



ANDRZEJ LISAK

Czysta teoria prawa Hansa Kelsena a szkoła marburska

Hans Kelsen's Pure Theory of Law and the Marburg School

ABSTRACT: The purpose of this article is to outline Hans Kelsen's pure theory of law as one of those theoretical achievements that follow the method of Marburg School. Kelsen defends the autonomy of law and its purity as warranted by the transcendental possibility of its grounding. Law according to Kelsen has its origin in the law itself or, to be more precise, law rises from transcendently comprehended obligation (*Sollen*). Kelsen's theory of law is essentially methodological: its sole goal is to answer the question "what is the law and what are its features", not to answer the question how exactly the law should look like and how it is supposed to emerge. The specificity of law-constructed reality is best seen while scrutinizing the conception of legal person. Legal person is a theoretical construction and bears no resemblance to a real person whatsoever. Therefore, the concept of will in law is purely conceptual construction that is utterly different from the real psychological act of volition. The law creates a certain non-causal and non-teleological relation, that Kelsen qualifies as *Zurechnung* – to hold somebody responsible for something. The law is a dynamic system of norms in which one norm is obligatory because emerges from some higher norm. The basic norm is an obligation in the normative sense; basic norm and obligation are *relativ apriorische Kategorie*. The article endeavors to present other fundamental aspects of Kelsen's theory in their relation to the learning of Marburg School.

KEY WORDS: Kelsen • Marburg School • Neo-kantianism • transcendental philosophy • pure theory of law • philosophy of law

Celem tego tekstu jest przedstawienie czystej teorii prawa Hansa Kelsena jako jednego z teoretycznych dokonań przeprowadzonego według metody szkoły marburskiej – dokonania w stosunku do pozycji teoretycznych szkoły nader oryginalnego i samodzielneho, nie stroniącego od krytycyzmu zwłaszcza wobec poglądów Hermanna Cohena. Czysta teoria prawa stanowi jeden z podstawowych kierunków w obrębie XX-wiecznej filozofii prawa. Jeśli chodzi o jej znajomość jako projektu filozofii transcendentalnej mamy sytuację dość dziwną. Filozofowie zajmujący się filozofią transcendentalną zgoła nic o niej nie wiedzą, ze względu na to, że filozofia prawa stanowi dyscyplinę dość szczegółową. Filozofowie prawa i prawnicy nie są w stanie jej

zrozumieć w pełni bez jej teoretycznego kontekstu i zaplecza, które stanowi przede wszystkim neokantyzm, a myśl szkoły marburskiej w szczególności – jego zrozumienie wymaga wejścia w główny nurt filozofii, co wymaga dużego teoretycznego wysiłku. Stąd w podręcznikach filozofii i teorii prawa (dotyczy to też książek polskich) filozofia Kelsena funkcjonuje jako normatywizm uznawany za rodzaj pozytywizmu i nie napotkamy tam często nawet śladów wskazujących na związek tej myśli z neokantyzmem¹. W ogólnych ujęciach neokantyzmu Kelsen jest też zasadniczo nieobecny. Ekspozowane miejsce zajmuje jedynie we wprowadzeniu do neokantyzmu autorstwa Manfreda Paschera, wydanego w znanej serii podręczników akademickich UTB, gdzie jest mu poświęcony cały rozdział². Animatorem zainteresowania myślą Kelsena w kręgu neokantowskim stał się Stanley L. Paulson: dzięki niemu w kręgu znawców neokantyzmu wzrosło zainteresowanie tą myślą³. Ponieważ filozofia Kelsena nie należy do głównego nurtu dziejów filozofii, a dokładniejsze jej przedstawienie i analiza wymaga znajomości problemów

¹ Przykładowo, w pracy Marii Szyszkowskiej *Zarys filozofii prawa* (Białystok 2000) przy omawianiu koncepcji Kelsena nie pojawia się jakkolwiek wzmianka o jej związku z neokantyzmem (pojawia się tam jedyne zdanie, które nie znajduje żadnego rozwinięcia: „Czysta teoria prawa Kelsena wiąże się z teorią Austina, jak również z kantyzmem”, s. 222), w innej pracy tej autorki, *Europejska filozofia prawa* (Warszawa 1993), nie ma zupełnie żadnej wzmianki. W pracy Andrzeja Mycielskiego *Historia filozofii prawa* (Warszawa 1980) mamy na początku tekstu o Kelsenie jedynie zdanie „Kelsen reprezentuje we współczesnej nam nauce prawa idealizm w ujęciu neokantowskim” (s. 95), ale teza ta również nie ma tu jakiegokolwiek, nawet jednozdaniowego, rozwinięcia.

² M. Pascher, *Einführung in den Neukantianismus. Kontext – Grundpositionen – Praktische Philosophie*, München 1997, zob. roz. „VII. Hermann Cohens Einfluss auf Kelsens reine Rechtslehre“. Związkom tej myśli ze szkołą marburską poświęcono jeszcze dwa teksty: Helmuta Holzheya, *Kelsen Rechts – und Staatslehre in ihrem Verhältnis zum Neukantianismus* (w: *Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre*, hrsg. von Stanley L. Paulson/Robert Walter, 1986) i Geerta Edela, *The Hypothesis of the Basic Norm: Hans Kelsen and Hermann Cohen* (w: *Normativity and Norm*, ed. Bonnie Litchewski Paulson and Stanley L. Paulson, Oxford 1998). Również w historii szkoły marburskiej autorstwa Ulricha Siega, *Aufstieg und Niedergang des Marburger Neukantianismus. Die Geschichte einer philosophischen Schulgemeinschaft*, (Würzburg 1994) jest podkreślony mocno związek myśli Kelsena ze szkołą marburską.

³ Np. poza wymienionymi w powyższym przypisie przedsięwzięciami edytorskimi zorganizował on w listopadzie 2000 roku na Uniwersytecie Bielefeld konferencję na temat „Der Neukantianismus und seine Anwendung in der Rechtsphilosophie”. Wiele wystąpień (S. L. Paulsona, W. Kerstinga, R. Alexy’ego, C. Heidemanna, J. Renzikowskiego) poświęconych było myśli Kelsena. Materiały konferencji ukazały się pod tytułem: *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*, R. Alexy, L. H. Meyer, S. L. Paulson, G. Sprenger (Hrsg.), Baden-Baden 2002. Paulson wydał również z własnym wstępem materiały z polemiki Kelsena z Sanderem; zob. F. Sander, H. Kelsen, *Die Rolle des Neukantianismus in der Reinen Rechtslehre. Eine Debatte zwischen Sander und Kelsen*, Hrsg. von Stanley L. Paulson, Aalen 1988.

filozofii prawa, to też nie odnosimy się do niej w jej całokształcie, lecz jedynie chcemy krótko pokazać jej marburskie korzenie i transcendentalny rys, a więc koncentrujemy się w niniejszym tekście głównie na tej fazie jej rozwoju, którą możemy określić jako neokantowską⁴.

Neokantyzm odegrał ważną rolę w kształtowaniu się dwudziestowiecznej filozofii prawa. Nie filozofia Kanta, lecz neokantyzm właśnie; nie odwołanie się do praktycznej filozofii Kanta, ale neokantowskie odwołanie się do *Krytyki czystego rozumu* staje się tu źródłem i inspiracją dla filozofii prawa. Filozofia prawa jest zasadniczo w obrębie neokantyzmu dziełem prawników a nie filozofów (spośród profesjonalnych filozofów jedynie Emil Lask ze szkoły badeńskiej pomieścił w 1905 roku w księdze pamiątkowej dla Kuno Fischera dłuższy tekst *Die Philosophie des Rechts*). Miał on zresztą zdecydowanie przeglądowy charakter. Dwaj najwięksi spośród nich i zarazem uważani za największych filozofów prawa dwudziestego wieku to Niemiec Gustav Radbruch (1878–1949)⁵ i właśnie Austriak Hans Kelsen (1881–1972).

Hans Kelsen urodził się w Pradze w 1881 roku w rodzinie żydowskiej, która wkrótce przeprowadziła się do Wiednia. Tam też ukończył on na uniwersytecie prawo w 1906 roku, w 1911 się habilitował, a w 1918 został tamże profesorem. Odegrał znaczącą rolę przy tworzeniu austriackiej konstytucji w 1920 roku. W 1920 roku został profesorem w Kolonii. Zmuszony w 1933 roku do opuszczenia katedry przeniósł się do Pragi, a potem do Genewy, by w 1940 roku wyemigrować do USA, gdzie po przystanku w Harvard, ostatecznie został profesorem w Berkeley w Kalifornii gdzie pozostał do śmierci w 1973 roku. Umarł jako światowa sława⁶. *Czysta teoria prawa – Reine*

⁴ W literaturze przedmiotu wyróżnia się cztery fazy rozwoju myśli Kelsena. Pierwszą „konstruktywistyczna” trwa od habilitacji w 1911 roku do publikacji *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. Druga – neokantowska – rozpoczyna się w 1915/16 roku, osiąga kulminację w 1922/23 roku i kończy się wraz z pierwszym wydaniem *Reine Rechtslehre* w 1934. Trzecia, „realistyczna” faza, kończy się z drugim wydaniem tegoż dzieła w 1960 roku. Teksty pisane w latach sześćdziesiątych podporządkowuje się czwartej fazie, „językowo-analitycznej”. Zob. na ten temat Carsten Heidemann, *Die Norm als Tatsache. Zur Normentheorie Hans Kelsens*, Baden-Baden 1997, s. 221 i n., 242 i n., 245 i n. Odmienny, ale też czterofazowy podział rozwoju myśli Kelsena daje Stanley L. Paulson, *Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory? Reflections on a Periodization*, „Oxford Journal of Legal Studies” 18 (1998), s. 153–166.

⁵ Gwoli przykładu: *Rechtsphilosophie* Radbrucha z 1914 roku miała po dzień dzisiejszy osiem wydań.

⁶ Sława Kelsena nie tylko w obszarze niemieckojęzycznym od początku była bezsporna. Przykładowo, Roscoe Pound, dziekan Harvard Law School, pisze o nim, że jest „unquestionably the leading jurist of the time”, R. Pound, *Law and the Science of Law in Recent Theories*, „Yale Law Journal” 43, 1933/1934, s. 532.

*Rechtslehre*⁷ to nie tylko tytuł jego najslynniejszego dzieła, ale także nazwa jego teorii, której zawdzięczał tę sławę (a stanowiła ona tylko część jego wielokierunkowej aktywności, na którą składały się także filozofia polityczna czy teoria kultury). Czystość, jak się łatwo domyśleć, jest tutaj myślana na sposób marburski, zwłaszcza tak jak jest przedstawiana w głównym dziele Cohena – *Logik der reinen Erkenntnis*. Co jest dla Cohena źródłem myślenia? Jest nim samo myślenie. Myślenie nie ma źródła poza nim samym. Analogicznie dla Kelsena. Co jest źródłem prawa? Źródłem prawa jest samo prawo. Prawo nie ma źródeł w czymś innym od prawa. Oznacza to zwłaszcza (i jest to też specyfiką stanowiska Kelsena), że prawo nie może mieć źródła w moralności. „Czysta” teoria oznacza, w przeciwieństwie do innych teorii jego czasów, teorię pozbawioną wszelkich domieszek – wszelkich elementów, rozważań psychologicznych, socjologicznych, historycznych, metafizycznych czy prawniczych (w węższym sensie), a więc takich, które wyjaśniałyby i ugruntowywały prawo w czymś innym od samego prawa. Takim próbom należy odmówić miana naukowości. Nie znaczy to, że czynniki socjologiczne, ideologiczne, etyczne itd. nie mają wpływu na kształt prawa, bo mają, ale wyjaśniając nimi prawo gubimy samą jego istotę.

Jednak już w samym wyłonieniu przedmiotu transcendentalnej teorii prawa mamy zasadniczą różnicę między stanowiskiem twórcy szkoły marburskiej a Kelsenem. Cohen w swojej filozofii wychodzi od faktu nauki. To nauka dociera do bytu. Filozofia ma zbadać to naukowe myślenie, ma zbadać jak ono dociera do bytu. Metoda transcendentalna dotyczy w szkole marburskiej poznania, które osiąga, „produkuje” byt. Poznawanie to ma charakter *fieri*. Poznające myślenie musi więc wytwarzać coraz to nowe kategorie do ujmowania rzeczywistości. System kategorii i sądów *a priori* nie może być ostateczny – wbrew Kantowi. Filozofa ma interesować sama dynamika myślenia, to, co powoduje, że myślenie jest w stanie wytwarzać coraz to nowe myślenie, coraz to nowe myślowe środki, narzędzia do wytwarzania stwarzanej w poznaniu rzeczywistości. Metoda transcendentalna

⁷ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig/Wien 1934; drugie wydanie na nowo opracowane: Wien 1960 (dodruk 1992). Za z ducha bardziej „marburskie” należy uznać wydanie pierwsze. Jest ono ogólnie dostępne w wydaniu Studienausgabe der 1. Auflage 1934 (hrsg. von Matthias Jestaedt), Mohr Siebeck, Tübingen 2008. Za tym wydaniem cytujemy, zachowując podawaną tam paginację oryginału. Istnieje też przekład polski pierwszego wydania w tłumaczeniu Tadeusza Przeorskiego (Warszawa 1934). Częściowo wykorzystany jest on przy cytowaniu, wtedy w nawiasie podajemy numer strony, ale trudno go w ogóle uznać za miarodajny: liczy on ok. 60 stron tekstu, podczas gdy oryginał zawiera ich 154 (w edycji Jestaedta 162). Poza tym zawiera on niedopuszczalne tłumaczenie podstawowego pojęcia Kelsenowskiej teorii (o czym później). Dalej używamy skrótu tytułu: RR, a dla drugiego wydania RR 2.

jest rozumiana jako metoda nieskończonego, twórczego rozwoju myślenia. Skoro filozofia odnosi się do faktu nauki, to jak jest z etyką? Marburczycy odrzucają, jak to określił Cohen, „podwójną księgowość”⁸ w obrębie metody transcendentalnej – musi ona być zastosowana jednolicie zarówno w etyce jak i logice. „Jak logika jest zawarta w fizyce, tak musi być ona wykryta, wyprowadzona z fizyki. I jak zatem fizyka tkwi korzeniami w logice, tak również etyka musi być wykryta, wyprowadzona z nauki prawnej i na niej oparta”⁹. Cohen jest przekonany, że filozofia praktyczna jest logiką podstawowych pojęć nauk humanistycznych, tak jak uważa *Krytykę czystego rozumu* Kanta za teoriopoznawcze uzasadnienie nauk przyrodniczych. Wprawdzie Cohen wyraźnie mówi, że etykę można traktować jako logikę nauk humanistycznych (*Geisteswissenschaften*), ale w sferze nauk humanistycznych analogon matematyki tworzy nauka prawa, która staje się matematyką etyki¹⁰. Formalność, ogólność, procesualność, abstrakcyjność – oto są cechy nowoczesnego pojęcia prawa. Pogląd taki nie jest wymysłem Cohena, ale miał szeroko ugruntowaną tradycję, mimo że w czasach Cohena pogląd ten już nie był dominujący. Od czasów Savigny’ego mianowicie prawo rzymskie było postrzegane jako specyficzny rodzaj rachunku – jako rachunek pojęć¹¹. Kant więc, co zarzucają marburczycy, nie dokonał „w nauce prawa dedukcji etyki, tak jak dokonał dedukcji logiki w nauce przyrodniczej”¹².

Cohen zatem wiąże ściśle prawo z etyką. Prawo ma swoje korzenie w etyce – etyka musi być w nauce prawa zarówno wykryta, jak i w niej założona. Transcendentalną dedukcję głównych pojęć etyki można ująć w kilku tezach. Etyka jest ugruntowana w prawie i do etyki mamy dostęp tylko przez prawo, ale nie poprzez analizę obowiązującego prawa, lecz rozważanie nauki o prawie, a dokładniej: jej naukowo najjaśniejszych partii i jej kategorialnie dominujących pojęć. Taką część stanowi ogólna nauka prawa, która zajmuje się najbardziej „oczyszczonymi” z empirycznej treści podstawowymi pojęciami nauki o prawie. Ujawniają się w niej etyczne zasady, które są zarazem podstawowymi zasadami państwa i prawa. Konstytuują one to, co się przedtem nazywało prawem natury, a co Cohen nazywa „prawem prawa (*Recht des Rechtes*) [...] albo etyką prawa”¹³. Etyka ta, jak widać, nie zajmuje się

⁸ H. Cohen, *Ethik des reinen Willens*, Berlin 1921, s. 110.

⁹ *Ibidem*, s. 229.

¹⁰ „Sie darf als die Mathematik der Geisteswissenschaften, und vornehmlich für die Ethik als ihre Mathematik bezeichnet werden“, *ibidem*, s. 66

¹¹ Georg Jelinek wyraźnie pisze, że nauka prawa „ma swój odpowiednik w obszarze nauk teoretycznych w matematyce”; *idem*, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg 1892, s. 16, przypis 2.

¹² H. Cohen, *Ethik des reinen Willens*, Berlin 1921, s. 229.

¹³ *Ibidem*, s. 70.

indywidualną moralnością, która mogłaby wystąpić obok etyki powiązanej z państwem i prawem. W języku Cohena: „Etyka sama musi się zrealizować jako filozofia prawa” i „nie istnieje indywiduum w sensie etycznym bez wspólnoty prawa (*Rechtsgemeinschaft*)”¹⁴. Konstrukcja ludzkiego podmiotu może być pojęta jedynie w świetle prawnie zdefiniowanej woli i działania, kompetencji i zobowiązań. Stojąca w centrum etyki nauka o moralności wiąże zatem to, co szczególne z tym, co ogólne. Teza, że tworzące prawo pojęcia i oparte na nich pojęciowe konstrukcje nauki prawa mają immanentny sens moralny, nie jest oparta na odpowiednich rozważaniach z zakresu filozofii historii i teorii kultury, rozważaniach o duchu obiektywnym i jego obiektywizacjach, ale na metodologicznych założeniach związanych z jego koncepcją teorii poznania i filozofii nauki.

Stosunku etyki do prawa dotyczy jedna z najgłośniejszych polemik w obrębie szkoły marburskiej: polemika Hermanna Cohena z Rudolfem Stammlerem. Cohen prezentuje w etyce stanowisko pośrednie między kantowskim i heglowskim: nie istnieją ponadhistoryczne zasady etyki, związane są one z każdorazowo istniejącym porządkiem społecznym i politycznym – stąd związek etyki z prawem. Stammler zaś uważa, że wszelkie prawo musi być zgodne ze słusznym prawem (*das richtige Recht*), a miarą jego jest prawo natury. Nie chodzi tu jednak o prawo stworzone poza wszelkim doświadczeniem, ale o, jak je określa, prawo natury o zmiennej treści. Materiał wyjściowy w jego ustalaniu jest identyczny z materiałem pozytywnego prawa. I prawo to nie jest czymś formalnie określonym, ale ma być tylko formalną metodą. Chodziło mu więc o znalezienie uniwersalnie ważnej metody uzyskiwania słusznego prawa w danym czasie i danej sprawie. Trudność tego stanowiska polega na tym, że Stammler sam popada w sprzeczność, bo traktując słusne prawo wyłącznie jako formę stwierdza, że np. wielożenstwo, loterie państwowe są z nim niezgodne, a więc nadaje mu pewną treść pozytywną.

Przejmując inspiracje i metodę marburską Kelsen jest zarazem daleko od marburskiego sposobu pojmowania prawa – ujęć jakie prezentują Hermann Cohen i Rudolf Stammler. Po pierwsze, broni on autonomii prawa nie wiążąc prawa z etyką ani na sposób Cohena, ani Stammlera. A po drugie, broni on czystości prawa, a więc możliwości jego transcendentalnego ugruntowania, czyli pokazania, że prawo ma swe źródło w samym prawie. Teoria prawa jest teorią transcendentalną, a nie zwykłą teorią, z której dopiero można, jak u Cohena, dedukować teorię transcendentalną. Wyrażając to jego własnymi słowami: „Po prostu przez to, że czysta teoria prawa po raz pierwszy próbowała rozszerzyć filozofię Kanta o teorię pozytywnego

¹⁴ *Ibidem*, s. 225.

prawa (a nie, jak czyni Stammler, grzęzła w nauce o prawie naturalnym), w istotnym sensie wyszła poza Kanta, który w swej nauce prawa wyparł się metody transcendentalnej. [...] Cohenowska filozofia prawa jest [...], tak samo jak Stammlerowska, nauką o prawie naturalnym – nie zaś teorią prawa pozytywnego [...]”¹⁵. Sama nauka prawa, *Jurisprudenz*, jak zwykł ją Cohen określać, staje się dla tegoż *Objekt zweiter Hand*¹⁶, nie może osiągnąć postaci *ein methodisches System von ihr eigenen Begriffe*, warunku, który musi spełniać wiedza określana mianem filozofii transcendentalnej. Stanowisko Kelsena w tym względzie, jak widać, jest zupełnie przeciwne. Zauważmy więc jeszcze, że samo pojęcie systemu wiedzy transcendentalnej jest u Kelsena zbliżone do jego pojmowania u drugiego z mistrzów szkoły marburskiej – Paula Natorpa. Natorp w swoim pojęciu systemu wychodzi od systematycznej jedności świadomości, gdzie poszczególnym, nazwijmy to, „urzeczywistnieniom” świadomości odpowiadają poszczególne rodzaje poznania. Nie chce odnosić się do faktu nauki: teorii poznania, etyki czy estetyki, ale chodzi mu o pokazanie i uprawomocnienie warunków ważności nauki, moralności i sztuki¹⁷. Kelsen podobnie czyni z prawem. Oczywiście nauka czystego prawa nie jest filozofią prawa i takiej filozofii nie potrzebuje, ponieważ sama w sobie jest teorią „czystą”, a więc transcendentalną i w tym sensie filozoficzną – tak samo jak logika czystego poznania Cohena jest po prostu transcendentalną teorią poznania¹⁸.

Źródłem prawa jest samo prawo, a dokładniej transcendentalna powinność (*Sollen*). Staje się ona podstawową kategorią konstytuującą prawo. Czynienie z *Sollen* kategorii daleko wykracza poza kantowskie ramy ograniczające pole kategorii do poznania, którego obszar wiąże się z naukowym przyrodoznawstwem. Transcendentalnie rozumiana powinność ustanawia więc nowy obszar przedmiotowy: prawo. W ustanawianiu tym powinowactwa i analogie odkryjemy jednak nie z Kantem, lecz szkołą marburską, a zwłaszcza myślą jej przywódcy – Hermanna Cohena. Sposób pojmowania powinności jest analogiczny do pojmowania w tej szkole myślenia. Do bytu, po parmenidejsku, dochodzi tylko myślenie. Dla Cohena, jak i dla

¹⁵ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. „Labandismus“ und Neukantianismus. Ein Brief an Renato Treves*, [w:] H. Kelsen, R. Treves, *Formalismo giuridico e realtà sociale*, hrsg. von S. L. Paulson, Neapol 1992, s. 56.

¹⁶ H. Cohen, *Ethik des reinen Willens*, *op. cit.*, s. 599.

¹⁷ Zwróćmy uwagę, że sam Cohen w tym względzie nie był konsekwentny, bo swoją *Ästhetik des reinen Gefühls* wyprowadza nie z żadnej nauki, ale wychodząc bezpośrednio od świata zjawisk estetycznych.

¹⁸ Kelsen stwierdza: „Jedyną naukową formą filozofii prawa jest dogmatyka prawa, której zadaniem jest ustalanie zasadniczych pojęć prawnych”. Cyt. za: Cz. Martyniak, *Problem filozofii prawa. Filozofia prawa, jej przedmiot, metoda i podział*, Lublin 1949, s. 41.

Platona, przedmiot poznania nie jest bezpośrednio zawarty w zmysłowym bycie, nie może zatem w poznaniu chodzić o żadne naoczności *a priori*. Tak rozumiane platońskie idee, które dochodzą coraz to lepiej do rzeczywistości, które docierając do niej stawiają jej kolejne pytania, prowadzące do coraz doskonalszych syntez pojęciowych, są rozumiane jako hipoteza. Idee ciągle stwarzają, konstruują rzeczywistość na nowo – tu mamy wielką różnicę między pozycjami szkoły marburskiej, a Platonem (a i oczywiście Kantem), poznawanie jest rozumiane jako nieskończony proces. Kantowska rzecz sama w sobie staje się tu granicznym pojęciem doświadczenia, nie jako coś, co nie może samo być poznane (ale na co poznanie tylko się orientuje), lecz jako zadanie. We wzorze $E = mc^2$ matematyczne przyrodoznawstwo „wytwarza” byt, ale jest on tylko pewną ideą, hipotezą zadawaną myśleniu przez siebie samo. Metoda poznania nie wytwarza bytu zmysłowego, *theoria* koliduje z naocznością, byt jest sprawą myślenia, nauki. Aprioryczność poznania jest zatem wyprowadzana z samego myślenia. Nie można uznać zatem kantowskich apriorycznych form naoczności czasu i przestrzeni. Nie są one właściwościami ludzkiej świadomości, ale stają się logicznymi zasadami nauki. Metoda transcendentálna dotyczy poznania, które osiąga, „produkuje” byt. Poznające myślenie musi więc wytwarzać coraz to nowe kategorie do ujmowania rzeczywistości. System kategorii i sądów *a priori* nie może być ostateczny – wbrew Kantowi. Filozofa ma interesować sama dynamika myślenia, to, co powoduje, że myślenie jest w stanie wytwarzać coraz to nowe myślenie, coraz to nowe myślowe środki, narzędzia do wytwarzania stwarzanej w poznaniu rzeczywistości. Metoda transcendentálna jest rozumiana jako metoda nieskończonego, twórczego rozwoju myślenia. Doświadczenie, które samo produkuje swój przedmiot, to twór myślenia. Za poznanie w sensie ścisłym uważa więc Cohen poznanie naukowe, które winno być wyjaśnione przez swoje warunki możliwości, a nie przez w jakiś sposób założony byt rzeczy. Czysta podstawa przyrodoznawstwa tkwi w otwartym systemie sądów (analogicznie do Kantowskiego systemu syntetycznych zasad), który jest ujmowany jako system wytwarzających przedmiotowość metod czystego myślenia. Przedmiotem filozofii transcendentálnej są zasady i prawa konstytuujące doświadczenie jako całość, chodzi w niej o uchwycenie całej sieci istniejących powiązań, a nie dojście do jakichś ostatecznych elementów. Dokładniej, logika Cohena ma podać szereg ugruntowanych w prawach myślenia kategorii mających uzasadnić gmach nauki. Szereg ten jest tak skonstruowany, że każda następna kategoria zakłada poprzednie. Źródło logiki poznania nie odsłania się jednak, jak zaznaczaliśmy, w kategoriach (same kategorie nie stanowią składnika naturalnego kognitywnego wyposażenia człowieka, nie są potocznymi podstawowymi pojęciami, ale są

one sposobami postępowania w sądzie, a więc interpretowane są jako działania), lecz w sądach, bowiem poznanie naukowe posługuje się pojęciami i rozwija właśnie w sądach. Transcendentalne uzasadnienie nauki polega na rozwinięciu systemu sądów podstawowych, stanowiących czyste, logiczne założenie związanego z nim poznania naukowego. Sądu nie należy wiązać jednak z podmiotem, ale z immanentną aktywnością samej myśli.

Cohenowska logika poznania ma być „logiką źródła” względnie „logiką początku” (*Logik des Ursprungs*) – początku, bądź źródła poznania w myśleniu. Poznanie jest założone w myśleniu i tylko myśleniu, dlatego myślenie nie jest tylko początkiem poznania, ale i samo nie ma żadnego początku poza sobą. Żeby móc myśleć trzeba już myśleć, myślenie ma swoje źródło, swój początek w samym myśleniu. Myślenie źródłowe to czyste myślenie, a więc jego czystość (*Reinheit*) gwarantuje jego źródłowość. Czysty to znaczy wolny od domieszek (tak jak używamy tego terminu w chemii). Pojęciem przeciwstawnym do „czystego”, za Kantem, jest pojęcie „empiryczny”. Naprzeciw czystego stoi empiryczne, zmieszane. Jeśli Cohen mówi o myśleniu zmieszonym, to nie chodzi mu o samo myślenie (które zawsze musi być czyste), ale o czynność myślenia i jego treść. Tylko tu znajdziemy, w tym, co pomyślane, elementy myśleniu obce, gdzie źródło myślenia pojmowane jako treść myślenia nie jest w myśleniu ustanowione jako jego czynność – w tym przypadku treść wrażeniowa jest przyjęta jako element, czy też konstytutywny warunek treści myślenia. Widoczne tu staje się odchodzenie od Kanta, bo czystość nie jest utożsamiana z czystą formą myślenia wypełnianą przez naocznościową treść. Czystość nie jest przeciwstawiana temu, co ma treść, przeciwstawiona jest treści, która nie jest tworzona przez myślenie i dlatego tylko to myślenie jest czyste, które ma źródło w nim samym. Myślenie jako źródło poznania musi być czystym myśleniem. Logika jako nauka o myśleniu nie może być rozumiana jako formalna, bowiem metodyczny charakter myślenia jest związany z jego czystością nie pojmowaną właśnie jako forma myślenia. Metodą stać się zatem musi samo myślenie źródłowo wytwarzające swoją treść (będące źródłem swojej treści). Aktywność myślenia wynika z niego samego i o metodzie można mówić w kontekście tej samoaktywności myślenia wolnego od subiektywnych domieszek i w zasadzie bezpodmiotowego. Myślenie nie może mieć gotowego produktu jako jego wyniku, ale zawsze mamy do czynienia z ruchem myślenia, z procesem, w którym jego produkt o tyle jest, o ile jest dalej „myślany”. Cohenowskie *Ursprung* ma w jego zamyśle odpowiadać greckiemu *arche*. Pytanie o *arche* to pytanie o *Ursprung*. Zatem myślenie jest źródłem i jest poznaniem źródła, poznanie źródła jest myśleniem, co znaczy tyle, że myślenie nie może w poznaniu wyjść poza siebie samo – myślenie zawsze musi być myśleniem poznania.

To określenie myślenia jako źródła, jako początku rozwija się w słynną Cohenowską zasadę źródła (*Prinzip des Ursprung*). Zasada źródła określa źródło jako zasadę, pierwszą zasadę czy też zasadę po prostu (gdymy pojmiemy *Ursprung* jako *arche*). Sama ta zasada jest poznaniem czy też pierwszym poznaniem, bo jest poznaniem logicznych zasad poznania.

Ten passus o marburskim, a zwłaszcza Cohenowskim, pojmowaniu myślenia jest bardzo skrótowy, dający jedynie próbkę tego, czym jest myśl szkoły. Jest on jednak konieczny, zwłaszcza dla czytelnika niezapoznanego z jej myślą, by zrozumieć marburskie inspiracje w teorii Kelsena. Analogia między Cohenowskim pojmowaniem myślenia i Kelsenowskim *Sollen*, pojmowanie „czystości”, koncepcja zmiennego *a priori* – oto, co bez trudu odnajdziemy dalej w niniejszym omówieniu myśli Kelsena, a, zauważmy, ograniczyliśmy się tu do przedstawienia tylko logiki czystego poznania, nie poruszając w ogóle treści etyki czystej woli.

Teoria Kelsena wyklarowała się w dyskusji ze współczesnymi mu obiegowymi poglądami na temat prawa i teoriami mocno zabarwionymi politycznie. Nie jest oczywiście naszym celem zarysowanie sytuacji w ówczesnej niemieckiej filozofii prawa i omawianie teorii bezpośrednich poprzedników i mistrzów Kelsena, którym sporo zawdzięczał. Oni to zapoczątkowali odwrót od politycznie zabarwionych metafizycznych teorii państwa (najróżniejszych orientacji, jak sięgające korzeniami XVIII wieku teorie prawa natury czy teorie XIX-wiecznej tak zwanej szkoły historycznej) do teorii państwa pozostających ściśle w obszarze teorii prawa, a które mniej lub więcej zawdzięczały to kantowskiemu krytycyzmowi¹⁹. Nie jest więc tak, że pierwotną neokantowską inspirację czerpie on z dzieł Cohena. Ideał normatywnej i formalnej teorii prawa pojawiał się od początku jego twórczości, znajdziemy tam neokantowskie opozycje bytu i powinności, treści i formy²⁰,

¹⁹ Trójca tych wielkich poprzedników to: Karl Friedrich von Gerber, Paul Laband i Georg Jelinek. Tak o nich pisze Kelsen: „Ihre Methode ist – mehr oder weniger bewusst, mehr oder weniger konsequent – bestimmt durch Kants Vernunftkritik: Dualismus von Sein und Sollen; Ersetzung metaphysischer Postulate und Hypostasen durch transzendente Kategorien als den Bedingungen der Erfahrung; Umwandlung absoluter, weil qualitativer und transsystematischer Gegensätze innerhalb einer und derselben Disziplin in relative, quantitative, intrasystematischer Differenzen; Aufstieg aus der subjektivistischen Sphäre des Psychologismus in der Bereich logisch-objektiver Geltung: Das sind einige wesentliche Momente dieser Methode. Es sind die entscheidenden Richtlinien meiner rechtheoretischen Arbeit“, H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Bad Homburg 1966 (według pierwszego wydania z 1925), s. VII. Największy wpływ wywarł na Kelsena Jelinek – ówczesna wielkość, profesor w Heidelbergu. To on w największym stopniu skłonił Kelsena do zajęcia się neokantyzmem.

²⁰ Temu ideałowi normatywnej i formalnej teorii odpowiada już jego rozprawa habilitacyjna *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz*, Tübingen

jeszcze zanim ukazała się główna dla jego teorii neokantowska inspiracja: *etyka czystej woli* Cohena. Trzeba podkreślić, że Kelsen dobrze znał ówczesną myśl filozoficzną – znał zarówno neokantyzm, jak i fenomenologię. Niewątpliwie jednak przełomowa dla jego myśli była właśnie lektura dzieła Cohena. Zaświadcza o tym wyraźnie w przedmowie do drugiego wydania swojej habilitacji:

Rozstrzygające stanowisko teoriopoznawcze, z którego jedynie możliwe było właściwe podejście do pojęć państwa i prawa, zdobyłem dzięki Cohenowskiej interpretacji Kanta, a szczególnie dzięki jego *etyce czystej woli*. Opublikowane w 1912 roku w „Kant-Studien” omówienie moich *Hauptprobleme*, w którym dzieło to uznane zostało za próbę zastosowania metody transcendentalnej w naukach prawnych, wyczuliły mnie na dalej idące paralele, które powstają między moim pojęciem woli prawnej i nieznanym mi dotąd stanowiskiem Cohena. Odtąd świadomą konsekwencją podstawowego teoriopoznawczego stanowiska Cohena, które w następstwie określa kierunek poznania przedmiotu poznania, stała się dla mnie konstatacja, że przedmiot poznania jest wytworzony z logicznego źródła, że państwo, jak daleko jest przedmiotem prawniczego poznania, może być tylko prawem, gdyż poznawać prawniczo lub prawnie rozumieć nie znaczy nic innego, jak rozumieć coś jako prawo²¹.

„Czystość” prawa jest jednak przez niego traktowana, jak pokazywaliśmy, odmiennie niż w Cohenowskiej *etyce*. Teorię czystej nauki prawa chce on przede wszystkim oddzielić od podejścia socjologicznego (gdzie prawo identyfikuje się z władzą) i metafizycznie zorientowanej teorii prawa natury. Taka czysta teoria prawa musi spełniać dwa warunki, musi być normatywna i formalna. Pierwszy oznacza, że jeśli chodzi o przedmiot teorii prawa – pozytywne prawo, nie mamy do czynienia z żadną empiryczną rzeczywistością, żadną sumą stanów rzeczy, ale systemem norm, rzeczywistością normatywną. Rozumienie rzeczywistości prawa nie ma bowiem nic wspólnego z przyczynowym sposobem ujmowania świata stosowanym w naukach

1911 (dalej jako *Hauptprobleme*), która ukazała się na trzy lata przed główną pracą z etyki Cohena. Drugie wydanie (1923) zostało rozszerzone o wstęp. Istnieje przekład polski tego wydania Tadeusza Przeworskiego: *Podstawowe zagadnienia nauki prawa państwowego (w rozwinięciu nauki o normie prawnej)*, Wilno 1935 wydane przez Wydawnictwo Akademickiego Koła Prawników Studentów Uniwersytetu Stefana Batorego.

²¹ H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz*, 2. um eine Vorrede verm. Aufl. Tübingen 1923 (przedruk Aalen 1984), Vorrede, s. XVII. Dalej cytowane jako *Hauptprobleme* 2. W przekładzie polskim tom I, s. 33; podaję jednak przekład własny (Przeorski np. *erkenntnis-theoretisch* tłumaczy jako „teoretyczno-rozpoznawczy” – sic!).

przyrodniczych. System prawny jest zamkniętą w sobie i niezależną od innych systemów całością norm. Realnie zachodzący związek przyczynowy możemy ująć w postaci implikacji materialnej, gdzie skutek jest następstwem przyczyny. W normie prawnej następstwo jedynie powinno być wynikiem warunku prawnego: jeżeli złodziej coś ukradnie, powinien być ukarany (ale nie musi), dłużnicy powinni oddawać długi itd. W słowie „powinien” zawarta jest cała wiedza o prawie. Prawo to nic innego jak pewien porządek normatywny. Porządek taki, składający się z reguł obowiązujących obiektywnie, leży u podstaw takich pojęć jak „związek” czy „organizacja”. Pojęcia te bez obiektywnego konstytuującego je porządku nie mogłyby w ogóle być pomyślane.

Teoria prawa musi mieć do czynienia z prawem, ponieważ źródłem, początkiem prawa może być tylko samo prawo. Nauki prawne, a dokładniej teoria prawa jako metateoria nauk prawnych ma za swój przedmiot prawo, to znaczy pozytywne, ustanowione prawo. Ma je opisać i badać według formalnych kryteriów (a więc takich, które zapewniają mu przede wszystkim niesprzeczność). To właśnie to nakierowanie na prawo, które rzeczywiście istnieje, na prawo pozytywne, naraża Kelsena na zarzut, że dla niego każdy system prawny jest równowartościowy i temu to zawdzięcza etykietkę pozytywisty. Jest to nieporozumienie, chodzi mu bowiem o czysto metodologiczne rozróżnienie między tym, co nauki prawne potrafią racjonalnie uzasadnić, a czego nie potrafią. „Słuszne” nie oznacza tu „moralnie akceptowalne”. Ten, kto mówi o moralnej słuszności czy niesłuszności porządku prawnego, pozostaje poza ramami naukowości, argumentując religijnie, politycznie itd. Pytanie o sprawiedliwość musi być wyłączone z obszaru dyskursu nauk prawnych. W ich obszarze nie da się wyeksplikować, bez uniknięcia wartościowań, czym jest sprawiedliwość. Nie oznacza to, że takich pytań nie należy zadawać, a tylko to, że nie można ich jednoznacznie ująć i wyjaśnić naukowo w samym obszarze nauki prawa. Widać tu motyw kantowskiego krytycyzmu – krytyka poznania rozpoznaje niektóre pytania jako błędne bądź źle postawione, wszelkie ideologiczne pojęcia sprawiedliwości są poza granicami teorii prawa.

To, jak rzeczywistość prawa jest konstruowana, dobrze uwidacznia się w koncepcji osoby prawnej. Osoba prawna jest konstrukcją w ramach teorii i nie ma nic wspólnego z osobą rzeczywistą, psychicznie pojmowanym człowiekiem: „prawnie istnieją tylko osoby prawne”²². Tym samym pojęcie woli w prawie nie ma nic wspólnego z realnym aktem psychicznym, nie jest też żadną abstrakcją, lecz pojęciową konstrukcją. Konstruuje się tu pewną

²² H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, op. cit., s. 7.

relację, pewien rodzaj związku, który nie ma ani charakteru kazualnego, ani teleologicznego, a który Kelsen określa jako *Zurechnung*, co u Wahriga określa się z kolei jako „czynić odpowiedzialnym (człowieka za jego czyny i ich skutki)”²³. W związku tym na podstawie normy prawnej powstaje relacja między danym stanem rzeczy i danym podmiotem. Podstawą tego przypisywania jest więc norma powinności (*Gesollte*), a nie to, co chciane psychicznie (*Gewollte*). Jeśli ktoś jest sądzony za kłamstwo, to według Kelsena znaczy to, że jest mu przypisany zamiar, by okłamać, ponieważ zamiar ten według normy prawnej, podług której jest sądzony, przedstawia konieczny moment kłamstwa. Zwróćmy uwagę, nie jest tu powiedziane, że oskarżony miał faktycznie zamiar okłamać, strona subiektywno-psychiczna nie ma tu znaczenia: „To z normy, a nie z duszy podmiotu, który czyni się odpowiedzialnym (*Zurechnungssubjektes*) jest wyprowadzana zasada czynienia odpowiedzialnym (*Zurechnungsprinzip*)”²⁴. Pozwala to stworzyć pojęcie osoby w sensie prawnym jako tylko „końcowego punktu” (*Endpunkt*) czynienia odpowiedzialnym. Konkretny człowiek o tyle zatem może być pojęty jako osoba prawna, o ile może być pojęty jako końcowy punkt czynienia odpowiedzialnym (i dlatego też osobami w sensie prawnym mogą być np. instytucje). Ponieważ nauka prawa nie może powoływać się na moralność to pojęcie *Zurechnung* u Kelsena nie może wiązać się z realnym ludzkim podmiotem mającym swój normatywny status (a więc moralność) – podmiot taki nie jest dobrym kandydatem na podmiot rozumiany jako podmiot prawa. Stąd *Zurechnung* należy pojmować bardziej właśnie jako proces. Próby sprowadzenia osób prawnych i osób fizycznych do siebie zawsze były źródłem różnych trudności i skutkowały tworzeniem różnych błędnych pomocniczych konstrukcji. I Cohen i Kelsen ujmowanie osoby w sensie prawnym odgraniczają od wszelkiego psychologicznego sposobu ujmowania. Dla Cohena pojęcie osoby w sensie prawnym jest pojmowane

²³ „[...] das Verantwortlichmachen (des Menschen für sein Handeln u. dessen Folgen)“; G. Wahrig, *Deutsches Wörterbuch*, Gütersloh 1978, s. 4275. *Zurechnung* jest przekładem greckiego *logizomai*, łacińskiego *imputatio*. W innych językach tłumaczy się je jako „uznanie”, „przypisanie komuś czegoś” np. *imputation of responsibility*: przypisanie odpowiedzialności Według Kanta „Zurechnung“ (*imputatio*) to „Urteil, wodurch jemand als Urheber (*causa libera*) einer Handlung, die alsdann Tat heißt und unter Gesetzen steht, angesehen wird“; I Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Königsberg 1797 (w Akademie-Ausgabe, Bd. VI, s. 227). Przeorski w swoim przekładzie *Czystej teorii prawa* tłumaczy go jako „zarachowanie” (sic!). Rdzeń „rechnung” odpowiada tutaj bardziej polskiemu „liczalność”, tak jak mówimy o obliczalności i nieobliczalności (niemieckie *zurechnungsfähig* tłumaczymy jako „poczytalny”).

²⁴ *Hauptprobleme*, s. 77.

jako hipoteza²⁵, a osoba w sensie prawnym stanowi jedność jej woli²⁶. Zatem i dla Cohena i Kelsena osoba prawna oraz wola w sensie prawnym są identyczne. Dla obu państwo w swej istocie można uchwycić poprzez porządek prawa (aczkolwiek dla Cohena jest to porządek prawny w ogóle, do którego zmierza konkretny porządek).

Specyficzne prawne znaczenie, prawny sens nadaje stanowi faktycznemu normę. Norma jest zarysem, schematem znaczenia prawnego. Normy same powstają drogą aktów prawnych, które czerpią swoje znaczenie z innej normy. Mówiąc o znaczeniu aktu prawnego mówimy oczywiście o jego znaczeniu przedmiotowym a nie podmiotowym. Gdy organizacja tajna skazuje jakieś osoby na śmierć w zamiarze uwolnienia ojczyzny od szkodników, to to, co podmiotowo uznaje się za wyrok śmierci, w przedmiotowym znaczeniu jest zabójstwem i przestępstwem. To, że stan rzeczy tkwiący w wyroku śmierci nie jest zabójstwem, jest wynikiem procesu myślowego porównania konkretnego aktu wydania wyroku z przepisami ustawy karnej i ustawy o postępowaniu karno-sądowym. Gdy sędzia stwierdza zaistnienie pewnego stanu rzeczy, na przykład przestępstwa, to rozpoznanie to staje się prawne, gdy stan rzeczy podciągnie pod mający do niego zastosowanie przepis ustawy oznaczający go jako np. „kradzież” czy „oszustwo”. Rozpoznanie to dokonuje się, gdy treść tego rozpoznania odpowiada treści pewnej normy prawnej (gwoili ścisłości: działalność sędziego nie wyczerpuje się w akcie rozpoznania stanu faktycznego, bo on sam jest przygotowaniem dla aktu woli zawartego w ustanowieniu wyrokiem sędziowskim normy indywidualnej, to znaczy w indywidualnym jej zastosowaniu). Przedmiotem nauki prawa są zatem normy prawne – stwierdzenie to dla Kelsena stanowi tautologię.

Kelsen odrzuca wszelkie naturalistyczne teorie redukujące normę do czegoś innego. Ująć coś jako prawo znaczy ująć coś jako normę. Norma stanowi (czy zawiera) pewną treść znaczeniową, której odmienność od innej treści generalnie zawiera się w różnicy między *Sein* i *Sollen*, bytem i powinnością. Pojęcie powinności jest pojęciem nadrzędnym wobec pojęcia samej normy, a tym bardziej normy prawnej. Czysta teoria prawa uwalnia naukę prawa od ideologicznych elementów, uwalnia ze sfery pojęć norm moralnych zapewniając tym samym samoistność nauki prawa. Samoistność ta jest zagwarantowana formalnie w samej konstrukcji normy prawnej. Normę prawną od moralnej odróżnia przymus (*Zwang*), norma prawna jest normą ustanawiającą porządek przymusu. Od strony formalnej normy moralne mają charakter imperatywu natomiast normy prawne mają charakter zdania hipotetycznego

²⁵ Zob. H. Cohen, *Ethik des reinen Willens*, *op. cit.*, s. 232.

²⁶ Zob. *ibidem*, s. 230.

(warunkowego), wyrażającego specyficzne połączenie warunkującego stanu rzeczy z wynikającym z zaistnienia tego warunku następstwem (skutkiem). Prawo od moralności odróżnia się też materialnie, ze względu na swoją substancję. Materialne – oznacza, że wszystkie powiązania idei sprawiedliwości (*Gerechtigkeit*) czy idei „prawidłowego porządku społecznego (*schlechthin richtige soziale Ordnung*²⁷) odcinają się od pojęcia prawa.

Związki w przyrodzie mają charakter przyczynowy. Związki w czystej teorii prawa są ujmowane właśnie za pomocą pojęcia „czynienia odpowiedzialnym” (*Zurechnung*), które wyraża specyfikę czystej teorii prawa. W ten sposób pojęcie to staje się centralnym pojęciem Kelsenowskiej teorii prawa. Wyrazem *Zurechnung* jest powinność, w której czysta teoria prawa widzi istotę prawa przedmiotowego, podczas gdy wyrazem związku przyczynowego jest konieczność. W świecie praw natury, gdy istnieje A, musi zaistnieć B, to prawo (ustawa) przyjmuje, gdy istnieje A, powinno zaistnieć B. Nie wyraża się tu żadnej oceny o etycznej czy politycznej wartości tego stosunku. Ważne jest tu zrozumienie pojęcia przestępstwa prawa (bezprawia), które nie może polegać na odniesieniu konkretnego systemu do jakiegoś sprawiedliwego porządku. Nie może ono istnieć poza systemem prawa. Prawo pozytywne nie może być pojmowane jako wykładnik jakiegoś absolutnego boskiego porządku. Przestępstwem prawa jest jedynie pewne zachowanie ludzkie, określone w normie prawnej jako zachowanie, przeciwko któremu zwraca się akt przymusu, przewidziany w tej normie prawnej jako skutek. Stanowiło to dla przeciwników Kelsena najtrudniejszy punkt jego teorii. Nie mogli oni pojąć, że porządek Związku Radzieckiego czy faszystowskich Włoch jest w równym stopniu porządkiem prawnym jak porządek państw demokratycznych. Prawo przy takim pojmowaniu jest porządkiem społecznego przymusu, pojmowanego jako swoista technika społecznej organizacji. Prawo nie jest tu rozumiane jako cel, ale jako narzędzie przymusu, którego wartość jest wartością środka. Czysta teoria prawa nie zajmuje się tym, jaki stan ma być pożądanym społecznie, czy ma mieć on np. charakter wywłaszczającego panowania klasowego. Stwierdza:

Dla teorii tej bowiem miarodajny jest nie cel, do którego zmierza porządek prawny, lecz sam porządek prawny jako taki – teoria ta zajmuje się porządkiem prawnym nie ze względu na jego cele, a tym samym nie jako przyczyną pewnego skutku, stosunek bowiem środków i celu jest tylko szczególną odmianą stosunku przyczyny i skutku, tylko normatywną właściwością myślowej jego treści²⁸.

²⁷ RR, 13.

²⁸ RR, s. 33 (23–24).

Prawo zatem nie jest celem, ale specyficznym środkiem, narzędziem przymusu, którego wartość zależy raczej od prawa jako środka, niż od oderwanego w swej istocie celu. Powinność zawarta w prawie pozytywnym pozbawiona jest wszelkich metafizycznych i bezwarunkowych wartości, jest bowiem tylko wyrazem powiązania w normie prawnej warunku ze skutkiem.

Czysta teorii prawa ma charakter metodyczny: ma ona odpowiedzieć tylko na to „czym i jakie jest prawo”, a nie na tym, czym być powinno i w jaki sposób ma powstać. Ma ona poznać i rozpoznać prawo jako takie. Kelsen zwalcza powszechne wówczas przekonanie wśród teoretyków prawa, że zapożyczenia z innych nauk społecznych dla użytku nauki o prawie pogłębią naukowy pogląd na naukę prawa: „W tym stanie rzeczy właściwa nauka prawa zostaje naturalnie zaprzepaszczone”²⁹, sprzeciwia się synkretyzmowi metodycznemu. Zagadnienia typu: jaki wpływ na orzecznictwo mają wyobrażenia religijne, jakie skutki społeczne spowoduje takie czy inne ustawodawstwo, jakie motywy powodują, że działanie ludzi jest zgodne z prawem, nie mają nic wspólnego z czystą nauką prawa. Nauka ta ujmuje pojęciowo pewne stany rzeczy tylko o tyle, o ile stanowią one treść norm prawnych i założonej w nich „prawności”, abstrahując od tego, że one same są wynikiem pewnej konkretnej woli, pewnych wyobrażeń czy założeń. Wszelkim aktom, działaniom prawnym odpowiada bowiem ich materialna strona: konkretni ludzie w konkretnych warunkach głosują za jakąś ustawą, na coś się umawiają itd.

Skoro prawo ma źródło w samym prawie, to nie można go uzasadnić niczym innym. Dla Kelsena jest to problem przede wszystkim oddzielenia porządku prawa i władzy (*Macht*). Prawo jest określoną formą organizacji władzy. Porządek prawa opiera się na jakiejś konstytucji, która ma historycznie przypadkowe pochodzenie. Jednak podchodząc do tej kwestii od strony prawa nie można historycznego źródła porządku konstytucyjnego wyjaśnić aktem władzy. Podchodząc do tego od strony prawa samo prawo jest systemem norm, normy wynikają z powinności, a powinność nie wynika z bytu. Ważność obowiązywania norm może zatem wynikać z innych norm, zatem jeśli nie chcemy regresu w nieskończoność, musiałyby istnieć norma ostateczna. W żaden sposób nie można się też powołać na uzasadnienie metafizyczne, na Boga czy naturalny porządek świata. Dzięki wpływowi metody transcendentalnej na modłę marburską Kelsen wybiera inne rozwiązanie – norma, która winna uzasadnić ważność prawa, nie musi i nie może być normą prawa pozytywnego. Normę tą określa on normą podstawową (*Grundnorm*). Norma podstawowa konstytuuje jedność sys-

²⁹ RR, s. 2 (8).

temu prawa jedynie formalnie. Czym zatem jest? Jest hipotezą, założeniem, które winno pozwolić ustanowione zgodnie z porządkiem prawnym akty wyjaśnić jako systematyczną jedność systemu prawa. Jest ona „transcendentalno-logicznym warunkiem tego wyjaśniania”³⁰. Norma podstawowa nie może odmówić żadnej normie pozytywnego prawa, opierając się o jej treść, ważności, bo w zasadzie abstrahuje ona od treści porządku prawnego. Nie tworzy ona tym bardziej żadnych kryteriów moralnych czy politycznych do oceny prawa. Mówi ona bowiem, że źródłem prawa jest samo prawo, że cały system prawa ma być systemem funkcjonalnie rozumianych związków, które są rozwinięciem pierwotnie pustej treściowo powinności, powinności nie leżącej ponad samym prawem, ale powinności samego prawa. *Grundsatz* nie jest zasadą konstytucyjną (nie jest transcendentalno-logicznym koniecznym warunkiem jakiegoś założonego kompleksu faktów), jest koniecznym założeniem pojęciowego ujęcia prawa jako specyficznego normatywnego porządku. Jest też zasadą tworzenia prawa, można powiedzieć po marbursku: jest prawem tworzenia prawa, albo: prawem źródła prawa, bo prawo ma swe źródło jedynie w prawie rozumianym jako transcendentalna powinność. Narzuca się tu podstawowy związek z Cohenowską zasadą źródła: w niej to źródłem myślenia jest samo myślenie. Analogicznie można przedstawić Kelsenowską *Grundsatz* zamieniając słowo „myślenie” słowem „powinność”: jedynym źródłem wszelkiej powinności (co jest równoznaczne z prawem) jest sama powinność. Jednocześnie Kelsen kładzie nacisk na system prawa rozumiany jako funkcjonalny związek, związek funkcjonalnie powiązanych z sobą norm.

Prawo jest dla Kelsena dynamicznym systemem norm. Norma jest obowiązująca, gdy wypływa z wyższej normy. Prawo jest zatem systemem uzasadnionych norm, normatywnym porządkiem tworzącym piramidę, gdzie na ich czele stoi konstytucja. Jest ona słońcem – gdzie pada jej światło, tam mamy do czynienia z częścią porządku prawa. Normy są produktami wyjaśniania, interpretacji: wszelkie znaczenia tworzą ostatecznie pewną gramatykę jako całość wszelkich reguł wyznaczających sposób, gdzie coś jako coś może być ujęte. Wyjaśnianie aktów woli przez wytwarzanie obiektywnych norm jest założone transcendentalno-logicznie w normie podstawowej jako warunku możliwości wszelkiej obiektywnej normatywności. Jest tu wyraźnie uczyniona analogia do kantowskiej filozofii transcendentalnej podającej warunki możliwości obiektywnie ważnego doświadczenia³¹. Jak u Kanta za pomocą kategorii to, co subiektywnie postrzegane staje się

³⁰ RR 2, s. 205.

³¹ Zob. RR 2, s. 204 i n.

obiektywną naocznością, tak dla Kelsena subiektywne akty woli stają się obiektywne. Norma podstawowa (*Grundnorm*) posiada teoriopoznawcze znaczenie – czyni ona świat prawa jako świat prawa w ogóle poznawalnym. Norma ta staje się transcendentalno-logicznym miejscem narodzin prawa. Jedność porządku prawa, co stanowi podstawowy problem teorii prawa, może powstać poprzez jedność zasad jego tworzenia. To prowadzi Kelsena do nauki o normie podstawowej, stanowiącej najwyraźniejszy neokantowski element jego teorii. W tym sensie nie jest ona normą, ale warunkiem wszelkiej normatywności. Pokazuje to niezależność prawa od moralności.

Państwo ma u Kelsena kształt piramidy norm, na jej szczycie stoi norma podstawowa, najwyższa hipoteza prawnej powinności, z której wszystko bierze początek. Z niej wypływają dalsze normy, z których to znowu wypływają jeszcze dalsze itd. Tak więc konstytucja staje się źródłem ustawy, ustawa – rozporządzenia, rozporządzenie – aktu administracyjnego. Prawo samo formułuje proces swego powstawania, a jednolitość prawa jest tylko wynikiem sposobu jego wytwarzania. Analiza tego porządku wymaga stwierdzenia, że nie jest on systemem norm równorzędnych, lecz właśnie porządkiem skonstruowanym na stopniowości rozmaitych grup (warstw) norm. Relacje między normami mają charakter formalno-kompetencyjny – norma wyższa jest formalną podstawą obowiązywania niższej i zawiera kompetencję do jej wydania. Żadna norma nie może znajdować się poza systemem normatywnym, dlatego, żeby stwierdzić, że obowiązuje, należy wykazać, że należy do systemu. Na dole piramidy znajdują się normy, które nie warunkują już żadnych innych. Wychodząc poza nie wchodzimy już nie w sferę prawa, ale faktu, w sferę egzekucji, efektywnego wykonywania prawa. Ale to treściowe wypełnianie prawa określa prawo ciągle na nowo, i o tyle norma podstawowa może być analogonem zasady źródła Cohena. Poznanie świata osiąga coraz to nowe punkty, stąd system kategorii myślenia nie może być stały. Analogicznie u Kelsena, gdzie prawo tworzy coraz to na nowo system związków rozumianych funkcjonalnie. Myślenie, dla pierwszego, jest ciągłym ruchem myślenia, powinność (prawo) jest, dla drugiego, ciągłym ruchem powinności:

Teoria o stopniowości porządku prawnego ujmuje prawo w ‘ruchu’, w jego ciągłym procesie odnawiania się drogą samowytwarzania. Teoria ta jest teorią dynamiczną w stosunku do statycznej teorii prawa, która stara się ująć prawo – bez względu na proces jego tworzenia – tylko jako pewien gotowy porządek prawny, z jego ważnością i zakresem jej obowiązywania³².

³² RR, s. 107 (60).

We wcześniejszej fazie twórczości mamy u niego ściśle oddzielenie norm generalnych, a więc praw od norm indywidualnych, a więc aktów urzeczywistniających prawo, później nie można już oddzielić tych dwu obszarów, zwłaszcza dlatego, że indywidualne akty prawa są znacznie bogatsze treściowo niż ogólne normy. Prawo ma charakter procesualny i przez akty urzeczywistniające prawo rozwija się dalej, co musi zmieniać perspektywę na problem tworzenia się prawa. Normy indywidualne oddziałują z powrotem na generalne, w takim obopólnym oddziaływaniu powstaje prawo rozumiane jako proces. Problem formy państwa, jak widać, nie wynika z metody tworzenia norm na najwyższym stopniu, to znaczy norm ustrojowych, lecz ze wszystkich stopni ustawodawstwa, z różnorodnych sposobów ustanawiania norm indywidualnych, takich jak wyroki sądowe czy akty administracyjne. Kelsen niweluje rozdział tego, co określa się jako sądownictwo, od tej części działalności, którą określa się mianem administracji. Zadania i cele państwa są w takim samym stopniu spełniane przez jedno i drugie, mimo odrębnej pozycji sędziego w organizacji państwa od organów administracyjnych. Porządek prawa, a więc państwo, tworzony jest przez podjęte decyzje o założeniu i utrzymywaniu szkoły czy szpitala, budowie autostrady itd. Norma podstawowa, zauważmy, nie stwarza jedynych ram pojęciowych do zrozumienia ważności prawa, bo przecież prawo można np. ująć socjologicznie, jako aspekt władzy. Norma podstawowa nie jest więc koniecznym warunkiem w tym sensie, że bez niej niemożliwe byłoby zrozumienie faktu istnienia stanowionego prawa.

Podział na prawo publiczne i prywatne z punktu widzenia czystej teorii prawa jest ideologiczny, ponieważ wyraża on tylko formę prawa odpowiadającą dzisiejszemu ustrojowi państw liberalno-kapitalistycznych, z ich formami produkcji i podziału dóbr. Dla, założmy, socjalistycznego porządku gospodarczego inna forma prawa byłaby bardziej właściwa. Oceny tego jako forma jest bardziej właściwa czysta teoria prawa nie może rozstrzygnąć, jest ona poza ramami czystej teorii prawa. Podobnie ideologiczną funkcję pełni przeciwstawienie państwa i prawa, gdy czysta teoria prawa widzi w państwie tylko porządek ludzkiego zachowania, w szczególności pewien społeczny porządek przymusu, identyczny z porządkiem prawnym. Państwo pojęte jako osoba oznacza uosobienie porządku prawnego, a państwo pojęte jako władza nie oznacza nic innego jak skuteczność tego porządku. W tym sensie każde państwo jest państwem prawnym jako porządek przymusu dla ludzkiego zachowania, gdzie problem słuszności i wartości moralnej tego porządku trzeba pozostawić na boku. A więc i rząd, który doszedł do władzy drogą rewolucji czy zamachu stanu w rozumieniu też prawa międzynarodowego jest legalny wówczas, gdy jest w stanie zapewnić posłuszeństwo dla norm przez siebie wydawanych.

Kluczem do zrozumienia Kelsenowskiego programu czystej nauki prawa obok takich idei jak normy podstawowej jest idea powinności (*Sollen*) jako „relatywnie apriorycznej kategorii” (*relativ apriorische Kategorie*)³³. Idea ta zajmuje centralną pozycję w jego neokantowsko, a ściślej – marbursko, zorientowanej teorii prawa. *Sollen* jak i *Grundnorm* stanowią *relativ apriorische Kategorie*. Relatywne *a priori* konstytuuje się poprzez nie tylko powinność, ale także czynienie odpowiedzialnym (*Zurechnung*) i normę podstawową. Norma podstawowa stanowi powinność w aspekcie jej normatywności. W liście do Renato Treviso tuż przed publikacją pierwszego wydania *Czystej teorii prawa* Kelsen wyjaśnia czystą teorię prawa jako próbę zastosowania metody transcendentalnej w obszarze prawa pozytywnego. Wyjaśnia tam z wielkim naciskiem, że nie chodzi mu, jak u Cohena, o odsłanianie zasad praktycznego rozumu, ani o aprioryczne postulaty prawa rozumu, jak je przedstawia Kant w *Metafizyce moralności*, ale o czysto formalne *a priori*, które daje odpowiedź na pytanie „jak pozytywne prawo – jako przedmiot poznania, jako obiekt nauki prawa, [...] jest możliwe”³⁴. Jako pytanie o warunki możliwości poznania jest ono pytaniem transcendentalnym. Zwrócimy uwagę, że czynienie z *Sollen* kategorii wykracza poza kantowskie ramy ograniczające pole kategorii do poznania, którego obszar wiąże się z naukowym przyrodoznawstwem. Różnica między tym obszarem a obszarem teorii Kelsena pokrywa się z różnicą między obszarem obowiązywania kategorii przyczynowości i Kelsenowskiego *Zurechnung*. *Sollen* konstytuuje przedmioty, tymi przedmiotami są normy. Kelsen sam określa *Grundnorm* jako *Hypotesis* w specyficznym sensie tego słowa jaki nadaje jemu Cohen i szkoła marburska. Wcześniej zresztą (do roku 1925) używał także terminu *Ursprungsnorm*³⁵. Za Kelsenem zresztą wiedeńska szkoła teorii prawa (Alfred Verdross, Felix Kaufmann) używa tego terminu dokładnie w tym cohenowskim sensie, używając też terminów *Ursprungsnorm* i *Ursprungshypotese*³⁶.

³³ *Hauptprobleme*, s. 23.

³⁴ H. Kelsen, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und die Rechtspositivismus*, [w:] *Die Wiener rechtsphilosophische Schule*, H. Klecatsky, R. Marcić, H. Schambeck (Hrsg.), 1968, Bd. I. s. 339.

³⁵ Np. w: *Allgemeine Staatslehre*, Bad Homburg 1966 (według pierwszego wydania z 1925), s. 99, 104, 338.

³⁶ Przykładowo, Veldross pisze: „Da nun für die staatlichen Rechtsordnungen die Staatsverfassung (im materiellen, aristotelischen Sinne) diese oberste Rechtsgrundlage abgibt, von der erst die übrigen Rechtssätze ihre Rechtskraft herleiten, wird die Grundnorm auch als Verfassung oder in neukantianischer Terminologie als *Ursprungsnorm* oder *Ursprungshypothese* bezeichnet“, *idem*, *Die gesellschaftswissenschaftlichen Grundlagen der Völkerrechtstheorie*, „Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie“ 18 1924/25, s. 423. Podobnie używa ich F. Kaufmann w: *idem*, *Die Kriterien des Rechts*, 1924 (przedruk 1966), s. 129.

Zrozumienie Kelsenowskiej czystej teorii prawa i jej marburskich korzeni zawiera się przede wszystkim w zrozumieniu wzajemnych relacji tych trzech podstawowych pojęć: powinności, normy podstawowej i czynienia odpowiedzialnym.

Metoda transcendentálna postępuje analitycznie, wychodzi od wymagających wyjaśnienia faktów i próbuje znaleźć warunki, pod którymi mogą być zrozumiałe. Dla Kelsena, wzorem szkoły marburskiej, aprioryczne zasady nie mają charakteru konstytutywnego, jak dla Kanta, ale posiadają relatywne znaczenie. Wzorem staje się dla niego Cassirer i jego *Substancja i funkcja*. Jest on mniej systematyczny niż Cohen. Nauki o prawie nie tworzą systemu, ale agregat. Można określić punkt wyjścia jego teorii w pytaniu, „co jest dane jako założone?”, i dalej, w wyjaśnieniu funkcji konstrukcji pojęciowej, która to, co dane wyjaśnia. Punktem wyjścia teorii, tym, co założone, analizowanym w przedmowie do nowego wydania *Hauptprobleme*, a co dotąd było jednak traktowane zbyt szeroko, może być po prostu tylko pojęcie prawa, utożsamiane ze zmuszającą do zastosowania normą. Punktem wyjścia teorii jest zatem pojęcie prawa w węższym sensie, a więc zasada opisująca przymuszającą normę (*Zwangsnorm*), a nie inne zasady prawne, ponieważ państwo nie tylko egzekwuje i karze, ale troszczy się o biednych, wykształcenie, infrastrukturę itd. Jednak tylko pojęcie prawa w węższym sensie prowadzi do pojęcia państwa jako jedności wszystkich przymuszających norm, do formalnego pojęcia totalnego porządku prawnego (*Totalrechtsordnung*), podczas gdy zasady prawa w szerszym sensie prowadzą do pojęcia państwa jako konkretnej instytucji, konkretnego porządku prawa, do materialnego pojęcia treści prawa, do czegoś charakterystycznego i zindywidualizowanego, co Kelsen określa jako *Teilrechtsordnung*³⁷. Mamy tu zatem zasadniczą różnicę między generalnymi normami praw i indywidualnymi normami konkretnych aktów stanowienia prawa. Ponieważ indywidualna norma ma za treść przymuszający do porządku akt, to nie ma podstawy, by ściśle przeprowadzać granicę między normami generalnymi i indywidualnymi. Indywidualne normy są konkretyzacją generalnych, ale ponieważ ich treść wykracza poza normy generalne, to tworzą one żywy system prawa, oddziałujący na normy generalne. Jedność systemu prawa nie jest, jak to pierwotnie widział Kelsen, jednością statyczną, ale dynamiczną. Prawo nie może być rozumiane, jak to już podkreślaliśmy, jako sztywny układ ogólnych norm, ale pozostającym w ruchu systemem stale się rozwijającym poprzez indywidualne akty rozumienia prawa. Wyrok sędziego ma swoje uzasadnienie w ustawie, ale nie oznacza to, że jest normą odpowiadającą

³⁷ *Hauptprobleme*, s. XI.

tylko normie generalnej, lecz że „jest jedną z indywidualnych norm, które w ramach generalnej są możliwe”³⁸. Występuje więc przeciwko panującej nauce prawa, która uważa że powinna stworzyć metodę umożliwiającą należyte wypełnienie ram stworzonych przez normę, co oznaczać ma, że istnieje tylko jedno właściwe znaczenie i jedno właściwe rozstrzygnięcie w odniesieniu do konkretnego przypadku, i że tą pozytywno-prawną słuszność rozstrzygnięcia sama ustawa uzasadnia. Według Kelsena jest to nierozumienie prawa: nie chodzi tu o jakiś akt czysto intelektualnej interpretacji, nie o posługiwanie się tylko rozumem, ale i wolą. Interpretacja jest zarówno sposobem rozumienia treści normy jak i aktem woli. Kategorią tworzącą dziedzinę przedmiotową prawa jest transcendentalnie rozumiana powinność (*Sollen*), a powinności nie należy mylić z czynnością myślenia. Sędzia jest bowiem także twórcą prawa i w działalności tej jest równie swobodny jak twórca ustaw jest równie swobodny w tworzeniu w ramach konstytucji nowej ustawy. Interpretacja prawa nie jest drogą do uzyskiwania z prawa istniejącego nowych norm. Stwarza to bowiem złudzenie trwałości i stałości norm. Problem formy państwa nie wynika z metody tworzenia norm na najwyższym stopniu, to znaczy norm ustrojowych, lecz ze wszystkich stopni ustawodawstwa, z różnorodnych sposobów ustanawiania norm indywidualnych, takich jak wyroki sądowe czy akty administracyjne.

Wyjaśnienie konstrukcji pojęciowej, jaką stanowi naukowy związek pojęć jest zadaniem metody transcendentalnej. Uwidacznia się to wyraźnie dopiero w drugim wydaniu *Reine Rechtslehre*. Mamy tam najdojrzalsze przedstawienie jego teorii prawa z jej zadaniem: uświadomić sobie teoretyczne pojęcia nauk prawnych w ich funkcji – jako czyste pojęcia pomocnicze (*Hilfsbegriffe*) naukowego oznaczania. Teoria Kelsena mogła wcześniej prowadzić do przekonania, że istnieje obiektywne kryterium prawa. Uczynienie z takich pojęć jak państwo i wola państwa (*Staatswille*) czystych pojęć poznania prawniczego wyklucza możliwość takiej dezinterpretacji, przy założeniu ich czysto wyjaśniającej i metodologicznej funkcji. Pojęcie państwa w prawniczym sensie nie oznacza nic innego jak jedność totalnego porządku prawa (*Einheit der Totalrechtsordnung*)³⁹ wyznaczaną totalnością czynienia odpowiedzialnym poprzez całość norm. Nie znaczy to, że tylko państwo jest nosicielem prawa, ale że „pojęcie państwa nie jest możliwe inaczej niż pojęcie prawa”⁴⁰. Państwo jest jedynie i wyłącznie jednością normatywną. Dla Kelsena nie składa się ono z trzech potocznie uznawanych elementów: ludności,

³⁸ RR, s. 95 (51).

³⁹ *Hauptprobleme*, s. XI.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 25.

terytorium i władzy, ale wyłącznie z jednego, którym jest pewien porządek normatywny. Element powinności wszedł na miejsce tych trzech dawnych potocznie uznawanych – elementy te zostały przeobrażone stając się jego momentami. W tym przeobrażeniu przestały być tym, czym były – czymś empirycznym i faktycznym, a stały się treścią normy prawnej. Na miejsce ludzi wchodzi jedynie ludzkie czyny i zaniedbania tworzące treść prawa; władza państwowa przestaje być jakąś naturalistycznie widzianą rzeczywistością, a staje się jedynie wiążącym obowiązaniem porządku prawnego, związanym z ustanowionymi aktami przymusu; terytorium to zakres przestrzennego obowiązywania prawa. Niemożliwe jest skonstruowanie jakiegokolwiek pojęcia państwa bez pomocy prawa. Pojęcie państwa nie jest niczym innym niż pojęciem prawa, także na obszarze socjologii. Państwo w sensie socjologicznym jest też pojęciem prawnym, tworząca bowiem istotę państwa jedność nie może być pomyślana empirycznie nawet na terenie socjologii⁴¹. Państwo to synonim prawa, to coś identycznego z prawem i to nie tylko dla prawnika. Kelsenowskie prawo utożsamiane z państwem nie jest czymś abstrakcyjnym, ani czymś konkretnym, ale jednym i drugim. Widzimy tu dążenie do jedności, odbicie monistycznych tendencji szkoły marburskiej. System prawny jest zawsze systemem jedynym i suwerennym, niemającym nic poza sobą, z którego wywodzi się wszystko, co jest prawem. Zawsze prawdziwie prawnym, czyli samodzielnym jest tylko jeden porządek prawa. Przykładowo, wychodząc ze stanowiska Francji jako państwa, a więc jako porządku prawnego, wszystkie obowiązujące na świecie normy prawne wchodzi bezpośrednio lub pośrednio w skład systemu państwa francuskiego, a to w drodze uznania tych norm przez Francję, czyli oparcia ich obowiązywania na prawie francuskim. Podobnie będzie z normami międzynarodowymi.

Dopiero, gdy rozumiemy dokładniej funkcje pojęć w nauce prawa, możemy precyzyjnie ująć pojęcie osoby w sensie prawnym i funkcję czynienia osobą – funkcję personifikacji (*Personifikation*). Osoba w sensie prawnym to nic innego jak częściowy porządek prawny (*Teilrechtsordnung*), kompleks obowiązków prawnych i podmiotowych praw, których jedność uwidacznia się właśnie w pojęciu osoby, tak że osoba to nic innego jak personifikacja tej jedności⁴². Osoba i personifikacja nie są zatem dwoma różnymi przedmiotami, ale jednym przedmiotem i jednym sposobem jego uchwycenia. Wola osoby w sensie prawnym to prostsze wyrażenie myśli o czynieniu odpowie-

⁴¹ Pisze o tym wyraźnie w przedmowie do drugiego wydania *Hauptprobleme* i poświęca tej kwestii niemal w całości pracę opublikowaną w 1922 roku *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*.

⁴² Zob. RR 2, s. 177.

działnym. To, czego osoba prawna chce, związane jest z kompleksem norm, a więc stanem faktycznym ustalonym poprzez częściowy porządek prawny: „Wola osoby [...] jest nakazem częściowego porządku prawnego”⁴³. Osoby w sensie prawnym to nic innego jak jedność kompleksów norm. Pozostając przy takim rozumieniu osoby unika się problemów z ujęciem i zrozumieniem takich instytucji prawnych ujmowanych jako osoba jak np. spadek. Pojęcie osoby w sensie prawnym poprzez jedność czynienia odpowiedzialnym stanowi odgraniczoną część całościowego porządku prawa (*Gesamtrechtsordnung*). Ten sposób ujmowania prawa pozwolić ma skomplikowany system prawa ująć jaśniej, prościej i zarazem lepiej go unaocznic.

Jednym z najczęściej cytowanych zdań Hansa Kelsena jest: „Każda dowolna treść może być prawem” (*Jeder beliebige Inhalt kann Recht sein*)⁴⁴, a więc i to, co może uchodzić za bezprawie. Jest to antyteza słynnej formuły Radbrucha: prawu pozytywnemu, które przeciwstawia się „nie do wytrzymania” (*unerträglich*) sprawiedliwości, odmawia się ważności prawa czy też jego charakteru⁴⁵. Znaczyć to ma, że Kelsen jest pozytywistą – w tym sensie oczywiście, w jakim używa się go w obrębie teorii prawa. Spór pozytywistów z antypozytywistami pozostawiamy na boku. Najtrudniejszą bodajże kwestię, stanowiącą źródło licznych nieporozumień zarówno wśród teoretyków prawa, filozofów jak i znających myśl Kelsena bardziej z opracowań niż jego dzieł własnych, stanowi właśnie kwestia relacji prawa i moralności. Kelsen chce uwolnić pojęcie prawa od pojęcia moralności, od „rzekomej jego łączności i związku z zasadami moralnymi”⁴⁶. Odrzuca przekonanie, że prawo ze swej istoty stanowi część prawa moralnego, a więc, że każde prawo z tego powodu, że w jakimkolwiek bądź znaczeniu lub stopniu jest prawem, jest tym samym prawem słusznym i dobrym, że jest prawem moralnym. Oznaczać to może tylko dążenie, żeby prawo było kształtowane zgodnie z zasadami moralności. Jeśli natomiast prawo miałoby być częścią moralności, to normy prawne musiałyby mieć ten sam bezwzględny charakter, jaki rościć mogą sobie tylko zasady moralności. Cała ambiwalencja stosunku prawa i moralności zawiera już się w podstawowym dla moralności jak i dla prawa pojęciu sprawiedliwości (*Gerechtigkeit*). Sprawiedliwość w ujęciu moralnym jest wartością absolutną – prawo jako pojęcie moralne oznacza to, co potocznie rozumie się pod pojęciem sprawiedliwości, przez co rozumie się sprawie-

⁴³ „Das Wollen der Person [...] ist das Sollen der Teilrechtsordnung”, H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, op. cit., s. 63.

⁴⁴ RR, s. 63.

⁴⁵ Zob. G. Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* (1946), [w:] *idem*, *Gesamtausgabe*, A. Kaufmann (Hrsg.), Bd. 3. Heidelberg 1990, s. 89.

⁴⁶ RR, s.12 (14).

dliwy ludzki porządek czy też dążenie do stworzenia takiego porządku⁴⁷. W węższym pozytywno-prawniczym znaczeniu sprawiedliwość oznacza natomiast zgodność z prawem: za niesprawiedliwe uważa się stosowanie pewnej normy w pewnych wypadkach, a w innych jej niestosowanie, mimo że powinna być stosowana. Prawo rozumiane jako system pozytywnego prawa nie może określić sprawiedliwości jako wartości absolutnej w sensie moralnym. Dla Kelsena treści pojęcia sprawiedliwości w sensie moralnym czy też problemu sprawiedliwości nie da się w ogóle rozwiązać drogą naukowego rozumowania, mimo że pojęcie to jest niezbędne w dziedzinie woli i ludzkiego działania. Nawet nie przytaczając tu na ten temat poglądów samego Kelsena, wydaje się to oczywiste, że pojęcie sprawiedliwości w tym sensie nie może stanowić efektywnego rezultatu rozważań w zakresie teorii prawa. Więcej, dla Kelsena im mniej stara się człowiek oddzielić pojęcie prawa od sprawiedliwości, tym bardziej staje się uległym każdorazowej władzy, której zależy na utożsamieniu panującego porządku prawnego z bezwarunkowym, słusznym i sprawiedliwym porządkiem rzeczy. Unaocznia to, jak nauka prawa może być wykorzystana do celów politycznych. Teoria Kelsena ma badać prawo, które jest, prawo istniejące, a nie wdawać się w spekulacje na temat prawa słusznego. Ma jako nauka dążyć do wykrycia i wyjaśnienia prawdziwej istoty przedmiotu będącego jej treścią. Czysta nauka prawa nie może być ideologią, bo każda ideologia ma swe źródło w celach i zamiarach leżących poza wolą czystego poznania, wynikających z interesów innych niż interes poznania, zarazem najczęściej ich nie eksplikując. Każda inna teoria prawa, świadomie czy nie świadomie, pozostaje ideologiczna. Kelsen wskazując na ideologiczny charakter teorii prawa naturalnego, pokazuje, że nawet po odrzuceniu tej koncepcji teorii prawa pozytywnego chcą, żeby prawo pozytywne choćby nawet w skromnej mierze odpowiadało idei „słusznego”, „sprawiedliwego” prawa, prawa, w którym się urzeczywistnia choćby jakieś minimum moralne, minimum wartości etycznych (co określa on minimalistyczną teorią prawa natury). Widać tu też wyraźnie, że Kelsen musi odrzucić stanowisko Stammlera, będące ilustracją dokładnie takiej właśnie teorii, jak i stanowisko jego polemisty Cohena. Mimo uznania braku tożsamości między normami moralnymi a prawnymi, prawo nie kwestionuje absolutnej wartości praw moralnych, nie zaprzecza im i nie pozostają one bez wpływu na naukę prawa. Z porządkiem prawa, pojęciem norm prawnych wiążemy świadomość, że są one dobre, słuszne i sprawiedliwe.

Postawa taka jest zupełnie zrozumiała, ale niedopuszczalna w wysiłkach do stworzenia czystej teorii prawa, bo gubi się wtedy sens istoty prawa,

⁴⁷ *Das gesellschaftliche Glück heisst „Gerechtigkeit”*, RR, s. 13.

prawności. Jest to ten punkt nauki, który był trudno zrozumiały dla własnych uczniów Kelsena. Przykładowo, jego uczeń Adolf Julius Merkl w swoich rozważaniach z teorii poznania prawa opublikowanych pod tytułem *Podwójne oblicze prawa* stwierdza:

Każdy konstruowany porządek prawny nie jest pozbawiony pewnego rodzaju korzeni prawno-naturalnych. Każda norma prawa pozytywnego przeszła przecież kiedyś stadium normatywności prawno-naturalnej. Zarzut prawno-naturalności jest nie na miejscu tam, gdzie dopiero mają być położone podwaliny systemu prawnego⁴⁸.

W późniejszej rozprawie zaś postulował: „Ponieważ prawo pozytywne jako zanadto ludzki wytwór porusza się pomiędzy próbą urzeczywistnienia sprawiedliwości a jej karykaturą, teoria prawa potrzebuje uzupełnienia przez etykę prawa⁴⁹. Stawiając sprawę jasno: nie można czystej teorii prawa niczym uzupełnić. Można stworzyć jedynie odrębną teorię, nazwijmy ją, normatywną teorią prawa bądź etyką prawa. Teorię taką, rozważając różne możliwe warianty, bądź można uzasadnić transcendentalnie – wtedy byłaby równorzędnym „partnerem” czystej teorii prawa, bądź nie można tego zrobić. W każdym wypadku należałoby ustalić wzajemny stosunek i zależności dwu teoretycznie niezależnych od siebie teorii. Jak wyraźnie stwierdza sam Kelsen: „Nie można zatem odrzucić normatywnej nauki prawa z jej pojęciem powinności względnie normy, lecz trzeba ją ograniczyć do jej właściwego przedmiotu i krytycznie oświetlić⁵⁰”.

Prawo u Cohena nie jest czymś, co samo z siebie winno być urzeczywistnione; nakierowuje się ono bowiem na Kantowski imperatyw kategoryczny. A więc nie czyste normy, ale normy, które być winny, są przedmiotem Cohenowskiej filozofii, u Kelsena ta normatywność jest zapośredniczona przez same prawo. I dla Kanta i dla Kelsena natomiast, w tym punkcie są zgodni, prawo posiada swój własny charakter, własną istotę, mianowicie charakter zobowiązania rozumianego nie w sposób moralny, a ujmowany jako porządek przymusu (*Zwangordnung*). Inna sprawa, że porządek ten musi być u Kanta uprawomocniony moralnie, bo jest to warunkiem możliwości realizacji ludzkiej wolności. W ten sposób wprowadza Kant w prawo moralny obowiązek, co przy założeniach Kelsenowskich nie jest możliwe, choć i tu

⁴⁸ A. Merkl, *Das Doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechts*, pierwotnie w „Juristische Blätter”, 1, 1917, przedrukowane w: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule I*, s. 910.

⁴⁹ *Idem*, *Zum 80. Geburtstag Hans Kelsens – Reine Rechtslehre und Moralordnung*, „Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht” 11/1961, s. 313.

⁵⁰ RR, s. 37 (27).

istnieje pewna analogia. Mianowicie, tak jak porządek prawa u Kanta musi zabezpieczyć realizację idei wolności, tak u Kelsena porządek prawny musi zabezpieczać *Friedensordnung* – porządek pokoju, choć pojęcie to jest dla niego jedynie formalnym pojęciem porządku. Cohen zaś, w przeciwieństwie do Kanta, nie uznaje przymusu za istotną cechę prawa.

Nie poświęcono dotąd w literaturze przedmiotu pracy dokonującej całościowego, wszechstronnego odniesienia teorii Kelsena do pozycji szkoły marburskiej. Przekracza to też możliwości tego tekstu. Krytyczna analiza myśli Kelsena musiałaby się przede wszystkim zmierzyć z problemem możliwości uprawiania transcendentnej teorii prawa. Ujmując omawiany tu problem najogólniej – wpływ szkoły marburskiej na myśl Kelsena nie był treściowy, ale metodyczny, widoczny w sposobie stawiania problemu filozofii transcendentnej. Pamiętajmy, że sama szkoła marburska uważała, że daje tylko metodę myślenia a nie doktrynę. Wpływ ten uwidacznia się w monistycznej tendencji jego myśli. Nauka o państwie i prawie ulega tu szczególnemu uproszczeniu – usuwa on z niej dotychczasowe zróżnicowanie pojęć i konstrukcji. Wielość tę chce zastąpić jednością, sprowadzić chce ją do jednego mianownika. Chce znaleźć dla swej nauki jedną zasadę, jeden punkt wyjścia. Ten wyjaśniający punkt wyjścia znalazł w normie podstawowej.

Nie rozumieć tego metodycznego marburskiego rysu, to po prostu nie rozumieć czystej teorii prawa. Gwoli przykładu, do krytyków Kelsena należał Hermann Heller. Zarzucał on jemu „radikalną eliminację wszystkich substancjalnych elementów” prawa przez przekształcenie „nauki o prawie w czystą naukę normatywną”, w „logikę norm” (*Normlogik*)⁵¹. Z punktu widzenia Kelsena nie jest to żadna krytyka, ponieważ czysta teoria prawa nie wyklucza zarówno innej teorii nieusuwejającej substancjalnych elementów, jak i innej teorii zorientowanej normatywnie. Łatwo zauważyć, że krytyka ta zwraca się przeciwko tym zasadom jego myśli, które stanowią filozoficzne „abc” szkoły marburskiej: jej antysubstancjalizmowi, aprioryzmowi (z koncepcją relatywnego *a priori*), redukcji wszelkiej filozoficznej teorii do elementów pozaempirycznych – czyli przeciwko jej „czystości”⁵².

Odnosząc myśl twórcy czystej teorii prawa do szkoły marburskiej nie różnicowaliśmy w jej obrębie stanowisk poszczególnych myślicieli. Logika transcendentna Cohena i Natorpa, to zupełnie odmienne skonstruowane

⁵¹ H. Heller, *Die Krisis der Staatslehre*, „Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik” 55, 1926, s. 301; przedrukowane w: *idem, Gesammelte Schriften*, 3. Bde, 2. Aufl., Tübingen 1992, Bd. II, s. 16.


⁵² Trzy główne dzieła Cohena, przypomnijmy, to *Logika czystego myślenia*, *Etyka czystej woli* i *Estetyka czystego uczucia*, przy czym każda taka nauka, jako że sama jest czystym poznaniem, jest i w swej metodzie, a nie tylko treści, czysta.

teorie⁵³. Czy Kelsenowi jest bliżej do Cohena przez jego logikę źródła? Czy jest mu bliżej do Natorpa, gdzie system powstaje jako podstawowy związek oznaczający w ciągłym nieskończonym procesie myślowym rozwijające się wzajemnie jego ustanawianie? A może jest to bardziej efekt wpływu wczesnego Cassirera, gdzie myślenie wykazuje się jako funkcja? Kelsen kładzie nacisk na system prawa rozumiany jako funkcjonalny związek powiązanych ze sobą norm. Zwróćmy uwagę, że, odnosząc to do filozofii teoretycznej szkoły marburskiej, norma podstawowa ujmuje zarówno aspekty Cohenowskiej zasady źródła jak i aspekty Natorpowskiego podstawowego aktu syntetycznej jedności. Dla Kelsena prawo jest transcendentalną powinnością rozwijającą się w sposób ciągły w funkcjonalny system, powinnością samego prawa, zaś analogonem aktu syntetycznej jedności jest norma podstawowa. Przy czym w szkole marburskiej w obszarze filozofii teoretycznej, chodzi o treściowe uzasadnienie poznania. Na gruncie teorii prawa dla Kelsena takie treściowe uprawomocnienie porządku prawa jest niemożliwe, rozum bowiem nie jest bezpośrednią władzą praktyczną, to znaczy rozum nie może bezpośrednio określać woli.

Podsumowując, Hans Kelsen w sposób oryginalny i samodzielny, podejmując przede wszystkim metodę transcendentalną pojmowaną na sposób szkoły marburskiej, nieodnosząc się do treści myśli poszczególnych myślicieli szkoły tworzy czwarty teoretycznie interesujący projekt w jej obrębie (po Cohenie, Natorpie, Cassirerze). Nie oznacza to, że podstawowe inspiracje pochodziły ze szkoły marburskiej. Największy znawca i animator zainteresowania myślą Kelsena w kręgu filozofów, Stanley L. Paulson wskazuje nawet w omawianej myśli na pierwotność podstawowej dla szkoły badeńskiej opozycji między bytem i powinnością, pokazując dalej jak z nią są powiązane inne podstawowe dla myśli Kelsena teoretyczne rozstrzygnięcia⁵⁴. Świadczy

⁵³ Nie sposób tu oczywiście dokonać choćby pobieżnej dla potrzeb tego tekstu rekonstrukcji filozofii a zwłaszcza logiki szkoły marburskiej. Ujmując to najkrócej: u Natorpa, drugiego marburskiego mistrza, zorientowanego bardziej systemowo i funkcjonalnie, ma ona charakter systemowy, gdy u Cohena konstrukcyjno-dedukcyjny. Cohen nie wychodzi od funkcjonalnych związków myślenia, ale chce uprawiać jego specyficzną archeologię, gdzie myślenie wychodząc od siebie jako od początku przechodzi (konstytuuje) wszystkie kolejne etapy. U Natorpa mamy natomiast ideę wszechobjmującego związku myśli, który daje tym samym podstawę jedności systemu logicznego. Celem logiki Natorpa jest „dedukcyjne” rozwinięcie syntetycznej pierwotnej jedności myślenia w system „podstawowych funkcji poznania”, względnie „logicznych funkcji podstawowych”, a metodami są właśnie wszelkie logiczne funkcje. Dla Natorpa zatem system logicznych funkcji podstawowych jest wszechstronnym rozwinięciem podstawowego aktu syntetycznej jedności.

⁵⁴ Zob. S. L. Paulson, *Faktum/Wert-Distinktion – Kelsen als Neukantianer*, [w:] *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*, R. Alexy, L. H. Meyer, S. L. Paulson, G. Sprenger (Hrsg.). Baden-Baden 2002.

to jednak tylko o samodzielności własnej drogi myślowej twórcy czystej teorii prawa. 

ANDRZEJ LISAK – dr, wykładowca filozofii na Politechnice Gdańskiej. Zajmuje się historią i teorią filozofii transcendentальной oraz fenomenologii. Autor m.in.: *O pojęciu Europy* (2011); *Filozofia transcendentálna między Heglem i Heideggerem. Od teorii poznania do ontologii* (2012).

ANDRZEJ LISAK – Ph.D., lecturer of philosophy at Gdansk University of Technology. His current research interests include history and theory of transcendental philosophy and of phenomenology. Author of (*inter alia*): *O pojęciu Europy* (2011); *Filozofia transcendentálna między Heglem i Heideggerem. Od teorii poznania do ontologii* (2012).