, one stvaraju pojedinačne pravne norme, odnosno sudske i upravne akte.<sup>9</sup> Za Kelsena, to stvaranje pojedinačnih pravnih normi ne predstavlja samo spoznaju općih pravnih normi, već u bitnome i akt volje koji je ograničen općom pravnom normom, a unutar koje sudac treba odabrati jedno od njezinih mogućih značenja.<sup>10</sup> Prema Kelsenu, opća pravna norma predstavlja shemu za tumačenje te se njezinom primjenom nikada ne može stvoriti samo jedna ispravna pojedinačna pravna norma (sudska presuda), nego, koristeći se različitim metodama tumačenja, suci mogu doći do različitih rješenja te se opredjeljuju samo za jedno koje postaje pozitivno pravo.<sup>11</sup> Budući da

---

<sup>3</sup> *Ibid.*, 177.

<sup>4</sup> *Ibid.*, 180.

<sup>5</sup> Hans Kelsen, *Opšta teorija prava i države* (1945), Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd 1951, 249.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> *Ibid.*, 260.

<sup>8</sup> *Ibid.*, 137.

<sup>9</sup> H. Kelsen, *Opšta teorija prava i države*, 137.; H. Kelsen, *Čista teorija prava* (1934), Naklada Breza, Zagreb 2012, 66.; H. Kelsen, *Čista teorija prava* (1960), Gutenbergova galaksija, Beograd 2000, 188-189.

<sup>10</sup> H. Kelsen, *Čista teorija prava* (1960), 268.

<sup>11</sup> *Ibid.*

sudska presuda predstavlja odabir između različitih značenja koje je opća pravna norma postavila kao moguća, za Kelsena ona predstavlja dostvaranje opće pravne norme.<sup>12</sup>

U tom cilju rad ćemo podijeliti na četiri dijela. U prvom ćemo dijelu objasniti u kojem smislu Kelsen shvaća sudbenu vlast kao primjenu prava u okviru njegova učenja o dvjema temeljnim državnim funkcijama. U drugom ćemo dijelu analizirati Kelsenovo shvaćanje primjenjivačke funkcije sudbene vlasti u smislu stvaranja pojedinačnih pravnih normi. U trećem dijelu govorit ćemo o tome kako Kelsen shvaća to stvaranje pojedinačnih pravnih normi, ali ne u klasičnom smislu, samo kao akt spoznaje, nego i kao akt volje u smislu da sudac ima određenu stvaralačku mogućnost prilikom interpretacije opće pravne norme. U četvrtom ćemo dijelu prikazati situaciju kada sudska funkcija predstavlja isključivo akt volje, odnosno kada sudac donosi pojedinačnu pravnu normu koja nema utemeljenje u općoj pravnoj normi.

Prikaz Kelsenovog shvaćanja sudbene vlasti temelji se na analizi četirju Kelsenovih djela: *Čista teorija prava* (1934), *Opća teorija prava i države* (1945), *Čista teorija prava* (1960) i *Opća teorija normi* (1979).

## 2. SUDSKA FUNKCIJA KAO PRIMJENA PRAVA

Prema Kelsenu, dioba vlasti je osnova uobičajenog koncepta trodiobe vlasti.<sup>13</sup> Državna vlast se dijeli na zakonodavnu vlast, koja stvara pravo, i na izvršnu vlast, koja primjenjuje pravo, odnosno opće pravne norme (zakonske i ustavne norme) koje je stvorila zakonodavna vlast.<sup>14</sup> Budući da je primjena općih pravnih normi u bitnome funkcija sudbene vlasti, prema Kelsenu ona pripada izvršnoj vlasti.<sup>15</sup> U tom pogledu, razlike između sudbene i izvršne vlasti gotovo nema. Razlika je samo u tome što se u prvom slučaju funkcija primjene prava povjerava sudskim organima, a u drugom upravnim

---

<sup>12</sup> H. Kelsen, *Čista teorija prava* (1960), 187-188.; H. Kelsen, *Čista teorija prava* (1934) 66-68.; H. Kelsen, *Opšta teorija prava i države*, 136-138.

<sup>13</sup> H. Kelsen, *Opšta teorija prava i države*, 247.

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> *Ibid.*

organima.<sup>16</sup> Kelsen zaključuje kako se u razlikovanju triju državnih vlasti ustvari izražava razlika između stvaranja i primjene prava.<sup>17</sup> Klasično shvaćanje pojma diobe vlasti traži podjelu državne vlasti na tri posebne, ali koordinirane funkcije države te njihovu međusobnu razgraničenost.<sup>18</sup> No prema Kelsenu, ne postoje tri, nego dvije osnovne državne funkcije – stvaranje prava (zakonodavna vlast) i primjena prava (izvršna vlast), koje nisu koordinirane funkcije, nego se nalaze u odnosu podređenosti i nadređenosti.<sup>19</sup> No za Kelsena nije moguće ni razgraničiti jednu funkciju od druge jer je razlika između stvaranja i primjene prava samo relativna zbog toga što je većina pravnih akata produkt istovremenog stvaranja i primjene prava.<sup>20</sup>

### 3. SUDSKA FUNKCIJA KAO STVARANJE POJEDINAČNIH PRAVNIH NORMI

Prema Kelsenu, zakonodavna vlast ne obuhvaća cjelokupnu funkciju stvaranja prava, nego jedan posebni aspekt te funkcije, stvaranje općih pravnih normi putem zakonodavnih organa.<sup>21</sup> Za Kelsena, u pravu ne postoje samo opće, nego i pojedinačne pravne norme koje su produkt sudske i izvršne funkcije.<sup>22</sup>

Sudska funkcija (i izvršna) stvara opće pravne norme samo izuzetno, no takvo stvaranje nije funkcija sudbene vlasti, nego je to

---

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> *Ibid.*, 248.

<sup>18</sup> *Ibid.*, 259-260.

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> No Kelsen naglašava kako ne postoji pravni poredak u kojem su sve opće pravne norme stvorene isključivo putem zakonodavnog organa, nego da postoje opće pravne norme stvorene putem sudskih i izvršnih organa (uredbe, odluke itd). Kelsen ističe kako se stvaranje takvih općih pravnih normi obično pogrešno smatra funkcijom sudbene ili izvršne vlasti. Takvu djelatnost Kelsen naziva zakonodavnom funkcijom sudbene ili izvršne vlasti. Kada ustav stipulira načelo diobe vlasti, uvijek postoji samo jedna zakonodavna funkcija koja je raspodijeljena između nekoliko organa te u većini slučajeva samo jednom pridajemo naziv „zakonodavni”. No to ne znači da on ima monopol na stvaranje općih pravnih normi, nego je njegov udio u stvaranju općih pravnih normi najveći pa zbog toga dobiva naziv “zakonodavni”. *Ibid.*

<sup>22</sup> H. Kelsen, *Čista teorija prava* (1960), 187.

zakonodavna funkcija sudbene vlasti.<sup>23</sup> Za Kelsena, funkcija sudbene (i izvršne) vlasti je stvaranje pojedinačnih pravnih normi na temelju općih pravnih normi koje su stvorene putem zakonodavne vlasti te „stavljanje u pokret” sankcija koje propisuju te pojedinačne pravne norme.<sup>24</sup> Zakonodavna i sudbena (i izvršna) vlast samo su različiti stadiji u dva usporedna procesa kojima se pravni poredak istovremeno stvara i primjenjuje te konkretizira.<sup>25</sup> Kelsen prvi proces naziva tzv. procesom samoregulacije pravnog poretka,<sup>26</sup> a drugi tzv. procesom sve veće konkretizacije ili individualizacije prava.<sup>27</sup> Autori će se, prateći tzv. proces sve veće konkretizacije ili individualizacije prava, zaustaviti na razini sudbene vlasti te će objasniti njezinu funkciju stvaranja pojedinačnih pravnih normi.

Proces sve veće konkretizacije ili individualizacije prava započinje stvaranjem ustava primjenom tzv. temeljne norme.<sup>28</sup> U ustavu su sadržana generalna načela koja zakonodavna vlast

---

<sup>23</sup> Zakonodavnu funkciju sudbena vlast obavlja kada stvara precedentno pravo, kada je ovlaštena proglašavati zakone protuustavnim, kada je ovlaštena poništavati propise zbog njihove protuzakonitosti. U svakom od navedenih slučajeva sudbenoj je vlasti povjerena zakonodavna funkcija kojom ona, u pozitivnom smislu (stvarajući precedentno pravo) ili u negativnom smislu (poništavajući opće pravne norme) utječe na skup postojećih općih pravnih normi u pravnom poretku. H. Kelsen, *Opšta teorija prava i države*, 249. i 262.

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> Prvi proces tiče se postavke da pravni poredak regulira svoje vlastito stvaranje – tzv. proces samoregulacije pravnog poretka. Prema Kelsenu, regulacija pravnog samostvaranja očituje se u tome što svaka viša pravna norma predstavlja “temelj valjanosti” niže pravne norme, odnosno viša pravna norma propisuje barem postupak donošenja niže pravne norme, a nerijetko i njezin sadržaj. Pravni poredak, zaključuje Kelsen, stoga nije skup koordiniranih pravnih normi, već stepnjeviti poredak različitih razina pravnih normi u kojemu viša razina daje „objašnjenje” valjanosti niže razine. H. Kelsen, *Čista teorija prava* (1934), str. 62. i 63.; H. Kelsen, *Čista teorija prava* (1960), 155-156. i 178-179.; H. Kelsen, *Opšta teorija prava i države*, 117-120. i 128.

<sup>27</sup> H. Kelsen, *Čista teorija prava* (1934), 66.; H. Kelsen, *Čista teorija prava* (1960), 188-189.; *Opšta teorija prava i države*, 138-139.

<sup>28</sup> Temeljna norma predstavlja transcendentalno-logičku pretpostavku, odnosno pretpostavkom njezine valjanosti valjan je i pravni poredak na kojeg se ona odnosi. H. Kelsen, *Opšta teorija prava i države*, 138-139. Više o temeljnoj normi: H. Kelsen, *Čista teorija prava* (1960), 156-165.; H. Kelsen, *Opšta teorija prava i države*, 117-122.

primjenjuje i konkretizira, stvarajući opće pravne norme (zakone).<sup>29</sup> Zatim, sudbena vlast primjenjuje i konkretizira opće pravne norme, stvarajući pojedinačne pravne norme (sudske odluke).<sup>30</sup> Opisani proces završava izvršenjem sudske odluke.<sup>31</sup> Proces konkretizacije ili individualizacije prava objašnjava Kelsenovu postavku iznesenu *supra* (pod 2.) prema kojoj ne postoji državna vlast koja samo stvara ili primjenjuje pravo jer sudbena vlast primjenjuje pravo (zakone) da bi stvorila pojedinačne pravne norme (sudske odluke) kao što i zakonodavna vlast primjenjuje pravo (ustav) da bi stvorila opće pravne norme (zakone).<sup>32</sup> Kelsen navodi kako to stvaranje niže pravne norme primjenom više može imati različite stupnjeve, no da se nikada ne može dogoditi da se neki akt ne može više smatrati primjenom prava te da nikada ne može ići tako daleko da se taj akt ne može smatrati aktom stvaranja prava.<sup>33</sup>

Prema Kelsenu, opće pravne norme vežu uz apstraktno određene uvjete izvjesne apstraktno određene posljedice te da bi njihova primjena u stvarnom životu bila moguća, one moraju biti individualizirane i konkretizirane u pojedinačne pravne norme putem sudbene vlasti.<sup>34</sup> Kada sudac pred sobom ima konkretan slučaj, onda on na njega primjenjuje opću pravnu normu (zakon) koju je utvrdio kao odgovarajuću za konkretno činjenično stanje. Nakon utvrđivanja opće pravne norme, sudac je mora individualizirati i konkretizirati, odnosno konstatirati postoje li u općoj pravnoj normi *in abstracto* uvjeti u konkretnom slučaju da bi sankcija, koja je određena u općoj pravnoj normi *in abstracto*, mogla biti izvršena *in concreto*.<sup>35</sup> Sudac prvom konstatacijom automatski radi drugu konstataciju, odnosno

---

<sup>29</sup> H. Kelsen, *Čista teorija prava* (1960), 187-188.; H. Kelsen, *Čista teorija prava* (1934) 66. i 68.; H. Kelsen, *Opšta teorija prava i države*, 136-138.

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> Kelsen ističe kako postoje akti koji su samo primjena ili stvaranje prava – tzv. granični slučajevi. To je spomenuti slučaj izvršenja sudske odluke, kod kojeg nema stvaranja prava te slučaj tzv. temeljne norme, kod kojeg nema primjene prava. *Ibid.*

<sup>34</sup> H. Kelsen, *Opšta teorija prava i države*, 139-140.; H. Kelsen, *Čista teorija prava* (1934), 65-66.; H. Kelsen, *Čista teorija prava* (1960), 189-190.

<sup>35</sup> *Ibid.*

spoznaje opću pravnu normu koju treba primijeniti.<sup>36</sup> Nakon te dvije konstatacije, sudac treba odrediti sankciju *in concreto* koja je u općoj pravnoj normi određena *in abstracto*.<sup>37</sup> Kelsen navodi kako su te dvije konstatacije i određivanje sankcije intrinzične funkcije sudbene vlasti.<sup>38</sup>

Dakle, za Kelsena sudska odluka nema puki deklaratoran karakter.<sup>39</sup> Zadaća suda se ne sastoji u tome da pronade i izrekne već ranije stvoreno pravo koje je u svojem stvaranju dovršeno.<sup>40</sup> Pojedinačna pravna norma (sudska odluka) ima konstitutivan karakter, odnosno ona nakon donošenja stvara pravno stanje koje nije postojalo prije nje.<sup>41</sup> „Postojanje konkretnih uvjeta u vezi s konkretnom posljedicom, u konkretnom slučaju, prvi put se utvrđuje sudskom presudom”<sup>42</sup>, zaključuje Kelsen. U situaciji kada jedna osoba ubije drugu, činjenično stanje predstavlja ubojstvo čovjeka, no samo činjenično stanje ubojstva ne povlači odmah pravne sankcije (činjenica ubojstva u vrijeme počinjenja ne predstavlja ubojstvo u pravnom pogledu), nego ono počinje pravno vrijediti i povlačiti propisane sankcije tek kada pravnim poretkom nadležni pravni organ u odgovarajućem postupku „transformira” činjenično stanje ubojstva u pravno činjenično stanje ubojstva.<sup>43</sup> „U pravnom svijetu nema činjenica 'po sebi', nema apsolutnih činjenica – postoje samo činjenice koje su utvrdili nadležni organi po postupku kojeg je propisalo pravo”, kaže Kelsen.<sup>44</sup>

---

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> *Ibid.*

<sup>40</sup> *Ibid.*

<sup>41</sup> H. Kelsen, *Čista teorija prava* (1960), 189.

<sup>42</sup> H. Kelsen, *Opšta teorija prava i države*, 139.

<sup>43</sup> H. Kelsen, *Čista teorija prava* (1960), 190-191.; H. Kelsen, *Opšta teorija prava i države*, 139-140.

<sup>44</sup> H. Kelsen, *Opšta teorija prava i države*, 139.



#### 4. SUDSKA FUNKCIJA KAO AKT SPOZNAJE I AKT VOLJE

U ovom poglavlju objasniti ćemo navedeno stvaranje pojedinačnih pravnih normi analizirajući funkciju tumačenja i „pravne praznine”. Pokazati ćemo kako nije dovoljno da sud samo spozna opću pravnu normu kako bi mogao donijeti sudsku odluku, nego je potreban akt volje kojim sudac kreira pojedinačnu pravnu normu. Zatim, prikazati ćemo još veći stvaralački stupanj suda u slučaju „pravnih praznina” gdje je sud ovlašten popuniti „pravnu prazninu” jer ne može utvrditi opću pravnu normu u konkretnom slučaju.

##### 4.1. Tumačenje

U kontekstu tumačenja pravnih normi, za Kelsena, važno je nekoliko segmenata. To su u prvom redu (ne)određenost pravnih normi (pitanje je li neodređenost kao takva određena namjerno ili ne), višeznačnost pravnih normi i (takozvane) metode tumačenja.

Primjena prava, sadržanog u (apstraktnoj) pravnoj normi, u korelaciji je s tumačenjem odnosno pravne norme. Kako je prikazano *supra* (pod 3), Kelsen razumije stvaranje prava kao stupnjevit proces, što posljedično utječe na problem tumačenja.<sup>45</sup> Nastavno na to, on određuje tumačenje kao „postupak duha” koji prati pravo u procesu njegova (stupnjevita) stvaranja – od višeg stupnja prema nižem.<sup>46</sup> Iz navedenog proizlazi da kod primjene pravne norme na konkretno činjenično stanje ne samo da se tumači opća pravna norma (ustav, zakon itd.), nego i ona pojedinačna (sudska odluka, upravna zapovijed itd).<sup>47</sup> Pojednostavljeno rečeno, da bi pravno tijelo (organ) primijenilo pravo, ono treba utvrditi smisao pravne norme; zapravo treba te norme protumačiti.<sup>48</sup> Također, Kelsen ističe da zadaća tumačenja pravnih propisa nije rezervirana samo za pravne organe koji primjenjuju pravo, nego da pravne norme tumače i pojedinci koji ih trebaju

---

<sup>45</sup> H. Kelsen, *Čista teorija prava* (1934), 73. O tumačenju kao duhovnom postupku govori i u: H. Kelsen, *Čista teorija prava* (1960), 266.

<sup>46</sup> H. Kelsen, *Čista teorija prava* (1934), 73.

<sup>47</sup> H. Kelsen, *Čista teorija prava* (1934). U kasnijem izdanju dodaje da se trebaju tumačiti i međunarodnopravni propisi i običaji: H. Kelsen, *Čista teorija prava* (1960), 266.

<sup>48</sup> H. Kelsen, *Čista teorija prava* (1960), 266.

poštovati kako bi, shodno tome, mogli usmjeriti svoje ponašanje prema pravno poželjnom cilju te na taj način izbjeći sankciju.<sup>49</sup> Osim toga, pravne norme tumače i pravni znanstvenici pri opisivanju pozitivnog prava.<sup>50</sup> Razlikovanje između tumačenja tijela koje primjenjuje propis i tumačenja koje vrši pojedinac te pravni znanstvenik novina je u odnosu na *Čistu teoriju prava* iz 1934. godine.

Teško je zamislivo da postoji toliko determinirani propis koji ne bi zahtijevao tumačenje (jer čak i „najodređenija” pravna norma treba biti protumačena da bi je se primijenilo).<sup>51</sup> Kelsen napominje da određivanje nikad nije potpuno te da postoji permanentni zahtjev (manji ili veći) za diskrecijskom slobodom, odnosno da norma višeg stupnja predstavlja tek okvir unutar kojeg treba izvršiti *akt stvaranja* ili *akt čistog izvršenja* norme.<sup>52</sup> Maločas spomenuta neodređenost nižeg stupnja može biti namjerna ili nenamjerna. Govoreći o namjernoj neodređenosti, Kelsen ističe da ona može biti sadržana u namjeri organa koji stvara višu normu, a nenamjernu neodređenost povezuje prvenstveno s višeznačnosti neke riječi kojom je norma izražena.<sup>53</sup> Iskustvo pokazuje da jaz između *volje* i njezinog *izraza* (manifestacije), nije nešto neuobičajeno. Naime, životno je teško zamislivo da bi se podudaranje volje i izraza prometnulo u apsolut. Kada Kelsen govori o toj diskrepanciji, razlikuje potpunu i djelomičnu. Potpuna diskrepancija razumljiva je *per se* (disparatnost je takva da različiti pristupi dovode do oprečnih rezultata), dok djelomičnu Kelsen određuje kao slučaj kada *volja* zakonodavca (ili namjera stranaka u poslu) označava barem jedno od mogućih značenja *izraza*.<sup>54</sup> Najzad, neodređenost pravnog akta koji treba donijeti može proizlaziti iz činjenice međusobnog nesuglasja (antinomije) dviju valjanih pravnih normi.<sup>55</sup>

---

<sup>49</sup> *Ibid.*

<sup>50</sup> *Ibid.*

<sup>51</sup> Vidi: H. Kelsen, *Opšta teorija prava i države*, 149.

<sup>52</sup> H. Kelsen, *Čista teorija prava* (1934), 74-75. Isto i: H. Kelsen, *Čista teorija prava* (1960), 267.

<sup>53</sup> H. Kelsen, *Čista teorija prava* (1934), 75. Isto i: H. Kelsen, *Čista teorija prava* (1960), 268.

<sup>54</sup> *Ibid.*

<sup>55</sup> *Ibid.*

Iz neodređenosti nižeg stupnja proizlazi više mogućnosti primjene pravne norme.<sup>56</sup> Norma koja se treba primijeniti predstavlja samo okvir za primjenu, a taj okvir (unutar kojeg je pruženo više mogućnosti) utvrđuje se upravo tumačenjem.<sup>57</sup> Slijedom navedenog, Kelsen kaže da se tumačenjem norme (primjerice zakona) može doći do više različitih odluka, no samo ona norma osnažena sudskom presudom postaje pozitivno pravo.<sup>58</sup> Kelsen iznosi kritiku tradicionalne pravne znanosti, govoreći kako ona odriče volju tumaču u procesu tumačenja te da taj proces svodi na *ratio*, odnosno na intelektualni čin.<sup>59</sup> Nastavno na to, ističe da je starije shvaćanje išlo toliko daleko da je i funkciju zakonodavca svelo na objavljivanje normi koje su već stvorene u prirodi, odnosno od Boga.<sup>60</sup> Nastavljajući se na diskrepanciju *volje i izraza*, zaključuje da ne postoji neki objektivni kriterij kojim bi se odredilo koje je značenje norme ispravno<sup>61</sup> pa zato ispred sintagme “metoda tumačenja” stavlja predmetak – takozvane. Dodaje da se *aktom stvaranja* odlučuje o tome koji je interes pretežniji, s obzirom da norma (odnosno sustav normi) po sebi nije jednoznačno određena, nego iz nje proizlazi više mogućnosti.<sup>62</sup>

Zanimljiva je Kelsenova poredba korelacije ustav-zakon i zakon-pojedinačni pravni akt. Naime, Kelsen kaže da kao što tumačenjem ustava (a poznato je da ustav sadrži tek načelne norme koje je potrebno razraditi zakonom) ne možemo doći do jednog ispravnog zakona (jer bi to onda pretpostavljalo da postoji samo jedno zakonsko rješenje), tako ne možemo ni očekivati da bismo tumačenjem zakona mogli doći do jedne ispravne sudske odluke.<sup>63</sup> Zakonodavac stvara pravo (zakon) temeljem ustava, a sudac stvara

---

<sup>56</sup> Tako pravni akt kojim se norma primjenjuje odgovora: a) jednom ili drugom (jezičnom) značenju, b) volji normotvorca ili izraza koji je on odredio da se primjenjuje, c) jednoj ili drugoj od dviju normi koje si proturječe, d) odluci kojom su se dvije norme koje si proturječe međusobno ukinule. H. Kelsen, *Čista teorija prava* (1934), 75-76.

<sup>57</sup> H. Kelsen, *Čista teorija prava* (1934), 76.; H. Kelsen, *Čista teorija prava* (1960), 268.

<sup>58</sup> *Ibid.*

<sup>59</sup> *Ibid.*

<sup>60</sup> H. Kelsen, *Opća teorija normi*, Naklada Breza, Zagreb, 2015, izvorno objavljeno: 1960, 261.

<sup>61</sup> H. Kelsen, *Čista teorija prava* (1934), 77. Isto i: H. Kelsen, *Čista teorija prava* (1960), 269.

<sup>62</sup> *Ibid.*

<sup>63</sup> H. Kelsen, *Čista teorija prava* (1934), 78. Isto i: H. Kelsen, *Čista teorija prava* (1960), 269.

pravo (sudsku odluku) temeljem zakona. Doduše, sudac u tom stvaranju nije toliko slobodan kao zakonodavac.<sup>64</sup> Prema tome, razvidno je da je dolaženje do norme (tumačenjem) i *akt volje*.<sup>65</sup>

Ono što držimo važnim kod Kelsenova poimanja tumačenja jest tvrdnja da ukoliko je kod primjene norme potrebna dodatna spoznajna aktivnost, utoliko ta aktivnost ne predstavlja spoznaju pozitivnog propisa, nego spoznaju normi: morala, pravednosti, državnih interesa i tome slično, koje se tako uključuju u proces stvaranja prava.<sup>66</sup> Tumačenje je osobito važno kod „pravnih praznina”, no ne kako se pogrešno misli da tumačenje u tom slučaju dovodi do primjene norme koja se tumači, nego suprotno, do njezina isključenja kako bi se na njezino mjesto postavila pravednija norma.<sup>67</sup> Konačno, „tumačenjem se iz norme ne može izvući nešto što u njoj već prije nije bilo sadržano”.<sup>68</sup>

Stoga, kada analiziramo proces tumačenja, primjećujemo da sudac mora najprije spoznati opću pravnu normu koja se odnosi na konkretan slučaj, odnosno mora podvesti konkretno činjenično stanje pod određenu ustavnu odredbu, određeni zakon, najopćenitije – pod opću normu (*akt spoznaje*). S druge strane, ta opća norma koju je sudac spoznao, predstavlja samo okvir unutar kojeg će sudac voljno djelujući odabrati jedno rješenje (*akt volje*).

## 4.2. Pravne praznine

Kelsen smatra kako u pravnom poretku ne postoje pravne praznine<sup>69</sup>, odnosno da ne postoji takvo činjenično stanje na koje se ne bi mogao primijeniti neki pozitivnopravni propis.<sup>70</sup> Naime, sudac (ili neki drugi

---

<sup>64</sup> Kao što je objašnjeno *supra* (pod 5.).

<sup>65</sup> *Ibid.* Tako i u: H. Kelsen, *Opća teorija normi*, 240.

<sup>66</sup> H. Kelsen, *Čista teorija prava* (1934), 77. Isto i: H. Kelsen, *Čista teorija prava* (1960), 270.

<sup>67</sup> H. Kelsen, *Čista teorija prava* (1934), 80.

<sup>68</sup> *Ibid.*, 82.

<sup>69</sup> Kelsen uz „pravne” razlikuje je i takozvane tehničke praznine, kojima se u ovom radu nećemo posebno baviti. Prema Kelsenu, one se javljaju u slučaju kada zakonodavac propusti normirati nešto što je morao da bi se zakon uopće mogao primijeniti. Više u: H. Kelsen, *Čista teorija prava* (1934), 81-82. i H. Kelsen, *Čista teorija prava* (1960), 197.

<sup>70</sup> H. Kelsen, *Čista teorija prava* (1934), 79. Isto tako: H. Kelsen, *Opća teorija normi*, 241.

organ), kada primjenjuje pravo, bez obzira na to je li utvrdio da se na konkretno činjenično stanje treba primijeniti prisila ili pak da se prisila ne treba primijeniti, uvijek postupa u skladu s vrijedećim (pozitivnim) pravom.<sup>71</sup> Iz činjenice što pravna norma, ili još bolje zakonodavac, nisu predvidjeli određeno ponašanje kao zabranjeno proizlazi naprosto da je takvo ponašanje dopušteno.<sup>72</sup> Kelsen stoga govori o „fikciji pravne praznine” jer će primjenjivač prava uvijek primijeniti vrijedeće pravo.<sup>73</sup> „Prema tome, takozvana 'praznina' nije ništa drugo nego razlika između pozitivnog prava i poretka koji netko smatra boljim, pravednijim, ispravnijim”<sup>74</sup>, kaže Kelsen.

Razumljivo je da su kategorije „bolje”, „pravednije”, „ispravnije” i tome slično, relativne. Ono što je pravednije za jednog, nije nužno pravednije (a najčešće i nije) za drugog, jer sporovi nastaju upravo zbog oprečnih interesa (a gdje nema sukobljenih interesa, tamo nema ni potrebe za pravdom<sup>75</sup>). Također, razvidno je da u svakom pravnom poretku može doći (i dolazi) do situacije u kojoj sudac ne može supsumirati konkretne činjenice ni pod koju apstraktnu pravnu normu te se postavlja pitanje može li sudac „popuniti” tu „pravnu prazninu”. Kelsen navodi primjer Švicarskog građanskog zakonika<sup>76</sup> koji suca ovlašćuje da u takvoj situaciji donese odluku koja onda predstavlja volju zakonodavca.<sup>77</sup> Dakle, sudac može stupiti na mjesto zakonodavca, ali tek kada ga je zakonodavac na to ovlastio,<sup>78</sup> no s obzirom na to da ga je ovlastio, sudac kod donošenja takve odluke ipak primjenjuje vrijedeće pozitivno pravo (bez obzira na to što možda u konkretnom slučaju on donosi odluku koja je utemeljena na pravednosti, jer

---

<sup>71</sup> *Ibid.*

<sup>72</sup> H. Kelsen, *Čista teorija prava* (1934), 80.; H. Kelsen, *Čista teorija prava* (1960), 193-195.

<sup>73</sup> H. Kelsen, *Čista teorija prava* (1934), 81; H. Kelsen, *Opća teorija normi*, 241. Bolje objašnjeno u H. Kelsen, *Opšta teorija prava i države*, 149.

<sup>74</sup> H. Kelsen, *Čista teorija prava* (1934), 80.

<sup>75</sup> H. Kelsen, *What is Justice?: Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*, New Jersey, 2000., 4.

<sup>76</sup> Danas prvi članak Švicarskog građanskog zakonika glasi jednako: “2) In the absence of a provision, the court shall decide in accordance with customary law and, in the absence of customary law, in accordance with the rule that it would make as legislator. 3) In doing so, the court shall follow established doctrine and case law” Preuzeto s <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19070042/20160401-0000/210.pdf>, 29. januar 2017.

<sup>77</sup> H. Kelsen, *Čista teorija prava* (1934), 82.; H. Kelsen, *Opšta teorija prava i države*, 149.

<sup>78</sup> H. Kelsen, *Čista teorija prava* (1934), 82. i 83.

ta je „pravednost” već sadržana u pozitivnom propisu).<sup>79</sup> Ključna su pitanja na koji će način i uolikoj mjeri (i hoće li) zakonodavac ovlastiti suca na takvo postupanje. Naime, svako takvo ovlaštenje ostavlja rizik da sudac primjenjuje to ovlaštenje i u slučajevima za koja je (izvorni) zakonodavac želio da se primjenjuje njegov zakon, čime je direktno ugrožen temelj svakog pravnog sustava – načelo zakonitosti.<sup>80</sup> Zato je bitno da sudac primjenjuje gore spomenuto ovlaštenje samo u onim slučajevima u kojima se zakon, mišljen od izvornog zakonodavca, ne može primijeniti.<sup>81</sup> Intencija zakonodavca je da sudac treba vjerovati da je ovlašten pravnim poretkom stupiti na mjesto zakonodavca, no da istovremeno pravni poredak ne propisuje slučajeve kada on to može učiniti.<sup>82</sup> Samo u slučajevima „najjačih divergencija između zakona i vlastite pravne svijesti” sudac će smatrati da stvarno postoji „praznina”, odnosno da se radi o slučaju koji je zakonodavac propustio normirati, tako da nedostaje logički smjer zaključivanja od općeg prema posebnom, koji postoji kod svake primjene zakona.<sup>83</sup> „Primjena zakona, koja je ponekad – što se prosuđuje po procjeni primjenitelja prava – samo pravopolitički nesvrshodna, prikazuje se kao pravnologička nemogućnost”, zaključuje Kelsen.<sup>84</sup>

Kada sudac popunjava „pravnu prazninu”, on, kao i kod tumačenja, najprije spoznaje opću pravnu normu, no ovog puta onu opću pravnu normu koja ga ovlašćuje na popunjavanje „pravnih praznina” (ako ona postoji u pravnom poretku). S obzirom na to da je ta ovlašćujuća norma načelnog karaktera, ona sucu ostavlja znatno širi okvir za stvaranje pojedinačne pravne norme. Dakle, njegov voljni čin u ovom je slučaju još izraženiji nego kod tumačenja pa Kelsen s pravom govori o sucu koji funkcionira kao zakonodavac.

---

<sup>79</sup> H. Kelsen, *Opća teorija normi*, 242.

<sup>80</sup> H. Kelsen, *Čista teorija prava* (1934), 83.

<sup>81</sup> *Ibid.*

<sup>82</sup> H. Kelsen, *Čista teorija prava* (1934), 83.; H. Kelsen, *Opšta teorija prava i države*, 150.

<sup>83</sup> *Ibid.*

<sup>84</sup> *Ibid.*

## 5. SUDSKA FUNKCIJA KAO AKT VOLJE

U prethodnom poglavlju objasnili smo kako je sudska funkcija akt spoznaje (kojim se utvrđuje opća pravna norma) i akt volje (kojim se kreira i stvara pojedinačna pravna norma). No može se dogoditi da sudska odluka bude rezultat samo akta volje.

Prema Kelsenu, u pravu vlada logičko jedinstvo sustava normi, odnosno ne može se dogoditi da je jedna norma protivna drugoj.<sup>85</sup> Kelsen ističe kako bi taj navodni sukob normi bio proturječnost u sebi jer se pravna norma koja ne bi odgovarala normi koja određuje njezino stvaranje ne bi mogla smatrati valjanom, nego ništetnom.<sup>86</sup> „Što je ništavno, to se ne može poništiti pravnim putem”, kaže Kelsen.<sup>87</sup> Ako pravni poredak dopušta poništavanje norme, on mora dopustiti njezinu objektivnu valjanost.<sup>88</sup> Važno je naglasiti da o suglasnosti pojedinačne pravne norme s općom pravnom normom odlučuje pravnim poretkom ovlašteni sudski organ (koji je redovito u hijerarhiji sudova viši) u propisanom postupku.<sup>89</sup> U slučaju kada niži sud stvori pojedinačnu pravnu normu, onda je ta norma, neovisno o njezinoj valjanosti, objektivno valjana sve dok je eventualno ne poništi viši sud.<sup>90</sup> Međutim, sudski proces ne može biti beskonačan te se mora odrediti tzv. sud posljednje instance koji će donijeti konačnu odluku koja se više ne može osporavati.<sup>91</sup> Kelsen zaključuje da davanje pravne snage odlukama suda posljednje instance znači da taj sud može stvoriti pojedinačnu pravnu normu koja ima utemeljenje u općoj pravnoj normi, ali i da može stvoriti pojedinačnu pravnu normu koja to utemeljenje nema.<sup>92</sup> Budući da je sud posljednje instance ovlašten pravnim poretkom, obje norme čine logičko jedinstvo pravnog poretka.<sup>93</sup> Kelsen naglašava kako i niži sudovi mogu

---

<sup>85</sup> Po tradicionalnom shvaćanju, kada bi sudac donio sudsku odluku koja nema uporište u zakonu, došlo bi do protuzakonite sudske odluke. No Kelsen smatra kako protuzakonita sudska odluka (kao i protuustavni zakon), ne postoji. H. Kelsen, *Čista teorija prava* (1934), 69-71.; H. Kelsen, *Čista teorija prava* (1960), 210.

<sup>86</sup> H. Kelsen, *Opšta teorija prava i države* (1945), 156-157.; H. Kelsen, *Čista teorija prava* (1960), 209-211.

<sup>87</sup> *Ibid.*

<sup>88</sup> *Ibid.*

<sup>89</sup> *Ibid.*

<sup>90</sup> *Ibid.*

<sup>91</sup> *Ibid.*

<sup>92</sup> *Ibid.*

<sup>93</sup> *Ibid.*

stvoriti pojedinačnu pravnu normu čiji sadržaj nije prethodno određen nekom općom pravnom normom, no razlika je u tome što su takve pojedinačne pravne norme poništive.<sup>94</sup> No protekom vakacije i takve pojedinačne pravne norme postaju pravomoćne odnosno konačne.<sup>95</sup>

Prema tome, ne može biti apsolutne garancije da će pojedinačna pravna norma u svakom slučaju biti u skladu s općom pravnom normom jer sudovi imaju mogućnost (i ovlast) donijeti sudske odluke koje nemaju utemeljenje u pravu te stvoriti pojedinačne pravne norme koje su rezultat samo akta volje. Kada i zašto će sudovi tako postupiti ne možemo sa sigurnošću znati, no vjerojatno će tako postupiti kada spomenuta ovlašćujuća pravna norma nije predviđena u pravnom poretku, a primjena bi vrijedećeg pozitivnog prava, u pozitivnom ili negativnom smislu, predstavljala nepravdu. Svijest o takvoj ovlasti bi se mogla i zloupotrebjavati, no Kelsen ne propituje svrsishodnost takve mogućnosti, nego zaključuje da to suci mogu učiniti.

## 6. ZAKLJUČNO RAZMATRANJE

Prikazom Kelsenovog shvaćanja sudbene vlasti autori zaključuju kako Kelsen tu funkciju, u okviru svoga učenja o dvjema temeljnim državnim funkcijama – stvaranje i primjena prava, načelno određuje kao funkciju primjene prava. No Kelsen naglašava kako ta razdioba nikada nije apsolutna, nego da svaka vlast istodobno stvara i primjenjuje pravo. Tako i sudbena vlast primjenjujući pravo istodobno stvara novo pravo, to jest pojedinačne pravne norme. Pri tom stvaranju pojedinačnih pravnih normi, kao što smo pokazali, nije dovoljno da sudac samo spozna opću pravnu normu, nego je, u skladu s Kelsenovom tezom o normi kao shemi tumačenja, potreban i akt volje kojim sudac odabire jedno od mogućih značenja opće pravne norme. Tako sudac, stvarajući pojedinačnu pravnu normu zapravo dostvara pravo. Konačno, pokazali smo i kako u nekim situacijama (npr. popunjavanje pravne praznine i stvaranje pravomoćne sudske odluke koja nema utemeljenje u općoj pravnoj normi) sudac može djelovati kao potpuni kreator prava jer u tim situacijama nije (sadržajno) ograničen općom pravnom normom.

---

<sup>94</sup> *Ibid.*

<sup>95</sup> *Ibid.*



LITERATURA

- Guastini, R., *Sintaksa prava*, Naklada Breza, Zagreb, 2016.
- Kelsen, H., *Čista teorija prava* (1934), Naklada Breza, Zagreb, 2012.
- Kelsen, H., *Opšta teorija prava i države* (1945.), *Arhiv za pravne i društvene nauke*, Beograd, 1951.
- Kelsen, H., *Čista teorija prava* (1960.), 2. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, *Gutenbergova galaksija*, Beograd, 2000.
- Kelsen, H., *Opća teorija normi* (1979.), *Naklada Breza*, Zagreb, 2015.
- Kelsen, H., *What is Justice?: Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*, New Jersey, 2000.
- Montesquieu, C., *The spirit of laws*, Batoche Books, Kitchener, 2001.

Marko Čušić, student, University of Zagreb, Faculty of Law

Karlo Kožina, student, University of Zagreb, Faculty of Law

KELSEN'S UNDERSTANDING OF THE JUDICIAL POWER

Summary

Contrary to the classical doctrine of separation of powers, Austrian legal theorist Hans Kelsen claims that there are only two state powers and that what distinguishes them is their function – law creation (legislative power) and law application (executive power). The aim of this paper is to present Kelsen's view of the judicial power (function) which he situates within the executive power and therefore defines its function as the application of law. However, Kelsen points out that the judicial power, in addition to applying the law, takes part in its creation.

Key words: *Kelsen. - Judicial power. - Gaps in the law. - Interpretation. - Separation of powers*