

HANSO KELSENO TEISĖS TEORIJA¹

Herbert Schambeck

Lincos universiteto Teisės fakulteto
Konstitucinės teisės ir politikos mokslų institutas
Altenberger Straße 69, 4040 Lincas, Austrija
Telefonas (+43 732) 2468 8450
Elektroninis paštas stapol@jku.at

Pateikta 2011 m. spalio 26 d.; parengta spausdinti 2011 m. gruodžio 5 d.

Anotacija. *Hanso Kelseno (1881–1973) mokymas apie teisę aprėpia bendrosios teisės teorijos, teisės filosofijos, bendrojo mokymo apie valstybę, konstitucinės, administracinės ir tarptautinės teisės klausimus. Jis yra ir 1920 metų Austrijos Konstitucijos projekto autorius. Viena iš daugybės jo publikacijų ir 1950 metais Niujorke pasirodęs Jungtinių Tautų chartijos komentaras. Tarp daugelį kartų publikuotų ir į kitas kalbas išverstų darbų žinomiausia ir didžiausią įtaką padariusi jo knyga „Grynoji teisės teorija“. Grynoji teisės teorija yra pozityviosios teisės teorija, mokslas, kuris pozityviają teisę aiškina tik normatyviaja prasme. Kelsenas eliminuoja bet kokią nenormatyvų požiūrį. Jo teisiniu pozityvizmu pagrįstas teisės mokslas suponuoja valstybės vertybinį neutralumą ir individų indiferentiškas nuostatas. Kelsenas atsiriboja nuo bet kokios viršpozityvios teisės (präpositives Recht), taip pat ir nuo prigimtinės teisės. Todėl ši Grynoji teisės teorija tinka ir totalitariniams bei autoritariniams režimams.*

Reikšminiai žodžiai: *Kelsenas, Grynoji teisės teorija.*

1 „Die Rechtslehre Hans Kelsens“. Iš vokiečių kalbos vertė Nijolė Slaminskienė ir Saulius Arlauskas.

Įvadas

Hansas Kelsenas – mokslininkas, kaip joks kitas teisės mokytojas, visus savo kūrinis skyręs teisės teorijai ir praktikai, buvo labai vertinamas teisininkų ištinis devynis savo gyvenimo dešimtmečius. Tarp pirmojo darbo „Die Staatslehre des Dante Alighieri“ („Dantes Alighieri valstybės mokymas“), pasirodžiusio 1905 metais Vienoje ir apimančio 152 puslapius, ir paskutinio 362 puslapių veikalo „Allgemeine Theorie der Normen“ („Bendroji normų teorija“), publikuoto Vienoje 1979 metais, kurį Austrijos Hanso Kelseno instituto užsakymu po Kelseno mirties parengė Vienos profesoriai Ringhoferis ir Walteris, remdamiesi visu mokslininko teoriniu palikimu, rasime šimtus kitų publikacijų, kai kurios jų buvo išverstos net į 24 kalbas².

Kelseno darbai vienodu mastu aprėpia bendrąją teisės teoriją, teisės filosofiją, bendrąją valstybės teoriją, konstitucinę, administracinę ir tarptautinę teisę. Kaip labai svarbų tarptautinės teisės darbą būtina paminėti 1950 metais Niujorke pasirodžiusį jo parengtą Jungtinių Tautų chartijos komentarą. Negalima nepastebėti vertingo Kelseno indėlio į politikos mokslus ir nepaminėti jo ideologijos kritikos ir demokratijos teorijos darbų. Kai Kelsenas profesoriavo Kalifornijos Berklio universiteto Politikos mokslų departamente, turėjau galimybę aplankyti jį ir jo žmoną, kadangi 1967-ųjų metų balandį skaičiau paskaitas JAV. Kita vertus, Kelsenas, dar dėstydamas Vienoje, be ankstyvųjų savo darbų apie pozityviąją viešąją teisę, stengėsi suvokti ir pagrindinius politinio gyvenimo klausimus; šiame kontekste pirmiausia paminėtinas jo veikalas „Vom Wesen und Wert der Demokratie“ („Apie demokratijos esmę ir vertę / reikšmingumą“), kurio antroji laida publikuota 1929 metais Tiubingene ir kuris net į šiandienos politikos klausimus duoda tikslius atsakymus³.

Tik bendrais bruožais apibūdinamas Kelseno raštų gausą ir jo veiklos orientyrus, norėčiau paminėti ir Kelseno parengtą Austrijos Konstitucijos projektą⁴. Nors šio konstitucinio įstatymo projekto, dėl kurio šalys skubotai ėjo į kompromisą, reikšmė atrodė fragmentiška, tačiau vėliau šis šalių kompromisas pasirodė esąs ilgalaikis / tvirtas, kadangi minėtas konstitucinis įstatymas Austrijoje tebegalioja ir šiandien, o Kelsenas dėl šios priežasties laikomas Austrijos (Federacijos / Federacinės Respublikos) Konstitucijos tėvu.

Kelsenas gimė 1881 m. spalio 11 d. senojoje austriškojoje Prahoje, o užaugo Vienoje. Savo profesinę karjerą pradėjęs Vienoje, tęsė ją Kelne, Ženevoje, Prahoje, Niujor-

2 Žr. visą Hanso Kelseno publikacijų sąrašą: Metall, R. A. *Hans Kelsen, Leben und Werk*. Wien: Verlag Franz Deuticke, 1969, 122 f ir papildymas; *Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion, Referate und Diskussion auf dem zu Ehren des 100. Geburtstages von Hans Kelsen von 22. bis 27.09.1981 abgehaltenen internationalen Symposium, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Institutes*. Wien: Manz, 1982, 216 ff; Klecatsky, H. R.; Marcic, R.; Schambeck, H. *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*. Band 1 und 2. Wien: Franz Steiner Verlag, 2010.

3 Žr. Krawietz, W.; Topitsch, E.; Koller, P. (eds.). *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Kelsen, Rechtslehre*. Berlin: Duncker und Humblot, 1982, Beiheft 4.

4 Hierzu Kelsen, *Österreichisches Staatsrecht. Ein Grundriss entwicklungsgeschichtlich dargestellt* (1923) sowie Schmitz. *Die Vorentwürfe Hans Kelsens für die österreichische Bundesverfassung* (1981) und Ermacora (Hrsg.), *Die österreichische Bundesverfassung und Hans Kelsen* (1982).

ke ir pagaliau Berklyje, kur mirė 1973 m. balandžio 19 d. eidamas 92-uosius metus. Dėl plataus savo mokslinių veikalų atgarsio visame pasaulyje Kelsenas anksti peržengė savo austriškosios gimtinės sienas. Jau daugelį dešimtmečių skirtingų valstybių ir žemynų teisininkai nagrinėja / aiškina Kelseno mokymą, kuris tapo svarbia XX amžiaus teisės mokslo dalimi.

Kalbant apie Kelseno teisės mokslo kūrinius, pirmiausia paminėtinas jo veikalas „Reine Rechtslehre“ („Grynoji teisės teorija“), pirmąkart išleistas 1934 metais. 1945 metais buvo publikuota „General Theory of Law und State“ („Bendroji teisės ir valstybės teorija“), o 1960 metais pasirodė antroji „Grynosios teisės teorijos“ laida su priedu „Das Problem der Gerechtigkeit“ („Teisingumo problema“).

I.

Kelsenas, kaip retas kuris teisės mokslininkas, atsakymą į klausimą „Kas yra Grynoji teisės teorija?“ pateikė savo to paties pavadinimo veikalo abiejų laidų pirmojo skyriaus pirmuoju sakiniu: „Grynasis teisės mokslas yra viena iš pozityviosios teisės teorijų“⁵.

Žodžiai „viena iš teorijų“ byloja apie toleranciją, suvokimą, jog, be Kelseno teorijos, įmanomos ir kitos teorijos. Sutelkdamas dėmesį į „pozityviąją teisę“ Kelsenas akivaizdžiai siekia išvengti bet kokių sąsajų su nepozityviąja teise, kokia yra prigimtinė teisė. Kaip tvirtinama pirmojoje „Reine Rechtslehre“ („Grynosios teisės teorijos“) laidoje, autorius stengėsi „išvystyti gryną teoriją, t. y. nuo visų politinių ideologijų ir visų gamtos mokslų elementų atribotą, savitą teisės teoriją..., išimtinai nukreiptą į teisės pripažinimo tendencijų plėtotę“ ir kiek įmanoma siekė „savo teorijos rezultatus priartinti prie visų mokslų idealo – objektyvumo ir tikslumo“⁶. Kelseno tradicinio teisės mokslo kritika nėra atsitiktinė. „Jurisprudencija visiškai nekritišku būdu (be jokio kritiško vertinimo) susimaišė su psichologija ir sociologija, su etika ir politine teorija“, – teigia Kelsenas⁷.

Kelsenas siekia iš savo Grynosios teisės teorijos pašalinti viską, ko negalima priskirti pozityviajai teisei. Teisės teorijoje Kelseną domina tik galiojanti teisė, t. y. tokia teisė, kokia yra, o ne tokia, kokia galėtų būti. Pastaroji priklauso teisės politikai, ir Kelsenas ją atskiria nuo Grynosios teisės mokslo. Šiuo požiūriu, kaip teigia Ulrichas Klugas, Kelsenui grynumas nėra „kokia nors etinė kategorija“. Jis „grynąją teisės teoriją“ suvokia kaip bendrąją teoriją, t. y. įvardijamą klasikine „bendrojo teisės mokslo“ sąvoka. Kurdamas savo „Grynąją teisės teoriją“, Kelsenas rūpinosi pozityviosios teisės normatyvinės struktūros analize ir iš savo teisės mokslo (bet ne apskritai iš teisės) pašalino bet kokius istorinius ar sociologinius samprotavimus apie viešojo ir valstybinio gyvenimo fenomenus. Todėl Kelseno Grynoji teisės teorija, kaip, beje, ir kiekvienas kitas bendras(is) teisės mokslas, yra tik aprašomojo (deskriptyvus) pobūdžio. Šią ap-

5 Kelsen, H. *Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Wien: Franz Deuticke, 1934, p. 1.

6 *Ibid.*

7 Kelsen, H. *Reine Rechtslehre*. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960.

rašomąją funkciją Kelseno Grynoji teisės teorija gali atlikti tik ten, kur teisė jau yra pasireiškusi savo pozityvia forma. Kelsenas pats sau užduoda klausimą apie pozityviosios teisės pagrindą⁸.

II.

Kelsenas iš savo pozicijų pozityviosios teisės pagrindimą pajėgė pateikti tik fiktyviai ir hipotetiškai; tokį pagrindimą jis išvelgė vadinamojoje pamatinėje normoje; ši norma, anot Kelseno, yra „objektyvų galiojimą pagrindžianti prielaida“. „Tai nėra būties faktas, skirtas determinuoti žmonių valios aktus, bet, priešingai, – tik norma-privalėjimas (privalomoji / prievolės norma), iš kurios.... kyla normos galiojimas“⁹.

Aukščiausia norma, iš kurios kildinamos kitos normos, yra preziumuota pamatinė norma, ir ji negali būti kildinama iš aukštesnės normos, taigi iš kito autoriteto. Kelsenas laiko ją ne tik fiktyvia, bet ir neturininga, kadangi jo mokyme ji domina ne teisės turinys, bet teisės forma. Kaip vėliau ir paaikškėjo, Grynoji teisės teorija gali būti pritaikoma kiekvienai politinei sistemai, taip pat ir totalitarinei bei diktatoriškai.

Pamatinė norma yra fiktyvus neturiningas pagalbinis dydis, kuris kaip formaliai priskiriama nuostata, pradant nuo pirmos istorinės konstitucijos, Kelseno nuomone, užtikrina kiekvienos valstybės teisinės tvarkos pozityvumą. Jeigu tariama, kad kokią nors teisinę konstrukciją legitimuoja kita aukštesnė norma ir todėl ši konstrukcija laikoma pavaldžia norma, tuomet ir istorinė pirmoji konstitucija reikalauja legitimacijos pagrindo, kurį užtikrina pamatinė norma, esanti hipotetiškas galiojimo pagrindas.

Šia istoriškai pirmąja konstitucija galėtų sekti visos kitos konstitucijos, atsižvelgiant į tai, ar jos sudaromos atsirandant naujai valstybei, ar reformuojantis esamai valstybei; kitaip tariant, pamatinė norma būtina, užtikrinant ar pažeidžiant teisės tęstinumą. Adolfas Merklis¹⁰, Kelseno mokinys, ypač pabrėžė, kad tuomet, kai konstitucija sukuriama nekreipiant dėmesio į teisinę aplinkybę, atsiranda nauja valstybė, jei šios valstybės priešakyje žengia konstitucija kaip šios valstybės produktas. Kitu atveju, kai paisoma konstitucinės tvarkos tęstinumo, užtikrinamas pagrindas šalies identitetui. Todėl tarptautinės teisės požiūriu valstybė gali išgyventi daugelį konstitucijų pakeitimų, taip pat gali būti sukurta daug naujų valstybių, ir atvirkščiai, konstituciniu keliu suformuojant naujas konstitucijas užtikrinamas daugelio valstybių identitetas bei teisinės tvarkos tęstinumas.

8 Klug, U. Hans Kelsens Reine Rechtslehre. In: *Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion*. Wien: Manz Verlag, 1982, p. 31.

9 Kelsen, H., *supra* note 7, p. 8.

10 Merkl, A. Die Rechtseinheit des österreichischen Staates, eine staatsrechtliche Untersuchung auf Grund der Lehre von der lex posterior. *AöR*. 1917, XXXVII(1): 56 ff (perspausdinta: Klecatsky, H. R.; Marcic, R.; Schambeck, H. *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*. Wien: Franz Steiner Verlag, 1968).

III.

Siekdamas kiek galima visapusiškiau suvokti pozityviąją teisę, Kelsenas panaudojo pamatinės normos teoriją, kuri pagrindžia teisės pozityvumą ir kuri, jo požiūriu, išreiškiama istoriškai sukurtą pirmąją konstituciją. Vėliau, tolesnio teisinės tvarkos formavimo procese, viena teisinės sistemos forma derinama prie kitos teisinės sistemos formos. Taip šių teisės formų hierachijos vaizdinyje pasireiškia teorija apie teisinės tvarkos pakopiškumą.

Teisinės tvarkos pakopiškumo teoriją Kelsenas pirmą kartą išplėtojo savo knygoje „Reine Rechtslehre“ („Grynoji teisės teorija“). Pirmą kartą ji išleista 1934 metais Vienoje. Tačiau reikia labai aiškiai pabrėžti, kad šios teorijos autorius yra ne Kelsenas, o jo mokinys, mano mokytojas Adolfas Merklis. Jis šią teisinės tvarkos pakopiškumo teoriją sukūrė gerokai anksčiau. Šią teoriją Merklis paskelbė savo straipsniuose „Das doppelte Rechtsantlitz“¹¹ („Dvigubas teisės veidas“) dar 1917 metais ir „Das Recht im Lichte seiner Anwendung“¹² („Teisė jos panaudojimo šviesoje“) – 1918 metais ir plačiau išdėstė 1931 metais Kelseno pirmajam jubiliejui skirtame straipsnyje „Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus“¹³ („Teorijos apie teisinių konstrukcijų pakopas prolegomenai“). Tai buvo esminis Merklio indėlis. Į savo klasika tapusį veikalą „Allgemeines Verwaltungsrecht“ („Bendroji valdymo teisė“) Merklis jau 1927 metais įtraukė teoriją apie teisės pakopas teisinėje sistemoje¹⁴. Tuo keliu vėliau ėjo ir jo mokytojas Kelsenas.

Perimdamas iš Merklio teoriją apie teisinės tvarkos pakopiškumą¹⁵, Kelsenas¹⁶ savąją teisės teoriją padarė dinamiškesnę ir tuo suteikė jai ypatingos galios.

Teisinės tvarkos pakopiškumo teorija, kokią ją suprojektavo Merklis, o vėliau iš jo perėmė Kelsenas ir panaudojo savo Grynojoje teisės teorijoje, turi paaiškinti teisės normas ir su jomis susijusias teisinių konstrukcijų formas. Šis teisės normų ir teisinių konstrukcijų formų sąryšis pasirodo kaip sisteminė seka nuo rangų aukštesnių iki žemesnių normų, kurios dėl to gali būti apibūdintos kaip „laiptuotos“, kadangi šios normos yra sąlygojančiame / sąlygojamame sąryšyje. Todėl beveik kiekviena forma pasižymi dvigubu pobūdžiu, charakter duplex; ji turi sąlygojančią pobūdį, lyginant su rangų žemesne norma, ir sąlygojamą pobūdį, lyginant su rangų aukštesne norma. Tik aukščiausio rango

11 Merkl, A. Das doppelte Rechtsantlitz, eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechts. *JBI*. 1917: 425 ff; 444 ff; 463 ff (perspausdinta: Klecatsky, H. R.; Marcic, R.; Schambeck, H. *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*. Wien: Franz Steiner Verlag, 1968).

12 Merkl, A. Das Recht im Lichte seiner Anwendung. *DRiZ*. 1918: 955 ff (perspausdinta: Klecatsky, H. R.; Marcic, R.; Schambeck, H. *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*. Wien: Franz Steiner Verlag, 1968).

13 Merkl, A. Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues. In: Verdross, A. (ed.). *Gesellschaft, Staat und Recht: Untersuchung en zur reinen Rechtslehre*. Wien: Springer, 1931, 252 ff (perspausdinta: Klecatsky, H. R.; Marcic, R.; Schambeck, H. *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*. Wien: Franz Steiner Verlag, 1968).

14 Merkl, A. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Wien: Springer, 1927 (perspausdinta 1969), 157 ff.

15 Beachte auch Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz (1923, Neudruck 1960).

16 Kelsen, H. Adolf Merkl zu seinem 70. Geburtstag am 23.03.1960. *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht (ÖZöR)*. 1960, X: 313 ff.

norma, kokia yra konstitucinė teisė – ypač istoriškai pirmoji konstitucija – nepaisant jos fiktyvios pamatinės normos, turi grynai sąlygojantį pobūdį, o žemiausio rango norma, koks yra vykdomasis aktas, turi grynai sąlygojamą pobūdį.

Kaip tokio pobūdžio pakopos teisinės tvarkos statinyje (struktūroje) gali būti paminėtos bendrosios ir abstrakčios normos – konstituciniai įstatymai, paprasti įstatymai ir potvarkiai; o kaip individualios bei konkrečios normos – valdymo aktai, taip pat teismų sprendimai ir paskiausiai vykdomieji aktai.

Šių normų pakopiškoje sekoje (hierarchijoje) paaiškėja deleguojamasis ryšys, kai kiekvienas teisės aktas tarnauja konstitucijai. Šiuo požiūriu kiekvienas teisinis instrumentas (teisės subjektas) turi konstitucijos sukonkretinimo pareigą, ne tik konstitucinio teismo teisėjas ir kiti aukščiausi teisėjai, bet ir kiekvienas teisingumo funkcionierius (teisingumo sistemos veikėjas) bei valstybės tarnautojas. Teisinė tvarka (teisėtvarka) privalo realizuoti konstitucijos užduotį, ir šis jurisdikcijos ir valdymo įgyvendinimo kelias pasirodo esąs nenutrūkstamas teisės kūrimo procesas. Ties kiekviena teisinės tvarkos pakopa visuomet yra būtinas naujas ir tolesnis teisės konkretinimo aktas ir todėl teisinių instancijų virtinėje reikalinga atitinkama teisinė kontrolė, kuri gali būti valdymo instancijų savikontrolė, civilinių ir baudžiamųjų teismų arba aukščiausios instancijos teismų, įskaitant valdymo ir konstitucijos jurisdikcijas (administracinius ir konstitucinius teismus), kontrolė. Kiekvienas teisės aktas turi būti matuojamas pagal savo rango aukštesnę normą, ir visi – pagal konstitucijos teisę.

Šiame pakopiniame statinyje rangą galima apibrėžti pagal galią nustatyti rangų žemesnes normas. Rangu aukštesnė norma subordinauja rangų žemesnę normą, o tos pačios normos lygmeniu vėlesnė norma – prieš tai buvusią.

Bet būtų klaidinga ir neteisinga manyti, kad bendroji teisinė tvarka turėtų būti suprantama kaip konstitucijos konkretizavimo procesas, kuris veikia kaip aparatas, į kurį iš viršaus įmetama moneta konstitucijos aktas, o apačioje iškrenta produktas vykdomasis aktas. Taip nėra. Bendras / visas vykdymas pasireiškia kaip teisės kūrimo aktas, kuris vyksta įvairiose skirtingą laipsnį sąlygojančiose pakopose. Šiame kontekste reikia nurodyti vadinamąją laisvą nuomonę ir neaiškia / neapibrėžtą įstatymo sąvoką; reikia pažymėti, kad tiek valstybės vyriausybė (vykdomoji valdžia), tiek nuosprendžių vykdytojai teismuose (už nuosprendžių vykdymą atsakingi pareigūnai) tarnauja konstitucijai. Tik, ir to nereikia pamiršti, atsakomybės ribos šiame konstitucijos konkretizavime nuo aukštesnio iki žemesnio rango pakopos yra mažėjančios ir skirtingos. Valstybė pati reguliuoja savo pozityviosios teisės kūrimą ir tolesnį (iš)vystymą, ir ši pozityvioji teisė tik tada gali būti įgyvendinta, jei bus laikomasi visų, pačios konstitucijos numatytų, kūrybos proceso sąlygų. Eidamas šiuo keliu Kelsenas realizuoja savo garsųjį mokymą apie valstybės ir teisės identitetą.

IV.

Pozityviosios teisės normų funkcijų panaudojimo sąlyga yra teisės normų galiojimas¹⁷.

17 Schambeck, H. Ordnung und Geltung. *ÖZöR*. 1961, XI: 470 ff; Walter, R. Wirksamkeit und Geltung. *ÖZöR*. 1961, XI.

Galiojanti yra socialinio gyvenimo tvarkos forma, kuriai priskiriama valstybė ir jos teisinė tvarka. Galiojimas plačiąja prasme yra įmanomas trimis būdais, būtent teisine, etine ir sociologine prasme. Galiojimas teisine prasme yra tada, kai pozityviosios teisės norma įgyja galią; šis galiojimas yra suprantamas kaip galiojimas siaurąja žodžio prasme.

Galiojimas etine prasme pasireiškia paprotinės tvarkos motyvacinėje galioje ir gali būti apibūdinamas kaip susaistomumas (Verbindlichkeit). Tuo tarpu galiojimas sociologine prasme yra veiksmingumas, su kuriuo siejamas arba pozityviosios teisės teisinis galiojimas, arba paprotinės tvarkos (su)saistomumas.

Kelseno teorija remiasi galiojimo pripažinimu teisine prasme ir išreiškia privalėjimą (prievolę). Kelsenas šioje savo teorijoje tiksliai atskyrė galiojimo pradžią ir jo efektyvumą / pastovumą (Bestand). Kad norma pradėtų galioti, būtinas teisinės tvarkos hierarchijos autorizuotas teisėkūros subjekto teisės aktas, taigi, reikalingas prievolės nustatymas. Teisės normos galiojimo efektyvumui / pastovumui reikalingas jos veiksmingumas, kuris, o tai buvo nustatyta papildant Kelseną, yra esamybės (būties) įvykis.

Normos veiksmingumą, viena vertus, lemia tai, kad normą panaudoja normą konkretizuojantys subjektai, tokie kaip įstatymų leidybos institucijos arba vykdomieji teismų ir valstybės valdymo organai. Iš kitos pusės, normų veiksmingumą lemia normų adresatų paklusimas teisei.

V.

Kelseno pozityviosios teisės mokslas remiasi galiojančios teisinės tvarkos normatyvine sritimi. Viską, kas nėra teisinis normatyvumas, ar tai būtų suponuota religijos, filosofijos, ideologijos ar pasaulėžiūros, Kelsenas norėjo atskirti kaip tai, kas yra viršpozityvu (das Präpositive), pirmiausia turint galvoje prigimtines teises.

Prigimtinė teisė ir pozityvioji teisė Kelsenui atrodo nesuderinamos, jos yra Būti ir Privalėti, materialaus ir formalaus galiojimo principų bei absoliutaus ir santykinio galiojimo priešybė.

Kelseno nuomone, pozityvioji teisė ir prigimtinė teisė viena šalia kitos neįmanomos.

Kelseno pastangas atskleisti pozityviosios teisės savarankiškumą būtent ir lėmė suvokimas, kad prigimtinių teisės ir pozityviosios teisės buvimas greta yra neįmanomas. Vis dėlto jas galima įsivaizduoti kaip einančias viena po kitos. Pirmiausiai tai pasakytina apie pozityviosios teisės pagrįstumą, t. y. tai, kur Kelsenas apsiriboja nuoroda į fiktyvią ir neturiningą pamatinę normą. Atrodo, kad Kelseno mokinys Merklis savo įžvalgose apie prigimtines teises ir pozityviąją teisę nėjo Kelseno keliu (nebuvo jo pasekėjas). Jau 1918 metų publikacijos „Das doppelte Rechtsantlitz“ („Dvigubas teisės veidas“) įžvalgose Kelsenas, remdamasis teisės pažinimo teorija, konstatuoja: „Jokiai kaip įprasta konstruojamai teisei tvarkai netrūksta prigimtinių teisės šaknų. Turbūt kiekvienas pozityviosios teisės teiginys kadaise buvo pasiekęs prigimtinių teisės normatyvumo stadiją. Nevertėtų priekaištauti dėl prigimtinių teisės taikymo ten, kur dar tik turi būti dedami teisinio pastato pamatiniai akmenys.“¹⁸

18 Merkl, A., *supra* note 11.

Nors Kelsenas ir pripažino¹⁹, kad prigimtinėi teisei reikia konkretizavimo, tačiau negalėjo įsivaizduoti, kad prigimtinei teisei ir pozityvioji teisė galėtų sekti viena po kitos. Kelseno mokslas lieka įkalintas pozityviosios teisės norminėje Privalėti (prievolės / privalėjimo) srityje. Tuo tarpu Būties faktų išdėstymą ir veiksmingumą jis traktuoja kaip atramas Privalėjimui, būtent kaip laikino galiojimo prielaidą ir išdavą, nenagrinėdamas to įdėmiau ir detaliau. Šiaip Kelsenas turėjo pripažinti, kad Būti ir Privalėti yra sąlygojančios viena kitą nuostatos, kurių santykis pasikartoja visais vadinamojo teisinių pakopų statinio lygmenimis.

Kadangi Kelsenas pozityviosios teisės normos galiojimo pastovumą sieja su jos priklausomybe nuo efektyvumo, o ši savo ruožtu sieja su teisei lojalių adresatų paklusimu, galima manyti, kad per šį būtiną paklusimą teisei būtent etika gali būti reikšminga pozityviosios teisės vertės tęstinumui. Kelsenas apie tai plačiau nepasisakė, nors jam savo teisės sampratai pagrįsti buvo reikalinga norma, kuri yra transcendentalinė.

Kelsenui rūpėjo teisinės vertybės ir teisinis Privalėjimas, bet ne metateisinės (meta-rechtliche) vertybės ir ne metateisinė (metarechtliche) Prievolė. Jam rūpėjo ne koks nors teisės turinys, bet teisės procesas (teisinis kelias, teisinė tvarka). Todėl Kelseno Grynoji teisės teorija buvo orientuota į vertybinį reliatyvizmą.

Kelsenas stengėsi pateikti vertybiškai išlaisvintą teisės mokslą, kuris, jo manymu, būtų įnašas į liberalizmą tuo, kad valstybę varžo ne turinys, bet forma. Būtent išskirtinai su pozityviosios teisės forma Kelsenas ir siejo valstybės aktyvumą (veiksmus).

Valstybės sąsajos su pozityviaja teise privalumas pagal Kelseno teisės teoriją glūdi valstybės tvarkos įteisinimo būtinume. Tai aiškiai išreikšta (pabrėžiama) 1920-ųjų metų Austrijos (Federacijos) konstituciniame įstatyme. Ir šiandien dar galioja 1929 metų Austrijos Konstitucijos redakcija (Novelle). Kalbant apie teisinę apsaugą garantuojančias (juridinę pagalbą teikiančias) institucijas, kurios atsirado Kelseno dėka, ypač paminėtini Austrijos konstituciniai teismai. Austrijos konstitucingumas (konstitucinė sistema) daugeliui kitų valstybių tapo normatyvumo kontrolės rodikliu (pavyzdžiu). Kelsenas tai vadino savo „mylimiausiu kūdikiu“ teisės moksle.

Kelseno teisės moksle įžvelgiama ir spragų. Jas pažymėjo dar Merklis, trūkumais laikydamas tai, kad Kelsenas kaip teisės politikas, nors ir buvęs liberalių pažiūrų, tačiau kaip teisės teoretikas pritar(dav)ęs „bet kokiam teisės turiniui ir kartu bet kokiam politiniam mokymui apie vertybes“²⁰.

Kelsenas savo teisės mokslą taikė tik teisės procesui (teisinei tvarkai), bet ne teisės turiniui. Kaip to išdava teisinės valstybės idealu pasirodė esanti teisės proceso (teisinei tvarkai paklūstanti) valstybė, kuriai buvo svarbi pozityviosios teisės forma, nepriklausanti nuo jos turinio. Todėl formalios teisinės valstybės procesuose pasirodė galima ir įgyvendinama materialinė neteisinė valstybė. Kelsenas paliko tokią valstybę. 1940 metais jis pasitraukė iš Europos į JAV. Vėliau Kelsenas dirbo Berklyje, bet ne Teisės fakultete, o Politinių mokslų departamento Politinių mokslų katedroje. Taigi, išvykęs į JAV,

19 Kelsen, H. *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*. Berlin: Pan-Verlag. Rudolf Heise, 1928, p. 15.

20 Merkl, A. Zum 80. Geburtstag Hans Kelsens – Reine Rechtslehre und Moralordnung. *ÖZöR*. 1961, XI: 298.

Kelsenas dirbo mokslo srityje, kuri nebuvo išskirtinai susijusi su pozityviosios teisės normatyvine sritimi.

Būtų klaidinga manyti, kad Kelsenas nevertino moralės. Jis ją vertino, tačiau savo teisės teorijoje moralę laikė už normatyvinės srities ribų, ir moralė netapo jo kaip teisėtyrininko mokslinių tyrinėjimų objektu. Jo moksliniai tyrimai apsiribojo tik pozityviaja teise.

Atsižvelgiant į Kelseno argumentus, jo teisės teorija, apsiribojanti tik teisės normatyvine sritimi, gali būti apibūdinama kaip teisės galimybių ir pozityviosios teisės ribų (iš)aiškinimas, kuris neeliminuoja (neatsisako) etinio papildymo. Kelseno 80-ųjų gimimo metinių proga Merklis savo veikale „Reine Rechtslehre und Moralordnung“ („Grynasis teisės mokslas ir moralinė tvarka“) pateikė dėmesio vertą išvalgą, susijusią su pozityviaja teise: „Pozityvioji teisė, būdama pernelyg žmogiška institucija, svyruoja tarp teisingumo paieškų ir teisingumo karikatūros (iškraipymo), todėl teisės teoriją būtina papildyti teisės etika“²¹. Merklis ir vėliau pasisakė už mokslo apie teisės formas papildymą teisės turinio samprotavimais.

Iš tiesų kiekvienam žmogui (individui) tenka įnešti savąjį Aš, kad vertybinis mąstymas, ar jis būtų pagrįstas ikipozityvia prigimtinė teise, ar sąžinės reikalavimais, darytų įtaką pozityviosios teisės kūrimui ir taikymui. Spręsti privalo kiekvienas individas, kuris yra pozityvios teisės ir objektas, ir subjektas. Net demokratijos formavimasis, kokį pobūdį ji beįgytų, šį procesą tik apsunkindavo, o ne palengvindavo. Kelsenas tai žinojo, todėl savo prieš daugiau kaip šešiasdešimt metų pasirodžiusiame ir tikrai vertame perskaityti veikale „Vom Wesen und Wert der Demokratie“ („Apie demokratijos esmę ir vertę / reikšmę“) demokratiją apibūdino kaip politinio reliatyvizmo išraišką. Nepaisant to, kad Kelsenas nebuvo tikintis žmogus, o greičiau galėtų būti apibūdinamas kaip agnostikas, jis savo samprotavimų apie demokratinę politinę sistemą, kurioje šiandien yra įkūnytas jo teisės mokslas, pabaigoje nurodo į Šv. Jono evangelijos 18 skyrių, į Šventojo Rašto vietą, kuri ir šiandien tebėra aktuali; šioje vietoje evangelistas praneša, kad Velykų šventės metu Pilotas, Romos vietininkas, paklauses tautos, ką žmonės norėtų matyti laisvą: Jėzų ar Barabą. Tauta sušukusi: „Barabą!“ Toliau Kelsenas cituoja evangelistą: „O Barabas buvo plėšikas“²².

Ši iš Kelseno raštų pacituota sentencija mums leidžia suprasti (išvelgti), kad Kelsenas, siekdamas savo teisės teorijos grynumo, teisine vertybe laikė pozityviosios teisės reliatyvumo įtvirtinimą bei vientisą normatyvinį įgyvendinimą. Peržengiant Kelseno teisės teorijos erdvę, kad būtų įmanoma pažinti josios galimybes ir ribas, ir analizuojant bei vertinant jo veikaluose išdėstytas mintis, jo mąstymą (mąstyseną), nesunku suvokti, o toks ir buvo mano pranešimo tikslas, kad Kelsenas aiškiai atskleidė normatyvinį požiūrį į pozityviosios teisės galimybes ir ribas ir kad jis tokiu būdu pasiūlė lemiamą sąlygą – pozityviosios teisės žinias susieti su sąžine (atsakomybės jausmu).

21 Merkl, A. Zum 80. Geburtstag Hans Kelsens – Reine Rechtslehre und Moralordnung. *ÖZöR*. 1961, XI: 298, p. 313.

22 Kelsen, H. *Vom Wesen und Wert der Demokratie*. Tübingen: Mohr, 1929, p. 104.

 Literatūra

- Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion, Referate und Diskussion auf dem zu Ehren des 100. Geburtstages von Hans Kelsen von 22. bis 27.09.1981 abgehaltenen internationalen Symposium, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Institutes.* Wien: Manz, 1982.
- Kelsen, H. Adolf Merkl zu seinem 70. Geburtstag am 23.03.1960. *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht (ÖZöR)*. 1960, X.
- Kelsen, H. Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus. Berlin: Pan-Verlag. Rudolf Heise, 1928.
- Kelsen, H. *Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Wien: Franz Deuticke, 1934.
- Kelsen, H. *Reine Rechtslehre*. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960.
- Kelsen, H. *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960.
- Kelsen, H. Vom Wesen und Wert der Demokratie. Tübingen: Mohr, 1929.
- Klecatsky, H. R.; Marcic, R.; Schambeck, H. *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*. Wien: Franz Steiner Verlag, 1968.
- Klug, U. Hans Kelsens Reine Rechtslehre. In: *Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion*. Wien: Manz Verlag, 1982.
- Krawietz, W.; Topitsch, E.; Koller, P. (eds.). *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Kelsen, Rechtslehre*. Berlin: Duncker und Humblot, 1982.
- Merkel, A. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Wien: Springer, 1927 (perspausdinta 1969).
- Merkel, A. Das doppelte Rechtsantlitz, eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechts. *JBI*. 1917 (perspausdinta: Klecatsky, H. R.; Marcic, R.; Schambeck, H. *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*. Wien: Franz Steiner Verlag, 1968).
- Merkel, A. Das Recht im Lichte seiner Anwendung. *DRiZ*. 1918 (perspausdinta: Klecatsky, H. R.; Marcic, R.; Schambeck, H. *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*. Wien: Franz Steiner Verlag, 1968).
- Merkel, A. Die Rechtseinheit des österreichischen Staates, eine staatsrechtliche Untersuchung auf Grund der Lehre von der lex posterior. *AöR*. 1917, XXXVII(1) (perspausdinta: Klecatsky, H. R.; Marcic, R.; Schambeck, H. *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*. Wien: Franz Steiner Verlag, 1968).
- Merkel, A. Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues. In: Verdross, A. (ed.). *Gesellschaft, Staat und Recht: Untersuchungen zur reinen Rechtslehre*. Wien: Springer, 1931 (perspausdinta: Klecatsky, H. R.; Marcic, R.; Schambeck, H. *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*. Wien: Franz Steiner Verlag, 1968).
- Merkel, A. Zum 80. Geburtstag Hans Kelsens – Reine Rechtslehre und Moralordnung. *ÖZöR*. 1961, XI.
- Metall, R. A. *Hans Kelsen, Leben und Werk*. Wien: Verlag Franz Deuticke, 1969.
- Schambeck, H. Ordnung und Geltung. *ÖZöR*. 1961, XI.
- Walter, R. Wirksamkeit und Geltung. *ÖZöR*. 1961, XI.
-

HANS KELSEN'S THEORY OF LAW

Herbert Schambeck

University of Linz, Austria

Summary. *Hans Kelsen's (1881-1973) teaching in law covers studies in such topics as the general theory of law, legal philosophy, the general teaching of law, constitutional, administrative and international law. He was also the author of the Austrian Constitution, designed in 1920. Among many of his publications is the Comment of the Charter of the United Nations, published in 1950 in New York City.*

Among numerous Hans Kelsen's publications, translated into many languages, the best known, which has made the greatest impact, is his book 'Pure Theory of Law', first published in 1934, and the second edition appeared in 1960 together with attachment 'The Justice Problem'. In particular, a comprehensive legal and policy issue in 1929 appears in Kelsen's work 'On the Nature and Value of Democracy'.

Pure Theory of Law is a theory of positive law, the science that reads positive law only into normative sense. Kelsen eliminates any non-normative approach. His science of law is based on the legal positivism and leads to the neutrality of government valuables and indifferent provisions of individual. Kelsen disclaims any 'over-positive law' (Recht präpositives), as well as from the natural law. Therefore, the Pure Theory of Law fits for totalitarian and authoritarian regimes.

Kelsen looks at the legal validity of the justification as the anatomy of positive law. He derives the basis for the validity of norms from a hypothetical, separated from the content The Underlying Rule (Grundnorm). The Underlying Rule, as a formal legal point of accountability for positivity (Zurechnungspunkt), ensures the constitution, which in its turn points out the leading steps of legal procedures. This training was taken by Kelsen from his student and later his colleague Adolf Merkl (1890-1970), and thus through Merkl static interpretation of the law became a dynamic one.

Steps of legal procedures assert themselves in hierarchically organised, concretising constitution legislation, such as constitutional law, common law, judicial decisions, administrative regulations and executive acts.

The durability of the validity of these rules and their effectiveness is always ensured through legislation, application and obeying the law. In fact, the validity of legal norms terminates when there is no effectiveness mentioned above.

Therefore, Merkl demanded for supplementing teaching in legal forms, which relied on Kelsen's Pure Theory of Law, with ideas on the content of the law (Rechtsinhaltsbetrachtung). Kelsen called 'relativity' in his work 'The Essence of Democracy and the Value' as the democratic worldview (Weltanschauung der Democrats).

Kelsen's merit is the explanation of possibilities and limitations of law through normative terms, offering to link a fair understanding of the right with its application.

Keywords: *Kelsen, Pure Theory of Law.*

Herbert Schambeck, Linco universiteto Teisės fakulteto Konstitucinės teisės ir politikos mokslų instituto profesorius emeritas; buvęs Austrijos Respublikos Aukštųjų Parlamento rūmų prezidentas. Mokslinių tyrimų kryptys: teisės filosofija, viešoji teisė.

Herbert Schambeck, University of Linz, Faculty of Law, Institute of Constitutional Law and Political Science, Emeritus Professor; Former Federal Council President. Research interests: philosophy of law, public law.