



Revus

Journal for Constitutional Theory and Philosophy of
Law / Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava

35 | 2018

Revus (2018) 35

Zakaj je treba spoštovati pravo?

Why should the law be obeyed?

Hans Kelsen

Translator: David Sotošek



Electronic version

URL: <http://journals.openedition.org/revus/4886>

DOI: 10.4000/revus.4886

ISSN: 1855-7112

Publisher

Klub Revus

Printed version

Date of publication: 10 novembre 2018

ISSN: 1581-7652

Electronic reference

Hans Kelsen, « Zakaj je treba spoštovati pravo? », *Revus* [Spletna izdaja], 35 | 2018, Datum spletne objave: 05 janvier 2019, ogled: 08 avril 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revus/4886> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revus.4886>

This text was automatically generated on 8 avril 2020.

All rights reserved

Zakaj je treba spoštovati pravo?

Why should the law be obeyed?

Hans Kelsen

Translation : David Sotošek

I

- 1 Kaj je razlog za veljavnost prava? Da bi lahko ovrednotili različne odgovore na to vprašanje, moramo razjasniti nekatere pojme. Ob pojmu »pravo« mislimo na pozitivno pravo – državno ali mednarodno. Ob pojmu »veljavnost« mislimo na zavezujočo moč prava – predstavo, da ga morajo ljudje, katerih ravnanje ureja, spoštovati. Vprašanje pa je, zakaj morajo ljudje spoštovati pravo.
- 2 Ne sprašujemo se o tem, ali je pozitivno pravo veljavno – to teorija pozitivnega prava predpostavlja; gre za bistveno značilnost pozitivnega prava. Subjektivni pomen dejanj, s katerimi se ustvarjajo norme (tj. predpisi, ukazi) pozitivnega prava, je nujno ta, da je predpise treba spoštovati. A zakaj se *subjektivni* pomen dejanj šteje tudi za njihov *objektivni* pomen? Ni namreč vsako dejanje, katerega subjektivni pomen je norma, to tudi v objektivnem pomenu. Tako denimo ukaza, s katerim ropar zahteva našo denarnico, ne razumemo kot zavezujoče ali veljavne norme. Drugače povedano se zgornje vprašanje torej glasi: Zakaj dejanjem, ki ustvarjajo pozitivno pravo, pripisujemo ne le subjektivni, ampak tudi objektivni pomen zavezujoče moči norm?

II

- 3 Pogosto se zadovoljimo z odgovorom, da moramo pozitivno pravo spoštovati, ker se to sklada in kolikor se to sklada z moralnimi načeli. Moralna načela, ki se nanašajo na človekove dejavnosti ustvarjanja in uporabljanja prava, tvorijo ideal pravičnosti; v skladu s tem stališčem je razlog za veljavnost prava torej njegova pravičnost. Odgovor na vprašanje, kako prepoznati moralna načela, je navadno ta, da so imanentna naravi:

raziskovanje narave nam omogoči prepoznavo načel, ki tvorijo naravno pravo, pozitivnemu, človeškemu pravu pa so nadrejena.

- 4 Našteta stališča tvorijo naravnopravno doktrino, ki naravi pripisuje pravodajno oblast. Po tej doktrini izvira veljavnost pozitivnega prava iz naravnega prava. Pozitivno pravo je treba spoštovati, ker nam to veleva in kolikor nam to veleva narava; in to narava veleva le, kolikor je pozitivno pravo skladno z naravnim pravom.
- 5 Tudi če sprejmemo stališče, da je mogoče norme, ki urejajo človekovo ravnanje, deduktivno izpeljati iz narave, se postavlja vprašanje, zakaj moramo te norme spoštovati. Na to vprašanje naravnopravna doktrina nima odgovora. Ta doktrina preprosto predpostavlja – morda kot samoumevno –, da je ukaze narave treba izpolniti. To je temeljna hipoteza te doktrine, njena temeljna norma, njen razlog za veljavnost prava.
- 6 Teorija pozitivnega prava te temeljne hipoteze ne more sprejeti, saj iz narave ni mogoče deduktivno izpeljati norm, ki urejajo človekovo ravnanje. Norme so izraz volje, te pa narava nima. Narava je sistem dejstev, ki jih povezuje načelo vzročnosti. Poimovanje, po katerem ima narava normativno oblast kot nadčloveško bitje s pravotvorno voljo, je bodisi animistično vraževerje ali pa posledica teološke razlage narave kot manifestacije Božje volje.
- 7 Obstaja pa še en razlog. Naravnopravna doktrina, da je pozitivno pravo veljavno, ker je skladno s pravičnostjo, pripelje do enega od naslednjih dveh sklepov, ki sta za teorijo pozitivnega prava nesprejemljiva:
- 8 (a) če vsako pozitivno pravo štejemo za veljavno, potem moramo – v skladu z naravnopravno doktrino – vsako pozitivno pravo šteti za pravično, za skladno z naravnim pravom. Tako je mogoče vsako človeško pravo upravičiti s tem, da se ga pripiše nadčloveškim oblastem – kakor si zavedno ali nezavedno prizadeva marsikateri naravnopravni teoretik. Če je vsako pozitivno pravo pravično, pa sta pravo in pravičnost istovetna; posledično je trditev, da je pravo veljavno, ker je pravično, enaka zatrjevanju, da je pravo razlog za veljavnost prava; pravo je zatorej treba spoštovati, ker je pravo treba spoštovati;
- 9 (b) če pravo istovetimo s pravičnostjo, pozitivno pravo pa z naravnim pravom, potem postaneta pojma pravičnosti ali naravnega prava nesmiselna. Smiselna sta le, če si pravičnost ali naravno pravo na eni strani in pozitivno pravo na drugi strani lahko nasprotujejo. Brž ko prepoznamo vsebino načel pravičnosti ali naravnega prava, pa je takšno nasprotje neizogibno. Dejstvo je namreč, da so v imenu pravičnosti ali naravnega prava ugledni predstavniki naravnopravne doktrine razglašali načela, ki so ne le v medsebojnem protislovju, ampak so v neposrednem nasprotju tudi z marsikaterim pozitivnopravnim redom. Ni pozitivnega prava, ki ne bi bilo v nasprotju s katerim od teh načel; in nemogoče je ugotoviti, katero od njih si bolj zasluži veljavo. Vsa ta načela so povsem osebne vrednostne sodbe mnogoterih avtorjev o tem, kaj je po njihovem mnenju pravično ali naravno. Če je pozitivno pravo veljavno le, kolikor je skladno s pravičnostjo ali naravnim pravom, neveljavno pa, kolikor z njima ni skladno, potem lahko ob primerjavi s katerim od njunih načel vsako pozitivno pravo štejemo za neveljavno. Na primer, če je osebna lastnina naravna pravica, kot trdijo nekateri pisci, potem pravni red komunistične države ni veljaven in je ta tako le organizacija razbojniške združbe. Če osebna lastnina nasprotuje naravi, kot trdijo drugi pisci, pa pravnega reda kapitalistične države ne moremo pripoznati kot veljavnega prava, ki bi

ga njeni državljani morali spoštovati. Če je, kot je učil Locke, demokracija edina naravna in pravična oblika vladavine, potem spoštovanja tako imenovanega prava, ki ga vzpostavlja avtokratična vlada, ni mogoče upravičiti. In če sprejmemo Filmerjevo naravnopravno doktrino, po kateri je demokracija najbolj nepravična oblika vladavine, ker nasprotuje volji Boga, ki svetu ne vlada demokratično, potem ni razloga za veljavnost demokratičnega prava in je ustvarjanje prava izključna pravica absolutnega monarha. Brez dvoma je ta, druga posledica naravnopravne doktrine za pozitivnopravno znanost in predvsem primerjalno pravoznanstvo ravno tako nesprejemljiva kot prva.

- 10 S trditvijo, da je pozitivno pravo veljavno zato, ker je pravično, torej ni mogoče odgovoriti na naše vprašanje. Če veljavnost pozitivnega prava izvira iz naravnega prava, potem pozitivno pravo samo po sebi nima nobene veljavnosti. Spoštovati je treba zgolj norme naravnega prava. Naravnopravna doktrina ne odgovori na vprašanje, zakaj je pozitivno pravo veljavno, ampak odgovori na povsem drugačno vprašanje o veljavnosti naravnega prava. Odgovor na to vprašanje pa je hipoteza. To je predpostavljena norma, da je ukaze narave treba izpolniti. To je njena temeljna norma.

III

- 11 Odgovor na postavljeno vprašanje ponuja še ena doktrina, in sicer krščanska teologija. Sv. Pavel pravi: »Vsak naj se podreja oblasti, ki so nad njim. Ni je namreč oblasti, ki ne bi bila od Boga. In te, ki so, so postavljene od Boga. Kdor se torej upira oblasti, se upira Božjemu redu. Tisti, ki se upirajo, pa si bodo nakopali obsodbo. Oblasnikov se namreč ni treba bati, kadar delamo dobro, ampak kadar delamo húdo. Hočeš, da ne bi imel strahu pred oblastjo? Delaj dobro, pa boš imel od nje priznanje. Oblast je namreč Božja služabnica tebi v dobro.« (Rim 13,1–4). Gre za upravičevanje katerega koli pozitivnega pravnega reda, ki ga ustvari uveljavljena oblast. Ljudje morajo spoštovati vsakršno pozitivno pravo, saj to velewa Bog, čigar predstavnice so pravodajne oblasti. Bog jih je pooblastil za ustvarjanje prava; zato je treba to pravo pojmovati ne zgolj, kot da ga je ustvaril človek, temveč tudi kot pravo, ki izvira iz Božje volje. Konec koncev človek spoštovanje dolguje Bogu, in ne pozitivnemu pravu samemu.
- 12 Trditev, da je treba pozitivno pravo spoštovati, ker tako velewa Bog, ne prinese končnega odgovora na vprašanje o veljavnosti pozitivnega prava. Četudi sprejmemo kot dejstvo, da je Bog tako ukazal, se namreč poraja vprašanje, zakaj moramo izpolniti Božje ukaze. Ker veljavnost norme lahko izpeljemo le iz višje norme, je resnični pomen Pavlovega odgovora na naše vprašanje naslednji: pozitivno pravo moramo spoštovati, ker moramo izpolniti ukaze Boga, ki nam je naložil spoštovanje pozitivnega prava. Za normo, da je treba izpolniti Božje ukaze, ni mogoče reči, da jo je postavil Bog. Če namreč neka oblast postavi normo, ki posamezniku predpisuje izpolnitev ukazov drugega posameznika, ta norma pooblašča slednjega za izdajo ukazov in ji je ta prav tako podrejen kot posameznik, ki je ukaze dolžan izpolniti. Oblast, ki postavi tako normo, moramo torej šteti za nadrejeno obema. Ker je Bog sam vrhovna oblast, ne more postavljati norm, ki ga pooblašča za ukazovanje. Zato norme, da moramo izpolniti Božje ukaze, ne more postaviti neka oblast; lahko je le norma, ki jo predpostavlja teologija, lahko je njena metafizična hipoteza, njena temeljna norma. To je – v skladu s to teološko doktrino – razlog za veljavnost prava.

- 13 Tovrstna metafizična hipoteza je sprejemljiva le s stališča veroizpovedi; poleg tega je dejstvo, da je Bog ljudem ukazal spoštovati pozitivno pravo, mogoče sprejeti le z vidika krščanske veroizpovedi, kot jo je vzpostavil sv. Pavel; in še s tega vidika je sporna, saj je komajda skladna z izvirnim Kristusovim naukom. Ne hipoteze ne dejstva pa ni mogoče sprejeti z vidika znanosti nasploh in še posebno ne pravne znanosti. Znanost ne deluje in ne more delovati na temelju metafizičnih predpostavk – predpostavk o entiteti ali dejstvu onkraj kakršnega koli možnega človeškega izkustva in predvsem onkraj človeškega razuma.
- 14 Tako odgovor, ki ga na naše vprašanje daje krščanska teologija, kot odgovor naravnopravne doktrine razlog za veljavnost prava najdeta v višjem redu, umeščenem nad pozitivno pravo – v božjem ali naravnem redu. Obe doktrini uči, da pozitivno pravo samo po sebi ni veljavno. Predmet zanimanja obeh doktrin je veljavnost božjega ali naravnega reda; in razlog za to veljavnost je temeljna norma, ki ni vzpostavljena z oblastno močjo božjega ali naravnega reda, temveč jo obe doktrini predpostavljata kot hipotezo.

IV

- 15 Zgornja analiza obeh doktrin pokaže, prvič, da za pozitivnopravno znanost njuni hipotezi nista sprejemljivi. Drugič, razloga za veljavnost prava, za njegovo imanentno veljavnost, ne gre iskati v drugem, višjem redu; pozitivno pravo je treba predpostaviti kot vrhovni, suvereni red.
- 16 Za ta red je značilna stopnjevitost. Njegov temelj je zapisana ali nezapisana ustava; na njej temeljijo zakoni, ki jih sprejme zakonodajalec; sodišča in upravni organi nato uporabljajo zakone tako, da ustvarjajo posamične norme. Odločitve sodnika ali uradnika moramo nazadnje spoštovati zato, ker moramo spoštovati ustavo. Če vprašamo, zakaj moramo spoštovati norme sedanje ustave, nas lahko napotijo na starejšo ustavo, ki jo je na ustavnoskladen način nadomestila sedanja ustava; in tako nazadnje pridemo do zgodovinsko prve ustave. Na vprašanje, zakaj moramo spoštovati njena določila, lahko pozitivnopravna znanost odgovori le tako: normo, da je treba spoštovati določila zgodovinsko prve ustave, je treba predpostaviti kot hipotezo, če naj se prisilni red, ki je vzpostavljen na njenem temelju in ga tisti, katerih ravnanje ureja, v resnici spoštujejo in uporabljajo, šteje za veljaven red, ki je za te posameznike zavezujoč; če naj razmerja med temi posamezniki razumemo kot pravne obveznosti, pravne pravice in pravne odgovornosti, in ne kot gola razmerja moči; in če naj bi bilo mogoče razločevati med tem, kar je pravno pravilno, in tistim, kar je protipravno, predvsem pa med pravno upravičeno in pravno neupravičeno uporabo sile. To je temeljna norma pozitivnega pravnega reda, ki je s stališča pozitivnopravne znanosti končni razlog njegove veljavnosti. To je končni razlog veljavnosti pozitivnega prava, saj ob tem ne bi bilo mogoče reči, da spoštovanje določil zgodovinsko prve ustave velevata narava ali Bog, da sta ustavne očete za sprejetje ustave pooblastila narava ali Bog. Temeljne norme, da moramo spoštovati določila zgodovinsko prve ustave, ni ustvarila pravna oblast. To torej ni pozitivna norma, ustvarjena v skladu z ustavo; je norma, ki jo – po učenju pozitivnopravne znanosti – predpostavljamo kot hipotezo, če za normativni red, ki zavezuje prebivalce izbrane države, štejemo prisilni red, ki učinkovito ureja človekovo ravnanje znotraj državnega ozemlja. Ta predpostavka ni plod svobodne domišljije, saj se opira na objektivno spoznavna dejstva: sprejem ustave in dejanja, ki na

temelju te ustave ustvarjajo in uporabljajo splošne in posamične norme prisilnega reda. Ta predpostavka upravičuje tako subjektivni pomen teh dejanj kot njihov objektivni pomen. To izhaja iz uporabe splošnega načela učinkovitosti, ki igra kot normativno načelo v pravu pomembno vlogo.

- 17 Pravni pozitivizem torej na vprašanje o veljavnosti prava odgovarja s hipotezo, ki jo lahko sprejmemo ali pa ne – tako da, z drugimi besedami, spoštovanje prava upravičuje le pogojno. Zato je bilo nemalokrat rečeno, da ta odgovor ne ponuja zadovoljive rešitve problema in da sta bolj ustrezni rešitvi, ki ju ponujata naravnopravna doktrina ali teologija. Vendar pa v tem pogledu ni nobene razlike med pravnim pozitivizmom na eni strani in naravnopravno doktrino ali teologijo na drugi strani. Razlog za veljavnost prava je v skladu z vsemi tremi nazirani hipotezi temeljna norma. Ravno tako kot temeljne norme pravnega pozitivizma ne postavi pravna oblast, ampak je v pravnem mišljenju predpostavljena, tudi temeljnih norm naravnopravne doktrine in krščanske teologije ne postavi narava ali Bog, ampak ju ti doktrini predpostavljata kot hipotezi. Posledično lahko tudi ti doktrini upravičita spoštovanje prava le pogojno. Edina razlika pa je v tem, da temeljna norma pravnega pozitivizma ponuja razlog za inherentno veljavnost pozitivnega prava, medtem ko temeljni normi naravnopravne doktrine ali krščanske teologije ponujata razlog za veljavnost naravnega ali božjega reda.

V

- 18 Do tod je bilo vprašanje o veljavnosti prava omejeno na državno pravo. Če mednarodno pravo štejemo za veljavno le, če ga na temelju ustave prizna državnopravna oblast ali, v običajni terminologiji, če ga priznava vlada suverene države, je naš odgovor glede mednarodnega prava isti: predpostavljena temeljna norma. Razlog za veljavnost državnega prava namreč v tem primeru vključuje razlog za veljavnost mednarodnega prava, ki je le del državnega prava. Če mednarodno pravo štejemo za nadrejeno državnemu pravnemu redu, pa se položaj spremeni. Načelo učinkovitosti, ki je vključeno v temeljno normo državnega prava, je namreč norma pozitivnega mednarodnega prava. V skladu s tem pravom je neodvisna oblast, ki učinkovito nadzoruje prebivalstvo na določenem ozemlju – četudi ta oblast ni vzpostavljena v skladu z ustavo, temveč z revolucijo – upravičena oblast; skupnost pod tako oblastjo je »država« v smislu mednarodnega prava; prisilni red, prek katerega se izvaja učinkoviti nadzor, je veljavno pravo te države; in dejanja ustvarjanja in uporabe norm tega reda so pravna dejanja. Sv. Pavel je učil, da vsako uveljavljeno oblast utemeljuje Bog. Prav tako pravni pozitivizem uči, da vsako uveljavljeno oblast utemeljuje mednarodno pravo. V skladu z načelom učinkovitosti kot normo mednarodnega prava je državna ustava veljavna, če je prisilni red, ki iz nje izvira, na splošno učinkovit. Ta pozitivna norma mednarodnega prava kot nadrejenega državnemu pravu ima enako vlogo kot hipotezi, tj. predpostavljena temeljna norma državnega pravnega reda kot suverenega reda ali – v običajni formulaciji – prava suverene države. Je razlog za veljavnost državnega prava. Ravno zato, ker je razlog za veljavnost državnega prava norma mednarodnega prava, lahko to pravo štejemo za nadrejeno prvemu. Vendar pa ta norma mednarodnega prava ni končni razlog za veljavnost državnega prava. Kajti zdaj se postavlja vprašanje: Zakaj je veljavna ta norma mednarodnega prava? In končno: Zakaj je veljavno mednarodno pravo kot celota? Odgovor na zadnje vprašanje lahko najdemo enako kot odgovor na vprašanje o veljavnosti državnega prava, saj sedaj

za suvereni red štejemo mednarodno pravo, in ne državnega prava. Če državno pravo (»državo«) še vedno označujemo za suvereno, lahko »suverenost« pomeni le to, da država ali, kar pomeni isto, državni pravni red, ki vzpostavlja državo, nista podrejena drugemu državnemu pravnemu redu, ampak le mednarodnemu pravnemu redu – da je država »neodvisna«. Če se sedaj vprašamo, zakaj je mednarodno pravo veljavni normativni red, lahko začnemo z vprašanjem, zakaj je posamezno dejanje države A v razmerju do države B bodisi skladno s pravom ali pa je protipravno. Odgovor bi lahko bil: ker je skladno ali neskladno z meddržavno pogodbo, sklenjeno med A in B, in ker morajo države v skladu z normo mednarodnega prava spoštovati meddržavne pogodbe, ki so jih sklenile. To je norma *pacta sunt servanda*. Gre za normo običajnega mednarodnega prava. Norma mednarodnega prava, ki je razlog za veljavnost državnega prava, je prav tako norma običajnega prava; in mednarodno pravo sestavljajo norme običajnega prava in dogovornega prava – slednje pa je pravo, ustvarjeno z meddržavnimi pogodbami na temelju običajnega prava. Razlog za veljavnost mednarodnega prava, njegova temeljna norma, je torej norma, ki običaj vzpostavlja kot pravotvorno dejstvo – norma, po kateri morajo države ravnati tako, kot države običajno ravna v medsebojnih odnosih.

- 19 Vendar pa te norme ne more ustvariti običaj. Nasprotna trditev bi pomenila enako logično zmoto kot trditev, da narava pooblašča naravo ali da Bog pooblašča Boga za izdajanje ukazov. Norma, po kateri ima državni običaj moč ustvarjanja prava, ki zavezuje države, je lahko le norma, ki jo predpostavljajo tisti, ki meddržavnih odnosov ne razumejo kot golih razmerij moči, temveč kot pravna razmerja, kot obveznosti, pravice in odgovornosti; tisti, ki dejanja držav ocenjujejo kot skladna s pravom ali protipravna, torej kot razmerja, urejena z veljavnim pravnim redom. Gre za hipotezo – pogoj, ki takšno razumevanje omogoča. Ta hipoteza, ta temeljna norma mednarodnega prava, je navsezadnje tudi razlog za veljavnost državnih pravnih redov.

– **Zahvala prevajalca.** – Pri prevajanju besedila so mi z dragocenimi nasveti pomagali Aleš Novak, urednik Andrej Kristan in lektorica Martina Oberman Žnidarčič, za kar se jim iskreno zahvaljujem. Pavlovo Pismo Rimljanom je navedeno po slovenskem standardnem prevodu Svetega pisma.

ABSTRACTS

Ta prispevek obravnava vprašanje zavezujoče moči pravnega reda. Avtor ob tem opozori, da več različnih teorij (naravnopravna doktrina, teološka doktrina in pozitivnopravna znanost) veljavnost normativnega reda upravičuje na isti način, in sicer s predpostavko temeljne norme. V zaključku avtor nato opiše še enotnost državnih pravnih redov in mednarodnega prava, katerih skupni razlog za veljavnost prepozna v temeljni normi, ki običajno ravnanje držav vzpostavlja kot pravodajno dejstvo. | To besedilo je prevod angleškega izvirnika *Why should the law be obeyed?*, ki je bil objavljen v avtorjevi knjigi *What is justice? Justice, law, and politics in the mirror of science* (Berkeley: University of California Press, 1957).

Why should the law be obeyed? This article examines the question of the binding force of a legal order. The author first highlights a similarity between several theories (the doctrine of natural law, the theological doctrine, and the science of positive law) which justify the validity of a normative order by virtue of the hypothesis of the basic norm. Then, in the last part of the article, the author demonstrates the unity of the national legal orders and the international law by showing that their validity derives from the basic norm which institutes customary behaviour of states as a law-creating fact. | This text is translated into Slovenian from the English original *Why should the law be obeyed?*, published in Hans Kelsen, *What is justice? Justice, law, and politics in the mirror of science* (Berkeley: University of California Press, 1957).

INDEX

motscllessl pravna obveznost, temeljna norma, pozitivnopravna znanost, naravno pravo, teologija, mednarodno pravo

Keywords: legal obligation, basic norm, science of positive law, natural law, theology, international law

AUTHORS

HANS KELSEN

(1881–1973) | Pokojni zaslužni profesor mednarodnega prava na Kalifornijski univerzi v Berkeleyu (ZDA).