ACTA ELBINGENSIA
KWARTALNIK NAUKOWY ELBLĄSKIEJ UCZELNI HUMANISTYCZNO-EKONOMICZNEJ
Prawo, Administracja, Bezpieczeństwo Publiczne z. 15 2020, t. XLV, nr 2

Andrzej Sylwestrzak*

OD UMIARKOWANEGO POZYTYWIZMU H. HARTA, J. AUSTINA I G. JELLINKA DO NORMATYWIZMU HANSA KELSENA

Streszczenie

Artykuł przedstawia metodologiczną postawę H.L.A. Harta jako umiarkowanego pozytywisty, szukającego powiązania między światem badań pozytywistów i normatywistów. Koncentrowanie się jedynie na powinnościach nie oznacza pomijania przez pozytywistów czynników pozaprawnych. Skrajnym przykładem jest teoria „normy podstawowej" Kelsena, chociaż w różnych wersjach Austin i Jellinek odwoływali się do zwyczajów oraz prawa bożego. W artykule przedstawiono główne przesłanki metodologiczne Harta, a następnie doktryny Austina i Jellinka oraz normatywizm Kelsena, szczególnie eksponując ich niekonsekwencje badawcze. W podsumowaniu wskazano na kształtowanie się postawy Harta, nawiązującego w swej teorii „pozytywizmu umiarkowanego" do słabości metodologicznych pozytywizmu i normatywizmu.

Słowa klucze: pozytywizm prawniczy, pozytywizm umiarkowany Harta, „norma podstawowa" Kelsena, kompromis pozytywistyczny.

Summary

From moderate positivism H. Harta, J. Austina and J. Jellinka to normativism H. Kelsena

The article is concerned with the methodological stand represented by H. Hart, J. Ausin and G. Jellinek moderate positivist scholar searching for the links between positivist and normativist approaches. He indicates that the focus on obligations civic duties does not entail exclusion of extra-legal factors. An extreme example in this respect is Kelsen's theory of the "basic norm" as well as Austin's and Jellinek's references to customs and the law of God.

* Prof. zw. dr hab., Elbląska Uczelnia Humanistyczno-Ekonomiczna, Dziekan Wydziału Administracji i Nauk Społecznych.

The article brings the basic premises behind Heart's theory as well as those of Austin, Jellinek and Kelsen's normativism in order to expose incongruities in the research of the latter. The concluding part of the article reveals how Heart's theory of "moderate positivism" emerged out of his references to methodological weaknesses of positivism and normativism.

Keywords: juridical positivism, moderate positivism of Hart, Kelsens „groundwork norme", compromise of positivism.

Wstęp

Pozytywizm prawniczy był jednym z najbardziej znanych kierunków drugiej połowy XIX oraz pierwszych dziesięcioleci XX stulecia. W metodologii badania państwa i prawa nawiązywał do pozytywizmu filozoficznego, którego czołowym reprezentantem był August Comte (1798–1857). Zbieżność nazw obu kierunków oddaje wspólnotę poszukiwań zmierzających do osiągnięcia „wiedzy pozytywnej". Twórcy pozytywizmu prawniczego koncentrowali badania na normie prawnej. Pozostałe normy, na przykład moralne czy prawa bożego, powinny znajdować się poza zasięgiem analiz, ponieważ nie wchodzą w skład systemu prawa pisanego. Pozytywizm prawniczy podjął krytykę szkoły prawa natury w sensie, że w miejsce wydedukowanych „praw naturalnych" wprowadzał konkretność badań normy prawnej, obowiązującej w oznaczonym miejscu i czasie. Kwestionował również założenia szkoły historycznej, odwołującej się do źródeł prawa zwyczajowego czy enigmatycznych praźródeł „ducha historii" czy „ducha narodu".

Nawiązując do myśli Solona, że w państwie rządzą nie ludzie, lecz prawa, pozytywiści wyeksponowali teorię „państwa prawnego", opierając się na rozbudowanych gwarancjach praworządności. Miały one w równym stopniu zapewnić, poprzez harmonizację, poszanowanie interesów zbiorowości i jednostki. Założeniem pozostawało, że interwencjonizm państwowy w każdym wypadku powinien opierać się na normie prawnej. Te przesłanki prowadzić miały do pełniejszej integracji interesów jednostki ze zbiorowością, w praktyce niwelując skrajności systemu burżuazyjnego. Pozytywiści słusznie wskazywali, że dążenia jednostki do poszanowania praw podmiotowych stają się osobną gwarancją praworządności. Tym samym pozytywizm, w płaszczyźnie doktrynalnej, był formułą poszukującą dróg stabilnego rozwoju kapitalizmu w końcu XIX i na przełomie XX wieku[1].

[1] J. Wróblewski, *Z zagadnień pojęcia i ideologii demokratycznego państwa prawnego*, „Państwo i Prawo" 1990, z 6.

Hart na tle klasyfikacji pozytywizmu

W rezultacie pozytywizm prawniczy był doktryną eksponującą zasady państwa burżuazyjno-demokratycznego. Zwracał się przeciwko szkołom kwestionującym utrzymanie i umacnianie wypracowanych form ustrojowych, w szczególności krytykował założenia ruchu proletariackiego w dobie I i II Międzynarodówki. Z drugiej strony, wiele wniósł do teorii interpretacji normy prawnej, rozbudowując metodologię badania prawa opartą na założeniach dogmatycznych. Pozytywizm rozwijał się w dwóch głównych nurtach: anglosaskim i kontynentalnym. Wcześniejszym był nurt anglosaski, odpowiadający wyższemu stadium kapitalizmu angielskiego, z czołowym przedstawicielem Austinem. Nurt kontynentalny reprezentowali myśliciele niemieccy, głównie Ihering i Jellinek[2]. W sumie obie te szkoły przyjmowały tradycyjny dogmatyzm prawniczy w nowszej wersji interpretacyjnej, chociaż poprzez odrzucenie założeń myślenia prawnonaturalistycznego i historycznego torowały drogę bardziej skrajnemu normatywizmowi uformowanemu przez Kelsena i tzw. szkołę wiedeńską. Z tej perspektywy normatywizm stanowi bardziej dogmatyczną interpretację źródeł prawa oraz hierarchicznego systemu prawa pozytywnego. Jego twórca, Kelsen, posunął się wyraźnie dalej w interpretacji struktury systemu prawa, podporządkowując całość konstytucji, chociaż – co wykorzystał jako słabość logiczną Hart – Kelsen nie poradził sobie w pojmowaniu mocy obowiązywania prawa, tym samym z brakiem jakiejś aksjologii, jednak stojącej ponad konstytucją. Odwołując się do pojęcia „normy podstawowej", dawał wyraz postawie idealistycznej, tym samym osłabiając skrajność założeń normatywistycznych. Jeśli przyjmiemy, z jednej strony, metodologię szkół pozytywistycznych i normatywistycznych – a z drugiej – idealizm szkół prawnonaturalistycznych, to postawa Harta zmierza do wypracowania metodologii wypośrodkowanej między obiema skrajnościami.

Zmierzając do przedstawienia poszukiwania w doktrynie Harta swoistego kompromisu pozytywistycznego, problem został ujęty w następujących punktach:

- charakterystyka metodologii Harta,
- porównanie z metodologią tradycyjnych pozytywistów Austina i Jellinka,
- porównanie z normatywizmem Kelsena,
- podsumowanie zmierzające do wskazania kompromisowości Harta w doktrynie szeroko pojętego pozytywizmu.

[2] Por. M. Maneli, *Historia doktryn polityczno-prawnych*, t. II, Warszawa 1964, s. 189–198.

Herbert Lionel Adolphus Hart (1907–1992) urodził się w Anglii, w rodzinie żydowskiej o polskich korzeniach. Studiował filozofię, historię starożytną i prawo w Oxfordzie, gdzie w 1952 r. został profesorem jurysprudencji. Wykładając w USA, poznał czołowych amerykańskich teoretyków oraz Kelsena, pod którego wpływem pozostawał do końca życia. Najbardziej znaną pracą Harta jest „Pojęcie prawa" (*The Concept of Law*), pierwsze wydanie w 1960 r., drugie rozszerzone w 1994 r. (polskie tłumaczenie w 1998 r.)[3]. Ponadto do znanych prac Harta należą: „Definicja i teoria w prawoznawstwie" (1953). „Prawo, wolność i moralność" (1963) i „Moralność prawa karnego" (1965)[4].

Metodologia Harta

Dążeniem Harta było osiągnięcie jakiegoś kompromisu między skrajnościami pozytywizmu a szkołami prawnonaturalnymi i socjologicznymi. Była to metodologia umiarkowanego pozytywizmu. Hart zakładał możliwość poznania prawa w drodze badań przebiegających między ortodoksyjnymi pozytywistami, do których zaliczał Austina i Kelsena, a szkołami prawa natury, zakładającymi – jak wiadomo – istnienie wielu czynników pozaprawnych, na przykład moralności, składających się na funkcjonowanie prawa. Wskazywał także na doniosłość czegoś takiego jak „nawyk posłuszeństwa" oraz akceptację przez sędziów określonych „reguł prawa", gdzie samo pojmowanie prawa, jako rozkazu, nie wystarcza, stąd określał swoją doktrynę „pozytywizmem miękkim". Przyjmowanie bowiem zasady obowiązywania prawa pozytywnego może prowadzić do usprawiedliwienia realizacji prawa przestępczego, co byłoby wbrew idei prawa. Stąd prawo musi opierać się na minimalnym katalogu wartości moralnych, odpowiadających humanistycznemu pojmowaniu jego celów. Podkreślał, że nawet skrajny normatywista, Kelsen, także zakładał istnienie „normy podstawowej", będącej idealistycznie pojmowanym katalogiem aksjologicznym. Dogmatyzm prawniczy w niedalekiej przeszłości doprowadził do poszanowania, na przykład, prawa faszystowskiego, oznaczającego legalizację celów antyhumanitarnych. Tym samym Hart dążył do budowania swoistych mostów metodologicznych między angielską a kontynentalną myślą pozytywistyczną[5].

---

[3] H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, tłum. J. Woleński, Warszawa 1998.

[4] Zob. H.L.A. Hart, *Eseje z filozofii prawa*, tłum. J. Woleński, Warszawa 2001.

[5] Por. J. Woleński, *Wstęp* do: H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, Warszawa 1998, s. XIV–XVI.

System prawa – zdaniem Harta – opiera się na dwóch poziomach obowiązujących reguł; po pierwsze, są to reguły pierwotne, po drugie – reguły wtórne[6]. Reguły pierwotne opierają się na katalogu nakazów i zakazów ustanowionych przez ustawodawcę, i w zarysie mogłyby odpowiadać pozytywistycznemu systemowi prawa interpretowanemu w wersji rozkazów Austina. Ten system nie mógłby jednak funkcjonować, ponieważ w praktyce wymaga istnienia tzw. reguł wtórnych, podzielonych na trzy grupy:

- reguły uznania (*rules of recognition*),
- reguły zmiany (*rules of change*),
- reguły orzekania (*rules of adjudication*)[7].

Reguły uznania sprowadzają się do ustalenia obowiązującego systemu normatywnego, niekoniecznie opartego na wyłączności zapisów prawa pozytywnego. Mogą to być również zwyczaje, wyroki sądowe (szczególnie o charakterze precedensowym), pojmowanie praw człowieka czy dominujące przekonania religijne. Ten katalog źródeł obowiązuje niezależnie od zapisów prawa pozytywnego i ma znaczenie normatywne. Reguły zmiany dotyczą zdefiniowania dróg wprowadzania do systemu prawa nowych norm bądź usuwania dotychczasowych. Reguły orzekania wskazują instytucje uprawnione do orzekania lub dokonywania ustaleń w zakresie reguł pierwotnych, czyli systemu norm obowiązujących, a w rezultacie stosowania sankcji[8].

Reguły wtórne mają charakter subsydiarny względem reguł pierwotnych, ponieważ w ogóle umożliwiają stosowanie prawa, w szczególności sfera sankcji kształtuje się w płaszczyźnie reguł wtórnych[9]. Tymi drogami; po pierwsze, koncepcją zakresu norm pierwotnych, po drugie, w szczególności teorią reguł zmiany i orzekania, jako reguł wtórnych, Hart buduje metodologiczne zależności łączące normatywizm kontynentalny z anglosaskim *Common Law*. W literaturze wskazuje się, że wcześniej polski teoretyk, Czesław Znamierowski, wyróżniał normy tetyczne, zwane imperatywnymi, i normy konstrukcyjne w zarysie odpowiadające regułom wtórnym Harta[10].

Celem bardziej wyrazistego skontrastowania teorii Harta w nawiązaniu do pozytywizmu i normatywizmu, warto przybliżyć główne założenia metodologiczne Austina, Jellinka i Kelsena.

---

[6] Por. R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1988, s. 42–155.

[7] Por. J. Finnis, *Prawo naturalne i uprawnienia naturalne*, Warszawa 2001, s. 261–298.

[8] Por. J. Woleński, *Wprowadzenie* do: H.L.A. Hart, *Eseje...*, s. XXV.

[9] Por. R. Dworkin, *Imperium prawa*, Warszawa 2006, s. 357 i n.

[10] Najpełniej problem opracował S. Czepita: *Koncepcje teoretyczne Czesława Znamierowskiego*, Poznań 1988.

Pozytywizm Johna Austina

John Austin (1790–1859), studiując w Prusach, pozostawał pod wpływem F.C. Savigny'ego, a później J.S. Milla. Przez pewien czas prowadził katedrę jurysprudencji na uniwersytecie londyńskim. Zasadniczo swoją teorię, tzw. jurysprudencję analityczną, przedstawił w kilkutomowej pracy *Wykłady o jurysprudencji*, opublikowanej pośmiertnie w latach 1861–1863. Metodologicznie największy wpływ na Austina wywarła teoria utylitaryzmu Benthama, zgodnie z którą sprawiedliwość sprowadzała się do największej użyteczności instytucji prawnych z punktu widzenia społeczeństwa i jednostki, a niesprawiedliwość była zaprzeczeniem tak pomyślanej użyteczności. Klasyfikacja prawa opiera się u Austina na wyróżnieniu porządku prawa boskiego i prawa stanowionego. Prawo boskie jest abstrakcją, będącą swego rodzaju praźródłem wszelkiego prawa, lecz nie można wyprowadzać zeń konkretnych dyrektyw dla prawa pozytywnego. Podstawą poszukiwań jest natomiast prawo stanowione „przez ludzi dla ludzi", będące zasadniczo tzw. prawem pozytywnym[11]. Prawo pozytywne ustanowione zostało przez „suwerenny autorytet polityczny" w postaci wypowiedzi „rozkazodawczej" i w pełni posiada taki charakter jako prawo obowiązujące w stosunkach wewnętrznych. W szerokim rozumieniu Austin ujmuje prawo w czterech kategoriach:

- prawo boskie,
- prawo pozytywne,
- pozytywna moralność,
- prawo w znaczeniu „figuratywnym", np. prawa fizyki.

Natomiast tzw. pozytywną moralność tworzą kodeksy honorowe czy zwyczaje, w tym zwyczaje konstytucyjne. Nie jest natomiast prawem, w pełnym tego słowa znaczeniu, prawo międzynarodowe, które może formułować zalecenia jakiegoś zachowania się, lecz nie może narzucić suwerenowi konieczności określonego postępowania[12].

Prawo pozytywne definiuje Austin jako rozkaz, zawierający nakaz lub zakaz określonego zachowania, którego naruszenie zabezpieczone jest sankcją[13]. Rozkazodawcze traktowanie prawa opiera się na pojęciu uprawnionego „zwierzchnika". Zasadą jest formułowanie powinności – nawet w przypadku prawa podmiotowego został zawarty określony porządek zachowania się.

---

[11] Por. J. Rawls, *Liberalizm polityczny*, Warszawa 1998, s. 345–387.

[12] K. Dybowski, *Johna Austina filozofia prawa*, Toruń 1991, s. 23–54.

[13] Por. T. Hobbes, *Lewiatan*, Kraków 1954, s. 231–238.

Austin polemizuje ze stanowiskiem, że prawo zwyczajowe jest pozbawione charakteru rozkazodawczego. Jeśli sądy lub inne organy nadadzą mu sankcję, to prawo zwyczajowe nabiera cech wypowiedzi rozkazodawczej zwierzchnika. Kwestionuje tym samym metafizyczne treści prawa zwyczajowego, przynajmniej w znaczeniu definiowanym przez szkołę historyczną.

Pojęcie suwerena jako podmiotu uprawnionego do stanowienia prawa uzasadnia obowiązywanie określonej woli zawartej w normach prawnych. Austin wyróżnia suwerena prawnego (*de iure*) i suwerena faktycznego (*de facto*), przy czym suwerenem *de iure* pozostaje podmiot określony przez prawo, natomiast suwerenem *de facto* okazuje się socjologiczny podmiot rzeczywiście sprawujący władzę. W wypadku rozbieżności nie ma wątpliwości, że autentycznym jest suweren *de facto*. Suweren urzeczywistnia ogólnie pojętą suwerenność, definiowaną przez Austina jako władzę nieograniczoną, niepodzielną i nieprzerwaną. Nieograniczoność oznacza brak możliwości nałożenia na suwerena przez kogokolwiek jakichkolwiek obowiązków. Niepodzielność to zakaz przekazywania przez suwerena części suwerenności na inne podmioty. Oznacza to możliwość delegowania spełniania określonych funkcji przez konkretne organy, co nie wiąże się z dzieleniem suwerenności. Ciągłość suwerenności to jednolity, w perspektywie historycznej, sposób jej wykonywania[14].

Z drugiej strony Austin posługuje się teorią „niezależnego społeczeństwa politycznego", składającego się z niezawisłych politycznie jednostek, podporządkowanych zwierzchnikowi politycznemu. W gruncie rzeczy zwierzchnik posiada możliwość nieograniczonej działalności normotwórczej i nie może być skrępowany pojęciami metafizycznymi, jak na przykład prawem natury czy prawem bożym. Jeśli odwołuje się do jakichś wzorców postępowania, na przykład zasad moralnych, czyni to ze względu na subiektywny stosunek do nich. W tym ujęciu suwerenność społeczeństwa lub ludu staje się fikcją, ponieważ w imieniu społeczeństwa suwerenem faktycznie jest monarcha lub grupa ludzi sprawujących władzę[15].

Stan suwerenności wszystkich byłby nawet trudny do wyobrażenia, grożąc anarchią. Suweren nie może być w jakikolwiek sposób ograniczony prawnie, może wprawdzie dobrowolnie stosować pewne zasady, lecz jest to kwestia jego uznania dla opinii publicznej. Suweren nie jest także związany normami prawa pozytywnego, ponieważ zawsze może ustanowić nowe

[14] K. Dybowski, *Utylitarystyczna filozofia prawa Johna Austina*, „Państwo i Prawo" 1992, z. 3.

[15] Por. L.L. Fuller, *Moralność prawa*, Warszawa 2004, s. 81 i n.

prawo. W tym sensie każda władza suwerenna staje się potencjalnie władzą despotyczną, to znaczy może nadawać lub pozbawiać poddanych określonych praw. Wprawdzie liberalistyczna doktryna burżuazyjna opiera się na aksjomacie wolności obywatelskich, lecz prawa polityczne nie stanowią tutaj jakiegoś szczególnego skrępowania suwerena. Jeśli suweren gwarantuje szerszy katalog praw jednostkowych – mówimy o rządzie demokratycznym, jeśli mniejszy – mówimy o rządzie despotycznym.

Pozytywizm Georga Jellinka

Ponadto liczący się wpływ na postawę Harta wywarł Jellinek i twórca normatywizmu Kelsen. Tradycyjny pozytywista Georg Jellinek (1851–1911) był profesorem prawa konstytucyjnego i historii doktryn. Wykładał w Wiedniu, Bazylei i Heidelbergu. Do najważniejszych jego książek należą: *System podmiotowych praw publicznych* (1892), *Prawo nowoczesnego państwa* (1900) oraz *Ogólna nauka o państwie* (1900). W swych koncepcjach nawiązywał do innego czołowego przedstawiciela pozytywizmu – Karla Bergbohma (1849–1927), głoszącego tezę, że prawem jest tylko to, co funkcjonuje jako prawo. Bergbohm zdecydowanie atakował metafizyczne koncepcje prawa natury jako niedające podstawy do konkretniejszych rozważań. Opowiadał się za przyjęciem koncepcji „państwa prawnego", dającego wyraz „ponadczasowemu obowiązkowi poszanowania prawa", będącego gwarantem praw obywatelskich. Jellinek pogłębił te pozytywistyczne założenia.

Metodologia Jellinka opiera się na propozycji równoczesnego ujmowania tzw. elementu obiektywnego i subiektywnego. Przedmiotem badania obiektywnego jest państwo będące określonym zjawiskiem społecznym, sumą zdarzeń, jak również związków zachodzących między jego elementami. Badanie prawa, czyli odwołanie się do poznania zjawiska subiektywnego, w zasadniczy sposób uzupełnia badania w płaszczyźnie obiektywistycznej. Każde zjawisko obiektywne w zakresie stosunków społecznych posiada określoną stronę wewnętrzną, duchową, będącą rezultatem emocji. Zatem przedmiotem poznania subiektywnego jest wola państwa sformułowana jako prawo.

Prawidłowość poznania prawa zakłada, że należy ujmować je co najmniej w dwojakim znaczeniu: po pierwsze, jako zespół norm stosowanych w praktyce i w tym sensie stanowi ono podstawowy instrument kierowania życiem społecznym, i po drugie, jako zespół odpowiednio skatalogowanych i usystematyzowanych struktur powinnościowych. Poznanie zatem prawa sprowadza się do znajomości sfery powinności, czyli abstrakcji zawierającej katalog

kryteriów oceny rzeczywistości. W gruncie rzeczy prawo ma byt abstrakcyjny, nie jest więc częścią rzeczywistości, lecz formułuje kryteria jej oceny. Jellinek zaleca poznanie w jedności zarówno elementu obiektywnego, jak subiektywnego, czyli równoczesne koncentrowanie badań nad państwem i prawem. Teoria państwa wychodzi z założenia znanej jego definicji, głoszącej, że państwo jest „korporacją osiadłego ludu, wyposażoną w bezpośrednią władzę zwierzchnią, lub też, aby użyć wznowionego obecnie określenia, korporacją terytorialną wyposażoną w bezpośrednią, samorodną władzę zwierzchnią". Jest to tzw. trójelementowa definicja państwa ujmująca w jedności terytorium, ludność i władzę. Państwo jest również określonym stosunkiem woli poddanych i panującego, opierającym się na wspólnym dążeniu do utrzymania jedności reprezentowanej przez państwo. Podstawowym kryterium owej jedności jest uświadamianie sobie wspólnoty celów łączących zbiorowość; jest to tzw. jedność teleologiczna[16].

Teoria „państwa prawnego" znajduje wyraz w szerszym pojęciu praworządności. „Państwo zorganizowane przez prawo, chroniące i rozwijające prawo, musi bezwzględnie posiadać swoje miejsce w prawie, musi istnieć prawnicze pojęcie państwa". Tak pojmowane państwo opiera się na idei suwerenności. „Suwerenna władza państwowa jest więc władzą, która nie zna wyższej od siebie; jest więc jednocześnie niezawisłą i najwyższą władzą". Złożoność zjawisk życia społecznego powoduje konieczność ujednolicenia celów, do których zmierza wspólnota, a trwałość urzeczywistniania tych celów staje się doniosłym czynnikiem spajającym życie jednostek. Każdy obywatel prowadzi jak gdyby podwójne życie; z jednej strony, jako jednostka posiadająca prawa osobiste, odizolowana od ogółu, z drugiej, jednostka pozostaje integralną częścią społecznej całości. Obywatel nie może izolować się od państwa, głównie z powodu identyfikacji jego celów i państwa[17].

Definicja prawa opiera się u Jellinka na kategoriach teleologicznych, zakładających uznanie przez społeczeństwo konkretnej normy prawnej jako instrumentu służącego ochronie, utrzymaniu i popieraniu interesów ludzkich. Wymienia trzy cechy charakteryzujące normę prawną, w porównaniu z normami np. moralnymi czy etycznymi:

- dotyczą one zewnętrznego zachowania ludzi;
- określane są przez autorytet działający na zewnątrz jednostki;
- przestrzeganie prawa zagwarantowane jest wolą uznanego autorytetu działającego legalnie.

---

[16] G. Jellinek, *Ogólna nauka o państwie*, Warszawa 1924, s. 122–134.

[17] K. Opałek, J. Wróblewski, *Pozytywizm prawniczy*, „Państwo i Prawo" 1954, z. 9.

Jest rzeczą charakterystyczną, że Jellinek poszukuje argumentów przemawiających za poszanowaniem prawa, wśród których przymus nie odgrywa roli pierwszoplanowej. Zasadniczo, norma staje się prawną w oparciu o powszechną akceptację, jej sens odpowiadać powinien poczuciu jedności wszystkich, a solidarystycznie pojęta postawa społeczeństwa staje się zasadniczym gwarantem jej mocy obowiązującej. Jellinek formułuje prawidłowość, że faktyczny i aprobowany przez większość ustrój spełnia podstawową rolę motywacyjną w postępowaniu jednostki. Fakty społeczne, poprzez obiektywność swego istnienia, wyrabiają w jednostce postawę aprobaty i dostosowania się do nich oraz narzucają jej konieczność przyjęcia pewnych wzorców jako kryteriów postępowania. W ten sposób Jellinek dochodzi do psychologicznej teorii, gdzie określona motywacja subiektywnego uznania państwa i prawa, staje się podstawą funkcjonowania wzorców postępowania jednostki, prowadzących w konsekwencji do pełniejszej jej integracji[18].

Teoria gwarancji prawnych sprowadza się do uświadomienia sobie, że nie istnieją instytucje doskonałe. Zdaniem Jellinka tzw. gwarancje prawne są uzależnione od wielu przesłanek, między innymi etapu historycznego rozwoju państwa. Teoretycznie wyróżnia trzy rodzaje gwarancji:

1) społeczne,
2) polityczne,
3) prawne.

Gwarancje społeczne dotyczą zespołu czynników kulturowych, takich jak religia, moralność czy obyczaje. Czynniki kulturowe stanowią „najpotężniejsze, istotne ograniczenie wszelkiej samowoli, tkwiącej w abstrakcyjnych pojęciach prawnych i kształtują życie instytucji państwowych oraz historię państwa z mocą, która przewyższa działanie woli świadomej". Mimo pewnej nieuchwytności rozmiarów tych gwarancji, odgrywają one w procesie poszanowania i stosowania prawa rolę nader wysoką. Gwarancje polityczne sprowadzają się do zasady podziału władz, przy czym Jellinek nie twierdzi, że powinien to być określony katalog podziału, na przykład według wzorców monteskiuszowskich. Wystarczy samo faktyczne przyjęcie podziału władz, oznaczające zablokowanie samowoli. Doniosłą rolę odgrywają gwarancje instytucjonalne ustanowione przez prawo. Dzieli je Jellinek na gwarancje chroniące interes publiczny i gwarancje praw podmiotowych obywa-

[18] J. Wróblewski, *Z zagadnień pojęcia i ideologii demokratycznego państwa prawnego*, „Państwo i Prawo" 1990, z. 6; J. Stelmach, R. Sarkowicz, *Filozofia prawa XIX i XX wieku*, Kraków 1998, s. 89–112.

tela, podkreślając, że społeczna doniosłość jednych i drugich jest taka sama. Do zasadniczych gwarancji prawnych, zwanych formalnymi, zalicza:

- wykonywanie kontroli,
- odpowiedzialność osobistą urzędników za wydane decyzje,
- orzecznictwo,
- inne środki prawne.

W ramach tzw. innych środków prawnych opowiada się za możliwością pociągania urzędników do odpowiedzialności prywatnoskargowej, a nawet karnej. Suma cech państwa, prawa i praworządności, wraz z jej gwarancjami, składa się w filozofii Jellinka na definicję „państwa prawnego".

Jellinek, zajmując się historią myśli politycznej, kwestionował ujęcia prawno-naturalne, wyprowadzające katalog praw obywatelskich z natury człowieka[19]. Oznaczałoby to całkowitą dowolność myślenia, podobnie zresztą jak szkoła historyczna, szukająca wielu prawd w metafizycznym pojęciu „ducha historii". Żadne z tych ujęć nie stanowi podstawy należytego poznania i analizy państwa i prawa. Stanowisko odpowiadające w pełni wymogom badań naukowych upatruje Jellinek w nauce pozytywistycznej, odwołującej się do obserwacji stosunków społecznych, eksperymentu i wiedzy empirycznej, ponieważ te posiadają wartość niepodważalną. Analizując rozwój szkół doktrynalnych, dochodzi do przekonania, że można w gruncie rzeczy podzielić je na dwie kategorie: konstruujące wizje utopijne i dokonujące analizy faktów. W tej sytuacji rolę podstawową przyznaje doktrynom analizującym konkretność rozwoju formacji państwowo-prawnych, tym samym pomniejszając rolę utopii bądź tzw. czystej teorii.

Normatywizm Hansa Kelsena

Spotkania w USA z Kelsenem, będącym naówczas znanym normatywistą, ostatecznie uformowały postawę Harta w sensie poszukiwania jakiegoś kompromisu między skrajnościami myślenia pozytywistycznego i normatywistycznego a szkołami prawno-naturalnymi czy socjologicznymi. Hans Kelsen (1881–1973) i szkoła zwana wiedeńską, obejmowali badaniami nie tylko prawo pozytywne, obowiązujące w konkretnym państwie, lecz również prawo międzynarodowe. Do najgłośniejszych prac Kelsena należą: *Czysta teoria prawa i jurysprudencja analityczna* (1955), *Ogólna teoria prawa i państwa* (1949),

[19] Por. W.D. Zorkin, *Pozitiwistskaja teoria prawa w Rosiji*, Moskwa 1978, s. 11–55.

Węzłowe problemy nauki o państwie (1911), *Problem suwerenności* (1920), *O istocie i wartości demokracji*, *Teoria polityczna bolszewizmu* (1934) oraz *Komunistyczna teoria prawa* (1939). Z metodologicznego punktu widzenia normatywizm nawiązuje do filozofii Kanta, natomiast w zakresie doktryny prawnej stanowi kontynuację pozytywizmu prawniczego[20]. Mając na uwadze założenia pozytywizmu, Kelsen podkreślał, że: „Tendencje czystej teorii prawa w zasadzie są identyczne z tzw. analityczną jurysprudencją (*analytical jurisprudence*)". Podobnie jak John Austin w swoim sławnym dziele *Lectures on Jurisprudence*, „czysta teoria prawa usiłuje uzyskiwać wyniki wyłącznie poprzez analizę prawa pozytywnego (...). W tym aspekcie – powiada Kelsen – nie ma istotnej różnicy między analityczną jurysprudencją a czystą teorią prawa". Powiązania z pozytywizmem nie oznaczają identyfikacji z podstawowymi pojęciami tłumaczenia faktu obowiązywania prawa. Kelsen odrzuca interpretację Austina, że prawo jest rozkazem, a moc obowiązującą nadaje mu sankcja, będąca czynnikiem dlań zewnętrznym. Prawo ustanawia się poprzez normatywny wyraz łączący hipotetyczny warunek z następstwem. Natomiast moc obowiązująca prawa wynika z hierarchii norm wyższego rzędu i ustanawiania w oparciu o nie norm niższych. Nauka prawa powinna zatem badać logiczne związki w płaszczyźnie hierarchii norm prawnych, nadających moc obowiązującą całemu systemowi prawa. Okazuje się więc normatywizm kontynuacją pozytywizmu z większą koncentracją na problemach strukturalno-logicznych, a nawet semantycznych systemu prawa, stanowiąc tym samym postęp w badaniach nad metodą prawno-dogmatyczną. Nawiązując do pozytywizmu prawniczego, kierunek ten w płaszczyźnie teorii poznania pozostaje w silnych związkach z metodologią kantyzmu lub – ściślej mówiąc – neokantyzmu[21].

Kelsen przejął z myślenia Kanta ideę formalizmu oraz dualizm metodologiczno-poznawczy[22]. Formalizm znajduje wyraz w przekonaniu, że poznanie – zdaniem Kanta – niezależnie od jego treści, opiera się na funkcjonowaniu określonych „kategorii" w umyśle człowieka. Kantowskie kategorie są formami ujmowania i poznawania rzeczywistości przez umysł człowieka. Okazują się „czystymi formami myślenia", na podstawie których wprowadza się ład i systematyzację w otaczającym świecie pojęć. Kelsen nawiązuje do „kate-

[20] H. Kelsen, *Czysta teoria prawa*, Warszawa 2014, s. 295–355.

[21] M. Jaskólski, *Między normatywizmem i uniwersalizmem*, Wrocław 1988, s. 23–34; M. Jaskólski, *Szkice o historii doktryn politycznych i prawnych*, Kraków 1985, s. 98–103.

[22] I. Kant, *Metafizyka moralności*, Warszawa 2005, s. 59–151.

gorii" jako czystych pojęć normatywnych, obowiązujących w systemie prawa na zasadzie układów logiczno-systematycznych, i to niezależnie od treści, jakie normy mogą zawierać. Kantowski „imperatyw moralny", ujmowany jako bezwarunkowy i kategoryczny nakaz postępowania jednostki, stać się może podstawą powinności religijnych czy nawet moralnych. Tym samym wolność może być przeżywana jedynie w sytuacji uświadamiania sobie obowiązku. Konstrukcje te nie pozostały bez wpływu na hierarchizację systemu prawa Kelsena, mimo odrzucenia przezeń prawa natury.

Głoszona przez normatywizm „czysta teoria prawa" nawiązywała do kantowskich ujęć „czystego" rozumu. Z innej strony, normatywizm zmierzał do osiągnięcia niezawodnej metodologii, mającej oddzielić badania ściśle strukturalne w prawie od socjologii, polityki, psychologii czy szeroko pojętej historii. Również w nawiązaniu do Kanta normatywizm, opierając się na rozdziale sfery rzeczywistości i powinności, dokonał podziału nauk, proponując klasyfikację na nauki eksplikatywne i normatywne. Otóż badanie prawa należy do klasycznych przykładów nauk normatywnych. „Normy nie są wyjaśnieniami tego, co jest, co zachodzi, lecz wypowiadają żądania, stwierdzają, że coś zachodzić powinno"[23]. W przeciwieństwie do poznawania powinności, nauki eksplikatywne zajmują się badaniem praw przyrody, funkcjonowaniem społeczeństwa czy polityką stosowaną. O ile zatem „czysta" nauka prawa bada jedynie płaszczyznę powinności, o tyle na przykład socjologia czy psychologia – jako nauki eksplikatywne – zajmują się wyjaśnianiem prawidłowości w sferze rzeczywistości, czyli „bytu". Jedne nauki poszukują odpowiedzi na pytanie, „co być powinno", podczas gdy inne starają się udzielić wyjaśnień w płaszczyźnie tego, „co jest". Ujmowanie przez Kelsena oddzielnie sfery „bytu" i „powinności" uwalnia „czystą" naukę prawa od badania rzeczywistości, wyznaczając jej pole poszukiwań w idealistycznie ujmowanych powinnościach. „W związku z interpretacją Kanta przez Windelbanda i Simmla – pisał Kelsen – stała się dla mnie powinność wyrazem samoistności prawa jako przedmiotu wiedzy pewnej, w odróżnieniu od rzeczywistości, dającej się ująć socjologicznie, a norma – wyrazem powinności w przeciwieństwie do reguły rzeczywistości". Ujęcie zatem sfery „powinności" (*sollen*) i „bytu" (*sein*) jako odrębnych płaszczyzn wyznacza podstawową dyrektywę metodologiczną normatywizmu, osiągając postać „czystej", czyli „powinnościowej" metodologii prawa[24].

---

[23] Cytaty pochodzą z: H. Kelsen, *Czysta teoria prawa*, Warszawa 2014.

[24] Por. C. Martyniuk, *Moc obowiązująca prawa a teoria Kelsena*, Lublin 1938, s. 56 i n.

Normatywizm przeprowadza linię między badaniem prawa i państwa. Na czołowe miejsce wysuwa się teoria prawa, pozostawiając problematykę teorii państwa w cieniu ustaleń uzyskiwanych w sferze poszukiwań nad systemem prawa. Teoria normy prawnej staje się jednym z fundamentalnych założeń filozofii normatywistycznej, głównie ze względu na przekonanie Kelsena, że budowa normy prawnej powinna zawierać całokształt problemów obowiązywania prawa. „Norma prawna – powiada Kelsen – musi zawierać w sobie wszystkie te elementy, które są istotne dla prawa przedmiotowego jako takiego, wszystkie te czynniki, które są charakterystyczne dla całego porządku prawnego". Pozytywizm odróżniał normy prawne skierowane do obywatela oraz normy prawne adresowane do organu państwowego, traktując jako zasadniczą normę skierowaną do obywatela. Miało to stać się, w przekonaniu pozytywistów, gwarancją liberalnego porządku. Kelsen natomiast, przyjmując strukturę rozumowania pozytywistycznego, zmienia pojęcie normy pierwotnej jako właśnie skierowanej do organu dysponującego sankcją, a więc do organu państwowego. Struktura normy prawnej wiąże się z rozważaniami normatywistów nad znaczeniem pojęcia przepisu i normy prawnej. Podobnie jak w tradycyjnych ujęciach, „normy" wyprowadzali oni z „przepisów", gdzie – jak wiadomo – kilka przepisów może składać się na normę prawną. Problem natomiast sprowadza się do elementów składowych normy prawnej.

W przekonaniu Kelsena schemat idealnej normy prawnej obejmuje hipotezę i sankcję, nie zawierając dyspozycji będącej wskazaniem oczekiwanego zachowania adresata. Dyspozycja, w przekonaniu Kelsena, funkcjonuje jedynie w sferze norm wtórnych, a nie pierwotnych, w znaczeniu, jakie nadał im normatywizm. Kelsen całą tę teorię formułuje językiem nader zawiłym. Wystarczy przytoczyć następujący cytat: „Jeżeli oznaczymy zachowania ludzkie przez M, a w szczególności działanie przez M^h, zaniechanie zaś przez M^u, zdarzenie przez E, akt przymusu zaś przez Z, wówczas otrzyma się taki przeciętny schemat zdania prawnego: jeżeli M^h + E (albo M^u + E), to Z→M; przy tym zakłada się jako przypadek normalny, że akt przymusu skierowany jest przeciw temu samemu człowiekowi, który sprowadził społecznie szkodliwe zdarzenie lub zaniechał przeszkodzenia w jego nastąpieniu".

Pojęcie systemu norm prawnych zmierza, w myśli Kelsena, do skoncentrowania badań na prawie pozytywnym. Na tym tle rozstrzyga wiele problemów niezbędnych dla zagwarantowania wewnętrznej spoistości i jednolitości systemu prawa. Ogólnie jednak mówiąc, na zagadnienie systemu prawa składają się trzy grupy problemów:

1) pozytywność prawa,
2) stopniowa budowa prawa,
3) szczególna konstrukcja normy podstawowej.

Pozytywność prawa sprowadza się do wyznaczenia granic badawczych nauki prawa, jak również do określenia samego zjawiska systemu prawa. Chodzi przede wszystkim o prawo obowiązujące. I tutaj Kelsen rozstrzyga jeden z podstawowych problemów związanych z uświadomieniem sobie obowiązywania prawa. Z logicznego punktu widzenia obowiązywanie prawa okazuje się niezależne od jakiejkolwiek rzeczywistości. „Prawna powinność obowiązuje w każdym przypadku i bez odpowiadającej jej treści rzeczywistości".

Norma podstawowa stanowi w spekulacjach Kelsena zasadnicze odniesienie w interpretacji obowiązywania całego systemu prawa. Przypomnijmy, że normatywistyczna teoria tzw. stopniowej budowy prawa, zasadniczo, opiera się na proceduralnym wynikaniu normy niższej z norm wyższych. Tak ukształtowana hierarchia norm jest niezależna od treści, opierając się na logiczno-systemowych przesłankach nadrzędności i podrzędności norm udzielających delegacji, a tym samym mocy obowiązującej. Wiązadłem prawnym tak uformowanej piramidy okazuje się konstytucja, chociaż powstaje pytanie o umocowanie ustawy zasadniczej. Otóż tworzy Kelsen hipotezę normy podstawowej: „Czysta teoria prawa posługuje się pojęciem normy podstawowej jako hipotetyczną podstawą. Jedynie bowiem przy założeniu, że posiada ona moc obowiązującą, może obowiązywać również i porządek prawny, który się na niej opiera".

Uznanie normy podstawowej opiera się, jak twierdzi Kelsen, na „minimum efektywności". Owo minimum odnosi się do społecznej akceptacji jakiejś formy ustroju, z czego wyprowadza się dalszy ciąg przepisów prawa, od konstytucji poczynając, na orzeczeniach sądowych i decyzjach administracyjnych kończąc. W ten sposób, w przekonaniu Kelsena, tworzy się „zamknięty" system prawa o cechach dynamicznych. „Poznanie prawnicze bada prawo jako system wyłączny, jako świat sam w sobie. W ramach tego systemu postawienie pytania, co to jest prawo, jako dotyczące *differentiam specificam*, nie ma sensu, gdyż wewnątrz tego systemu nie ma nic prócz prawa, wszystko jest prawem (...), każda podobna próba, podjęta przez prawnika, jest beznadziejna". Zakres interpretacji normy podstawowej, mimo trudności definicyjnych, jak również słabości związanych z wykładem formowania jej treści, Kelsen rozszerza nie tylko na prawo obowiązujące w wewnętrznych stosunkach danego państwa[25]. Całą konstrukcję przenosi na płaszczyznę prawa międzynarodowego. Nawiązuje

[25] Por. G.L. Seidler, *Doktryny prawne imperializmu*, Lublin 1979, s. 78–93; G.L. Seidler, *Z zagadnień filozofii prawa*, Lublin 1978.

do potępianego wcześniej prawa natury, a przede wszystkim podstawowej zasady *pacta sunt servanda*. Obowiązek przestrzegania umów staje się niezmiennym i porządkującym elementem prawa międzynarodowego: „charakter prawa naturalnego, jaki posiada podobna podstawa prawa międzynarodowego, nie może i nie powinien być zaprzeczany".

Klasyfikacja systemów prawa opiera się na analizie odniesienia konkretnych norm do normy podstawowej. Jest to problem powiązania każdej normy ze wspólną podstawą obowiązywania, jaką jest norma podstawowa, i na kanwie tych ustaleń Kelsen wyróżnia statyczny i dynamiczny system prawa. Różnice ujmuje w sposób następujący: „W statycznym rozwija się norma podstawowa w różniące się między sobą treściowe normy jej systemu, tak jak pojęcie ogólne w subsumujące się pod nie przedstawienia. Inaczej w systemie dynamicznym. Mamy z nim do czynienia, gdy norma podstawowa ogranicza się do upoważnienia określonej woli ludzkiej do stanowienia norm. Jedność systemu dynamicznego jest jednością stosunku delegacji". Dla przykładu można wskazać, że systemem statycznym jest moralność lub prawo natury, gdzie konkretne nakazy wynikają z zasady czy normy uznanej za bardziej podstawową. System prawny jest przykładem systemu dynamicznego, gdzie normy obowiązują nie ze względu na swoją treść, jak powyżej, lecz ze względu na formę ich powstania. „Za normę prawną uchodzi norma jedynie z tego powodu, że powstała w pewien szczegółowo oznaczony sposób, że została wytworzona według pewnej ściśle określonej reguły, według pewnej specyficznej metody". Dynamiczne pojmowanie systemu norm prawnych sprowadza się do zrozumienia konieczności „stopniowej budowy prawa", opartej na zasadzie dokonywanych konkretyzacji przez normy niższe, z upoważnienia norm o wyższej mocy wiążącej. Hierarchia norm, w ujęciu pozytywistów, przedstawia się następująco: najwyższym szczeblem prawa pisanego jest konstytucja ustanawiająca sposoby tworzenia ustawodawstwa niższego rzędu. Dalej idą normy ogólne, powstałe w procesie ustawodawczym, i dopiero na tej podstawie formuje się najniższy szczebel norm w postaci prawno-konstytucyjnych orzeczeń sądowych, konkretyzujących ogólnie brzmiące normy prawne. Dodajmy, że ponad konstytucją istnieje norma podstawowa, zaliczana do systemu prawa[26].

Kwestia obowiązywania systemu prawnego, w interpretacji normatywistycznej, przedstawia w odmiennej proporcji problematykę państwa i prawa. Tradycyjne w doktrynie przeciwstawienie czy też współdziałanie państwa

[26] Por. J. Wróblewski, *Krytyka normatywistycznej teorii państwa i prawa Hansa Kelsena*, Warszawa 1955, 234–267.

i prawa spotyka się z propozycją rezygnacji z odrębności tych zagadnień. Skoro w założeniach normatywizmu podstawową płaszczyzną poznania jest sfera norm prawnych, posiadających niejako „automatyczną" moc obowiązującą wyprowadzoną z przesłanek „normy podstawowej", to problematyka państwa traci tym samym na znaczeniu, szczególnie w świetle założenia, że państwo czy jego organy urzeczywistniają system powinności ustanowiony przez prawo pozytywne. Kelsen dochodzi do przekonania, że państwo „jest systemem norm prawa pozytywnego, gdyż obok tego systemu obowiązywanie innego systemu prawnego jest wykluczone". Idealistyczne pojmowanie państwa prowadzi Kelsena do wniosku określającego zjawisko w płaszczyźnie powinnościowej; tym samym państwo nie jest bytem doświadczalnym, niemieszczącym się w dziedzinie rzeczywistości społecznej. „Państwo jako porządek obowiązujących norm powinnościowych stoi ponad empirycznym bytem jednostek jako ideał lub wartość". Przy tych założeniach usiłuje Kelsen nawiązać do pozytywistycznych definicji państwa, przystosowując je do wymogów teorii normatywistycznej. Krytyka trójelementowej definicji państwa opiera się na założeniu, że terytorium tworzy przestrzenny zakres obowiązywania norm, czas – czasową sferę obowiązywania norm prawnych, natomiast ludność – osobową substancję obowiązywania prawa. Kelsen podkreśla oryginalność swego ujęcia, pisząc: „W zasadzie biorąc, cała różnica między teorią państwa szkoły wiedeńskiej i wcześniejszą nauką polega na tym, że ta nauka określiła państwo jako wielość ludzi, żyjących pod prawnie zorganizowaną władzą, podczas gdy szkoła wiedeńska ujmuje państwo jako porządek prawny, pod którym żyją ludzie".

Kelsen w podsumowaniu swego dorobku napisał w 1953 r. pracę *Czym jest sprawiedliwość?*, poszukując tzw. pozytywnej definicji sprawiedliwości. W tym celu dokonał krytycznej analizy głównych nurtów idealistycznych – opartych na platonizmie, chrześcijaństwie, kantyzmie i szkołach prawa natury – oraz analizy szkół praktycznych i materialistycznych z Arystotelesem i Marksem na czele. W rezultacie doszedł do przekonania, że żadna z tych formacji nie daje pozytywnej definicji sprawiedliwości, a głoszone przez nie zasady określił jako „formuły jałowe", do których, przykładowo, zaliczył także regułę „dać każdemu to, co mu się słusznie należy" (*suum cuique*), zasadę odwetu czy komunistyczną równość[27]. Zdaniem Kelsena pozytywna definicja sprawiedliwości opierać się powinna na trzech wartościach: 1) pokoju, 2) kompromisie i 3) tolerancji.

[27] Por. J. Rawls, *Teoria sprawiedliwości*, Warszawa 1994, s. 695–784.

Tak pojmowana sprawiedliwość strukturalnie ulokowana została poza normatywistycznym systemem kelsenowskich definicji, stając się pojęciem praktycznym, urzeczywistnianym w ustroju demokratycznym. Chodzi o to, że w praktyce państwa zmierzają w kierunku wzorców autorytarnych bądź demokratycznych, co uzależnione jest od poszanowania lub naruszania tych trzech komponentów. Swoje ustalenia określa Kelsen „moralnością relatywizującej filozofii sprawiedliwości", stąd demokracja okazuje się relatywnie, a nie absolutnie, najwyższą formą ustrojową, w praktyce sprzyjającą realizacji pozytywnej definicji sprawiedliwości[28].

Państwo ujmuje Kelsen w dwóch znaczeniach:

a) bytu czysto normatywnego wykreowanego przez system normatywny,

b) faktu politycznego transcendentnego względem prawa.

W drugim znaczeniu nawiązuje do trójelementowej definicji Jellinka, umieszczając w tej płaszczyźnie możliwość funkcjonowania swojej trójelementowej pozytywnej definicji sprawiedliwości. Tak pojmowana pozytywna sprawiedliwość staje się w ustroju demokratycznym czynnikiem równie kreatywnym, jak norma podstawowa w ustanawianiu systemu prawa, w sumie dowodząc idealistycznego spojrzenia Kelsena na państwo i prawo. Silne zróżnicowanie sprawiedliwości i niesprawiedliwości odpowiada w zarysie olbrzymiej skali przeciwieństwa demokracji i autokracji. „Demokracja łącznie ze swym przeciwieństwem dialektycznym – autokracją – wyczerpuje wszystkie możliwe formy państwa, a nawet społeczeństwa". Państwo parlamentarne kształtuje nowe pojęcie wolności – wolność anarchiczną przekształca w wolność demokratyczną; „wolność indywidualna, niedająca się w gruncie rzeczy zrealizować, ustępuje na plan dalszy, wyparta przez wolność zbiorowości społecznej". Tak pojmowany system parlamentarny okazuje się formą optymalnego urzeczywistniania idei wolności, stając się podstawą realizacji pozytywnej sprawiedliwości. Wpływy normatywizmu objęły prawie całą naukę burżuazyjną, znajdując sympatyków także wśród czołowych przedstawicieli polskiej teorii prawa okresu międzywojennego. Należał do nich znany erudyta krakowski, Władysław Leopold Jaworski, nadający swym normatywistycznym interpretacjom odcień wielce konserwatywny, oraz Szymon Rundstein[29], zmierzający do uzyskania przekraczającej rygoryzm Kelsena „czystości" metodologicznej oraz poszukujący, ze skrajną pieczołowitością, prawidłowości logiczno-strukturalnych w zakresie prawa pozytywnego.

---

[28] Por. Z. Ziembiński, *Wstęp do aksjologii dla prawników*, Warszawa 1990, s. 112–132.

[29] S. Rundstein, *Zasady teorii prawa*, Warszawa 1917.

Rozważania skoncentrowane na metodologii czołowych pozytywistów i normatywisty Kelsena miały na celu wyeksponowanie, z jednej strony, dążenia do uzyskania, w świetle czynionych założeń, rozdziału sfery powinności od sfery bytu, z drugiej, chodziło o wskazanie w niektórych punktach słabości tej metodologii, polegających na wykraczaniu poza czystą teorię prawa i odwoływanie się do czynników pozaprawnych, niezbędnych dla funkcjonowania całego systemu myślenia. Wymienić tutaj można sytuacje takie jak: u Austina odwoływanie się w systemie źródeł do prawa boskiego i tzw. pozytywnej moralności. Jellinek dowodzi siły akceptacji społecznej dla rzeczywistego funkcjonowania normy prawnej, stawiając przymus na dalszym planie. Ponadto, konstruując teorię gwarancji praworządności, wymienia je w kolejności znaczenia: gwarancje społeczne, polityczne i na końcu prawne. Natomiast najbardziej skrajny w tych klasyfikacjach Kelsen dowodzi istnienia tzw. normy podstawowej, nadającej dynamikę całemu systemowi prawa. Wszystkie te założenia, poczynając od Austina i Jellinka, a na Kelsenie kończąc, wskazują na konieczność odwoływania się przez tych normatywistów do pojęć poza prawnych, a w szczególności czyni to Kelsen z fundamentalną teorią normy podstawowej.

Konkluzje

W tej sytuacji H.L.A. Hart, jako „pozytywista miękki", z łatwością dostrzegał słabości poszukiwań czysto normatywnych. W każdym wypadku systemy prawa pozytywnego musiały uzyskać wsparcie jakichś czynników pozaprawnych. Stąd Hart, rozdzielając poznanie prawa, tworzy system reguł pierwotnych i wtórnych. Otóż pozytywizm i normatywizm dowodzą zasadniczości badań nad światem normatywnym, czyli nad sferą reguł pierwotnych. Niezbędna jest jednak znajomość reguł wtórnych, ponieważ sama płaszczyzna prawa pierwotnego nie wystarcza dla praktycznego działania prawa. Reguły wtórne bardzo często posiadają charakter normatywny. Ich podział przez Harta na trzy grupy dowodzi tylko siły tej argumentacji. Otóż pierwsze – reguły uznania – wskazują na doniosłość, poza prawem, postaw religijnych, prawa zwyczajowego czy orzecznictwa. Drugie – reguły zmiany, posiadające charakter proceduralny, określają tryb wejścia nowych przepisów w życie i również opierają się na poszanowaniu prawa zwyczajowego. Reguły orzekania, jako trzecie, opierają się w znacznym stopniu, poza prawem pozytywnym, na postawach wyznaniowych społeczeństwa, dominujących wzorcach moralnych czy prostym prawie zwyczajowym.

Analizując krytycznie metodologię Austina, Hart wskazuje na słabości założeń istnienia źródeł prawa w postaci odwołania się do prawa bożego. Tym samym, będąca punktem wyjścia, teoria rozkazodawczych funkcji prawa, ulega wewnętrznej korekcie, poprzez wyznaczenie jej granic interwencji w postaci aksjologii prawa wyższego ponad prawem pozytywnym, jakim jest prawo boże. Podobnie Jellinek nie pozostawał wzorcowo wierny założeniom pozytywistycznym, głównie w zakresie teorii gwarancji praworządności, gdzie gwarancje instytucjonalne zhierarchizował w sposób niekonsekwentny dla pozytywizmu, umieszczając je na trzecim miejscu, poniżej gwarancji społecznych i politycznych. Pozornie, wydawałoby się, hermetyczny system Kelsena, również w najdalszej konsekwencji odwołał się do przesłanek idealistycznych. Wprawdzie nie jest to prawo boże, ale jest to „norma podstawowa". Nie ulega wątpliwości, że norma podstawowa pozostaje jakimś systemem myślenia filozoficznego, można założyć doktrynalnego, co więcej, to właśnie norma podstawowa dynamizuje cały system prawa. Stojąc mianowicie ponad konstytucją, kojarzy się w szczególności z prawem bożym Austina.

Eksponując w tych sprawach niekonsekwencje metodologiczne czołowych pozytywistów i normatywizmu, Hart – pozostając w dalszym ciągu pozytywistą – poszukiwał kompromisu między idealistycznymi szkołami prawa a metodologią pozytywistyczną. Nie skierował swych rozstrzygnięć w stronę klasycznych szkół idealistycznych, lecz starał się wyeksponować rangę niepisanych reguł stosowania prawa, mających znaczenie równie doniosłe, jak samo prawo pozytywne. W tej sytuacji – uświadomienia wyraźnych słabości metodologicznych pozytywizmu i normatywizmu, w tworzeniu jedynie świata powinności – Hart sformułował metodologię z założenia pozytywistyczną, opierającą się jednak na badaniu praktyki stosowania prawa. Przy tych rezultatach nie może dziwić przełamanie bariery między światem powinności a światem bytu w zdefiniowaniu Harta jako „pozytywisty miękkiego".

Bibliografia

Czepita S., *Koncepcje teoretyczne Czesława Znamierowskiego*, Poznań 1988.
Dworkin R., *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1988.
Dworkin R., *Imperium prawa*, Warszawa 2006.
Dybowski K.I, *Johna Austina filozofia prawa*, Toruń 1991.
Dybowski K., *Utylitarystyczna filozofia prawa Johna Austina*, „Państwo i Prawo" 1992, z. 3, s. 66–71.
Finnis J., *Prawo naturalne i uprawnienia naturalne*, Warszawa 2001.
Fuller L.L., *Moralność prawa*, Warszawa 2004.
Hart H.L.A., *Pojęcie prawa*, tłum. J. Woleński, Warszawa 1998.

Hart H.L.A., *Eseje z filozofii prawa*, tłum. J. Woleński, Warszawa 2001.
Hobbes T., *Lewiatan*, Kraków 1954.
Jaskólski M., *Między normatywizmem i uniwersalizmem*, Wrocław 1988.
Jaskólski M., *Szkice o historii doktryn politycznych i prawnych*, Kraków 1985.
Jellinek G., *Ogólna nauka o państwie*, Warszawa 1924.
Kant, *Metafizyka moralności*, Warszawa 2005.
Kelsen H., *Czysta teoria prawa*, Warszawa 2014.
Maneli M., *Historia doktryn polityczno-prawnych*, t. II, Warszawa 1964.
Martyniuk C., *Moc obowiązująca prawa a teoria Kelsena*, Lublin 1938.
Opałek K., Wróblewski J., *Pozytywizm prawniczy*, „Państwo i Prawo" 1954, z. 9, s. 5–42.
Rawls J., *Teoria sprawiedliwości*, Warszawa 1994.
Rawls J., *Liberalizm polityczny*, Warszawa 1998.
Rundstein S., *Zasady teorii prawa*, Warszawa 1917.
Seidler G.L., *Doktryny prawne imperializmu*, Lublin 1979.
Seidler G.L., *Z zagadnień filozofii prawa*, Lublin 1978.
Stelmach J., Sarkowicz R., *Filozofia prawa XIX i XX wieku*, Kraków 1998.
Woleński J., *Wstęp* do: H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, Warszawa 1998.
Wróblewski J., *Z zagadnień pojęcia i ideologii demokratycznego państwa prawnego (analiza teoretyczna)*, „Państwo i Prawo" 1990, z. 6, s. 3–16.
Wróblewski J., *Krytyka normatywistycznej teorii państwa i prawa Hansa Kelsena*, Warszawa 1955.
Woleński J., *Wprowadzenie* do: H.L.A. Hart, *Eseje z filozofii prawa*, Warszawa 2001.
Ziembiński Z., *Wstęp do aksjologii dla prawników*, Warszawa 1990.
Zorkin W.D., *Pozitiwistskaja teoria prawa w Rosiji*, Moskwa 1978.

Licencja Creative Commons © by Wydawnictwo EUH-E, Elbląg 2020, pewne prawa zastrzeżone.