

Luka Jurić\*

## KELSENOVA TEORIJA PRAVNOG TUMAČENJA

*Slijedeći dihotomiju Stanleya Paulsona u radu se analiziraju negativni i konstruktivni aspekti Kelsenovih pogleda na pravno tumačenje. Negativni aspekti odnose se na Kelsenov kritički pristup teoriji tumačenja tradicionalne pravne znanosti koja je pitanja pravnog tumačenja, prema Kelsenu, uvijek svodila na pitanja spoznaje. Na taj način je tradicionalna pravna znanost, svjesno ili ne, kako to tvrdi Kelsen, nastojala održati iluziju o uvijek prisutnoj pravnoj sigurnosti.*

U analizi konstruktivnih aspekata Kelsenovih pogleda na pravno tumačenje u radu se analiziraju Kelsenov pojam objekta pravnog tumačenja, njegov pojam (pravne) spoznaje, pojam neodređenosti prava i Kelsenovo razlikovanje znanstvenog i autentičnog tumačenja.

Nadalje, Kelsenova teorija pravnog tumačenja stavlja se u kontekst s ostalim modernim teorijama pravnog tumačenja, smještajući tako Kelsenovu teoriju u sredinu kontinuuma kojemu krajnje točke predstavljaju radikalno kognitivistička teorija pravnog tumačenja i radikalno skeptična teorija pravnog tumačenja.

U završnom dijelu rada daje se analiza Kelsenove doktrine prešutne alternativne odredbe i problema koje ta doktrina predstavlja, prema mnogim kritičarima, za Kelsenovu teoriju tumačenja dovodeći u pitanje održivost njegove cjelokupne teorije prava. Autor istražuje izvore ove doktrine priključujući se u konačnici zaključku kako se njezino izvorište primarno nalazi u Kelsenovom osobitom shvaćanju

---

\* Autor je stekao zvanje magistar prava na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu, [luka.juric.zgb@gmail.com](mailto:luka.juric.zgb@gmail.com)

pojma valjanosti, stoga se, s ciljem očuvanja ostatka Kelsenove teorije, analiziraju prijedlozi izmjene Kelsenovog pojma valjanosti.

Ključne riječi: Kelsen, pravno tumačenje, znanstveno tumačenje, autentično tumačenje, prešutna alternativna odredba

## 1. UVOD

Pitanja teorije pravnog tumačenja u dugoj i plodonosnoj karijeri Hansa Kelsena<sup>1</sup> prema mišljenju mnogih autora predstavljaju svojevrsno marginalno područje.<sup>2</sup>

Michel Troper je duhovito dometnuo da se i u redakcijskom smislu poglavlje o tumačenju (interpretaciji) prava nalazi upravo na začelju drugog izdanja glasovite Kelsenove *Čiste teorije prava*.<sup>3</sup> Fritz Schreier, Kelsenov mlađi kolega, i sam pripadnik Bečke škole pravne teorije<sup>4</sup> kao i Kelsen, već je 1929. godine ustvrdio kako je Bečka škola zanemarila tumačenje.<sup>5</sup>

Kelsenovi relativno kratki izravni osvrti na tumačenje svojom kratkoćom su, mogli bismo reći, u zanimljivom kontrastu prema obujmu prostora kojeg su pitanja tumačenja kao djelatnosti, na

---

<sup>1</sup> Vid. Stanley L. Paulson, „Formalism, „Free law“, and the „Cognition“ Quandry: Hans Kelsen’s Approaches to Legal Interpretation“, *The University of Queensland Law Journal* 2/2008, 8 fn. 4. Također, vid. i dodatak izdanju Hans Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford 1992, 139–143.

<sup>2</sup> Tako Cabra Apalategui, Lindahl, Troper i Paulson. Vid. José Manuel Cabra Apalategui, „Validity and Correctness in Kelsen’s Theory of Legal Interpretation“, <https://riuma.uma.es/xmlui/handle/10630/6051>, 29. ožujka 2018. (vid. i krajnje bilješke ovog rada), 1, Hans Lindahl, „Dialectic and Revolution: Confronting Kelsen and Gadamer on Legal Interpretation“, *Cardozo Law Review* 2/2003, 769–798, Michel Troper, „Kelsen, la théorie de l’interprétation et la structure de l’ordre juridique“, *Revue Internationale De Philosophie* 138(4)/1981, 518–529, Stanley L. Paulson „Kelsen on Legal Interpretation“, *Legal Studies*, 2/1990, 136–152.

<sup>3</sup> M. Troper, 518.

<sup>4</sup> Naziv koji se često rabi da bi se referiralo na Kelsena i ljude iz njegovoga kruga, poput Adolfa Juliusa Merkla i Alfreda Verdrossa.

<sup>5</sup> S. L. Paulson (2008), 20, kao i u S. L. Paulson (1990), 136.

primjer, dobila u različitim pravcima općeg filozofskog razmatranja u 20. stoljeću, dakle od strane Kelsenovih suvremenika.<sup>6</sup> Tu bi se osobito moglo navesti djelovanje filozofa poput Edmunda Husserla, Martina Heideggera i Hans-Georga Gadamera.<sup>7</sup>

Nadalje, a možda i značajnije, može se ustvrditi i kako značajan broj kritičara iz područja filozofije prava, figurativno rečeno, vidi Kelsenov pristup pitanjima pravnog tumačenja u sivom svjetlu.<sup>8</sup> S druge pak strane, neki, poput Eugenija Bulygina i Michela Tropera, nadograđujući na određene Kelsenove postavke svoje teorije pravnog tumačenja, ne dijele takvo mišljenje.<sup>9</sup> Pri tome je izazovno uočljivo da obojica imaju sasvim različita viđenja prava i pravnog tumačenja, a dakako i Kelsenove teorije. Da ovdje ne bi bio kraj dilemama koje izaziva ovakva disparatnost stavova, svojevrsnu kontroverzu predstavlja i pitanje ima li Kelsen uopće teoriju pravnog tumačenja.<sup>10</sup> Može li se pored, ali i iz, ovakvog kaleidoskopa stavova izvući kakav smisljeni zaključak?

Ono što je sigurno jest to da će netko tko pokuša u Kelsenovim osvrtima pronaći veliku, usmjerenu i detaljnu filozofsku analizu problema pravnog tumačenja biti nesumnjivo razočaran.<sup>11</sup> Kelsen se ne upušta u analiziranje problema tumačenja tako da bi, na primjer, detaljno iznosio i analizirao različite metode tumačenja ili tumačenjske argumente pa potom analizirao njihovu logičku strukturu i/ili pretpostavke.<sup>12 13</sup> Međutim, bilo bi isto tako nevaljano (i

---

<sup>6</sup> H. Lindahl, 770.

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> S. L. Paulson (1990), 136.

<sup>9</sup> Vid. Eugenio Bulygin, „Cognition and Interpretation of Law“, *Cognition and Interpretation of Law* (eds. Letizia Gianformaggio, Stanley L. Paulson), G. Giappichelli editore, Torino 1995, 11–35 i M. Troper, 518–529.

<sup>10</sup> Pitanje formulira Stanley Paulson, referirajući se pri tome i na Roberta Waltera. Vid. S. L. Paulson (1990), 137.

<sup>11</sup> H. Lindahl, 769.

<sup>12</sup> Tako J. M. Cabra Apalategui, 1, i H. Lindahl, 770.

<sup>13</sup> Može se reći da to i ne može, s obzirom na opći karakter vlastite teorije prava, u tom smislu je i pristup tumačenju tome korespondentan.

u potpunosti naprečac) zaključiti kako ukupni Kelsenov pravnofilozofski opus ima vrlo malo toga ponuditi diskusiji oko problema pravnog tumačenja ili da je tumačenje potpuno nebitno u kontekstu Kelsenove opće teorije prava. Prije svega valja naglasiti kako je tumačenje *ipso facto* važno za bilo koju teoriju prava, govorila ona o njemu izravno ili neizravno, pa tako i Kelsenovu.<sup>14</sup> Osobito je pitanje tumačenja kod Kelsena zanimljivo uzevši u obzir važnost posljedica koje zaključci koji proizlaze iz njegovog pogleda na tumačenje imaju u odnosu prema ostalim elementima Kelsenove teorije prava, a i obrnuto.

Kelsen je protekom vremena postao možda ne toliko onaj koji je intelektualni predvodnik, onaj iza čijeg se imena stoji, rekli bismo – iza koga se okupljaju kelsenovci, već onaj tko je i sam po sebi predmet proučavanja. Kelsen je, naime, zanimljiv i u sinkronijskom smislu – „što Kelsen doista misli“, ali i u dijakronijskom smislu – zbog promjena i razvoja vlastitih ideja. O tome svjedoči veliki broj znanstvenih članaka i rasprava te simpozija koji problematiziraju pitanja Kelsenove ukupne pravne teorije na navedeni način.

U konačnici, kako ću i u ostatku rada prikazati, Kelsen ne izlaže ni normativnu ni partikularnu teoriju tumačenja nego analitičku teoriju tumačenja koja identificira strukturna obilježja tumačenja.

U prvome dijelu rada, nakon uvoda, iznijet ću i analizirati polazišne točke u istraživanju i daljnjoj analizi Kelsenovih pogleda na pravno tumačenje. U prvome redu, ovdje se radi o kraćem pregledu i preliminarnoj analizi (malobrojnih) Kelsenovih tekstova koji se izravno bave problemom tumačenja. Nakon ovoga, slijedeći dihotomiju Stanleya Paulsona, koji Kelsenov pristup teoriji pravnog tumačenja dijeli na negativni i konstruktivni aspekt,<sup>15</sup> u drugom i

---

<sup>14</sup> Upor. Riccardo Guastini, „Kelsen on Legal Knowledge and Scientific Interpretation“, *Cognition and Interpretation of Law* (eds. Letizia Gianformaggio, Stanley L. Paulson), G. Giappichelli editore, Torino 1995, 109.

<sup>15</sup> S. L. Paulson (1990), 139.

trećem dijelu rada, dat ću analitički pregled – prvo negativnog aspekta, a zatim i konstruktivnog aspekta Kelsenove teorije tumačenja.

## 2. POLAZIŠTE U PROUČAVANJU KELSENOVE TEORIJE PRAVNOG TUMAČENJA

Kronološki gledano, prvi Kelsenovi tekstovi koji se izravno tiču pravnog tumačenja i koje možemo uzeti kao polazište za proučavanje njegove teorije pravnog tumačenja dolaze nam 1934. godine u okviru prvog izdanja *Čiste teorije prava* (u obliku jednog poglavlja od desetak stranica)<sup>16</sup> te članka pod naslovom *O teoriji tumačenja*,<sup>17</sup> objavljenog iste godine.<sup>18 19 20</sup> Poglavlje i članak su identični. Budući da je *Čista teorija prava* poznatiji tekst, ali i stoga što doživljava razvoj u okviru drugoga, bitno dopunjenoga, izdanja jednakog naslova iz 1960. godine pa se s tim u vezi javlja i pitanje eventualne usporedbe, u daljnjem tekstu ću zanemariti navedeni

---

<sup>16</sup> Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik*, Franz Deuticke, Beč 1934., dostupno u hrvatskom prijevodu kao Hans Kelsen, *Čista teorija prava. Uvod u problematiku pravne znanosti*, Naklada Breza, Zagreb 2012. (dalje u bilješkama kao: Kelsen (1934a); brojevi stranica odnose se na hrvatski prijevod); sadrži poglavlje od deset stranica pod naslovom „Tumačenje“, 73–83.

<sup>17</sup> Hans Kelsen, „Zur Theorie der Interpretation“, *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, vol. 8 (1934), 9–17. U engleskom prijevodu Stanleya Paulsona kao „On the Theory of Interpretation“, *Legal Studies* 2/1990., 127–135 (dalje u bilješkama kao: Kelsen (1934b); brojevi stranica odnose se na engleski prijevod).

<sup>18</sup> Paulson (vid. S. L. Paulson (1990), 143.) navedeno označava početkom tzv. druge faze u razvoju Kelsenove teorije tumačenja, dok Bulygin (vid. Bulygin (1995a), 12) ovo drži tek vrhuncem razvoja prve faze, navodeći kako Paulsonova tzv. prva faza ima, glede razvoja same Kelsenove teorije, tek puki povijesni značaj.

<sup>19</sup> Što se tiče, pak, Kelsenove prve važne knjige u području opće teorije prava – *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, u njoj je malo prostora izravno posvećeno tumačenju (tako M. Troper, 518), međutim ista nije posve bez značaja za analizu Kelsenove teorije tumačenja (vid. S. L. Paulson (2008), 7 fn. 3, i 20 fn. 68).

<sup>20</sup> Moguće je da Kelsen dodiruje pitanja tumačenja i u djelu *Allgemeine Staatslehre* iz 1925. i to u §33 (231–5) i §35 (242–4). Tako S. L. Paulson (2008), 20 fn. 68.

članak. Umjesto toga, orijentirat ću se u okviru ovog dijela rada samo na prvo i drugo izdanje *Čiste teorije prava*.

Na samom početku poglavlja o tumačenju prvog izdanja *Čiste teorije prava* Kelsen nam kao polazište daje ono što bismo mogli nazvati vrlo općenitom definicijom tumačenja. Za Kelsena je „tumačenje postupak duha (njem: *ein geistiges Verfahren*) koji prati proces stvaranja prava u njegovu napredovanju od višeg na – tim višim stupnjem određen niži stupanj“.<sup>21</sup>

Problem pravnog tumačenja povezan je, dakle, s **hijerarhijskom strukturom** (njem: *Stufenbau*) pravnog poretka. Naime, sve se norme moraju tumačiti ukoliko se moraju primijeniti, a to znači ukoliko proces stvaranja i primjene prava prelazi s jednog stupnja na drugi.<sup>22</sup> Na primjer, u slučaju primjene zakona treba odgovoriti na pitanje kako se iz opće norme zakona u njezinoj primjeni na neko konkretno činjenično stanje može doći do odgovarajuće pojedinačne norme sadržane u sudskoj presudi ili upravnom aktu.<sup>23</sup> Također, na višoj razini pravnog sustava, postoji i tumačenje ustava – on se tumači prilikom donošenja zakona – u zakonodavnom postupku ili, na primjer, u postupku pri donošenju takozvanih ustavno neposrednih akata poput uredbi iz nužde i slično.<sup>24</sup> U konačnici, ističe Kelsen i na najnižoj razini postoji tumačenje, kao tumačenje pojedinačnih normi – sudskih presuda, upravnih zapovijedi, pravnih poslova, i to svaki puta kada ih treba primijeniti.<sup>25</sup>

Kelsen nadalje ističe da je odnos između višeg i nižeg stupnja, odnosno više i niže norme, u hijerarhijskoj strukturi pravnog poretka, a takav je odnos, na primjer, između ustava i zakona ili zakona i

---

<sup>21</sup> H. Kelsen (1934a), 73.

<sup>22</sup> Ibid.

<sup>23</sup> Tako Kelsen u H. Kelsen (1934a), 73. Čini se da je daljnje Kelsenovo izlaganje primarno iz ovog rakursa.

<sup>24</sup> H. Kelsen (1934a), 73.

<sup>25</sup> Ibid.

sudske presude – **odnos „određivanja ili vezanosti“**.<sup>26</sup> U takvom odnosu norma višeg stupnja regulira akt kojim se stvara norma nižeg stupnja pri tome ne određujući „samo postupak u kojem se niža norma stvara nego **eventualno** i sadržaj te norme“.<sup>27</sup> No, isto tako, jasan je Kelsen, ovo određivanje „**nikad** nije potpuno“, postoji dakle **neodređenost**.<sup>28</sup> Ta neodređenost se može odnositi kako na uvjetujuće činjenično stanje tako i na uvjetovanu posljedicu, to jest „kako na ono *kako* tako i na ono *što* akta koji se treba donijeti“.<sup>29</sup>

Kelsen objašnjava kako neodređenost **može biti jednostavno namjerna**, to jest sadržana u namjeri organa koji stvara višu normu, a s druge strane **može biti i nenamjerna posljedica svojstava one norme** koja se dotičnim aktom treba primijeniti.<sup>30</sup> S treće strane, neodređenost može biti i posljedica činjenice da dvije norme koje istodobno pretendiraju na valjanost – recimo jer su sadržane u jednom te istom zakonu – jedna drugoj posve ili djelomično proturječe.<sup>31</sup>

Situaciju namjerne neodređenosti Kelsen objašnjava kroz primjer hipotetičkog sanitarnog zakona:

„Sanitarni zakon određuje da u slučaju izbijanja epidemije stanovnici nekog grada uz prijetnju kazne moraju poduzeti stanovite mjere za sprečavanje širenja bolesti. Upravni organ ovlašćuje se da te mjere odredi u skladu s različitim bolestima na različite načine“.<sup>32</sup>

Kada govori o nenamjernoj neodređenosti nižeg stupnja Kelsen ističe da se tu u prvome redu radi o **višeznačnosti** neke riječi ili reda riječi kojim se norma izražava.<sup>33</sup> Zatim, može se raditi i o tome da onaj koji normu primjenjuje misli da može pretpostaviti kako postoji

---

<sup>26</sup> Ibid.

<sup>27</sup> Ibid.

<sup>28</sup> Ibid.

<sup>29</sup> H. Kelsen (1934a), 74.

<sup>30</sup> Ibid.

<sup>31</sup> H. Kelsen (1934a), 75.

<sup>32</sup> H. Kelsen (1934a), 74.

<sup>33</sup> H. Kelsen (1934a), 75.

**diskrepancija između jezičnog izraza i njime izražene volje** autoriteta koji normu stvara.<sup>34</sup> Ovakva diskrepancija može biti potpuna ili djelomična.<sup>35</sup> Potpuna je onda kada, na primjer, navodna zakonodavčeva volja ne odgovara ni jednom od mogućih značenja jezičnog izraza norme, a nepotpuna je kada volja zakonodavca odgovara barem jednome od tih značenja.<sup>36</sup> U svakome slučaju, tvrdi Kelsen, mora se smatrati mogućim da se volja stvaratelja norme može istražiti i iz drugih izvora osim samog jezičnog izraza, ukoliko se diskrepancija između izraza i volje smije pretpostaviti.<sup>37</sup> To je, ističe Kelsen, priznavala i tradicionalna jurisprudencija.<sup>38</sup>

U konačnici, norma koja se treba primijeniti u svim tim slučajevima namjerne ili nenamjerne neodređenosti prema Kelsenu tvori samo **okvir** unutar kojega postoji više mogućnosti primjene, pri čemu je **normi sukladan svaki akt koji se drži unutar tog okvira, u bilo kojem ga smislu ispunjava**.<sup>39</sup> Dakle, uvijek mora preostajati ponekad veći, a ponekad manji prostor diskrecijske slobode.<sup>40</sup>

Iz pozicije pozitivnog prava, prema Kelsenu, ne postoji kriterij na temelju kojega bi se jednoj od mogućnosti danih u okviru norme koja se primjenjuje mogla dati prednost pred drugom.<sup>41</sup> Naime, jednostavno ne postoji neka opća pozitivnopravna metoda po kojoj bi se od više mogućih jezičnih značenja neke norme samo jedno moglo odlikovati kao „ispravno“.<sup>42</sup> Također, ističe Kelsen, usprkos svim nastojanjima tradicionalne jurisprudencije, sukob između volje i izraza u korist bilo kojega od njih do sada nije riješen na objektivno

---

<sup>34</sup> Ibid.

<sup>35</sup> Ibid.

<sup>36</sup> Ibid.

<sup>37</sup> Ibid.

<sup>38</sup> Ibid.

<sup>39</sup> H. Kelsen (1934a), 76.

<sup>40</sup> H. Kelsen (1934a), 73.

<sup>41</sup> H. Kelsen (1934a), 77.

<sup>42</sup> Ibid.



valjan način.<sup>43</sup> Sve razvijene metode tumačenja vode samo prema jednom od mogućih, a ne jednom ispravnom tumačenju.<sup>44</sup> Strogo pridržavanje slova zakona ili njegovo zanemarivanje u korist navodne volje zakonodavca (za kojom je traganje najčešće problematično) s pozitivnopravnog gledišta su prema Kelsenu potpuno jednakovrijedne opcije.<sup>45</sup>

Završno, u Kelsenovoj analizi problema tumačenja u okviru *Čiste teorije prava* važno mjesto pripada pitanju je li tumačenje spoznajni ili voljni čin. Tome je u okviru poglavlja o tumačenju posvećen cijeli jedan odlomak.<sup>46</sup> Imajući u ova dva elementa u vidu Kelsen u prvome izdanju *Čiste teorije prava*, kako to pokazuje Chiassoni, detektira tri različita načina na koji se koristi pojam tumačenja:<sup>47</sup>

1. Tumačenje shvaćeno kao spoznaja više mogućih značenja dane norme,<sup>48</sup>
2. Tumačenje shvaćeno kao spoznajni proces utvrđivanja pravno istinitog, ispravnog značenja norme,<sup>49</sup>
3. Tumačenje shvaćeno kao proces popunjavanja takozvanih pravnih praznina.<sup>50</sup>

Samo je tumačenje u prvom iznesenom obliku – kao spoznaja više mogućih značenja dane norme kompatibilno sa čistom teorijom prava, odnosno samo takvo odgovara ispravnoj uporabi tog pojma

---

<sup>43</sup> Ibid.

<sup>44</sup> Ibid.

<sup>45</sup> Ibid.

<sup>46</sup> H. Kelsen (1934a), 78 i 79.

<sup>47</sup> Vid. Pierluigi Chiassoni, „Varieties of Judges-Interpreters“, *Cognition and Interpretation of Law* (eds. Letizia Gianformaggio, Stanley L. Paulson), G. Giappichelli editore, Torino 1995, 40 i 41.

<sup>48</sup> H. Kelsen (1934a), 76.

<sup>49</sup> H. Kelsen (1934a), 76 i 78.

<sup>50</sup> H. Kelsen (1934a), 79. O odnosu Kelsenove teorije tumačenja prema pravnim prazninama više infra u 3. poglavlju 3. dijela rada.

kako je shvaća Kelsen.<sup>51</sup> Kelsen također ističe, kritizirajući tradicionalnu jurisprudenciju koja je bila sklona tvrditi suprotno, kako je dolaženje do pojedinačne norme u postupku primjene zakona od strane ovlaštenog organa, ukoliko se pritom ispunjava okvir opće norme, funkcija volje.<sup>52</sup>

U poglavlju o tumačenju drugoga izdanja *Čiste teorije prava*<sup>53</sup> naizgled nema nekih bitnih razlika prema odgovarajućem poglavlju prvoga izdanja osim u tome da Kelsen ovoga puta uvodi pojmove autentičnog i neautentičnog tumačenja.<sup>54</sup> Također, dio teksta koji se tiče pravnih praznina više se ne nalazi u poglavlju o tumačenju nego je premješten u drugi dio knjige.

**Autentično tumačenje** je ono tumačenje koje daju sudovi odnosno drugi organi koji primjenjuju pravne norme.<sup>55</sup> Ovdje Kelsen odstupa od terminologije kakva je uobičajena u pravnom diskursu gdje se autentičnim tumačenjem naziva ono tumačenje koje daju tvorci normi, a ne sudovi i organi.<sup>56</sup>

Autentično tumačenje, prema Kelsenu, je proces koji se sastoji od dva dijela, dvije djelatnosti.<sup>57</sup> Prva se sastoji u spoznajnom procesu putem kojega se utvrđuje već spomenuti okvir kojega norma daje. Druga se sastoji u voljnom odabiru jedne od mogućnosti koje daje okvir norme, jednog od značenja koje on pruža. Autentično tumačenje akt je stvaranja prava.<sup>58</sup> Ono je akt stvaranja prava za sustave gdje

---

<sup>51</sup> H. Kelsen (1934a), 76.

<sup>52</sup> H. Kelsen (1934a), 78.

<sup>53</sup> Kelsen o tumačenju govori u poglavlju „Tumačenje“ u drugom izdanju *Čiste teorije prava*, u originalu objavljenom kao Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2 Auflage, Beč, Franz Deuticke 1960, dostupnom u engleskom prijevodu kao Hans Kelsen, *The Pure Theory of Law*, University of California Press, Berkeley – Los Angeles 1967. (dalje u bilješkama kao: H. Kelsen (1960); brojevi stranica odnose se na engleski prijevod), 348–356.

<sup>54</sup> E. Bulygin (1995a), 12.

<sup>55</sup> H. Kelsen (1960), 354.

<sup>56</sup> P. Chiassoni, 44 i 45.

<sup>57</sup> H. Kelsen (1960), 354.

<sup>58</sup> H. Kelsen (1960), 353.

vrijedi pravo (sudskih) precedenata – gdje sud (organ) odlukom stvara pravo i za sve buduće slične slučajeve.<sup>59</sup> No, isto tako, ono je akt stvaranja prava i u tome smislu što stvara pravo koje vrijedi za konkretni slučaj, što stvara pojedinačne norme<sup>60</sup>. Tako dolazimo do uvida da je sudbena djelatnost također u jednome stupnju politička poput one zakonodavca. Razlika među njima sastoji se zapravo u stupnju diskrecije koji je veći za zakonodavca (koji je ograničen ustavnim normama), a manji za organe primjene (koji su ograničeni u pravilu zakonskim normama koje mu pružaju okvir).<sup>61</sup>

Ukoliko odabir jednoga od mogućih značenja pada unutar okvira govorimo o primjeni prava.<sup>62</sup> No, isto tako autentičnim tumačenjem Kelsen naziva i slučaj u kojemu organ primjene donese odluku, odnosno stvori normu koja izlazi izvan okvira zadanoga višom normom.<sup>63</sup> Tada, u slučaju da se takva odluka više ne može osporavati jer je stekla svojstvo konačne odluke govorimo o tome da je stvorena posve nova norma.<sup>64</sup>

**Neautentično tumačenje** je tumačenje svih onih koji ne stvaraju pravo. Chiassoni pokazuje kako Kelsen ovdje razlikuje: neautentično tumačenje pravnika, neautentično tumačenje laika i neautentično tumačenje čistih teoretičara prava.<sup>65</sup>

Neautentično tumačenje pravnika odnosi se prije svega na tumačenja koje daju pravni zastupnici zastupajući svoje klijente.<sup>66</sup> Tu se zapravo radi o njihovim prijedlozima sudu glede izbora jednog od značenja pravne norme, onoga koje odgovara njihovom klijentu.<sup>67</sup>

---

<sup>59</sup> Ibid.

<sup>60</sup> Ibid.

<sup>61</sup> Tako Kelsen u H. Kelsen (1960), 353.

<sup>62</sup> Tako Kelsen u H. Kelsen (1960), 353 i 354.

<sup>63</sup> H. Kelsen (1960), 354.

<sup>64</sup> H. Kelsen (1960), 354. Više o ovome problemu u 4. dijelu rada, osobito poglavlju 4.6.

<sup>65</sup> Vid. P. Chiassoni, 43 i 44.

<sup>66</sup> H. Kelsen (1960), 355 i 356.

<sup>67</sup> Ibid.

Također, ovakvo je i tumačenje različitih pravnih pisaca (komentatora) koji se zalažu za ovo ili ono konkretno tumačenje.<sup>68</sup> Oni zapravo imaju za cilj utjecati na rad organa primjene ili na zakonodavstvo. I u slučaju pravnih zastupnika i ovakvih pravnih komentatora radi se zapravo o pravnoj politici.

Neautentično tumačenje laika je tumačenje osoba koje želi svoje ponašanje uskladiti s onim koje propisuje pravo.<sup>69</sup> Ovo tumačenje u sebi također sadrži akt voljni akt – akt odluke da se izabere jedno od mogućih tumačenja koje daje okvir norme.<sup>70</sup> Dakako, razlika prema autentičnom tumačenju je što se ovdje ne stvaraju pojedinačne pravne norme i uvijek postoji rizik da organi primjene takvo tumačenje ne prihvate.<sup>71</sup>

Neautentično tumačenje čistih teoretičara prava ili znanstveno tumačenje<sup>72</sup> kako ga vidi Kelsen je tumačenje koje sebe ograničava na spoznaju okvira pravne norme.<sup>73</sup> Ono se sastoji u **utvrđivanju svih mogućih značenja** koja određena pravna norma može imati.<sup>74</sup> Ovakvo tumačenje je u potpunosti spoznajna djelatnost koja ne zalazi u domenu pravne politike.<sup>75</sup>

---

<sup>68</sup> H. Kelsen (1960), 356.

<sup>69</sup> H. Kelsen (1960), 355.

<sup>70</sup> Ibid.

<sup>71</sup> Ibid.

<sup>72</sup> Kelsen upotrebljava termin znanstveno tumačenje, a Chiassoni ga naziva tumačenjem čistih teoretičara prava. Vid. P. Chiassoni, 43.

<sup>73</sup> H. Kelsen (1960), 355

<sup>74</sup> Ibid.

<sup>75</sup> H. Kelsen (1960), 355 i 356.

### 3. NEGATIVNI ASPEKT KELSENOVIH POGLEDA NA PRAVNO TUMAČENJE (KELSENOV ODNOS PREMA TRADICIONALNOJ JURISPRUDENCIJI)

#### 3.1. Kelsen i pojmovna jurisprudencija

U ovom dijelu rada analizira se negativni aspekt Kelsenove teorije tumačenja, shvaćen kao odgovor na pitanje što za Kelsena nije relevantna teorija pravnog tumačenja.

Čitatelju se može, s pravom, učiniti pomalo neobičnim da se, kao ovdje, pristupa diskusiji o nečemu prvo odgovarajući na pitanje što to nešto nije. No, u kontekstu istraživanja Kelsenovog rada na pitanjima pravnog tumačenja takav redoslijed ima, usuđujem se reći, u potpunosti smisla. Naime, ovaj (negativni) aspekt Kelsenovog pristupa pitanjima pravnog tumačenja upravo je ono što nam se, ako Kelsenov rad analiziramo kronološki, postavlja kao vremenski najranije, predstavljajući nakon toga svojevrsnu konstantu do kraja Kelsenove znanstvene karijere. Uz to, ovaj aspekt je i najjasniji te izaziva najmanje prijepora, barem kod modernih komentatora Kelsenovog rada. Time je, dakle, vođen i ovaj dio rada.

Negativni aspekt onoga što bi bila Kelsenova teorija tumačenja ogleda se prije svega u njegovom odnosu, odnosno odmaku od onoga što on naziva tradicionalnom pravnom znanosti (jurisprudencijom), ili barem prema onome što je ona prema njemu uvelike bila u pravnom krugu zemalja njemačkog govornog područja u 19. stoljeću. Upravo odmak prema toj tradiciji pravne znanosti kako je vidi Kelsen je i ta konstanta koju će Kelsen zadržati do kraja znanstvene karijere.

Kelsen je, eufemistično o tome iskazano, skeptičan prema ideji da u svakom slučaju primjene prava postoji jedno ispravno tumačenje, da pravo uvijek daje jedan ispravan odgovor. Uspoređujući tako tradicionalnu jurisprudenciju s već spomenutom vlastitom idejom o okviru, Kelsen ističe kako ona od tumačenja očekuje ne samo utvrđivanje okvira za pravni akt koji treba donijeti nego i razvijanje

metode kojom bi bilo moguće da se utvrđeni okvir ni manje ni više nego ispravno ispuni.<sup>76</sup> Uobičajena teorija tumačenja tradicionalne jurisprudencije, prema Kelsenu, uvjerava nas da zakon u svojoj primjeni na konkretan slučaj uvijek može pružiti samo jednu ispravnu odluku.<sup>77</sup> Pri tome, ona prikazuje proces tumačenja kao da se radi o intelektualnom činu razjašnjavanja ili razumijevanja, kao da tumač treba aktivirati samo svoj razum, a ne i svoju volju.<sup>78</sup> I, kao da se „isključivo razumom među danim mogućnostima može izvršiti izbor koji odgovara pozitivnom pravu“.<sup>79</sup>

Kelsen kroz prethodno spomenuto svoju teoriju zapravo suprotstavlja tzv. pojmovnoj jurisprudenciji (njem: Begriffsjurisprudenz) ranog 19. stoljeća, a koja se veže uz Friedricha Carla von Savignyja, Georga Puchtu i ranog Rudolfa von Jheringa.<sup>80</sup> Prema njoj, uloga pravne znanosti je u rasvjetljavanju, kao produkta čiste znanstvene dedukcije, pravnih normi koje su jedna s drugom sustavno (sistemske) povezane.<sup>81,82</sup>

Kasniji, i sarkastični Jhering,<sup>83</sup> komentirajući rad sudca kako ga vidi ovakva pojmovna jurisprudencija – kao rad gotovo pa prodajnog automata<sup>84</sup> – opisat će pojmovnu jurisprudenciju na sljedeći način: „Ideja je bila da se primjena zakona pretvori u čisto mehanički proces, čime bi se sučevo razmišljanje pretvorilo u suvišan postupak. Ovdje se možemo prisjetiti mehaničke patke koja skrbi o

---

<sup>76</sup> H. Kelsen (1934a), 76.

<sup>77</sup> Ibid.

<sup>78</sup> Ibid.

<sup>79</sup> Ibid.

<sup>80</sup> Tako Paulson u svom komentaru izdanja H. Kelsen (1934b), 132 fn. 4.

<sup>81</sup> Ibid.

<sup>82</sup> Više o pojmovnoj jurisprudenciji u Hans-Peter Haferkamp, *Begriffsjurisprudenz / Jurisprudence of Concepts*, <http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/inhaltsverzeichnis/19-beitraege/105-jurisprudence-of-concepts>, 29. ožujka 2018.

<sup>83</sup> Prema Paulsonovom prijevodu u S. L. Paulson (2008), 16. Paulson se referira na Jheringov *Der Zweck im Recht* (2. izdanje, 1884. godina), 394.

<sup>84</sup> Metafora samog Stanleya Paulsona u S. L. Paulson (2008), 16.

svojim probavnim procesima na mehanički način – slučaj je unesen u stroj za presuđivanje na prednjem dijelu, a presuda izlazi na stražnjem“.<sup>85</sup>

Na riječima nešto blaži Kelsen reći će o ovakvoj pojmovnoj jurisprudenciji, ovaj puta izravno je suprotstavljajući vlastitoj (čistoj) teoriji, sljedeće:

„Shvaćanje po kojem je tumačenje spoznaja pozitivnog prava, i kao takvo postupak kojim se iz već postojećih normi dolazi do novih, osnova je takozvane pojmovne jurisprudencije, koju odbacuje i čista teorija prava. Čista teorija prava opovrgava mišljenje da se putem spoznaje mogu stvarati nove norme, koje mišljenje naposljetku odgovara potrebi da se pravo predočava kao čvrst poredak koji sa svih strana određuje ljudsko ponašanje, a pogotovo rad organa koji primjenjuju pravo, prije svega sudova, tako da se njihova funkcija, pa dakle i tumačenje trebaju vidjeti samo kao traženje već postojećih normi koje se stoga trebaju samo razotkriti u posebnom postupku. Tradicionalna teorija prava samo nastoji – svjesno ili ne održati iluziju pravne sigurnosti“.<sup>86</sup>

Slično će Kelsen ponoviti i u uvodu u vlastiti znanstveni komentar Povelje Ujedinjenih naroda 1950. godine:

„Znanstveno tumačenje treba izbjeći davanje podrške fikciji kako uvijek postoji jedno ‘ispravno’ tumačenje normi koje trebaju biti primijenjene u konkretnim slučajevima. Ova fikcija, istina je, može imati neke političke prednosti. Stranka čiji je zahtjev pravna vlast odbila mogla bi to [odbijanje] lakše prihvatiti ako bi bila uvjerena da druga odluka, druga ispravna odluka, nije bila moguća... Osim toga, znanstvena metoda kojom se na temelju kritičke analize pokazuju sva moguća tumačenja pravne norme, čak i ona koje su politički nepoželjna i ona koja dopuštaju zaključak da nisu bila željena od strane zakonodavca, mogu imati praktičan učinak koji nadilazi

---

<sup>85</sup> Prijevod odlomka iz *Der Zweck im Recht* (2. izdanje, 1884.) učinjen prema engleskom prijevodu S. Paulsona u ibid.

<sup>86</sup> Kelsen, H. Kelsen (1934a), 79.

prednosti upravo spomenute fikcije. Pokazujući zakonodavcu kako njegov proizvod zaostaje za ciljem koji ima svaka pravotvorna funkcija, to jest, iza nedvosmislene regulacije odnosa među pojedincima ili međudržavnih odnosa, može ga potaknuti da poboljša vlastitu tehniku<sup>87</sup>.

### 3.2. Kelsen i škola slobodnog prava

Zanimljivo je na ovome mjestu uočiti i svojevrsni paralelizam, a i više od paralelizma, između Kelsena i tzv. pokreta (škole) slobodnog prava (njem: Freirechtsbewegung) vezanog uz figuru njemačkog pravника Hermanna Kantorowicza koji je pokretu dao i ime. Kelsen je, naime, izravno prigrlio ovaj pokret kao kompatibilan svojim shvaćanjima, osvrćući se u jednom svojem znanstvenom članku na monografiju svog, u ovom radu već spomenutog, mlađeg kolege Fritza Schreiera, a kojoj je tema bila upravo pravno tumačenje.<sup>88</sup>

Kantorowicz je tako o tradiciji, a posebno se to odnosi na tzv. pravno konstruiranje,<sup>89</sup> svojstveno tzv. pojmovnoj jurisprudenciji, rekao sljedeće:

„Prevladavajuće mišljenje o idealnom pravniku je sljedeće: Neki visoki državni službenik, akademski obrazovan, sjedi u svojem sobičku, naoružan samo strojem za mišljenje, jednim od najvršnjih,

---

<sup>87</sup> Hans Kelsen, *The Law of The United Nations. A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, Stevens & Sons Limited, London 1951. (dalje u bilješkama: H. Kelsen (1951)), XVI.

<sup>88</sup> S. L. Paulson (2008), 20, kao i fn. 67 i fn. 68. Radi se naime o Kelsenovom članku „Juristischer Formalismus und reine Rechtslehre“ koji se osvrće na Schreierovu knjigu pod naslovom „Die Interpretation der Gesetze und Rechtsgeschäfte“.

<sup>89</sup> Ovo pravno konstruiranje ne bi trebalo brkati s pojmom pravnog konstruiranja u suvremenoj teoriji prava. Za primjer suvremenog poimanja pravnog konstruiranja vid. Riccardo Guastini, *Sintaksa prava*, Naklada Breza, Zagreb 2016, poglavlje o pravnom konstruiranju, 381–391. Za objašnjenje tradicionalnog pravnog konstruiranja vid. Berislav Perić, *Država i pravni sustav*, Informator, Zagreb 1994, 216.



dakako. Jedini komad namještaja u sobi je zeleni stol, ponad kojeg se nalazi zakonik koji leži otvoren ispred njega. Podastrijet mu je ovaj ili onaj slučaj, stvaran ili jednostavno hipotetički. I, kako i odgovara njegovoj dužnosti, on je u položaju da, uz pomoć u potpunosti logičkih operacija i tajne tehnike koju razumije samo on, demonstrira s apsolutnom preciznošću u zakonu već predodređenu odluku<sup>90</sup>.

Što Kantorowicz dalje kaže o klasičnim sredstvima pravnog tumačenja?<sup>91</sup>

O tzv. pravnom konstruiranju, svojstvenom za tzv. pojmovnu jurisprudenciju kako je ovdje shvaćena, shvaćenom kao objašnjavanje i korištenje pravnih pojmova koji navodno proizlaze iz prava shvaćenog kao cjeline, a u cilju omogućavanja ispravnog tumačenja prava u pojedinom slučaju, Kantorowicz ima negativan stav. Negativan u tom smislu što ni ova metoda ne može biti uzdignuta na pijedestal objektivnosti. Ona jednostavno samo može pokazati da primjena ovih ili onih pojmova dovodi do željenog rezultata.<sup>92</sup> Može li pak taj rezultat biti pravno opravdan, može li on doista biti ispravan, to pitanje ovdje, prema Kantorowiczu, ostaje jednostavno neodgovoreno.<sup>93</sup>

Što se tiče *reductio ad absurdum* kao tumačenjske tehnike, ona također, ostavlja otvorenim pitanje opravdanja.<sup>94</sup> Ona nastoji pokazati da je ovo ili ono tumačenje nemoguće jer rezultat koji iz njega proizlazi nije bio namjeravan od strane zakonodavca.<sup>95</sup> Prema

---

<sup>90</sup> Prema Paulsonu, S. L. Paulson (2008), 18, koji se referira na knjigu Hermanna Kantorowicza *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, iz 1906. (dalje u bilješkama: Kampf).

<sup>91</sup> Kantorowiczev kritički prikaz ovdje izlažem prema Stanleyu Paulsonu. Vid. S. L. Paulson (2008), 18–20. Sličan, ali dakako iscrpniji prikaz Kantorowiczevih stavova o klasičnim metodama pravnog tumačenja daje Zoran Pokrovac. Vid. Zoran Pokrovac, „Herman U. Kantorowicz i slobodnopravni pokret“, doktorska disertacija, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Split 1995, 179–199.

<sup>92</sup> S. L. Paulson (2008), 19, referirajući se na Kampf, 22.

<sup>93</sup> Ibid.

<sup>94</sup> S. L. Paulson (2008), 19.

<sup>95</sup> Ibid.

Kantorowiczu, ideja o plodnosti ove tehnike bazirana je na naivnoj i nesvjesnoj pretpostavci da zakonodavac želi isto što i primjenjivač norme u konkretnom slučaju.<sup>96</sup>

Glede analogije, Kantorowicz je također skeptičan.<sup>97</sup> Naime, rijetko je moguće da naiđemo na neki slučaj A koji nema barem neke sličnosti s nekim slučajem B.<sup>98</sup> Ono što je i ovdje u konačnici zapravo potrebno jest kriterij za odluku o tome koju ćemo sličnost uzeti kao relevantnu, a koju ćemo odbaciti kao irelevantnu.<sup>99</sup> No, takav kriterij ovdje je izazovno neuočljiv. Pitanje opravdanja i dalje ostaje otvoreno.<sup>100</sup>

Sličan stav navedenim stavovima Kantorowicz ima i glede uporabe fikcija kao tumačenjskog sredstva – one su rijetko prihvatljive.<sup>101</sup> Prihvatljive su tamo gdje se u sadašnje pravo unosi povijesna dimenzija, a neprihvatljive kada se norma sistematski primjenjuje na slučajeve koji nisu obuhvaćeni njenim dosegom, u kojem su slučaju samo elegantni pokrivač za ostvarivanje praktičnih interesa.<sup>102</sup>

Kantorowicz se osvrće i na interesnu jurisprudenciju (njem: *Interessenjurisprudenz*) Philippa Hecka i tübingenške škole.<sup>103</sup> Prema njoj pravna norma egzistira na granici između oprečnih interesa razrješavajući njihov konflikt. Pravorijek se stoga sastoji u odvagivanju interesa u pitanju. Ovo odvagivanje je u stvari vrijednosni sud. Za Kantorowicza je ovo odvagivanje posve arbitrarno pa ga odbacuje.

Sličnost Kelsenovih stavova navedenim stavovima Kantorowicza postaje uočljiva osobito u 37. odlomku prvog izdanja

---

<sup>96</sup> S. L. Paulson (2008), 19, referirajući se na Kampf, 22.

<sup>97</sup> S. L. Paulson (2008), 19.

<sup>98</sup> S. L. Paulson (2008), 19, referirajući se na Kampf, 23 i 36.

<sup>99</sup> Ibid.

<sup>100</sup> S. L. Paulson (2008), 19.

<sup>101</sup> Tako S. L. Paulson (2008), 19, referirajući se na Kampf, 24.

<sup>102</sup> Ibid.

<sup>103</sup> S. L. Paulson (2008), 19 i 20, referirajući se na Kampf 19.

*Čiste teorije prava*, naslovljenom „Takozvane metode tumačenja“. Stanley Paulson rasvjetljava (tekstualno uočljiv) paralelizam između Kelsena i Kantorowiza dijeleći Kelsenove stavove iznesene u *Čistoj teoriji prava* u četiri rubrike<sup>104</sup>:

1. Kelsen ističe kako nema temelja zaključku da je priklanjanje tekstu ispravna metoda tumačenja, ali ni zaključku da je ispravno traganje za zakonodavčevom namjerom: „Zanemariti slovo zakona da bi se držalo navodne volje zakonodavca ili se strogo pridržavati slova zakona te si pritom ne razbijati glavu – najčešće problematičnom – voljom zakonodavca, to su – pozitivnopravno gledano – posve jednakovrijedne mogućnosti“.<sup>105</sup>
2. Nema mjesta sistemskoj primjeni argumenta a contrario i analogije, slično poput Kantorowicza, ali nedostatak kriterija se kod Kelsena odnosi i na sam izbor između ova dva sredstva: „Da su uobičajena sredstva tumačenja, argumentum a contrario i analogija, potpuno bezvrijedna, to postaje dovoljno jasno otuda što ona vode suprotnim rezultatima i nema kriterija za to kada treba primijeniti jedno ili drugo“.<sup>106</sup>
3. Interesna jurisprudencija ne nalazi objektivni kriterij za tzv. odvagivanje interesa kao načina tumačenja: „I načelo takozvanog vaganja interesa samo je formulacija problema o kojem se ovdje radi, a ne njegovo rješenje. Ono ne sadrži objektivno mjerilo po kojem se suprotstavljeni interesi mogu međusobno uspoređivati te po kojem se, dakle, može odlučivati o sukobima interesa. To se mjerilo pogotovo ne može izvući iz norme koja se tumači ili zakona koji je sadrži ili čitavog pravnog poretka, kao što to misli nauk o takozvanom vaganju interesa“.<sup>107</sup>

---

<sup>104</sup> S. L. Paulson (2008), 18–20.

<sup>105</sup> H. Kelsen (1934a), 77.

<sup>106</sup> Ibid.

<sup>107</sup> Ibid.

4. Slično Kantorowiczevom negativnom stavu o uporabi fikcija glede praznina u pravu Kelsen u prvom izdanju *Čiste teorije prava* govori kako zapravo u pravu praznina u pravom smislu ne može biti jer je odsustvo norme zapravo samo negativna norma – ako pravo nije prepoznato u zakonu, pravno gledajući to pravo i ne postoji.<sup>108</sup> Takozvano popunjavanje praznina prema Kelsenu zapravo je samo zamjena takve negativne norme pozitivnom (shvaćenom kao boljom, pravednijom ispravnijom), zapravo eliminacija norme.<sup>109</sup>

S druge strane, trebalo bi, ipak, kako nam to pokazuje Claudio Luzzati, razlikovati ove dvije škole.<sup>110</sup> Premda među njima postoji nesumnjivi paralelizam, ono što Kelsen zapravo kaže, ističe Luzzati, jest da čista teorija prava nije u kontrastu prema školi slobodnog prava, da među njima svakako postoji analogija, ali to ne znači da postoji istoznačnost.<sup>111</sup> S jedne strane, obje negiraju ideju o jednom ispravnom rješenju za svaki pravni problem, obje priznaju da se sudbena djelatnost sastoji i u stvaranju, obje imaju ideju o pravu kao okviru.<sup>112</sup> No, s druge strane, Kelsenova teorija, kako nadalje pokazuje Luzzati, nije zapravo u opoziciji prema ijednoj konkretnoj metodi tumačenja shvaćenoj (barem u dijelu) kao stvaranje prava, jer je stvaranje pitanje pukog izbora, odluke, političko pitanje.<sup>113</sup> Čista teorija prava je, kako poentira Luzzati, „wertfrei“,<sup>114</sup> ona se ne bavi političkim pitanjima. Nasuprot tome, škola slobodnog prava miješa znanstvena i politička pitanja.<sup>115, 116</sup>

---

<sup>108</sup> H. Kelsen (1934a), 79–81.

<sup>109</sup> H. Kelsen (1934a), 80.

<sup>110</sup> Claudio Luzzati, „Kelsen vs. Bulygin on Legal Interpretation: how not to Read Kelsen through Hart’s Eyes“, *Cognition and Interpretation of Law* (eds. Letizia Gianformaggio, Stanley L. Paulson), G. Giappichelli editore, Torino 1995, 103–104.

<sup>111</sup> Ibid., 103.

<sup>112</sup> Ibid.

<sup>113</sup> Ibid., 103 i 104.

<sup>114</sup> Njem: vrijednosno neutralna.

<sup>115</sup> C. Luzzati, 104.

Nadalje, između škole slobodnog prava i Kelsena postoji razlika i prema pogledu na pitanje pravnih praznina.<sup>117</sup> Škola slobodnog prava govori o prazninama kada u zakonima ne postoji definitivni odgovor na određeno pitanje.<sup>118</sup> Nasuprot tome, Kelsen slijedeći tradicionalnu doktrinu kontinentalnog prava govori o prazninama kao situacijama u kojima ne postoji opća pozitivnopravna norma za dotični slučaj.<sup>119</sup> Nešto detaljnije o tome reći ću u poglavlju koje slijedi.

### 3.3. Pitanje pravnih praznina

Kelsen zaključuje da praznine u pravu u pravom smislu riječi ne mogu postojati, pravo je zatvoreni sustav – praznine su samo konstrukcija onih koji žele zamijeniti jednu pozitivnopravnu normu drugom normom. Tako Kelsen kaže:

„Svaki se pravni spor sastoji u tome da jedna strana postavlja neki zahtjev protiv druge, a odluka kojom se taj zahtjev prihvaća ili odbacuje ovisi o tome da li zakon, to jest neka vrijedeća norma koja se primjenjuje na konkretan slučaj, određuje pravnu obvezu za koju se tvrdi da postoji. Budući da nema treće mogućnosti, odluka je uvijek moguća, i to uvijek na temelju zakona, to jest njegovom primjenom. I u odluci kojom se zahtjev odbacuje primjenjuje se vrijedeći pravni poredak. Jer time što ljude obvezuje na sasvim određeno ponašanje, on s druge strane tih pravnih obveza jamči slobodu. Spram onoga tko od drugoga zahtijeva ponašanje koje nije određeno vrijedećim poretkom taj drugi ima pravnim poretkom priznato „pravo“ na propuštanje toga ponašanja – pravo u smislu pravno zajamčene slobode“.<sup>120</sup>

---

<sup>116</sup> Upor. s ciljevima pokreta slobodnog prava kako ih iznosi Pokrovac u Pokrovac (1995), 393.

<sup>117</sup> C. Luzzati, 104.

<sup>118</sup> Ibid.

<sup>119</sup> C. Luzzati, 105.

<sup>120</sup> H. Kelsen (1934a), 79 i 80.

S druge strane, Kelsen diskutira i o „tehničkim prazninama“ i o „zakonodavčevoj teoriji praznina“, dodajući im pridjev „takozvane“.<sup>121</sup>

Kelsen obrazlaže da su „tehničke praznine“ naziv uobičajen u tradicionalnoj jurisprudenciji za situacije u kojima zakonodavac propusti normirati nešto što bi tobože morao da bi uopće bilo moguće primijeniti zakon. No, ni tu ne postoje praznine, ističe, jer radi se ili o razlici između postojećeg i željenog prava ili neodređenosti koja je posljedica okvirnog karaktera norme.<sup>122</sup>

Za prvo Kelsen daje primjer: „zakon normira obveze iz kupoprodaje, ali – kako se kaže – ne daje nikakve odredbe o tome tko snosi rizik ako prodana stvar bez krivnje bilo koje od stranaka bude uništena prije predaje“ te zatim poentira: „No nije točno da zakonodavac o tome ne daje „nikakve“ odredbe nego se radi o tome da ne određuje da se prodavač oslobađa obveze da isporuči robu ili pruži naknadu“.<sup>123</sup> Ovdje se, kaže Kelsen, radi samo o tome da onaj tko drži da je poželjno da se prodavatelj oslobodi obveze biva sklon isticati da se radi o nekakvoj praznini, ali to je samo njegova želja, a ne vrijedeće pravo.<sup>124</sup>

Kao primjer za neodređenost kao posljedicu okvirnog karaktera norme Kelsen ističe hipotetsku situaciju u kojoj zakon uređuje da se neki „organ treba formirati izborom, ali ne uređuje izborni postupak“.<sup>125</sup> Kelsen zaključuje da se ovdje ne radi o praznini nego o diskreciji.<sup>126</sup> Organ može postupak urediti po svojoj procjeni.

Isto tako, norma može imati i besmislen sadržaj – „budući da su zakoni čovjekova djela, to nije isključeno“.<sup>127</sup> Kelsen daje primjer:

---

<sup>121</sup> H. Kelsen (1934a), 81–83.

<sup>122</sup> H. Kelsen (1934a), 81.

<sup>123</sup> Ibid.

<sup>124</sup> Tako Kelsen u H. Kelsen (1934a), 81.

<sup>125</sup> H. Kelsen (1934a), 81.

<sup>126</sup> Ibid.

<sup>127</sup> H. Kelsen (1934a), 82.

„zakon određuje da neki kolegij, da bi mogao djelovati, mora sazvati njegov predsjednik, a ujedno i da on sam mora izabrati svojega predsjednika, no ne sadrži odredbu o okupljanju kolegija za slučaj kada ne postoji predsjednik“. <sup>128</sup> Ako je smisao da kolegij može sazvati samo predsjednik, onda prema Kelsenu takav kolegij uopće ne može zakonito funkcionirati. Poanta je da i ovdje ne postoji praznina kako se često tvrdi.

Kelsen također, kako je navedeno, diskutira i o takozvanoj zakonodavčevoj teoriji praznina. Kelsen zapravo zaključuje da je zakonodavčevo pretpostavljanje postojanja praznina efektivno nešto drugo, a ne pretpostavljanje postojanja praznina, mada zakonodavac može, potaknut tradicionalnom teorijom i njezinom zabludom, doista i misliti da u pravu mogu postojati praznine u pravome smislu. Naime, kada zakon „upućuje suca da u slučaju „praznine“ odluči onako kako bi odlučio zakonodavac, onda to znači davanje sucu ovlasti da u slučajevima u kojim smatra da je primjena zakona neprihvatljiva umjesto zakona odlučuje po vlastitoj procjeni“. <sup>129</sup> Zakonodavac na taj način delegira svoje zakonodavne ovlasti na primjenitelje normi. S jedne strane je, tvrdi Kelsen, ovakvo delegiranje u pravu korisno – „dobrome zakonodavcu nije moguće odreći se eventualno nužnog ispravljanja zakona. Jer on unaprijed mora računati s tim da će biti činjeničnih stanja koja niti je predvidio niti može predvidjeti“. <sup>130</sup> S druge pak strane postoji i „neizbježno izlaganje opasnosti[...] da delegirani zakonodavac odlučuje i u slučajevima u kojima je izvorni zakonodavac želio da se primjenjuje njegov zakon, čime se, naravno, općenito dovodi u pitanje načelo zakonitosti primjene te stoga i valjanosti općih normi donesenih da bi ih primjenjivali sudovi i upravni organi, a prijeti i premještanje težišta stvaranja prava s općeg zakonodavca na pojedinačnog primjenitelja prava“. <sup>131</sup>

---

<sup>128</sup> H. Kelsen (1934a), 81 i 82.

<sup>129</sup> H. Kelsen (1934a), 82.

<sup>130</sup> Ibid.

<sup>131</sup> H. Kelsen (1934a), 83.

Za Kelsena praznine istinski mogu biti samo aksiološke.<sup>132</sup> Pravo je zatvoreni sustav koji uvijek može dati odgovor pa tako:

„Prema tome, takozvana „praznina“ nije ništa drugo nego razlika između pozitivnog prava i poretka koji netko smatra boljim, pravednijim, ispravnijim“.<sup>133</sup>

Prave praznine za Kelsena su izvan prava, i izvan pitanja tumačenja – „jer tumačenjem se iz norme ne može izvući nešto što u njoj već nije bilo sadržano“.<sup>134</sup>

Pitanje aksioloških praznina i njihovog „popunjavanja“ prema Kelsenu nije u domeni tumačenja i primjene prava nego pitanje pravne politike, što je vjerojatni razlog zašto u odgovarajućem poglavlju o tumačenju u drugom izdanju *Čiste teorije prava* više nema govora o prazninama.<sup>135, 136</sup>

Kelsen potpuno identičan stav o prazninama, doduše u nešto rafiniranijem obliku, zadržava i u *Općoj teoriji normi*, bez obzira na promjene u širem sustavu njegove teorije.<sup>137, 138</sup> Tako Kelsen između ostalog kaže:

„O „praznini“ u pravu najčešće se govori kada bi neko ponašanje koje je po vrijedećem pravu negativno dopušteno, što znači pravno niti zabranjeno niti zapovjedbno, dakle pravno slobodno, s

---

<sup>132</sup> C. Luzzati, 105.

<sup>133</sup> H. Kelsen (1934a), 80.

<sup>134</sup> H. Kelsen (1934a), 82.

<sup>135</sup> Tako i C. Luzzati, 105.

<sup>136</sup> Vid. H. Kelsen (1960), 348–356.

<sup>137</sup> Vid. Hans Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Manz, Wien 1979, dostupno u hrvatskom prijevodu kao Hans Kelsen, *Opća teorija normi*, Naklada Breza, Zagreb 2015 (dalje u bilješkama kao: H. Kelsen (1979), brojevi stranica odnose se na hrvatski prijevod), 31. poglavlje: Pravno reguliranje ljudskog ponašanja: pozitivno ili negativno – Zatvorenost pravnog poretka; praznine u pravu, 148–150.; zatim i 58. poglavlje: Primjena pravila zaključivanja na norme, točka III. „Praznina u pravu“, 241–242. i točka IV. Ovlaštenje da se „popunjavaju praznine“, 242–243.

<sup>138</sup> U H. Kelsen (1960) nalaze se u poglavlju 35. točka g), 245–250.



nekog moralno-političkog stajališta *trebalo* biti pravno zapovjedbano ili zabranjeno<sup>139</sup>. Te dalje u tekstu:

„Ako se smatra da se može pretpostaviti da je organ za primjenu prava ovlašten „ispuniti tu prazninu“, onda to znači da je organ za primjenu prava pozitivnim pravom ovlašten o konkretnom slučaju odlučivati prema moralno-političkom principu čiju valjanost pretpostavlja, čime pozitivno pravo delegira taj moralno politički princip, tj. pretvara ga u pravnu normu...“ te „...doduše, sa stajališta konzekventnog pravnog pozitivizma neophodan je dokaz da pozitivni pravni poredak izričito ili prešutno sadrži takvo ovlaštenje“.<sup>140</sup>

Kelsen pitanje tumačenja ograničava u oba smjera, pravo u svakom konkretnom slučaju nije u potpunosti određeno, ali nije u potpunosti ni neodređeno.<sup>141</sup>

### 3.4. Kelsen nasuprot normativnih i deskriptivnih teorija tumačenja

Ono što bi vrijedilo kao relevantna teorija pravnog tumačenja, u kontekstu Kelsenove teorije prava, svakako ne bi spadalo u spektar nekih od normativnih, ali ni deskriptivnih teorija.

Normativne teorije, kao one koje tvrde da postoji jedan ispravni način i ishod tumačenja, Kelsen odbacuje zbog, pojednostavljeno rečeno, nedostatka objektivnog kriterija. Pravna norma je samo okvir koji može uspostaviti više mogućih značenja, a izbor između njih je politički. Konzekventno, kako je za Kelsena

---

<sup>139</sup> H. Kelsen (1979), 149.

<sup>140</sup> H. Kelsen (1979), 149 i 150.

<sup>141</sup> Upor. s Guastinijevom dihotomijom onoga što se u svakodnevnom govoru pravnika misli pod tumačenjem na „tumačenje u striktnom smislu“ i „pravno konstruiranje“ u koje bi spadalo i stvaranje aksioloških praznina, u Riccardo Guastini, „A Realistic View on Law and Legal Cognition“, 2014. <https://digitanos.files.wordpress.com/2014/11/guastini-2014-a-realistic-view-on-law-and-legal-cognition.pdf>, 29. ožujka 2018., 2–3. Također vid. i Guastini (2016), 357 i 358.

dužnost pravne znanosti utvrđivanje istine, a istine ne može biti u izboru ovog ili onog tumačenja jer to nije pitanje istine, onda tumačenje tako (normativno) shvaćeno leži izvan dosega pravne znanosti, pravna znanost može samo „spoznavati i opisivati pravne norme, a ne stvarati ih“.<sup>142, 143</sup>

Deskriptivne teorije ili partikularne teorije, teorije koje bi objasnile pojedine konkretne argumente u pojedinim pravnim sustavima nisu predmet Kelsenove teorije stoga što bi se takav metodološki pristup kosio s onime što Paulson naziva „širi Kelsenov sistem“.<sup>144</sup> Kelsenov cilj je razviti teoriju prava koja je opća, a ne partikularna teorija nekog konkretnog pravnog poretka, a takva intencija nesumnjivo se zrcali, kao *pars pro toto*, i u njegovim izlaganjima o tumačenju.<sup>145</sup> Shodno ovome, polazište mnogih kritičara Kelsenove filozofije prava, osobito ranih kritičara, bila je i notorna optužba za tzv. formalizam ili logicizam.<sup>146</sup> Mogući Kelsenov odgovor bio bi formuliran ovako:

„Proglasiti čisto formalne pojmove prava bezvrijednima stoga što su prazne formule, bilo bi ravno tome da se odbace pojmovi geometrije stoga što samo obuhvaćaju tjelesne forme ne govoreći ništa o njihovom tjelesnom sadržaju“. Te dalje: „U odnosu na njezin formalni karakter, jurisprudencija može biti okarakterizirana – naravno ne sugerirajući sličnost u svakom pogledu – kao geometrija svih manifestacija prava“.<sup>147</sup>

---

<sup>142</sup> H. Kelsen (1979), 445, fn. 155.

<sup>143</sup> Zanimljiv primjer normativne teorije koja to priznaje da jest bi mogla biti teorija koju nudi Aharon Barak, koji predlaže teoriju tumačenja koja je najbolja za tumačenje prava u demokraciji. Vid. Aharon Barak, *Purposive Interpretation in Law*, Princeton University Press, Princeton – Oxford 2005, 9.

<sup>144</sup> S. L. Paulson (2008), 34.

<sup>145</sup> Kelsenovi osnovni metodološki postulati izraženi su već u H. Kelsen (1934a), 13.

<sup>146</sup> S. L. Paulson (2008), 9.

<sup>147</sup> Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 93, prema Paulsonu, S. L. Paulson (2008), 38.

Kelsen lakom rukom odbacuje tradicionalne kanone tumačenja stoga što tvrde da nam proces tumačenja uvijek daje jedan ispravni odgovor, da postoji jedan ispravni tumačenijski modus, da postoji jedno ispravno tumačenje. Ostaje nam upitati se: ostaje li nakon ovog odbacivanja ipak nekakav Kelsenov konstruktivni element u prilog jednoj općoj teoriji tumačenja shvaćenoj kao spoznavanje granica okvira tumačenja koji, prema Kelsenu, daje opća pravna norma?

Postoji li shodno tome jedna kelsenovska opća teorija tumačenja, inherentna pravu uvijek i svugdje koja daje odgovor na ovo pitanje? Stanley Paulson postavljajući ovakvo pitanje na njega u konačnici daje (kontroverzan) negativni odgovor: Kelsenova teorija tumačenja ustvari je samo polemički diskurs s tradicionalnim teorijama tumačenja. Je li Paulson u pravu? Odgovor ću pokušati dati u idućem dijelu rada.

### 3. KONSTRUKTIVNI ELEMENTI KELSENOVE TEORIJE PRAVNOG TUMAČENJA

#### 4.1. Objekt tumačenja

Da bi se uopće prionulo tumačenju kao aktivnosti duha nužno je postojanje onoga što se tumači; nužno je odgovoriti na pitanje što je objekt tumačenja. U kontekstu prava Kelsen nam daje zanimljiv odgovor.

U svakodnevnom jeziku, pa i u svakodnevnom jeziku pravnika,<sup>148</sup> često je riječ norma poistovjećena s onime što se naziva normativnim formulacijama (normativnim tekstom, odredbama).<sup>149</sup> Međutim, u kontekstu tumačenja, kada se stvar poblize pogleda, postaje jasno da pravi objekt tumačenja nije (ne može biti) norma, već

---

<sup>148</sup> I ne samo u svakodnevnom već i znanstvenom: normu i normativni tekst u natuknici o „tumačenju“ izjednačuje i hrvatski *Pravni leksikon*, 1638.

<sup>149</sup> R. Guastini (1995), 108.

samo normativne formulacije (ili normativni tekst<sup>150</sup>).<sup>151</sup> Naime, ako se norma shvati kao značenje (smisao),<sup>152</sup> a tumačenje kao aktivnost pridavanja (ili dovodenja u vezu) značenja (smisla), eventualno tumačenje norme javlja se kao besmisleno – kao pridavanje značenja značenju (smisla smislu).<sup>153</sup> Ispravnije bismo možda mogli reći: normativna formulacija je rezultat zakonodavne djelatnosti i objekt tumačenja, dok je norma (nasuprot normativnog teksta ili čak pojedinih rečenica)<sup>154</sup> rezultat (ne nužno i potpuni proizvod!) djelatnosti tumačenja, ona je značenjski sadržaj normativnih formulacija (riječi, likova, znakova).<sup>155</sup>

Kelsen u *Čistoj teoriji prava* nije odlučan napraviti iznesenu oštru razdiobu između pojma norme i pojma normativne formulacije. Na pitanje što je objekt tumačenja Kelsen nam daje odgovor: norma. Zašto je tome tako i što doista Kelsen pod time misli?

Na ovu kritiku koja se tiče nejasnosti Kelsen je odgovorio u posthumno objavljenoj *Općoj teoriji normi*:

„Tu valja primijetiti: može se govoriti o normi kao smislu – smislu voljnog čina – a i o smislu norme. Smisao norme postaje problematičnim kada nije jasan jezični izraz u kojem se norma javlja. Utvrđivanje smisla te norme svrha je tumačenja norme“.<sup>156</sup>

<sup>150</sup> Ako za termin uzmemo najčešću formu u modernom pravu.

<sup>151</sup> Tako R. Guastini (1995), 108, zatim i M. Troper, 521, a u hrvatskoj pravnoj književnosti i Visković, referirajući se na Carlosa Cossija i njegovu knjigu *Pravo kao kultura* (vid. Nikola Visković, *Teorija države i prava*, Centar za dopisno obrazovanje – Birotehnika, Zagreb 2001, 241).

<sup>152</sup> Tako H. Kelsen (1979), 16.

<sup>153</sup> M. Troper, 521.

<sup>154</sup> Na primjer, članak 110. Kaznenog zakona Republike Hrvatske (NN 125/11, 144/12, 56/15, 61/15) koji kaže „Tko ubije drugoga kaznit će se kaznom zatvora od najmanje pet godina“ predstavlja samo jednu normativnu rečenicu, dok je norma značenje koje se dobiva tumačenjem niza normativnih rečenica, normu o ubojstvu onda čine i, između ostaloga, odredbe o isključenju protupravnosti u slučaju nužne obrane (članak 21.).

<sup>155</sup> R. Guastini (1995), 108. Vid. i Guastini (2016), 352, kao i 361 te 362.

<sup>156</sup> H. Kelsen (1979), 293, fn. 1.

Ovakvo shvaćanje podvrgnuo je kritici Michel Troper. Prema njemu, ovakva Kelsenova razdioba ne može biti održana ni po samoj Kelsenovoj teoriji.<sup>157</sup> Naime, kako možemo znati da je norma objektivni smisao voljnog čina,<sup>158</sup> ako je jezični izraz nejasan? Nejasnost jezičnog izraza čini u cijelosti problematičnim bilo kakvo pridavanje objektivnog normativnog smisla nekom aktu volje, a ne samo njegov nekakav daljnji smisao.<sup>159</sup> I to stoga taj akt, da bi imao objektivno normativno značenje, da bismo ga razlikovali, na primjer, od zapovijedi grupe razbojnika, treba odgovarati drugoj normi, prema Kelsenu, u svakom pogledu.<sup>160</sup> Ako je jezični izraz nejasan problematičnim postaje utvrđivanje bilo kakvog odgovaranja jer nam nisu jasni predmeti usporedbe. Nemoguće je ne samo utemeljivanje smisla norme, nego i norme kao smisla.<sup>161</sup> Kelsenova razdioba je stoga neodrživa. Po samom Kelsenu nešto je objektivno vrijedeća norma ako i samo ako takvo značenje dobiva od neke druge norme. „Norma fungira kao shema tumačenja. Ona sama stvara se nekim pravnim aktom koji opet sa svoje strane dobiva značenje od neke druge norme“.<sup>162</sup> Kelsen tvrdi:

„pravo regulira svoje vlastito stvaranje, i to na način da jedna pravna norma regulira postupak u kojem se stvara neka druga pravna norma te – u različitom stupnju – i sadržaj norme koja se treba stvoriti. Budući da uz dinamički karakter prava neka norma ima valjanost zato što i ukoliko je stvorena na određen način, naime određena nekom drugom normom, ta norma predstavlja temelj njezine valjanosti“.<sup>163</sup>

---

<sup>157</sup> M. Troper, 521.

<sup>158</sup> H. Kelsen (1934a), 14.

<sup>159</sup> U tom smislu M. Troper, 521, osobito fn. 8.

<sup>160</sup> H. Kelsen (1934a), 15 i 16 te 62.

<sup>161</sup> U tom smislu M. Troper, 521 fn. 8.

<sup>162</sup> H. Kelsen (1934a), 15.

<sup>163</sup> H. Kelsen (1934a), 62.

Valjanost je pak, poznato je, prema Kelsenu ne samo neko svojstvo koje norma ima ili nema već specifična egzistencija norme,<sup>164</sup>  
<sup>165</sup> – norma koja nije valjana i nije norma.

Dakle, ne samo nekakav smisao norme nego i sama egzistencija norme isto tako ovisi o tome je li nam jasan jezični izraz.

Jedno moguće objašnjenje nevoljkosti Kelsena da jasno govori o jezičnom izrazu kao objektu tumačenja leži u činjenici da Kelsen tvrdi da su upravo norme kao takve pravi predmet pravne znanosti. Tako on na neki način želi naglasiti da pravno znanje nije pitanje „fakata“ (činjenica): pravna znanost se, po njegovom viđenju, bavi samo entitetima trebanja, koji pripadaju domeni Sollen-a (trebanja).<sup>166</sup>  
<sup>167</sup>

Michel Troper tvrdi da Kelsen ne želi priznati da je tekst objekt tumačenja jer bi ga takav stav doveo do zaključka da norma koja je smisao teksta nije determinirana aktom volje koji se usuglašava s višom, općom normom nego upravo samim tumačenjem teksta.<sup>168</sup> Pravno tumačenje prema Troperu primarno je stvaralačka djelatnost onih koji imaju moć davati autentična tumačenja, što se u prvome redu odnosi na djelatnost visokih sudova.

No, čak i da Kelsen prizna da je objekt tumačenja tekst, to još ne znači da bi se samim time moglo tvrditi da je značenje proizvod tumačenja kao puke voljne djelatnosti. Takav, zaključak, dakako, ovisi i o tome kakav se stav zauzme o mogućim objektivno zadanim pravilima tumačenja (potencijalno) pravnoga teksta. O tome više u idućem poglavlju.

---

<sup>164</sup> H. Kelsen (1934a), 17.

<sup>165</sup> Tako i u H. Kelsen (1979), 17.

<sup>166</sup> R. Guastini (1995), 108. U svakome slučaju sljedbenici pravnog realizma poput Guastinija i Tropera skloniji su izričito iskazati da je predmet tumačenja tekst.

<sup>167</sup> Ovo je i jedna od točaka razlaza između Michela Tropera i Kelsena. Vid. M. Troper, osobito 520–522.

<sup>168</sup> M. Troper, 522.

## 4.2. Kelsen između krajnosti

Pogledavši današnju metateoriju prava možemo razabrati dva dispartatna shvaćanja tumačenja, i to kao dva kraja jednog kontinuuma:

1. Radikalna kognitivistička teorija<sup>169</sup> nam govori da je pridavanje značenja pravnome tekstu striktno određeno objektivnim pravilima značenja.<sup>170</sup> Rezultati pridavanja značenja mogu biti sukladno tome kvalificirani kao ispravni ili neispravni prema tome jesu li ovakva pravila bila ili nisu bila primijenjena. Dakle, tumačenje bi bilo kognitivna djelatnost – spoznajna djelatnost raspoznavanja pravila tumačenja i zatim djelatnost njihove primjene u konkretnom slučaju. Tumačenje prema tome nije stvaranje (kreiranje).<sup>171</sup>
2. Radikalna skeptična teorija<sup>172</sup> nam govori kako pridavanje značenja pravnom tekstu nije vođeno nikakvim pravilima značenja ili, u drugoj verziji, da su ta pravila toliko neodređena i/ili nekoherentna da njihova primjena može dovesti do bilo kojeg tumačenjskog rezultata.<sup>173</sup>

Kelsen, kada govori o tumačenju, u prvom izdanju *Čiste teorije prava* ima u vidu tri različita načina upotrebe pojma tumačenja:<sup>174</sup>

---

<sup>169</sup> Terminologija Enrica Diciottija u Enrico Diciotti, „Operative Interpretation and Systemic Validity“, *Cognition and Interpretation of Law* (eds. Letizia Gianformaggio, Stanley L. Paulson), G. Giappichelli editore, Torino 1995, 61.

<sup>170</sup> Koja su djeljiva na lingvistička, sistemska i funkcionalna. Više o tome u: Jerzy Wróblewski, „Semantic Basis of the Theory of Legal Interpretation“, *Logique et Analyse* 21–24/1963, 397–416.

<sup>171</sup> Diciotti ističe kako je dihotomija koja se nudi j u potpunosti teorijska, ali kako bi se moglo reći da se radikalno kognitivističkoj teoriji donekle približava glasovita teorija Ronalda Dworkina (E. Diciotti, 61, fn. 24).

<sup>172</sup> Terminologija Enrica Diciottija. E. Diciotti, 61.

<sup>173</sup> Najbolji primjer radikalno skeptične teorije bila bi neka teorija iz domene pravnog realizma, a kao dobar primjer može poslužiti i teorija tumačenja Michela Tropera koju kroz strukturalnu kritiku Kelsenove teorije tumačenja Troper izlaže u M. Troper.

<sup>174</sup> Tako Chiassoni. Vid. P. Chiassoni, 40.

1. U prvome smislu tumačenje se odnosi na spoznaju više mogućih značenja dane norme.
2. U drugome smislu tumačenje se odnosi na spoznajni proces utvrđivanje pravno istinitog, ispravnog značenja norme. Tako ga, tvrdi Kelsen, počesto upravo shvaćaju pravnici.
3. U trećem smislu tumačenje se odnosi na proces popunjavanja takozvanih praznina. U tom ga smislu, zaključuje Kelsen, također počesto rabe pravnici.

Međutim, Kelsen, obrazlaže kako je samo prva djelatnost kompatibilna s domenom čiste teorije prava i da je u tom smislu jedino ispravno shvaćanje tumačenja prava kao spoznaje okvira.<sup>175</sup> To je, kako je već izloženo, jedino pravo znanstveno tumačenje.

Proces pak stvaranja pojedinačne norme povezan je s dva procesa – procesom spoznavanja ovoga okvira (tumačenje u pravom (užem) smislu prema Kelsenu) i voljnim elementom, tj. izborom ovog ili onog mogućeg značenja unutar tog okvira.<sup>176</sup> Dakle, čini se da se Kelsen postavlja, kako to ističe Bulygin, između Scile i Haribde formalizma i decizionizma u pravu.<sup>177</sup> Formalizma koji tvrdi da je pravo u potpunosti sadržano u normativnim tekstovima i da ga nadalje treba samo otkriti i decizionizma koji tvrdi da je pravo u potpunosti rezultat volje onih koji ga primjenjuju (u prvome redu sudova). Također, sukladno ideji o okviru i njegovoj spoznatljivosti, čini se i da se ipak postavlja negdje između radikalno skeptične teorije tumačenja i radikalno kognitivističke.

U prilog učvršćivanja ideje o okviru zanimljive nam uvide daje glasoviti Kelsenov (znanstveni) komentar Povelje Ujedinjenih

---

<sup>175</sup> H. Kelsen (1934a), u tom smislu na 76 i 78.

<sup>176</sup> Ovaj izbor jedne od mogućnosti koje daje okvir norme vrlo je blizu onome što Guastini naziva „standardnim odlučujućim tumačenjem“. Vid. R. Guastini (2016), 355.

<sup>177</sup> E. Bulygin (1995a), 15.



Naroda,<sup>178</sup> odnosno uvodne napomene tome komentaru. Kelsen tako, između ostalog, o zadatcima pravne znanosti kaže sljedeće:

„Zadatak znanstvenog komentara je prije svega pronaći, putem kritičke analize, moguća značenja pravne norme koja je podvrgnuta tumačenju; i, zatim, pokazati konzekvence tih značenja, prepuštajući nadležnim pravnim organima da od mnoštva mogućih tumačenja izaberu ona koja, iz političkih razloga, smatraju poželjnima, i koja su ona sama ovlaštena izabrati“.<sup>179</sup>

Te zatim, dalje u tekstu još više naglašava:

„znanstvena metoda kojom se na temelju kritičke analize pokazuju sva moguća tumačenja pravne norme, čak i one koje su politički nepoželjne i one koje dopuštaju zaključak da nisu bile željene od strane zakonodavca“<sup>180</sup>

Kelsen, čini se, figurativno rečeno, diže uloge glede zadataka pravne znanosti.<sup>181</sup> Naime, kada govori o *svim* mogućim tumačenjima pravne norme čini se da ima u vidu mogućnost ne samo reprezentabilne, već i potpune spoznaje okvira pravne norme.

Uzevši u obzir navedeno, zanimljivo se osvrnuti na kritički osvrt Oscara Schachtera u njegovoj, mora se istaknuti i izrazito kritičnoj, recenziji Kelsenovog komentara Povelje UN-a.<sup>182</sup>

„Prvo pitanje je je li Kelsen doista prezentirao, kao što tvrdi, „sva moguća tumačenja“. Naravno da nije; i ne čini se osobito vrijednim spekulirati o posebnom značenju koje je mogao pridati riječi „moguća“. Ono što je važnije jest da Kelsen u velikom broju pitanja ne uspijeva prezentirati tumačenja koja su, zapravo, bila

---

<sup>178</sup> Kelsen nam uvide o tumačenju iznosi u uvodu i to pod naslovom: „Preface. On Interpretation“, u H. Kelsen (1951), XIII-XVII.

<sup>179</sup> H. Kelsen (1951), XVI.

<sup>180</sup> Ibid.

<sup>181</sup> Tako S. L. Paulson (2008), 24.

<sup>182</sup> Oscar Schachter, „Review of Kelsen, The Law of the United Nations (1950)“, *Yale Law Journal* 189/1951, 189–193.

isticana od država članica i u nekim slučajevima i usvojena od ovlaštenih organa Ujedinjenih Naroda“.<sup>183</sup>

Zatim, Schachter obrazlaže uz primjere:

„U trenutku kada je Liga Naroda prestala postojati, ne samo da je njezina Povelja prestala biti valjanom već i su i Mandatni ugovori kojima je Liga bila ugovorna strana – i za čiju je egzistenciju ona bila nužna – izgubili valjanost“. (p. 598) [navedeno je citat Kelsenovog komentara, nap. autora rada]. Kako ja mogu vidjeti, ni jedno drugo „moguće“ tumačenje nije prezentirano od strane Kelsena. No, zanimljiva je činjenica da je Međunarodni sud izrazio upravo suprotno mišljenje: zaključio je u nedavnom slučaju Jugozapadne Afrike da je međunarodni Mandat primjenjiv na to područje nastavio biti na snazi unatoč disoluciji Lige. Ono što je još upečatljivije jest da je mišljenje Suda bilo jednoglasno glede ove točke, a rijetka je to okolnost za petnaest sudaca koji predstavljaju različite pravne sustave“.<sup>184</sup>

Također i:

„U mnogim drugim slučajevima Kelsen manifestira istu tendenciju da prida Povelji restriktivnije tumačenje nego ono koje je usvojeno od ovlaštenih organa. Čak i u slučaju Vijeća sigurnosti, čije su široke ovlasti priznate i od Kelsena, on naginje ka usvajanju užeg tumačenja od onoga Vijeća ili država članica. Stoga, on izravno kaže (na stranici 284) da je „nemoguće“ tumačiti članak 24 (koji je glavni članak koji postavlja ovlasti Vijeća u održavanju mira i sigurnosti) tako da bi on Vijeću davao ovlasti koje nisu posebno dane u drugim člancima Povelje. No, Vijeće sigurnosti je samo (uz jedino izdvojeno mišljenje Australije) usvojilo ovo „nemoguće“ tumačenje kad je uzelo ovlasti glede Trsta, a u skladu s Mirovnim sporazumom s Italijom“.<sup>185</sup>

---

<sup>183</sup> Ibid., 190.

<sup>184</sup> Ibid.

<sup>185</sup> Ibid., 191.

Usprkos ovakve kritike koja kroz primjere Kelsenovog neuspjeha da anticipira određena tumačenja relativizira mogućnost spoznaje i iznošenja *svih* mogućih tumačenja neke pravne norme<sup>186</sup> mogli bismo možda reći da to što su se ostvarila i tumačenja koja nisu bila u skladu s Poveljom UN-a zapravo samo pokazuje da je Povelja pogrešno protumačena od strane nadležnih organa i da se izašlo izvan pravnog okvira i da je Kelsen u pravu. Ili pak, moglo bi se tvrditi da činjenica Kelsenovog neuspjeha u prezentiranju svih mogućih tumačenja ne znači i da su njegove pravno teorijske postavke glede tumačenja pogrešne.

Bilo kako bilo, Kelsen nam u navedenom komentaru nudi i svojevrsni zaplet – volja organa koji stvara pojedinačnu normu ne mora biti usklađena s njegovom mogućom spoznajom okvira značenja norme, volja ne mora slijediti spoznaju i stoga pojedinačna norma može ležati izvan okvira opće norme:

„Autentično tumačenje može čak pravnoj normi pridati značenje koje se neautentično ne bi ni usudilo pridati. To znači, da se autentičnim tumačenjem pravna norma može zamijeniti drugom normom potpuno drukčijeg sadržaja“.<sup>187,188</sup>

Ovdje spomenuto autentično tumačenje dio je nove dihotomije koju će Kelsen ponoviti i u drugom i dopunjenom izdanju *Čiste teorije prava*, u okviru poglavlja o tumačenju.<sup>189, 190</sup> Naime,

---

<sup>186</sup> Tako S. L. Paulson (1990), 150.

<sup>187</sup> H. Kelsen (1951), XV.

<sup>188</sup> Ovo Guastini naziva „stvaralačkim (kreativnim) tumačenjem“. Vid. Guastini (2016), 355.

<sup>189</sup> Vid. osobito H. Kelsen (1960), 353–356.

<sup>190</sup> Nužnim se nameće na ovome mjestu reći i nekoliko riječi o eventualnom pitanju razvoja Kelsenove teorije tumačenja. Moglo bi se reći da je i ovo svojevrsno kontroverzno pitanje. Stanley Paulson, vid. S. L. Paulson (1990), razlikuje tri faze razvoja Kelsenovih pogleda na tumačenje: 1. faza odnosi se na razdoblje prije prvog izdanja *Čiste teorije prava*, a u prvom redu je obilježena djelom *Hauptsprobleme der Staatsrechtslehre*, iz 1911. godine; 2. faza odnosi se na prvo izdanje *Čiste teorije prava* i članak „O teoriji tumačenja“ iz 1934.; 3. faza obilježena je Kelsenovim znanstvenim komentarom Povelje UN-a, iz 1950. godine i nastavlja se i u drugom izdanju *Čiste teorije prava*, iz 1960. godine. Paulson ne razrađuje osobito pitanje tumačenja u

pitanje tumačenja, pitanje kako primijeniti i primijeniti li uopće višu (opću) normu na određenu životnu situaciju javlja se, ugrubo rečeno, u dvama različitim kontekstima. Jedan je kontekst onaj gdje se pitanje postavlja iz perspektive određenog organa (npr. zakonodavnog koji treba donijeti zakon u skladu s ustavom, sudskog koji treba donijeti presudu ili upravnog koji treba donijeti odgovarajuće rješenje), a drugi je znanstveni (juristički). Prvo tumačenje, kako je istaknuto Kelsen naziva autentičnim, a drugo znanstvenim.

Ako bi pojam tumačenja obuhvaćao u sebi i određivanje točnog (određenog) značenja pravne norme, a tako taj pojam pravnici često koriste u svakodnevnom govoru, takvo tumačenje po svojoj prirodi, kaže Kelsen, može biti samo autentično, to jest mora imati ujedno i obvezujuću snagu.<sup>191</sup>

Kelsen nam stoga govori o dvije vrste ovog autentičnog tumačenja. Jedno je generalno (opće), a drugo je individualno. Kao generalno autentično tumačenje označava Kelsen značenje koje normi daje zakonodavac i to na općenit način. Takva općenito određena norma je obvezujuća za organe koji je primjenjuju. No, organi koji primjenjuju općenito određenu normu na konkretan slučaj također obavljaju funkciju autentičnog tumačenja<sup>192</sup> u tome smislu što je i njihovo tumačenje, shvaćeno kao određivanje (izbor) jednog značenja kao primarnog u njihovom mnoštvu, pravotvorni akt. Odluka sudskog

---

Kelsenovoj fazi nakon ovog drugog izdanja *Čiste teorije prava*. Mada, Paulson isto tako ističe da Kelsen u posljednjoj fazi svoje karijere odbacuje neokantovski filozofski supstrat svoje opće teorije zamjenjujući ga onime što bi se moglo nazvati voljnom teorijom prava (za ovo posljednje vid. S. L. Paulson (1990), 141 fn. 33). S druge strane Bulygin, u Bulygin (1995a), 12, ne vidi posebnu razliku u onome što Paulson drži drugom i trećom fazom, dok ono što Paulson gleda kao prvu, Bulygin smatra značajnim samo iz nekakve striktno povijesne perspektive. Po njemu ostaje otvorenim za diskusiju postoje li stanovite inovacije nakon drugog izdanja *Čiste teorije prava*. Chiassoni, u P. Chiassoni, 44–47, naglasak stavlja na dvije faze. Jedna obuhvaća prvo izdanje *Čiste teorije prava*, a druga faza drugo izdanje. Međutim, među njima je razlika jedino u naglasku u diskursu, a ne u biti. M. Troper, 518. vidi blagu evoluciju.

<sup>191</sup> H. Kelsen (1951), XV.

<sup>192</sup> Ovdje se Kelsen udaljava od svakodnevnog govora pravnika. O tome vid. i M. Troper, 518–519.

ili upravnog organa u primjeni opće norme – koja ima više značenja – na konkretan slučaj može odgovarati samo jednom od tih značenja i isključiti ostala. Po toj odluci jedno od više značenja primijenjene norme postaje obvezujuće za konkretan slučaj; i primarno, premda ne i isključivo, po toj tumačenjskoj funkciji odluka suda ili upravnog organa ima pravotvorni karakter.<sup>193</sup> Primarno po toj, stoga što, kako smo vidjeli, organ može donijeti i odluku koja izlazi izvan okvira zadanog višom normom i stvoriti posve novu normu, barem za taj određeni slučaj. U svakom slučaju, ovakvo, šire shvaćeno tumačenje – kao autentično tumačenje kombinacija je spoznajnog i voljnog elementa ili je, ali sasvim uvjetno rečeno, u potpunosti voljni čin, kako u slučaju generalnog tako i u slučaju ovako shvaćenog individualnog autentičnog tumačenja.<sup>194</sup>

S druge strane znanstveno ili jurističko tumačenje može se shvaćati samo kao puko kognitivno utvrđivanje značenja pravnih normi. I to stoga što je znanost, ako ona to doista jest, a ne politika, oslobođena od toga da ovisi o vrijednosnim sudovima. S druge strane, isticanje jednog značenja kao „ispravnog“ od strane stranke, ili odvjetnika u postupku, ili pak od nekog komentatora zakona posve je legitimno, ono ima značenje normativnog prijedloga, političkog prijedloga. Poanta je, po Kelsenu samo da se takvo „tumačenje“ ne smije poistovjećivati sa znanstvenom djelatnosti, djelatnosti koja operira u domeni traženja istine, a ne u domeni politike.<sup>195</sup>

No, osim što barem naslućujemo mogućnost njegovoga potpunog spoznavanja u skladu s nekakvim pravilima, kako se onda doista spoznaje ovaj Kelsenov okvir? Pogotovo ako odbacimo

---

<sup>193</sup> Zanimljiv uvid u višeznačnost pojma stvaranja prava daje nam Luzzati u C. Luzzati, 100–106.

<sup>194</sup> U potpunosti je voljan čin pridavanja značenja u potpunosti novoj normi koju stvara organ primjene kao autentični tumač kada izlazi izvan okvira zadanog višom normom.

<sup>195</sup> Ovdje valja istaknuti da to što se „autentičnim tumačenjem“ prema Kelsenu može izaći i izvan okvira pravne norme ipak predstavlja svojevrсни problem za relevantnost Kelsenovog znanstvenog tumačenja, ali i za Kelsenovu teoriju općenito. Tim problemom podrobnije se bavi 6. poglavlje ovog dijela rada.

tradicionalne kanone tumačenja kao puku neobjektivnu političku djelatnost. Valja prvo pokušati odgovoriti što je za Kelsena spoznaja pa tako i spoznaja okvira.

#### 4.3. Spoznajni (kognicijski) elementi u Kelsenovoj teoriji pravnog tumačenja

Kelsenova ideja o spoznaji prava, barem u klasičnoj Kelsenovoj fazi, prije 1960ih,<sup>196</sup> usko je vezana uz Kantovu filozofiju. Tako nam Kelsen u drugom izdanju Čiste teorije prava kaže sljedeće:

„Istina [je], u smislu Kantove epistemologije, da je pravna znanost, kao spoznavanje prava, kao i sva spoznaja; ona je konstitutivna po svojoj prirodi i stoga ‘stvara’ svoj objekt utoliko što ga razumijeva kao smislenu cjelinu. Baš kao što i prirodna znanost, putem svoje uređujuće spoznaje, pretvara kaos osjetilnih dojmova u kozmos, to jest, u prirodu kao jedinstven sustav, tako, poput nje, i pravna znanost, posredstvom spoznaje, pretvara mnoštvo općih i pojedinačnih pravnih normi donesenih od strane pravnih organa – mnoštvo predmeta danih pravnoj znanosti – u jedinstveni sustav oslobođen od proturječja, to jest, u pravni sustav“.<sup>197</sup>

Kelsen poseže za Kantovom epistemologijom s ciljem da utemelji ideju o osobitosti jedne sfere – pravne sfere, odvojene od svijeta pukih fakata, ali i potpune transcendentalnosti.<sup>198</sup> Cijela Kelsenova teorija se može shvatiti kao teorija pravne spoznaje, pravnog znanja. Svaki puta on iznova ističe kako je jedini cilj čiste teorije spoznavanje ili spoznaja svoga objekta, specificiranog kao pravo samo. Pravna znanost je znanost koja spoznaje i opisuje pravne norme, ona nije sociologija, ona nije biologija, ona nije teologija ili

---

<sup>196</sup> S. L. Paulson (1990), 140.

<sup>197</sup> H. Kelsen (1960), 74.

<sup>198</sup> U tom smislu Stanley L. Paulson, „Introduction. On Kelsen’s Place in Jurisprudence“ (dalje u bilješkama: S. L. Paulson (1992)), u: Hans Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1992, xvi-xlii, xix.

filozofija morala.<sup>199</sup> Nasuprot nje, ovako shvaćene, proponenti škole prirodnog prava i proponenti empirističkog pozitivizma, ističe Kelsen, brkaju pravo s moralom i s prirodnim činjenicama (faktima) negirajući specifično značenje prava.<sup>200</sup>

Za argumentaciju ideje o ovakvoj osobitosti pravne sfere Kelsenu je nužno posezanje za idejom o uređujućoj spoznaji. Samo takva ideja o uređujućoj spoznaji, prema Kelsenu, daje uporište spoznaji specifično pravnog značenja određene prirodne činjenice. Naime pridavanje značenja normativnosti određenom voljnom činu (glasanje u parlamentu, donošenje presude), pridavanje tom činu značenja norme, ne događa se samo po sebi. Ništa nije norma sama po sebi. Stoga se u kelsenovskoj poimanju specifična egzistencija određenog voljnog čina kao objektivne norme utemeljuje u spoznaji odgovaranja subjektivnog smisla tog čina drugoj normi.<sup>201</sup> Ta druga norma (viša norma) fungira kao shema tumačenja. Radi se zapravo o sljedećem: Kelsen kaže kako je pridavanje objektivnog normativnog značenja nekakvom subjektivnom činu volje, čiji je subjektivni smisao norma (zapovijed), moguće utemeljiti samo na njegovom odgovaranju drugoj normi (normi koja regulira ovaj voljni čin – koja daje na njega ovlast, a možda mu propisuje i sadržaj).<sup>202</sup> Dakle nešto je valjana norma samo ako odgovara drugoj normi koja propisuje njezino stvaranje. A što utemeljuje valjanost te druge norme? Ponovno od nje (viša) norma, i tako dalje. Kako ovaj čin utemeljivanja valjanosti ne bi išao *ad infinitum*, u jednome trenutku – zapravo u trenutku kada više nećemo moći utemeljiti valjanost ni na jednoj pozitivnoj (stvorenoj) normi – npr. iza najstarijeg ustava koji je ovlastio na donošenje novijih – valjanost ćemo posljednje pozitivne norme morati pretpostaviti, to jest – morat ćemo pretpostaviti neku temeljnu normu. Drugo nam ne preostaje ako se držimo postulata da se samo se iz norme može izvesti norma, u protivnom bismo preskočili nepremostivi dualizam bitka i

---

<sup>199</sup> Ibid.

<sup>200</sup> S. L. Paulson (1992), xxi.

<sup>201</sup> U tom smislu Kelsen, H. Kelsen (1934a), 13–19.

<sup>202</sup> Tako Kelsen u H. Kelsen (1934a), 15 i 16 te 62.

trebanja.<sup>203</sup> Naime, iz pukih činjeničnih iskaza, ustraje Kelsen, ne može se izvesti da nešto treba.<sup>204</sup>

Ako bi ovakva koncepcija bila uspješna, Kelsen bi bio uspješan u izgradnji specifične teorije prava, teorije koja predstavlja srednji put između škole prirodnoga prava i empirističkog pravnog pozitivizma.<sup>205</sup>

No koliko nam ovo doista pomaže glede tumačenja? Naime, smisao nekog subjektivnog voljnog čina koji ocjenjujemo prema smislu drugog voljnog čina, a njega prema trećemu nije nešto što je direktno dano spoznaji.<sup>206</sup> Kako pokazuje Stanley Paulson, Kelsenova doktrina pravne spoznaje dotiče pitanje pravnog tumačenja u tom smislu što pretpostavlja odnos utemeljivanja – naime iz više (opće) norme slijede njezina utjelovljenja.<sup>207</sup> Drugim riječima rečeno, kao što iz univerzalnog iskaza slijede mnoga njegova pojedinačna utjelovljenja ili specifikacije. No, ova shema zapravo je ograničena na ono što se u filozofiji znanosti zove postupkom opravdavanja.<sup>208</sup> On pak postaje koristan tek kad se već uspostavilo određena moguća tumačenja više norme, to jest smisla nekog voljnog čina, a ne prije.<sup>209</sup> Drugim riječima i figurativno rečeno, pravna spoznaja za Kelsena je spoznaja već protumačenih normi. Kelsen, kada govori o spoznaji i o tumačenju,

---

<sup>203</sup> O dualizmu bitka i trebanja Kelsen govori u 17. poglavlju H. Kelsen (1979), 75–92.

<sup>204</sup> Kelsen u stvari slijedi Humeov logički imperativ. Vid. Andrei Marmor, *Philosophy of Law*, Princeton University Press, Princeton –Oxford, 2011, 17.

<sup>205</sup> S druge strane Kelsen sam govori o alternativni na sljedeći način: „Razlikovanje pravnih i protupravnih čina zapovijedanja i objektivno tumačenje međuljudskih odnosa kao pravnih odnosa, to jest kao pravnih obveza, prava i ovlasti moguće je samo ako se pretpostavi temeljna norma. Pa ipak, to je samo jedno moguće tumačenje, moguće ako se pretpostavi temeljna norma i ono je ovisno o njenom pretpostavljanju; to nije nužna pretpostavka. Međuljudski odnosi se također mogu tumačiti kao puki odnosi moći, to jest kao uzroci i posljedice“. Vid. S. L. Paulson (1992), xxxvi.

<sup>206</sup> U tom smislu S. L. Paulson (2008), 32–33.

<sup>207</sup> S. L. Paulson (2008), 32.

<sup>208</sup> Ibid.

<sup>209</sup> Ibid.



zapravo stoji u svojevrsnom sadržajnom rascjepu.<sup>210</sup> Spoznaja, kako je shvaća Kelsen kada govori o utemeljivanju spoznaje valjane norme, zapravo već pretpostavlja da je pitanje tumačenja razriješeno.<sup>211</sup>

No kako problem pravne spoznaje u Kelsenovoj teoriji ipak doživljava značajne promjene pri kraju njegove znanstvene karijere, s njime povezan problem tumačenja i postupka opravdavanja će se dodatno zakomplicirati. O tome više u idućem poglavlju.

#### 4.4. Pravo i logika

Kelsen, nakon stanovitog oklijevanja, u *Općoj teoriji normi* zaključuje kako na norme ipak ne mogu biti primijenjena logička načela.<sup>212, 213</sup> Svakako ne načela klasične (bivalentne – istinito/neistinito) logike. Upravo veliki dio *Opće teorije normi* bavi se problemom mogućnosti primjene logičkih načela na norme s ciljem uspostave takozvane deontičke logike.<sup>214</sup> Kelsenov konačni negativni odgovor neki komentatori nazvali su „normativnim iracionalizmom“.

<sup>215, 216</sup>

Kelsenove ideje mogu se sumirati u dva ključna argumenta; jedan je tzv. logički, a drugi je ontološki.<sup>217</sup>

Logički argument glasi:

1. logika pretpostavlja istinitosne vrijednosti

---

<sup>210</sup> S. L. Paulson (2008), 33.

<sup>211</sup> Ibid.

<sup>212</sup> E. Bulygin (1995a), 28.

<sup>213</sup> S druge strane isti stav nije imao u H. Kelsen (1960), 205–208.

<sup>214</sup> Vid. Pablo E. Navarro, Jorge L. Rodríguez, *Deontic Logic and Legal Systems*, Cambridge University Press, New York 2014, 51.

<sup>215</sup> Za Kelsenovu negaciju osobito vid. H. Kelsen (1979), 57., 58., i 59. poglavlje, 222–284.

<sup>216</sup> P. E. Navarro, Jorge L. Rodríguez, *Deontic Logic and Legal Systems*, Cambridge University Press, New York 2014, 52.

<sup>217</sup> Ibid., 52 i 53.

2. pravne norme nisu ni istinite ni neistinite
3. logika se ne primjenjuje na odnose među pravnim normama.

Ontološki argument:

1. pravne norme ovise o voljnom činu da bi bile valjane
2. pojedinačne pravne norme, premda bi se logički mogle izvesti iz općih normi i određenih činjenica (fakata), nisu valjane bez odgovarajućeg konkretnog akta volje čiji su smisao
3. logika se, stoga, ne primjenjuje na odnose među pravnim normama.

Posljedica negativnog zaključka o mogućnosti primjene logike na odnose među pravnim normama sastoji se, između ostaloga, u negaciji mogućnosti dolaženja do pojedinačnih normi putem postupka logičkog zaključivanja iz općih normi, putem silogizma. Sve norme, pa i pojedinačne norme, prema Kelsenu, stječu valjanost samo ako su ujedno i smisao nekog posebnog voljnog čina. Pretpostavka da je valjanost pojedinačne norme implicirana u općoj normi, ističe Kelsen, počiva na fikciji.<sup>218</sup> Na fikciji da je voljni čin čiji je smisao pojedinačna norma impliciran u voljnom činu čiji je smisao opća norma. Kelsen oštro naglašava da to nije moguće. Iz toga što bi istinitost iskaza „Čovjek Pero je smrtn“ bila implicirana u općem iskazu „Svi ljudi su smrtni“ ne slijedi da je valjanost pojedinačne norme implicirana u valjanosti opće norme kojoj ona odgovara. Iz norme da „Obećanje treba biti održano“ ne slijedi putem logičkog zaključka pojedinačna norma „A mora B-u platiti obećanih 1000kn“. Pravni zakonodavac ne može predvidjeti buduće konkretne slučajeve i nije isključeno da bi, da to može neki konkretni slučaj isključio kroz iznimku. Istinitost iskaza poput iskaza „Čovjek Pero je smrtn“ je neovisna o činjenici da se on misli, dok je valjanost norme uvjetovana činjenicom voljnog čina čiji je ona smisao.<sup>219</sup>

---

<sup>218</sup> Vid. H. Kelsen (1979), 60.

<sup>219</sup> Tako Kelsen, H. Kelsen (1979), 60.

Pitanje je sljedeće: ako ne postoji nikakva mogućnost primjene logike na odnose među normama, kako je uopće moguća primjena tih istih (općih) normi? Naime, s druge strane, intuitivnim se čini da određene normativne rečenice upravo proizlaze iz drugih i da onda među njima logički odnos mora postojati; a to je kao samorazumljivo prihvaćala tradicionalna jurisprudencija.<sup>220</sup> Bi li se moglo reći da normativni iracionalizam kelsenovskog tipa onda nužno vodi ka radikalno skeptičnoj teoriji tumačenja?

Kelsen ipak i na to da je odgovor, odgovor koji bi se mogao naći u specifičnom odnosu pri utemeljivanju valjanosti pojedinačne norme u odnosu prema višoj normi:

„Ukoliko je odnos odgovaranja koji postoji između dviju normi odnos supsumpcije, radi se o logičkom odnosu koji postoji između više općenitoga (apstraktnoga) i manje općenitoga (apstraktnoga) pojma ili između općenitoga (apstraktnoga) pojma i konkretne predodžbe (pojedinačnog pojma). Ne supsumira se niža norma pod višu normu. Jer viša norma nije pojam nego konkretan predmet etičke ili pravne spoznaje. No kako se opća norma izražava u rečenici, ona može sadržavati pojmove pod koje se mogu supsumirati u drugim normama sadržani pojmovi ili konkretne predodžbe o pojedinačno određenim činjeničnim stanjima te pojedinačno određene pravne posljedice koje su postavljene kao trebane. Ukoliko je takva supsumpcija logički misaoni postupak, koji se odvija u utemeljivanju valjanosti jedne norme valjanošću druge norme, logika je primjenjiva na odnos između normi. Taj odnos nije zaključivanje, ali je ipak logički odnos“.<sup>221</sup>

No, iako je funkcija prava kao onog koje usmjerava ponašanje ljudi ipak očuvana ovakvom konstrukcijom, negiranje mogućnosti primjene klasične logike na odnose među normama ima još jednu posljedicu, nemalo važnu za pitanja tumačenja. Naime, kako logika

---

<sup>220</sup> Ovo se u povijesti deontičke logike naziva Jørgensenovom dilemom. Više o tome: <https://plato.stanford.edu/entries/logic-deontic/>, 29. ožujka 2018.

<sup>221</sup> H. Kelsen (1979), 283.

nije primjenjiva u normativnoj sferi, nemoguće je primjenjivati i logička načela pa tako i načelo isključenja proturječja na norme jer norme nisu iskazi kojima barata klasična logika.<sup>222</sup> Tako Kelsen tvrdi sljedeće:

„S pogrešnim je shvaćanjem da se na sukob normi može primijeniti logički princip isključenja proturječja povezano shvaćanje da se do rješenja toga sukoba, pogotovo sukoba između pravnih normi, mora doći putem interpretacije. Budući da je interpretacija pravnih normi pravna *spoznaja*, a spoznavanjem prava norme se, jednako kao što se ne mogu proizvoditi, tj. dolaziti do valjanosti, ne mogu ni ukidati, interpretacija ne može pružiti rješenje sukoba normi. Organ koji primjenjuje pravo u slučaju sukoba između dviju općih pravnih normi može samo u voljnom se činu odlučiti za primjenu jedne ili druge od tih normi, pri čemu, međutim, sukob između tih dviju općih pravnih normi i dalje postoji“.<sup>223</sup>

Kelsen je ovdje odstupio od shvaćanja koje je zastupao u drugome izdanju *Čiste teorije prava*, o tome da se sukobi normi moraju i mogu rješavati tumačenjem. On je doduše odbacivao mogućnost da je sukob normi logičko proturječje jer norme nisu ni istinite ni neistinite, no pretpostavljao je da su logička načela, a pogotovo načelo isključenja proturječja, budući da su primjenjiva na iskaze o valjanosti normi, koji mogu biti istiniti ili neistiniti, neizravno primjenjivi i na norme.<sup>224</sup> Kelsen je smatrao da je, na primjer, načelo *lex posterior derogat legi priori* kojemu je svrha razriješiti sukobe normi koje se razlikuju u vremenskom slijedu, načelo koje je inherentno spoznaji prava kao takvoj. Naime, načelo isključenja proturječja, prema Kelsenu u drugom izdanju *Čiste teorije prava*, proizlazi iz uređujuće naravi pravne spoznaje kao takve – „spoznaje

---

<sup>222</sup> O ovome problemu vid. osobito 57. poglavlje u H. Kelsen (1979), 222–240.

<sup>223</sup> H. Kelsen (1979), 239–240.

<sup>224</sup> Vid. H. Kelsen (1960), 205–206.

koja stremlji ka razumijevanju svoga objekta kao smislene cjeline i ka tome da ga opiše kroz nekontradiktorne iskaze“.<sup>225</sup>

U jednom ranijem radu bio je možda i još eksplicitniji:

„Sva ta načela nemaju drugi smisao doli da učine smisljenim predmet pozitivnog prava primjenjujući načelo neproturječnosti u okviru normativne sfere. Ova načela u većem dijelu nisu pravila pozitivnog prava, niti zakonske norme, nego, prije, pretpostavke pravne spoznaje“.<sup>226</sup>

U *Općoj teoriji normi*, kako je i navedeno, ovakvo je shvaćanje u potpunosti odbacio.

U konačnici, da bismo došli do pojedinačnih objektivnih normi iz općih normi to ne možemo učiniti putem misaonog postupka zaključivanja iz tih viših normi, nego nečijim voljnim činom čiji je smisao pojedinačna norma koja na specifičan način odgovara višoj normi tako da se sadržaj pojedinačne norme može supsumirati pod sadržaj više.

No i ovdje, načelno, kako je već navedeno, pitanje tumačenja ostaje otvoreno, a ne riješeno. Jer do zaključka o odgovaranju sadržaja jedne norme drugoj, može doći samo kada je sadržaj jedne i druge već utvrđen, tj. nakon što su obje norme već protumačene.

#### 4.5. Neodređenost prava

Bulygin ističe da je pitanje spoznaje okvira norme kod Kelsena zapravo u svojoj biti lingvističko pitanje. To je implicirano time što Kelsenov pojam neodređenosti, prema Bulyginu, ima primarno lingvističku podlogu. Kelsenov osnovni impuls glede neodređenosti

---

<sup>225</sup> H. Kelsen (1960), 206.

<sup>226</sup> Hans Kelsen, „Natural Law Doctrine and Legal Positivism“, objavljeno kao dodatak u: Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Transaction Publishers, New Brunswick (SAD) – London (UK) 2006. (knjiga se dalje u bilješkama vodi kao: H. Kelsen (2006)), 391–446, 406.

normi više razine, u tom smislu, bio bi na pravome tragu, usprkos činjenici da je možda nedovoljno potkrijepljen.<sup>227, 228</sup>

Razlog zašto pojedinačna norma stvorena od ovlaštenog organa nikada nije u potpunosti određena općom normom, kako to ističe Kelsen, ležao bi prema Bulyginu u činjenici da su „opće norme uvijek izražene jezikom koji sadrži opće termine (predikate)“.<sup>229</sup> Naime, moglo bi se reći, tvrdi Bulygin, kako je sav jezik koji se koristi da bi se referiralo na predmete dane ljudskom iskustvu u određenom stupnju nejasan (maglovit, eng: *vague*).<sup>230, 231</sup> Nejasnost ili otvorena priroda jezika<sup>232</sup> je opća pojava u jeziku i stoga je korespondencija između općenitih riječi i stvarnog svijeta partikularnih objekata uvijek neprecizna.<sup>233</sup>

S druge strane, postoje i autori koji imaju sasvim drukčiji pristup Kelsenovom pojmu neodređenosti. Primjer jednog takvog viđenja nudi nam Luzzati, koji se suprotstavlja Bulyginovom tumačenju.<sup>234</sup> Prema njemu, Kelsenov diskurs glede neodređenosti ne odnosi se na neodređenost u lingvističkom smislu, nego na neodređenost kao specifično svojstvo dinamičkog sustava normi. Kelsen, prema Luzzatiju, govori u prvome redu o diskreciji. Pri tome Luzzati iznosi nekoliko argumenata. Prvi – da je Kelsen htio odrediti pojam neodređenosti lingvistički, govorio bi o njemu kao o svojstvu

<sup>227</sup> E. Bulygin (1995a), 14.

<sup>228</sup> O nedovoljnoj potkrijepljenosti govore i J. M. Cabra Apalategui, 4–8, Tomasz Gizbert-Studnicki, „Discretion, Interpretation and Justification“, *Cognition and Interpretation of Law* (eds. Letizia Gianformaggio, Stanley L. Paulson), G. Giappichelli editore, Torino 1995, 285.

<sup>229</sup> E. Bulygin (1995a), 14.

<sup>230</sup> Ibid.

<sup>231</sup> Slično o nejasnosti govori i Guastini. Vid. R. Guastini (2016), 364 i 365.

<sup>232</sup> Eng: *open texture of the language*. Zapravo se radi o tome da predikati imaju otvorenu referenciju. Vid. R-Guastini (2016), 364. O raščlambi predikata na dvije sastavnice – smisao i referenciju vid. isto djelo, 352, fn. 5.

<sup>233</sup> E. Bulygin (1995a), 14.

<sup>234</sup> C. Luzzati, 102. O problemu utemeljivanja lingvističkog tumačenja Kelsenove neodređenosti kako to predlaže Bulygin, vid. i E. Diciotti, 68 i 69.

pravnih normi, a ne svojstvu akata kojima se norme primjenjuju.<sup>235</sup> Drugi – u Čistoj teoriji prava Kelsen rabi termin „*Unbestimmtheit*“ koji je jednak izrazu „*Spielarum freien Ermessens*“ (stupanj diskrecije).<sup>236</sup> Treći – što se tiče Kelsenove nenamjerne neodređenosti, ona prema Luzzatiju, premda ovisi prije svega o jeziku, ne mora biti „lingvističke prirode“; naime, nije sve što ovisi o jeziku lingvističke prirode – ona može, u svakome slučaju, imati puno više izvora od puke nejasnosti (maglovitosti) – višeznačnost, antinomije ili diskrepancija između samog teksta i duha zakona itd.<sup>237</sup> Četvrti – Kelsenovi primjeri namjerne neodređenosti impliciraju da zakon može određivati polje diskrecije sudova ili upravnih organa, a da isti ne bude formuliran (vrlo) nejasnim jezikom: moguće je da zakon to precizno određuje.<sup>238</sup>

Luzzatiju bi se, dakako, moglo prigovoriti da nije u prirodi prava da organi uvijek imaju diskreciju pa da iz toga zaključujemo kako je ona u temelju Kelsenove neodređenosti. No, neki Kelsenovi tekstovi tome idu u prilog, pa tako:

„Koliko god opća norma pokušavala biti detaljnom, pojedinačna norma stvorena sudskom odlukom uvijek će dodati nešto novo. Uzmimo kazneni zakon koji kaže: „Tko ukrade nešto vrijednosti veće od \$1000, kaznit će se kaznom zatvora od 2 godine“. Sud koji primjenjuje ovakav zakon na konkretan slučaj trebat će odlučiti, na primjer, kada će izdržavanje kazne zatvora započeti i u kojem mjestu“.<sup>239, 240</sup>

Svedena u potpunosti na pitanje diskrecije, Kelsenova teorija tumačenja imala bi doista limitirani značaj<sup>241</sup> i mogli bismo čak tvrditi

---

<sup>235</sup> C. Luzzati, 102.

<sup>236</sup> Ibid.

<sup>237</sup> Ibid.

<sup>238</sup> Ibid.

<sup>239</sup> H. Kelsen (2006), 146.

<sup>240</sup> Upor. s H. Kelsen (1979), 256: „ipak valja imati na umu da je odlučivanju suca u primjeni opće pravne norme uvijek ostavljeno stanovito područje za procjenu“.

<sup>241</sup> Tako E. Diciotti, 60.

da je u potpunosti kognitivistička. No, ne čini se kako je Luzzati uspješan u utemeljivanju ovako unificiranog shvaćanja Kelsenovog pojma neodređenosti, što potvrđuje Kelsenovo isticanje brojnih izvora nenamjerne neodređenosti.<sup>242</sup> Oni bi, isto tako, mogli implicirati čak i krajnji decizionizam u tumačenju kao posljedicu potpune neodređenosti ili nekoherentnosti pravila tumačenja. Naime, moglo bi se tvrditi, držimo li se doslovno (ili radikalno) Kelsenove ideje da je sa strane pozitivnog prava svejedno držimo li se riječi ili se priklanjamo navodnoj volji zakonodavca u procesu stvaranja pojedinačne norme, da se uvijek može tvrditi da je zakonodavac, na primjer, htio nešto sasvim drugo. Kao suprotnost tome ovdje valja istaknuti i ono što je Kelsen rekao u već spomenutom uvodu svog komentara Povelje UN-a, a što svakako više ide u prilog Bulyginovoj tezi o nejasnosti jezika kao primarnom izvoru Kelsenovog pojma neodređenosti:

„Zakonodavcu se postavlja kao zadatak da što je više moguće izbjegne višeznačnosti u pravnome tekstu; međutim, *priroda jezika čini ovaj zadatak mogućim samo do određenog stupnja*“.<sup>243</sup> [kurziv dodan od strane autora rada]

Bilo kako bilo, mada je Kelsen glede enumeracije izvora neodređenosti mogao biti određeniji, ništa od navedenog ne potvrđuje da je Kelsen skrenuo u radikalni decizionizam koji implicira i krajnje skeptičnu teoriju tumačenja, a to priznaje i Luzzati.<sup>244</sup> To potvrđuju i same Kelsenove riječi u Općoj teoriji prava i države:

„Ignorirajući razliku između zakonodavstva, sudskih presedana i pravnih običaja s jedne strane, te mišljenja stručnjaka i moralnih načela s druge strane, ignorirajući da je prvo navedeno pravno obvezujuće, a da drugo to nije, Gray ne vidi da su ovi „izvori prava“ koji su pravno obvezujući, pravne norme, ustvari pravo. On previđa činjenicu da, ako su organi koji primjenjuju pravo pravno vezani za te takozvane „izvore“, ono što on označava figurativnim

---

<sup>242</sup> Tako J. M. Cabra Apalategui, 7.

<sup>243</sup> H. Kelsen (1951), XIII.

<sup>244</sup> Tako C. Luzzati, 102, a osim njega i J. M. Cabra Apalategui, 8.



izrazom „izvori prava“ jest samo jedan stupanj u procesu stvaranja prava, jedna od manifestacija prava. Gray je u pravu kada, protivno tradicionalnoj doktrini, ustraje na tome da sudovi stvaraju pravo. No, on griješi u svom vjerovanju da pravo stvaraju samo sudovi“.<sup>245</sup>

#### 4.6. Paradoks pogrešne sudske odluke – prijelomna točka dileme između spoznaje i volje

Kao što smo već imali prilike vidjeti, autentičnim ili operativnim tumačenjem<sup>246</sup> se prema Kelsenovom modelu dolazi do valjane pojedinačne norme djelatnošću volje koja je (barem načelno)<sup>247</sup> ograničena okvirom koji je zadala norma više razine.<sup>248</sup> Ovaj ili onaj izbor unutar višom normom zadanog okvira rezultat je, u krajnjoj konzekvenci, političke odluke organa koji primjenjuje višu normu, a ne primjene samog pozitivnog prava.<sup>249</sup> S druge strane, znanstveno (jurisprudencijsko) tumačenje ograničava se na spoznavanje ovog okvira. Eventualna predviđanja odluka organa, izvan spoznaje samoga okvira nisu rezultat pravne znanosti i predmet zanimanja čiste teorije prava, nego neke druge znanosti, bila to, recimo, sociologija prava ili politologija ili pak pukoga poznavanja konkretnih shvaćanja u konkretnom društvu.<sup>250</sup> Za Kelsena, eventualno miješanje ovih znanosti s pravnom znanosti, predstavljalo bi takozvani metodološki

---

<sup>245</sup> H. Kelsen (2006), 153.

<sup>246</sup> Termin koji za sudsko tumačenje kao djelatnost sudbenih organa, posuđujući ga od L. Ferrajolija, rabi Diciotti. Vid. E. Diciotti, 51.

<sup>247</sup> Ovaj načelni element postaje jasan u već spomenutom izlaganju o tumačenju u okviru Kelsenovog komentara Povelje UN-a, a također biva spomenut u poglavlju o tumačenju u drugom izdanju *Čiste teorije prava*, ali nije nešto što nije već bilo prisutno i u okviru prvog izdanja *Čiste teorije prava* u okviru jednog drugog diskursa, kako će i pokazati ovo poglavlje.

<sup>248</sup> U H. Kelsen (1934a), vid. prikaz supra, u 2. dijelu rada, Kelsen izričito ne spominje da je proces stvaranja pojedinačnih normi od strane ovlaštenih organa takav da oni mogu stvoriti i normu koja izlazi izvan okvira zadanog višom normom. Sasvim suprotno u H. Kelsen (1960) to izričito spominje.

<sup>249</sup> Tako H. Kelsen (1934a), 78 i 79.

<sup>250</sup> U tome smislu Kelsen u H. Kelsen (1934a), 78.

sinkretizam i stoga ga Kelsen u čistoj teoriji prava odbacuje kao predmet pravne znanosti, kao izvanpravno pitanje.<sup>251</sup>

Pogledamo li ovakvo teorijsko shvaćanje, premda se možemo oko njega sporiti, ono ima svoju unutarnju koherenciju koja je neokrnjena. No, jedan specifičan problem koji se postavio pred Kelsena i njegov odgovarajući odgovor, nevezan izravno uz problem tumačenja, dovest će ovakav Kelsenov pojam tumačenja u pitanje. I ne samo pojam ili teoriju tumačenja, nego će ugroziti čistu teoriju prava u cjelini. Radi se o pojmu koji Kelsen prvi puta uvodi u 31. odlomku prvoga izdanja *Čiste teorije prava*, naslovljenom „Stupnjeviti ustroj pravnog poretka“. Konkretnije, radi se o točki h) istoga odlomka, pod naslovom „Sukob između normi različitih stupnjeva“.<sup>252</sup> Ovdje nas Kelsen uvodi u ono što su kritičari nazvali doktrinom normativnih alternativa<sup>253</sup> ili doktrinom prešutne alternativne odredbe (uglavka),<sup>254</sup> a što bismo u skladu s hrvatskim prijevodom *Čiste teorije prava* mogli nazvati i: doktrinom alternativnog karaktera više norme.

Ovom doktrinom Kelsen je dao osobiti odgovor na problem fenomenologije takozvanih „nepravilnih“ normi<sup>255</sup> ili kako ih Kelsen uvjetno (sic!) naziva „protunormnih“ normi, ističući da bi pravi naziv bio „manjkave“ ili „pogrešne“ norme.<sup>256</sup> Naime, činjenica je pravnog života da su pravne pogreške (*errata*) ne samo moguće, već i neizbježne. Činjenica je da zakonodavac ponekad donosi zakone koji nisu u skladu sa sadržajem ustava, da sudovi ponekad donose presude koje nisu u skladu sa zakonom, da upravna tijela donose rješenja koja

---

<sup>251</sup> H. Kelsen (1934a), 13.

<sup>252</sup> H. Kelsen (1934a), 69.

<sup>253</sup> Tako Paulson u S. L. Paulson (2008), 34: „*doctrine of normative alternatives*“.

<sup>254</sup> Eng: *tacit alternative clause*.

<sup>255</sup> Ovako ih, kao *irregular norms*, naziva Bulygin, referirajući se na Ruiza Manera, i Letizia Gianformaggio. Vid. E. Bulygin (1995a), 17, te Letizia Gianformaggio, „Pure Theory of Law and Tacit Alternative Clause: A Paradox?“, *Cognition and Interpretation of Law* (eds. Letizia Gianformaggio, Stanley L. Paulson), G. Giappichelli editore, Torino 1995, 257.

<sup>256</sup> H. Kelsen (1934a), 70.

nisu u skladu sa zakonom i/ili općenormativnim podzakonskim aktima. Ustavi mnogih zemalja, štoviše, predviđaju mehanizme izbjegavanja ili ispravljanja ovakvih pogrešaka, na primjer u vidu ustavnog sudovanja.<sup>257,258</sup> Pa opet, i takvi, nazovimo ih protuustavni zakoni, takve protuzakonite sudske i upravne odluke imaju nekakve učinke, bilo neko vrijeme, bilo trajno – naime presude stječu svojstvo pravomoćnosti, a ima i sustava bez ustavnosudske kontrole. Kako ovo uklopiti u jednu opću teoriju prava?

Kelsen nam daje sljedeći i vrlo zanimljiv odgovor:

„Ako je, recimo, moguć protuustavan zakon, tj. vrijedeći zakon koji ili načinom svojega nastanka ili svojim sadržajem proturječi odredbama vrijedećeg ustava, onda se to ne može tumačiti drukčije nego tako da ustav ne želi da valjanost ima samo ustavni nego – u nekom smislu – i „protuustavni“ zakon, inače ne bismo mogli govoriti o nekoj njegovoj „valjanosti“.<sup>259, 260</sup>

Te, nešto dalje:

„Ustavni propisi koji se odnose na stvaranje i sadržaj zakona mogu se razumjeti samo u bitnoj povezanosti s onima koji se odnose na njihovu „povredu“, tj. na norme koje nastaju nekim drugim načinom od prvoga propisanog ili imaju neki drugi sadržaj od prvoga propisanog. Promatraju li se pod tim gledištem, ta dva propisa tvore jedinstvo. Odredbe ustava koje se odnose na zakonodavstvo pokazuju,

---

<sup>257</sup> Za razliku takozvanog *a priori* i *a posteriori* nadzora ustavnosti vid. R. Guastini (2016), 182.

<sup>258</sup> Mogli bismo reći i da cjelokupna ideja višestupanjskog sudovanja počiva na ideji o mogućnosti pogreške.

<sup>259</sup> H. Kelsen (1934a), 69.

<sup>260</sup> Kelsen o doktrini prešutnih alternativnih odredaba govori i u H. Kelsen (1960), unutar poglavlja 35, u okviru točaka j) i k) 267–278; zanimljivu alegorijsku usporedbu s ovom doktrinom Kelsen nam daje na 278 stranici, referirajući se na mit o kralju Midi: „U tom smislu pravo je kao i kralj Mida; baš kao što je i sve što je on dodirnuo bilo pretvoreno u zlato, tako i sve ono na što se pravo referira poprima pravni karakter“.

dakle, karakter alternativnih odredbi, pri čemu se ne priznaje jednaka vrijednost obama dijelovima te alternative“.<sup>261</sup>

Također, Kelsen nam isto pojmovno rješenje nudi i kada su u pitanju pojedinačne sudske odluke i odluke upravnih organa:

„Zakon ne sadrži samo propis da sudska presuda i upravni akt trebaju biti stvoreni na određen način i imati određen sadržaj nego istodobno i propis da i pojedinačna norma stvorena na drugi način ili norma drugog sadržaja treba vrijediti sve dok nije ukinuta u određenom postupku na temelju toga što proturječi prvom propisu. Ako je taj postupak iscrpljen ili postupak takve vrste nije ni predviđen, norma nižeg stupnja je u odnosu na normu višega prerasla u „pravomoćnost“. A to znači da norma nižega stupnja usprkos svojem sadržaju protivnom normi višega ostaje valjana, i to u skladu s načelom pravomoćnosti koje je utvrđeno samom normom višega stupnja. Smisao norme višeg stupnja, koja određuje stvaranje i sadržaj neke norme nižega, ne može se shvatiti bez daljnje odredbe koju norma višeg stupnja predviđa za slučaj povrede prve odredbe.

Na taj način određivanje niže norme višom ima – i u odnosu između općeg zakona i pojedinačnog sudskog i upravnog akta – karakter alternativnog propisa“.<sup>262</sup>

Ideja o prešutnoj alternativnoj odredbi, možemo zaključiti, odnosi se zapravo na sve norme hijerarhijske strukture (njem: *Stufenbau*) pravnog poretka.

Štoviše, ako uzmemo u obzir logičan zaključak – onaj o međuovisnosti zahtjeva koji se tiču ovlaštenja, procedure i sadržaja, budući da ovlaštenu organ djeluje doista legitimno (valjano) samo kada se vodi propisanom procedurom i kada donosi određene norme, a ne druge, nema razloga da ne zaključimo kako se prešutna alternativna

---

<sup>261</sup> H. Kelsen (1934a), 70.

<sup>262</sup> H. Kelsen (1934a), 69 i 70.

odredba odnosi ne samo na sadržaj, nego i na postupak i ovlaštenja postavljena tom višom normom.<sup>263, 264</sup>

No, Kelsen nam isto tako jasno daje do znanja da ovo ne znači da sukladnost jednoj ili drugoj alternativnoj odredbi ima istu vrijednost.

„Ako pojedinačna norma odgovara prvoj od dviju alternativa, punovrijedna je, a ako odgovara drugoj, manje je vrijedna, tj. može se ukinuti na osnovi te svoje manjkavosti. Treća mogućnost ne postoji, jer norma koja nije poništiva može ili biti definitivno valjana ili ništetna norma, a to drugo znači da ona i nije norma nego samo privid norme“.<sup>265</sup>

Zaista, čini se apsurdnim da viša norma ovlašćuje na donošenje niže norme bilo kakvog sadržaja.<sup>266</sup>, odnosno sadržaja toliko širokog da norma sama postaje isprazna, ili kako je često iskazivano od komentatora – tautološka.<sup>267</sup>

Sukladno toj ideji slijedilo bi da je valjana norma donesena od bilo koga, putem bilo kakvog postupka i da je bilo kakvog sadržaja, jer ta prešutna alternativna odredba uvijek na to ovlašćuje.<sup>268</sup>

Dakako, jedan od pokušaja da se otkloni ovaj problem tautologije jest i taj da se upravo istakne napomenuta činjenica da Kelsen svakako nije htio da svaki dio alternative ima jednako

---

<sup>263</sup> Carlos Santiago Nino, „Marshall's „Logic“ and Kelsen's „Problem“, *Cognition and Interpretation of Law* (eds. Letizia Gianformaggio, Stanley L. Paulson), G. Giappichelli editore, Torino 1995, 224.

<sup>264</sup> Kelsen i sam to priznaje istaknuvši u H. Kelsen (1960) da govori o sadržajnom dijelu opće norme, a ne i onome koji se tiče davanja ovlasti na donošenje norme, samo da bi „pojednostavnio stvari“ (H. Kelsen (1960), 268).

<sup>265</sup> H. Kelsen (1934a), 71.

<sup>266</sup> C. S. Nino, 224.

<sup>267</sup> Vid. E. Bulygin (1995a), 17, Sandro Naninni, „Legal Validity and Conformity to Law“, *Cognition and Interpretation of Law* (eds. Letizia Gianformaggio, Stanley L. Paulson), G. Giappichelli editore, Torino 1995, 233. Za ponešto drukčije gledanje na ideju o tautologiji vid. L. Gianformaggio, 262–266.

<sup>268</sup> C. S. Nino, 224 i 225.

značenje.<sup>269</sup> Dobar primjer za to je i činjenica da Kelsen o ovoj doktrini govori i u *Općoj teoriji normi*, u poglavlju XXI, naslovljenom „Značenje pravomoćnosti“ i to tako da i ovdje ističe da izričiti dio alternative ima prednost jer je to upravo smisao norme:

„No tu je razlika što sudovi, kada vrijede opće pravne norme čiji je smisao da ih oni primjenjuju, te pravne norme u pravilu doista i primjenjuju, a sudačke odluke koje tim normama ne odgovaraju samo iznimno dolaze do valjanosti“.<sup>270</sup>

No, kako to pokazuje i Letizia Gianformaggio, izričita odredba više norme – prvi dio alternative – može predstavljati zapravo samo jednu zakonodavčevu preferenciju, pravnu situaciju gledanu iz njegovoga kuta.<sup>271</sup> S druge strane moglo bi se tvrditi da je objektivno tumačenje pravne situacije<sup>272</sup>, dakle i pravne norme, ako ona uvijek ima i prešutnu alternativnu odredbu, tumačenje koje iskazuje da je pravo ono što u konačnici sudovi kažu da je pravo (što sudovi izaberu od beskonačnog broja alternativa). Tim više što je jedina izričito pravna kategorija „valjanost“, a ne pravilnost norme u smislu njezine sukladnosti izričitom dijelu više norme.<sup>273</sup>

Same Kelsenove riječi daju uporišta takvoj tezi. Tako Kelsen u drugom izdanju *Čiste teorije prava* kaže sljedeće:

„Ako se sudska odluka uopće može osporiti, onda se od stranaka objektivno može osporiti u oba slučaja i može biti ukinuta od suda više razine, čak i ako stranke subjektivno opravdavaju žalbu činjenicom da odluka ne odgovara već prethodno određujućoj općoj normi. Stranke mogu računati na činjenicu da je, ako odluka suda najviše razine stječe svojstvo konačne odluke, nemoguće spriječiti da

---

<sup>269</sup> L. Gianformaggio, 266 i 267.

<sup>270</sup> H. Kelsen (1979), 266.

<sup>271</sup> Vid. L. Gianformaggio, 266–271.

<sup>272</sup> Tragom Kelsenovih vlastitih riječi iz H. Kelsen (1960), kada govori o objektivnosti. Vid. infra, tekst iznad fn. 275.

<sup>273</sup> E. Diciotti, 63.

postane valjanom pojedinačna norma čiji sadržaj nije prethodno određen niti od jedne opće pravne norme.

Ako ima uopće smisla govoriti o tome da je sudska odluka „per se“ sukladna pravu ili protupravna, onda se mora priznati da čak i pravu sukladna odluka može biti ukinuta odlukom koja ima snagu konačne odluke“.<sup>274</sup>

Dakle ni jedan dio norme, ni dio koji je obuhvaćen prešutnom alternativom, ni dio koji je izričit nisu bezuvjetni u svojoj valjanosti.<sup>275</sup>

Kako onda izbjeći zaključak da se pravo zapravo sastoji samo od odluka (najviših) sudova? Ne bi li to bilo jedno, u skladu s načelom Occamove britve, jednostavnije, a time i plauzibilnije objašnjenje fenomenologije prava i njegovog tumačenja? Moguće, ali to nije ono što je Kelsen htio, time bi zapravo *in toto* bio narušen pojmovni apparatus čiste teorije prava kao normativističke teorije i zahtijevao bi pozitivističko shvaćanje prava.<sup>276</sup> S druge strane, čini se da upravo ideja o prešutnoj alternativnoj odredbi kao sastavnici svake norme to (nehotično) podržava. Naime, prihvatimo li kao ozbiljnu navedenu kritiku o tautološkoj prirodi normi koje sadrže prešutnu alternativnu odredbu to nas dovodi do zaključka da cijela ideja o utemeljivanju norme višom normom, pa sve do temeljne norme, postaje sasvim suvišna i teorijski neplodna. Ako norma kazuje da je obvezno činiti radnju X, ali i ne-X, time se zapravo iscrpljuju sve vrste mogućih radnji – što god da je činjeno, činjeno je ili X ili ne-X.<sup>277</sup> Takva norma zapravo postavlja obvezu da se čini ono što će se svakako nužno i učiniti, ono što je neizbježno.<sup>278</sup> Ta identifikacija obveznoga i nužnoga zapravo je identifikacija „jest“ i „treba“.<sup>279</sup> „Treba“ norme doista postaje suvišno.

---

<sup>274</sup> H. Kelsen (1960), 270.

<sup>275</sup> Upor. L. Gianformaggio, 271.

<sup>276</sup> Upor. L. Gianformaggio, 261.

<sup>277</sup> L. Gianformaggio, 264.

<sup>278</sup> Ibid.

<sup>279</sup> Ibid.

Putem odbacivanja Kelsenove normativističke teorije prava upravo je otišao Michel Troper. Troper u stvari radikalizira Kelsenovu ideju autentičnog tumačenja,<sup>280, 281</sup> i spoznaju o učinku pravomoćnosti sudskih odluka. Kelsenovo razlikovanje autentičnog tumačenja i neautentičnog tumačenja prema Troperu ima smisla jedino ako se ide tragama onoga što tradicionalna jurisprudencija smatra autentičnim tumačenjem – tumačenjem autora-stvaratelja norme u punome smislu.

Realnost je, kaže Troper, sljedeća:

„Uzalud se prigovara da je opća norma protumačena samo za konkretan slučaj i da se to tumačenje može promijeniti u novom sporu i da se drugi pravni subjekti takvog tumačenja nisu dužni pridržavati. Treba priznati kako tumačenje dano od najvišeg suda u konkretnome slučaju sebe postavlja za sve buduće slične slučajeve koji se mogu pojaviti. Doseg toga je da sudovi nižeg ranga i subjekti pravnog poretka bivaju obvezani pridržavati ga se ili će biti suočeni s time da će za jedne njihove odluke biti poništene, a za druge će njihovo djelovanje biti sankcionirano. Takav je način na koji funkcionira sudbena djelatnost te se teško pretvarati da je ona samo puki stvaratelj pojedinačnih normi“.<sup>282</sup>

Ako ovdje (u sferi prava) i postoje spoznajni elementi, oni se sastoje u spoznavanju rezultata tumačenja autentičnih tumača,

---

<sup>280</sup> Cijeli odnos Tropera i Kelsena, u konačnici, može biti označen onime što Ivan Glučina duhovito naziva intelektualni patricid. Vid. Ivan Glučina, „Michel Troper i francuski pravni realizam“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 3/2016, 777–796, osobito 790.

<sup>281</sup> Kako je istaknuto supra, u poglavlju 4.1., on na Kelsenovom pojmu norme kao smisla nadovezuje zaključak o apsurdnosti tumačenja smisla, zaključujući u konačnici da je pravi objekt tumačenja samo tekst. Tumačenje je slijedom toga pripisivanje smisla tekstu. Smisao teksta je produkt, a ne ono što prethodi tumačenju. Stoga je ono utoliko voljni čin.

<sup>282</sup> M. Troper, 523–524.



njihovih preferencija.<sup>283</sup> Autentično tumačenje u prvome redu daju najviši sudovi ili oni koji su u analognoj poziciji moći. Oni su autentični tumači ne samo normi u onom dijelu u kojemu one propisuju sadržaj pojedinačnih normi, nego i u dijelu koji se tiče njihove nadležnosti. Troper tako ističe:

„Između ostaloga je česta pojava da u periodima nevolja pojedinci postavljaju sami sebe u poziciju faktičnog autoriteta, autoriteta koji zamjenjuje ili se pozicionira pored autoriteta kreiranog pomoću teksta koji je na snazi. Zatim, bez modifikacije teksta, novi organi vlasti ga mogu tumačiti tako da isti korespondira ovome proširenju vlasti u korist ovih novih organa. Ovakva hipoteza je drukčija od one o revoluciji, koja modificira ustav i organizira novi pravni poredak. Ovdje možemo vidjeti slučaj jedne pobunjeničke vlasti, koja sama sa sobom zamjenjuje legalnu vlast, bez ukidanja ili modificiranja ustava, tumačeći odredbe ustava tako da odgovaraju njezinoj poziciji na vlasti, uz ovlasti koje su jednake ili – što je češći slučaj – značajno proširene u odnosu na prijašnju vlast“.<sup>284, 285</sup>

Troper poentira ističući kako je u konačnici postojanje ovakvog autoriteta koji stvara značenja „uvijek pitanje obične činjenice (fakta)“, pri tome radikalizirajući ideju autentičnog tumačenja i svesvi pravo na pitanje analize običnih činjenica koje se tiču autoriteta koji uistinu daju valjanost normi.<sup>286</sup> Troper stoga zaključuje kako se slobodno može odbaciti ideja o temeljnoj normi i

---

<sup>283</sup> Za Guastinija je, na primjer, na najdubljoj razini, pravna znanost, ako želi biti shvaćena kao istinska znanost upravo predviđanje prava na snazi. Vid. Guastini (2014), 8.

<sup>284</sup> M. Troper, 528.

<sup>285</sup> Ovdje valja napomenuti i da je doktrina prešutnih normativnih alternativa suprotna Kelsenovom pogledu na revoluciju – slučaj kada ustav ili ustavne norme bivaju promijenjene u procesu koji s tim ustavom nije u skladu – međutim kako se ideja o normativnim alternativama odnosi na sve norme, svaki normativni akt može biti u skladu s ustavom preko alternativnog puta, čak i onaj koji se odnosi na promjenu ustava samog (vid. E. Dციotti, 82, fn. 66).

<sup>286</sup> U tom smislu M. Troper, 528.

stvoriti teoriju o vezi prava i stvarnih činjenica.<sup>287</sup> Time je zapravo u potpunosti odbačena čista teorija prava.

Međutim Kelsen očito ne dijeli ovakav stav o tumačenju, a to je branio i na kraju svoje karijere:

„Vjerojatno je taj uvid doveo do nauka koji zastupa John Ch. Gray, „The Nature and the Source of the Law“, 2. izd., New York, 1927.: „Sve je pravo sudačko pravo“, tj. da se samo pojedinačne norme, koje su stvorili sudovi, mogu zvati pravnim normama, a opće, zakonodavstvom i uobičajenjem nastale norme tek „izvorima“ prava (sources of the law). Budući da nema dovoljnog razloga da se tim općim normama odrekne karakter prava, zacijelo možemo smatrati da je tumačenje koje se daje u tekstu odgovarajuće“.<sup>288</sup>

Te nadalje:

„To identificiranje zakona s njegovom interpretacijom nije održivo. I Biblija i Shakespeareov Hamlet interpretiraju se, ali nikom neće pasti na pamet da tvrdi da je Bibliju napisao onaj tko je interpretira ili da Hamleta nije napisao Shakespeare nego onaj tko ga interpretira.<sup>289</sup> Sve dok se doista radi samo o interpretaciji zakona, zakon je – sudski interpretiran – nešto što sud primjenjuje, ali ne

---

<sup>287</sup> Tako M. Troper, 529.

<sup>288</sup> H. Kelsen (1979), 472.

<sup>289</sup> Zanimljivo je ovdje možda spomenuti nadrealističku literarnu igru glasovitog Jorgea Luisa Borgesa u priči „Pierre Menard, Pisac Don Quijotea“ u kojoj se ruši barijera između autora i čitatelja. Junak ove kratke priče – Pierre Menard odluči ponovno napisati Cervantesov klasik, ali tako da ga ponovno kreira kao originalno djelo, iz glave. S tom namjerom odlučuje se u spletu nadrealnih okolnosti proživjeti identičan život Cervantesu i u tome donekle uspijeva – kreira identičnog Don Quijotea (barem dio). Međutim, premda je stvorio tekstualno identično djelo i subjektivno možda isto značenje, ono više nema i ne može imati isto značenje jer je čitateljski kontekst promijenjen. Poduhvat je u potpunosti uzaludan jer se značenje potpuno odvaja od autora. Sasvim ironično, potpuno identični tekst junaka priče i Cervantesa biva ocijenjen na drukčiji način – Menardov jezik je tobože istančaniji. Ne samo to, igra se s tom idejom Borges, čak se i ista knjiga ne može pročitati dva puta – svako čitanje Ilijade čitanje je novoga djela. Vid. „Pierre Menard, Pisac Don Quijotea“, objavljeno u: Jorge Luis Borges, *Jorge Luis Borges. Sabrana djela. 1932.-1944.*, Grafički zavod Hrvatske, Zagreb 1985, 151–157.

proizvodi. No budući da ipak mora postojati nešto što se interpretira, to što se interpretira ne može biti identično s interpretacijom. Može se doduše dogoditi da sudac pod izgovorom da interpretira zakon primijeni opću normu koja se u zakonu ne može naći nikakvom pravnom interpretacijom. No ni tada to što sudac stvara nije zakon, koji on navodno interpretira, nego pojedinačna norma koju on može utemeljiti samo nekom općom normom koju pretpostavlja i koja pozitivnopravno nije vrijedeća“.<sup>290</sup>

Troper je odgovorio na kritiku ove vrste referirajući se upravo na Kelsenovu kritiku Graya u *Općoj teoriji prava i države* i zatim Kelsenovo izlaganje o prešutnoj alternativnoj odredbi i načelu *res iudicata*.<sup>291, 292</sup> Prema Troperu, ideja da sudac stvara pravo zapravo potvrđuje isto što i prešutna alternativna odredba i načelo *res iudicata* – da ne postoji pravi smisao pravne odredbe – stoga što je niža norma sukladno ovim načelima uvijek u skladu s pravom.<sup>293</sup>

U konačnici, čini se da uglavnom postoji sloga oko toga da je doktrina prešutne alternativne odredbe pogubna za Kelsenovu teoriju prava i pravnog tumačenja.<sup>294</sup>

Problemu ove nekoherentnosti doktrine o prešutnim alternativnim odredbama s ostatkom Kelsenove teorije može se pristupiti na dva načina:

---

<sup>290</sup> H. Kelsen (1979), 473.

<sup>291</sup> Vid. H. Kelsen (2006), 149–162.

<sup>292</sup> Vid. M. Troper, 525 fn. 14.

<sup>293</sup> U tom smislu Troper u *ibid*.

<sup>294</sup> Upor. E. Bulygin (1995a). 17, J. M. Cabra Apalategui, 13, E. Diciotti, 81–82, L. Gianformaggio, 271, Ruiz Manero, vid. Juan Ruiz Manero, „On the Tacit Alternative Clause“, *Cognition and Interpretation of Law* (eds. Letizia Gianformaggio, Stanley L. Paulson), G. Giappichelli editore, Torino 1995, 247 i 254, S. Naninni (1995), 233, S. L. Paulson (2008), 36, uz iznimku Luzzatija koji eksplicite drži da doktrina normativnih alternativa nije u kontradikciji s Kelsenovom teorijom tumačenja, vid. C. Luzzati, 98.

eliminirati doktrinu i održati ostatak čiste teorije prava ili Kelsenove teorije uopće; ovaj bi pristup svakako bio i intelektualno blagonakloniji prema Kelsenu;<sup>295</sup>

zadržati doktrinu i odbaciti ostatak Kelsenove teorije kako je to, na primjer, učinio Troper.

Ako se prihvati ideja o eliminaciji doktrine prešutnih normativnih alternativa, uglavnom je prihvaćeno da bi to nužno obuhvaćalo i sljedeće nužne promjene u Kelsenovoj teoriji:<sup>296</sup>

izmjenu pojma valjanosti;

izmjenu pojma konstitutivnosti sudskih odluka.

AD 1) Kelsenovo poimanje valjanosti glavno je izvorište konstrukcije prešutnih alternativnih odredaba. Ta dva pojma su isprepletena utoliko što je pojam alternativnog karaktera više norme nužan da bi norma koja nije donesena u skladu s njenim sadržajem imala valjanost, a za Kelsena je valjanost ne samo svojstvo norme koje ona može imati ili ne imati, nego samo postojanje norme, norma koja nije valjana i nije norma.

Problemu se takozvanih protunormnih normi može, kako to pokazuje Bulygin pozivajući se na Juana Ruiza Manera, pristupiti na tri načina:<sup>297</sup>

pretpostaviti da iz nekog misterioznog razloga svi organi zaduženi za donošenje pravnih normi uvijek donose norme koje su u sukladnosti s višim normama;

prihvatiti da kada pravni organ pokuša donijeti normu na koju nije ovlašten višim normama rezultat nije valjana norma, a za Kelsena to znači i da nije postojeća norma;

---

<sup>295</sup> Za ovo se zalaže, na primjer, E. Bulygin (1995a), 17, S. L. Paulson (2008), 37, dok Ruiz Manero izražava skepsu da je to moguće, a da se ne dirne u bitne elemente Kelsenove opće teorije, vid. J. Ruiz Manero (1995), 247.

<sup>296</sup> Upor. E. Bulygin (1995a), 16–24, J. Ruiz Manero (1995), 248 i S. Naninni (1995), 234.

<sup>297</sup> E. Bulygin (1995a), 16.

preformulirati sadržaj normi više razine tako da postanu imune na bilo kakvu povredu.

Kelsen je, prema Bulyginu, bio u dilemi između drugog i trećeg načina. Mogao je gledati na normu koja je u suprotnosti s višom normom kao na nevaljanu, ali kako su te norme u stvarnosti ponekad obvezujuće (barem dok ne budu poništene) to se čini kao svojevrsno proturječje reći da su nevaljane i stoga se kaže da su i one „valjane“ u nekom, možda širem smislu.<sup>298</sup> To je jedno moguće objašnjenje zašto je Kelsen usvojio jedan složeni pojam valjanosti. Moguće je i da je Kelsena na ideju o ovakvom pojmu valjanosti navela i opasnost od toga da se analizirajući neki konkretni pravni sustav ispostavi da postoji niz normi koje se primjenjuju a nisu valjane u tom smislu da pripadaju pravnom sustavu.<sup>299</sup>

U pozadini Kelsenovog pojma valjanosti, pokazuje Bulygin, naziru se zapravo dva odvojena pojma.<sup>300, 301</sup> Prvi pojam je relativni pojam valjanosti. Prema ovom relativnom pojmu, valjanost je kategorija kojom se iskazuje pripadnost norme nekom sustavu normi.<sup>302</sup> Norma je valjana ako pripada (ako je član) sustava normi, a da bi bila član nekog sustava normi znači da postoji druga (viša) norma tog sustava koja ovlašćuje na njezino donošenje.<sup>303</sup> Drugi pojam je apsolutni pojam. Prema njemu je norma valjana ako i samo ako obvezuje, ako je obligatorna.<sup>304</sup> Kelsen u konačnici zapravo

---

<sup>298</sup> U tom smislu E. Bulygin (1995a), 18.

<sup>299</sup> Tako J. Ruiz Manero (1995), 250.

<sup>300</sup> E. Bulygin (1995a), 18.

<sup>301</sup> Više o dvoznačnosti Kelsenovog pojma „valjanost“ vid. u Eugenio Bulygin, „An Antinomy in Kelsen’s Pure Theory of Law“, *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes* (eds. Bonnie Litschewski Paulson, Stanley L. Paulson), Clarendon Press, Oxford 1998, 297–315. Također vid. i Riccardo Guastini, „Kelsen on Validity (Once More)“, *Ratio Juris*, 3/2016, 402–409.

<sup>302</sup> E. Bulygin (1995a), 18.

<sup>303</sup> Ibid.

<sup>304</sup> Ibid.

ujedinjuje ova dva pojma – takve i samo takve norme koje pripadaju sustavu su obvezujuće.<sup>305, 306</sup>

No, ovakav zaključak, kako pokazuje Bulygin, nije potvrđen u potpunosti.<sup>307</sup> Naime postoje norme koje su katkada obvezujuće za sudove, a da nisu dio istoga sustava.<sup>308</sup> Na primjer, kao obvezujuće dolaze u obzir norme stranog prava (drugog sustava) i to temeljem pravila međunarodnog privatnog prava ili, s druge strane, i derogirane norme, to jest norme koja više ne pripadaju sustavu.<sup>309</sup> Bulygin se stoga zalaže za to da nepravilne norme budu označene, ne kao valjane, nego kao primjenljive.<sup>310</sup>

AD 2) Još jedan Kelsenov pojam upotpunjuje ovo Kelsenovo otklizavanje u sferu radikalno skeptične teorije tumačenja, a to je, kako je navedeno, pojam konstitutivnosti sudskih odluka. Taj pojam sastoji se u sljedećemu:

„Niža norma pripada, s višom normom, istome pravnom poretku samo utoliko što niža odgovara višoj. Ali, tko ocjenjuje odgovara li niža norma višoj, odgovara li pojedinačna norma sudske odluke općim zakonskim ili običajnim normama? Samo organ koji

---

<sup>305</sup> E. Bulygin (1995a), 18 i 19.

<sup>306</sup> Valjanost je za Kelsena **specifična egzistencija norme**: tako Kelsen u H. Kelsen (1960), 10: „Riječju „valjanost“ označavamo specifičnu egzistenciju norme“ i „Egzistencija pozitivne norme, drugim riječima, njezina valjanost...“; a ona (specifična egzistencija) se pak očituje u **obvezujućoj snazi**: na primjer, H. Kelsen (1960), 193: „To da je norma koja se odnosi na ljudsko ponašanje „valjana“ znači da je obvezujuća – da se pojedinac treba ponašati na način determiniran normom“, te **pripadnosti sustavu**: H. Kelsen (1960), 193: „Utemeljenje valjanosti norme može biti samo valjanost druge norme“ te H. Kelsen (1960), 47: „Na izdvojeni akt pojedinca ne može se gledati kao na pravni akt, njegovo značenje ne može biti smatrano pravnom normom, stoga što pravo, kao što je spomenuto, nije pojedinačna norma, već sistem normi; a pojedinačna norma može biti smatrana pravnom normom samo kao dio takvog sistema“.

<sup>307</sup> E. Bulygin (1995a), 19.

<sup>308</sup> Ibid.

<sup>309</sup> E. Bulygin (1995a), 19, a tako i A. Marmor (2011), 18 fn. 19.

<sup>310</sup> Tako Bulygin, u svome odgovoru Sandru Naninniju u Eugenio Bulygin., „Some Replies to Critics“, *Cognition and Interpretation of Law* (eds. Letizia Gianformaggio, Stanley L. Paulson), G. Giappichelli editore, Torino 1995, 311.

treba primijeniti višu normu može formirati takvu odluku. Upravo kao što i postojanje činjenica s kojima pravne norme vežu određene posljedice može biti utvrđeno samo od organa kroz određeni postupak (oboje je determinirano pravnim poretkom). Mišljenje bilo kojeg drugog pojedinca je pravno nerelevantno. Odluka glede pitanja odgovara li niža norma višoj implicira primjenu više norme“.<sup>311</sup>

Ovaj pojam upotpunjuje pojam alternativnog karaktera više norme i učvršćuju ranije izrečenu Troperovu tezu kako i nema stvarnog značenja normativnog teksta osim onoga kojemu ga pridaju autentični tumači.<sup>312</sup>

Bulygin smatra da je nužno staviti amalgam na ovaj Kelsenov pojam tako da se istakne kako je sudska oduka konstitutivna samo u tom smislu što predstavlja uvjet za primjenu drugih normi.<sup>313, 314</sup>

#### 4. ZAKLJUČAK

Kelsenov osnovni pogled na pravno tumačenje, bez obzira na moguće promjene naglaska na ovom ili onom elementu unutar ukupnog diskursa, ostaje neizmijenjen od prvog izdanja *Čiste teorije prava* do posthumno objavljene *Opće teorije normi*. Posljednja nam nudi tek poneke inovacije koje su posljedica izmjene šireg sustava Kelsenove teorije.

Tumačenje je za Kelsena, ako govorimo o znanstvenom tumačenju, (*pravna*) *spoznaja*, i to spoznaja norme kao okvira koji

---

<sup>311</sup> H. Kelsen (2006), 154.

<sup>312</sup> Slično tome i E. Diciotti, 53.

<sup>313</sup> E. Bulygin (1995a), 24.

<sup>314</sup> Smatram da ovdje nije na odmet napomenuti i da je doktrina o prešutnim alternativnim odredbama u određenom neskladu s idejom iznesenom u H. Kelsen (1960), 354 i H. Kelsen (1951), XV glede autentičnog tumačenja kojim se: „pravna norma može zamijeniti drugom normom potpuno drukčijeg sadržaja“ barem za određeni slučaj. Jer, ima li norma uvijek i prešutnu alternativnu odredbu, nema ni mogućnosti da se stvara nova norma, norma je uvijek ostvarenje jedne od alternativnih odredbi.

obuhvaća pluralitet *moćuđih* značenja. U drugom smislu, tumačenje je i izbor jednoga od više mogućih značenja za koje se, na kraju, odlučuju organi primjene prava. Takvo tumačenje Kelsen naziva autentičnim tumačenjem; njime se stvara pojedinačna pravna norma. Moglo bi se reći i da je ključni Kelsenov analitički napor, kroz kritiku tradicionalne jurisprudencije, stremio ka tome da pokaže kako ovo autentično tumačenje nužno uključuje voljni element, element odluke, i da se ne sastoji od puke spoznaje. Pitanje pak odluke, pitanje je pitanje pravne politike, a ne samog prava.

Ovaj okvirni karakter norme ipak je ograničen, odnosno moguće ga je predočiti, a to bi značilo da bi se njegova spoznaja morala temeljiti na skupu objektivnih i barem donekle koherentnih kriterija. No, važno je to naglasiti, Kelsen takve kriterije ne iznosi, te, osim kritike kanona tumačenja tradicionalne jurisprudencije, u tom smislu doista ostajemo uskraćeni za istinsku teoriju tumačenja. Ako ona i zalazi u domene kompatibilne spoznajama koje crpe iz uvida filozofije jezika, kako to pokazuje Eugenio Bulygin, Kelsenova teorija je jednostavno nedovoljno potkrijepljena. Također, niti uvid u Kelsenovo specifično shvaćanje *pravne* spoznaje (koje je u klasičnoj Kelsenovoj fazi vezano uz Kanotovu epistemologiju), kako je to pokazao Stanley Paulson, ne daje nam osobite odgovore na pitanja tumačenja jer ona, kako je pokazano, već pretpostavlja tumačenje. Pravna spoznaja za Kelsena je, figurativno rećeno, spoznaja odgovaranja među već protumaćenim normama, ona pretpostavlja da je pitanje tumačenja već riješeno. Bez obzira na to, nedvojbeno je da je, i ovako nedovoljno potkrijepljena, Kelsenova teorija tumačenja umjereno skeptične prirode – norma uvijek ima više značenja, ponekad i disparatnih, ali ipak zatvoreni krug, krug mogućih značenja. Ovakav zaključak, kao nužan, moguće je izvesti iz Kelsenove ustrajne kritike takozvanih teorija iz domene pravnog realizma (Alf Ross, John Chapman Gray), analognih onima Michela Tropera. Kelsen se protivio idejama koje negiraju normativni značaj općih pravnih normi danih od zakonodavstva prebacujući stvarno normotvorstvo na one koji imaju odlučujuću moć odlučivanja u nekom konkretnom slučaju, a primarno se to odnosi na najviše sudove koji jedini prema ovakvim teorijama pridaju autoritativno normativno značenje onome što do tada egzistira samo kao puki tekst (tekst ustava, zakona, podzakonskih akata (ili bar onoga što pretendira imati objektivno značenje navedenoga)). Ako bi Kelsenova teorija pravnog tumačenja bila



radikalno skeptična, tumačenje bi doista bila puka voljna, a ne spoznajna djelatnost i pravnu sferu bi bolje objašnjavala disciplina koja bi nastojala predvidjeti u potpunosti političke odluke onih koji imaju moć odlučivanja u svakom pojedinom slučaju. U prvom redu bi to, kako pokazuje Michel Troper, bile odluke najviših sudova. Kelsen na ovakav zaključak nije mogao pristati jer bi to *in toto* uništilo njegov srednji (normativistički) put teorije prava između škole prirodnog prava, koja izvor prava pronalazi u nečemu izvan ljudskog društva, i (radikalnog) empirističkog pozitivizma, koji pravo svodi na puke odnose moći, a pravnu znanost odnosno spoznaju prava na nešto poput sociologije. Spoznaja prava bi u tome smislu bila svedena na analizu društvenih činjenica. No, kako su mnogi komentatori Kelsena pokazali, Kelsen je, u namjeri da izgradi teoriju između ovih krajnosti, zapravo uhvaćen u mrežu pravnog realizma sa svojom doktrinom (prešutnih) normativnih alternativa. U pozadini ove doktrine su i doktrine konstitutivnog karaktera sudbenih odluka i, kao najznačajnije, Kelsenovo specifično (višeznačno) shvaćanje pojma valjanosti. Doktrina (prešutnih) normativnih alternativa navodi ka zaključku da zapravo nema istinskog značenja pravnih normi osim onoga koje mu daju oni koji imaju moć autoritativno ih tumačiti u danom trenutku (preciznije rečeno: tumačiti normativne tekstove). Naime, takav se stav (zaključak), ustrajemo li pri ovoj Kelsenovoj doktrini, čini kao jednostavnije, a time i uvjerljivije objašnjenje fenomenologije pravnog tumačenja, kao tumačenja specifične vrste. Većina komentatora se stoga slaže da doktrinu (prešutnih) normativnih alternativa, želi li se ostati dosljedan osnovnim postavkama Kelsenove opće teorije prava i pravnoga tumačenja, treba eliminirati.

Luka Jurić, LL.M

University of Zagreb Faculty of Law

## KELSEN'S THEORY OF LEGAL INTERPRETATION

### Summary

While following the Stanley Paulson's dichotomy, the paper analyses the negative and constructive aspects of Kelsen's views on

legal interpretation. The negative aspects refer to Kelsen's critical approach to traditional legal science theory of legal interpretation for which issues of legal interpretation always, according to Kelsen, amounted to issues of cognition. In doing so, traditional legal science attempted, wittingly or not, as Kelsen asserts, to maintain an illusion of ever-present present legal certainty.

In analyzing constructive aspects of Kelsen's views on legal interpretation, the paper analyses Kelsen's concept of the object of legal interpretation, his concept of (legal) cognition, concept of indeterminacy of law, and his differentiation between the scientific and authentic legal interpretation.

Furthermore, Kelsen's theory of legal interpretation is put into the context of other modern theories of legal interpretation, while placing Kelsen's theory in the middle of the continuum in which end points represent radical cognitivist theory of legal interpretation and radical skeptical theory of legal interpretation.

The final part of the paper gives an analysis of Kelsen's doctrine of tacit alternative clause and serious problems which this doctrine, according to many critics, poses to Kelsen's theory of legal interpretation while putting in danger sustainability of his entire theory of law. The author examines the sources of this doctrine and in the end reaches the conclusion that this doctrine has its origins primarily in Kelsen's peculiar understanding of the concept of validity, thus, for the purpose of saving the rest of the Kelsen's theory of law, propositions to amend Kelsen's concept of validity are analyzed.

Key words: *Kelsen, legal interpretation, scientific interpretation, authentic interpretation, tacit alternative clause*