

Herbert Schambeck

Nauka prawa Hansa Kelsena*

Z nazwiskiem Hansa Kelsena w nauce prawa wiąże się uczonego, który przez dziewięć dekad swojego życia – jak żaden inny przedstawiciel doktryny prawa – wpłynął swoim dorobkiem naukowym zarówno na teoretyków, jak i praktyków prawa. Dorobek ten rozpoczyna 152-stronicowa, wydana w 1905 r. w Wiedniu młodzieńcza praca pt. *Nauka o państwie Dantego Alighieri*, a kończy opublikowana już po śmierci autora, na zlecenie austriackiego Instytutu Hansa Kelsena 362-stronicowa potężna praca *Ogólna teoria norm*, która ukazała się w 1979 r. w Wiedniu. Między tymi dwoma dziełami Kelsen napisał setki innych publikacji, przetłumaczonych w niektórych wypadkach nawet na 24 języki¹.

Twórczość Kelsena obejmuje w równej mierze prace dotyczące ogólnej teorii prawa, filozofii prawa, ogólnej nauki o państwie, prawa konstytucyjnego, prawa administracyjnego oraz międzynarodowego prawa publicznego. W odniesieniu do tej ostatniej dziedziny szczególne miejsce zajmuje w jego pracach wydany w 1950 r. w Nowym Jorku Komentarz do Karty Narodów Zjednoczonych. Nie należy

* Wykład gościnny wygłoszony 13 grudnia 2010 r. na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu.

¹ Zob. wykaz publikacji H. Kelsena w: R.A. Métall, *Hans Kelsen, Leben und Werk*, Wiedeń 1969, s. 122 i n. oraz uzupełnienie w: *Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion, Referate und Diskussionen auf dem zu Ehren des 100. Geburtstages von Hans Kelsen vom 22. bis 27.9.1981 abgehaltenen Internationalen Symposium, Schriftenreihe des Hans Kelsen – Instituts VII*, Wiedeń 1982, s. 216 i n.

również przeoczyć wartości, jaką wniósł Kelsen do nauk politycznych, między innymi za sprawą pracy dotyczącej krytyki ideologii². Na Uniwersytecie Kalifornii w Berkeley, gdzie w kwietniu 1967 r., podczas mojego pobytu w Stanach Zjednoczonych odwiedziłem jego i jego małżonkę, Kelsen był zatrudniony na stanowisku profesora w Departamencie Nauk Politycznych. Już podczas wiedeńskiej działalności naukowej – obok prac dotyczących pozytywnego prawa publicznego – Kelsen zajmował się odkrywaniem podstawowych pytań z zakresu życia politycznego. W tym kontekście chciałbym wymienić przede wszystkim jego pracę *O istocie i wartości demokracji*, której drugie wydanie ukazało się w 1929 r. w Tybindze, a która może również udzielić nowych odpowiedzi na współczesne pytania polityki.

Jedynie szkicowo zaznaczam tę stronę piśmiennictwa i działalności Kelsena. Zaliczam do niej również projekt austriackiej Konstytucji Federalnej³ jego autorstwa, który z racji szeregu zawartych w krótkim czasie partyjnych kompromisów nabrał co prawda jedynie fragmentarycznego znaczenia, jednak mimo to okazał się mocnym fundamentem dla austriackiej ustawy zasadniczej. Oparta na nim konstytucja nadal obowiązuje, a Kelsen jest z tego względu określany mianem jej ojca.

Kelsen przenosił się w trakcie swojego życia z Wiednia do Kolonii, Gandawy, Pragi, Nowego Jorku, a w końcu do Berkeley, gdzie 19 kwietnia 1973 r. umarł w wieku 92 lat. Przez szerokie echo swojej twórczości szybko przekroczył granice swojej austriackiej ojczyzny, gdzie jeszcze w austro-węgierskiej Pradze urodził się 11 października 1881 r., a następnie dorastał w Wiedniu, w którym rozpoczęła się jego droga życiowa. Ponad wszelkimi granicami kontynentów i państw od dziesiątków lat prawnicy dyskutują nad jego nauką. Stała się ona istotną częścią prawoznawstwa XX wieku.

² Zob. na ten temat: W. Krawietz, E. Topitsch, P. Koller (red.), *Ideologiekritik und Demoratiethorie bei Kelsen, Rechtstheorie*, Berlin 1982, Beiheft 4.

³ Zob. H. Kelsen, *Österreichisches Staatsrecht. Ein Grundriss entwicklungsgeschichtlich dargestellt*, Tybinga 1923 oraz G. Schmitz, *Die Vorentwürfe Hans Kelsens für die österreichische Bundesverfassung*, Wiedeń 1981 i F. Ermacora (red.), *Die österreichische Bundesverfassung und Hans Kelsen*, Wiedeń 1982.

Mówiąc o pracach Kelsena z zakresu prawoznawstwa, ma się zazwyczaj na myśli przede wszystkim jego *Czystą naukę prawa*, której pierwsze wydanie ukazało się w 1934 r., a drugie w 1960 r. W 1945 r. opublikowano jego *Ogólną teorię prawa i państwa* z dodatkiem zatytułowanym *Problem sprawiedliwości*.

I

Odpowiedzi na pytanie, czym jest czysta nauka prawa, udzielił – jako rzadko który przedstawiciel doktryny prawa – sam Kelsen, kiedy w obu wydaniach swojego jednobrzmiącego dzieła już w pierwszym zdaniu pierwszego akapitu napisał: „Czysta teoria prawa jest teorią prawa pozytywnego”⁴.

W słowie „teoria” (niem. *eine Theorie* – ‘pewna teoria, jedna z teorii’) pobrzmiewa tolerancja, wskazująca, że oprócz teorii przedstawionej przez niego samego dopuszcza on również inne teorie prawa. Przez odniesienie tego terminu do „prawa pozytywnego” Kelsen chciał wykluczyć jakiegokolwiek odniesienia tej teorii do prawa niepozytywnego, takiego jak prawo natury. Kelsen starał się sformułować – jak zostało to przedstawione w pierwszym wydaniu *Czystej nauki prawa* – naukę czystą, to znaczy oczyszczoną z jakichkolwiek ideologii politycznych czy też elementów nauk przyrodniczych. Krytykując tradycyjną naukę prawa, wskazywał, że „w pełnej, bezkrytycznej mierze prawoznawstwo wymieszało się z psychologią i socjologią, z etyką i z teorią polityki”⁵.

Kelsen chciał wyłączyć ze swojej czystej teorii prawa wszystko, co nie jest prawem pozytywnym. Interesowało go tylko obowiązujące prawo, to znaczy prawo, które w danym momencie ma moc obowiązującą, a nie to, które mogłoby obowiązywać. To ostatnie należy do sfery polityki prawa i powinno być oddzielone od czystej teorii prawa. W tym ujęciu czystość u Kelsena – jak zostało to określone

⁴ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Wiedeń 1934, s. 1 oraz idem, *Reine Rechtslehre*, z dodatkiem: *Das Problem der Gerechtigkeit*, wyd. 2, Wiedeń 1960, s. 1.

⁵ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, wyd. 1, t. I.

przez Ulricha Kluga – nie jest kategorią etyczną, Kelsen pojmował czystą naukę prawa jako ogólną teorię w sensie klasycznych prawniczych terminów „ogólnej nauki prawa”⁶. W swej czystej nauce prawa zajmował się normatywną analizą struktury prawa pozytywnego i wyłączył, wprawdzie nie w ogóle, lecz przynajmniej ze swej nauki prawa, wszelkie historyczne czy socjologiczne rozważania na temat fenomenu życia publicznego i państwowego. Czysta nauka prawa Kelsena ma dlatego – jak zresztą każda ogólna nauka prawa – jedynie opisowy charakter. Tę deskryptywną funkcję czysta teoria prawa może spełniać tylko wówczas, gdy prawo przybiera postać prawa pozytywnego. Z tego powodu również Kelsen postawił sobie pytanie o podstawy prawa pozytywnego.

II

Tylko fikcyjnie i hipotetycznie Kelsen był w stanie ze swojego punktu widzenia przedstawić uzasadnienie dla prawa pozytywnego. Widział je w tzw. normie podstawowej (*Grundnorm*), która była dla niego „założeniem uzasadniającym obiektywne obowiązywanie”, „Tak więc nie jest ona bytem rzeczywistym, lecz przeciwnie, tylko normą powinności, z której wynika obowiązywanie norm”⁷.

Norma podstawowa jako norma najwyższa, z której wywodzą się wszystkie inne normy, nie może być wywodzona z żadnej innej wyższej normy ani innego autorytetu. Jest ona traktowana przez Kelsena nie tylko jako fikcyjna, lecz również jako pozbawiona treści, tym bardziej że w jego nauce chodzi nie o treść prawa, lecz o płaszczyznę formalną prawa, z czego z kolei wynika, że czysta teoria prawa może być przydatna dla każdego systemu politycznego, w tym także systemów totalitarnych i autorytarnych.

Norma podstawowa jest fikcyjną, pozbawioną treści pomocniczą kategorią, która dopiero jako formalny punkt odniesienia umożliwia pozytywizację prawa, poczynając od pierwszej historycznej konsty-

⁶ U. Klug, *Hans Kelsens Reine Rechtslehre*, [w:] *Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion*, s. 31.

⁷ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, wyd. 2, s. 8.

tucji, którą według Kelsena ma każde państwo. Jeśli mianowicie każdy akt normatywny postrzegany jest jako zbiór norm mających legitymizację w jakiejś wyższej normie i z tego powodu od niej zależny, to również pierwsza historyczna konstytucja potrzebuje legitymizacji, którą umożliwia właśnie norma podstawowa jako hipotetyczne uzasadnienie obowiązywania.

Po tej historycznie pierwszej konstytucji może następować dowolna liczba kolejnych. W zależności od tego, czy powstają one pod rządami obowiązującej, czy też stanowią jej przełamanie i dochodzi albo do powstania nowego państwa, albo zmienia się państwo istniejące. Adolf Merkl⁸, uczeń Kelsena, szczególnie podkreślał, że jeśli proces ustanawiania konstytucji narusza procedurę przewidzianą przez jej poprzedniczkę, to powstaje nowe państwo, w przeciwnym zaś wypadku kontynuacja porządku konstytucyjnego umożliwia zachowanie tożsamości państwa. Z tego powodu państwo w rozumieniu prawa publicznego międzynarodowego przez wiele „przełamań” konstytucji doświadcza tyle samo razy powstania nowego państwa, i odwrotnie – przez wielokrotne ustanawianie nowych konstytucji w zgodny z dotychczasowymi konstytucyjnymi wymaganiami sposób tyle samo razy zapewnia kontynuację obowiązującego porządku prawnego oraz chroni tożsamość państwa.

III

W swych staraniach dotyczących możliwie najszerszego ujęcia prawa pozytywnego Kelsen użył tezy o normie podstawowej i wypływającego z niej uzasadnienia dla pozytywizacji prawa, które wyrażało się według niego w historycznie pierwszej konstytucji. Dalsze konsekwencje tej tezy przedstawiał jako ciąg powiązanych ze sobą aktów normatywnych, które na skutek ich przedstawienia w formie

⁸ W szczególności A. Merkl, *Die Rechtseinheit des österreichischen Staates, eine staatsrechtliche Untersuchung auf Grund der Lehre von der lex posterior*, Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) XXXVII/1, 1917, s. 57 i n.; nowe wydanie w: K. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck (red.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, t. I, Wydawnictwo Franz Steiner, Stuttgart 2010, s. 913 i n.

szczeblowej struktury funkcjonują jako nauka o szczeblowej budowie systemu prawnego.

Teoria szczeblowej budowy porządku prawnego została przez Kelsena przedstawiona w opublikowanym w 1934 r. w Wiedniu pierwszym wydaniu jego książki *Czysta nauka prawa*, jednak – i to powinno być z całą stanowczością zaznaczone – teoria ta nie pochodzi oryginalnie od Kelsena, lecz od jego ucznia, a mojego przyjaciela, Adolfa Merkla, który tezę o szczeblowej budowie systemu prawa rozwinął wiele lat przed ukazaniem się dzieła Kelsena. Merkl tezę tę przedstawił już w 1917 r. w rozprawie naukowej pt. *Podwójne oblicze prawa*⁹ oraz w 1918 r. w pracy pt. *Prawo w świetle jego stosowania*¹⁰. Teza ta została następnie rozwinięta w 1931 r. w artykule do pierwszej książki pamiątkowej ku czci Kelsena zatytułowanym *Prolegomena do teorii szczeblowej budowy prawa*¹¹. Do tego Merkl już w 1927 r. wskazał drogę dla teorii szczeblowej budowy prawa w swym uznanym później za klasyk dziele pt. *Ogólne prawo administracyjne*¹². Drogą tą podążył następnie jego nauczyciel Kelsen.

Przez przejście od Merkla teorii o szczeblowej budowie systemu prawnego¹³ Kelsen¹⁴ zdynamizował swoją naukę oraz nadał jej szczególną siłę, przybliżając swą teorię do realiów życiowych.

⁹ A. Merkl, *Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechts*, Juristische Blätter 1, 1917, s. 425 i n., 444 i n. oraz 463 i n. (nowe wydanie w: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule I*, s. 893 i n.).

¹⁰ A. Merkl, *Das Recht im Lichte seiner Anwendung*, Deutsche Richterzeitung 1918, s. 56 (nowe wydanie w: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule I*, s. 955 i n.).

¹¹ A. Merkl, *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenabbaues*, [w:] *Gesellschaft, Staat und Recht, Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre*, A. Verdross (red.), Festschrift für H. Kelsen, Wiedeń 1931, s. 252 i n. (nowe wydanie w: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule II*, s. 1071 i n.).

¹² A. Merkl, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wiedeń 1927 (nowe wydanie 1969), s. 157 i n.

¹³ Por. też H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt z Lehre vom Rechtssatz*, Tybinga 1923 (nowe wydanie 1960).

¹⁴ Na ten temat: H. Kelsen, *Adolf Merkl zu seinem 70 Geburtstag am 23.3.1960*, Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht (ÖZöR) 10/1960, s. 313 i n.

Razem z teorią szczeblowej budowy porządku prawnego przedstawioną przez Merkla, a przejętą przez Kelsena należy również wyjaśnić zależność między normami prawa a formami prawnymi, w jakich normy te się przejawiają. Ta zależność przejawia się jako systematyczne następowanie po sobie norm, od tych wyższego rzędu do tych niższego rzędu, co może być określone właśnie jako szczeblowość, gdyż te normy pozostają ze sobą w relacji „warunkująca–zależna”. Z tego powodu każda forma (prawa) ma podwójny charakter, z jednej strony jest zależna od normy stojącej wyżej w hierarchii, z drugiej strony normy o niższej mocy prawnej są od niej zależne. Tylko najwyższa norma prawa, którą jest prawo konstytucyjne, a w szczególności historycznie pierwsza konstytucja, ma wyłącznie charakter warunkujący; norma stojąca najniżej w hierarchii, którą jest akt wykonawczy, ma charakter wyłącznie zależny.

Jako takie szczeble tworzące kolejność generalnoabstrakcyjnych norm składających się na obowiązujący porządek prawny mogą być uznane ustawy konstytucyjne, zwykle ustawy, rozporządzenia, które następnie przechodzą w normy konkretnoindywidualne, takie jak wyroki sądowe czy decyzje administracyjne, stanowiące akty stosowania prawa.

W szczeblowej konstrukcji kolejność tych norm przejawia się w zależności delegacji, gdyż każdy akt prawny ma realizować konstytucję. Z tego punktu widzenia również zadaniem każdego organu prawa, a więc nie tylko sędziów konstytucyjnych czy też sędziów innych najwyższych instytucji władzy sądowniczej, lecz także każdego funkcjonariusza wymiaru sprawiedliwości oraz administracji, jest konkretyzacja norm konstytucyjnych. Cały porządek prawny ma za zadanie wykonywać konstytucję, przy czym sposób realizacji tego zadania przez sądownictwo oraz administrację przejawia się jako proces stałego tworzenia prawa. Na każdym szczeblu porządku prawnego jest zawsze konieczny nowy, kolejny akt konkretyzacji prawa, który z tego powodu wymaga również w porządku instancji odpowiedniej kontroli, sprawowanej w formie nadzoru administracyjnego oraz kontroli sądowej dokonywanej przez sądy cywilne, karne albo przez najwyższe instancje sądowe, włączając w to sądownictwo administracyjne oraz konstytucyjne. Każdy akt prawny

powinien być badany z punktu widzenia jego zgodności z normą od niego wyższą, a wszystkie z prawem konstytucyjnym.

Ranga w tej szczeblowej strukturze precyzyjnie określa się sama przez moc derogacyjną. Norma o wyższej mocy prawnej deroguje normy stojące niżej w hierarchii, podczas gdy norma późniejsza deroguje normę wcześniejszą.

Byłoby jednak fałszem postrzegać cały porządek prawny jako proces konkretyzacji konstytucji, który automatycznie przebiega tak jak w maszynie, do której wrzuca się monetę aktu konstytucyjnego, a w efekcie wyskakuje produkt w postaci aktu stosowania prawa. Tak nie jest w tym wypadku. Całość wykonywania (prawa) przejawia się jako akt tworzenia prawa, który na różnych szczeblach systemu cechuje różny poziom określoności. W tym kontekście powinny być wspomniane tzw. swobodne uznanie oraz niedookreślone terminy ustawowe. Powinno być również zaznaczone, że zarówno rząd, jak i organ egzekucji sądowej stoją w służbie konstytucji, jedynie – i to nie powinno zostać przeoczone – zakres odpowiedzialności w ramach tej konkretyzacji konstytucji różni się, zmniejszając się od wyższych do niższych szczebli. Państwo reguluje ustanawianie i dalszy rozwój swego prawa pozytywnego samodzielnie, a prawo pozytywne może dojść do skutku wyłącznie wówczas, gdy zostanie spełniony każdy warunek, który przewiduje konstytucja dla procesu ustanawiania prawa. W ten sposób dotarł Kelsen do swojej znanej teorii tożsamości państwa i prawa.

IV

Warunkiem spełniania tych funkcji przez normy prawa pozytywnego jest obowiązywanie normy prawnej¹⁵.

Obowiązywanie jest formą porządku życia społecznego, do którego zalicza się państwo i jego porządek prawny. Obowiązywanie w najszerszym znaczeniu można rozumieć na trzy sposoby: prawny, etyczny i socjologiczny. Obowiązywanie w znaczeniu prawnym jest

¹⁵ Por. H. Schambeck, *Ordnung und Geltung*, ÖZöR 11/1961, s. 470 i n. oraz R. Walter, *Wirksamkeit und Geltung*, ÖZöR 11/1961, s. 531 i n.

dane wtedy, gdy norma prawa pozytywnego jest wprowadzana w życie; takie rozumienie obowiązywania pokrywa się z obowiązywaniem w węższym znaczeniu tego słowa.

Obowiązywanie w sensie etycznym ukazuje się w sile motywacyjnej porządku obyczajowego i może być określone jako moc obowiązująca, podczas gdy obowiązywanie w socjologicznym sensie to skuteczność, poprzez którą jest przyjmowane albo obowiązywanie prawa pozytywnego albo moc obowiązująca porządku obyczajowego.

Doktryna Kelsena odnosi się do obowiązywania w sensie prawnym i wyraża powinność, czyli *Sollen*. Jednakże Kelsen w swojej doktrynie dokładnie odróżniał początek obowiązywania od jego trwania (istnienia). Do wejścia w życie normy, a więc rozpoczęcia obowiązywania jest potrzebny akt prawny odpowiedniego w szczególnej strukturze porządku prawnego organu prawodawczego, a więc fakt ze sfery powinności, czyli *Sollen*, do trwania obowiązywania zaś wymagana jest również skuteczność, a więc fakt ze sfery bytu, czyli *Sein*.

Skuteczność normy polega z jednej strony na jej stosowaniu przez organy konkretyzujące normy, a więc przez organy prawodawcze albo organy egzekucyjne w sądownictwie i administrację jak również – z drugiej strony – na posłuszeństwie adresatów norm wobec prawa.

V

Doktryna prawa pozytywnego Kelsena opiera się na normatywnym obszarze obowiązującego porządku prawnego. Wszystko co nienormatywne, czyli np. uwarunkowane religijnie, filozoficznie, ideologicznie i światopoglądowo, wykluczał on tak samo jak wszystko przedpozytywne (*Präpositive*), przez które rozumiał przede wszystkim prawo naturalne.

Prawo naturalne i prawo pozytywne ukazują się Kelsenowi jako przeciwstawne (nie do pogodzenia), leżące po przeciwnych stronach bytu i powinności, materialnej i formalnej zasady obowiązywania oraz obowiązywania absolutnego i względnego. Uważał, że prawo pozytywne i prawo naturalne nie są możliwe jednocześnie obok siebie.

Wprawdzie w staraniach Kelsena o niezależność prawa pozytywnego nie jest możliwa jednoczesność prawa naturalnego i prawa pozytywnego, ale jest do pomyślenia ich następowanie po sobie, co przede wszystkim dotyczy uzasadnienia prawa pozytywnego, przy którym Kelsen ogranicza się do wzmianki o fikcyjnej i pozbawionej treści normie podstawowej (*Grundnorm*). Uczeń Kelsena – Merkl nie wydaje się podążać za tymi rozważaniami Kelsena o prawie naturalnym i pozytywnym, ponieważ już w 1918 r. stwierdza w swoich rozmyślaniach z zakresu teorii poznania prawa opublikowanych pt. *Podwójne oblicze prawa* co następuje: „Każdy konstruowany porządek prawny nie jest pozbawiony pewnego rodzaju korzeni prawnonaturalnych. Każda norma prawa pozytywnego przeszła przecież kiedyś stadium normatywności prawnonaturalnej. Zarzut prawnonaturalności jest nie na miejscu tam, gdzie dopiero mają być położone podwaliny systemu prawnego”¹⁶.

Kelsen wprawdzie przyznawał¹⁷, że prawo naturalne wymaga konkretyzacji, ale nie umiał wyobrazić sobie następstwa prawa naturalnego i prawa pozytywnego. Teoria Kelsena pozostaje zamknięta w normatywnej sferze powinności prawa pozytywnego, przy czym fakty ze sfery bytu postrzega on tylko jako wsparcie powinności, mianowicie jako warunek i konsekwencję każdorazowego obowiązywania, i nie zajmuje się tym bliżej i bardziej wyczerpująco. W przeciwnym razie Kelsen musiałby przyznać, że byt i powinność są wzajemnymi warunkami, które powtarzają się na wszystkich płaszczyznach tzw. szczeblowej budowy prawa.

Ponieważ Kelsen warunkuje trwanie obowiązywania normy prawa pozytywnego jej skutecznością, którą z kolei uzależnia od jej przestrzegania przez adresatów norm, można założyć, że dzięki temu wymaganemu posłuszeństwu wobec prawa dla trwałości obowiązywania prawa pozytywnego może mieć znaczenie etyka. Kelsen nie wypowiedział się bliżej na ten temat, chociaż dla uzasadnienia jego

¹⁶ A. Merkl, *Das doppelte*, s. 910. Merkl zdaje się tutaj używać terminu „prawo naturalne” w najszerszym sensie, określając nim wszystko co przedpozytywne.

¹⁷ H. Kelsen, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Berlin 1928, s. 15.

pojęcia prawa pozytywnego potrzebował normy, która jest transcendentalna.

Przedmiotem swego zainteresowania uczynił Kelsen wartości zawarte w systemie prawa i prawne powinności, a nie metaprawne wartości i metaprawne powinności; jego intencją nie była treściowa zawartość prawa, ale formalne (proceduralne) aspekty prawa. Dlatego czysta nauka prawa Kelsena była ukierunkowana na relatywizm wartości.

Kelsen usiłował bronić wolnej od wartościowań nauki prawa, o której twierdził, że o ile miałyby stanowić wkład do liberalizmu, to musiałyby poddać państwo ograniczeniu, wprowadzając nie w treści prawa, ale w jego formie. Kelsen mianowicie wiązał działania państwa wyłącznie z formą prawa pozytywnego.

Wedle doktryny Kelsena zaleta tego powiązania państwa z prawem pozytywnym leży w konieczności poddania porządku państwowego normom prawa, co się szczególnie uwidacznia w systemie austriackiego Federalnego Sądu Konstytucyjnego, który funkcjonuje do dziś na mocy redakcji noweli z 1929 r. Pośród wielu instytucji chroniących prawo, które Kelsen szczególnie akcentował, austriackie sądownictwo konstytucyjne, będące wzorem dla wielu innych państw, jest określane w nauce prawa jako „najukochańsze dziecko” Kelsena.

Do ograniczeń i tragicznych punktów nauki prawa Kelsena zalicza się, co stwierdził już Merkl, że w polityce prawa Kelsen był wprawdzie zwolennikiem liberalizmu, ale Kelsen – teoretyk prawa „dopuszczał wszelką treść prawa i przez to wszelkie doktryny polityczne”¹⁸.

VI

Kelsen odnosił swoją naukę prawa tylko do formalnych aspektów prawa, ale nie do treści prawa, czego konsekwencją był ideał państwa prawa sprowadzony do jego formalnego ujęcia, w którym forma prawa pozytywnego jest niezależna od jego treści. Dlatego też było do pomyślenia i zrealizowania na gruncie formalnego państwa prawa państwo bezprawa pod względem materialnym. Życie zmusiło Kel-

¹⁸ A. Merkl, *Zum 80. Geburtstag Hans Kelsens – Reine Rechtslehre und Moralordnung*, ÖZöR 11/1961, s. 298.

sena do podjęcia decyzji o ucieczce z takiego państwa. W 1940 r. opuścił Europę i przybył do Stanów Zjednoczonych, gdzie potem w Berkeley zajmował katedrę nie na Wydziale Prawa, ale w Departamencie Nauk Politycznych, a więc w dziedzinie wiedzy niedoty-
czącej wyłącznie normatywnego obszaru prawa pozytywnego.

Błędne byłoby założenie, że Kelsen nie dostrzegał moralności; on to wprawdzie czynił, ale w swojej doktrynie widział ją poza norma-
tywnym obszarem i nie była ona przedmiotem jego pracy naukowej na temat istoty prawa (*Rechtstleben*), którą ograniczał tylko do prawa
pozytywnego.

Jeśli rozważyć bliżej twierdzenia Kelsena, to można określić jego
naukę prawa z jej ograniczeniem do obszaru normatywnego jako
wyjaśnienie możliwości i granic pozytywizacji prawa niewyklucza-
jące etycznego uzupełnienia. Na uwagę zasługuje to, że już Merkl
na 80. urodziny Kelsena w swojej rozprawie *Czysta nauka prawa
i porządek moralny* w odniesieniu do prawa pozytywnego wyjaśniał:
„Ponieważ prawo pozytywne jako zanadto ludzki wytwór porusza
się pomiędzy próbą urzeczywistnienia sprawiedliwości a jej kary-
katurą, teoria prawa potrzebuje uzupełnienia przez etykę prawa”¹⁹.
Merkl również później opowiadał się za uzupełnieniem formalnej
nauki prawa o rozważania o treści prawa.

W rzeczywistości od pojedynczego człowieka zależy, czy przyczyni
się on w swej egzystencji do tego, ażeby myślenie o wartościach
(obojętnie, czy u jego podstaw leży przedpozytywne prawo natu-
ralne, czy system moralny) wpływało na wprowadzanie i wykony-
wanie prawa pozytywnego. Decyzja należy do jednostki, która jest
obiektem i podmiotem prawa pozytywnego.

Rozwój demokracji, jakiego charakteru by ona nie nabrała, nie
uczynił tego zadania łatwiejszym, lecz trudniejszym. Kelsen miał
tego świadomość i w swoim wydanym przed ponad 60 laty piśmie
O istocie i wartości demokracji określił demokrację jako wyraz poli-
tycznego relatywizmu. Na koniec swoich rozważań o demokracji,
która jest w końcu politycznym systemem, w jakim jego nauka
prawa powinna się w dzisiejszej dobie obronić, chociaż nie był czło-
wiekiem wierzącym, a raczej agnostykiem, powołał się na 18 roz-

¹⁹ A. Merkl, *Reine Rechtslehre*, s. 313.

dział ewangelii według św. Jana – fragment Pisma Świętego, który i dziś wydaje się aktualny. Jest w nim mowa o tym, że rzymski prefekt Piłat z okazji Wielkiejnocy zapytał lud, kogo chce uwolnić: Jezusa czy Barabasza. Na co lud zawołał: Barabasza. Kelsen na to zacytował ewangelistę: „A Barabasz był zbrodniarzem”²⁰.

Z tego na koniec zacytowanego urywku z piśmiennictwa Kelsena wnioskujemy, że obok dążenia do czystości swej nauki prawa w sensie normatywnego zamknięcia prawa pozytywnego, zdawał sobie on sprawę z tego, że pozaprawne wartości mają wpływ na wprowadzanie i egzekwowanie prawa pozytywnego. Jeśli wyjdzie się poza obszar jego nauki prawa, aby rozpoznać jej możliwości i granice, i włączy się w ocenę jego myśli także jego pozostałe piśmiennictwo, można zauważyć, i to było intencją mojego referatu, że Kelsen jasno i wyraźnie zaprezentował możliwości i ograniczenia prawa pozytywnego z normatywnego punktu widzenia i w ten sposób określił decydujący warunek konieczny do tego, aby móc połączyć wiedzę o prawie pozytywnym z przekonaniem o jego stosowaniu.

Tłumaczenie: Aleksandra Kustra i Iwona Wróblewska

ZUSAMMENFASSUNG

Mit dem Namen Hans Kelsen verbindet sich in der Rechtswissenschaft der Name eines Gelehrten, der in den neun Jahrzehnten seines Lebens – wie kein anderer Rechtslehrer – die Juristen in Theorie und Praxis mit seinem Schrifttum angesprochen hat. Das Schaffen von Kelsen umfasst in gleicher Weise Arbeiten zur allgemeinen Theorie des Rechts, der Rechtsphilosophie, allgemeinen Staatslehre, dem Verfassungs-, Verwaltungs- und Völkerrecht. Wer von dem rechtswissenschaftlichen Werk Kelsens spricht, denkt zumeist vor allem an seinen “Reine Rechtslehre”. In diesem Werk, war er bemüht eine reine, d.h. von aller politischen Ideologie und allen naturwissenschaftlichen Elementen gereinigte Rechtstheorie zu entwickeln. Kelsen wollte alles von seiner Reinen Rechtslehre ausscheiden, was nicht zum positiven Recht zu zählen ist. Die Reine Rechtslehre Kelsens hat daher, wie übrigens jede allgemeine Rechtslehre, einen bloß beschreibenden Charakter.

²⁰ H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tybinga 1929, s. 104.

Kelsen war nur fiktiv und hypthetisch in stande, aus seiner Sicht eine Begründung des positive Rechts zu geben. Er sieht sie in der sogenannten Grundnorm gegeben. Sie ist für Kelsen "die objektive Geltung begründende Voraussetzung". Sie wird von Kelsen nicht nur als fiktiv, sondern auch als inhaltsleer betrachtet. Das bedeutet, dass die Grundnorm eine inhaltsleere und fiktive Hilfsgröße ist, die als formaler Zurechnungspunkt die Positivität des Rechts, beginnend mit der historisch ersten Verfassung, die nach Kelsen jeden Staatsordnung eigen ist, erst ermöglicht.

In seinem Bemühen um eine möglichs weite Erfassung des positive Rechts hat Kelsen die Lehre von der Grundnorm und mit ihr von der Begründung der Positivität des Rechts die sich nach ihm in der historish ersten Verfassung ausdrückt, genutzt, um deren Weiterentwicklung in einer Folge von aufeinander abgestimmten Rechtssatzformen darstellen, die infolge der Stufenförmigkeit dieser ihrer Darstellung als Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung bekannt geworden ist. Diese Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung hat Kelsen erstmals in der 1. Auflage von "Reine Rechtslehre" vertreten, die aber, nicht orginal von ihm, sondern von seinem Schüler Adolf merkl stammt. Mit der Übernahme der Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung hat Kelsen seine Lehre dynamisiert und ihr Bezug auf die Lebensnähe seiner Rechtstheorie überhaupt eine besondere Kraft verliehen.

Als derartige Stufenbau der Rechtsordnung können die Verfassungsgesetze, die einfachen Gesetze und die Verordnungen, als Aufeinanderfolge von generell abstrakten Normen gennant warden, welche als individuell konkrete Normen die Verwaltungsakte sowie die Gerichtsurteile und hernach die Vollstreckungakte folgen. Der Rang diesem Stufenbau selbst sich präzise nach seiner derogatorischen Kraft.

Die Lehre des positive Rechts von Kelsen bezieht sich auf den normative Bereich der geltenden Rechtsordnung. Alles nicht Normative, sei es religiös, philosophisch, ideologisch und weltanschaulich bedingt, wollte Kelsen ebenso ausgeschlossen wissen, wie alles Präpositive, womit vor allem das Naturrecht gemeint ist. Kelsen hat zwar zugegeben, dass das Naturrecht seiner Konkretisierung bedarf, hat sich aber ein Nacheinander von Naturrecht und positive Recht nicht vorstellen können. Es wäre aber falsch anzunehmen, Kelsen hätte die Moral nicht wahregenommen. Er tat dies wohl, hat aber in seiner Rechtslehre außerhalb des normativen Bereiches gehalten und nicht zum Gegenstand seiner wissenschaftlichen Arbeit zum Rechtsleben gemacht, die er nur auf das positive Recht beschränkte. Kelsen hat klar und deutlich die Möglichkeiten und Grenzen des positives Rechts in normativen Sicht aufgedeckt und so die entscheidende Voraussetzung geboten, das Wissen um das positive Recht mit dem Gewissen um seine Anwendung zu verbinden.

Schlusswörter: Kelsen, Grundnorme, positives Recht, Reine Rechtslehre, Verfassungsrecht, Stufenbau, Rechtsordnung