

JURYSPRUDENCJA

1/2014

Monika Zalewska

PROBLEM ZARACHOWANIA W NORMATYWIZMIE HANSA KELSENA



WYDAWNICTWO
UNIwersytetu
ŁÓDZKIEGO

JURYSPRUDENCJA

1/2014



WYDAWNICTWO
UNIWERSYTETU
ŁÓDZKIEGO

[Kup książkę](#)

JURYSPRUDENCJA

1/2014

Monika Zalewska

PROBLEM ZARACHOWANIA W NORMATYWIZMIE HANSA KELSENA



WYDAWNICTWO
UNIwersytetu
ŁÓDZKIEGO

ŁÓDŹ 2014

[Kup książkę](#)

REDAKTORZY

Marek Zirk-Sadowski (Uniwersytet Łódzki), *Tomasz Bekrycht* (Uniwersytet Łódzki)

SEKRETARZ

Rafał Jerzy Kruszyński (Uniwersytet Łódzki)

RADA PROGRAMOWA

Andrzej Bator (Uniwersytet Wrocławski), *Tadeusz Biernat* (Krakowska Akademia im. A.F. Modrzewskiego), *Stanisław Czepita* (Uniwersytet Szczeciński), *Tomasz Gizbert-Studnicki* (Uniwersytet Jagielloński), *Mariusz Golecki* (Uniwersytet Łódzki), *Małgorzata Król* (Uniwersytet Łódzki), *Grzegorz Leszczyński* (Uniwersytet Łódzki), *Jerzy Leszczyński* (Uniwersytet Łódzki), *Leszek Leszczyński* (Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie), *Lech Morawski* (Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu), *Tomasz Pietrzykowski* (Uniwersytet Śląski), *Marek Smolak* (Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu), *Tomasz Stawecki* (Uniwersytet Warszawski), *Bartosz Wojciechowski* (Uniwersytet Łódzki), *Sylvia Wojtczak* (Uniwersytet Łódzki), *Jerzy Zajadło* (Uniwersytet Gdański), *Wojciech Załuski* (Uniwersytet Jagielloński)

RECENZENT

Jerzy Stelmach

Monika Zalewska – Uniwersytet Łódzki, Wydział Prawa i Administracji
Katedra Teorii i Filozofii Prawa, Zakład Teorii i Filozofii Prawa
90-232 Łódź, ul. Kopcińskiego 8/12

REDAKTOR WYDAWNICTWA UŁ

Ewa Siwińska

SKŁAD I ŁAMANIE

AGENT PR

OKŁADKĘ PROJEKTOWAŁA

Barbara Grzeszczak

Niniejsza publikacja jest dofinansowana w ramach dotacji na zadania służące rozwojowi młodych naukowców i doktorantów

© Copyright by Uniwersytet Łódzki, Łódź 2014

Wydane przez Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego
Wydanie I. W.06314.13.0.K

ISBN (wersja drukowana) 978-83-7525-999-5
ISBN (ebook) 978-83-7969-321-4

Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego
90-131 Łódź, ul. Lindleya 8
www.wydawnictwo.uni.lodz.pl
e-mail: ksiegarnia@uni.lodz.pl
tel. (42) 665 58 63, faks (42) 665 58 62

Spis treści

Spis skrótów	7
Wstęp	9
Rozdział I. Normatywizm i jego ewolucja	19
1.1. Ogólne pojęcie normatywizmu	19
1.1.1. Teza o rozdziale i krytyka tezy o związku	24
1.1.2. Teza normatywna i krytyka tezy redukcyjnej	25
1.2. Problem periodyzacji	27
Rozdział II. Podstawowe pojęcia normatywizmu i podstawy metodologiczne	37
2.1. Ogólny zarys podstawowych pojęć normatywizmu	37
2.1.1. Pojęcie normy prawnej	37
2.1.2. System prawa i jego obowiązywanie	46
2.1.3. Norma podstawowa	48
2.2. Podstawy metodologiczne	51
2.2.1. Pozytywizm prawniczy i metoda formalno-dogmatyczna	52
2.2.2. Metoda normatywna	54
2.2.3. Dualizm bytu i powinności	56
Rozdział III. Ogólne pojęcie zarachowania i jego typy	69
3.1. Zarys historyczny ewolucji pojęcia zarachowania	71
3.1.1. Samuel Pufendorf	71
3.1.2. Immanuel Kant	73
3.2. Współczesne zastosowanie pojęcia zarachowania	77
3.3. Zarachowanie, a przyczynowość – uwagi ogólne	81
Rozdział IV. Zarachowanie w fazie krytycznego konstruktywizmu	85
4.1. Krytyczny konstruktywizm i jego słabe punkty	85
4.2. Dualizm bytu i powinności	87
4.3. Norma prawna	88
4.4. Zarachowanie	90
4.4.1. Zarachowanie na obowiązek i zarachowanie na prawo	90
4.4.2. Zarachowanie centralne jako operator powinnościowy	91
4.4.3. Zarachowanie a osobowość prawna	94
4.4.4. Zarachowanie a celowość i przyczynowość	100
4.5. Podsumowanie	104

Rozdział V. Zarachowanie w fazie neokantowskiej	105
5.1. Norma prawna	107
5.2. Zarachowanie peryferyjne	109
5.2.1. Zarachowanie jako operator powinnościowy	110
5.2.2. Zarachowanie i argument transcendenalny	117
5.3. Zarachowanie centralne	133
5.4. Relacje zachodzące między zarachowaniem centralnym a peryferyjnym	137
5.5. Podsumowanie	141
Rozdział VI. Zarachowanie w fazie realistycznej	145
6.1. Charakterystyka fazy realistycznej	145
6.2. Dualizm bytu i powinności	148
6.3. Norma prawna i zdanie prawne	150
6.4. Zarachowanie	157
6.4.1. Zarachowanie i zadośćuczynienie	157
6.4.2. Pojęcie	159
6.4.3. Zarachowanie a zdanie prawne	164
6.4.4. Zarachowanie jako relatywna kategoria <i>a priori</i> ?	167
6.5. Przypisanie	170
6.6. Zarachowanie a przypisanie	175
6.7. Podsumowanie	175
Rozdział VII. Zarachowanie w fazie językowo-analitycznej	177
7.1. Charakterystyka fazy językowo-analitycznej	177
7.2. Dualizm bytu i powinności	180
7.2.1. Dualizm bytu i powinności na płaszczyźnie językowej	180
7.2.2. Funkcje powinności i jej podziały	182
7.3. Norma prawna	183
7.3.1. Definicja normy prawnej	183
7.3.2. Podziały norm prawnych	186
7.3.3. Norma prawna a zdanie prawne	190
7.3.4. Normy i logika	193
7.4. Zarachowanie i przypisanie	196
7.4.1. Definicja i charakter zarachowania	196
7.4.2. Zarachowanie a norma prawna	200
7.4.3. Zarachowanie a podmiot prawa	202
7.4.4. Przypisanie	204
7.5. Podsumowanie	205
Zakończenie	207
Bibliografia	217

Wykaz skrótów

- ASL – H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Österreichische Staatsdruckerei, Wien, Nachdruck 1993
- ATN – H. Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 1979
- GTLS – H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, The Law Book Exchange Ltd. Union, New Jersey 1999
- HP I – *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* [H. Kelsen, *Podstawowe zagadnienia nauki prawa państwowego (w rozwinięciu nauki o normie prawnej)*, tłum. T. Przeorski, Wilno 1935–1936]
- HP II – H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Scientia Aalen, 1960
- RR1 – H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1934, przedruk: Mohr Siebeck, Tübingen 2008
- RR2 – H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Verlag Franz Deuticke, Wien 1960

Wstęp

Publikacje Jerzego Wróblewskiego i Kazimierza Opalka sprawiły, że teoria Hansa Kelsena wywarła ogromny wpływ na obecną kulturę prawną w Polsce. O Kelsenie słyszał niemal każdy prawnik w Polsce, a jego wizja prawa widoczna jest nawet w sędziowskich uzasadnieniach¹. Wpływ Kelsena na polską kulturę prawną jest duży, jednak w odmianie, którą Marek Zirk-Sadowski nazywa „soft-kelsenizmem”. Polega on na adaptacji założeń normatywizmu przy jednoczesnym pominięciu wątków neokantowskich i transcendentálnych². Owa powszechna znajomość założeń normatywizmu w środowisku prawniczym jest dowodem triumfu kelsenowskiej teorii, jednak niesie ze sobą również niebezpieczeństwo, z którym musi się zmagać każda „oczywistość”. To, co oczywiste, przestaje być dostrzegane, zanika i staje się pustym pojęciem, nie posiadającym w sobie prawie żadnej treści. Jest słowem kluczem i tym samym generuje paradoks: będąc zarazem wszędzie i nigdzie, jest konstrukcją znaną przez każdego i jednocześnie zapomnianą.

W nauce polskiej istnieją wprawdzie znakomite krytyczne opracowania dotyczące normatywizmu, jednak w żadnym nie został uwypuklony doniosły problem faz rozwojowych czystej teorii prawa. Z kolei zagadnienie zarachowania w normatywizmie jest zarówno w Polsce, jak i na świecie praktycznie nieznanne. Niewiele można znaleźć publikacji z tego zakresu, a zwłaszcza osadzających zarachowanie w kontekście ewolucji Kelsenowskiej teorii. Sytuację komplikuje fakt, że Kelsen definiuje pojęcie zarachowania w sposób odmienny od przyjętego tradycyjnie, co może prowadzić do błędnego zrozumienia całej jego teorii. Wydaje się zatem, że warto przywrócić niezwykle bogatą intelektualnie, wielowymiarową myśl Kelsena. Ma ona wciąż wiele do zaoferowania pod warunkiem, że jest poprawnie zrozumiana. Całą sytuację komplikuje do tego fakt, że Kelsen konstruował swoją teorię przez ponad 60 lat, przez co z czasem ulegała ona licznym modyfikacjom. W rezultacie, dziś wyróżnia się trzy albo nawet cztery fazy twórczości Kelsena. Zmiany zachodzące w tej teorii mają charakter dynamiczny, przypominają opisywany w naukach przyrodniczych efekt motyla – nieznaczna zmiana jednego z elementów pociąga za sobą istotne zmiany innych.

¹ M. Zirk-Sadowski, *Soft-Kelsenism versus Multicentrism*, [w:] M. Zirk-Sadowski, M. Golecki, B. Wojciechowski (eds), *Multicentrism as an Emerging Paradigm in Legal Theory*, Dia-logos Peter Lang, New York 2009, s. 53; M. Zalewska, *Zapomniana monografia „Ogólna teoria norm” Hansa Kelsena*, [w:] O. Nawrot, S. Sykuna, J. Zajadło (red.), *Konwergencja czy dywergencja kultur i systemów prawnych?*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 347–348.

² M. Zirk-Sadowski, *Soft-Kelsenism...*, s. 53.

Celem niniejszych rozważań jest odpowiedź na pytania: czym jest zarachowanie, jakie funkcje pełni i wykazanie, że jest to konstrukcja ważna, niesłusznie pomijana w doktrynie, ponieważ stanowi jeden z fundamentów czystej teorii prawa. Odpowiedź na pytanie o istotę zarachowania nie może zostać udzielona poprzez proste odwołanie się do definicji tego pojęcia. Ta definicja raczej się nie zmienia, podczas gdy zmienia się odpowiedź, czym jest zarachowanie. Wynika to ze ścisłego uzależnienia tego pojęcia od kontekstu, w którym występuje, czyli fazy rozwoju teorii Kelsena i sposobu, w jaki używał on towarzyszących zarachowaniu pojęć. W tym sensie analiza zarachowania przywodzi na myśl koncepcję gier językowych Wittgensteina. Poszukiwany jest sposób użycia pojęcia zarachowania zgodny z regułami danej gry. W tym przypadku reguły gry to założenia charakterystyczne dla danego okresu jego twórczości. Można powiedzieć, że Kelsen w każdej fazie w pewnym stopniu zmieniał grę językową, w rezultacie czego zmieniały się pojęcia, którymi się posługiwał. Przy próbie analizy teorii Kelsena ważne jest zatem przede wszystkim – odwołując się do wittgensteinowskich kategorii – nie znaczenie (w tradycyjnym rozumieniu tego słowa), ale użycie określonego wyrażenia. Zarachowanie w poszczególnych fazach było używane w nieco inny sposób, przez co w pewnym stopniu uległa zmianie jego istota. Zawsze jednak było ważnym składnikiem czystej teorii prawa. Z tego względu tak wiele uwagi poświęcałam również innym elementom czystej teorii prawa, w szczególności dualizmowi bytu i powinności oraz pojęciu normy prawnej. Podyktowane jest to właśnie założeniem, że nie da się pojęcia zarachowania poprawnie zdefiniować w oderwaniu od kontekstu. Ci, którzy podejmowali taką próbę, wpadali w pułapkę – mylili fazy rozwojowe teorii Kelsena, neokantyzm z filozofią analityczną, zarachowanie centralne z peryferyjnym, płaszczyznę epistemologiczną z ontologiczną.

Kolejna trudność, na którą napotyka każdy badacz Kelsena, polega na tym, że zajmując się jego dorobkiem naukowym, nie można zapominać, że był on myślicielem badającym wiele dziedzin. W Polsce znany jest przede wszystkim jako pozytywista, najważniejszy przedstawiciel normatywizmu. Konstytucjonaliści zapewne nazwą go architektem sądownictwa konstytucyjnego. Niektórzy może określą go jeszcze jako neokantystę. Mało kto jednak wie, że Kelsen poza tym zajmował się etnologią, prawem międzynarodowym, był orędownikiem demokracji analizującym system prawa państw komunistycznych, a na gruncie filozofii interesowało go pojęcie sprawiedliwości. Na wielu z tych pól można by dokonać niezwykle ciekawych analiz dotyczących zarachowania. Na przykład, dokonana w kontekście prawa międzynarodowego, rozpoczynając rozważania od fundamentalnego z punktu widzenia czystej teorii prawa pytania, czy w ogóle jest tu dla zarachowania miejsce? Można byłoby również zagłębić się w etnologię i zbadać zasadę zadośćuczynienia (będącą jedną z odmian zarachowania). Albo sięgnąć do dogmatyk prawniczych i postawić pytanie, jak na ich gruncie opisać Kelsenowskie zarachowanie. Każde z tych zagadnień, aby było możliwe przed-

stawienie ich w sposób wyczerpujący, musiałoby być przedmiotem osobnej rozprawy. I każde z nich wymaga najpierw opracowania podstaw, wypełnienia luki, która istnieje w piśmiennictwie i prześledzenia ewolucji zarachowania w Kelsenowskim normatywizmie. Z tego względu konieczne wydaje się ograniczenie tematu właśnie do tego zakresu. Z tego względu pominę wyżej wymienione wątki z nadzieją, że dzięki tej monografii ich podjęcie stanie się możliwe w przyszłości.

Zarachowanie znakomicie spełnia się w roli osi ogólnych rozważań. Tym samym stało się dla mnie pretekstem do przedstawienia bogactwa czystej teorii prawa jak również aktualnej dyskusji toczącej się w świecie na temat samego normatywizmu. Dyskusja ta obecnie zdominowana jest przez kilka głównych ośrodków. Austriacki, w którym główną rolę odgrywa Instytut Hansa Kelsena w Wiedniu i osoby skupione wokół niego, m.in.: Robert Walter, Clemens Jabloner, Thomas Olechowski, Gerhard Luf, Klaus Zeleny. Spoza Instytutu warto wymienić niedawno zmarłego Otę Weinbergera; amerykański, z najlepiej znaną bodajże postacią wśród kelsenistów – Stanleyem L. Paulsonem; niemiecki, w którym godnym wyróżnienia wydaje się Carsten Heidemann, autor jednej z najważniejszych książek na temat normatywizmu, czy Werner Krawietz. Do niedawna w głównym nurcie dyskusji uczestniczyło również dwóch prominentnych polskich teoretyków prawa: Kazimierz Opalek i Jerzy Wróblewski. Ponadto, ożywiona dyskusja na temat normatywizmu toczy się w Ameryce Południowej, we Włoszech, Czechach, Hiszpanii i wielu innych krajach z Japonią włącznie. Poza powyższymi nazwiskami nie można zapominać, że Kelsena komentowali i komentują najwięksi: obecnie Robert Alexy, Herbert L.A. Hart, Joseph Raz czy Alf Ross. Publikacje wyżej wymienionych to obecnie pewien kanon, ilustrujący aktualny przebieg dyskusji na temat czystej teorii prawa. Nie trzeba się z nimi zgadzać, ale należy je znać, jeśli chce się zaproponować własną interpretację.

To właśnie prace tych autorów, obok dzieł samego Kelsena, zostały w pierwszym rzędzie przeze mnie uwzględnione w takim zakresie, na jaki pozwala tematyka, którą zajmują się poszczególni teoretycy. Dzięki temu możliwe jest wierne zobrazowanie obecnego klimatu intelektualnego kelsenowskiego środowiska. Tej dyskusji, stanowiskom poszczególnych autorów poświęcona została duża część niniejszej monografii. Wynika to z faktu, że, jak już wspomniałam, w literaturze polskiej istnieją dobre prace bazujące na samych publikacjach Kelsena. Wydaje się natomiast, że w przypadku aktualnej dyskusji oraz tej, która toczyła się w przeszłości, występuje wyraźna luka, wynikająca zapewne z utrudnionego dostępu do tych prac.

Niniejsze rozważania dotyczące zarachowania składają się z siedmiu rozdziałów. Trzy pierwsze mają za zadanie wprowadzić czytelnika w problematykę, zaznajomić z siatką pojęciową oraz budują tło dla przyszłych rozważań na temat ewolucji zarachowania.

Pierwszy rozdział, zatytułowany: *Normatywizm i jego ewolucja*, ma charakter wprowadzający, stanowiąc punkt wyjścia dla dalszych rozważań i uzasadnienie

systematyki opracowania. Zawiera wyjaśnienia, czym jest normatywizm oraz pod pretekstem zarysowania słynnego sporu pomiędzy Paulsonem a Heidemannem o periodyzację, przychylając się do stanowiska Heidemanna, wpływa na dalszą strukturę rozważań, wyróżniając cztery, a nie trzy fazy, omówione kolejno w osobnych rozdziałach.

Celem drugiego rozdziału, zatytułowanego *Podstawowe pojęcie normatywizmu i podstawy metodologiczne*, jest umiejscowienie zarachowania na tle szerszej perspektywy, którą są główne pojęcia i założenia normatywizmu, takie jak na przykład: norma prawna czy norma podstawowa. Przedstawiono w nim również podstawy metodologiczne, mające doniosłe konsekwencje dla kształtu czystej teorii prawa. Pojęcia te zostały wyciągnięte przed nawias, ponieważ stanowią siatkę pojęciową, wspólną dla wszystkich faz, niezbędną dla prowadzenia dalszych rozważań.

Trzeci rozdział, zatytułowany *Pojęcie zarachowania i jego typy*, ma za zadanie wyjaśnienie samego pojęcia zarachowania. Konieczność wprowadzenia rozdziału o takim charakterze podyktowana jest z jednej strony tym, że Kelsen nadał pojęciu zarachowania nieco inny sens, aniżeli przyjęty powszechnie, z drugiej, ze względu na nawiązania przez filozofa prawa z Wiednia do Kanta.

Punktem wyjścia u Kelsena jest podział na nauki przyrodnicze i nauki społeczne, pochodny wobec podziału na rozum teoretyczny i praktyczny. Te pierwsze opisują porządek rzeczy albo system elementów powiązanych ze sobą przyczynowo³, te drugie, definiowane przez Kelsena jako „normatywny porządek ludzkich zachowań”⁴, również mogą podlegać zasadzie przyczynowości. Od nauk przyrodniczych będą się wtedy różnić tym, że opisują ludzkie zachowania w relacji do innych⁵. Według Kelsena, jeśli jednak chce się opisać zdaniem prawnym normatywny porządek ludzkich zachowań, wówczas zasada przyczynowości nie ma zastosowania. W jej miejsce wchodzi zarachowanie⁶. Można tu wskazać na analogię, która ma miejsce pomiędzy obiema zasadami: analogiczna będzie ich funkcja – łącznik dwóch elementów w szeroko pojętym zdaniu. Jednak znaczenie tego łącznika jest już zupełnie inne, ponieważ, jeśli na przykład łączy się przestępstwo z karą czy też wyrządzenie szkody z odpowiedzialnością, to nie są to powiązania przyczynowo-skutkowe, sprowadzające się do schematu zdania wyrażającego konieczność: „kiedy A to B”. Zamiast tego w schemacie pojawia się powinność: „kiedy A to powinno być B”, nawet wtedy, gdy B nigdy nie nastąpi⁷. Widać zatem, jak silną inspiracją był dla Kelsena Kant, co potrafi być bardzo zwodnicze: może rodzić pokusę sięgnięcia do *Metafizyki moralności* czy *Krytyki praktycznego rozumu* i na ich podstawie dokonywania analogii. Byłoby to podejście błędne, z punktu wi-

³ RR2, s. 78.

⁴ *Ibidem*, s. 79.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ibidem*, s. 80.

dzenia którego teoria Kelsena wydaje się nie mieć zbyt wiele sensu. Ważne zatem wydaje się opisanie pojęcia zarachowania, tak jak rozumiał je Kant (i rozumiane jest współcześnie), by można było uchwycić różnicę między nim a definicją Kelsenowskiego zarachowania i spełnianymi przez niego funkcjami. W rozdziale tym uwypuklono różnice zachodzące między zarachowaniem z czystej teorii prawa a zarachowaniem – nazwanym – klasycznym. Zostaną w nim zatem opisane różne rodzaje zarachowania, omówiony kontekst historyczny na przykładzie wybranych autorów (Pufendorfa i Kanta), współczesne zastosowanie tego pojęcia.

Cztery kolejne rozdziały zawierają szczegółową analizę zarachowania oraz pojęć determinujących jego funkcje i znaczenie w konkretnej fazie. Prawdopodobnie można sformułować ogólną zasadę, że wydarzenia w życiu determinują nie tylko kim jesteśmy, ale również wywierają silny wpływ na reprezentowane poglądy. W przypadku Kelsena ta teza może być postawiona w sposób szczególnie dobitny. Istnieje dość silna korelacja pomiędzy rozwojem jego teorii a zmianami, które zachodziły w jego obfitującym w zmiany życiu. Warto zatem, dla lepszego zrozumienia poszczególnych faz, zarysować ten kontekst.

Kelsen urodził się 11 października 1881 r. w Pradze, która w tamtym czasie należała do Austro-Węgier, jednak już w 1883 r. jego rodzina przeniosła się do Wiednia. Duży wpływ na jego życie miał fakt, że pochodził z żydowskiej rodziny. W celu uniknięcia ewentualnych zarzutów, iż pochodzenie wpływa na jego poglądy, w 1905 r. przeszedł na katolicyzm. Jak się później okazało, decyzja ta niewiele pomogła. Politycznie deklarował neutralność, choć sympatyzował z socjaldemokratami. Pomimo że do jego kręgu zainteresowań należały przede wszystkim nauki humanistyczne, takie jak filozofia, literatura, logika oraz matematyka, a nawet nauki przyrodnicze, to w 1906 r. obronił doktorat z prawa. Decyzja, aby studiować prawo, wynikała raczej z praktycznych kalkulacji aniżeli prawdziwego zainteresowania tą dziedziną, jednak w miarę kontynuacji studiów jego zaangażowanie rosło. W 1908 r. uczęszczał na seminarium na uniwersytecie w Heidelbergu prowadzone przez Georga Jellinka, który był autorytetem prawa publicznego. Inną osobą, która bezsprzecznie wywarła wpływ na poglądy Kelsena, był Edmund Bernazik, wybitny austriacki profesor prawa konstytucyjnego. Hans Kelsen podczas swego pobytu w Wiedniu utrzymywał również kontakty z wieloma osobami zaliczanymi do nurtu wiedeńskiego modernizmu, w którym szczególnie wyróżniało się Koło Wiedeńskie. Należy podkreślić, że sam do niego nie należał. Pozornie wydaje się, że można ustalić prosty związek pomiędzy poglądami Kelsena a kołem. Nie jest to do końca słuszne. Sam Kelsen twierdził, że z kołem łączyło go odrzucenie metafizyki. Zaprzeczał jednak, jakoby jego poglądy były zdeterminowane w jakikolwiek sposób poprzez koło, choć przyznawał, że pisma Phillipa Franka czy Hansa Reichenbacha taki wpływ miały⁸. Konkludując, wydaje się, że należałoby uznać, iż Kelsen, obracając się w tym

⁸ Z listu Hansa Kelsena do Henka L. Muldera z 5 V 1963 r.

samym intelektualnym środowisku, pośrednio był przez nie zainspirowany. Nie przeszkodziło mu to jednak w stworzeniu czegoś całkiem nowego.

Do tego okresu w życiu Kelsena odniosłam się przede wszystkim w czwartym rozdziale pt. *Zarachowanie w fazie krytycznego konstrukttywizmu*. Nazwę tej fazy wyjątkowo zaczerpnęłam od Paulsona, ponieważ uważałam, że lepiej oddaje jej charakter niż ta, którą zaproponował Heidemann, czyli konstrukttywizm.

Rozdział stanowi szczegółową analizę pojęcia zarachowania w pierwszej fazie rozwoju teorii prawa Kelsena. Zostało w nim opisane zarachowanie, później nazwane centralnym. Zarachowanie peryferyjne, wzbudzające o wiele większe zainteresowanie doktryny, jeszcze się nie pojawiło. Aby zachować klarowność wywodu, opisywanemu zarachowaniu już w tym rozdziale przypisałam określenie „centralnego”. W tej fazie Kelsen dopiero konstruuje aparat pojęciowy. Z tego względu przytaczane przez niego definicje zarachowania są niespójne, różniąc się między sobą. Sama ich treść również nie wydaje się do końca klarowna. Wiele uwagi zatem poświęciłam na wyjaśnienie ewentualnych nieporozumień i trudności interpretacyjnych.

W tym rozdziale dokonałam również analizy relacji zarachowania centralnego do klasycznego i przyczynowości. Jest to zagadnienie ciekawe, ponieważ łącząc osobę z zachowaniem, są one w swojej konstrukcji zbliżone i na pierwszy rzut oka trudno uchwycić różnicę między nimi. Takich problemów nie ma z wprowadzonym później zarachowaniem peryferyjnym, dlatego ten temat został potraktowany w pobieżny sposób.

Kelsen po opublikowaniu rozprawy habilitacyjnej dość szybko zaczął się pięć po kolejnych szczeblach kariery. W 1919 r. został profesorem prawa administracyjnego i konstytucyjnego (*ordentlicher Professor für Staats- und Verwaltungsrecht*) oraz powierzono mu współtworzenie austriackiej konstytucji, która w swoich założeniach pozostała niezmieniona do dziś. W 1921 r. został sędzią Austriackiego Trybunału Konstytucyjnego. Tę funkcję pełnił do roku 1930, kiedy to z powodów politycznych został odwołany. Nasilające się ataki polityczne spowodowały, iż w tym samym roku przeniósł się do Kolonii. Jak widać, oba czynniki – zainteresowania oraz ukończone studia – zaważyły na tematyce jego przyszłych prac. Znaczenie Kelsena jako teoretyka prawa wzrosło, gdy stał się centralną postacią w tzw. Szkole Wiedeńskiej, do której zaliczali się tacy myśliciele, jak Alfred Verdross, Josef L. Kunz, Adolf Merkl i Felix Kaufmann. Była to raczej nauka prawna aniżeli filozofia prawa⁹. Jak wskazuje Bustamante y Montoro, podstawowymi założeniami Szkoły Wiedeńskiej były¹⁰: (1) neokan-

⁹ W. Ebenstein, *The Pure Theory of Law: Demythologizing Legal Thought*, „California Law Review” 1971, vol. 59, s. 617–618; A.S. De Bustamante y Montoro, *Kelsenism*, [w:] P.L. Sayre (ed.), *Interpretations of Modern Legal Philosophies – Essays in Honor of Roscoe Pound*, F.B. Rothman, New York 1947, s. 43.

¹⁰ A.S. de Bustamante y Montoro, *Kelsenism*, s. 44.

towska filozofia Szkoły Marburskiej ze szczególnym uwzględnieniem dualizmu bytu i powinności; (2) absolutna czystość metody normatywnej, w szczególności od czynników socjologicznych czy psychologicznych; (3) monistyczna teoria nauki prawa oparta na normatywnej jedności; (4) identyczność państwa i prawa; (5) hierarchiczna struktura źródeł prawa; (6) podstawowe znaczenie prawa międzynarodowego. Po wojnie Kelsen stał się jeszcze bardziej wpływowym filozofem za sprawą *Allgemeine Staatslehre* (ASL) z 1925 r., które zostało opublikowane jako XXIII tom w *Encyklopedii prawa i wiedzy o państwie* (*Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft*)¹¹. Był to czas, w którym Kelsen był pod ogromnym wpływem Kanta i neokantystów. Prace wtedy napisane, w szczególności pierwsze wydanie *Reine Rechtslehre* (RR1) przeszły do kanonu dzieł z zakresu teorii i filozofii prawa.

Do tego okresu odnosi się rozdział piąty zatytułowany *Zarachowanie w fazie neokantowskiej*. Stanowi on analizę pojęcia zarachowania w fazie silnych wpływów neokantowskich. Samo zagadnienie: na ile ten teoretyk prawa z Wiednia był pod wpływem Kanta, a na ile neokantystów i z której szkoły, jest zagadnieniem niezmiernie interesującym, jednak mogącym z pewnością być przedmiotem oddzielnej rozprawy. Wątki te zostały zatem jedynie zasygnalizowane.

W tym okresie Kelsen operuje już dwoma pojęciami zarachowania: peryferyjnym i centralnym. Szczególnie interesująca z punktu widzenia podjętego tematu wydaje się tu analiza zarachowania peryferyjnego w kontekście argumentu transcendentalnego. W fazie neokantowskiej Kelsen wprowadza wizję prawa jako alogicznego materiału, który zostaje uporządkowany za pomocą relatywnych kategorii *a priori*, dzięki którym można mówić o normach prawnych¹², opierając się na założeniu, że metoda poznania konstytuuje jego przedmiot. Analiza argumentu transcendentalnego stała się dla mnie zarazem pretekstem do opisanie relacji, zachodzących między powinnością, normą podstawową a zarachowaniem. Obok tego zagadnienia opisałam zarachowanie peryferyjne w swojej drugiej, typowej dla niego funkcji: operatora powinnościowego. Z kolei pojęcie zarachowania centralnego zostało przez Kelsena w tej fazie doprecyzowane. Definicja, która poprzednio nasuwała tak wiele wątpliwości, teraz stała się klarowna, a poprzez wprowadzenie teorii hierarchicznej struktury prawa nabrała nieco innego znaczenia. To zrodziło pytanie o relacje zarachowania centralnego i hierarchicznej struktury prawa, na które pod koniec rozdziału staram się odpowiedzieć. W ostatnim punkcie rozdziału podjęłam próbę ustalenia relacji pomiędzy pojęciem zarachowania centralnego a peryferyjnego i odpowiedzi na pytanie, czy możliwe jest pogodzenie tych dwóch konstrukcji.

¹¹ W. Ebenstein, *The Pure...*, s. 618.

¹² Mowa tu o znamiennym rozróżnieniu na przepis prawny i nomę prawną, w którym norma prawna składa się z przepisów. Kelsen jednak w swoich publikacjach posługuje się nieco inną terminologią, nie używając słowa „przepis” (*Vorschrift*).

W 1940 r. Kelsen dochodzi do wniosku, że wojna w Europie jest nieunikniona i emigruje do Stanów Zjednoczonych – Nowego Jorku, a w 1952 r. przenosi się do Berkeley w Kalifornii. W ten sposób styka się z nowym środowiskiem intelektualnym krajów *common law*. Był to pewnością dla niego szok kulturowy. Do tego miał on już wątpliwości, co do neokantowskich podstaw, w szczególności przyczynowości. Odpowiedź negatywna co do ich zasadności mogła podważyć całą konstrukcję normatywności jako analogiczną wobec przyczynowości. Jednak z drugiej strony, to zderzenie ze światem *common law* było korzystne dla obu stron. O ile filozofowie kontynentu europejskiego często spotykali się z zarzutem zagubienia w zbędnych i zbyt szczegółowych dywagacjach, o tyle myślicielom systemu *common law* czyniono zarzut nazbyt powierzchownego traktowania zagadnień teorii prawa. I tak, początkowo teoria Kelsena nie znalazła tam wielu zwolenników, jednak z biegiem czasu zdano sobie sprawę, że czysta teoria prawa ma znacznie więcej punktów wspólnych aniżeli inne teorie z kontynentu europejskiego. Szczególnie, gdy Kelsen zaczął publikować po angielsku, przepaść pomiędzy nim a amerykańskimi i brytyjskimi myślicielami znacznie zmalała¹³. Za pierwszy moment, w którym nastąpił zwrot w poglądach twórcy czystej teorii prawa, uważa się pracę pt. *Vergeltung und Kausalität*. Jest to praca ważna z punktu widzenia zarachowania. Kelsen wskazuje w niej, że w czasach pierwotnych nie istniało pojęcie natury w obecnym rozumieniu tego słowa. W społeczeństwie normą podstawową była zasada zadośćuczynienia (*Vergeltungsprinzip*), która przyjmowała brzmienie, „jeśli jakieś zdarzenie zostanie odczute jako zło, zostanie wymierzona odpowiednia kara, natomiast jeśli zostanie odczute jako dobro, takie zachowanie zostanie wynagrodzone”. Fałszywym rozumieniem powiązań była według Kelsena, na przykład, magia. Wraz z rozwojem nauki doszło jednak do emancypacji związku przyczynowo-skutkowego. Ostatecznie takie ujęcie problemu oddaliło zagadnienie przyczynowości od kantowskich interpretacji na rzecz Humowskich.

Szósty rozdział, zatytułowany *Zarachowanie w fazie realistycznej*, dotyczy zatem modyfikacji, które zostały wprowadzone przez Kelsena po roku 1940. Jego celem jest udzielenie odpowiedzi na temat wpływu tych zmian na koncepcję zarachowania peryferyjnego (zwanego teraz po prostu zarachowaniem) i przypisania (wcześniej zarachowania centralnego). Szczególnie dużo uwagi poświęciłam problemowi zdań prawnych i wiążącej się z nimi nowej funkcji zarachowania oraz pytaniu, czy zarachowanie nadal jest możliwe jako relatywna kategoria *a priori*. Przypisanie natomiast zostało opisane w innym aspekcie, bardzo rozwiniętym w *Reine Rechtslehre* z 1960 r. (RR2) w stosunku do wcześniejszych opracowań, w aspekcie podmiotowym. Na koniec podjęłam próbę sformułowania oceny tej fazy, która doprowadziła mnie do konkluzji, że ma ona charakter przejściowy i znajduje się pomiędzy inspiracją neokantyzmem a inspiracją filozofią analityczną.

¹³ *Ibidem*, s. 618–619.

Siódmy rozdział, zatytułowany *Zarachowanie w fazie analityczno-językowej*, odnosi się do ostatniej fazy, w której Kelsen, w wydanej pośmiertnie *Allgemeine Theorie der Normen* (ATN), wprowadza dość radykalne zmiany. Dotknęły one najważniejszych założeń czystej teorii prawa, a więc na przykład dualizmu bytu i powinności czy pojęcia normy podstawowej. Kelsen wydaje się odsuwać zarachowanie na dalszy plan, wspominając o nim tylko w kilku zdaniach. ATN jest książką nieukończoną, opracowaną przez uczniów i wydaną pośmiertnie. Można zatem się spodziewać, że pewne elementy zostały nieumyślnie pominięte. Głównym zadaniem, które postawiłam sobie w tym rozdziale, jest próba rekonstrukcji pojęcia zarachowania i odpowiedź na pytanie, czym jest i jaką rolę odgrywa w ostatniej fazie. Aby taka rekonstrukcja była możliwa, poświęciłam znacznie więcej uwagi pojęciom powiązanym z zarachowaniem aniżeli w poprzednich rozdziałach. Dopiero wyjaśnienie pojęcia normy prawnej, dualizmu bytu i powinności osadzonych teraz na nowych fundamentach – filozofii analitycznej może dać odpowiedź o istotę zarachowania. Poszukuję tu również odpowiedzi na pytanie, dlaczego przypisanie w ogóle nie jest uwzględniane przez Kelsena.

Podsumowując, można zaryzykować stwierdzenie, że już nawet pobieżne przedstawienie założeń wskazuje na doniosłą rolę zarachowania w czystej teorii prawa. Zarachowanie to temat godny poświęcenia mu uwagi tak, aby przywrócić mu należną rangę. Wydaje się, że przyjęta systematyka pozwala w sposób najbardziej efektywny opisać problem ewolucji zarachowania. Struktura niniejszych rozważań zdeterminowana jest podjętym tematem, w którym można wyodrębnić dwa elementy: pojęcie zarachowania i fazy rozwoju teorii Kelsena. Ich kombinacja wydaje się wręcz narzucać taką systematykę.

Rozdział I

Normatywizm i jego ewolucja

1.1. Ogólne pojęcie normatywizmu

Pojęcie zarachowania może być postrzegane jako swego rodzaju oś rozważań dla tej części normatywizmu, która dziś w polskiej kulturze prawnej została usunięta w cień. To koncepcja fascynująca, bogata intelektualnie, którą warto ocalić od zapomnienia. By zrozumieć, czym jest zarachowanie, należy najpierw przedstawić założenia znane, również te należące do soft-kelsenizmu, gdyż konstrukcji zarachowania może nadać sens dopiero osadzenie jej w kontekście całej teorii. Czym zatem jest sformułowana przez Hansa Kelsena czysta teoria prawa, inaczej normatywizm? Ryszard Sarkowicz i Jerzy Stelmach wskazują, że istnieją dwie grupy odpowiedzi na pytanie: „czym jest prawo?”. Odpowiedzi należące do pierwszej grupy wskazują na prawo jako byt o jednorodnym charakterze. Zadaniem takich teorii jest wtedy identyfikacja faktów ontologicznych, czyli na przykład opisanie prawa jako bytu językowego czy przeżycia psychicznego. Druga grupa odpowiedzi wiąże się ze stanowiskiem, że prawo jako zjawisko złożone należy badać na wielu płaszczyznach¹. Normatywizm należy do tej pierwszej grupy. Jak jednak wyjaśnić to pojęcie?

Sebastian Sykuna i Jerzy Zajadło wskazują, że jeśli przyjąć za podstawę kantowski podział na rozum praktyczny i teoretyczny, to można wyróżnić dwa kierunki refleksji nad prawem: teorię prawa o charakterze analitycznym, odnoszącej się do pytania: „jak jest?” oraz etykę prawa o charakterze normatywnym szukającej odpowiedzi, jakie prawo być powinno². Myliłby się jednak ten, kto sugerując się nazwą, przypisałby normatywizm do tej drugiej grupy. To jedna z cech czystej teorii prawa: terminologia przyjęta przez Kelsena może nie raz wprowadzić w błąd i takim jest właśnie pojęcie normatywizmu. Czysta teoria prawa ma na celu dwa zadania: nadanie prawoznawstwu rangi prawdziwej nauki oraz uporządkowanie jego pojęć³. Nie opisuje zatem prawa takim, jak być powinno,

¹ R. Sarkowicz, J. Stelmach, *Teoria prawa*, Wydawnictwo UJ, Kraków 1998, s. 23–24.

² S. Sykuna, J. Zajadło, *International Justice – Between State Sovereignty and Human Rights?*, [w:] B. Wojciechowski, M. Zirk-Sadowski, M.J. Golecki (eds), *Between Complexity of Law and Lack of Order*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń–Beijing 2009, s. 73.

³ H. Kelsen, *Czysta teoria prawa (Metody i pojęcia zasadnicze)*, oprac. T. Przeorski, [przedruk z gazety administracji policji państwowej], Warszawa 1934, s. 8–16.