

Czy pragmatyka jest u Kelsena możliwa?

Monika Zalewska

Is Pragmatics in Kelsen's Legal Philosophy possible?

Abstract: The main goal of Hans Kelsen's Pure Theory of Law is to build a science of law. Kelsen is looking for a valid conditions of legal science and find them in neokantian philosophy. However, in the last phase when he turns into linguistic paradigm, he can't explain science of law through neokantian terms anymore. In this case the question arises, how to recognize law from other linguistic expressions. Normally one could recall context of such expression (pragmatical context). In Kelsen's case this is impossible as he distinguishes between is and ought and postulates that we should study law only on ought sphere. Despite this I will try to demonstrate that the pragmatics is possible in Pure Theory of Law by transforming previous neokantian categories into pragmatic ones.

Keywords: Hans Kelsen, Pure Theory of Law, Allgemeine Theorie der Normen, legal theory, pragmatics, normativism, imputation, basic norm, ought

Wstęp

Pytanie postawione w tytule niniejszego artykułu tylko na pozór wydaje się proste. Na pierwszy rzut oka wydawałoby się, że czysta teoria prawa neokantysty Kelsena nie ma nic wspólnego z pragmatyką. Można by powiedzieć, że to zupełnie inny wątek, który z filozofią języka ma niewiele punktów styecznych. Osoba stawiająca taką tezę miałaby częściowo

* Uniwersytet Łódzki
mzalewska@wpia.uni.lodz.pl

rację, a w każdym razie miałyby ją odnośnie do najbardziej znanej fazy twórczości Kelsena¹. Faktycznie w okresie klasycznym (neokantowskim) o filozofii języka nie mogło być w jego teorii mowy. Jednak myśl tego filozofa prawa z Wiednia nie ograniczała się do *Czystej teorii prawa*. Wynika to stąd, że działał on na polu naukowym przez ponad sześćdziesiąt lat. W tym czasie jego teoria ewoluowała, by przyjąć swoją finalną postać w wydanej pośmiertnie *Ogólnej teorii norm*. W tej właśnie książce Kelsen odchodzi od neokantowskiego paradygmatu i kładzie silniejszy akcent na filozofię języka. Wprawdzie płaszczyzna językowa zawsze istniała w jego teorii w postaci przekonania, że dualizm bytu i powinności można rozpatrywać również w odniesieniu do języka, jednak dopiero w latach sześćdziesiątych ubiegłego wieku nabrała większego znaczenia.

Jak wskazuje Carsten Heidemann, w tej ostatniej fazie Kelsen czerpał z dwóch spośród trzech nurtów filozofii języka, opierając swoją teorię nie tylko na wątkach zaliczających się do semantyki, ale również do pragmatyki². Zaangażowanie semantyki w wyjaśnianie wątków Kelsenowskiego normatywizmu nie wydaje się zbyt zagadkowe, szczególnie, że w *Ogólnej teorii norm* Kelsen wyraźnie opowiada się za hyletyczną koncepcją norm³ (wyróżniając obok operatora powinnościowego tzw. substrat modalnie indyferentny, mający charakter deskryptywny⁴). Równocześnie jednak pomysł, że w normatywizmie (którego podstawą jest postulat

¹ Według klasyfikacji Stanleya Paulsona wyróżnia się trzy fazy rozwoju teorii Hansa Kelsena. Pierwsza z nich, przypadająca na okres rozprawy habilitacyjnej, to tzw. krytyczny konstruktywizm. Druga, najbardziej znana (w której Kelsen czerpał inspirację z myśli neokantowskiej), to faza klasyczna. Ostatnia faza, o której będzie mowa w niniejszym artykule, to faza analityczno-językowa (Stanley L. Paulson, *Toward a Periodisation of the Pure Theory of Law*, [w:] Letizia Gianformaggio (ed.), *Hans Kelsen's Legal Theory a Diachotonic Point of View*, G. Giappichelli Editore, Torino 1990, s. 11).

² Carsten Heidemann, *Die Norm als Tatsache. Zur Normtheorie Hans Kelsens*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1997, s. 164.

³ W myśl koncepcji hyletycznej norma prawna zawiera dwa komponenty: opisowy i normatywny. Ten drugi, jako operator, przekształca zdanie oznajmujące w wypowiedź normatywną. Wówczas owa wypowiedź jest językowym wyrazem normy. Ta zaś jako pewien byt konceptualny jest odcięta od wszelkiego kontekstu i tym samym od pragmatyki.

⁴ H. Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 1979, s. 46.

badania norm na płaszczyźnie powinności) jest miejsce na pragmatykę, wydaje się zaskakujący.

Na pierwszy rzut oka jest to nie do pogodzenia, skoro reguły pragmatyki uzależniają znaczenie wypowiedzi od kontekstu – bo przecież owym kontekstem jest tu dziedzina bytu. Ponadto przy okazji omawiania hyletycznej koncepcji większość autorów wskazuje na odcięcie jej od pragmatyki⁵. Sytuację komplikuje również fakt, że według Kelsena forma, w której wyrażona jest norma prawna, nie ma znaczenia, zaś samo prawo może mieć treść dowolną⁶. Pojawia się zatem fundamentalne dla późnego normatywizmu pytanie: w jaki sposób pogodzić ze sobą dwie sprzeczne tendencje? Z jednej strony należałoby zachować separację bytu i powinności, a z drugiej, pozostając na płaszczyźnie języka, znaleźć kryterium różnicujące dla norm prawnych względem innych wypowiedzi normatywnych. Wbrew pozorom nie jest to zadanie niemożliwe do wykonania. Warto przyrzeć się poszczególnym elementom czystej teorii i sprawdzić, czy któryś z nich nie spełnia roli kategorii pragmatycznej.

W dalszej części zatem zarysuję nieco bardziej szczegółowo trudności, jakie napotyka późny normatywizm Kelsenowski, by następnie zaproponować kilka rozwiązań tej kwestii. Wykażę, że tym, co mogłoby spełniać pragmatyczną rolę, są albo wcześniejsze neokantowskie relatywne kategorie *a priori*, albo dynamiczna struktura prawa. W końcowej części artykułu postaram się udowodnić, że dopiero kombinacja wszystkich tych elementów pozwala na rozwiązanie niniejszego zagadnienia.

Główny cel Kelsenowskiego normatywizmu

Podstawowym celem Kelsena było stworzenie autonomicznej nauki prawa, czyli takiej, która z jednej strony spełni kryteria naukowości, zaś z drugiej będzie odrębna od innych nauk. Jak powszechnie wiadomo, samo pojęcie nauki jest pojęciem

⁵ Zob. np. Oskar Pogorzelski, *Nielingwistyczna a ekspresyjna koncepcja normy*, [w:] Oktawian Nawrot, Sebastian Sykuna, Jerzy Zajadło (red.), *Konwergencja czy dywergencja kultur i systemów prawnych?*, C.H.Beck, Warszawa 2012, s. 398-399.

⁶ H. Kelsen, *Podstawowe zagadnienia nauki prawa państwowe (w rozwinięciu nauki o normie prawnej)*, przeł. T. Przeorski, t. 1, Wilno 1935–1936, s. 117.

spornym, a tym bardziej istnieją duże kontrowersje w kwestii tego, czy możliwe jest poznanie naukowe bytów tak abstrakcyjnych, jakimi są normy. Przyjmując jednak szerszą definicję nauki i zadowolając się takimi kryteriami jak ogólność, jednoznaczność i weryfikacja teorii, można zaryzykować stwierdzenie, że nauka prawa jest możliwa i to jej warunków Kelsen poszukiwał.

Nie ulega wątpliwości, że teoria Kelsena spełnia dwa pierwsze warunki. Ogólność późnego normatywizmu zapewniona jest przez skrajny formalizm. Także jednoznaczność, sprowadzająca się do ścisłego określania relacji między pojęciami, jest u Kelsena bardzo wyraźna. Nie tylko stworzył on własną siatkę pojęciową (zarachowanie, norma podstawowa, idealna forma normy prawnej), ale również konsekwentnie i wyraźnie określił relacje między tymi pojęciami. Można wręcz powiedzieć, że w pewnym aspekcie praca Kelsena polegała właśnie na precyzowaniu tych relacji wciąż od nowa. W ten sposób ponownie przechodził on od jednej fazy do drugiej i w przez to ulepszał swoją teorię.

W wypadku weryfikacji teorii, jako warunku naukowości, przede wszystkim przychodzi na myśl weryfikacja empiryczna. Ta jednak nie jest u Kelsena możliwa, ze względu na odseparowanie się w badaniach prawa od sfery bytu. Natomiast jeśli uzna się ją za zgodną z konkretnymi systemami prawnymi, to również i ten warunek zostanie spełniony. Do tego można dodać bardzo rozbudowaną metodologię normatywizmu, o której sam Kelsen napisał, że:

Metoda ma dla nauki podobne znaczenie jak ma technika w sztuce. [...] Strona metodologiczna jest tak dalece przeważająca, że omówienie i badanie wyłaniających się w granicach zakreślonych pracą niniejszą problemów nauki prawa państwowego ma miejsce nie tyle ze względu na problemy jako takie, ile raczej dla uzasadnienia słuszności przyjętych zasad metodologicznych⁷.

Z powyższych rozważań wynika, że teoria Kelsena spełnia kryteria naukowości.

Czy jednak jego nauka prawa ma charakter autonomiczny? Innymi słowy: czy możliwe jest u Kelsena takie wyodrębnienie pojęcia prawa, aby było ono w pełni odróżnialne od innych

⁷ Tamże, s. 10.

systemów normatywnych? Jeśli nie, oznaczałoby to, że Kelsen stworzył nie tyle naukę prawa, co naukę o pewnej klasie systemów normatywnych. Jego poprzednicy wskazywali na państwo, jednak on sam, stawiając znak równości pomiędzy państwem i prawem, musi z tej drogi zrezygnować. W kolejnej części artykułu właśnie ta kwestia zostanie zbadana.

Prawo może mieć treść dowolną – słynne słowa Kelsena na długo stały się głównym elementem bardziej lub mniej uzasadnionej krytyki jego teorii. Warto jednak przedstawić kontekst wypowiedzi, który jest ważny z punktu widzenia wątków językowych w normatywizmie. Stwierdzenie to bowiem nie ma charakteru aksjologicznego. Kelsenowi nie chodziło o to, jakie prawo *powinno być*, lecz o to, jakie ono *jest*⁸. I o to, że jako takie może zawierać dowolną treść, o ile są spełnione opisane przez niego warunki formalne. Jest to teza empiryczna w tym sensie, że każdy z nas może przywołać na myśl reżim godzący w podstawowe wartości (np. w Korei Północnej) i raczej mało kto odmawia tamtejszym uregulowaniom atrybutu prawa.

Teza ta zawiera jednak poważne implikacje z punktu widzenia językowego, gdyż sama semantyka nie wystarczy, by rozpoznać prawo (skoro jego treść może być dowolna). Ktoś mógłby na to odpowiedzieć, że normy mają odmienną strukturę, niż pozostałe rodzaje wypowiedzi i po tym można je rozpoznać. Jednak Kelsen i tej możliwości się pozbawił, słusznie stwierdzając, że forma językowa, w jaką ujęta jest norma prawna, pozbawiona jest znaczenia. Jeśli nawet norma ma charakter zdania oznajmującego (na przykład przestępstwo kradzieży: „Kto zabiera w celu przywłaszczenia cudzą rzecz ruchomą, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5”), to i tak jest uznawana za obowiązującą. Zatem w jaki sposób prawnik odróżnia normy prawne od innych wypowiedzi? Odpowiedź wydaje się oczywista – ale nie dla normatywisty. Prawnik nienormatywista stwierdziłby zapewne fakt istnienia normy w sposób bardzo prozaiczny: sięgając do ustawy. Normatywista jednak, odcięty od sfery faktów poprzez tezę o dualizmie bytu i powinności oraz nakaz rozpatrywania norm wyłącznie na tej drugiej płaszczyźnie, jest pozbawiony tej możliwości. Musi szukać innego rozwiązania.

⁸ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Verlag Franz Deuticke, Wien 1960, s. 1.

Czy pragmatyka jest u Kelsena niemożliwa?

Zastanawiając się nad kryterium różnicującym normy od innych wypowiedzi, można obrać dwie drogi. Albo poszukać odpowiedniej koncepcji pragmatycznej, która będzie pasować do teorii Kelsena, albo znaleźć takie elementy w jego koncepcji, które pełnić będą rolę funkcji pragmatycznej. Za drugą opcją przemawia przede wszystkim to, że najprawdopodobniej zaproponowane rozwiązanie będzie bliższe intencjom tego wiedeńskiego filozofa prawa, jako wykorzystujące istniejące już w normatywizmie elementy.

W ten sposób pierwszymi „kandydatami” do roli kategorii pragmatycznej, w sposób naturalny, stają się elementy pełniące funkcje relatywnych kategorii *a priori* w fazie neokantowskiej. Wówczas ich istotą było wyodrębnienie norm prawnych spośród innych wypowiedzi normatywnych, w celu uzasadnienia autonomiczności nauki prawa. Chodziło o znalezienie *differentia specifica* dla prawa i według Kelsena taką funkcję pełniły przede wszystkim norma podstawowa, powinność (w specyficznym znaczeniu, na przykład takim, które Robert Alexy nazwał *Richtigkeit*) i zarachowanie. Warto zatem sprawdzić, czy owe kategorie również nadają się do rozróżnienia prawa na gruncie pragmatyki. W neokantyzmie wszystkie one funkcjonują w postaci relatywnej kategorii *a priori* w ramach argumentu transcendentnego. Argument ten stwierdza fakt istnienia nauki prawa, a następnie, w drugiej przesłance, zauważa, że jest ona możliwa tylko wtedy, gdy weźmie się pod uwagę rozpatrywaną relatywną kategorię *a priori*. We wniosku stwierdza się, że owa kategoria jest niezbędna dla nauki prawa, jako *differentia specifica*⁹.

Norma podstawowa jako kategoria pragmatyczna

W jaki zatem sposób norma podstawowa mogłaby być niezbędna dla nauki prawa? Jako nauka o normie prawnej jest możliwa tylko wtedy, gdy znajdziemy element dla niej

⁹ S.L. Paulson, *Kelsen in Marburg School: Reconstructive and Historical Perspectives*, [w:] Walter Krawietz, Neil MacCormick, Georg H. von Wright (eds), *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems*, Duncker & Humboldt, Berlin 1994, s. 484.

specyficzny, taki, którego w innych dziedzinach nauki nie ma. Norma podstawowa, według Kelsena, zapewnia właśnie taką autonomiczność. W *Ogólnej teorii norm* jest ona fikcyjnym założeniem¹⁰, które musi poczynić każdy prawnik, jeśli chce grać w „grę prawną”¹¹. Jako normatywista nie może jednak uzasadnić obowiązywania prawa ani poprzez odniesienie do faktów, ani do prawa natury. Stąd, będąc jednocześnie postawionym przed faktem obowiązywania, jest on zmuszony założyć istnienie normy podstawowej, treściowo pustej, która nadaje status obowiązywania wszystkim normom niższego rzędu – od konstytucji poczynając¹².

Czy zatem norma podstawowa może służyć jako kategoria pragmatyczna? A może jest tak, że najpierw rozpoznaje się prawo, następnie jego obowiązywanie, by na końcu wysnuć wniosek o istnieniu normy podstawowej? Aby udzielić odpowiedzi, należy zaznaczyć, że uwagi powyższe odnoszą się do całego systemu prawa, a nie pojedynczej normy, którą rozpoznaje się za pomocą pragmatyki. Jest to jednak swoiste złożenie broni, ponieważ pozbawiamy się wówczas możliwości rozpoznania prawa za pomocą normy podstawowej. Można jednak uznać, że norma ta to swego rodzaju prawniczy test.

Jeżeli rozpoznajemy jakiś system normatywny jako obowiązujący i jesteśmy zmuszeni uznać fikcyjność normy podstawowej, to owa fikcyjność wskazuje, że mamy do czynienia z systemem prawa. Jednak norma podstawowa, szczególnie w postaci fikcyjnej, jest bytem niezmiernie podejrzanym i narażonym na działanie brzytwy Ockhama. Mało tego – jeśli jest ona bytem fikcyjnym, a jednocześnie podstawą obowiązywania systemu prawnego, to czy nie oznacza to, że obowiązywanie tego systemu, oparte na fikcji, samo również jest fikcją? Jest to teza kontrfaktyczna

¹⁰ Bardzo osłabia to jej charakter. W fazie neokantowskiej miała status nie fikcji, ale hipotezy.

¹¹ S.L. Paulson, *Die Zurechnung als apriorische Kategorie in der Rechtslehre Hans Kelsens*, [w:] Matthias Kaufmann, Joachim Renzinkowski (Hrsg.), *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, Peter Lang, New York 2004, s. 112.

¹² Zob. np. Norbert Leser, *Die Reine Rechtslehre im Widerstreit der philosophischen Ideen*, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Institutes, H. 7, Wien 1982, s. 102.

i prawdopodobnie można znaleźć bardziej wyszukaną interpretację fikcyjności normy podstawowej, jednak już taka prosta konsekwencja silnie podważa zasadność istnienia tej konstrukcji.

Zarachowanie jako kategoria pragmatyczna

Kolejną relatywną kategorią *a priori* jest dla Kelsena zarachowanie, rozumiane jako łącznik pomiędzy dwoma stanami faktycznymi w normie. Jego gramatycznym wyrazem jest określenie „powinien” (*sollen*)¹³. Zarachowanie pełni w normach taką samą rolę, jak związek przyczynowo-skutkowy w zdaniach oznajmujących. O ile jednak w wypadku tych drugich powiązania przyczynowo-skutkowe wyrażają konieczność, o tyle zarachowanie jest słabsze – i oznacza powinność. „Coś się powinno stać”, a nie „coś się stanie”. Według Kelsena, specyficzna dla prawa konstrukcja zarachowania jest jego *differentia specifica*. Kluczem do zrozumienia, dlaczego tak się dzieje, jest koncepcja normy. Kelsen przywołuje znaną u pozytywistów koncepcję norm sprzężonych, jednak modyfikuje ją w taki sposób, że inaczej określa normę pierwotną i wtórną.

Norma pierwotna to u Kelsena norma sankcjonująca, zaś wtórna jest normą sankcjonowaną¹⁴. Ten zabieg, wysuwający na pierwszy plan normę sankcjonującą, pozwolił mu na odróżnienie prawa od innych zjawisk. Norma wtórna zawierająca określony nakaz dla adresata normy (np. „nie kradnij”) nie jest charakterystyczna dla prawa. Można ją również (a raczej przede wszystkim) spotkać w moralności czy obyczajach. Natomiast to właśnie Kelsenowska norma pierwotna, zawierająca nakaz skierowany do organu, wyróżnia prawo spośród innych zjawisk normatywnych. To właśnie charakter tej normy decyduje o tym, że w poznaniu prawa liczy się forma, a nie treść. W niej też pojawia się najistotniejszy składnik różnicujący owo prawo w pozytywizmie pierwotnym: państwo.

Jak wspominałam, zarachowanie łączy dwa stany faktyczne, jest zdarzeniem będącym warunkiem nałożenia

¹³ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, [b.m.] 1934, przedruk: Mohr Siebeck, Tübingen 2008, s. 34.

¹⁴ H. Kelsen, *Allgemeine...*, dz. cyt., s. 43.

sankcji i nakazem, by dany organ tę sankcję zastosował. To ono, wyrażone poprzez „powinien” w normie wtórnej, jest tym elementem, który, według Kelsena, pozwala nam na rozpoznanie jej jako takiej (a nie na przykład jako opisu), Zatem również zarachowanie nadaje się na przesłankę argumentu transcendentálnego, gdyż jest warunkiem możliwości nauki prawa. Czy jednak da się taką konstrukcję przekształcić w taki sposób, by zarachowanie pełniło rolę kategorii pragmatycznej? Wydaje się, że tak. Jeżeli patrząc na budowę normy, rozpoznamy w pierwszej kolejności normę wtórną, a w następnym kroku zidentyfikujemy zarachowanie (nie myląc go ze związkiem przyczynowo-skutkowym), uda nam się na tej podstawie orzec, że mamy do czynienia z normą prawną.

Powinność jako kategoria pragmatyczna

Kelsen wskazywał również powinność jako relatywną kategorię *a priori*. Jednak, jak wskazuje Alexy, jest to powinność szczególnego rodzaju. Musi ona mieć wyjątkowy charakter, dla prawa specyficzny¹⁵. Jeśli jednak nie chce się brnąć w zbyt rozbudowane interpretacje myśli Kelsena, ale wciąż trzymać jego słów, to uznanie, że powinność jest kategorią pragmatyczną może rodzić problem błędnego koła. Otóż aby nadać słowu *sollen* ów specyficzny sens, trzeba najpierw rozpoznać, że mamy do czynienia z prawem. Zatem powinność jako taka, bez całego kontekstu, na kategorię pragmatyczną się nie nadaje, ponieważ to raczej ów kontekst decyduje o tym, że mamy do czynienia ze zjawiskiem prawnym i dzięki temu nadajemy powinności odpowiedni sens – a nie odwrotnie.

Podsumowując tę część rozważań, wśród relatywnych kategorii *a priori* mamy w teorii Kelsena dwóch „kandydatów”, którzy mogliby spełniać rolę kategorii pragmatycznej. Jednak ze względu na fikcyjny charakter normy podstawowej wydaje się na tym etapie rozważań, że zarachowanie ma znacznie solidniejsze podstawy.

¹⁵ Zob. Robert Alexy, *Hans Kelsens Begriff des relativen Apriori*, [w:] Robert Alexy, Lukas H. Meyer, Stanley L. Paulson, Gerhard Sprenger (Hrsg.), *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*, H. 25, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2002.

Rozwiązanie

Istnieje jednak jeszcze jeden sposób, dzięki któremu możliwe jest wyodrębnienie prawa spośród innych zjawisk normatywnych. Jest to odwołanie się do dynamicznej struktury prawa. Zatem zanim sformułowane zostaną ostateczne konkluzje, warto sprawdzić, czy kombinacja wyżej opisanych elementów nie jest właśnie poszukiwaną odpowiedzią na pytanie o pragmatykę w normatywizmie Kelsena. Jednak, jako że owa konstrukcja sprowadza się wyłącznie do wymiaru proceduralnego, umożliwia to wyodrębnienie prawa spośród większości zjawisk – ale nie spośród wszystkich. Pozwala na rozpoznanie go jedynie z wysokim prawdopodobieństwem.

Dynamiczna struktura prawa (*Stufenbau*) została stworzona przez przyjaciela Kelsena, który wraz z nim należał do wiedeńskiej szkoły teorii prawa (*Wiener Rechtstheoretische Schule*), Adolfa Merkla¹⁶. Kelsen uzupełnił ową koncepcją o czystą teorię prawa ze znakomitym skutkiem. Idea tej koncepcji polega na rozróżnieniu systemów normatywnych na systemy dynamiczne i systemy statyczne. Systemem statycznym, charakteryzującym się powiązaniem materialnymi, jest na przykład moralność. Powiązania materialne charakteryzują się tym, że z treści normy hierarchicznie wyższej wynika treść tej hierarchicznie niższej. Przykładowo z normy „miłuj bliźniego swego jak siebie samego” wynika szereg innych, niższego rzędu, takich jak: „pomagaj”, „nie kradnij”, „nie zabijaj”. Prawo jako system dynamiczny charakteryzuje się powiązaniem innego rodzaju. Są to mianowicie powiązania formalne, oparte na zasadzie delegacji. Organ hierarchicznie wyższy deleguje kompetencję dla organu hierarchicznie niższego do wydania normy prawnej o określonej treści. Taki łańcuch powiązań wiedzie ostatecznie do ustalenia normy indywidualno-konkretnej.

Dlaczego jednak dynamiczna struktura prawa mogłaby pełnić funkcję pragmatyczną? Na to pytanie należy odpowiedzieć następująco: ponieważ każda norma prawna istnieje

¹⁶ Zob. Adolf Merkl, *Prolegomena einer Theorie der Rechtlichen Stufenbaues*, [w:] Hans R. Klecatsky, René Marcić, Herbert Schambeck (Hrsg.), *Die wiener rechtstheoretische Schule*, Europa Verlag, Wien–Frankfurt–Zürich, Universitätsverlag Anton Pustet, Salzburg–München 1968, s. 1311-1361.

w kontekście innych norm, czyli w systemie prawa, i w ten sposób, patrząc na kontekst, możliwe jest rozpoznanie jej właśnie jako normy prawnej. Dzieje się tak, ponieważ identyfikując powiązania formalne między poszczególnymi normami, mamy wysoki stopień pewności, że jest to system prawa. Nie może być to jednak pewność absolutna, ponieważ dynamiczna struktura prawa jest charakterystyczna nie tylko dla takiego porządku, ale również dla każdego celowo stworzonego przez człowieka porządku normatywnego, w którym struktura jest dostatecznie wyspecjalizowana. Mogłaby to być na przykład pewna struktura międzynarodowej korporacji albo jakaś struktura mafijna.

Aby wyodrębnić prawo spośród pozostałych zjawisk normatywnych potrzeba jeszcze innych elementów. Tu właśnie mogą się przydać relatywne kategorie *a priori* przywołane przez Kelsena w fazie neokantowskiej. Sama struktura korporacyjna, zawierająca określone normy, będzie oparta na procedurach. Jest w niej jednak bardzo mało materialnych treści, a te najczęściej mają swoje źródło na zewnątrz, w prawie – zatem zachowanie, które poprzez normę wtórną jest ściśle powiązane z materialną częścią prawa, pozwoli na uchwycenie różnicy pomiędzy strukturą korporacyjną a strukturą prawną. Z kolei takie struktury jak mafia będą wprawdzie zawierały normy o charakterze materialnym, ale znów ich norma podstawowa będzie w swoim charakterze bardziej zbliżona do normy podstawowej prawa naturalnego i znacznie bardziej nasycona treścią, aniżeli norma podstawowa, charakterystyczna dla prawa pozytywnego (która ma charakter ściśle formalny)¹⁷. W kontekście pytania, w jaki sposób odróżnić normy prawne od norm panujących w strukturze mafijnej, fikcyjny charakter normy podstawowej nie wydaje się aż tak dużym mankamentem, ponieważ jest jedynie testem, który ma nam udzielić odpowiedzi, czy mamy do czynienia z prawem. Jeśli normatywista jest zmuszony dokonać myślowego założenia istnienia normy podstawowej, która przybiera kształt specyficzny dla prawa (opisany przez Kelsena), to znaczy, że ów system normatywny, o który pytamy, jest systemem prawa.

¹⁷ Na temat różnych rodzajów norm podstawowych zob. Jerzy Stelmach, *Norma podstawowa*, [w:] tegoż (red.), *Studia z filozofii prawa*, z. 1, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2001, s. 64.

Podsumowując, pojęcie prawa jest tu bardzo złożone i wymaga uwzględnienia znaczenie większej liczby elementów, aniżeli mogłoby się wydawać przy sprowadzeniu go do zbioru norm i postawienia znaku równości między nim a państwem. Jednak Kelsen takie pojęcie zbudował. W neokantyzmie oparł je o relatywne kategorie *a priori*, natomiast w fazie językowo-analitycznej te same kategorie zmieniły swoją funkcję na praktyczną dla całej teorii. Jednak najbardziej intuicyjną kategorią pragmatyczną w normatywizmie Kelsena wydaje się dynamiczna struktura prawa. Sama ta koncepcja nie wystarcza, aby odróżnić system norm prawnych od innych, również wyrafinowanych systemów normatywnych. Dopiero uzupełniając dynamiczną strukturę prawa o elementy, które w fazie neokantowskiej były relatywnymi kategoriami *a priori*, zyskujemy nie tylko szereg kategorii pragmatycznych, ale również układ, który pozwala odróżnić prawo od innych porządków normatywnych. Dzięki temu możliwe staje się mówienie o nauce prawa jako autonomicznej wobec innych nauk – a to właśnie było nadrzędnym celem Kelsena.