

Stanley L. Paulson

Uniwersytet Waszyngtona w St. Louis,
Uniwersytet Chrystiana Albrechta w Kilonii

Kelsen jako odmieniec. Obrona radykalnej teorii norm¹

Wprowadzenie

Julius Binder (1870–1939) konkluduje zapomniany od dawna esej z 1912 r. *Norma prawna i obowiązek prawny* zaskakującym (ostrożnie rzecz formułując) stwierdzeniem, że „prawo z (*prawnego punktu widzenia*) nie nakłada wcale obowiązków” (Binder 1912, 47). Kluczem jest natomiast odpowiedzialność. Wskazanie na odpowiedzialność, zamiast na obowiązek jest dla Bindera drogą do uniknięcia problemów, które łączą się z obowiązkami. Jednakże Binderowi nie udało się zrealizować w pełni swojego programu.

Program Bindera jest współcześnie praktycznie nieznany. To samo dotyczy radykalnej teorii norm opracowanej ćwierć wieku później przez Hansa Kelsena (1881–1973), a potem ulepszonej w pracach, które uwiecznione zostały sformułowaniem jego teorii w drugim wydaniu *Reine Rechtslehre (Pure Theory of Law)*, opublikowanym w 1960 r. Teoria Kelsena jest nie tylko prawie nieznana², ale podobnie jak w przypadku teorii Bindera zaskakująca. Kelsen twierdzi, że fundamentalną modalnością normatywną jest upoważnienie, a obowiązek jest zdegradowany do statusu pojęcia pochodnego. To twierdzenie Kelsena stanowi jego sukces, który uprzednio mu umknął. Od początku swej twórczości starał się on wyeliminować z teorii prawa pojęcie obowiązku jako niezależne pojęcie. We wczesnych pracach Kelsena jego teoria sankcji, połączona ze śmiałą modernizacją pojęcia bezprawia (*Unrecht*) jako spełnienia warunku, wymagającego reakcji

¹ Artykuł ukazał się po raz pierwszy jako „Hans Kelsen as Outlier: the Defence of a Radical Norm Theory”, in: *Contemporary Perspectives on Legal Obligation*, ed. Stefano Bertea (London and New York: Routledge, 2021), pp. 54–67. Tłumaczenie na język polski jest publikowane dzięki uprzejmości wydawnictwa Routledge oraz redaktora tomu. W tekście utrzymano oryginalne odniesienia bibliograficzne oraz sposób ich powoływania. W tekście wskazano dopiski tłumacza oraz pochodzące od niego przypisy. Tłumacz dziękuje dr Monice Zalewskiej za cenne wskazówki.

This paper first appeared under the title “Hans Kelsen as Outlier: the Defence of a Radical Norm Theory”, in: *Contemporary Perspectives on Legal Obligation*, ed. Stefano Bertea (London and New York: Routledge, 2021), pp. 54–67. The Polish translation is published with the kind permission of Routledge and the editor. The text maintains the original references and the method of their citation. The translator’s notes and footnotes have been indicated. The translator would like to thank Dr Monika Zalewska for her valuable advice.

² Nieznana, gdyż komentatorzy, praktycznie bez wyjątków, opierali się na ujęciu teorii Kelsena, przedstawionym przez H.L.A. Harta (Hart 1961, s. 35–38), które jest trafne w odniesieniu do wczesnego Kelsena, lecz nie do Kelsenowskiej teorii norm, rozwijanej przez niego począwszy od połowy lat trzydziestych, włączając w to drugie wydanie *Reine Rechtslehre* (Kelsen 1960).

prawnej, w sposób widoczny służyła wyeliminowaniu obowiązku prawnego podmiotu prawa. Jednakże teoria ta zakładała obowiązki po stronie urzędników³. Ostatecznie to właśnie urzędnicy są zobowiązani do nakładania sankcji, a skoro tak jest, pojęcie obowiązku okazuje się odporne. Jest to problem, który Kelsen zamierza rozwiązać przez dokonanie przełomu w latach trzydziestych XX w. Wprowadza on upoważnienie jako podstawowe pojęcie, a obowiązek jako pojęcie pochodne, które może zostać objaśnione przez odwołanie się do upoważnienia, a ma tu na myśli obowiązki urzędników.

Zbadam teorię Kelsena w trzech częściach tego opracowania. W części 1 opiszę punkt wyjścia, rozważając argumenty Kelsena w jego bardzo wczesnych pracach, odnoszące się do idei obowiązków nakładanych na podmioty prawne. Jak zobaczymy, argumenty te w pewnych przypadkach nie osiągają celu, a to może być istotne dla wskazania w jakiej mierze Kelsen był gotowy do wyeliminowania pojęcia obowiązku.

W części 2 zajmę się doktryną *Stufenbau*, rozpowszechnioną w Wiedeńskiej Szkole Teorii Prawa i uznawaną za jej pojęcie systemu prawa. Alfred Verdross (1890–1980), prominentny członek Szkoły Wiedeńskiej napisał w roku 1930, że system prawny – a więc *Stufenbau* – służy jako podstawa określenia postaci normy prawnej. To twierdzenie ma istotną implikację. Wprowadzenie *Stufenbau* do rozważań Szkoły Wiedeńskiej w latach dwudziestych XX w. prowadziło wprost do normy upoważniającej jako *następnika* tej implikacji. Chodzi tu o konstytucyjne i ustawowe normy upoważniające, a zatem normy zależne w terminologii, którą Kelsen przyjmie w późniejszych pracach.

W części 3 zajmę się dalszym rozwojem Kelsenowskiej teorii norm upoważniających w połowie lat trzydziestych XX w. w kontekście jego teorii sankcji. Krótko rzecz ujmując, urzędnicy są upoważnieni do nakładania sankcji. Używane przy różnych okazjach stwierdzenie, że urzędnik jest zobowiązany do nałożenia sankcji jest teraz objaśnione przez odwołanie się do par norm upoważniających na sąsiadujących poziomach *Stufenbau*. Tak rozumiane normy upoważniające są niezależnymi normami prawnymi. Innymi słowy tworzą one drugi rodzaj norm upoważniających⁴.

1. Kelsenowski jedyny rodzaj normy, tj. norma sankcjonująca w *Hauptprobleme* (1911)

W swojej wczesnej pracy Kelsen zakłada, że jego teza o istnieniu jedynego rodzaju norm (jego własne stanowisko) oraz imperatywna teoria prawa łącznie wyczerpują wszystkie możliwości; *tertium non datur*. Zatem argument Kelsena polega na tym, że jeżeli imperatywna teoria prawa okaże się nie do utrzymania, to pozostaje tylko jego teoria.

Kelsen kieruje swoją argumentacją przeciwko dobrze znanej teorii imperatywnej opracowanej na potrzeby prawa karnego przez Karla Bindinga (1841–1920). Teoria Bindinga odróżnia dwa rodzaje norm: hipotetycznie sformułowaną normę sankcjonującą adresowaną do urzędników oraz imperatyw, normę nakładającą obowiązek adresowaną do podmiotów prawnych. Pierwszy z tych rodzajów norm jest nieodróżnialny od Kelsenowskiej normy sankcjonującej, którą przedstawia on w *Hauptprobleme*. Podsumowując stanowiska Bindinga Kelsen stwierdza:

Jak dobrze wiadomo, rdzeniem teorii Bindinga jest odróżnienie norm prawa karnego (*Strafrechtsatz*) od tego, co Binding określa przez przeciwstawienia jako „normę”. Bindingowska

³ Autor używa określenia „officials” mając na myśli zarówno sędziów, jak i organy administracyjne (przyp. tłum.).

⁴ W rzeczywistości istnieją trzy rodzaje – zależne, niezależne i kompletne. Najlepszy opis wszystkich trzech znaleźć można w Merkl 1931, 274.

norma prawa karnego ma dokładnie taką samą postać która, zgodnie z poglądem przedstawianym przeze mnie jest istotna dla normy [sankcjonującej]; jest ona hipotetycznym sądem o ... woli państwa, a w gruncie rzeczy, jako że Binding skupia się tylko na prawie karnym – woli państwa ... wymierzenia kary. Binding uważa jednakże, że oprócz tej normy [sankcjonującej] prawa karnego, musi być założona druga norma prawna. Jest nią „imperatyw” albo „powinieneś” wymagający od podmiotu zachowania się zgodnego z prawem. Binding nazywa ją „normą” (Kelsen, 1911, 270–1, cytując Bindinga 1890, 7).

W sporze z Bindingowskim drugim rodzajem norm, tj. imperatywem, Kelsen odwołuje się do trzech argumentów; po pierwsze do argumentu z nieuprawnionego metaforycznego użycia języka, po drugie do argumentu z odróżnienia prawa i faktu, a po trzecie do argumentu z konkurencyjnych postaci norm prawnych.

Argument z nieuprawnionego metaforycznego użycia języka. Binding używa języka potocznego dla wyrażenia braku zgodności z imperatywem – ktoś przekracza normę, łamie normę, narusza prawo etc. Binding pisze na przykład, że „łamiący prawo może przekroczyć (*übertreten*) tylko taką normę, która zawiera regułę dla jego postępowania” (Binding 1890, 7, cytowany w: Kelsen 1911, 273). Kelsen twierdzi, że metaforyczne użycie wyrażenia, które nie ma prawnego zastosowania jest nieuprawnione w kontekście prawnym. Dosłowne użycie wyrażenia „przekraczać” odnosi się do granicy, a przekroczenie granicy oznacza wykroczenie poza nią. To dosłowne użycie nie ma, wedle Kelsena, znaczenia prawnego. Zatem, jak konkluduje, metaforyczne użycie wyrażenia „przekraczać” jest nieuprawnione w prawnym kontekście; bo takie użycie pasyżtuje na dosłownym, nie-prawnym użyciu.

Kelsen stosuje to samo rozumowanie do wyrażenia „naruszyć”, które znaczy „uszkodzić” bądź „złamać”. W swoim dosłownym użyciu odnosi się ono do ciała (*Körper*) (Kelsen 1911, 273), a takie użycie, zdaniem Kelsena, nie ma zastosowania prawnego. Metaforyczne użycie wyrażenia w kontekście prawnym pasyżtuje na dosłownym, pozaprawnym użyciu i z tego względu jest nieuprawnione. Kelsen podsumowuje swoje stanowisko następująco: norma „Nie powinieneś kraść” nie jest w większym stopniu naruszona przez kradzież niż norma „Jeżeli ukradniesz, państwo cię ukarze” (Kelsen 1911, 273).

W tym miejscu jest się gotowym posłuchać rady Thomasa S. Kuhna (1922–1996), który napisał kiedyś, że „czytając prace wybitnego myśliciela, popatrz przede wszystkim na pozorne absurdy w tekście i zadaj sobie pytanie dlaczego rozsądna osoba mogła coś takiego napisać” (Kuhn 1971, xii). Kuhn twierdzi dalej, że jeżeli przeprowadzi się interpretację, to może ujawnić się coś ważnego w całym tekście takiego myśliciela. W przypadku Kelsena absurdy – można je życzliwie określić jako definicje projektujące – wskazują na jego obsesję potrzeby wyeliminowania wszelkich śladów mówienia o obowiązkach.

Argument z odróżnienia prawa i faktu. Binding jako cel prawa wskazuje pokój. Stan pokoju jest naruszany przez akt złamania prawa. Jak pisze Binding: „Ludzie obecnie i w przeszłości dostrzegają istotę osoby łamiącej prawo w tym, że zakłóca ona pokój, narusza prawo i ustawy (*das Recht, die Gesetze*). Z tego bierze się określenie «łamiący prawo»” (Binding 1890, 3).

Ale dlaczego naruszenie prawa uznawane jest za naruszenie? Binding argumentuje przez odwołanie się do celu prawa, którym wedle niego jest zachowanie pokoju. Ponieważ akt przestępczy zakłóca pokój, to podważa cel prawa i dlatego stanowi jego naruszenie.

Kelsen oskarża Bindinga o pomieszanie prawa i faktu. Jak utrzymuje Kelsen, pokój jest sprawą faktów, a pojęciowe kwestie nauki prawa nie mogą zostać rozstrzygnięte przez odwołanie się do faktów. Jeżeli Binding traktuje pokój jako sprawę faktów, to lekceważy

odróżnienie prawa i faktu. Kelsen twierdzi, że zagadnienie pokoju, jako zagadnienie faktyczne, należy do zakresu nauk wyjaśniających, takich jak socjologia i psychologia społeczna. Dla Kelsena, prawo jest środkiem do osiągnięcia pokoju, a zagadnieniem prawniczym nie jest „materialny element celu, ale raczej *formalny* element środków” (Kelsen 1911, 272). Błąd Bindinga, jak twierdzi Kelsen, polega na niedostrzeżeniu odróżnienia tego co formalne od tego co materialne, prawa i faktu.

Ten argument Kelsena byłby jednakże trafny tylko wtedy, gdybyśmy zaakceptowali odróżnienie pomiędzy *celem* prawa jako sprawą faktów a *środkami* do tego celu jako sprawą prawa. Binding z pewnością nie akceptuje tego odróżnienia. Wprowadza on wymiar teleologiczny, który stanowi podstawę dla jego twierdzenia, że pokój jest celem prawa karnego. Kelsen odrzuca ten rzekomy teleologiczny wymiar prawa jako splot faktów, ale nie przedstawia argumentacji za takim odrzuceniem.

Argument z konkurencyjnych postaci norm prawnych. Ostatecznie Kelsen kieruje swoją krytykę przeciwko postaciom imperatywu przyjmowanym przez Bindinga, który odróżnia, *inter alia*, dwie takie postaci (1) „Nie powinieneś zabijać” oraz (2) „Nie powinieneś zabijać pod groźbą kary” (Binding 1890, 37). Argument Bindinga przemawiający za odrzuceniem postaci (2) jest bardzo interesujący. Twierdzi on, że przyjęcie tej postaci oznaczałoby przyznanie podmiotowi prawnemu wyboru pomiędzy dostosowaniem się do normy a podjęciem ryzyka poniesienia kary w przypadku niedostosowania się, a zaoferowanie takiego wyboru nie odpowiada treści rozkazu (Binding 1890, 38–9). Romanista William W. Buckland (1859–1946) ujął to tak: przez zawarcie umowy „nie kupujesz prawa do odszkodowania, lecz kupujesz konia” (Buckland 1945, 98).

Z uwagi na to, że Kelsen generalnie odrzuca imperatywy, nie spiera się z Bindingiem co do odrzucenia postaci (2). Spiera się jednak natomiast z argumentem Bindinga za tym odrzuceniem. Twierdzi, że możliwość wyboru nie może być nigdy odebrana podmiotowi. „Argument [Bindinga] jest nie do utrzymania z uwagi na to, że żaden rozkaz jakiegokolwiek rodzaju nie może absolutnie pozbawić kogoś możliwości wyboru” (Kelsen 1911, 279).

Niemożliwy do utrzymania? W tym miejscu Kelsen miesza prawo i fakt, *sollen* i *sein*. Binding broni poglądu, że z uwagi na sam charakter rozkazu, adresat rozkazu nie może być uznany za mającego wybór. Kelsen jednakże uważa, że *de facto* adresat rozkazu zawsze będzie miał wybór. To twierdzenie dotyczy świata natury, świata faktów, a więc (i właśnie w tym jest problem) nie jest ono zgodne z własną tezą Kelsena o czystości, która w naukach prawnych zakazuje opieranie koncepcji teoretycznoprawnej na odwołaniu się do faktów. Kelsen usiłuje odrzucić naturę rozkazu (a mianowicie to, że adresat rozkazu nie ma wyboru, lecz winien go przestrzegać) przez odwołanie się do kwestii faktycznych. Jak się zatem wydaje, Kelsen może udzielić odpowiedzi Bindingowi tylko przez naruszenie fundamentalnej tezy swej własnej teorii prawa, a mianowicie tezy o czystości.

Podsumowując moglibyśmy zapytać, jak wypadają argumenty Kelsena w jego odpowiedzi Bindingowi. Po pierwsze, jak zaznaczono, Kelsen stara się odrzucić język, którego używamy dla wyrażenia naruszeń imperatywu. Drugi argument zmierza do wykluczenia odwołania się do celu, a mianowicie zachowania pokoju, rozumianego przez Bindinga jako część imperatywów w prawie karnym. A trzeci argument Kelsena zmierza do zakwestionowania normatywnego znaczenia imperatywu, jako że podmiot prawny zawsze będzie miał wybór pomiędzy przestrzeganiem a nieprzestrzeganiem imperatywu.

Zestaw argumentów Kelsena, uzasadniających jego krytykę Bindinga nie jest przekonujący. *The lady doth protest too much, methinks*⁵. Co więcej, powstają problemy nawet jeżeli dla celów dyskusji przyjmiemy doktrynę Kelsena, że normy sankcjonujące są jedynym rodzajem norm.

Najpoważniejszy z tych problemów dotyczy obowiązków urzędników prawnych, odzwierciedlających w oczywisty sposób pojęcie, które zostało jawnie wykluczone z nauk prawnych, a mianowicie pojęcie obowiązku. „Powinność” obowiązku prawnego, ujawniająca się w obowiązku urzędników prawnych nałożenia sankcji stanowi problem dla Kelsena w jego poszukiwaniach idealnej językowej postaci normy prawnej, które to zadanie proklamuje w *Hauptprobleme*. W celu rozwiązania tego problemu, Kelsen w latach trzydziestych wprowadza upoważnienie jako modalność norm sankcjonujących.

Kelsenowska norma sankcjonująca jako jedyny rodzaj norm pochodzi z dzieła, które dla pewnych celów może być uznane za traktat pre-systemowy, a mianowicie z *Hauptprobleme*. Określenie „pre-systemowy” wskazuje na brak rozwiniętego pojęcia systemu prawa. W wyniku tego, pewne zasadnicze kwestie pozostają nieuwzględnione. W szczególności normy upoważniające, rozpatrywane z punktu widzenia rozwiniętego systemu prawa, nie są wcale widoczne w *Hauptprobleme*.

Wszystko to ulega fundamentalnej zmianie, kiedy Kelsen przyjmuje w połowie lat dwudziestych doktrynę *Stufenbau* Merkla, co oznacza inkorporację do teorii prawa Kelsena w pełni rozwiniętego pojęcia systemu prawa. Przyjęcie doktryny *Stufenbau* oznacza w rzeczywistości nowy początek jego badań poświęconych teorii norm. Jest tak dlatego, że system prawa determinuje postać norm.

2. O upoważnieniu. Pierwszy zestaw ulepszeń: doktryna *Stufenbau*

System prawny składa się z wielu poziomów – *Stufen* w języku Adolfa Juliusa Merkla (1890–1970). Poziomy są jednym z wymiarów Merklowskiej budowli, drugim wymiarem jest hierarchia. *Stufenbau* w terminologii Merkla jest dosłownie „konstrukcją składającą się z poziomów”, a ta wertykalna konstrukcja wiedzie wprost do pojęcia hierarchii. Najlepszą współczesną ilustracją hierarchii jest zapewne doktryna źródeł prawa. W tradycji filozoficzno-prawnej idea hierarchii jest znana ze średniowiecznego uporządkowania prawa wiecznego, prawa natury i prawa pozytywnego. Natomiast w analitycznej jurysprudencji ostatniego wieku, najbardziej prominentną ilustracją hierarchii jest Merklowska doktryna *Stufenbau*.

Stufenbau zawierająca poziomy wyznacza warunkujące (*bedingende*) normy znajdujące się na różnych poziomach, a są to normy upoważniające. Tu Kelsenowska koncepcja norm prawnych jako wyznaczonych przez system prawa jest jasna lub, bardziej precyzyjnie, jest jasna pojęciowo, ale doktrynalnie w mniejszym stopniu. Doktryna upoważnienia wynika milcząco z przyjętej przez Kelsena Merklowskiej doktryny *Stufenbau*. Być może rola upoważnienia w doktrynie *Stufenbau* wydawała się być zbyt oczywista na to, by wymagać specjalnej uwagi. W każdym razie w okresie rozkwitu doktryny *Stufenbau* upoważnieniu nie poświęcono szczególnej uwagi.

W latach trzydziestych rozwój doktryny Kelsena zmienił postać rzeczy. Kelsen zwraca się ku modalności upoważnienia w odniesieniu do normy sankcjonującej

⁵ „Zdaje mi się, że ta dama przyrzeka za wiele”. W. Shakespeare, *Hamlet*, akt III, scena 2, w przekładzie Józefa Paszkowskiego, Kraków 1909 (przyp. tłum.).

i poświęca uwagę temu zagadnieniu w długim artykule, do którego wrócę w części 3. Norma sankcjonująca nie jest teraz rozumiana jako hipotetycznie sformułowany obowiązek, lecz jako upoważnienie, a obowiązkowi przypisuje się status pojęcia pochodnego. To przygotowuje drogę dla dalszego rozwinięcia ogólnej teorii norm w latach pięćdziesiątych XX w., którą to teorię Kelsen przedstawia w częściowej postaci w drugim wydaniu *Reine Rechtslehre*.

W tym miejscu zajmę się jednak doktryną *Stufenbau* tak jak została ona przedstawiona w pracach Merkla i Kelsena. Merkl po raz pierwszy wprowadza elementy tej doktryny w artykule *Prawo w świetle jego stosowania*, który ukazał się w pięciu częściach (Merkl 1916–1919). Pierwsza bardziej lub mniej systematyczna prezentacja tej doktryny ukazała się w 1923 r. w dziele Merkla *Nauka o mocy prawnej*. Drugie systematyczne opracowanie tej doktryny zawarte jest w artykule *Prolegomena* z 1931 r., niewątpliwie najlepiej znanej pracy Merkla, stanowiącej najszerze opracowanie doktryny *Stufenbau*. Jednakże, podobnie jak poprzednio, Merkl uważał to opracowanie za wstępne, czemu dał wyraz w tytule artykułu. W przypisie końcowym artykułu z 1931 r. Merkl stwierdza, że przygotowuje monografię o *Stufenbau*. Niestety monografia ta nie została opublikowana.

Kelsen zaakceptował Merklową doktrynę *Stufenbau* całkowicie i bez zastrzeżeń, początkowo w artykule z 1923/4 r., a następnie w dziele *Allgemeine Staatslehre* z 1925 r. Od tego czasu doktryna *Stufenbau* występuje we wszystkich dziełach Kelsena aż do końca jego klasycznego okresu. Co więcej, Kelsen już w 1923 r. uznaje swój dług wobec Merkla.

[Jest] zasługą Adolfa Juliusa Merkla rozpoznanie, a następnie charakterystyka systemu prawa jako *genetycznego* systemu norm prawnych, które przechodzą z jednego poziomu konkretyzacji do następnego, z konstytucji do ustawy, do regulacji administracyjnych i innych pośrednich poziomów, aż do indywidualnego aktu egzekwowania (Kelsen 1923, xiv).

Częścią Merklowskiej doktryny *Stufenbau* jest dynamiczna koncepcja prawa, a więc myśl, że prawo rządzi swoim własnym tworzeniem. Ta doktryna jest znana z Kelsenowskiej Czystej Teorii Prawa:

Z uwagi na dynamiczny charakter prawa, norma obowiązuje, ponieważ została stworzona w pewien sposób, to znaczy w sposób określony przez inną normę, a ta druga norma jest zatem podstawą obowiązywania pierwszej normy. Relacja pomiędzy normą określającą sposób utworzenia innej normy a normą utworzoną w ten sposób może zostać unaoczniona przez przedstawienie uporządkowania norm jako należących do wyższego i niższego poziomu. Norma określająca sposób utworzenia jest normą wyższego poziomu, a norma utworzona zgodnie z tym określeniem jest normą niższego poziomu (Kelsen 1934, 74).

Można dać wyraz dynamicznej koncepcji prawa w rozumieniu Merkla i Kelsena przez rozważenie systematycznej dwuznaczności określenia „wydanie”. Z punktu widzenia normy wyższego poziomu, wydanie normy niższego poziomu, np. regulacji administracyjnej jest *stosowaniem prawa*. Oznacza to, że upoważniająca norma z wyższego poziomu jest stosowana. Z punktu widzenia normy z niższego poziomu, wydanie regulacji administracyjnej jest aktem tworzenia prawa. Wykonanie upoważnienia przyznanego przez normę z wyższego poziomu służy do stworzenia nowej normy.

Efektom tej dynamicznej koncepcji jest relatywizacja odróżnienia stosowania prawa i jego tworzenia, a przez to relatywizacja statusu różnych rodzajów prawa – prawa konstytucyjnego, prawa ustawowego, regulacji administracyjnych itd. Legislacja, okręt flagowy pozytywistycznej teorii prawa z okresu *fin-de-siecle*, traci swą uprzywilejowaną

pozycję. Jak pisze Kelsen „to właśnie Merkl zwalczył przesąd, który podtrzymywałem twardo jeszcze w *Hauptprobleme*, że prawo jest odnajdywane tylko w ogólnych ustawach” (Kelsen 1923, xv).

Budowę doktryny *Stufenbau* Merkl rozpoczyna od zagadnienia pojęciowego. Zadaje pytanie, jaka jest minimalna liczba poziomów wymaganych dla hierarchii po to, aby konstrukcja mogła zostać uznana za system prawa. Rozważając to zagadnienie, Merkl nie zajmuje się rozmaitymi współczesnymi przygodnymi formami prawa czy procesami prawnymi, takimi jak legislacja czy administracja. Jego celem jest raczej odkrycie głębokiej podstawy prawa, niezależnej od jego przygodnych form czy procesów.

Aby udzielić odpowiedzi na to pytanie Merkl wprowadza postać wodza wioski (*Hauptling*), który jako przywódca i jedyny sędzia ma całkowitą swobodę rozkazywania swoim poddanym, karania złoczyńców itd. Merkl twierdzi, że aby taka konstrukcja była systemem prawa, musi ona zawierać nie tylko poziom rozkazów wodza, lecz także drugi poziom. „System prawa z konieczności musi być przedstawiony jako hierarchia zjawisk prawnych, a ta hierarchia z konieczności zawiera co najmniej dwa poziomy, przy czym przynajmniej jedna «warunkująca» postać prawa jest zestawiana z «uwarunkowaną» postacią prawa” (Merkl, 1922, 340).

„Warunkująca” postać prawa znajduje się na wyższym poziomie i zawiera normy upoważniające, „uwarunkowana” postać prawa znajduje się na niższym poziomie i zawiera dyrektywy. Rozważania Merkla idące w tym kierunku tworzą formę „podwójnej instytucjonalizacji”, dobrze znaną, w nieco innym przebraniu, z Hartowskiego „związku pierwotnych reguł nakładających obowiązki z regułami wtórnymi”, a przez to „przekształcającą reżim reguł pierwotnych w coś, co niezaprzeczalnie jest systemem prawa” (Hart 1961, 91).

Merkl twierdzi, że nawet najprostsze systemy prawa są konstytuowane przez wyższy poziom, na przykład przez *regis voluntas suprema lex*, jako normę źródłową (*Ursprungnorm*). Kłopotem, na który trzeba tu wskazać jest dwuznaczność „normy źródłowej”. We wczesnych pracach Merkl i Kelsen proponują dwa różne odczytania „normy źródłowej”. Może ona być uznana za obejmującą normy konstytucyjne w całkowicie prostym sensie albo może być uznana za normę podstawową, która przyjmuje postać upoważnienia.

To drugie odczytanie „normy źródłowej” jako tak zwanej konstytucji prawno-logicznej lub Kelsenowskiej normy podstawowej jest problematyczne. Jeden z tych problemów jest ogólny, drugi specyficzny dla Wiedeńskiej Szkoły Teorii Prawa. Ogólny problem polega na tym, że Kelsenowska norma podstawowa jest notorycznie niejasna. Teoretycy prawa, którzy zainteresowani są Merklowską doktryną *Stufenbau* zostaliby spłoszeni, gdyby doszli do wniosku, że doktryna ta skazuje ich na przyjęcie Kelsenowskiej normy podstawowej.

Drugi problem jest specyficzny dla tych teoretyków, przede wszystkim należących do Szkoły Wiedeńskiej, którzy akceptują normę podstawową. Jak to ujmuje Kelsen, norma podstawowa nie jest normą prawa pozytywnego, lecz raczej jest „pomyślaną” lub założoną normą znajdującą się poza systemem norm prawa pozytywnego. Wyższy poziom w dwupoziomowym schemacie nie jest zatem wcale częścią prawa pozytywnego, a to wypacza doktrynę Merkla.

Istnieje jednak łatwo dostępna alternatywa, przynajmniej z punktu widzenia Merkla. We wczesnej pracy Merkl nie używa pojęcia normy źródłowej jako odnoszącego się do normy podstawowej jako „pomyślanej” lub założonej normy. Kelsen w większości swoich wczesnych prac (przed rokiem 1920) także nie używa tego pojęcia w ten sposób. Obaj teoretycy zauważają dwuznaczność „normy źródłowej”. Zgodnie z wczesnymi

pracami Merkla i Kelsena będą stosował pojęcie „normy źródłowej” w Merklowskim dwupoziomowym schemacie na określenie pozytywnoprawnej konstytucji. Nie zajmuje mnie bowiem ostateczne ugruntowanie systemu prawa, lecz pojedynczy aspekt jego struktury, a mianowicie „warunkująca” lub upoważniająca funkcja na wyższym poziomie dwupoziomowego schematu.

Merkl oczywiście nie sugeruje, że dwupoziomowy schemat może służyć jako opis współczesnego systemu prawnego. Oprócz tego „pojęciowego minimum” *Stufenbau* odzwierciedlająca hierarchiczną strukturę współczesnego systemu prawnego musi zawierać rozmaite warunkujące i uwarunkowane poziomy lub *Stufen* wypełniające *Stufenbau*. Jeżeli norma źródłowa jako norma podstawowa jest wbudowaną w tę strukturę, to normy konstytucyjne są zarówno normami warunkującymi, jak i uwarunkowanymi, a to samo dotyczy w każdym przypadku norm ustawowych, a na następnym niższym poziomie norm administracyjnych, a dalej na jeszcze niższym poziomie w regulacjach administracyjnych norm sankcjonujących.

Do tego miejsca badanie doktryny *Stufenbau* nie nastroczało trudności. Problem normy źródłowej na wierzchołku *Stufenbau* wskazuje na rozwiązanie. Pozytywnoprawna konstytucja – co jest prostym rozwiązaniem w dwupoziomowej konstrukcji – zajmuje swoje miejsce w strukturze hierarchicznej, a przez to odzwierciedla ona wyższy, „warunkujący” poziom w tej konstrukcji.

Inny, trudniejszy problem powstaje na drugim końcu *Stufenbau*, u jej podstawy. Tutaj problemem jest status aktów przymusu, sankcji prawnej nałożonej przez wykonanie upoważnienia przyznanego przez normę sankcjonującą. Rzecz jasna akt przymusu nie jest normą.

Traktowanie aktu przymusu jako dopełnienia konstytucji lub normy źródłowej na pierwszy rzut oka wydaje się rozsądnym posunięciem. Tak samo jak norma na wierzchołku *Stufenbau* – czy będzie to konstytucja czy też norma źródłowa jako norma podstawowa – warunkuje, ale nie jest uwarunkowana, akt przymusu na najniższym poziomie *Stufenbau* jest uwarunkowany, lecz nie warunkuje. Łącznie reprezentują one niesymetryczne elementy doktryny *Stufenbau*. Jak pisze Merkl:

Tylko pierwszy i ostatni człon tego podwójnego procesu reprezentują ze swej natury po prostu odpowiednio tworzenie prawa i jego stosowanie. ... Zjawisko prawne, które nie jest warunkiem dla dalszego zjawiska prawnego na pewno jest stosowaniem prawa, a nie jego tworzeniem i dlatego też nie może zostać zakwalifikowane jako *norma prawna* (Merkl 1923, 218).

Ujmując rzecz krótko, Merkl uznaje asymetrię zarówno u podstawy *Stufenbau*, jak i na jej wierzchołku. Podobnie Kelsen:

Ostatnią fazą procesu tworzenia prawa, który rozpoczyna się wraz z ustanowieniem konstytucji jest wykonanie aktu przymusu jako konsekwencji bezprawnego działania ... [P]odczas gdy założenie normy podstawowej ma charakter czystego tworzenia prawa, ... akt przymusu ma charakter czystego stosowania (Kelsen 1934, 82–3).

Właśnie z uwagi na to, że dwa procesy w strukturze hierarchicznej – tworzenie prawa i stosowanie prawa – nie mogą przystawać do siebie na wszystkich poziomach hierarchii, konstytucja lub norma źródłowa znajdująca się na wierzchołku i akt przymusu znajdujący się w podstawie służą do zamknięcia koła. A to jest gwarancją uznania niesymetrycznego elementu – aktu przymusu – za właściwą część doktryny *Stufenbau*.

Merkel ujmuje to tak:

Proces stosowania prawa biegnie równoległe do *procesu tworzenia prawa*, a mianowicie każdy normatywny akt stosowania prawa służy do stworzenia nowej normy prawnej (lub kompleksu norm prawnych). Całkowite przystawanie pól tworzenia prawa i stosowania prawa jest przez to wyłączone, gdyż muszą być przypadki stosowania prawa, które nie są jednocześnie przypadkami tworzenia prawa. Wszystkie działania państwa – w szczególności te, które polegają na wykonaniu wyroków cywilnych lub stosowaniu sankcji – działania, które są uznane za czysto faktyczne i które są w rzeczywistości relewantne prawnie (*rechtserheblich*), ale nie tworzą prawa, są na pewno aktami stosowania prawa, lecz nie tworzenia prawa (Merkel 1931, 282).

Jeszcze inny problem powstający w związku z doktryną *Stufenbau* prowadzi do powstania dylematu. Postać prawa, na przykład legislacja, jest podporządkowana innej postaci prawa, a to normie konstytucyjnej. Jest to prawda, o ile ta druga norma ma funkcję warunkowania tej pierwszej. Innymi słowy, norma z wyższego poziomu jest rozumiana jako określająca warunki konieczne, a niespełnienie jednego lub więcej z tych warunków oznacza, *ceteris paribus*, że podjęte przedsięwzięcie polegające na stworzeniu nowej normy zawodzi. Jednakże jest możliwe, a w niektórych systemach tak rzeczywiście jest, że te warunki wynikają nie tylko z normy z wyższego poziomu, ale także z norm znajdujących się na tym samym poziomie, co norma, która została stworzona.

Jeżeli tak jest, to zwolennik Merklowskiej doktryny *Stufenbau* stoi przed dylematem. Pozostawanie przy charakterystyce tworzenia norm jako spełniania koniecznych warunków oznaczałoby, że ciężar spoczywa tu na warunkach koniecznych, a nie na mających zastosowanie normach z wyższego poziomu *Stufenbau*. Alternatywnie, upieranie się przy powoływaniu się wyłącznie na mające zastosowanie normy wyższego poziomu wykluczałoby uwzględnienie warunków, których te normy nie zawierają. W ten sposób powstaje dylemat, gdyż żadna z tych alternatyw nie jest zadowalająca.

Jaka jest waga tego dylematu? Trudno jest pojmować *Stufenbau* jako całkowicie trafną doktrynę prawa pozytywnego. Oczywiście ma ona wagę jako ideał, a jej wartość polega na trafnym uchwyceniu wzoru hierarchii, która istnieje w państwowych systemach prawnych. Jak ujął to Kelsen, rozważając wkład Merkla: „Dopiero Merklowska teoria poziomów (*Stufentheorie*) pozwoliła nam na wgląd w wewnętrzną strukturę systemu prawa” (Kelsen 1959/1960, 313).

Tak sprawa wygląda z jednej strony. Jednakże z drugiej strony wartość doktryny *Stufenbau* jako idealnej powinności nie powinna być przeceniana. Jeżeli *poziom* jest kluczowym pojęciem, to powracając do sprawy *Marbury vs. Madison* (1803) zauważmy, że istotne spostrzeżenie zawdzięczamy Johnowi Marshallowi i wielu komentatorom, a mianowicie: okoliczność, że prawo konstytucyjne znajduje się na wyższym poziomie niż prawo ustawowe i administracyjne nadaje mu swoistą wagę i status odrębnego rodzaju prawa. Sprawia to, że konstytucyjna kontrola ustaw jest możliwa, co z kolei umożliwia spełnienie obietnicy, że taka kontrola okaże się skuteczna. Bez takiego rozumienia prawa konstytucyjnego, odwoływanie się do czegoś zwanego „konstytucją” byłoby tylko trochę zawołanym powoływaniem się na wartości, często opakowanymi w język prawa natury. Zatem, jeżeli pojęcie poziomu ma fundamentalne znaczenie, to rozpoznanie tego faktu zawdzięczamy wielu osobom z dziewiętnastego wieku, osobom, które nie mogły znać Wiedeńskiej Szkoły Teorii prawa, a w tym Marshallowi i jego komentatorom, a także tym, którzy sformułowali *Paulskirchenverfassung* w 1849 r.

3. Upoważnienie, część druga: modalność normy sankcjonującej

Jak podkreślono wyżej, Kelsen nie zajmuje się w swoich wcześniejszych pracach zagadnieniem modalności normy sankcjonującej. Zakłada on we wcześniejszych pracach, zwykle milcząco, że obowiązek urzędników do nałożenia sankcji jest odpowiedzią na pytanie o modalność hipotetycznie sformułowanej normy sankcjonującej. Co do tego zagadnienia nie pozostaje on w sporze z Karlem Bindingiem. Jednakże w latach trzydziestych wszystko się zmienia. Kelsen dochodzi do całkowicie innego poglądu, twierdząc, że norma sankcjonująca jest związana z modalnością upoważnienia. Opierając się na tym ujęciu w latach czterdziestych i pięćdziesiątych argumentuje, że obowiązek winien być rozumiany jako pojęcie pochodne, wywodzące się ze sprzężenia norm upoważniających na sąsiadujących poziomach hierarchicznie ustrukturyzowanego systemu prawa.

Komentatorzy Kelsena, nie doceniając radykalnego charakteru jego teoretycznego ujęcia norm, stale mówią o tym, że urzędnikom nakazane jest nakładanie sankcji, co jednakże może dotyczyć tylko prac Kelsena opublikowanych do połowy lat trzydziestych. Radykalny zwrot Kelsena ku upoważnieniu pozostał nieznanym dla nas aż do końca lat osiemdziesiątych XX w., kiedy to został opublikowany jego artykuł o normach kompetencyjnych, napisany w latach trzydziestych jako odpowiedź Georgesowi Scellemu (1878–1961) (Kelsen 1987). Nie można zanegować faktu, że ta doktryna była obecna od początku w *General Theory of Law and State* oraz w drugim wydaniu *Reine Rechtslehre*, lecz dopóki nie ukazała się odpowiedź Kelsena udzielona Scellemu, czytelnicy Kelsena nie szukali jej, a zatem też nie odnaleźli.

Dwa twierdzenia oznaczają zwrot ku upoważnieniu jako modalności normy sankcjonującej. Po pierwsze, badając teorię prawa międzynarodowego sformułowaną przez Scellego, Kelsen wprowadza hipotetycznie sformułowaną normę sankcjonującą jako normę upoważniającą i charakteryzuje obowiązek prawny przez odniesienie do niej, jako funkcję kompetencji do nakładania sankcji. W szczególności, istnieje możliwość

oparcia pojęcia obowiązku prawnego ... na pojęciu kompetencji, możliwość wywiedzenia obowiązku prawnego z kompetencji. Oznacza to, że jeżeli obowiązek prawny jednostki do zachowania się w pewien sposób jest uznany za istniejący tylko wtedy, gdy w przypadku przeciwnego zachowania inna jednostka jest upoważniona przez system prawny do nałożenia sankcji na pierwszą jednostkę, a ponadto, jeżeli to upoważnienie jest uznane za „kompetencję”, to prawny obowiązek pierwszej jednostki opiera się na kompetencji drugiej jednostki do nałożenia sankcji (Kelsen 1987, 75).

Po drugie, w *General Theory of Law and State* Kelsen uzgadnia swoje rozumienie „ought” z wprowadzeniem upoważnienia jako modalności norm sankcjonujących. Kelsen teraz odczytuje „ought” jako pokrewne różnym wyrażeniom obejmującym znane modalności obowiązku, pozytywnego zezwolenia i upoważnienia, które są uznawane za zależne normy prawne. Kelsen rozwija ten pogląd w *General Theory of Law and State*, a w szczególności w drugim wydaniu *Reine Rechtslehre*.

W *General Theory of Law and State* Kelsen pisze, że hipotetycznie sformułowana pierwotna norma skierowana do urzędników prawnych jest „jedyną autentyczną [genuine – dop. T. G.-S.] normą”. Nawet jeżeli norma wtórna adresowana do podmiotu prawnego zostanie wprowadzona dla celu „przedstawienia prawa”, to, wedle Kelsena, taka norma wtórna jest zbędna dla dokładnego obrazu prawa (Kelsen 1945, 61). To sformułowanie jest zgodne z wcześniejszą tezą Kelsena, że norma sankcjonująca jest jedynym rodzajem

norm. Zatem, to ujęcie jest znane z jego wcześniejszych prac. Podtrzymuje on normę pierwotną jako jedyną autentyczną normę prawną, a normy wtórne określa jako, ściśle mówiąc, zbędne.

Zmiana, która pojawia się w *General Theory of Law and State* polega na interpretacji „ought” w pierwotnej normie. W *Hauptprobleme* „ought” – angielski odpowiednik Kelsenowskiego czasownika *sollen* jest używany przez Kelsena dla wyrażenia obowiązku. Oznacza to, że „ought” w Kelsenowskiej hipotetycznie sformułowanej normie pierwotnej jest rozumiane jako nakładające na urzędników prawnych warunkowy obowiązek. W *General Theory of Law and State* Kelsen broni innego poglądu, twierdząc, aczkolwiek niezbyt jasno, że „ought” nie musi zbiegać się z pojęciem obowiązku prawnego. Raczej „ought” normy pierwotnej służy jako zastępczy symbol dla różnych wyrażeń. Tak określone rodzajowe *ought* obejmuje czasowniki modalne rządzące zależnymi normami prawnymi, mianowicie „może” oraz w szczególnym sensie „powinien” w odróżnieniu od rodzajowego sensu – „ought” zawartego w rozkazie. W najbardziej reprezentatywnych przypadkach, rodzajowe „ought”, to jest „ought” normy pierwotnej wskazuje, że pod pewnymi warunkami sankcja *może* zostać nałożona, innymi słowy urzędnik jest upoważniony do nałożenia sankcji (Kelsen 1945, 59–60).

A co w przypadku, gdy istnieje także obowiązek nałożenia sankcji? Kelsen odpowiada, że:

Zgodnie z [obecną] definicją obowiązku prawnego, norma prawna która zobowiązuje podmiot do powstrzymania się od deliktu przez powiązanie tego deliktu z sankcją nie tworzy prawnego obowiązku zastosowania sankcji czy też „zastosowania” tej normy. Sędzia – lub aby użyć ogólniejszego wyrażenia organ stosujący prawo – może być prawnie „zobowiązany” do wymierzenia sankcji – w tym samym sensie, w którym podmiot jest zobowiązany do powstrzymania się od deliktu – tylko wtedy, gdy istnieje dalsza norma, która wiąże dalszą sankcję z niewykonaniem pierwszej sankcji (Kelsen 1945, 59).

Kelsen twierdzi, że nie ma tu regresu. W systemie prawa pozytywnego istniał będzie najwyższy poziom w hierarchicznej strukturze porządku prawnego, na którym możliwe jest tylko upoważnienie do zastosowania sankcji. Obecność obowiązku zastosowania sankcji na tym najwyższym poziomie zakładałoby istnienie jeszcze wyższego poziomu w hierarchii.

Te szczegóły Kelsenowskiej doktryny upoważnienia nie są całkowicie jasne w *General Theory of Law and State*, lecz Kelsen rozwija tę doktrynę w drugim wydaniu *Reine Rechtslehre*:

[J]eżeli delikt określony przez system prawny zostanie popełniony, to sankcja przewidziana przez ten system prawny powinna zostać nałożona, tutaj termin „powinna” obejmuje zarówno przypadek, w którym [urzędnik] jest tylko upoważniony ... do nałożenia sankcji, jak i przypadek, w którym jest to [mu] nakazane (Kelsen 1960, 82–3).

Kiedy powoływana jest modalność upoważnienia, a kiedy modalność nakazu? Kelsen jasno odpowiada:

Nałożenie sankcji jest nakazane, jest treścią obowiązku prawnego, tylko wtedy, kiedy zaniechanie jest warunkiem [innej – dop. T. G.-S.] sankcji. Jeżeli nie jest tak, [urzędnik] może być tylko uznany za upoważnionego do nałożenia sankcji, a nie jest to mu nakazane (Kelsen 1960, 26).

Jeżeli zaniechanie przez urzędnika nałożenia sankcji jest samo przez się rozumiane jako warunek sankcji, to „warunek” jest skrótem poprzednika kompletnej hipotetycznie

sformułowanej normy sankcjonującej, upoważniającej wyższego hierarchicznie urzędnika do nałożenia sankcji na krnąbrnego urzędnika.

Trzeba przyznać, że Kelsen osiągnął swój cel. We wczesnych pracach hipotetycznie sformułowana norma sankcjonująca adresowana do urzędnika prawnego jest dla niego jedynym rodzajem norm, a później, w połowie okresu klasycznego, Kelsen odpowiada następująco na pytanie o jej modalność; modalnością normy sankcjonującej jest upoważnienie. Takie rozumienie „idealnej postaci językowej normy prawnej” (Kelsen 1911, 237) służy ponadto jako baza do odróżnienia prawa od moralności. Upoważnienie jako modalność norm sankcjonujących ma specyficznie jurydyczny charakter, odmiennie niż deontyczna modalność imperatywu, która to modalność jest oczywiście właściwa także imperatywom moralnym. Kiedy stosowne jest mówienie o obowiązku, a mianowicie obowiązku urzędnika do nałożenia sankcji, ten obowiązek jest wyjaśniony przez sprzężenie norm upoważniających znajdujących się na sąsiadujących poziomach hierarchicznej struktury systemu prawa. Przy tym rozumieniu, obowiązek jest z pojęciowego punktu widzenia pochodny, a dla jego wyjaśnienia nie zachodzi potrzeba odwoływania się do prawa natury, co od początku było zmartwieniem Kelsena.

Tłumaczenie: Tomasz Gizbert-Studnicki

Bibliografia

- Binder, Julius. 1912. *Rechtsnorm und Rechtspflicht*. Leipzig: A. Deichert Nachf.
- Binding, Karl. 1890. *Die Normen und ihre Übertretung*, vol. 1. Leipzig: Wilhelm Engelmann.
- Buckland, William W. 1945. *Some Reflections on Jurisprudence*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hart, H.L.A. 1961. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Kelsen, Hans. 1911. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. Tübingen: J.C.B. Mohr.
- Kelsen, Hans. 1923. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. 2nd printing with new foreword. Tübingen: J.C.B. Mohr.
- Kelsen, Hans. 1923/4. ‘Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates’. *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie* 17: 374–408.
- Kelsen, Hans. 1925. *Allgemeine Staatslehre*. Berlin: Julius Springer.
- Kelsen, Hans. 1934. *Reine Rechtslehre*. 1st edn. Leipzig and Vienna: Deuticke.
- Kelsen, Hans. 1945. *General Theory of Law and State*, translated by Anders Wedberg. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Kelsen, Hans. 1959/60. ‘Adolf Merkl zu seinem siebzigsten Geburtstag am 23. März 1960’. *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* 10: 313–23.
- Kelsen, Hans. 1960. *Reine Rechtslehre*. 2nd edn. Vienna: Deuticke.
- Kelsen, Hans. 1987. ‘Recht und Kompetenz. Kritische Bemerkungen zur Völkerrechtstheorie Georges Scelles’. *Auseinandersetzungen zur Reinen Rechtslehre. Kritische Bemerkungen zu Georges Scelle und Michel Virally*, edited by Kurt Ringhofer and Robert Walter. Vienna: Springer, 1–108.
- Kuhn, Thomas S. 1977. *The Essential Tension*. Chicago, IL: The University of Chicago Press.

Merkel, Adolf Julius. 1916–1919. ‘Das Recht im Licht seiner Anwendung’. *Deutsche Richterzeitung* 8, 9, and 11: 584–92 (vol. 8), 162–76, 394–98, 443–50 (vol. 9), 290–98 (vol. 11).

Merkel, Adolf Julius. 1922. ‘Gesetzesrecht und Richterrecht’. *Prager Juristische Zeitschrift* 2: 337–44.

Merkel, Adolf Julius. 1923. *Die Lehre von der Rechtskraft*. Leipzig and Vienna: Franz Deuticke.

Merkel, Adolf Julius. 1931. ‘Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus’. *Gesellschaft, Staat und Recht. Festschrift Hans Kelsen zum 50. Geburtstag*, edited by Alfred Verdross. Vienna: Springer, 252–94.

Verdross, Alfred. 1930. ‘Die Rechtstheorie Hans Kelsens’. *Juristische Blätter* 59: 421–24.

Hans Kelsen as Outliner: The Defence of a Radical Norm Theory

Abstract: In his first treatise on legal theory, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1911), Hans Kelsen seeks to recast legal norm theory in a way that would eliminate from the theory the imperative, with what Kelsen sees as its moral connotations. The result, Kelsen’s sanction theory, is not entirely successful. It leaves in place the imperative vis-à-vis legal officials, with obligations imposed on officials to implement sanctions. In the 1930s, Kelsen returns to the issue, radically recasting legal norm theory by introducing empowerment as the fundamental modality and obligation as merely derivative, a view that prevails in the second edition of the *Reine Rechtslehre* (1960).

Keywords: Julius Binder, Karl Binding, Hans Kelsen, Adolf Julius Merkel, empowerment, imperative, legal norm theory, obligation, sanction theory, *Stufenbau*

BIBLIOGRAFIA / REFERENCES:

- Binder, J. (1912). *Rechtsnorm und Rechtspflicht*. Leipzig: A. Deichert Nachf.
- Binding, K. (1890). *Die Normen und ihre Übertretung* (vol. 1). Leipzig: Wilhelm Engelmann.
- Buckland, W.W. (1945). *Some Reflections on Jurisprudence*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hart, H.L.A. (1961). *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Kelsen, H. (1911). *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. Tübingen: J.C.B. Mohr.
- Kelsen, H. (1923). *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. 2nd printing with new foreword. Tübingen: J.C.B. Mohr.
- Kelsen, H. (1923/4). Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates. *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie* 17, 374–408.
- Kelsen, H. (1925). *Allgemeine Staatslehre*. Berlin: Julius Springer.
- Kelsen, H. (1934). *Reine Rechtslehre* (1st ed.). Leipzig and Vienna: Deuticke.
- Kelsen, H. (1945). *General Theory of Law and State* (A. Wedberg trans.). Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Kelsen, H. (1959/60). Adolf Merkl zu seinem siebzigsten Geburtstag am 23. März 1960. *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* 10, 313–323.
- Kelsen, H. (1960). *Reine Rechtslehre* (2nd ed.). Vienna: Deuticke.
- Kelsen, H. (1987). Recht und Kompetenz. Kritische Bemerkungen zur Völkerrechtstheorie Georges Scelles. *Auseinandersetzungen zur Reinen Rechtslehre. Kritische Bemerkungen zu Georges Scelle und Michel Virally* (pp. 1-108). K. Ringhofer and R. Walter (eds.). Vienna: Springer.
- Kuhn, T.S. (1977). *The Essential Tension*. Chicago, IL: The University of Chicago Press.
- Merkl, A.J. (1916–1919). Das Recht im Licht seiner Anwendung. *Deutsche Richterzeitung* 8, 9, 11, 584–92 (vol. 8), 162–176, 394–398, 443–450 (vol. 9), 290–298 (vol. 11).
- Merkl, A.J. (1922). Gesetzesrecht und Richterrecht. *Prager Juristische Zeitschrift*

2, 337–344.

Merkel, A.J. (1923). *Die Lehre von der Rechtskraft*. Leipzig and Vienna: Franz Deuticke.

Merkel, A.J. (1931). *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus. Gesellschaft, Staat und Recht. Festschrift H. Kelsen zum 50. Geburtstag* (pp. 252-294). A. Verdross (ed.). Vienna: Springer.

Verdross, A. (1930). Die Rechtstheorie H. Kelsens. *Juristische Blätter* 59, 421–424.