

Stanley L. Paulson
Washington University

Sedno idei pozytywizmu prawniczego*

Wprowadzenie

Ostatnie dyskusje na temat pozytywizmu prawniczego pokazują, że kontrowersje wokół tego pojęcia wypuklają rozróżnienie pozytywizmu inkluzywnego i ekskluzywnego¹. W ich rozróżnianiu pomocna staje się, zastosowana jako punkt wyjścia, teza o rozdziale² (*separation principle*). Na najogólniejszym poziomie teza ta – jak celnie ujął to K.E. Himma – zaprzecza, że „istnieje konieczne wzajemne nakładanie się” prawa i moralności³. Staje ona zatem w opozycji do tezy moralnej (*morality principle*), zgodnie z którą takie nakładanie się prawa i moralności, jakkolwiek by ono nie było wyjaśniane, jednak istnieje⁴. Jego zdaniem można uściślić, do czego sprowadza się pozytywistyczne zaprzeczenie tezy moralnej, poprzez odwołanie się do rozróżnienia między prawniczym pozytywizmem inkluzywnym a ekskluzywnym. Innymi słowy, prawniczy pozytywizm inkluzywny pozostawia otwartą możliwość, że w danym systemie prawnym *może* – albo *może nie* zachodzić konieczne wzajemne nakładanie się prawa i moralności⁵, podczas gdy prawniczy pozytywizm ekskluzywny nie dostrzega samej możliwości zaistnienia takiego koniecznego wzajemnego nakładania się⁶. Kwestię tę poruszył także M.H. Kramer, stwierdzając, że „rozdzielność domeny prawa i domeny moralności, w przeciwień-

* Szczególnie dziękuję B. Litschewsky-Paulson za mądre rady w każdym aspekcie mojej pracy nad H. Kelsenem oraz R. Alexemu za pobudzającą dyskusję oraz za jego wielką gościnność w Kilonii.

¹ Znakomitą dyskusją, wypełnioną argumentami, jest praca Kennetha E. Himma – K.E. Himma, *Inclusive Legal Positivism*, w: J. Coleman (red.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Legal Philosophy*, Oxford 2002, s. 125–165. Zob. także szczegółowe twierdzenia w: M.H. Kramer, *In Defense of Legal Positivism*, Oxford 1999; M.H. Kramer, *Where Law and Morality Meet*, Oxford 2004. Na uwagę zasługuje także: J.J. Moreso, *In Defense of Inclusive Legal Positivism*, w: P. Chiassoni (red.), *The Legal Ought*, Turyn 2001, s. 37–63.

² H.L.A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, „Harvard Law Review” 1957–1958/71, s. 593–629, przedruk w: H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford 1983, s. 49–87.

³ K.E. Himma, *Inclusive...*, s. 125.

⁴ Znaczące przykłady niepozytywizmu w aktualnej literaturze zgodnie podkreślają niezwykłą różnorodność podejść do deklarowanego wzajemnego „koniecznego nakładania się” prawa i moralności. Zob. np. G. Radbruch, *Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law*, „Oxford Journal of Legal Studies” 2006/26, s. 1–11 (wyd. 1 – 1946 r.); R. Alexy, *The Argument from Injustice*, Oxford 2002 (wyd. 1 – 1992 r.); L.L. Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, „Harvard Law Review” 1978–1979/92, s. 353–409, przedruk (z pominięciami) zob. L.L. Fuller w: *The Principles of Social Order. Selected Essays of Lon L. Fuller*, K. Winston (red.), Oxford 2001, s. 101–139; zob. przypis 9.

⁵ Zob. np. J. Coleman, *The Practice of Principle*, Oxford 2001.

⁶ Zob. J. Raz, *The Authority of Law*, Oxford 2009 (pierwsze wydanie Oxford 1979); J. Raz, *Ethics in the Public Domain*, Oxford 1994, s. 210–227 *et passim*.

stwie do ich koniecznej rozdzielnosci, jest okolicznoscia, ktora [prawniczy inkluzywny pozytywizm] usiluje uwypuklic⁷.

Można uzyskac szersza perspektywe poprzez otwarcie pola rozważań w celu ujęcia nie tylko inkluzywnego i ekskluzywnego pozytywizmu prawniczego, ale także niepozytywizmu, reprezentowanego przez obrońców tezy moralnej⁸, tj. poglądu, że jednak istnieje konieczne wzajemne nakładanie się prawa i moralności⁹. Oczywiście jest, że dowolne dwa spośród tych trzech poglądów znajdują się w relacji sprzeczności¹⁰. Przykładowo omawiane stwierdzenia wyrażające niepozytywizm i prawniczy pozytywizm inkluzywny nie mogą być jednocześnie prawdziwe, ale równie dobrze oba mogą być fałszywe, a wówczas prawniczy pozytywizm ekskluzywny, a raczej jego omawiane twierdzenie, byłby prawdziwy.

Cokolwiek by jednak nie twierdzić o inkluzywnym *versus* ekskluzywnym pozytywizmie prawniczym, to niektórzy bronią tego rozróżnienia, inni zaś odrzucają pozytywizm inkluzywny jako bez szans powodzenia¹¹. Według mnie jednak bardziej fundamentalne dystynkcje wewnątrz pozytywistycznego obozu znajdują się zupełnie gdzie indziej. Dystynkcja, którą mam na myśli, to ta pomiędzy pozytywizmem prawniczym jako naturalizmem a pozytywizmem prawniczym pozbawionym naturalizmu. Zapoznajmy się kolejno z każdym z nich, rozpoczynając od pozytywizmu prawniczego jako naturalizmu. Pomimo tego, że z powodów natury instytucjonalnej pozytywizm prawniczy był szeroko omawiany w pewnej próżni, to istnieją pewne trwałe założenia sprowadzające się do tego, że istnieją więzy między pozytywizmem prawniczym a „pozytywizmem pisanym wielką literą” w szerszej tradycji filozoficznej bądź też, jak moglibyśmy powiedzieć w dzisiejszych kręgach filozoficznych, więzy pomiędzy pozytywizmem prawniczym a naturalizmem. O jakich więzach tu mowa? W dwóch pierwszych częściach niniejszego artykułu proponuję odpowiedź. W części pierwszej, w której nakreśliam filozofię prawa J. Austina, przedstawiam także argumentację, że wpisuje się ona w szerszą filozoficzną kategorię „pozytywizmu pisanego wielką literą” lub też – i tu raz jeszcze moje podstawienie – naturalizmu. Natomiast w drugiej części artykułu przedstawiam argumentację broniącą podstawienia naturalizmu w miejsce „pozytywizmu pisanego wielką literą”.

Przechodząc do szczegółów: w pierwszej części artykułu przedmiotem szczególnego zainteresowania są dwie tezy, przy czym druga z nich wynika z pierwszej. Moja pierwsza teza to: naturalizm J. Austina – jego, przeprowadzona w dwóch etapach „redukcja” konstrukcji, które jawią się jako jurydyczno-normatywne, do kwestii faktów (mianowicie: do nawyku i do strachu) – jest, jak utrzymuje sam J. Austin, wystarczający dla wykazania jego racji co do natury prawa. Moja druga teza, wywodząca się z pierwszej, jest następująca: jeżeli posunięcie J. Austina jest wystarczające, to żadna teza, respektująca bezwarunkowe powiązanie moralności i prawa, nie jest potrzebna do wyjaśnienia natury prawa. Tezy te, ujęte razem, tworzą pogląd, który wydaje mi się szczególnie istotny. Inny

⁷ M.H. Kramer, *In Defense...*, s. 114 (wyróżnienia własne).

⁸ Ogólne pojęcie „niepozytywizm” występuje w artykule R. Alexy, *On the Concept and the Nature of Law*, „Ratio Juris” 2008/21, s. 281–299.

⁹ „Konieczne wzajemne nakładanie się” jednakże nie musi znajdować odbicia w takim schemacie jak powojenna formuła Radbrucha, zgodnie z którą skrajnie niemoralne normy nie są uznawane za prawnie obowiązujące. Równie dobrze bowiem może być tak, że teoria prawa jest utożsamiana z teorią prawa naturalnego na podstawie koncepcji prawa teoretyka. Dobrym przykładem jest *Rechtslehre* Kanta. W tej kwestii zob. R. Alexy, *Die Doppelnatur des Rechts*, „Der Staat” 2011/3, s. 389–404, zwłaszcza przypis 34.

¹⁰ Zob. R. Alexy, *On the Concept...*

¹¹ Krytyka tego podejścia zob. np. S. Shapiro, *Law, Morality, and the Guidance of Conduct*, „Legal Theory” 2000/6, s. 127–170; S. Berteau, *A Critique of Inclusive-Positivism*, „Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie” 2007/93, s. 67–81.

mi słowa, jeżeli te dwie tezy są rzeczywiście poprawne i jeżeli filozofia prawa J. Austina jest reprezentatywna dla tradycyjnego pozytywizmu prawniczego, wówczas osławiona „teza o rozdziale” okazuje się nie odpowiadać za „Iwiał część” pracy w kręgach prawniczego pozytywizmu. Teza o rozdziale jest raczej zaledwie następstwem naturalizmu, jako perspektywy nadrzędnej.

W drugiej części artykułu podejmę wątek podstawienia (*substitution*) naturalizmu w miejsce „pozytywizmu pisanego wielką literą”. W trakcie pierwszej refleksji nad tym projektem założyłem, że będę w stanie pracować nad „pozytywizmem pisanym wielką literą” jako szerszą filozoficzną dziedziną, wewnątrz której pozytywizm prawniczy znajduje swoje miejsce. Skrupulatna lektura wyprowadziła mnie jednak z tego błędu. Mówienie o „pozytywizmie pisanym wielką literą” byłoby, prawdę mówiąc, odpowiednie, gdybym pisał, powiedzmy, w połowie XIX w. W tamtym czasie stary „heglowski konsensus” w Europie został całkowicie wyparty przez pozytywizm naukowy. Nasuwa się tu przykład H. von Helmholtza, znanego ze swoich pionierskich prac w zakresie fizyki i psychologii, i jego wysiłki przekształcenia (*recasting*) kantowskiej teorii wiedzy w nowoczesny, tj. „pozytywistyczny”, idiom¹². Wszystko to było jednak w połowie XIX w.¹³ Dla kontrastu, we współczesnych kręgach filozoficznych „pozytywizm” jest słowem obraźliwym. J. Habermas pisze, że pozytywizm w filozofii powstaje ze „scjencyistycznych presupozycji”¹⁴, a B. Williams, że „uciekanie się do pozytywizmu”, usiłując unikać interpretacji, jest „wykroczeniem przeciwko prawdziwości”¹⁵.

W naszych czasach perspektywa, która nadal jest mile widziana w kręgach filozoficznych, to oczywiście naturalizm. W.V.O. Quine, „ojciec współczesnego naturalizmu”, jak określiła go jedna z autorek¹⁶, pojmuje naturalizm jako odwołanie się do nauk empirycznych (*sciences*). Naturalizm, jak mówi nam W.V.O. Quine, asymiluje epistemologię do „empirycznej psychologii”¹⁷. Quinowska perspektywa na naturalizm nie jest jednak jedyną. Naturalizm jest czymś szerszym, niż przyjmuje W.V.O. Quine, również dzięki niezwykłej roli, jaką ten autor odegrał w jego powstawaniu. Perspektywa W.V.O. Quine’a liczy się dzisiaj jako jedna z wiodących charakterystyk naturalizmu, a kolejną jest ta przedstawiona przez D. Hume’a, do którego powrócę w drugiej części artykułu.

Wreszcie, w części trzeciej artykułu, zwracam się ku „pozytywizmowi bez naturalizmu”. Tutaj nadrzędną postacią jest H. Kelsen. Podczas gdy H. Kelsen oczywiście broni tezy o rozdziale, jego stanowisko reprezentuje jednak „hurtowe” odrzucenie naturalizmu, który – jak niezbitnie twierdzi – jest przewrotny. Tak więc twierdzenie, że teza o rozdziale jest zaledwie następstwem naturalizmu, trudno przypisać temu autorowi.

Mój wniosek jest zatem taki, że J. Austin i H. Kelsen reprezentują dwa bieguny w ramach pozytywizmu, a mianowicie pozytywizm prawniczy jako naturalizm oraz po-

¹² Zob. np. H. von Helmholtz, *Über das Sehen des Menschen. Vortrag gehalten zu Königsberg am 27. Februar 1855*, w: H. von Helmholtz, *Vorträge und Reden*, t. 1, Brunszwik 1896, s. 85–117.

¹³ H. Holzhey oferuje pouczającą charakterystykę pozytywizmu z połowy wieku w trzech punktach: po pierwsze, wiedza wynikająca z nauk przyrodniczych jest uprzywilejowana, a jednocześnie roszczenie filozofii do wiedzy jest kwestionowane, po drugie wiedza o rzeczywistości (*Wirklichkeitserkenntnis*) jest ograniczana do tego, co może być wywiedzione z doświadczenia zmysłowego, po trzecie myśl (*Denken*) jest rozumiana wyłącznie w kategoriach „subiektywnej” funkcji interpretowania wraz z uporządkowaniem elementów doświadczenia zmysłowego. H. Holzhey, *Der Neukantianismus*, w: H. Holzhey, W. Rödl, *Die Philosophie des ausgehenden 19. und des 20. Jahrhunderts*, t. 2: *Neukantianismus, Idealismus, Realismus, Phänomenologie*, Monachium 2004, s. 30.

¹⁴ J. Habermas, *Knowledge and Human Interests*, Boston 1971, s. 88.

¹⁵ B. Williams, *Truth and Truthfulness*, Princeton 2002, s. 12.

¹⁶ P. Maddy, *Second Philosophy. A Naturalistic Method*, Oxford 2007, s. 4.

¹⁷ Zob. przypis 33.

zytywizm prawniczy bez naturalizmu. Stanowisko reprezentowane przez kolosalny dorobek H. Kelsena¹⁸ jest, jak sądzę, swoiste tylko dla niego. Inaczej jest ze stanowiskiem J. Austina, które można przypisać także wielu innym postaciom prawoznawczej tradycji.

1. John Austin

Nieprzypadkowo stanowisko J. Austina na temat tezy o rozdziale znalazło się w przypisie do wykładu V – dość długim przypisie, w którym J. Austin ostrożnie przygotowuje grunt do odpowiedzi W. Blackstone’owi:

„Sir William Blackstone (...), pisze w swoich «Komentarzach», że prawa Boga obowiązują jako wyższe (*are superior in obligation*) niż wszelkie inne prawa (...) i prawa ludzkie nie mają żadnej mocy obowiązywania, jeżeli są im przeciwne (...) Zatem może mu chodzić o to, że wszystkie ludzkie prawa powinny dostosowywać się do praw boskich. Jeżeli taka jest jego myśl, to zgadzam się z tym bez żadnego wahania (...) Lecz znaczenie tego fragmentu z Blackstone’a, jeżeli posiada on znaczenie, wydaje się być raczej takie: żadne ludzkie prawo, które jest w konflikcie z prawem boskim, nie obowiązuje lub nie wiąże; innymi słowy, żadne ludzkie prawo, które jest w konflikcie z prawem boskim, nie jest prawem (...) Zatem, powiedzcie, że ludzkie prawa, które są w konflikcie z prawem boskim, nie wiążą, czyli powiedzieć, że nie są prawami, jest głoszeniem czystego nonsensu”¹⁹.

Przeniesienie do przypisu tego, co my – pod wpływem H.L.A. Harta – zwykliśmy nazywać tezą o rozdziale, sugeruje, że sedno uwag J. Austina znajduje się gdzie indziej. I zaiste tak jest. W wykładzie VI J. Austin poświęca sporo uwagi bezpośredniej redukcji doktryny suwerenności do konkatencji faktów. Jego zdania o nawykowym posłuszeństwie są znane:

„Zwierzchność, tytułowana suwerennością (...) jest wyróżniana (...) przez następujące znaki lub cechy: – 1. Większość (*bulk*) danego społeczeństwa posiada nawyk posłuszeństwa lub poddawania się określonej i wspólnemu zwierzchnikowi (...) [oraz] 2. ta dana osoba lub dane ciało zbiorowe nie posiada nawyku posłuszeństwa określonej ludzkiej zwierzchności”²⁰.

Aby nie pominąć znaczenia odwołania się do nawyku, J. Austin wielokrotnie powtarza ten punkt w wykładzie VI²¹.

W ramach tych ustaleń J. Austina widzimy części składowe centralnego argumentu, który pragnę mu przypisać. Jeżeli jego repertuar koncepcyjny da się prześledzić wstecz do doktryny suwerenności i jeżeli suwerenność jest z kolei redukowalna do konkatencji faktu, do nawyku, to J. Austin przekonuje, że ten ruch jest dostateczny, by wyjaśnić pozornie normatywną materię prawa. Jeżeli ruch ten jest rzeczywiście wystarczający, to – zgodnie z hipotezą – żadne odwołanie do moralności nie jest konieczne. Innymi słowy, J. Austin w efekcie wbudował prosto w swoją redukcję suwerenności do faktu tezę, że nie może być „koniecznego nakładania się” prawa i moralności. Rzecznik takiej

¹⁸ Matthias Jestaedt, redaktor *Hans Kelsen Werke*, oszacował, że publikacje H. Kelsena obejmują ok. 17.500 stron.

¹⁹ J. Austin, R. Campbell, *Lectures on Jurisprudence, or, The Philosophy of Positive Law*, t. 1, Londyn 1885, wykład V, s. 214–215 (wyd. 1 – 1863 r.) (wyróżnienia za oryginałem); także w: J. Austin, H.L.A. Hart, *The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence*, Londyn 1954, wykład V, s. 184–185 (wyd. 1 – 1832 r.) (wyróżnienia za oryginałem) [tłum. MR].

²⁰ J. Austin, R. Campbell, *Lectures...*, wykład VI, s. 220, przypis 19 (wyróżnienia za oryginałem); J. Austin, H.L.A. Hart, *The Province...*, wykład VI, s. 193–194, przypis 19 [tłum. MR].

²¹ Zob. J. Austin, R. Campbell, *Lectures...*, wykład VI, np. s. 222, 223–224, 227, przypis 19; J. Austin, H.L.A. Hart, *The Province...*, wykład VI, np. s. 195, 198–199, 202–203, przypis 19.

teorii nie ma podstaw do przykładania szczególnej uwagi do tezy o rozdziale, ponieważ nie ma ona pozycji samodzielnej doktryny w teorii prawa.

Do Austina powrócę poniżej, bo w pierwszej kolejności chciałbym podkreślić ogólne znaczenie tego, co wyprowadzam z jego teorii. Wobec nadawania tezie o rozdziale wysokiej pozycji jako podstawowemu pojęciu w niezliczonych anglo-amerykańskich obronach pozytywizmu prawniczego na przestrzeni ostatniego półwiecza, uderza jego nieobecność – z jednym ważnym wyjątkiem – w ożywionej europejskiej debacie nad pozytywizmem prawniczym ponad sto lat temu, co przynajmniej na pierwszy rzut oka jawi się jako zagadkowe²². Jednakże wyjaśnienie jest proste. Opiera się ono na fakcie, że cała masa europejskich teoretyków prawa doby *fin de siècle*, z grubsza identyfikowalnych jako pozytywiści, dokonała tego samego „przesunięcia”, które znamy od J. Austina. To znaczy uznali, że fakty o naturze są wystarczające do wyjaśnienia pozornie prawnonormatywnej materii. Skoro moralność nie może zatem być konieczna, nie mieli okazji o niej mówić. Ich ruch jest dosłownie naturalistyczny.

Dobrą ilustrację tej kwestii można znaleźć w pracy G. Jellinka, postaci najbardziej wpływowej w dziedzinie teorii prawa publicznego (*Staatsrechtslehre*) sto lat temu na kontynencie europejskim, która to praca została jeszcze za jego życia przetłumaczona na większość języków indoeuropejskich. W niektórych kręgach przyjmuje się, że G. Jellinek jest „normatywistą”, „neokantystą”. Jeżeli jednak przyjrzeć się bliżej jego tekstom, można jasno dostrzec, że słynna doktryna G. Jellinka o „normatywnej mocy faktyczności” jest sprowadzona bez reszty do spraw fizjologicznych lub psychologicznych. A redukcja ta jest jednym z własnych wytworów G. Jellinka. Jak sam to ujmuje, „znaczenie normatywne” faktyczności liczy się po prostu jako fizjologiczna lub psychologiczna tendencja do powtarzania w naszych umysłach tego, do czego się przyzwyczailiśmy²³. To natomiast jest bliższe poglądom D. Hume’a niż czemukolwiek w marburskim lub badeńskim neokantyzmie.

Chciałbym ponownie podkreślić moją tezę, że naturalizm J. Austina – przesunięcie od pozornie normatywnego materiału prawa do konkatencji faktu – jest generalnie „chlebem powszednim” pozytywistów prawniczych. O ile moja teza może wydawać się oczywista – i cieszyłoby mnie, gdyby tak było – to trudno ją jednak uznać za powszechną opinię. I tak np. H.L.A. Hart w swoim słynnym referacie *Pozytywizm i oddzielenie prawa i moralności*²⁴ oraz w *Pojęciu prawa*²⁵ przedstawia sześć różnych doktryn pod szyldem pozytywizmu prawniczego – rozkazu, rozdziału, analityczną, decyzji sędziowskiej, logiczno-dedukcyjną i nonkognitywizmu. Pierwsze trzy doktryny przypisuje J. Bethamowi i J. Austinowi. Doktryna, co do której twierdzą, że jest fundamentalna – naturalizm, nie pojawia się na liście H.L.A. Harta ani nie jest implikowana przez żadną z tych, które się tam znajdują.

Wróćmy zatem do J. Austina. Wspomniałem już o sprowadzeniu całego austinowskiego repertuaru koncepcyjnego do doktryny suwerenności, a suwerenności z kolei do

²² Jak to często bywa w tych sprawach, wyjątkiem od tej reguły jest H. Kelsen. Jego stanowisko podejmuję w części trzeciej niniejszego artykułu.

²³ G. Jellinek pisze: „Poszukiwanie podstaw normatywnej mocy faktyczności w jej świadomej lub nieświadomej racjonalności byłoby całkowitym błędem. Faktyczność może być zracjonalizowana później, ale jej normatywne znaczenie leży w pierwotnej właściwości naszej natury, na mocy której coś, do czego jesteśmy już nawykli, jest fizjologicznie i psychologicznie łatwiejsze do powtórzenia niż coś nowego” – G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1905, s. 330, 338 [tłum. MR]. Redukcja do faktów w pracach G. Jellinka w tej kwestii jest trafnie ujęta w: M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Zweiter Band 1800–1914*, Monachium 1992, s. 452–453.

²⁴ Zob. H.L.A. Hart, *Positivism...*, s. 601, przypis 25, przedruk w: H.L.A. Hart, *Essays...*, s. 57, przypis 25.

²⁵ Zob. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford 1994, s. 302 i przypis odnoszący się do s. 185.

konkatenacji faktu. Doktryna rozkazu J. Austina – zawarta w doktrynie suwerenności²⁶ – może być jednak także podjęta jako odrębna. J. Austin używa doktryny rozkazu, by przytoczyć skróconą wersję argumentu redukującego, nie inaczej jednak niż w sposób naszkicowany powyżej w odniesieniu do suwerenności. Doktryna rozkazu, w jednej z możliwych interpretacji traktatów J. Austina, może być rozumiana jako układ trzech elementów: intencja rozkazującego, by strona podjęła dane działanie (lub powstrzymała się od podjęcia danego działania), wyrażenie takowej intencji rozkazującego danej stronie oraz – kluczowe dla tej doktryny – władza rozkazującego do nałożenia sankcji, jeżeli osoby, na które rozkaz jest nakładany, uchylą się od wykonania tego polecenia dyrektywy²⁷. Jednakże moc nałożenia sankcji nie ma być rozumiana jako właściwość rozkazującego. Możliwa jest bowiem sytuacja, gdy rozkazujący, określony w teorii J. Austina w sensie władzy do nakładania sankcji, nie ma jednak władzy nad daną grupą, do której adresuje swoje polecenie, np. w przypadku domniemanego rozkazu suwerena dla innego suwerena. Innymi słowy, moc nakładania sankcji ma być rozumiana jako relacja między rozkazującym a rozkazobiorcą, albo – bardziej ogólnie – między przełożonym (wyższym) a podwładnym (niższym)²⁸. J. Austin daje wyraz tej relacji, którą możemy nazwać „relacją władzy”, kiedy pisze:

„Pojęcie bycia przełożonym oznacza: władzę doświadczania innych złem lub bólem oraz zmuszanie ich, przez strach przed tym złem, do dopasowania swojego postępowania do czyjegóż życzenia”²⁹.

Strach – brutalny fakt – jest tu pojęciem operacyjnym, a argumentacja przebiega jak powyżej. Jeżeli austinowskie „wzajemnie korelujące” pojęcia powinności i sankcji można prześledzić wstecz do ich korelatu – rozkazu³⁰ – i jeżeli rozkaz jest redukowalny do konkatenacji faktu, a w szczególności do strachu rozkazobiorcy, to idąc tokiem rozumowań J. Austina, ruch ten jest wystarczający, by wyjaśnić pozornie normatywną materię prawa³¹. A jeżeli ten ruch jest wystarczający, to żadne odwołanie do moralności nie jest konieczne.

Użyteczne będzie także zatrzymanie się nad pojęciem strachu. Tak jak nikt nie twierdzi, że pożądanie seksualne jest nabywane poprzez rozumowanie lub jest efektem doświadczenia, tak samo jest ze strachem³². Pomimo faktu, że doświadczenie może

²⁶ Zob. J. Austin, R. Campbell, *Lectures...*, wykład V, np. s. 177; J. Austin, H.L.A. Hart, *The Province...*, wykład V, np. s. 132.

²⁷ J. Austin, R. Campbell, *Lectures...*, wykład I, s. 89 i 91; J. Austin, H.L.A. Hart, *The Province...*, wykład I, s. 13–14 i 17.

²⁸ J. Austin, R. Campbell, *Lectures...*, wykład I, s. 96–97; J. Austin, H.L.A. Hart, *The Province...*, wykład I, s. 24–25.

²⁹ J. Austin, R. Campbell, *Lectures...*, wykład I, s. 96 (wyróżnienia dodane) (zob. też s. 90: „to, czego się nie boimy, nie jest postrzegane jako zło” [tłum. MR]); J. Austin, H.L.A. Hart, *The Province...*, wykład I, s. 24 (wyróżnienia dodane) (zob. też s. 16).

³⁰ Zob. J. Austin, R. Campbell, *Lectures...*, wykład I, s. 89, 91–92, 96; J. Austin, H.L.A. Hart, *The Province...*, wykład I, s. 14, 17–18, 24.

³¹ W kilku swoich pracach H.L.A. Hart skupia uwagę na drugiej analizie austinowskiego rozkazu, a mianowicie na analizie, którą zaczyna od definicji obowiązku u J. Austina, jako „szansy lub prawdopodobieństwa», ze ten, któremu rozkazano zrobić coś lub powstrzymać się od zrobienia czegoś będzie cierpiał zło w sytuacji nieposłuszeństwa” [tłum. MR]. Ta definicja jest połączona przez austinowską doktrynę o korelacji – zob. przypis 30 – z rozkazem. H.L.A. Hart, *Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer*, „University of Pennsylvania Law Review” 1956–1957/105, s. 953–975, zwłaszcza 965; H.L.A. Hart, *Legal and Moral Obligation*, w: A.I. Melden (red.), *Essays in Moral Philosophy*, Seattle 1958, s. 82–107, zwłaszcza 95–99; H.L.A. Hart, *The Concept...*, przypisy 282(c) i 290, odnoszące się do s. 83. Odnośnie do pracy J. Austina o „szansie lub prawdopodobieństwie” zob. J. Austin, R. Campbell, *Lectures...*, wykład I, s. 90; J. Austin, H.L.A. Hart, *The Province...*, wykład I, s. 16.

³² Przytoczyłem ten przykład na podstawie: H.O. Mounce, *Hume's Naturalism*, Londyn 1999, s. 62.

kształtować nasze reakcje na obu tych frontach, zjawiska same w sobie mają podstawę, która jest niezależna od doświadczenia. Według D. Hume'a każdy ma naturalny instynkt. Ta wzmianka D. Hume'a prowadzi nasze rozważania do punktu 2, który mówi o zastępowaniu naturalizmem „pozytywizmu pisanego wielką literą”.

2. Zastąpienie „pozytywizmu pisanego wielką literą” przez naturalizm

We „Wprowadzeniu” stwierdziłem, że W.V.O. Quine, w imię naturalizmu, był za zwróceniem się do nauk ścisłych. Epistemologia stała się „psychologią empiryczną”³³. Pomimo ogromnych różnic, między przedsięwzięciem naturalistycznym W.V.O. Quine'a a D. Hume'a istnieją także podobieństwa. Przykładowo wielu uważa teorię D. Hume'a o naturze ludzkiej, zawartą w księdze III *Traktatu o naturze ludzkiej*, za studium z psychologii moralnej. Zależy, jak ujmuje to czołowy interpretator dzieł D. Hume'a: „[w] dużej mierze hume'owa teoria natury ludzkiej, nie jest, w naszym rozumieniu, filozoficzna, lecz psychologiczna”³⁴. Słynne hume'owskie – ktoś powie: „niesławne” – powiedzenie, że „rozum jest i winien być tylko niewolnikiem namiętności”³⁵ [tłum. MR], najlepiej postrzegać jako jego reakcję na wyniesienie roli rozumu w racjonalistycznych filozofiach tradycji kartezjańskiej³⁶. Ścieżka D. Hume'a jest diametralnie przeciwna. On bowiem patrzy do wnętrza:

„Weźmy jakieś działanie, co do którego panuje zgoda, iż jest występne; na przykład rozmyślne morderstwo. Zbadajcie to działanie we wszelkim możliwym oświetleniu i zobaczcie, czy możecie znaleźć taki stan faktyczny, czy też takie istnienie realne, które byście nazwali występkiem. Jakkolwiek rzecz ujmując, to znajdujecie tylko pewne uczucia, motywy, akty woli i myśli. Nie ma żadnego innego stanu faktycznego w tym przypadku. Występek całkowicie wymyka wam się z rąk, póki rozważacie samo to działanie. Nie możecie go znaleźć, póki nie zwróćcie waszej refleksji ku własnemu wnętrzu i nie znajdziecie uczucia dezaprobaty, które budzi się w was w stosunku do tego działania. Tutaj jest stan faktyczny, lecz jest to przedmiot uczucia, nie zaś rozumu. Leży on w was samych, nie zaś w jakimś przedmiocie. Tak więc, gdy orzekacie, że jakieś działanie czy jakiś charakter jest występny, to nie rozumiecie nic innego niż to, że mając naturę o takiej, a nie innej strukturze, doznajecie wzruszenia czy uczucia dezaprobaty, mając przed oczyma to działanie czy charakter”³⁷.

Te pojęcia – uczucie, sentyment, instynkt, konstytucja czyjejs natury – powodują, że uwagę kierujemy do wewnątrz. A to właśnie jest, jak D. Hume pragnie nas przekonać, źródłem naszych psychologicznych wyjaśnień.

Dla tych, którzy swoją wiedzę opierają na podstawie podręcznikowych interpretacji zasobów D. Hume'a, gdzie przedstawiany jest on jako spadkobierca swoich empirycznych poprzedników – J. Locke'a i G. Berkley'a, owa perspektywa „Hume'a naturalisty” odsłania się jako zaskakująca, uznając – i w pełni wykorzystując – sceptycyzm, do

³³ „Pytanie epistemologiczne [jest] pytaniem w ramach nauk przyrodniczych: to pytanie, jak my, ludzkie zwierzęta, mogliśmy dojść do nauki na podstawie tak ograniczonych informacji. Nasza naukowa epistemologia realizuje zglębienie tej kwestii (...). Ewolucja i dobór naturalny bez wątplenia będą figurować na liście, a epistemolog będzie czuł się wolny, by zastosować prawa fizyki, jeśli znajdzie na to sposób” – W.V.O. Quine, *Five Milestones of Empiricism*, w: W.V.O. Quine, *Theories and Things*, Cambridge, MA 1981, s. 67–72 [tłum. MR].

³⁴ T. Penelhum, *Hume's Moral Psychology*, w: D.F. Norton (red.), *Cambridge Companion to Hume*, Cambridge 1993, s. 117–149, zwłaszcza 119. T. Penelhum nie jest jedyny. Zob. np. J.A. Fodor, *Hume Variations*, Oxford 2003, s. 1–27 *et passim*, który sugeruje, że naturalizm D. Hume'a antycypuje współczesne prace z zakresu nauk kognitywnych.

³⁵ D. Hume, P.H. Nidditch, *A Treatise on Human Nature*, Oxford 1978, II.iii.3, s. 415.

³⁶ Zob. T. Penelhum, *Hume's Moral...*, s. 119–120, o tym, co tu nakreśliłem.

³⁷ D. Hume, P.H. Nidditch, *A Treatise...*, III.I.1., s. 468–469 [tłum. za C. Znamierowski: D. Hume, *Traktat o naturze ludzkiej*, III.I.1, Warszawa 2005, s. 545 i 546].

którego perspektywa powyższych autorów nieuchronnie prowadzi. Empiryzm ma swe źródło w doświadczeniu zmysłowym. Przekonania, które – według stanowiska sceptyków – wynikają z doświadczeń zmysłowych, nie nadają się do uzasadniania. Uzasadnianie bowiem wymaga odwołania się do czegoś niezależnego. Nie istnieje jednak sposób wyjścia poza zmysłowe poznanie, aby móc odwołać się do czegoś niezależnego od niego – z myślą o uzasadnieniu. Rezultatem jest tu sceptycyzm.

Kwestia ta była rozważana przez filozofa T. Reida w jego wyraźnej krytyce sceptycyzmu D. Hume'a. Broniąc własnego stanowiska, T. Reid argumentował, że zmysłowe doświadczenie nie jest „tym, co postrzegamy”, ale raczej jest „tym, za pomocą czego postrzegamy”³⁸.

W swoich przełomowych referatach sprzed stu lat oraz w niezwykłym traktacie o D. Hume'ie sprzed około siedemdziesięciu lat N. Kemp Smith odwraca interpretację T. Reida o 180 stopni. N. Kemp Smith bardzo celnie stwierdza, że D. Hume „jest przedstawiany jako ten, kto nie dokonał niczego więcej, niż wyzwolenie swoich następców od niewoli, w której sam pozostaje. Dziwnie paradoksalny werdykt!”³⁹. W interpretacji N. Kempa Smitha, za którą głównie podążają późniejsi pisarze, D. Hume był świadom sceptycyzmu wpisanego w tradycyjny empiryzm i starał się stworzyć dla niego ideę alternatywną. Owa alternatywa – naturalizm – jest zawarta w księdze III *Traktatu*. Prawdą jest, kontynuuje N. Kemp Smith, że najlepszym sposobem czytania D. Hume'a jest zacząć od księgi III *Traktatu* i dopiero potem powrócić do księgi I, której sceptycyzm zostanie wówczas prawidłowo odebrany jako uwarunkowany przez naturalizm D. Hume'a.

3. Pozytywizm bez naturalizmu. Przypadek Hansa Kelsena

Gdzie pozytywizm prawniczy jako naturalizm jest punktem wyjścia, tam H. Kelsen jawi się jako bruździeciel. Inni pozytywiści zaliczani są do naturalistów, twierdząc, że skoro fakty są wystarczające do wyjaśnienia pozornie normatywnej materii prawa, moralność nie może być konieczna. Jednakże H. Kelsen nie podziela tego poglądu. On bowiem, w przeciwieństwie do wszystkich pozostałych, nie twierdzi, że pozornie jurydyczno-normatywny materiał jest redukowalny do faktu. H. Kelsen broni, jak to określa, normatywnej filozofii prawa.

Normatywność⁴⁰, jak się twierdzi, jest kelsenowską alternatywą dla powyższych teorii, ale – sęk w tym – nigdy nie było zgody na to, co H. Kelsen przez to rozumie. Interpretacje idei normatywności H. Kelsena przebiegają całą gamę, od kontrfaktycznych interpretacji normatywności⁴¹ do tezy o „uzasadnionej normatywności” („*justified*

³⁸ Zob. T. Reid, W. Hamilton, *The Works of Thomas Reid*, t. 1, Edynburg 1895, s. 108, 112, 117, 121 *et passim*. Cytat w tekście jest krótkim streszczeniem H.O. Mounce'a – H.O. Mounce, *Hume's...*, s. 1, 54. Filozofia T. Reida jest wyjaśniona z wielką subtelnością w: K. Lehrer, *Thomas Reid*, Londyn 1989.

³⁹ N. Kemp Smith, *The Philosophy of David Hume*, Londyn 1941, s. 3 [tłum. MR]. Zob. również wcześniejsze artykuły Normana Kemp Smitha: N. Kemp Smith, *The Naturalism of Hume*, cz. 1, „Mind” 1905/14, s. 149–173; N. Kemp Smith, *The Naturalism of Hume*, cz. 2, „Mind” 1905/14, s. 335–347.

⁴⁰ Normatywność, w pewnych przeznaczeniach pojęcie rządzące się swoimi prawami, cieszy się sporą uwagą we współczesnej filozofii. Zob. np. J. Raz, *Explaining Normativity: On Rationality and the Justification of Reason*, „Ratio” 1999/12, s. 354–379, przedruk w: J. Dancy (red.), *Normativity*, Oxford 2000, s. 34–59; zob. również A. Millar, *Understanding People. Normativity and Rationalizing Explanation*, Oxford 2004; J. Skorupski, *The Domain of Reasons*, Oxford 2010. O normatywności, ze szczególnym uwzględnieniem H. Kelsena zob. R. Dreier, *Sein und Sollen*, „Juristenzeitung” 1972/27, s. 329–335, przedruk w: R. Dreier, *Recht-Moral-Ideologie*, Frankfurt n. Menem 1981, s. 217–240.

⁴¹ W przeglądzie prac H. Kelsena R. Walter napisał, że systemy przymusu, a w szczególności systemy prawne, należy interpretować „jak gdyby były normatywne”; zob. R. Walter, *Der gegenwärtige Stand der Reinen Rechtslehre*, „Rechtstheorie” 1970/1, s. 69–95, zwłaszcza s. 70 (wyróżnienie za oryginałem).

normativity” thesis). Teza ta jest najbardziej ambitnym odczytaniem normatywności w filozofii prawa H. Kelsena. Została ona przypisana H. Kelsenowi w różnych postaciach, z różnymi rodzajami argumentów, przez nie mniej niż czterech czołowych filozofów – R. Alexy’ego, C.S. Nino, J. Raza i – nieco wcześniej – A. Rossa⁴², przy czym, na ile wiem, każdy z autorów rozwijał swój sposób przypisania H. Kelsenowi tej perspektywy niezależnie od pozostałych. Ograniczę się tutaj do J. Raza, który spośród tych czterech filozofów przedstawił twierdzenia w pewnych kwestiach najbardziej ekstremalne. J. Raz zaczyna od przeciwstawienia H. Kelsenowi stanowiska H.L.A. Harta. Ten ostatni jest rzecznikiem społecznej normatywności, rozumianej w ten sposób, że „normatywność prawa i obowiązek przestrzegania go to dwa odrębne pojęcia”. Zupełnie odmienne rozumienie – kontynuuje J. Raz – jest ewidentne w pracach tego, kto wyróżnia „jedynie pojęcie uzasadnionej normatywności”⁴³, czyli H. Kelsena. Opisując uzasadnioną normatywność, J. Raz pisze:

„Oceń prawo jako normatywne to ocenić, że jest ono słuszne, i przyznać, że powinno być przestrzegane. Pojęcia normatywności prawa oraz obowiązku przestrzegania go są analitycznie wzajemnie powiązane. Kelsen uważa zatem prawo za obowiązujące, to jest normatywne, tylko jeżeli należy je przestrzegać”⁴⁴.

Oczywiście J. Raz dostrzega paradoks w przypisywaniu H. Kelsenowi uzasadnionej normatywności, tezy, która sytuuje H. Kelsena o wiele bliżej teorii prawa naturalnego niż czegokolwiek zawartego w tradycyjnym lub naturalistycznym pozytywizmie prawniczym. W rzeczy samej J. Raz zwraca uwagę na ten paradoks, pisząc, że chociaż „Kelsen odrzuca teorie prawa naturalnego, to konsekwentnie używa prawnaturalistycznego pojęcia normatywności, tzn. pojęcia uzasadnionej normatywności”⁴⁵.

Interpretatorzy danego filozofa będą oczywiście rozwijać taką interpretację jego dzieł, którą uważają za najbardziej obiecującą. Jest to rozumowanie trafne, lecz mam pewne zastrzeżenia. Zaslugą jest raczej rozwijanie tego, co filozof rzeczywiście napisał, niż narzucanie tekstom filozofa interpretacji – by tak rzec – „z zewnątrz”. Jak ujmuje to P.W. Franks w książce o postkantystach, „jeśli założymy, że postaci historyczne stawiają nasze pytania lub odpowiadają na nie”, to „ryzykujemy zarówno zniekształceniem tego, co mówią, jak i utratą okazji, by uczyć się od nich, czy pozytywnie czy negatywnie”⁴⁶.

⁴² Zob. R. Alexy, *The Argument...*, s. 95–123; C.S. Nino, *Some Confusions surrounding Kelsen’s Concept of Validity*, „Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie” 1978/64, s. 357–377, zwłaszcza s. 357–365, przedruk w: S.L. Paulson, B. Litschewsky-Paulson (red.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford 1998, s. 253–261; C.S. Nino, *La validez del derecho*, Buenos Aires 1985, s. 7–40 *et passim*; J. Raz, *Kelsen’s Theory of the Basic Norm*, „American Journal of Jurisprudence” 1974/19, s. 94–111, przedruk w: S.L. Paulson, B. Litschewsky-Paulson (red.), *Normativity and Norms...*, s. 47–67, i w: J. Raz, *The Authority of Law*, Oxford 2009, s. 122–145; A. Ross, *Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law*, „Revista Jurídica de Buenos Aires” 1961/4, s. 46–93 (wydanie dwujęzyczne, s. 82, a ogólniej zob. s. 78–82, przedruk w: S.L. Paulson, B. Litschewsky-Paulson (red.), *Normativity and Norms...*, s. 147–163, zwłaszcza s. 160, a ogólniej zob. s. 159–161.

⁴³ J. Raz, *Kelsen’s Theory of the Basic...*, s. 105, a w S.L. Paulson, B. Litschewsky-Paulson (red.), *Normativity and Norms...*, s. 60, i w J. Raz, *The Authority...*, s. 137.

⁴⁴ J. Raz, *Kelsen’s Theory of the Basic...*, s. 105, a w S.L. Paulson, B. Litschewsky-Paulson (red.), *Normativity and Norms...*, s. 60, i w J. Raz, *The Authority...*, s. 137.

⁴⁵ J. Raz, *Kelsen’s Theory of the Basic...*, s. 110–111, a w S.L. Paulson, B. Litschewsky-Paulson (red.), *Normativity and Norms...*, s. 67, i w J. Raz, *The Authority...*, s. 144.

⁴⁶ P.W. Franks, *All or Nothing. Systematicity, Transcendental Arguments, and Skepticism in German Idealism*, Cambridge, MA 2005, s. 5. Oczywiście idea ta nie jest niczym nowym; cytuję tu P.W. Franksa, gdyż jego twierdzenie w tej kwestii jest niezwykle przejrzyste. Podobnie zob. J. Rawls, *Lectures on the History of Political Philosophy*, Cambridge, MA 2007, s. 251: „Studiując dzieła wiodących pisarzy w tradycji filozoficznej, wskazówką naczelną jest, by prawidłowo identyfikować problemy, z którymi się zmagali, oraz zrozumieć, jak je postrzegali i jakie stawiali pytania” [tłum. MR].

J. Raz, podobnie jak R. Alexy, C.S. Nino i A. Ross, może odpowiedzieć, że szkielet interpretacji w oparciu o tekst, a nie mu ją narzuca. Odpowiedź jest tylko częściowo poprawna, ponieważ rodzi pytanie o to, na ile reprezentatywne są fragmenty tekstu wybrane przez J. Raza i pozostałych. Jak argumentowałem obszernie w innym tekście⁴⁷, wybrane fragmenty nie są w rzeczywistości reprezentatywne dla dzieła H. Kelsena. Tym samym uwaga poczyniona przez P.W. Franksa pozostaje aktualna: najlepiej uczymy się od postaci historycznych, kiedy stawiamy sobie pytania, które oni sami zadawali i na nie odpowiadali.

Co zatem zajmuje miejsce uzasadnionej normatywności? Moja odpowiedź jest następująca: projekt H. Kelsena przez wiele dziesięcioleci był przede wszystkim ambitną i dalekosiężną próbą, po pierwsze, pokazania, że naturalizm w nauce prawa (*legal science*) epoki *fin de siècle* jest błędem oraz, po drugie, stworzenia podwalin alternatywnej teorii, która ugruntowałaby autonomię (*Eigengesetzlichkeit*) prawa i tym samym czystość (*Reinheit*) nauki prawa. Prowadzi nas to z powrotem, naokoło, do pytania o normatywność. Kelsenowska alternatywa dla naturalizmu przynosi tezę o normatywności, co nie powinno dziwić. H. Kelsen musi być wierny czemuś, co jest normatywne w swoim charakterze, inaczej przecież nie miałby alternatywy dla naturalizmu. W wyraźnym kontraście do tezy o uzasadnionej normatywności teza o normatywności H. Kelsena jest jednak integralną częścią jego szerszych starań rozwinięcia alternatywy dla naturalizmu i tym samym dodania nauce prawa powszechnego poważania, podkreślając jej nomologiczny wymiar. Tezę H. Kelsena określam jako tezę o nomologicznej normatywności (*nomological normativity thesis*).

Kelsenowską alternatywę dla naturalizmu według mojej rekonstrukcji wyraża pojęcie peryferycznej imputacji (*peripheral imputation*). „Imputować” (łac. *imputare*) znaczy „brać coś pod uwagę” lub „przypisywać”, „dokonać atrybucji”. Niemiecki czasownik użyty przez H. Kelsena to „zurechnen” [w języku polskim w literaturze przedmiotu przyjęło się przekładać ten termin jako „zarachować” – przyp. MR], a „imputować” (ang. *to impute*) jest wiarygodnym tłumaczeniem, zwłaszcza, że H. Kelsen sam okazjonalnie używa zapożyczonego terminu „*imputieren*” tam, gdzie można by było się spodziewać „*zurechnen*”⁴⁸.

H. Kelsen opracował dwie doktryny zarachowania. Pierwsza z nich – centralne zarachowanie – jest w zasadzie odbiciem tradycji filozoficznej, chociaż użycie centralnego zarachowania przez H. Kelsena nie jest w żaden sposób tradycyjne⁴⁹. Druga doktryna – peryferyjne zarachowanie – jest swoista dla H. Kelsena. Obie doktryny wydają się ofe-

⁴⁷ Zob. S.L. Paulson, A „*Justified Normativity*” Thesis in Hans Kelsen’s Pure Theory of Law? Rejoinders to Robert Alexy and Joseph Raz, w: M. Klatt (red.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford 2012.

⁴⁸ Jak píše H. Kelsen: „Byłoby poważnym nieporozumieniem, gdyby ktoś chciał w jakiś sposób zarachować [*imputieren*] do tych obserwacji [w sprawie prawnego autorytetu organów administracyjnych] znaczenie politycznego mandatu dla możliwie największego ograniczenia działań administracyjnych państwa” – H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tybinga 1911, s. 503, zob. też s. 138, 194, 209, przedruk w: M. Jestaedt (red.), *Hans Kelsen Werke*, t. 2: *Veröffentlichte Schriften 1911*, Tybinga 2008, s. 650, zob. też s. 244, 306, 322. Zob. także: H. Kelsen, *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, Tybinga 1911, s. 44 [tłum. MR].

⁴⁹ Zarachowanie centralne służy we wczesnych pracach H. Kelsena jako wyjście ratunkowe z naturalizmu. Później zwrócił się ku normie podstawowej, zob. H. Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Tybinga 1920, oraz do kantowskiego i neokantowskiego argumentu transcendentálnego. Te kroki ukazują jego starania zastąpienia centralnego zarachowania jako wyjścia ratunkowego czymś bardziej satysfakcjonującym. Dla jasności, zarachowanie centralne przetrwało także w innych pracach H. Kelsena. Jego najbardziej wyczerpujący wywód o dwóch doktrynach imputacji – centralnej i peryferyjnej – można znaleźć w obszernym eseju – H. Kelsen, *Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht*, „*Zeitschrift für öffentliches Recht*” 1932/12, s. 481–608, zob. szczególnie § 1–2 (s. 481–504), § 5 (s. 525–529), § 7 (s. 537–544).

rować alternatywę dla wyjaśniania przyczynowego i z tego powodu obie mają niezwykle znaczenie w filozofii prawa H. Kelsena – centralne zarachowanie w jego wczesnych dziełach, a peryferyjne w późniejszych. Ograniczę moje rozważania do tego ostatniego – zarachowania peryferyjnego – gdyż jest to doktryna, która leży u podstaw kelsenowskiej tezy o normatywności nomologicznej.

H. Kelsen uczy nas, że zarachowanie peryferyjne łączy „fakty materialne” (*Tatbestände*). Jak stwierdza w *Allgemeine Staatslehre*, co możemy uznać za wczesne sformułowanie jego doktryny: „Zarachowanie peryferyjne zawsze prowadzi od jednego faktu materialnego (*material fact*) do niczego innego jak do drugiego faktu materialnego”⁵⁰. Podobne stwierdzenie można znaleźć w pierwszym wydaniu *Reine Rechtslehre*. Pod koniec części poświęconej centralnemu zarachowaniu H. Kelsen konfrontuje tę doktrynę z zarachowaniem peryferyjnym. Zarachowanie centrale, jak pisze, „jest całkowicie inną operacją niż wcześniej wspomniane zarachowywanie peryferyjne, gdzie materialny fakt jest połączony (...) z innym materialnym faktem wewnątrz systemu, to jest, gdzie dwa fakty materialne są powiązane razem w zrekonstruowanej normie prawnej”⁵¹.

Rodzą się tu dwa pytania. Co dokładanie H. Kelsen chce, abyśmy rozumieli jako fakty materialne? A także, jak peryferyjne zarachowanie, łączące fakty materialne, mogłoby być sformułowane? Odnośnie do pierwszego pytania H. Kelsen odpowiada pojęciami „prawnego warunku” i „prawnej konsekwencji”, a dokładniej, w pojęciach stanu rzeczy zaliczanej jako prawny warunek w danym przypadku i – mówiąc żargonem W.N. Hohfelda – sytuacji prawnej, która pojawia się jako jej prawna konsekwencja. Pojęcia te wydają się być dopasowane w sposób osobliwy, ponieważ prawna konsekwencja nie liczy się w sposób oczywisty jako przypadek faktu materialnego (*Tatbestand*). Przeciwnie, w hipotetycznie sformułowanej normie prawnej fakt materialny objęty antecedensem normy prawnej wywołuje skutki prawne, określając – zgodnie z doktryną H. Kelsena – sytuację prawną odpowiedzialności, która liczy się jako konsekwencja prawna. Odpowiedzialność zaś nie jest rozumiana w prawie jako fakt materialny.

Jednakże to właśnie fakty materialne, w ten sposób rozumiane, H. Kelsen ujmuje razem, przedstawiając zarachowanie peryferyjne. Pisze, że „jeśli trybem łączenia faktów materialnych w jednym przypadku jest przyczynowość, to w drugim jest nim zarachowanie”⁵². Co więcej, używa pojęć „prawnego warunku” i „prawnej konsekwencji”, obok pojęć „przyczyny” i „skutku”, jako wzajemne *relata* w ramach tych samych zasad lub relacji porządkujących, czyli zarachowania i przyczynowości⁵³. Oznacza to, że rozumie ich *relata* jako gatunki w ramach ogólnego rodzaju „faktów materialnych”.

Poszerzenie przez H. Kelsena pojęcia faktów materialnych jako *relata* imputacji peryferyjnej staje się jaśniejsze w kontekście jego dążenia, by znaleźć możliwie najbliższy odpowiednik (*parallel*) zasady przyczynowości. Ponieważ zakłada on, że fakty materialne to bezdyskusyjne *relata* w przypadku przyczynowości, podobnie też – jak twierdzi – fakty materialne służą jako *relata* w przypadku zarachowania peryferyjnego. Jest w tym miejscu niezwykle istotne, że H. Kelsen pragnie podkreślić konieczną, nomologiczną lub prawopodobną (*law-like*) relację w prawie, równoległą do koniecznej, nomologicznej lub prawopodobnej relacji, w oczywisty sposób przejawiającej się w przyczynowości. Rozwinięcie przez H. Kelsena tej paraleli jest główną częścią jego wysiłku, by przeobrazić naukę prawa jego

⁵⁰ H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1925, § 12(d), s. 65.

⁵¹ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Lipsk 1934, § 25(d), s. 57.

⁵² H. Kelsen, *Reine...*, Lipsk 1934, § 11(b), s. 22.

⁵³ H. Kelsen, *Reine...*, Lipsk 1934, § 11(b), s. 22–23.

czasów tak, by była traktowana poważnie z perspektywy nauk ścisłych⁵⁴. Jeżeli można wykazać, że aspekty fundamentalnej zasady porządkującej (*ordering principle*) nauk przyrodniczych są odbite *per analogiam* w fundamentalnej zasadzie porządkującej nauk prawnych, to kelsenowska paralela zaiste podnosi status „naukowości” nauki prawa wśród innych nauk⁵⁵.

Drugie pytanie traktuje o sformułowaniu zarachowania peryferyjnego. Jedną propozycję sformułowania można odczytać (z klauzulą „i jeżeli...” wstawioną między nawiasy jako skrótowym odniesieniem do pozostałych warunków związanych z procedurami prawnymi) następująco:

Sformułowanie I: Jeżeli czyn określonego typu ma miejsce (i jeżeli...), wtedy czyniący go albo surogat⁵⁶ są za ten czyn odpowiedzialni.

To sformułowanie jest jednak wykluczone przez zastrzeżenie H. Kelsena, że zarachowanie peryferyjne wiąże z sobą fakty materialne, gdzie późniejszy fakt materialny jest rozumiany jako odpowiedzialność przypisana do czynu prawnego. Przyjęcie sformułowania I jako reprezentatywnego dla tego zarachowania peryferyjnego byłoby pomyleniem go z zarachowaniem centralnym.

Alternatywą jest „bezpodmiotowy” (*subjectless*) odpowiednik sformułowania I, tzn. sformułowanie, które nie zawiera przypisania do podmiotu prawnego:

Sformułowanie II: Jeżeli czyn określonego typu miał miejsce (i jeżeli...), wówczas ten czyn traktowany jest jako „przypisujący odpowiedzialność” (*„liability ascribing”*).

Abstrahując od charakteru tego sformułowania, który jest nieintuicyjny, do czego nawiążę poniżej, sformułowanie II ujmuje znaczenie zarachowania peryferyjnego. Sformułowanie możliwe do obronienia musi odzwierciedlać konieczne połączenie tych dwóch faktów materialnych. A jeżeli formuła ogranicza się, jak tutaj, do czynu i odpowiedzialności – odpowiedzialności zarachowanej do tego czynu – to owo połączenie jest rzeczywiście konieczne. Jak ujmuje to H. Kelsen:

„Jeżeli istnieje konieczność absolutnego «musu», gdy prawo natury łączy z sobą przyczynę i skutek, to istnieje również rygorystyczna «powinność», gdy prawo normatywności (*Rechtsgesetz*) wyznacza syntezę warunkujących i uwarunkowanych faktów materialnych. W sferze prawa lub w «rzeczywistości prawnej» (...) czyn niedozwolony jest powiązany z karą tą samą koniecznością, z jaką w sferze natury lub w «rzeczywistości naturalnej» przyczyna jest powiązana ze skutkiem”⁵⁷.

Jest to najbardziej bliskie właściwemu stanowisku H. Kelsena, lecz jeden mankament musi zostać wyeliminowany. H. Kelsen nie może twierdzić o istnieniu koniecznego związku między czynem niedozwolonym a faktycznym nałożeniem kary. Nie miałoby to sensu, ponieważ – jak H. Kelsen naświetla to jednoznacznie w innym miejscu – „w systemie natury, kara może nie zmaterializować się z tego lub innego powodu”⁵⁸. To nie kara,

⁵⁴ Ogólnie zob. H. Kelsen, *Über Grenzen...*, s. 1–15 *et passim*; H. Dreier, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Baden-Baden 1990, s. 1–15 *et passim*; H. Dreier, *Hans Kelsen's Wissenschaftsprogramm*, w: H. Schulze-Fielitz (red.), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, Berlin 2007, s. 81–114.

⁵⁵ Podejmuję ową paralelę w imię form metodologicznych – zob. przypisy 63–68 poniżej.

⁵⁶ Używam pojęcia „surogat” dla objęcia wszystkich wariantów zastępczej i zbiorowej odpowiedzialności – zob. przypisy 60–61 poniżej.

⁵⁷ H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tybinga 1923, s. V–XXIII, s. VI–VII (w dwóch ostatnich wersach cudzośćw występuje w tekście oryginalnym) [tłum. MR].

⁵⁸ H. Kelsen, *Reine...*, Lipsk 1934, § 11(b), s. 23 i 24.

ale odpowiedzialność karna – a tym samym także odpowiedzialność cywilna – figuruje w koniecznym, nomologicznym lub prawopodobnym powiązaniu. Mówiąc najbardziej ogólnie, odpowiedzialność służy w powyższym sformułowaniu jako drugie *relatum*, drugi fakt materialny. Relacja między odpowiedzialnością a czynem, do którego jest zarachowana, jest relacją konieczną. Natomiast rzeczywiste nałożenie kary w prawie karnym oraz rzeczywiste wykonanie wyroku w zakresie prawa cywilnego są kwestią warunkową⁵⁹.

Nadal jednak sformułowanie II wydaje się być nieintuicyjne przez zarachowanie odpowiedzialności do czynu, a nie do czyniącego. Jesteśmy przyzwyczajeni do rozróżniania z jednej strony zarachowania odpowiedzialności indywidualnej, a z drugiej zbiorowej⁶⁰. W pierwszym przypadku następuje zarachowanie odpowiedzialności albo do czyniącego, albo – pod kategorią odpowiedzialności za cudze czyny – do surogata. W drugim przypadku odpowiedzialność jest zarachowana do, powiedzmy, firmy ubezpieczeniowej.

Dlaczego H. Kelsen ograniczył się do zarachowania odpowiedzialności do czynu, a nie do czyniącego? Myślę, że ograniczenie H. Kelsena może być wytłumaczone przez element zależny, jaki zakłada identyfikacja strony odpowiedzialnej. Jak się to rozumie w różnych jurysdykcjach, charakter strony odpowiedzialnej – czyniącego, surogata albo ciała zbiorowego – jest czynnikiem zależnym, kwestią polityki prawa, a nie nauki prawa. Spostrzeżenie to utwierdza H. Kelsena w akcentowaniu, że konieczne powiązanie jest ograniczone do zarachowania odpowiedzialności do czynu.

W każdym razie to właśnie ta konieczna relacja między aktem i odpowiedzialnością stanowi rdzeń tego, co nazywam tezą H. Kelsena o nomologicznej normatywności. Owa relacja jest nomologiczna przez to, że jest konieczna albo prawopodobna oraz jest normatywna przez to, że jest nieprzyczynowa (*non-causal*). Dalsze permutacje, wynikające z tak rozumianego zarachowania, będą więc wyłączać się tam, gdzie odpowiedzialność jest przypisana do osoby, wyzwalając upoważnienie dla organów prawa do zrealizowania takiej sankcji, jaka jest stosowna.

Pozostaje już tylko wyrazić zarachowanie w terminach, które skupiają uwagę na fundamentach tezy o normatywności nomologicznej. W niektórych miejscach w swoim dziele H. Kelsen traktuje zarachowanie jako kantowską lub neokantowską kategorię analogiczną do kategorii przyczynowości⁶¹. Jednakże argument transcendentálny, który H. Kelsen przytacza w imię zarachowania jako kategorii, nie jest logiczny. Jeśli jednak H. Kelsen wykorzystuje w swojej filozofii zarachowanie tak, jak przedstawiłem w niniejszej sekcji, to dobrze jest przemyśleć na nowo jego podstawy. Moja sugestia jest taka, żeby kelsenowskie pojęcie zarachowania rozumieć jako *metodologiczną formę*, a dokładniej, jako metodologiczną formę specyficzną dla nauki prawa. Idea ta wywodzi się z pracy badeńskiego neokantysty H. Rickerta, którego wyjaśnieniu metodologicznej formy warto się przyjrzeć.

W ostatnim rozdziale swojego traktatu *Der Gegenstand der Erkenntnis*⁶² H. Rickert odróżnia kategorie konstytutywne obiektywnej rzeczywistości – na przykład kategorie

⁵⁹ Uwaga tu poczyniona może być porównana z argumentem H.L.A. Harta skierowanym wobec austinowskiego stwierdzenia, że nieważność może służyć jako sankcja. H.L.A. Hart odpowiada, że nieważność i sankcja są koncepcyjnie odrębne. Dokładniej zaś, wskazuje, że nieważność wynika koniecznie z niespełnienia warunków umowy prawnej (Jan twierdzi, że żeni się z Marysią, ale to „małżeństwo” jest nieważne i niebyłe, gdyż jest on już żonaty), natomiast nałożenie sankcji jest kwestią ewentualną. Zob. H.L.A. Hart, *The Concept...*, s. 33–35, oraz J. Austin, R. Campbell, *Lectures...*, wykład XXIII, s. 457, wykład XXVII, s. 505 i 506.

⁶⁰ Zob. H. Kelsen, *Reine...*, Lipsk 1934, § 13, s. 27; H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Cambridge, MA 1945, s. 59, 69–71; H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wiedeń 1960, § 28(c), s. 125 i 126.

⁶¹ Zob. H. Kelsen, *Reine...*, Lipsk 1934, § 11(b), s. 22.

⁶² Zob. H. Rickert, *Der Gegenstand der Erkenntnis*, Tybinga 1904, s. 205–228; H. Rickert, *Der Gegenstand der Erkenntnis*,

ciągłości – od metodologicznych form różnych ugruntowanych dyscyplin. Podstawowym założeniem H. Rickerta jest to, że obiektywna rzeczywistość, konstytuowana transcendentalnie, musi być ostro odróżniona od przetwarzania (*Bearbeitung*) materiału danego w rzeczywistości obiektywnej. Obiektywna rzeczywistość, świat fenomenów I. Kanta, jest ukonstytuowana za pomocą kategorii rzeczywistości, podczas gdy przetwarzanie materiału obiektywnej rzeczywistości jest dziełem istniejących dyscyplin, które są ugruntowane w przyjętych przez siebie formach metodologicznych. H. Rickert proponuje praworządność (*Gesetzlichkeit*) jako przykład formy metodologicznej w naukach przyrodniczych⁶³. W zasadzie ten przykład musi być traktowany jako *genus* metodologicznych form w naukach przyrodniczych w ogólności, ponieważ znajduje zastosowanie do nich wszystkich.

W *Der Gegenstand der Erkenntnis* H. Rickert zaczyna od konstytutywnych kategorii rzeczywistości.

„Unikalne znaczenie (...) form, które zostały omówione w kontekście przykładów przyczynowości i ciągłości wymagają nadania im specjalnej nazwy, która odróżniałaby je jako oryginalne formy, w przeciwieństwie do form metodologicznych. Wychodząc od wyrażenia «obiektywna rzeczywistość», moglibyśmy mówić o «obiektywnych formach rzeczywistości». Jednakże wolimy pojęcie «konstytutywne». Przez to, że owe szczególne formy konstytuują to, co zakłada się jako gotowy produkt albo jako realny materiał poznania, «konstytutywne» oznacza więc dokładnie to, co mamy na myśli. Tak więc kategorie, które kształtują obiektywny, realny świat z tego, co faktycznie jest dane, powinny być określane jako konstytutywne kategorie rzeczywistości»⁶⁴.

Metodologiczne formy, do których nawiązuje H. Rickert, są właściwe – odpowiednio – dla różnych ugruntowanych dyscyplin. Odwołując się w swoim traktacie do dualizmu kartezyjańskiego, H. Rickert pisze:

„Ten drugi gatunek dualizmu, według którego świat jest pomyślany jako składający się z dwóch typów rzeczywistości, z których każdy wyklucza ten pozostały – świat *extensio* (rozciągłości) i świat *cogitatio* (myśli) – jest tworzony przez fizykę i przez psychologię, każdy za pomocą przyjętej przez nie formy metodologicznej»⁶⁵.

Fizyka ma swoją własną formę metodologiczną, podobnie jak psychologia.

Także nauka prawa posiada swoją własną formę metodologiczną, mianowicie zachowanie albo – jak czasami ujmuje to H. Kelsen – „prawo normatywności”⁶⁶. Wyjaśnia to, odnosząc się do tez, których bronił w *Hauptprobleme*:

„Podstawowym problemem staje się zrekonstruowana norma prawna, rozumiana jako wyraz szczególnej praworządności (*lawfulness*), autonomii prawa, jako prawny odpowiednik dla prawa natury (*Naturgesetz*) – «prawo prawa», że tak powiem, prawo normatywności (*Rechtsgesetz*) (...) Co jest oczywiście istotne w *Głównych Problemach*, to zapewnienie obiektywności obowiązywania, bez której nie może być w ogóle żadnej praworządności, nie mówiąc już o konkretnej praworządności, autonomii prawa. Lecz bez wyrazu tej autonomii, bez prawa

Tybinga 1928, s. 401–432. Zob. także H. Rickert, *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung*, Tybinga 1929, s. 283 i 284, 373–377 *et passim*.

⁶³ Zob. H. Rickert, *Der Gegenstand...*, Tybinga 1928, s. 409 i 410.

⁶⁴ Zob. H. Rickert, *Der Gegenstand...*, Tybinga 1928, s. 406 i 407 (cytat i wyróżnienia za oryginałem), por. H. Rickert, *Der Gegenstand...*, Tybinga 1929, s. 211 [tłum. MR].

⁶⁵ Zob. H. Rickert, *Der Gegenstand...*, Tybinga 1928, s. 424 (wyróżnienia za oryginałem), zob. także s. 404, 410, 411, 424, 426 *et passim*. Por. H. Rickert, *Der Gegenstand...*, Tybinga 1904, s. 208, 210, 217, 221 *et passim* [tłum. MR].

⁶⁶ Zob. cytat bezpośrednio poniżej.

normatywności, nie może być żadnej wiedzy prawnej, żadnej nauki prawa. Stąd: obiektywny osąd, a nie subiektywny imperatyw. «Prawo normatywności jest – patrząc od zewnątrz – jak prawo natury, jako że do nikogo nie jest skierowane i obowiązuje bez względu na to, czy jest znane lub uznane». Jeśli analogia między prawem normatywności a prawem natury jest tutaj nadal dość ograniczona, to jest tak po to, by uniknąć pomieszania tych dwóch pojęć – aby z powodu analogii nie stracić z oczu szczególnej praworządności, autonomii prawa, jako opozycji do przyczynowej praworządności natury⁶⁷.

Normatywne lub nienaturalistyczne znaczenie przedsięwzięcia H. Kelsena, siła jego prawa normatywności, realizuje się w kontekście nomologicznej nauki prawa rozumianej jako kelsenowska alternatywa dla psychologizmu i naturalizmu w naukach prawnych. Kwestią szczególnej wagi jest forma metodologicznej nauki prawa – relacja zarachowania peryferyjnego. Gdzie zostają osiągnięte warunki antecedensu, tam oznacza to zarachowanie odpowiedzialności do czynu, co jest relacją konieczną. Gdzie odpowiedzialność zostaje przypisana do osoby, tam oznacza to zmianę sytuacji prawnej tej osoby. Owa zmiana jest, jak obstaje H. Kelsen, zmianą normatywną, a nie przyczynową.

Uwagi końcowe

Zatoczywszy pełny krąg, wracając do „Wprowadzenia”, chciałbym raz jeszcze przyrzeć się rozróżnieniu między prawniczym pozytywizmem inkluzywnym a ekskluzywnym z jednej strony, a z drugiej strony rozróżnieniu między prawniczym pozytywizmem jako naturalizmem a pozytywizmem bez naturalizmu. Zaczynając od pierwszego rozróżnienia: inkluzywny pozytywizm prawniczy „jeździ na barana” na pozytywizmie ekskluzywnym. To znaczy, we wszystkich systemach prawnych opisanych za pomocą wariantu „ekskluzywnego” żadne rozróżnienie nie jest oznaczone przez wariant „inkluzywny”, i sprowadzają się do tego samego. Kiedy jednak zwrócimy się ku drugiemu rozróżnieniu, tego pomiędzy pozytywizmem prawniczym jako naturalizmem a pozytywizmem prawniczym bez naturalizmu, różnica między nimi ujawnia się zawsze. Jak zgrabnie ujął to H. Dreier, H. Kelsen prowadził bitwę na dwóch frontach – przeciwko teoriom prawonaturalistycznym oraz przeciw teoriom prawa opartym na faktach lub naturalizmie⁶⁸. Alternatywa H. Kelsena jest widoczna w jego odpowiedziach na tych dwóch frontach: teza o rozdziale jako niezależna doktryna w jego filozofii prawa oraz teza o normatywności nomologicznej jako druga niezależna doktryna. Od tych doktryn pozytywizm prawniczy jako naturalizm należy ostro odróżniać. Pogląd ten, w którym brane są pod uwagę niezależne doktryny, nie przyjmuje nic od H. Kelsena. Jediną doktryną tego poglądu jest naturalizm.

Tłumaczenie: Marcin Romanowicz

⁶⁷ H. Kelsen, *Hauptprobleme...*, Tybinga 1923, s. VI–VII (wyróżnienia za oryginałem). Cytat H. Kelsena zawiera cytat z H. Kelsena, *Hauptprobleme...*, Tybinga 1911, s. 395, przedruk w: M. Jestaedt (red.), *Hans Kelsen...*, t. 2, s. 529 („od zewnątrz” pojawia się kursywą w *Hauptprobleme* z 1911 r., ale nie w „Przedmowie” do wydania z 1923). Zob. także H. Kelsen, *Reine...*, Lipsk 1934, § 11(b), s. 21–24 [tłum. MR].

⁶⁸ Zob. H. Dreier, *Rechtslehre...*, s. 27–90.

Summary

Stanley L. Paulson
The Very Idea of Legal Positivism

Much in recent discussions on legal positivism suggests that the controversy surrounding the notion turns on the distinction between inclusive and exclusive legal positivism. As a point of departure in distinguishing them, the separation principle is helpful. The separation principle counts as the contradictory of the morality principle, according to which there *is* “necessary overlap” between the law and morality. What the legal positivist’s denial of the morality principle comes to can be refined, we are told, by appealing to the distinction between inclusive and exclusive legal positivism. One can acquire a broader perspective by opening up the field in order to cover not only inclusive and exclusive legal positivism but also *non*-positivism, represented by the defence of the morality principle, that is the view that there *is* necessary overlap between the law and morality. Say what you will about inclusive *versus* exclusive legal positivism – some defend the distinction, others dismiss inclusive legal positivism as a non-starter. In any case, I want to argue that a far more fundamental distinction within the positivist camp lies elsewhere. The distinction I have in mind is that between legal positivism *qua* naturalism (J. Austin) and legal positivism without naturalism (H. Kelsen). For reasons institutional in nature, legal positivism has largely been discussed in a vacuum, there is a standing presumption to the effect that there are ties between legal positivism and ‘positivism writ large’ in the greater philosophical tradition – or, as it would be put in present-day philosophical circles, ties between legal positivism and naturalism.

BIBLIOGRAFIA / REFERENCES:

- Alexy, R. (2011). Die Doppelnatur des Rechts. *Der Staat* 50/3, 389–404.
- Alexy, R. (2008). On the Concept and the Nature of Law. *Ratio Juris* 21/3, 281–299.
- Alexy, R. (2002). *The Argument from Injustice*. Oxford: Clarendon Press.
- Austin, J., (1885). *Lectures on Jurisprudence, or, The Philosophy of Positive Law*, v. 1. London: J. Murray.
- Austin, J., (1954). *The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence*. London: Weidenfeld and Nicolson.
- Berteau, S. (2007). A Critique of Inclusive-Positivism. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 93, 67–81.
- Coleman, J.L. (2001). *The Practice of Principle*. Oxford: Oxford University Press.
- Dancy, J. (2000). (Ed.) *Normativity*. Oxford: Blackwell Publishers.
- Dreier, R. (1981). *Recht-Moral-Ideologie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Fodor, J.A. (2003). *Hume Variations*. Oxford: Clarendon Press.
- Franks, P.W. (2005). *All or Nothing. Systematicity, Transcendental Arguments, and Skepticism in German Idealism*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- Fuller, L.L. (1978). The Forms and Limits of Adjudication. *Harvard Law Review* 92/2, 353–409.
- Fuller, L.L. (2001). *The Principles of Social Order. Selected Essays of Lon L. Fuller*. Oxford: Hart Publishing.
- Habermas, J. (1971). *Knowledge and Human Interests*. Boston: Beacon Press.
- Hart, H.L.A. (1957). Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer. *University of Pennsylvania Law Review* 105, 953–975.
- Hart, H.L.A. (1983). *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press.
- Hart, H.L.A. (1958). Legal and Moral Obligation. In A.I. Melden (Ed.), *Essays in Moral Philosophy*. Seattle: University of Washington Press.
- Hart, H.L.A. (1958). Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review* 71/4, 593–629.
- Hart, H.L.A. (1994). *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press.
- von Helmholtz, H. (1896). *Vorträge und Reden*, v. 1. Braunschweig: Friedrich Vieweg.
- Himma, K.E. (2002). Inclusive Legal Positivism. In J. Coleman (Ed.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press.
- Holzhey, H., Röd, W. (2004). *Die Philosophie des ausgehenden 19. und des 20. Jahrhunderts, t. 2: Neukantianismus, Idealismus, Realismus, Phänomenologie*. Munich: C.H. Beck.
- Hume, D. (1978). *A Treatise on Human Nature*. Oxford: Clarendon Press.
- Hume, D. (2005). *Traktat o naturze ludzkiej*. Warszawa: Fundacja Aletheia.

- Jellinek, G. (1905). *Allgemeine Staatslehre*. Berlin: O. Häring.
- Kelsen, H. (1925). *Allgemeine Staatslehre*. Berlin: J. Springer.
- Kelsen, H. (1920). *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*. Tübingen: J.C.B. Mohr.
- Kelsen, H. (1945). *General Theory of Law and State*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- Kelsen, H. (1911). *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. Tübingen: J.C.B. Mohr.
- Kelsen, H. (1934). *Reine Rechtslehre*. Leipzig: F. Deuticke.
- Kelsen, H. (1960). *Reine Rechtslehre*. Vienna: F. Deuticke.
- Kelsen, H. (1932). Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht. *Zeitschrift für öffentliches Recht* 12, 1–128.
- Kelsen, H. (1911). *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*. Tübingen: J.C.B. Mohr.
- Kemp Smith, N. (1905a). The Naturalism of Hume (I). *Mind* 14, 149–173.
- Kemp Smith, N. (1905b). The Naturalism of Hume (II). *Mind* 14, 335–347.
- Kemp Smith, N. (1941). *The Philosophy of David Hume*. London: Macmillan Publishers.
- Kramer, M.H. (1999). *In Defense of Legal Positivism*. Oxford: Oxford University Press.
- Kramer, M.H. (2004). *Where Law and Morality Meet*. Oxford: Oxford University Press.
- Lehrer, K. (1989). *Thomas Reid*. London: Routledge.
- Maddy, P. (2007). *Second Philosophy. A Naturalistic Method*. Oxford: Oxford University Press.
- Millar, A. (2004). *Understanding People. Normativity and Rationalizing Explanation*. Oxford: Oxford University Press.
- Moreso, J.J. (2001). In Defense of Inclusive Legal Positivism. In P. Chiassoni (Ed.), *The Legal Ought*. Turin: G. Giappichelli.
- Mounce, H.O. (1999). *Hume's Naturalism*. London: Routledge.
- Nino, C.S. (1985). *La validez del derecho*. Buenos Aires: Editorial Astrea de A. y R. Depalma.
- Nino, C.S. (1998). Some Confusions surrounding Kelsen's Concept of Validity. In S.L. Paulson, B. Litschewsky-Paulson (Eds.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. Oxford: Clarendon Press.
- Paulson, S.L. (2012). A „Justified Normativity” Thesis in Hans Kelsen's Pure Theory of Law? Rejoinders to Robert Alexy and Joseph Raz. In M. Klatt (Ed.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press.
- Penelhum, T. (1993). Hume's Moral Psychology. In D.F. Norton (Ed.), *Cambridge Companion to Hume*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Quine, W.V.O. (1981). *Theories and Things*. Cambridge (Mass.): Belknap Press of Harvard University Press.
- Radbruch, G. (2006). Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law. *Oxford Journal of Legal Studies* 26/1, 1–11.

- Rawls, J. (2007). *Lectures on the History of Political Philosophy*. Cambridge (Mass.): Belknap Press of Harvard University Press.
- Raz, J. (1994). *Ethics in the Public Domain*. Oxford: Clarendon Press.
- Raz, J. (1999). Explaining Normativity: On Rationality and the Justification of Reason. *Ratio*, 354–379.
- Raz, J. (1974). Kelsen's Theory of the Basic Norm. *American Journal of Jurisprudence* 19/1, 94–111.
- Raz, J. (2009). *The Authority of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Reid, T., Hamilton, W. (1895). *The Works of Thomas Reid, part 1*. Edinburgh: James Thin.
- Rickert, H. (1904). *Der Gegenstand der Erkenntnis*. Tübingen: J.C.B. Mohr.
- Rickert, H. (1928). *Der Gegenstand der Erkenntnis*. Tübingen: J.C.B. Mohr.
- Rickert, H. (1929). *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung*. Tübingen.
- Ross, A. (1961). Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law. *Revista Jurídica de Buenos Aires* 4, 45–93.
- Shapiro, S. (2000). Law, Morality, and the Guidance of Conduct. *Legal Theory* 6/2, 127–170.
- Skorupski, J. (2010). *The Domain of Reasons*. Oxford: Oxford University Press.
- Stolleis, M. (1992). *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Zweiter Band 1800–1914*. Munich: C.H. Beck.
- Walter, R. (1970). Der gegenwärtige Stand der Reinen Rechtslehre. *Rechtstheorie* 1, 69–95.
- Williams, B.A.O. (2002). *Truth and Truthfulness*. Princeton: Princeton University Press.