Part Code
ST1316

R G B WH GR BL

Grey Scale #13

C M Y K

DANES-PICTA.COM

A 1 2 3 4 5 6 M 8 9 10 11 12 13 14 15 B 17 18 19

Colour Chart #13

Blue Cyan Green Yellow Red Magenta White 3/Color Black

Inches 1 2 3 4 5 6 7 8

Centimetres 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19

DANES-PICTA.COM

ZASADY TEORJI PRAWA

SZYMON RUNDSTEIN

ZASADY TEORJI PRAWA

WARSZAWA — 1924.
NAKŁADEM KSIĘGARNI F. HOESICKA.

39299/3

Druk. „Współczesna", Szpitalna 10.

Przedmowa.

Praca niniejsza jest teorją normy prawnej. Abstrahuje ona od rozważań psychologicznych i socjologicznych, a tembardziej od aspektów polityki prawa. Czystej teorji prawa właściwe być musi ujęcie, wyłączające wszelki synkretyzm metodologiczny.

Tak rozumiana teorja wychodzi z założeń, ustalonych przez kapitalne prace KELSENA i rozwiniętych przez przedstawicieli szkoły „jurysprudencji normatywnej" (MERKL, HENRICH, F. KAUFMANN). Jeśli wywodom pracy niniejszej zarzucić można formalizm i schematyzm — należy mieć na względzie, że „treść" norm prawnych nie była przedmiotem jej badań. W zakresie prawnictwa metoda, rozważająca normę „ac si de lineis et figuris quaestio esset", nie jest metodą wyłączną i jedyną; nie byłoby wszakże podstawnem bezwzględne odrzucenie tego „jednostronnego" i „jednopłaszczyznowego" sposobu ujęcia jako aspektu, rzekomo wszelkiej wartości poznawczej pozbawionego.

Właściwa szkole normatywnej terminologja nasuwała w wykładzie pewne trudności. Szczególnie, zasadnicze odróżnienie dziedziny „istniejącego" i „być mającego" (Sein i Sollen) wymagało wprowadzenia terminu „powinność" celem oznaczenia „tego, co ma być", „tego, co być powinno". Nie mam wątpliwości, iż ten dwuznaczny termin jest niedoskonały.

W czasie druku książki niniejszej literatura teorji prawa wzbogaciła się pracami, które szczególnie dla założeń metodologicznych jurysprudencji normatywnej posiadają poważne znaczenie. Mam tu przedewszystkiem na myśli polemiczną pracę SANDERA, Kelsens Rechtslehre. Kampfschrift wider die normative Jurisprudenz 1923 oraz monografję MAXA ADLERA, Die Staatsauffassung des Marxismus. Ein Beitrag zur Unterscheidung von soziologischer und juristischer Methode 1922. Wywody tych prac nie mogły być w toku rozważań uwzględ-

nione. Nie mogłem również zająć stanowiska krytycznego wobec zasadniczej i głębokiej pracy KAROLA WOLFFA, Verbotenes Verhalten. Ein Beitrag zu den allgemeinen Lehren des Privat-und Strafrechts wie auch zur Rechtslogik 1923.

Prace te doszły rąk moich w chwili, gdy już znaczna część książki niniejszej była wydrukowana. Uważałem, że przypadkowe dopełnienia w przypisach byłyby niewskazane i niewłaściwe. Również z tego powodu pominąć musiałem najnowszą pracę ROGUIN'A La science juridique pure, 1923, trzy tomy, (str. 611 i str. 968), która wprawdzie niewiele ma wspólnego z „czystą" teorją normatywną — wszakże ze względu na podstawowe założenia wymagałaby omówienia obszerniejszego.

S. R.

Warszawa, dnia 1 października 1923 roku.

SPIS RZECZY.

str.

ROZDZIAŁ I. **Podstawy metodologiczne.**

§ 1. Modus aspiciendi 1
§ 2. Uzasadnienie pojęciowe 3
§ 3. Ujęcie apriorycznc 6
§ 4. Syntcza 9
§ 5. Actio finium regundorum . . . 14

ROZDZIAŁ II. **Przejawy normy prawnej.**

§ 6. Różnorodność w czasie 22
§ 7. Różnorodność treści 29
§ 8. Różnorodność źródeł 34

ROZDZIAŁ III. **Ujęcie normy prawnej.**

§ 9. Bezpośredniość ujęcia 40
§ 10. Pojęcie uporządkowania 49
§ 11. Sposób ujęcia 58

ROZDZIAŁ IV. **Założenia normy prawnej.**

§ 12. Ustalenia ogólne 68
§ 13. Prawdziwość normy 77
§ 14. Ważność normy 82
§ 15. O niektórych konsekwencjach teorji ważności . 87
§ 16. Ważność i działanie normy 91

ROZDZIAŁ V. **Negacja normatywności prawnej.**

§ 17. Wyłączenie aspektu normatywnego . . . 104
§ 18. Krytyka teorji negujących normatywność prawną . 111

ROZDZIAŁ VI. **Nieistotne momenty normy prawnej.**

§ 19. Accidentalia normy prawnej 121
§ 20. Pojęcie podmiotu normy 133

ROZDZIAŁ VII. Istota normy prawnej.

§ 21. Tryb ustalania normy prawnej 150
§ 22. Zagadnienie genezy normy 161
§ 23. Struktura normy prawnej . . . 168
§ 24. Istotne cechy normy prawnej 185

ROZDZIAŁ VIII. Dynamika normy prawnej.

§ 25. Łączność i ciągłość norm prawnych . . . 192
§ 26. Końcowe punkty poczytania 204

ROZDZIAŁ IX. System norm prawnych.

§ 27. Pojęcie systemu 216
§ 28. Jedność systemu 229
§ 29. Teorje, uzasadniające jedność systemu . . 243
§ 30. Znaczenie jedności systemu 254

ROZDZIAŁ X. Analiza normy prawnej.

§ 31. Elementy normy 271
§ 32. Zdania prawne 277
§ 33. Skład czynu i skutek prawny . . . 292
§ 34. Ukształtowania skutku prawnego . . . 300

ROZDZIAŁ XI. Subjektywizacja normy prawnej.

§ 35. Założenia subjektywizacji 307
§ 36. Pojęcie prawa podmiotowego 310
§ 37. Negacja prawa podmiotowego 318

ROZDZIAŁ XII. Fakt a norma prawna.

§ 38. Teorja dwóch płaszczyzn 330
§ 39. Stosunek dwóch płaszczyzn 345
§ 40. Teorja „napięcia“ 354

ROZDZIAŁ PIERWSZY.

PODSTAWY METODOLOGICZNE.

§ 1.

Modus aspiciendi.

Punkt widzenia, pod którym rozważane są dane przedmioty, stosunki, zjawiska, przesądza założenie układu teoretycznego, dążącego do ujęcia i poznania owych przedmiotów, stosunków, zjawisk.

Wybór i ustalenie punktu widzenia jest kamieniem węgielnym wszelkiej metodyki badań. Metodologja sama przez się, w oderwaniu od substratu, podlegającego badaniu, jest zbiorem prawideł i wskazań, które o tyle posiadają wartość poznawczą, o ile w zastosowaniu do danej treści ujmują ją w pojęcia, sądy i system jednolity. Wszakże treść przed tem ujęciem pozostaje nie uporządkowana, nie ujęta w karby pojęć, nie zróżniczkowana, chaotyczna i odczuwana intuicyjnie, nie zaś rozumowo pojmowana. Ujęcie metodologiczne jest tym zabiegiem, który porządkuje — a przeto kształtuje — treść.

Treść staje się przedmiotem poznania dzięki obiorowi ustalonego punktu widzenia. Można iść nawet dalej, uznając zasadę, zgodnie z którą każdej przez jedność metody ustalonej łączności sądów odpowiada odrębna przedmiotowość, czyli: odnośna metoda określa istotę przedmiotu poznania.*) Ujęcie przedmiotu poznania sprowadza ten przedmiot do cech specyficznych, zawartych w samym obiorze kierunku. Pojęcia, którym nadajemy miano prawnych, będą różne, nie bacząc na tożsa-

*) SANDER, Alte und neue Staatsrechtslehre, Zeitschrift für öffentliches Recht 1921. T. II str. 196; WEYR, Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft, loco eod str. 674.

mość nomenklatury, jeśli w obranym punkcie widzenia nastąpią przesunięcia lub przekształcenia.

Tak ściśle prawne pojęcie „przynależności państwowej“ (obywatelstwa) staje się pojęciem odmiennej natury, jeśli nie będzie rozważane pod kątem widzenia normatywności prawnej, lecz rozpatrywane według oceny specyficznych interesów państwowości, nie ujętych w karby ustanowionej normy; ustalenie wyboru łączników, tworzących więź przynależności, jeśli powstaje w płaszczyźnie juris constituendi, podlega metodologicznym ocenom polityki, przyczem „dogmatyczne“ ujęcie prawne wyłączone jest zupełnie z „pola widzenia“. Prawne pojęcie „własności“ staje się „kategorją“ etyczną, gospodarczą, polityczną, z chwilą przesunięcia obranego punktu widzenia. Metoda prawna w ścisłem tego słowa rozumieniu tworzy dopiero pojęcie własności, jako przedmiotu poznania prawnego. Aprioryzm metodologiczny powoduje, iż ukształtowania „identyczne“ stają się przedmiotami nauk odrębnych *).

Nieskończona ilość przedmiotów, zjawisk i stosunków, ich oddziaływanie na podmioty poznające, reakcje tych podmiotów ze względu na takie a nie inne ukształtowanie, ich przeżycia psychiczne — są niekształtną, chaotyczną masą, dopóki nie nastąpi uporządkowanie według ustalonej zasady naczelnej. Założeniem tej zasady jest aksjomatyzacja, bez której jedność i zgodność poznania nie daje się pomyśleć. SAVIGNY zauważył, że prawo nie jest bytem dla siebie, że jego istotą jest właściwie życie ludzkie, rozważane z specjalnego punktu widzenia **).

Ten zaś „specjalny punkt“ widzenia nie może być punktem „dowolnym“, kierowanym czynnikami doświadczenia lub intuicji. Stwierdzenie, że prawo, nie należąc do materjalnego świata zewnętrznego, a tworząc wewnętrzny „świat ducha“, pojęte być może jedynie dzięki swoistemu rodzajowi „odczuć“, że przejawia się ono w specyficznym trybie tegoż odczucia — nie wyjaśnia zasadniczych założeń metodologicznych. Stwierdzenie, że „doświadczenie“ prawne nadaje przejawom życia „zabarwienie prawne“, nie jest wyjaśnieniem, dopóki nie będzie wiadoma istota owego „barwnika“, który, dzięki przymiotowi prawności, nadaje przejawom prawnie bezbarwnym ów „niespodziewany“ koloryt swoisty. Ani mętne, niekontrolowane odczucie, ani nie dająca się wyrozumować intuicja lub nawet nie

---

*) F. KAUFMANN, Logik und Rechtswissenschaft 1922 str. 41. „Nach den verschiedenen Richtungen dieser Aprioriserung scheiden sich die einzelnen Wissenschaften über denselben Gegenstand“; SAUER, Grundlagen des Strafrechts 1921, str. 37: „... dass sich die Wissenschaften nicht durch das Objekt, sondern durch die Betrachtungsart unterscheiden“.

**) SAVIGNY, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1814 str. 30: „.... von einer besondern Seite angesehen“.

zawodzący empirycznie „takt prawniczy“ — nie są pryzmatem, w którym istota poznać się mającego przedmiotu przełamać się musi pod kątem właściwym. Modus aspiciendi nie może być przypadkowy ,gdyż jest wówczas dowolny; posiada wartość poznawczą wówczas tylko, gdy jest konieczny. Łącząc się z przedmiotem poznania jest, w istocie rzeczy, czynnikiem, który ustala odrębność i samoistność przedmiotu. Sposób wejrzenia *) jest tedy miernikiem rozstrzygającym; z punktu widzenia logicznego rozważany być winien jako „prius“ **). Rzecz oczywista, że w mierniku tym, jako wskazaniu poznawczem, nie mogą kryć się oceny wartościujące. Rozważania w tej płaszczyźnie nie mogą być ani wartościowaniem, ani odniesieniem do wartości.

Aksjomatyzacja założenia zasadniczego prowadzi do wniosku, iż sposób i tryb „nastawienia“, iż ustalenie „punktu widzenia“ zawiera w sobie i przesądza rozwiązanie badanych zagadnień.

Innemi słowy: postawienie problematu jest jego rozwiązaniem.

§ 2.

Uzasadnienie pojęciowe.

Proces poznania „tworzy“ — w przenośnem tego słowa znaczeniu — przedmiot poznania. Odmienne, odrębne lub niezgodne z sobą modi procedendi prowadzą do myślowego „rzutowania“ systemów — jako odmiennych, odrębnych lub niezgodnych płaszczyzn myślowych, które pozostają ze sobą w stosunku obojętności lub sprzeczności. Przez „przedmiot“ i „metodę“ nie należy rozumieć dwóch różnych pojęć, lecz wyłącznie dwie „strony“ jednej funkcji poznawczej***). Przedmiot wów-

---

*) Termin „modus aspiciendi“ użyty został w pracy NICOL-SPEYER'A, Systematische Theorie des heutigen Rechts, Erste Abteilung, Allgemeine Rechtslehre, 1911 str. 1 n. Wszakże nie wyjaśnił autor zasady, kierującej wyborem „sposobu wejrzenia“, stwierdzając jedynie przeciwstawność „świata“ prawnego i metaprawnego — zob. str. 4. Do zwykłej tautologji redukuje się pogląd E. HUBERA, Recht und Rechtsverwirklichung, 1921, który konstatuje, że rozważanie „świata konkretnego“ pod kątem widzenia „idei prawa“ jest rozważaniem „prawnem“ — str. 23, str. 79.

**) SAUER j. w. str. 281: „... ist die wissenschaftliche Erkenntnis des Objekts erst unter dem Gesichtspunkte des Masstabes der betreffenden Wissenschaft möglich“. W samym procesie poznania przedmiot i miernik istnieją jednocześnie i nie dają się oddzielić.

***) KELSEN, Die Rechtswissenschaft als Norm-oder als Kulturwissenschaft, Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung etc., 1916 (T. 40) str. 152: „weil mit „Gegenstand“ und „Methode“ gar nicht zwei verschiedene Begriffe, sondern nur zwei Seiten derselben Erkenntnisfunktion bezeichnet werden'; KELSEN, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, 1922, str. 116 „Die Identität des Erkenntnis-Objektes ist bedingt durch die Identität der Erkenntnismethode“.

czas uważany będzie za empiryczny, jeśli ustalony został dzięki metodzie empirycznej, metoda o tyle jest normatywna, o ile przedmiotem poznania są normy. Tożsamość przedmiotu poznania jest tedy uwarunkowana przez tożsamość metody, która nadaje kierunek wytyczny procesowi poznania.

Te wytyczne winny być momentem kierowniczym w procesie poznania prawa.

Sprowadzając ujęcie prawa do trzech tradycyjnych składników psychicznych, możemy mówić: o poznaniu prawnem, uczuciu prawnem i woli prawnej. Ta „adjektywizacja" prowadzi do szkodliwych i pojęciowo mylnych hypostaz, powodujących uznanie prawa jako samoistnego czynnika, odgrywającego rolę jakiejś odrębnej „mocy", niezależnego trybu ujęcia poznawczego w odniesieniu do „faktów", lub wreszcie klasyfikacyjnie niezależnej sfery uczuciowej. Stąd wywodzi się owa zasadniczo mylna klasyfikacja prawa jako „nauki" i „mocy" *), jako „sprawdzianu" i „nakazu", w rozumieniu „sprawdzianu" poznawczego, niezależnego od sfery woli, i „nakazu", różniczkowanego w odniesieniu do sfery bądź pozytywnej (etycznie obojętnej), bądź już wyłącznie etycznej. Myśl o prawie, postanowienie w sferze prawnej, przeżycie prawne o najrozmaitszem zabarwieniu emocjonalnem utożsamia się z prawem, z normą prawną. Prawo staje się wówczas jakiemś psychicznie realnem zjawiskiem czy stanem, „związaniem" aktów psychicznych, spowodowanych przez motywujące oddziaływania wyobrażeń o normie prawnej. Gdy w istocie rzeczy proces psychiczny, który zawiera w treści swej „prawo", tak samo nie jest prawem, jak myśl o pewnem pojęciu nie jest owem pojęciem **).

Takie same sprzeczności uniemożliwiają ujęcie teoretyczne, jeśli będziemy kierować się metodą socjologiczną (pożądaną i konieczną zresztą w odmiennej płaszczyźnie pojęciowej). Metoda psychologiczna, oparta na introspekcji, operuje analizą przeżyć i emocjonalnem rzutowaniem w odniesieniu do przedmiotów rzeczywistości. Metoda socjologiczna — w dążeniu do „uzewnętrznienia" — operuje pojęciem przyczynowości, doszukując się genezy, zasad uwarunkowania, współzależności, przemiany, celowości, wartości zjawisk prawnych; przyczem, analizując „fakty prawne", urzeczywistnienie czy działanie normy, — akcentuje te momenty, uzależniając pojęciowo byt i rację

*) MERKEL, Juristische Encyklopädie 1885 § 22 („Das Recht als Lehre und Macht"), RADBRUCH, Grundzüge der Rechtsphilosophie 1914 str. 74: („Das Recht als positiver Imperativ, als ethische Norm, als Massstab"), ZNAMIEROWSKI, Psychologistyczna teorja prawa, Przegląd Filozoficzny, 1922, rocznik 25, str. 34.

**) KELSEN, Die Rechtswissenschaft als Norm-oder als Kulturwissenschaft j. w. str. 147. „Der seelische Vorgang, der das Recht zu seinem Inhalt hat, ist ebensowenig das Recht selbst, wie das Denken eines Begriffes dieser Begriff selbst ist".

istnienia normy od jej wcielenia w zespół przyczyn i skutków (a przy rozumieniu teleologicznem: od urzeczywistnienia celu współmiernie z zamierzeniem).

Ujęcie psychologiczne i ujęcie socjologiczne mogą być przeciwstawione wobec odrębności punktów wyjścia, eksplikujących nieznane co do swej istoty pojęcie „prawa". W pierwszym wypadku droga poznania prowadzi od podmiotu do tej „zewnętrzności", która staje się pewnym fantazmatem psychicznym, kompleksem przedstawień podmiotowych. W drugim wypadku przyczynowe powiązanie zjawisk zewnętrzności, jako konieczność objektywna, uniezależnia się od podmiotowości: aktualizacja pozapodmiotowa jest sprawdzianem, który nie może być odrzucony przez podmiot poznający. Jeśli zaś podmiot ten jest czynnikiem wpływającym (element „woli") na przemiany w układzie zewnętrznym — wpływ ten może być rozważany jedynie jako jedno z ogniw w łańcuchu przyczyn i skutków. W pierwszym wypadku — podmiot jest ośrodkiem czynnym, w którym przełamują się promienie świata zewnętrzgo i które „istnieją" o tyle tylko, o ile są współmierne z wrażeniem, emocją, przeżyciem i intelektualnem ujęciem w sferze podmiotowej. W drugim wypadku — podmiot jest biernem narzędziem, posłusznem zwierciadłem, które odbija zewnętrzność taką, jaką ona jest i jaką być musi.

Te dwa odrębne poglądy nie zastanawiają się nad zagadnieniem, czy prawo nie jest swoistą istnością, w swem ukształtowaniu egzystencjonalną i suwerenną, niezawisłą od ujęcia psychicznego i od ustaleń w dowolnych normach pozytywnych. Zagadnienie tworów prawnych istniejących „an sich", o specyficznym „wyglądzie", wyjaśnionych na podstawie analizy fenomenologicznej („So-Sein") *), podlegających koniecznościom i prawidłowościom przez ich istotę uwarunkowanym — nie mieści się w polu widzenia koncepcji psychologicznych. Koncepcje te nie uwzględniają przeciwieństw, opartych na pojęciach przedmiotowości i podmiotowości, z jednej—a na pojęciach zewnętrzności i wewnętrzności, z drugiej strony. Prawnie obowiązująca norma jest zupełnie czemś innem niż „wewnętrzne przekonanie" o obowiązującej mocy normy. Z tego przeciwstawienia bynajmniej nie wynika, że norma prawnie obowiązująca „istnieje" fizycznie w świecie zewnętrznym. Niewątpliwie, uzewnętrznienie (deklaracja) normy może być rozumiane tylko jako „ustalenie"; nie jest ona wszakże rzeczą w rozumieniu fizycznem — nie mniej wszakże może być pojmowana jako odrębny

*) Por. REINACH, Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts, 1913, str. 6 n.

przedmiot. Norma wypowiedziana nie przestaje być czemś pomyślanem *).

Założenie egzystencjonalności prawa, wymagające ujęcia w jedność systematyczną zespołu pojęć i sądów o przedmiocie, wyłącza konieczność definicji, opartej na dążności do ustalenia cech różniczkujących w odniesieniu do „przedmiotów podobnych". Przypuszczenie zespołu syntetycznych sądów a priori wyłącza podstawność zagadnienia definicyjnego; gdyż differentia specifica, stanowić mająca podstawę określenia, musiałaby przypuszczać ewentualność jednoczesnego poznania przedmiotu prawnego wraz z innemi przedmiotami; poznanie zaś prawne przypuszcza już uprzednio prawo, jako układ wyłączny i sam w sobie zamknięty. Układ ten nie może być określony przy pomocy składników obcych **). Ujęcie aprioryczne wyłącza zagadnienie definicji, które, kwalifikowane jako „instantia crucis" teorji prawa, w istocie rzeczy jest błędnym ognikiem, prowadzącym na manowce.

§. 3.

Ujęcie aprioryczne.

Konieczność pojęcia „prawa" jako postulatu bezwzględnego sformułował STAMMLER w sposób następujący:

W każdej uświadomionej treści prawnej musi być przedewszystkiem znaleziona formalna myśl prawna. Warunkujące (formalne) składniki są zasadą porządkującą doświadczenie w trybie bezwzględnie koniecznym. Formy mogą być czyste lub warunkowe. Formy czyste nie zależą logicznie od żadnych inych, są bowiem wyłącznemi warunkami („letzte Bedingungen"), kierującemi uporządkowaniem naszej świadomości; są powszechnie ważnemi zasadami, przy przypuszczenie możności jednolitego uporządkowania wogóle. Ta jedność czystej myśli prawnej nie jest ani przedmiotem realnym, ani żadną istnością transcedentalną, czy rzeczą w sobie, która znajdowałaby się ponad lub poza doświadczeniem prawnem. Taki punkt wyjścia byłby założeniem metafizycznem; gdy, w istocie rzeczy, jest to zagadnienie ujęcia logicznego, warunkującego kierunek myśli i imanentnego dla szczegółów doświadczenia prawnego. Rozważanie krytyczne sprawia, iż „prawo" może być ustalone jako

---

*) Por. NELSON, Die Rechtswissenschaft ohne Recht, 1917, str. 11 n., str. 226.

**) Por. wywód KELSENA, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts 1920, str. 13 uw. I i słuszny pogląd REINACHA j. w. str. 75: „Es ist ein Zeichen philosophischer Unbildung, Definitionen da zu verlangen, wo sie nicht möglich sind oder nichts zu leisten vermögen".

jedność postępowania, w którem uwarunkowane przedstawienia określone są w sposób jednolity *).

Ta metoda krytyczna nie jest —zdaniem STAMMLERA— apriorystyczną; albowiem — jak powiedziano — jedność czystej myśli prawnej jest imanentną w doświadczeniu prawnem; aprioryzm zaś domniemywałby poszukiwania po za wszelkiem doświadczeniem. Nie mniej wszakże, przypuszczenie pojęcia prawa w rozumieniu bezwzględnie ważnego trybu uporządkowania, jako kwalifikującego samoistnie inne przezeń określić się mające przedstawienia, niezależnego przeto od czegośkolwiek, co pojęcie samo określać by miało —powoduje uznanie tego pojęcia, jako logiczne „pierwszego". Mamy bowiem do czynienia z rozważaniem systematycznem i krytycznem, które inaczej jak „logiczne prius" ujęte być nie może **). Z indukcyjnego rozważania przejawów p r a w n y c h nie może być wyprowadzone pojęcie p r a w a; albowiem, skoro się mówi o doświadczeniu prawnem — w rozważaniach tych pojęcie prawa w rozumieniu logicznem jest już zawarte i do poszczególnych przejawów zastosowane. Wszelkie zagadnienie genetyczne w odniesieniu do pewnego przedmiotu przypuszcza nieodzowną konieczność ustalenia pojęcia tego przedmiotu. Albowiem rozważanie genetyczne jest tylko rozważaniem zmian w szczegółach, już znajdujących się w jednolicie określonym przedmiocie; nie dotyczy istoty pojęcia, albowiem istota jego polega właśnie na tem, że jest stałą i niezmienną; gdyby bowiem istota przedmiotu uległa zmianie, wówczas byłby to przedmiot zgoła odmienny ***).

W tem znaczeniu nie można negować logicznego aprioryzmu takiej metody; gdy zachodzi mowa o teoretyczno - poznawczym stosunku pojęcia prawa do poszczególnych zjawisk prawnych — nie można odmówić słuszności twierdzeniu RADBRUCHA: prawo nie dlatego jest prawem ,że poszczególne zjawiska prawne w niem się mieszczą, przeciwnie — zjawiska prawne dlatego są „prawnemi", że są pojęciem prawa objęte****). Rzecz oczywista, że nie może być tu mowy — jak chcą niektórzy — o redukcji pojęcia prawa do „nie dającej się opisać zasadniczej kategorji ducha ludzkiego"*****). Kategorje te—jak

---

*) STAMMLER, Theorie der Rechtswissenschaft 1911, str. 6 n. str. 19 n., str. 46 n., Lehrbuch der Rechtsphilosophie 1922, § 3 uw. 4, 8, § 5, uw.

**) STAMMLER, Theorie j. w. str. 46, Lehrbuch j. w. § 24 i uw. 2, 3, § 81 uw. 1.

***) STAMMLER, Theorie str. 47, Lehrbuch § 12, § 41 uw. 6.

****) RADBRUCH j. w. str. 33. Por. BIERLING, Juristische Prinzipienlehre. T. I. 1894, str. 2 („ein reines Postulat").

*****) BAUMGARTEN, Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode. T. I. 1920, str. 132 „eine unbeschreibliche Grundkategorie des menschlichen Geistes".

to przy rozważaniu poszczególnego zagadnienia metodologicznego słusznie zauważył REINACH — ani nie są sztucznie stosowane, ani też dopiero tworzone, lecz znajdywane i odkrywane *).

„Geneza" nie może być przeto wyjaśnieniem „systemu". Nie można twierdzić, że przy poszukiwaniu istoty pojęcia właśnie ta istota wykrywa się dzięki ustaleniu specyficzności jego pochodzenia; że przeto moment genetyczny staje się „systematycznym". Rozstrzygnięciem zagadnienia, czem jest prawo, mogłaby być odpowiedź, że jest ono pewną istnością, scharakteryzowaną przez pochodzenie z określonego źródła. Nie jest więc pierwszym przedmiotem dociekania geneza prawa, atoli moment genetyczny został jakoby „odnaleziony" w toku rozważań systematycznych **).

Nie mówiąc już o tem, że samo pojęcie „źródła pochodzenia" nasuwa poważne wątpliwości, należy zaznaczyć, że w rozumowaniu przytoczonem kryje się błąd logiczny: przypuszczenie „źródła" musiałoby wymagać stwierdzenia, że źródło to posiada właśnie takie cechy specyficzne (a więc in casu: prawne), które kwalifikowałyby jego pochodne jako prawo. Przeto „obejście" problematu niezależności ujęcia systematycznego nie zdołałoby wcale problematu tego z pola widzenia usunąć: w takiem bowiem postawieniu kwestji kryje się nieunikniony circulus vitiosus. Wszelkie rozważanie genetyczne rozciągać się może jedynie na konstatowanie zmian w szczegółach, które istoty samej dotyczyć nie mogą. Pojęcie pozostaje w istocie swej zawsze jedne i niezmienne, zmiany i przekształcenia szczególne nie są zmianami i przekształceniami pojęcia ***). Zresztą w zakresie rozważań systematycznych kwestja powstania (początku), jak również kwestja zaniku (końca) nie może podlegać kwalifikacji.

Niewątpliwie, uświadamiamy sobie pojęcie prawa dzięki obserwacji i zrozumieniu poszczególnych „zjawisk" prawnych; wszakże, pojęcie to przez doświadczenie nie może być uzasadnione****), albowiem a priori prawne „nadaje" dopiero owe ce-

---

*) REINACH j. w. str. 156.

**) W ten sposób formułuje zasadnicze zarzuty przeciwko problematyzacji STAMMLERA — F. SOMLO, Juristische Grundlehre 1917, str. 87: Es ist nicht die Genesis des Rechtes, die hier gesucht worden ist, sondern das genetische Moment wurde im Laufe der systematischen Untersuchung gefunden".

***) STAMMLER, Theorie str. 40: „Es bezieht sich also alle genetische Erwägung nur auf den Wechsel von Besonderheiten, die nicht zu dem Wesen dieses Gegenstandes gehören", również str. 41 in f.

****) Por. słuszne uwagi NELSONA, System der philosophischen Rechtslehre, 1920 str. 8: „Hier darf das „Recht" nur jenes Gesetz bedeuten, kraft dessen Tatsachen überhaupt erst rechtserheblich werden können", str. 10: „Die blosse Erfahrung lässt uns niemals eine rechtliche Verbindlichkeit erkennen".

chy specyficzne, ujmuje w poznaniu prawnem disjecta membra doświadczenia.

Aprioryczne założenia STAMMLERA prowadzą w dalszych jego rozważaniach do nieuzasadnionych dedukcji, opartych na mylnej kwalifikacji „podstawowych kierunków świadomości" oraz na dychotomji przyczynowych i celowych uporządkowań. Wszakże dalsze konstrukcje STAMMLERA nie osłabiają ani znaczenia, ani wartości podstawowego założenia metodologicznego.

A priori jest koniecznem i powszechnem „poznaniem istoty" („Wesenerkenntnis"); konieczność i powszechność są atrybutami tego poznania *). Gdy pojęcie a priori dane jest w samej istocie poznania — „abstrakcję" rozumieć można wyłącznie jako połączenie, związanie poszczególnych podobieństw w jedności. Ale abstrakcja jedności tej nie tworzy — przeciwnie, musi ją przypuszczać **).

§ 4.

Synteza.

Jednością syntetyczną jest jedność przedmiotu w odniesieniu do różnorodności określeń treści, w których przedmiot ten się przedstawia. Sądami syntetycznemi a priori są takie sądy, w których ustala się równoważność różnych treści identycznego przedmiotu. Połączenie różnorodności w jedności zamkniętej w samej sobie, sprowadzenie wszystkich treści przedmiotu do jednego punktu ośrodkowego — jest zasadą ujęcia teoretycznego. Ideę, ujmującą w jedności różnorodność prawd o przedmiocie, którego całkowite znaczenie w nich jest zawarte, nazywamy systemem ***).

Istnieją pojęcia, które zasadniczo nie mogą podlegać syntezie a priori. Pojęcia te ściągają się do przedmiotów doświadczenia. Wszelkie orzeczenia o nich mogą być modyfikowane przez doświadczenie. Są to pojęcia indywidualne, dające się określić tylko przez doświadczenie. Niemożliwą jest wiedza teoretyczna o pojęciach empirycznych, i nie daje się pomyśleć system teoretyczny, którego założeniem mógłby być przedmiot

*) REINACH j. w. str. 5, F. KAUFMANN j. w. str. 21, 22 (a priori jako bezpośrednie ujęcie idealnej jednostki znaczeniowej).

**) F. KAUFMANN j. w. str. 52 (w powołaniu na HUSSERLA): „Diese Einheit kann aber die Abstraktion nimmermehr schaffen, sondern sie muss sie voraussetzen".

***) F. KAUFMANN j. w. str. 38: „Unter einem System hat man also die Gesamtheit synthetischer Wahrheiten zu verstehen, welche aus einem Begriffe herfliessen".

doświadczenia jako taki. Nauka doświadczalna jest uwarunkowana przez aprioryzację przedmiotu doświadczenia *).

Teorja prawa polega na założeniu zasadniczem, zgodnie z którem poznanie pojęcia prawa może być zrozumiane przez „właściwe“ ujęcie. Nawet przy przypuszczeniu empiryczności pojęcia prawa — aprioryzacja „przedmiotu prawnego“ prowadzi do „wykrycia“ cech właściwych i istotnych . SANDER, odmiennie ujmujący kwestję pojęć prawnych (wprowadzenie aspektów: doświadczenia prawnego i postępowania prawnego, odpowiadającego procesowi „poznania“), stwierdza, że prawo „nie oznacza wrażeń“ (nieokreślonych bliżej zjawisk), ani też nie jest tworzone i konstytuowane, jako zeskład faktyczny, któremu nauka prawa nadaje dopiero charakter sądów, lecz jest samo przez się „suwerennem połączeniem sądów“ („souveräner Urteilszusammenhang“), w którem dokonywa się syntetycznie — ujedniające odniesienie „pojęcia“ do „wrażeń“. Nie nauka o prawie, lecz prawo samo odpowiada „transcedentalno-logicznej i konstytutywnej sferze poznania“. W wyniku ostatecznym: syntetyczne sądy prawa są analogją syntetycznych sądów matematycznej nauki o przyrodzie **). Z tych względów konieczne jest zasadnicze odróżnienie istotnej właściwości, imanentnej w samem pojęciu prawa, od określonych (oczywiście, indywidualnych) przypuszczeń prawnych doświadczenia prawnego, danych empirycznie i konkretnie ***).

Nauka prawa jako nauka o ujęciu jego istoty winna mieć swem zadaniem jego syntezę, opartą na aprioryzacji „przedmiotów doświadczenia“ — a to w odniesieniu do normy prawnej w właściwym jej aspekcie. Zakładając, że norma prawna jest tą jednostką pojęciową, w której zbiegają się poszczególne treści, ujmujemy syntetycznie ich różnorodność i mnogość; tym trybem wszystkie „przejawy“ przedmiotu sprowadzają się do jedności.

Jeśli rozumiemy ujęcie pewnej mnogości i różnorodności, jako odniesienie do swoistego aspektu normy prawnej — ta mnogość i różnorodność nie jest samoistna; albowiem może być rozumiana jedynie dzięki swoistej relacji do całości, w której zostaje ujęta. Zdarzenia i stany odnoszone są do „przedmiotu“. Pod tym kątem widzenia norma winna być rozumiana jako relacja.

---

*) F. KAUFMANN j. w. str. 41: „Erfahrungswissenschaft ist vielmehr bedingt durch A p r i o r i s i e r u n g des Erfahrungsgegenstandes“.

**) SANDER, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? Kritische Studien zur Rechtslehre Hans Kelsens. Zeitschrift für öffentliches Recht T. II 1921 str. 598: „Die synthetischen Urteile des Rechtes bilden die Analogie zu den synthetischen Urteilen der mathematischen Naturwissenschaft“.

***) SANDER, j. w. str. 615, 616.

Zachodzi wówczas kwestja, czy nie może być rozważana jako aspekt formalny.

Zagadnienie to jest przedmiotem sporu, toczącego się w nauce pomiędzy KELSENEM a SANDEREM. Jeśli syntetyczne ujęcie normy prawnej, jako przedmiotu sui generis, postuluje jej byt, jako jednostki znaczeniowej — należałoby powiedzieć, że „odniesienie" mnogości i różnorodności poszczególnych treści, sprowadzenie ich do jednego punktu jest — o ile idzie o ten proces „relacji" — ujęciem formalnem.

Nie można zaprzeczyć, że przeciwstawność „materji" i „formy" nie jest zasadniczą. Jednakże świadomość względności owej dychotomji nie wyłącza możności rozważań pod formalnym kątem widzenia. Odmienny pogląd byłby uzasadniony, gdybyśmy stanęli na stanowisku SANDERA, odrzucającego poznanie prawne w stosunku do podstawowych pojęć prawa i uważającego za przedmiot poznania nieokreśloną bliżej „całość zjawisk prawnych" (totale Rechtserscheinung). Wówczas, przedmiotem poznania byłaby treść, albowiem całe prawo jest treścią, jako że jest prawem odniesionem do faktów prawnie znaczeniowych; jednakże pewne, wszystkim zeskładom faktycznym właściwe treści, dzięki swej „stałości", uwypuklają się jako formy i różnią się od innych treści, związanych wyłącznie z odpowiednim zeskładem *).

Widzimy więc, że i przy takiem ujęciu relacja „formy" nie jest pozbawiona znaczenia. Należy pozatem mieć na względzie, że również w samem pojęciu formy zawarta jest treść. Słusznie zauważył STAMMLER, że gdy nie można wogóle przypuścić myśli, pozbawionej treści **) — trzy pojęcia występują jako zasadnicze kierunki w procesie „porządkowania" prawa: dana treść myśli — i „w niej" („innerhalb seiner Besonderheit") przeciwstawia się porządkująca forma określonej przez nią materji. Czystemi formami są formy, które od żadnych innych logicznie nie są zależne; winny być kwalifikowane, jako zasady uporządkowania (Ordnungsprinzipien), nie zawierające w sobie zmiennej i zmieniającej się treści (jak np. czysta forma pojęcia podmiotu prawnego). W tym punkcie przypuszczenie czystej formy łączy się z zasadniczą aprioryzacją ***).

Problematyzacja KELSENA polega na podkreśleniu i uwypukleniu aspektu formalnego. Tylko w tym trybie może

---

*) SANDER j. w. str. 545 n.

**) STAMMLER, Lehrbuch § 3 uw. 1 „Inhalteere Gedanken gibt es überhaupt nicht".

***) STAMMLER, Theorie j. w. str. 6n., str. 10 n,, Lehrbuch § 3 uw. 8, § 80 uw. 4, § 145 uw. 1. Rzecz inna, że dalsza ekspozycja teorji STAMMLERA nie pozostaje w płaszczyźnie czystej formy. Por. zasadniczą i słuszną krytykę WIELIKOWSKIEGO, Die Neukantianer in der Rechtsphilosophie 1914 str. 64 n.

być zachowana zasadnicza jedność poznania prawnego i mogą być usunięte zbyteczne hypostazy, personifikacje, fikcje, urzeczowienia, zniekształcające i wypaczające metodologję prawoznawstwa. Nie można odmówić słuszności metodologicznym wywodom KELSENA *) — w tym punkcie szczególnie, gdy wykazuje on bezpodstawność częstokroć wypowiadanej zasady, zgodnie z którą prawo winno być rozumiane jako forma różna od jego treści. Jak gdyby istniała z jednej strony — norma prawna, z drugiej zaś treść czy przedmioty, które są przez prawo porządkowane. Prawo — powiada KELSEN — jest identyczne („ist eins") z treścią porządkowaną i bez tego elementu nie może być pomyślane; element ten bowiem musi być koniecznie „współpomyślany". Nie można odróżniać od prawa stosunku przez prawo uporządkowanego **). Jasnem jest więc, że ujęcie formalne dotyczy „odniesienia" materji prawnej (owej różnorodności i mnogości faktów prawnych) do normy — i w tej relacji tkwi podstawowy moment formalny. Jednakże nie jest to jakieś „wyodrębnienie" — takie bowiem przypuszczenie wyłączałoby wogóle zasadnicze pojęcie relacji ***).

Pojmowanie formalne zdaje sobie sprawę z tego, że t. zw. fakty prawne mogą mieć znaczenie samoistne. Pewna czynność (np. przeniesienie rzeczy z miejsca na miejsce, przerobienie rzeczy, unicestwienie rzeczy) może być kwalifikowane jako przebieg zdarzeń w świecie zewnętrznym; w jednym wypadku mamy do czynienia ze zmianą położenia, miejsca znajdowania się rzeczy; w drugim — przekształcenie rzeczy nadaje jej inny wygląd zewnętrzny lub zmienia jej cechy; w trzecim — rzecz przestaje istnieć jako taka. Te stany i zdarzenia mogą w świecie psychicznym znaleźć swój wyraz specyficzny; jako „własnowolne" mogą być urzeczywistnieniem celowem jakiegoś zamierzenia; w stosunku do innych podmiotów mogą być uważane jako wynik aktu „obco-osobowego", jako tegoż aktu wykonanie; w stosunku do działania przez podmiot obcy, mogą być uważane jako niezgodne z pewnem własnem przeżyciem „aprioprijacyjnem", tworząc projekcję swoistego ustosunkowania „pokrzywdzonego" podmiotu do „obcego" podmiotu „krzywdzące-

*) Por. zasadniczy wywód metodologiczny: KELSEN, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre 1911, przedmowa str. VIII n.

**) KELSEN, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff 1922 str. 171, str. 192: „Die Trennung des Inhalts von seiner Gesetzes —„form" ist eine unvollziehbare Vorstellung; również, Das Problem der Souveränität j. w. str. 108: „Eine solche Isolierung des Inhalts von seiner Vorstellungsform ist natürlich nur eine Fiktion". Por. STAMMLER, Lehrbuch § 49 (i uw. 4), § 56.

***) Por. w innej płaszczyźnie filozoficznej wywód NELSONA, System j. w. str.31: „Die Form des Rechtsgesetzes ist das, was es überhaupt zu einem Rechtsgesetz macht, der Inhalt des Rechtsgesetzes ist das Besondere, was es zu diesem bestimmten Rechtsgesetz macht".

go". Zdarzenia o jednakowej treści podlegają odmiennym kwalifikacjom, nie bacząc na tożsamość zachodzących w przedmiocie procesów fizycznych. Przerobienie rzeczy kwalifikuje się inaczej, gdy czynność w istocie swej identyczna— w jednym wypadku uważana jest za zgodną z przypuszczanym uprzednio wynikiem jakiegoś aktu, inaczej zaś, gdy czynność ta była sprzeczna z kierunkiem woli i zamierzeń podmiotu. Przeżycia psychiczne, rzutowane w tych obu wypadkach w odniesieniu do przedmiotu, będą różne, nie bacząc na identyczność procesów fizycznych, w samym przedmiocie zachodzących. W tłomaczeniu na „język prawny": przerobienie sukna na ubranie, jako „wynik" umowy o dzieło, zawartej pomiędzy A. i B.; przerobienie sukna przez B. na mocy umowy, zawartej pomiędzy C. i B., gdy C. wszedł w posiadanie sukna, nabywszy je od D., który sprzeniewierzył sukno, powierzone mu na przechowanie przez A. W obu wypadkach sama czynność przerobienia, wytworzenia z jednej rzeczy — innej, jest identyczna co do procesów fizycznych; wszakże kwalifikacja będzie zasadniczo odmienna.

„Odniesienie" poszczególnych treści posiada charakter formalny.

Badanie tych „treści" nie będzie bynajmniej wyłączone; bez tego badania nie byłaby możliwa ich relacja do naczelnej zasady porządkującej. Nie wszystko co się „dzieje" jest substratem relacji, o której mowa. Relacja, ujmując to, co się „dzieje" — nadaje cechy właściwe istocie przedmiotu, do którego „treści" są odnoszone. Z tego punktu widzenia nie jest ważne to, c o się dzieje, lecz „j a k" się to „coś" dzieje *). REINACH, ustalając odrębność przedmiotów „intra-subjektywnych" (przyczem charakter podmiotowości nie jest identyczny z pojęciem „istoty ludzkiej"), „ufundowanych" na pewnych przedmiotach fizycznych i psychicznych — słusznie podnosi, że charakter „treści", które się wiążą z pojęciem przedmiotu „intra-subjektywnego", nie posiada sam przez się znaczenia istotnego; treści nie zmieniają podstawowego „związania" samego przedmiotu**). We współustosunkowaniu treści (faktów prawnych) do przedmiotu (normy prawnej) zawarty jest ów moment formalny ***).

Należy jednakże mieć na względzie, że „odniesienie" treści

*) KELSEN, Hauptprobleme, str. 69: „... es fragt sich hierbei nicht, w a s gesollt, sondern w i e gesollt wird".

**) REINACH j. w. str. 13, str. 55: „Die Verbindlichkeit gründet im Wesen des Versprechens als Akt, nicht in seinem Inhalte; die Unsittlichkeit dieses Inhaltes kann also den Wesenszusammenhang in keiner Weise tangieren".

***) ZNAMIEROWSKI („O przedmiocie i fakcie społecznym", Przegląd Filozoficzny R. 24, 1921 str. 26), obawiając się używania tak niejasnych i „skompromitowanych" terminów, jak „forma" i „materja", uważa, że można zastosować pojęcie formy do przedmiotu społecznego, materji zaś do ujmowanych i przypadkowych treści.

nie może przypuszczać jakiegoś specyficznego ich charakteru, przekształconego właśnie przez to, że na nich przedmiot „ujmujący“ został „ufundowany“. Zdarzenia, zjawiska, stany stają się prawnemi nie z tego względu, że zawarte są w nich implicite pewne cechy prawne — lecz wyłącznie dlatego, że relacja tych treści do normy prawnej ustala w nich cechy prawne. Nie można — jak to czyni G. JELLINEK, — operując aspektem normy, odnosić pewnej „zawartości“ realnej (np. realnego pojęcia państwa jako układu społecznego) do normy prawnej, uznając jednocześnie identyczność przedmiotu poznania: t. j. nie można suponować, iż „państwo“ jako jedno pojęcie jest jednocześnie zawartością dwóch różnych pojęć: prawnego i społecznego. „Państwo“, jako wyraz pewnych treści faktycznych (społecznych), odniesione do normy prawnej, nie może być niczem innem, jak tylko substratem pojęcia prawnego; aspekt ten ustala w „państwie“ cechy prawne (według ujęcia KELSENA: zasadę tożsamości państwa i prawa). Poza — prawnie nie można mówić o istocie prawnej państwa; i istota ta może być skonstatowana tylko przez relację do normy prawnej, albowiem poza tą relacją nie ma ona żadnej podstawy. Mylnie przez JELLINKA interpretowany przykład utworu symfonicznego, który nie istnieje jako przedmiot z punktu widzenia fizjologicznego, lecz może być ujęty syntetycznie jako objekt poznania muzycznego i estetycznego — prowadzić może do ustaleń słusznych, jeśli uprzytomnimy sobie rzeczywiste znaczenie relacji. Z punktu widzenia fizjologicznego symfonja jako całość syntetyczna nie istnieje; objektywizacja ustala się przez odmienny aspekt muzyczny czy estetyczny. A więc, ten aspekt „wykrywa“ dopiero w symfonji cechy, odniesione do przedmiotu sui generis. Ale nie można powiedzieć, że cechy te istnieją niezależnie i bez względu na „relację“. Również, jeśli „państwo“ może być przedmiotem poznania poza — prawnego, socjologicznego (a takie poznanie suponuje JELLINEK) — nie może być ono jednocześnie przedmiotem poznania prawnego: tak samo, jak symfonja w swej odrębności nie może być przedmiotem poznania fizjologicznego *). Aspekt poznania musi bowiem — jak to zaznaczyłem wyżej — ustalać odmienność i odrębność przedmiotu poznania. Jedno i to samo pojęcie „państwa“ nie może być pojęciem prawnem i poza-prawnem, albowiem konieczne relacje treści prowadzą nie tylko do niewspółmierności, lecz do zupełnej odrębności aspektów.

§ 5.

Actio finium regundorum.

Zobrazowany wyżej sposób ujęcia spotyka się częstokroć z zarzutem następującym: rozumienie normy prawnej w jej sa-

*) Por. G. JELLINEK, System der subjektiven öffentlichen Rechte 1905 str. 14 n. i zasadniczą krytykę KELSENA, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff 1922 str. 115 n.

moistnej i samostarczalnej „udzielności“ jest pustą, beztreściwą schematyzacją, abstrakcyjnym formalizmem, a przez swą obcość i oderwanie od życia rzeczywistego nie może być ani jego adekwatnem wytłomaczeniem, ani też wskazaniem i probierzem ocen, któremi myśl ludzka — wobec różnolitości i ciągłej oscylacji momentów „wartości“ i „bezwartości“ — kierować się winna.

Zarzuty te nie liczą się z istotnemi zamierzeniami normatywnie rozumianej teorji prawa.

Nikt nie zaprzeczy, że rozumienie zjawisk, stosunków, stanów prawnych może się dokonywać poza aspektami „normatywnemi“; rozumienie to może być opisowe, gdy rozważana jest sama treść bez specyficznego jej odniesienia do normy, proces rzeczywistego jej kształtowania (jak treść z normą się uzgadnia lub od normy odbiega i jaki w rzeczywistem stosowaniu sądowem lub pozasądowem jest jej „wygląd“ istotny). Będzie to badanie faktów prawnych, najczystszy empiryzm, ważny i konieczny zresztą: nauka o prawie żywem, zainicjowana przez EHRLICHA i tak pięknie ujęta w pracach LOTMARA, NUSSBAUMA (pod nazwą „Rechtstatsachenforschung“) i LEROY. Rozumienie takie może być socjologiczne: idzie wówczas o wykrycie związku przyczynowego pomiędzy poszczególnemi przejawami życia prawnego, o powiązanie tych przejawów z całością życia społecznego, z polityką i ekonomiką. W płaszczyźnie rozważań prawnych idzie wówczas o rozwiązanie dwóch zasadniczych zagadnień *): czem są społeczne funkcje norm i instytutów prawnych? jakie zachodzą prawidłowości i konieczności w uwarunkowanych przez zmianę podłoża politycznego i gospodarczego przekształceniach funkcji prawnych? Będzie to problemat bądź wyłącznej „zależności“ życia prawnego od warunków gospodarczych (teorja „nadbudowy“), bądź wykazania funkcjonalnego związku i współustosunkowania do innych „czynników“ społecznych. Możliwe jest również rozumienie, oparte na badaniu genezy norm (historyczny punkt widzenia), lub ujęcie ich jako danych pozytywnych, istniejących w zespole określonego systemu (ujęcie dogmatyczne).

Inne zadania zakreśla sobie badanie zjawisk prawnych w rozumieniu psychologicznem (PETRAŻYCKI); inne są one wreszcie w polu widzenia metafizyki: gdy idea prawa rozważana jest jako emanacja „dobra“ i „prawdy“, gdy rzecz dotyczy podstawowego ufundowania „rationis essendi“ prawa, idealnej projekcji ostatecznego celu prawa, czy też wytycznej ideału społecznego, dla prawa bezwzględnie obowiązującego (takiemi są różne koncepcje prawa natury — a w pewnej mierze teo-

*) Metodologję tej problematyki socjologji prawa sformułował KARNER (RENNER) w pracy „Die soziale Funktion der Rechtsinstitute besonders des Eigentums“ 1904 str. 2 n.

rja STAMMLERA, aczkolwiek zastrzega się on najwyraźniej przeciwko zarzutowi metafizyczności).

Powyżej zobrazowane sposoby ujęcia mogą rozważać problematy „faktyczności", mogą stosować probierze celu i wartości, tworzyć oraz pewne wytyczne, które wskazują konieczny, słuszny lub celowy (w rozumieniu poszczególnych teorji) kierunek postępowania. „Czystość" tych sposobów ujęcia może być najrozmaitsza: może istnieć tylko jako minimum poznawcze, gdy faktyczność treści zaciera autonomję normy, która staje się wówczas tylko narzędziem powolnem i wtórną funkcją pomocniczą; może być ustalona (pozornie wszakże) udzielność idei prawa, przy jednoczesnem jej uzależnieniu od wyższych ponad nią zasad kierowniczych — dobra i prawdy; w tym wypadku „czystości metafizycznej" koncepcje takie nie są wolne od zarzutów beztreściwości i schematyzmu (jeden z głównych argumentów krytycznych, wytaczanych przeciwko STAMMLEROWI).

Natomiast, ujęcie w trybie odniesienia treści faktycznych do normy, uznanie tej normy za primum quid, postulowanie jej przedmiotowości — nie może być inne jak tylko „czyste". Dla „czystej" teorji prawa nie istnieją fakty, jako czynniki samoistne; samonstną jest tylko norma prawna. Zarzuty więc ,kierowane przeciwko beztreściwości, przeciwko temu, że zdania teorji tej są „puste", że jej sądy i pojęcia są martwemi schematami — są niewłaściwe i bezpodstawne; tak samo jak bezpodstawnemi byłyby zarzuty, że figury geometryczne nie są cnotliwe, lub, że cnota nie może być ujęta jako wzór matematyczny. Zagadnienia celu i wartości, problematy wytycznych i probierzy nie są w tej płaszczyźnie rozważań na miejscu — albowiem założenie naczelne wyłącza wszelką „faktyczność", jako samoistną materję poznania *). Jeśli taki tryb rozważania będzie nazwany d o g m a t y c z n y m — termin ten rozumieć należy nie w potocznem znaczeniu prawoznawstwa dogmatycznego, lecz jako logiczno-przedmiotowe rozważanie samej normy i odniesienia faktów do normy poza jakimkolwiek oddziaływaniem momentów celu i wartości, co dogmatyce prawa pozytywnego, jak wiadomo, nie jest obce.**). Ten tryb rozważania nie

*) Zob. w tej kwestji doskonałe przeciwstawienie odrębnych ujęć w pracy F. KAUFMANNA j. w. str. 110 n. Jeśli — jak wykazał KELSEN — rozważaniom teleologicznym jest właściwy aspekt przyczynowości — i do tych rozważań zastosowany być winien pogląd F. KAUFMANNA, str. 111 „es ist widersinnig, sich eine Norm, eine ideale Wesenheit in irgendeiner Weise in den Kausalzusammenhang eingestellt zu denken".

**) Por. podstawową pracę holenderskiego prawnika E. M. MEIJERS'A, Dogmatische Rechtswetenschap 1903 (str. 14 — definicja dogmatyki, jako „opracowania logicznego" — i str. 33 n., str. 61 n. wykazanie podstaw celowości, na tle racjonalizmu i utylitaryzmu, jako modyfikujących niby ściśle logiczne pojęcia prawne).

może, oczywiście, wyłączać poznania materjału pozytywnego. Materjał ten, który SANDER nazywa doświadczeniem prawnem („Rechtserfahrung"), a który — jak to słusznie KELSEN zaznaczył — winien być poprostu nazwany „prawem pozytywnem", aczkolwiek przypadkowy i indywidualny, zawiera w sobie pewne własności, wykrywane przez relację do normy prawnej, jako do „przedmiotu idealnego". Ujęcie tak rozumiane nie odbywa się poza „materjałem prawnym", lecz „w" tym materjale, przyczem rozumiany on jest w znaczeniu jaknajszerszem (jako prawo pisane, zwyczajowe, intuicyjne, jurysprudencyjne, doktrynalne). Nie jest przeto ono twórcze w zwykłem tego słowa znaczeniu: nie „stwarza" bowiem żadnych „wytycznych" absolutnych, jakoby z istoty „prawa" koniecznie wynikających i stanowiących „wykres idealny", upostaciowany w formułach prawa słusznego czy też ideału prawa.

Ujęcie aprioryczne — aczkolwiek wydaje się to paradoksem — w dążności do wykrycia „dziedziny" normy prawnej nie może być pomyślane bez wejrzenia w istotę materjału pozytywnego, chociaż jest odeń niezależne. To „nastawienie" wyjaśnia właśnie istotę materjału pozytywnego. Nie wiem, czy można byłoby w rzeczy samej powiedzieć — jak to przypuszcza REINACH, — że odchylenia prawa pozytywnego od syntetycznych sądów a priori mogą być wytłomaczone również w drodze syntezy a priori; jednakże nie może ulegać wątpieniu, że „bezpośrednio-wejrzeniowe powiązania" („unmittelbar einsichtige Zusammenhänge") bynajmniej nie są zawisłe od „materjału pozytywnego", albowiem materjał ten dopiero i właśnie przez te powiązania może być wyjaśniony i zrozumiany *).

Dzięki uświadomieniu powyższego związku ustalona zostaje łączność teorji normatywnej z dogmatyką praktyczną **). Upaść muszą przeto zarzuty, które w tego rodzaju aspektach dopatrywać się chcą tożsamości tej problematyzacji z „prawem natury". Czy postawimy kwestję w płaszczyźnie odróżnienia „prawa natury" od „natury prawa"***), czy założymy nieuniknio-

*) REINACH j. w. str. 155.

**) KELSEN powiada o sobie: „Wenn mich ein Vorwurf trifft, ist es nicht, dass ich zu wenig, sondern eher der, dass ich zu sehr Positivist bin" (Das Problem der Souvränität, j. w. przedmowa, str. VI). WEYR j. w. str. 679 n, w tem właśnie ustosunkowaniu do prawa pozytywnego widzi przyczynę, dla której dogmatyka pozytywna, zwykle ignorująca koncepcje filozoficzne i słabo na nie reagująca, zajęła wyraźne stanowisko wobec teorji KELSENA.

***) STAMMLER, Die Lehre von dem richtigen Rechte 1902 str. 93 n. i str. 100: prawo natury pojęte genetycznie, jako stworzone przez rozum poza wszelkiem doświadczeniem (treść), jako prawo ustanowione niezależnie od pozytywizacji (działanie); prawo natury, pojęte systematycznie, jako prawo rzeczowo uzasadnione (treść) i jako wzór idealny (działanie).

ną jakoby konieczność istnienia pewnego „minimum“ prawa naturalnego *), czy dopatrywać się chcemy jakichś składników samoistnych w t. zw. prawie intuicyjnem, czy wreszcie uznamy rozwiązanie STAMMLERA („prawo natury o zmiennej treści“) — wszystkie te ujęcia będą zasadniczo różne od aprioryzacji syntetycznej. W tem polu widzenia nie można uznać prawa natury jako koncepcji „idealnego prawa“, jako probierza ukształtowań pozytywnych i jako wskazania bezwzględnego dla „prawodawcy“; albowiem założenie „przedmiotowej i bezwzględnej“ ważności takiego „prawa“ jest odesłaniem do „wyższej“ instancji: do sfery moralności. Samoistność „przedmiotu prawnego“ wyłącza wszelką zależność od jakiejkolwiek instancji; wprowadzenie czynników innej „dziedziny“ mąci czystość poznania; z drugiej zaś strony, operowanie pojęciem „natury“ byłoby niedopuszczalną transpozycją, usamodzielnieniem tej „zewnętrzności“, na której ugruntowany jest wprawdzie „przedmiot prawny“, ale która z nim nie jest i nie może być identyczna. Ideologje prawa natury, operując częstokroć pojęciem „natury rzeczy“, doszukują się jakichś fikcyjnych prawidłowości „zewnętrznych“, które jakoby „odbijać się“ muszą w koncepcji idealnej; ta zaś rządzić ma prawidłowością „życia prawnego“, wobec zaś jego niedoskonałości, luk i braków — wskazuje drogi naprawy, a to przez założenie niedowiedzionego, idealnego celu prawa **).

Rozważanie „przedmiotu prawnego“ jako dziedziny w sobie samej samoistnej i badanie faktów nie tylko jako danych spostrzeżenia, lecz jako podporządkowanych pewnej zasadzie naczelnej, jest—jak powiedziano—powodem zarzutów formalizmu i schematyzmu. Szkoła normatywnej teorji prawa z całym naciskiem stwierdza właściwy jej formalno - logiczny charakter rozważań. KELSEN powiada, że teorja normatywna może być z pewnemi zastrzeżeniami przyrównana do geometrji — jest ona niejako „geometrją całokształtu zjawiska prawnego“ („Geometrie der totalen Rechtserscheinung“); nie jest przedmiotem jej rozważań to, co stanowi „zawartość“ normy, lecz to, co stanowi specyficzność ujęcia pod postacią normy; wyłączony jest z pola widzenia element substratu; pod rozważanie przychodzi m o d u s, który treściom nadaje układ swoisty.

Inaczej mówiąc, nie to, c o jest bronione lub gwaranto-

---

*) GENY, Science et technique en droit privé positif. Seconde Partie, 1915 str. 419 „la nécessité inéluctable d'un minimum de droit naturel“.

*) Por. zasadniczą krytykę REINACHA j. w. str. 155, str. 163 (§ 10 Die apriorische Rechtslehre und das Naturrecht). Z krytyką tą nie we wszystkich punktach zgodzić się można, szczególnie wobec twierdzenia REINACHA o bezwzględnej niezależności rozważania apriorycznego od materjałów prawa pozytywnego.

wane przez prawo, nie to, c o jest przezeń ograniczone, staje się przedmiotem badania. Przedmiotem tym jest sama „obrona", samo „rozgraniczenie". Dlategoteż rozważania normatywne należą do kategorji „jednopłaszczyznowych"; przyczem należy mieć na względzie, że ujęcie takie nie jest współmierne z samą różnorodnością i mnogością zjawisk i stanów; jest aspektem jednostronnym, snopem światła rzuconym na jeden tylko punkt, gdy inne pozostają w cieniu. Ale ten jeden „oświetlony" punkt jest właśnie punktem głównym, gdyż tylko w promieniach jego światła owa nie uporządkowana mnogość i różnorodność zrozumiana być może, jeśli m a być zrozumiana. Dlategoteż zarzuty, kierowane przeciwko formalno-logicznej metodologji KELSENA *), są bezprzedmiotowe, albowiem imputują metodologji tej zadania, do których nie rości, ani nawet nie może rościć pretensji. Zarzuca się, że jest ona abstrakcyjno - formalnym układem wypowiedzi o tem „co być powinno", lecz nie daje rozwiązań, czy, kiedy i jak pewne „debendum" uważane być ma za słuszne i wskazane; zarzuca się, że nie wyjaśnia ona „wartości" tego podłoża faktycznego, na którem „tworzy się" norma, że obcą jej jest rzeczywistość; dlategoteż nie może uchodzić za probierz, który ocenić by umiał rzeczywistość tę w jej ukształtowaniach prawnych. Wchodzi więc w grę dychotomja „rzeczywistości" i „wartości", a więc wchodzą w grę takie kompleksy, wobec których każda teorja normatywna musi być obojętna, albowiem nie leży w jej istocie jakakolwiek możność reakcji na ujęcia, właściwe odmiennej płaszczyźnie pojęciowej. Nie jest zadaniem teorji normatywnej analiza socjologicznych założeń prawa, badanie idei „sprawiedliwości" w jej wartości absolutnej czy w ukształtowaniach genetycznych; nie należy również do jej zakresu analiza treści układu prawnego i funkcji prawa w środowisku społecznem, ani też nie jest dla niej problematem t. zw. stosunek prawa do innych czynników duchowych i kulturalnych. To zasadnicze stanowisko teorji pociąga za sobą dalsze zarzuty „racjonalizmu", który ignoruje irracjonalne składniki prawa w przypuszczeniu, że abstrakcyjna formuła może być odpowiednikiem „różnobarwności" życia rzeczywistego. Teorja normatywna jakoby zbudowana jest na mylnym — a co więcej, szkodliwym — przesądzie racjonalistycznym.

Te zarzuty wynikają z mylnego założenia, jakoby apriorycznе ujęcie prawa, redukcja „zjawisk" prawnych do pojęcia „normy" była jedynym sposobem ujęcia tych zjawisk. Nie należy żądać od metody normatywnej tego, czego ona dać nie może, bo gdyby postawiła sobie takie zadania, o jakich mówią jej

---

*) KELSEN, Hauptprobleme str. 69 n., str. 92 n., str. 570, str. 702 n.

przeciwnicy, przestałaby istnieć, jako metoda odrębna *). Czy metoda i sposób ujęcia naukowego mogą być zużytkowane praktycznie przez to, że w metodzie i ujęciu tkwią pewne wskazania, miarodajne przy wartościowaniu — to zagadnienie jest obojętne dla istoty metody. Albowiem wartość metody jako takiej nie może być przedmiotem dyskusji w rozważaniach poznawczo-krytycznych **).

Gdy zaś metoda normatywna bynajmniej nie przypisuje sobie monopolu jedynie możliwego i wyłącznego sposobu pojmowania — słusznie żądać może, ażeby wszelki synkretyzm metodologiczny był wyłączony i uznany za niedopuszczalny. Nie można łączyć tego, co się połączyć nie daje; nie można również żądać, ażeby ujęcie aprioryczne zawierało w sobie odpowiedź na zagadnienia polityczne, etyczne i gospodarcze — a to przez przypuszczenie jakiegoś absolutnego miernika słuszności i celowości, z którym życie praktyczne bezwzględnie liczyć się musi (pod rygorem uznania, że sprzeczne z tym miernikiem założenia i wywody są naukowo i teoretycznie nieuzasadnione). Jeśli ERICH KAUFMANN zarzuca neokantyzmowi, iż nie daje on żadnych wytycznych w życiu społecznem, a w szczególności, iż nie jest antydotem „na niebezpieczną truciznę materjalistycznego i utopijnego marksizmu“ — zarzut ten świadczy, iż autor nie rozumie istotnych zadań poznania teoretycznego. Gazy chemiczne są wytwarzane na podstawie skomplikowanych formuł teoretycznych; ale formuły te nie mogą być „odpowiedzialne“ za użytek, jaki z tych gazów będzie zrobiony: czy gazy te będą użyte na cele gospodarcze, zmierzające do podniesienia dobrobytu kraju, jego wytwórczości i t. p., czy też będą przeznaczone dla zniszczenia spokojnych osiedli ludzkich w podstępnie wszczętej wojnie. Twierdzi E. KAUFMANN, że „postulaty“ tego rodzaju, jak np. „państwo jest mechanizmem wyzysku kapitalistycznego“, „własność jest kradzieżą“ — są teorjami, którym można „wierzyć“, które dają się „uwidocznić“ i „przeżyć“; tym teorjom ujęcie normatywne, względnie krytycyzm neokantyzmu, przeciwstawić może martwe, „nieodczuwalne“ szablony: państwo

*) Zob. polemiczną pracę ERICHA KAUFMANNA, Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie. Eine Betrachtung über die Beziehungen zwischen Philosophie und Rechtswissenschaft 1921 i odprawę KELSENA, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff str. 99 n. Rzeczą jest znamienną, że E. KAUFMANN umiał w dawniejszej swej pracy pogodzić wywód o „wszechobejmującem“ działaniu normy („Mitumfassung der Tatsachenkomplexe durch das Recht“) z zasadniczym ideałem społecznym, wartościującym istotę prawa i ujętym w „naukowo“ stwierdzonem ustaleniu: „zwycięska wojna jest ideałem społecznym, czyli zachowaniem idei prawa“. Por. E. KAUFMANN, Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus, 1911 str. 51 n., str. 146, str. 153 „der siegreiche Krieg ist das soziale Ideal“; „der siegreiche Krieg als Bewährung des Rechtsgedankens“.

**) F. KAUFMANN j. w. str. 56 „Der Wert der Methodik als solcher steht in methodischen Arbeiten nicht zur Diskussion“,

jest końcowym punktem poczytania prawnego (KELSEN: „Endpunkt der rechtlichen Zurechnung", SANDER: „Verfahrensgrundreihe"), własność — możnością ostatecznego zadecydowania (STAMMLER: „das letzte Wort im Rechte"). Takie szablony schematyczne nie mogą być podstawą światopoglądu *). Miesza tutaj autor hasła polityczne i społeczne z ujęciami teoretycznemi. Czyż koncepcja HEGLA o państwie, jako „rzeczywistości idei moralnej" („Der Staat ist die Wirklichkeit der sittlichen Idee"), czyż pojęcie własności w doktrynie prawa naturalnego lub w filozofji prawa CATHREINA, jako bezwzględnej konieczności, wynikającej z istoty natury ludzkiej — nie może być również „przekute" na postulaty polityki praktycznej? I czyż rozważania normatywne, przeniesione na płaszczyznę problematyki politycznej, nie mogłyby stworzyć haseł „praktycznych"? Czystość metody normatywnej przeciwna jest w zasadzie takim transpozycjom: ale czyżby nie można było ceteris paribus uznać w „końcowym punkcie poczytania" wyrazu zwierzchnictwa państwowego lub przypuścić konieczność „civitatis maximae", czyniąc wybór pomiędzy objektywizującym a subjektywizującym światopoglądem?**). Z drugiej zaś strony, czyż hasła polityczne, którym E. KAUFMANN przeciwstawia martwe schematy racjonalizmu — nie są oparte na pewnych ujęciach teoretycznych? Pojęcie „państwa" jako mechanizmu ucisku wynika z specyficznego przekształcenia filozofji HEGLA i zasadniczego pierwszeństwa idei „społeczeństwa" z zaznaczeniem, iż czynniki techniczno - ekonomiczne społeczeństwa kierują państwem, gdy u HEGLA społeczeństwo tylko dzięki państwu może uczestniczyć w „duchu absolutnym"***). PROUDHON'OWSKA hyperbola o własności, jako kradzieży — czyż nie jest ujęciem pewnych teorji o istocie własności? (wcale nie nowych, bo już w r. 1778 BRISSOT w „Recherches philosophiques sur la propriété et le vol. cyt. u JANET'A, Histoire de la science politique III wyd. T. II. str. 663 — pisał: „la propriété exclusive est un véritable délit dans la nature"). I czyż neokantyzm (STAMMLER) nie walczył z teoretycznem uzasadnieniem poglądów, obalających podstawność prawa własności, aczkolwiek w własności nie uznaje żadnego dictamen rectae rationis, słusznie twierdząc, iż pojęcie własności prywatnej nie może być a priori ani ustalone, ani odrzucone ****).

---

*) E. KAUFMANN j. w. str. 97, 98.

**) Por. próbę KELSENA, Das Problem der Souveränität j. w. rozdz. XI str. 314 n. (Die erkenntnistheoretische und ethisch-politische Bedeutung der beiden Grundhypothesen), który, eliminując rozważania normatywne, różnym postaciom ujęcia teoretycznego nadaje zabarwienie etyczno - polityczne.

***) F. LENZ, Staat und Marxismus 1922 str. 104 n., str. 124 n.

****) STAMMLER, Lehrbuch § 166 p. 2 „Es gibt keine besondere Idee des Eigentumes".

Tego rodzaju zarzuty wynikają z pomieszania zadań teorji z wymaganiami praktyki życiowej. Teorja prawa nie może mieć innych zadań po za „poznaniem prawnem“ *). Teorja ta nie jest polityką i jej metody nie mają na celu poszukiwania wartości absolutnych.

L. KNAPP w swej dziś niesłusznie zapomnianej filozofji prawa („System der Rechtsphilosophie“ 1857) zaznaczył, że jurysprudencja nie ma „przekonań“: jest ona „registratorem“ zarówno rewolucji jak i reakcji, pozostając jednakową w swych formach — tak, jak nie zmieniają swego formatu „Monitory rządowe“, aczkolwiek zmieniają się rządy i dynastje. „Skorupa prawa jest jądrem jurysprudencji“. Ten paradoks nie jest pozbawiony pewnej dozy słuszności: aprioryczne ujęcie nie zna ani rewolucji, ani reakcji — zna tylko istotę rzeczy i świadome jest granic swego poznania.

Oczywiście, przez jurysprudencję rozumieć należy nie tylko teorję prawa. Mylił się KANT, gdy twierdził, iż po za poznaniem i stosowaniem prawa istniejącego nie ma jurysprudencji **). W zakres jurysprudencji najszerzej pojętej wchodzi socjologja i polityka prawa. Ale teorja prawa nie jest ani jednem, ani drugiem.

ROZDZIAŁ DRUGI.

Przejawy normy prawnej.

§ 6.

Różnorodność w czasie.

To „coś“, które nazywamy prawem, „przejawia się“ w życiu w sposób najróżnorodniejszy.

Wertujemy „Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej“ i powiadamy: to, co jest zawarte w tym a tym zeszycie tego Dziennika jest prawem. Gdy w jednym z następnych zeszytów znajdujemy ustawę, uchylającą przepisy jakiejś ustawy poprzedniej — powiadamy, że od takiego to dnia owa ustawa poprzednia prawem być przestała. Świadomi jednakże jesteśmy,

*) KELSEN, Das Problem der Souveränität j. w. str. 181 uw. 2 „Juristisch“ kann mann nur Recht — und sonst n i c h t s erkennen“ Odmienny pogląd SANDERA (Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung j. w. str. 565) polega na mylnem założeniu o możności wyłączenia form logicznych przy rozważaniu prawnem. SANDER przypuszcza bowiem „zależność realną“ (przyczyna prawna — skutek prawny), jakgdyby „realnie - prawne“ połączenia nie mogły być sprowadzone do zależności logicznych. Czy ta „zależność realna“ nie może być ujęta logicznie?

**) KANT, Zum ewigen Frieden (Reclam) str. 41,

że bynajmniej cech „prawa“ nie straciła, albowiem, abstrahując już od tego, że „działać“ może nawet po jej uchyleniu (dla stosunków, które przed jej uchyleniem powstały), przez akt uchylający nie pozbawiona została tych własności, które suponujemy, jako dla każdego „prawa“ istotne.

Przepisy kodeksu HAMMURABIEGO, o którym nikt z współczesnych przed rokiem 1902 nie wiedział, były przepisami prawnemi, niezależnie od tej świadomości. Są one niemi nadal, aczkolwiek n i g d z i e d z i ś nie obowiązują; a to wcale nie na tej podstawie,że g d z i e ś i k i e d y ś obowiązywały. Są one prawem ze względu na właściwą im „istotę“. I nie dlatego są prawem, że w pewnych punktach nie różnią się od przepisów, w kodeksach obowiązujących zawartych: umowa składu zgodnie z §§ 122, 123 kodeksu HAMMURABIEGO wymaga formy piśmiennej; to samo głosi art. 1923 kodeksu NAPOLEONA. Pilność, obowiązująca skład przyjmującego, określona została w § 125 K. H. jako diligentia in concreto; tę samą zasadę zna art. 1927 K. N. Nie dlatego mówimy, że przepisy te są prawem, gdyż odpowiadają pojęciom współczesnym. W takim samym stopniu są prawem przepisy HAMMURABIEGO o ordaljach procesowych lub o prostytucji religijnej, aczkolwiek tego rodzaju „instytucje“ do zamierzchłej należą przeszłości.

Czytamy wyroki sądowe, zamieszczone w „Orzecznictwie Sądów Polskich“ i widzimy, że w przepisach prawnych zawarte są jakieś pierwiastki twórcze. Ogólny duch praw, intencja danej ustawy, specyficzne okoliczności stanu faktycznego, przychodzącego pod rozważanie sądu, operacje myślowe z t. zw. interpretacją związane — powodują, że aktualizacja przepisu może zupełnie odbiegać od tego, co ujęte zostało w wyrazach normy. Możemy wprawdzie powiedzieć, że orzeczenie sądowe jest in casu niesłuszne, sprzeczne z poczuciem prawnem, oparte na mylnem ujęciu normy, doktrynalne czy reformatorskie (od wyroków sądów kasacyjnych jest jeszcze odwołanie do „kasacyjnego“ trybunału nauki); nie mniej wszakże, teza jurysprudencyjna jest ujawnieniem normy w jej „zastosowaniu“ rzeczywistem.

Mamy wreszcie zbiór norm prawnych, obowiązujących dla pewnego określonego zespołu warunków życiowych. Jednakże te warunki (nie badam tu procesu socjologicznego) mogą wytworzyć takie koncepcje „normujące“, które przebiegają poza sferą norm pisanych lub które, z sferą tą krzyżując się, neutralizować mogą jej działanie. Głębokie analizy GENY, LAMBERTA i EHRLICHA udowodniły, jak poważne znaczenie posiadają — nawet w życiu współczesnem — twory prawne, znane pod nazwą prawa zwyczajowego. Obserwujemy częstokroć zjawisko znamienne: motywacje interesów i potrzeb gospodarczych powodują działanie takiego układu, który w istocie swej nie opiera się na żadnej wyraźnej lub domyślnej normie; jednakże zacho-

wanie się zainteresowanych osób kieruje się pewnemi wskazaniami racjonalno - celowemi — tak, j a k g d y b y istniała jakaś norma kierownicza. Obojętne jest, czy w tej drodze wytwarza się taka norma ex post: nie mniej wszakże, zachowanie się osób podlega pewnemu układowi swoistemu *).

Widzimy, jak tworzą się — czy samorzutnie, czy przez działanie i walkę „sił społecznych" — wskazania normujące. Wiadomo, jak najwyższe nawet uporządkowania życia państwowego, ustalone w niezmiennych, zdawałoby się, postanowieniach, organizujących bytowanie polityczne — przekształcają się pod wpływem „potrzeb": przekształcenia te „krystalizują się" w następstwie w normach, wykazujących już nie zwykłą automatyczność rzeczy powtarzanych, lecz świadomość konieczności; świadomość ta nie różni się wcale od „konieczności", właściwej in hypothesi normom prawa pisanego. Proces zmian w podstawach ustrojowych (konstytucyjnych), zobrazowany w znanej monografji G. JELLINKA, jest najdoskonalszym wyrazem tych prawotwórczych czynników, którym prawnicy amerykańscy nadają znamienną nazwę „implied powers". Słusznie też mogli oni o Konstytucji Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej wypowiedzieć słowa charakterystyczne: „The Constitution was great in what it expressly said, but it was infinitely greater in that which it left to interpretation". Przyczem, interpretacja ta nie jest tylko czynnością intelektualnego ujęcia, kierowanego podświadomemi wartościowaniami, lecz częstokroć stwierdzeniem już istniejących i świadomych unormowań. G. JELLINEK mógł przeto słusznie powiedzieć, że istnieją normy, działające w tym samym lub w podobnym trybie, w jakim działają ustawy, aczkolwiek nie powstały one w drodze normalnego ustawodawstwa. Mylnie wprawdzie rozumie JELLINEK działanie norm tych, jako działanie społeczne, nie prawne („nicht juristisch, wohl aber sozial"), albowiem w rozumieniu prawnem normy są tylko wyrazami powinności prawnych, ich zaś strona „społeczna" (to znaczy: geneza i intensywność rzeczywistego działania) nie może być zrozumiana jako przedmiot analizy prawnej **).

Te same objawy zaobserwować można w zakresie prawa prywatnego.

Normy pisane częstokroć są martwą literą — po za niemi „tworzą się" wskazania, kształtujące odmienne zespoły „powinności" tak samo rygorystyczne, tak samo w sformułowaniu swem ścisłe i stałe, jak przepisy kodeksowe. Nie można odmówić słuszności znanemu wyrzeczeniu EHRLICHA, że jedna trzecia część paragrafów austrjackiego kodeksu cywilnego mogłaby

---

*) Por. M. WEBER, Wirtschaft und Gesellschaft 1922 str. 15, str. 379 (w zbiorze „Grundriss der Sozialökonomik" Cz. III).

**) G. JELLINEK, Verfassungsänderung und Verfassungswandlung 1906 str. 79.

być śmiało uznana za nieobowiązującą, albowiem nie miała nigdy znaczenia istotnego; wyraźne uchylenie tych przepisów pozostałoby bez wpływu na życie rzeczywiste *). Jakie zaś znaczenie posiadają współzawodniczące normy zwyczajowe i nawet wtórne ukształtowania t. zw. praktyki kautelarnej czy pozasądowej—powszechnie jest wiadomo **); w takim układzie norm „konkurencyjnych" najdobitniej uwypukla się różnorodność przejawów prawnych. Nie straciły po dzień dzisiejszy waloru słowa, wypowiedziane przed dwoma wiekami przez kanclerza D'AGUESSEAU: „toutes les lois sont sujettes à tomber en désuétude".

A jednakże: owe wskazania pisane, traktowane w życiu jak ów kopciuszek z bajki i fantastyczny żywot wiodące tylko w uczonych traktatach i subtelnych konstrukcjach teoretyków — są normami prawnemi, narówni z temi wskazaniami, które, jeśli wolno użyć przenośni, rzeczywiście rządzą życiem ludzkiem, aczkolwiek napróżno poszukiwalibyśmy ich „uzewnętrznień" w Dzienniku Ustaw. Normą prawną jest artykuł kodeksu, który tak został przez inne ukryte, „zakulisowe" wskazania przekształcony, że staje się czemś zgoła odmiennem i od prawzoru zupełnie odbiegającem. Nastąpiło przekształcenie nie tylko treści, ale i tego charakterystycznego związku, jaki istnieje pomiędzy składem czynu a skutkiem prawnym. Nie mniej wszakże: istniejąca in hypothesi norma, a istniejące in thesi przekształcenie, czyli owo samoistne wskazanie, „wytworzone" przez nieinteresujące nas w danej chwili czynniki pozaprawne, są aequo jure prawem. Oczywiście, analiza socjologiczna może się zastrzegać przeciwko wyłączności pojęcia „formy", bez której jakoby istnieć nie może żadna treść społeczna (STAMMLER) ***); jednakże—jak to zaznaczyłem już poprzednio — ujęcie prawne nie jest rozczłonkowaniem formy i materji, albowiem pojęcie prawa implikuje jedność „uporządkowa-

---

*) EHRLICH, Grundlegung der Soziologie des Rechts 1913 str. 297. To samo stwierdza dla całego szeregu przepisów niemieckiego prawa cywilnego i handlowego NUSSBAUM; zob. np. wstęp do jego monografji „Das Niessbrauchsrecht des B. G. B. unter dem Gesichtspunkte der Rechtstatsachenforschung" 1919 („grossenteils auf dem Papier stehen").

**) GENY, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif II wyd. 1919 T. I str. 417; co do praktyki pozasądowej str. 429 n. i LAMBERT, La fonction du droit civil comparé 1903 str. 814.

***) M. WEBER j. w. str. 379, GÜNTHER, Sozialpolitik T. I. 1922 str. 365 n. W rozumieniu „prawa" jako „porządku (niezależnie od stopnia „organizacji"), każda możność sprowadzenia pewnych zjawisk do wzoru „uporządkowania" — może być tylko prawna. Formuła STAMMLERA jest wobec tego zbędna. Por. KELSEN, Das Problem j. w. str. 257 n.

nia“ z „materją uporządkowaną“ *) : nie można bowiem w ujęciu prawnem odróżniać prawa od uporządkowanego przez prawo stosunku.

Zgodnie z poglądem, zwykłym w życiu potocznem, uważa się, że prawem jest tylko to, czemu odpowiada możność, ewentualnie każdorazowa rzeczywistość realizacji. Właściwa realistycznie - naiwnemu ujęciu dążność do hypostazy przypuszcza, że za vis movens normy prawnej uchodzi samoistny (niejako po za nią ukryty) czynnik „mocy“ czy „siły“, dzięki któremu norma znajduje zastosowanie, urzeczywistnia się, działa motywująco i t. p. A więc: przypuszczenie jakiegoś czynnika, który nadaje wskazaniom prawnym cechę „mocy obowiązującej“, jest momentem identycznym z „prawnością“ wskazania. Nie rozważając w tem miejscu teorji „ważności“ normy, zaznaczę, iż przypuszczenie powyższe oparte jest na personifikującej fikcji: prawo rozdwaja się i jest rozumiane jako **moc prawna** (Rechtsmacht) oraz jako wywodząca się z tego źródła **norma prawna.** W istocie rzeczy, moment powyższy nie posiada kwalifikacji prawnych, nie wywodzi się z normy prawnej — jest więc czynnikiem metaprawnym. Ujęcie, oparte na syntezie apriorycznej, nie może dopatrzyć się zasadniczej różnicy pojęciowej pomiędzy t. zw. prawem pomyślanem a t. zw. prawem rzeczywistem **). Uczony prawnik w ciszy gabinetu opracował — powiedzmy — projekt polskiego kodeksu cywilnego. Projekt jest wykończony w najdrobniejszych szczegółach, zawiera przepisy przechodnie i końcowe. Nie posiada, oczywiście, sankcji ciał prawodawczych, nie jest promulgowany i ogłoszony w Dzienniku Ustaw. Czyżby (abstrahuję od jego wartości wewnętrznej) nie był w swej istocie takim samym zespołem norm prawnych, jakim jest obowiązujący w pewnych dzielnicach ziem polskich niemiecki kodeks cywilny? Lub przykład inny: rząd wnosi do Sejmu projekt ustawy. Czyżby sankcja ciał ustawodawczych, przewidziana przez konstytucję, była dopiero tym momentem, który projektowi nadaje cechy „prawności“, czyżby przed tą „operacją“ normy projektu nie były w istocie swej normami prawnemi? Lub przypuśćmy, że ustawa już została przyjęta i w Dzienniku Ustaw ogłoszona, lecz jej przepis końcowy zastrzega, iż dopiero po upływie terminu miesięcznego „działać“ poczyna. Czyżby dopiero po upływie owego czasokresu normy stawały się normami prawnemi? Czyżby „vacatio legis“ po-

*) E. KAUFMANN j. w. str. 14 operuje przypuszczeniem samoistności formy, jako specyficznego „ens“ prawnego i materji, jako objektu, nad którym prawo jakiejś „operacji“ dokonywa. („Sozialer Stoff und rechtliche Norm bewegen sich frei gegeneinander; sie sollen sich gewiss decken, aber sie tuns nicht immer“).

**) Należy mieć na względzie, że terminy „prawo pozytywne“ i „prawo rzeczywiste“ nie są jednoznaczne. Norma pozytywna, opatrzona sankcją, może w czasie swego trwania nie urzeczywistnić się ani razu. Nie mniej wszakże jest normą pozytywną.

wodowała, iż zawisłość od czasokresu miała być czynnikiem, który uzasadnia odróżnienie norm „już prawnych“ od norm „jeszcze nie prawnych“?

W istocie rzeczy, nie można doszukiwać się cech prawności zależnie od czynników przypadkowych, jakimi są zewnętrzne ustalenia, przypisujące normie „moc prawną“ w zawisłości od pewnych warunków, z istotą normy nic wspólnego nie mających. Faktyczna „sankcja“ (aczkolwiek jej tryb może podlegać unormowaniu prawnemu) nie jest tym czynnikiem, który nadaje zbiorowi wyrazów i zdań postać prawną. Dla pewnych celów politycznych skonstruowana teorja LABANDA, polegająca na odróżnieniu „zdania prawnego“ od „rozkazu prawnego“, treści ustawy od jej sankcji, nie może mieć znaczenia w płaszczyźnie rozważań normatywnych. I zgoła zresztą jest obojętna sama treść normy sub specie jej wartości i możliwości nawet. Gdyby na podstawie znanego traktatu „Malleus maleficarum“ („Młot na czarownice“) ułożono projekt przepisów karzących, które przewidywałyby przestępstwa czarownic, ich odpowiedzialność, karalność i t. d. — normy w tym przedmiocie ustalone byłyby normami prawnemi, aczkolwiek dziś nikt już nie przypisuje znaczenia demonologji i nie myśli o tem, ażeby „czarownice“ miały być pociągane do odpowiedzialności karnej i palone na stosach.

Prawdopodobieństwo czy nieprawdopodobieństwo treści norm projektowanych jest najzupełniej obojętne dla istoty normy prawnej. W roku 1908 teoretyk francuski LUCIEN DESLINIERES opracował obszerny, szczegółowy i artykułowany projekt „kodeksu socjalistycznego“, zawierający nie tylko normy ustrojowe i organizacyjne, lecz również — między innemi— przepisy materjalnego i formalnego prawa karnego *). W r. 1922 obecny rząd rosyjski usankcjonował i ogłosił dwa kodeksy: kodeks karny (Zb. ust. i rozp. 1922 Nr. 15 poz. 153) oraz kodeks postępowania karnego (Zb. ust. i rozp. 1922 Nr. 20 — 21, poz. 230). Jakakolwiek jest wartość „idealnego“ projektu DESLINIERES'A i jakkolwiek zapatrywać się będziemy na „pozytywność“ norm rosyjskich już obowiązujących — przeciwstawienia „pomysłu“ i „urzeczywistnienia“ nie możemy uważać za cechę, różnicującą „prawność“—w zależności od „idealności“ projektu, a „rzeczywistości“ ustawy.

Założenie wyłącznej cechy, wyróżniającej pojęcie prawa i powodującej, że jego wskazania są urzeczywistniane w danym czasie, miejscu i odnośnie do danych stosunków ludzkich — byłoby przypuszczeniem probierza zewnętrznego, nie wynikającego z istoty prawa. Należałoby wówczas przypuścić, że prawem jest tylko to, co w „rzeczywistości“ działa; czyli, że należałoby

*) LUCIEN DESLINIERES, Projet de code socialiste. Dwa tomy 1908 (procedura karna: Tytuł XII, rozdział III; materjalne prawo karne: Tytuł XIII — Loi pénae).

w każdym przypadku poszczególnym sprawdzać, czy dana norma rzeczywiście jest „realizowana"; w razie zaś ustalenia negatywnego wypadałoby powiedzieć, że dana norma, nie bacząc na „wygląd pozytywny" — nie jest, wobec braku aktualizacji (a może tylko pewnych luk lub niedomagań tej aktualizacji), normą prawną. Byłoby to może ujęcie socjologiczne; i bynajmniej nie zaprzeczam, że pod takim kątem widzenia skonstruować się daje dynamiczne pojęcie prawa. Ale taki aspekt byłby nie wskazany w zakresie rozważań normatywnych; albowiem musiałby uzależniać konieczność i powszechność pojęcia od przypadkowości jego realizacji; wówczas nawet prawo pozytywne byłoby takiem, o ile w rzeczywistości „działa". Wszakże prawo jest prawem pozytywnem nawet wówczas, gdy „rzeczywistego" nie znajduje zastosowania. Kwestje „ważności" i „działania" normy są zagadnieniami odmiennego porządku. Słusznie zauważył PETRAŻYCKI, że pojęcie prawa winno obejmować zarówno prawo istniejące, jakoteż prawo możliwe w przyszłości, pożądane i t. p. *). Prawo projektowane zawiera w sobie wszystkie te cechy, które właściwe są prawu „pozytywnemu"—jest ono pomyślanem prawem pozytywnem **). Ani momenty sankcji („jus esto"), ani prawidłowość faktycznego urzeczywistnienia (bynajmniej z sankcją nie współmierna) nie są cechami pozytywnemi; wprowadzenie pojęć „potencjonalności" i „aktualności" ***), a w związku z tem odróżnianie „zdania prawnego" od „prawidła prawnego" uzależnia istotę pojęcia od czynników przypadkowości.

Należy mieć, oczywiście, na względzie, że odrzucenie cech różnicujących, opartych na dychotomji „potencjonalności" i „aktualności" nie ma nic wspólnego z przeciwstawnością niedoskonałej rzeczywistości i stanu idealnego, który ma być tej rzeczywistości probierzem. Ta ostatnia przeciwstawność polegałaby na przypuszczeniu prawa idealnego o odrębnej i swoistej wartości. Gdy mówimy o prawie pomyślanem, wyobrażanem, proje-

*) PETRAŻYCKI, Tieorja prawa i gosudarstwa w swiazi z tieorjej nrawstwiennosti 1907. T. II. str. 473.

) F. SOMLÓ j. w. str. 126. Odmienny pogląd BIERLINGA, Juristische Prinzipienlehre 1894 T. str. 47 polega na przypuszczeniu „uznania" normy. G. JELLINEK, Allgemeine Statslehre 1905 str. 325, 326 uważa za **konieczną cechę normy zdolność motywacji i subjektywizuje ją w zależności od przekonania o jej ważności: „Eine Norm gilt dann, wenn sie die Fähigkeit hat, motivierend zu wirken, den Willen zu bestimmen". Przekonanie o ważności normy byłoby tedy równoznaczne z jej istotą.

***) I. KORNFELD, Soziale Machtverhältnisse 1911 str. 50; Allgemeine Rechtslehre und Jurisprudenz 1920 str. 76 odróżnia zdanie prawne, jako twór myślowy, od prawidła prawnego (Rechtsregel), jako wyrazu urzeczywistnionej w życiu społecznem treści. Prawidła prawne posiadają „wartość rozumową" przez to samo, że działają faktycznie. O niewłaściwości takiej terminologji zob. KELSEN, Hauptprobleme str. 415 „Rechtssatz und Rechtsregel sind tatsächlich Synonyma und haben beide den Sinn der verbindlichen Norm".

istowanem — sprowadzenie tych pojęć do wspólnej kategorji z prawem istniejącem, pozytywnem, działającem nie ma na myśli stosunku „wartości“ pojęć powyższych (idealizacja i intencje kierownicze prawa pomyślanego — niedoskonałość i bierność prawa pozytywnego): idzie bowiem wyłącznie o ustalenie tożsamości istoty pojęciowej.

Teraźniejszość, którą naiwnie rozumie się jako istotny warunek „pozytywności“ prawa, nie może być przeciwstawiona ani przeszłości, ani przyszłości. Prawo nie istniejące obecnie nie przestaje być prawem dlatego tylko, że teraźniejszość j u ż nie honoruje właściwych mu ongi wskazań. Prawo pomyślane i projektowane nie przestaje być w istocie swej prawem dlatego, że właściwe mu wskazania przez teraźniejszość j e s z c z e nie są honorowane. Obojętne jest również, czy istnieje prawdopodobieństwo ziszczenia normy pomyślanej; również norma ongi ziszczona, w teraźniejszości zaś uchylona — nie przestała być normą dlatego, że jej uchylenie pozbawiło ją cech prawności *).

O różnorodności przejawów w jednoczesności, różnorodności, uwarunkowanej różnicami „przestrzennemi“ (przeciwstawność prawa własnego, krajowego i prawa obcego, cudzoziemskiego) byłoby rzeczą zbyteczną rozwodzić się szerzej. Prawo francuskie jest t a k s a m o prawem, jak jest nim prawo polskie. „Lokalizacja“ normy nie zmienia jej istoty. Skarżył się ongi IHERING, że jurisprudencja została zdegradowana i jest nauką tylko o prawie krajowem. Dopuszczalność takiego stanowiska wyłączałaby rację istnienia teorji prawa.

§ 7.

Różnorodność treści.

EHRLICH, prześwietlając krytycznie założenia t. zw. jurysprudencji konstrukcyjnej i wykazując liczne braki właściwej jej metodologji i specjalnej „logiki prawniczej“, stwierdza jednakże poważne zasługi, które na jej dobro zapisane być winny. Warunki historyczne, a w szczególności konieczność przystosowania prawa rzymskiego do zupełnie odmiennych układów społecznych, spowodowały, iż sformułowane przez doktrynę pospolitego prawa rzymskiego pojęcia takimi musiały się odznaczać cechami ogólnemi, taką posiadać musiały zdolność ujęcia abstrakcyjnego, iżby przystosowane być mogły do treści społecznej, odbiegającej od ukształtowań, dla których (i tylko dla których) zostały stworzone. Te pojęcia stały się nie tylko odpowiednikami danego systemu prawa pozytywnego, lecz przez swą

*) Por. BRÜTT, Die Kunst der Rechtsanwendung 1907 str. 30 „Für die begriffliche Bearbeitung des Rechts ist es daher völlig gleichgültig, ob es sich um ein jetziges, ein vergangenes oder ein erst künftiges Recht handelt“.

abstrakcyjną powszechność stały się pojęciami, odpowiadającemi każdemu układowi prawnemu w każdym związku społecznym. Nie wdając się w ocenę wywodu EHRLICHA, który pojęciom tym przypisuje samoistną wartość dla socjologji prawa, nie mogę odmówić słuszności jego twierdzeniu: w ogólnych pojęciach konstrukcyjnych doktryny prawa pospolitego daje się wyrazić treść każdego prawa *).

Pojęcia konstrukcyjne są mniej lub więcej doskonałemi uogólnieniami. Są one uzależnione od treści; dzięki swoistym operacjom logicznym (opartym, jak to wykazała szkoła t. zw. wolnego prawa, na wartościowaniach) następuje przekształcenie tej treści konkretnej na szablony schematyczne. Jednakże i przy takiem ujęciu treść nie posiada znaczenia samoistnego, jest ona tylko przedmiotem pewnych operacji myślowych. Jeśli stosują się do niej pewne cechy „prawności" — będzie ona treścią prawną, niezależnie od jakichkolwiek cech faktycznych.

Przy ujęciu apriorycznem rzeczą jest jasną, że „odniesienie" treści do normy prawnej nie może być uwarunkowane jakiemikolwiek własnościami treści: własności te przez odniesienie tracą swe znaczenie swoiste, albowiem treść może być zrozumiana jedynie przez owo ukształtowanie relacyjne. Nie można przeto doszukiwać się jakichś cech „prawności" w drodze badania treści, jako takiej. Pojęcie „normy prawnej" jest jedne i wyłączne: nie jest normą to, co w normie jest wyrażone (lub, jeśli użyjemy zwykłego terminu, „to co w normie jest bronione, gwarantowane" „przez normę ograniczone" i t. p.). Volumen normy nie może być określony a priori, albowiem specyficznie prawna relacja stosuje się do „wszystkiego", w tej relacji ujmowanego. Nie można powiedzieć, że są takie treści, które nie mogłyby być w relacji prawnej ujęte. Zasada „ad impossibilia nulla obligatio" nie może być w tym zakresie zastosowana. Treści fizycznie lub psychicznie niemożliwe mogą być odniesione do normy prawnej — a przez to norma bynajmniej swego charakteru prawnego nie traci. Oczywiście, muszą to być treści, dające się wypowiedzieć lub skonkretyzować. Nawet życie wewnętrzne, nie podlegające z istoty swej żadnej kontroli, może być przedmiotem treści unormowanej, i zasada „cogitationis poenam nemo patitur" nie jest bynajmniej kanonem niewzruszonym. Rzecz oczywista, że unormowanie samo przez się nie przesądza ani wartości, ani celowości, ani nawet ziszczalności wskazań, zastosowanych do pewnej treści. Te zagadnienia pozostają po za płaszczyzną rozważań apriorycznych. Norma nie

*) EHRLICH, Die juristische Logik. Archiv für die civilistische Praxis 1917. T. 115 str. 438 „In den gemeinrechtlichen Begriffen lässt sich daher nicht nur jedes Recht, selbst das chinesische, ausdrücken, sie sind auch für eine allgemeine soziologische Rechtswissenschaft von grossem Werte".

przestaje być prawną dlatego, że jest niesłuszna, zła, niegodziwa lub nieziszczalna, czy też w życiu praktycznem nie honorowana, omijana lub z całym rozmysłem przekraczana (co, niekiedy, bardzo dobrze świadczy o poziomie etycznym i umysłowym takich „przestępców"). Ten stan rzeczy z przedziwną intuicją opisał ŻEROMSKI w swych „Syzyfowych pracach", mówiąc o mieszkańcach „Klerykowa", którzy tak dalece przywykli do wszelkiego rodzaju dziwów, że „gdyby pewnego pięknego poranku skasowano zupełnie mowę polską, a zalecono mówić, pisać i myśleć po chińsku, nikogo by to nie zdziwiło. Mówionoby, rzecz naturalna, w dalszym ciągu swoim własnym językiem, ale publicznie pisanoby i mówiono po chińsku".

Tych „ukształtowań" bynajmniej nie można zaliczać do wymysłów: ustawa kagańcowa niemiecka znamiennym jest dowodem możliwości unormowań prawnych takiej kategorji. Z punktu widzenia analizy formalnej, żaden prawnik nie mógłby powiedzieć, że § 12 niemieckiej ustawy o stowarzyszeniach z dnia 19 kwietnia 1908 roku nie jest normą prawną. Adagium „mala lex, impia lex, dura lex, sed lex" świadczy najdowodniej, że jakość treści pod względem etycznym, lub też niezwykły jej rygoryzm nie zmienia „wyglądu" normy.

Jeśli quid prawne uważamy za pewne „quid constans", nie możemy uzależniać owych cech stałości od danych zmiennych, związanych z treścią. Należy powiedzieć, że niema takiej treści, która nie mogłaby być treścią normy prawnej *). Ale nie można powiedzieć, że istnieje taka norma, która wyłącznie ze względu na treść powinna być uważana za swoistą normę „prawną".

Nie jest tedy treść takim elementem, który, dzięki swym cechom, nadawałby normie charakter normy prawnej. Z drugiej zaś strony, niema takiej treści, która nie mogłaby posiadać cechy prawnej. Nie istnieje taka dziedzina życia, która w ten czy inny sposób, pośriednio czy bezpośrednio, mogłaby być wyłączona z układu relacyjnego, z odniesienia do normy **).

Z tej zasady wynika, że istota normy prawnej nie może

---

*) Por. moją pracę p. t. Drogi prawa narodów, 1919, str. 16 n. Jeśli prof. WINIARSKI przyznaje formalną słuszność temu twierdzeniu, zastrzegając, że „w tem formalnem stanowisku... nie można znaleźć rękojmi sprawiedliwości tych norm"... (zob. „Rzeki polskie ze stanowiska prawa międzynarodowego", 1922, str. 75)—należy wyjaśnić, iż z punktu widzenia aprioryzacji cechy „sprawiedliwości" są obojętne; mają one znaczenie wówczas, gdy wprowadzamy do analizy moment „wartościowania". Z punktu widzenia konstrukcji logicznej, pojęcie zwierzchnictwa może być kwalifikowane, jako „radix malorum" (i bez tego pojęcia daje się skonstruować logicznie „państwo"—teorje DUGUIT i KELSENA); w płaszczyźnie rozważań etyczno-politycznych można natomiast uznać, że pojęcie zwierzchnictwa jest „summum bonum".

**) KELSEN, Das Problem, j. w. str. 45. „Jeder beliebige Inhalt kann von der Rechtsordnung aufgenommen werden"; również BAUMGARTEN, Die Wissenschaft von Recht und ihre Methode. T. I. 1920, str. 213.

być ujęta przez analizę odniesionej do niej treści: fakt prawny jest takim nie dlatego, że właściwe mu są jakieś w nim samym zawarte cechy swoiste, odróżniające go od innych faktów, lecz staje się „prawnym" z tego wyłącznie względu, że odniesienie do normy nadaje mu cechę prawności.

Jeśli norma jest ujęciem, niezależnem zupełnie od jakości i rodzaju treści, jeśli jest ona regulatorem „rzeczy nieskończenie wielkich i nieskończenie małych" *)—wówczas, jako ὀρθὸς λόγος δια πάντων ἐχόμενος, nie może być definjowana w drodze przypuszczenia jakiegokolwiek wpływu treści na jej istotę. Byłoby błędnem twierdzenie, że jakieś specjalne cechy tej treści są składnikiem, nadającym normie per se „zabarwienie" prawne. Byłoby to wprowadzeniem pewnych zespołów teleologicznych, które musiałyby zniekształcać istotę normy. Przypuszczenie „celu", który, dzięki swym właściwościom, stanowi prawną treść normy, byłoby zaprzeczeniem zasadniczego założenia normy. IHERING powiada, że prawo jest formą zabezpieczenia warunków życia (Lebensbedingungen) społeczności, zagwarantowaną przez przymus państwowy. Ma to być materjalna definicja prawa **). Wówczas tylko, gdy rzecz dotyczy podstawowych warunków istnienia społeczeństwa (hierarchizacja celów!)—należy przypuszczać pojęciową możliwość formy prawnej. A więc zagadnienie: „co jest istotą prawa"—niepostrzeżenie przekształcone zostało na problemat: „co jest dążeniem prawa". Norma jest wówczas tylko prawną, gdy zmierza ku określonym celom. Identyczny punkt wyjścia charakteryzuje zarówno zwolenników socjologicznego, jako też etycznego ujęcia normy prawnej. Według DUGUIT, pod pojęcie normy nie mogą być podciągnięte wszystkie te akty „qui ne touchent en aucune espèce de façon aux éléments de l'interdépendance sociale"; momentem rozstrzygającym jest dlań „konieczność zagwarantowania interesu wspólnego"***). GÉNY uważa, że pojęciu prawa musi być właściwa „inspiracja naturalnej idei sprawiedliwości" ****). Spotykamy również pogląd, przypisujący normie prawnej konieczny warunek „minimum etycznego" (G. JELLINEK), właściwy ograniczeniu egoistycz-

*) PICARD, Le droit pur 1899, str. 483 „c'est lui (scil. le droit) qui règle les infiniment grands et les infiniment petits".

**) IHERING, Der Zweck im Recht, 4-e wyd., 1904, str. 345: „...indem ich das Recht inhaltlich definiere"...

***) DUGUIT, L'état, le droit obiectif et la loi positive 1901, str. 14, Traité de droit constitutionnel, II wyd. T. I, 1921, str. 25.

****) GÉNY, Science et technique en droit privé positif. Première partie, 1914 str. 51 „sous l'inspiration de l'idée naturelle de justice". Por. również TANON, L'évolution du droit et la conscience sociale, 1900, str. 158: „...la détermination des rapports obligatoires de coexistence et de coopération des hommes entre eux, en accord avec leurs intérêts individuels et collectifs, et avec les idées de justice, fixées dans la conscience sociale".

nych interesów jednostki na rzecz interesów wspólnoty. Bowiem te ostatnie są wymaganiami, które muszą być ziszczone, ażeby ludzie korzystać mogli bez przeszkód z najkonieczniejszych dóbr życiowych *).

W takiem rozumieniu norma prawna zatraca wszelkie cechy przedmiotu samoistnego. Jeśli pewne obce zespoły (etyczne, utylitarne) są tem, co nadaje normie charakter prawny, jeśli to, co jest bronione, gwarantowane przez normę, jest zasadniczym warunkiem jej istnienia i jej istoty—nie może być wówczas mowy o jej samoistności. Powiedzmy, że pewne zdanie prawne, najwyraźniej w ustawie sformułowane, lub przez prawo zwyczajowe usankcjonowane, nie odpowiada warunkom bądź „zagwarantowania interesów życiowych", bądź koliduje z „ideą sprawiedliwości". Wówczas zdanie takie nie mogłoby być kwalifikowane, jako prawne. Jaka instancja decydować ma w przedmiocie takiej kwalifikacji? Czyż owo odesłanie do „treści" zawiera w sobie wskazania aprioryczne, które ustalić są władne byt, czy niebyt „cechy" prawności? **). Takie sprawdzania i oceny prowadzić mogą bądź do ignorowania tego, co rzeczywiście jest dane, i co inaczej, jak normą prawną, nazwane być nie może; bądź też są bardzo przejrzystą apologją ex post i naginaniem niby niewzruszonej idei interesu czy słuszności do ustaleń pozytywnych. A w tym ostatnim wypadku sprawdza się wyrzeczenie PASCALA: „ainsi ne pouvant faire que ce qui est juste fût fort, on a fait que ce qui est fort fût juste".

Przypuszczenia, uzależniające istotę normy od pewnych kwalifikacji wartościujących i celowych, muszą w wyniku ostatecznym prowadzić do ujęcia subjektywnego, a więc będą przypadkowe. Przyczem, częstokroć następuje charakterystyczne pomieszanie pojęć: uzależnienie istoty normy od koniecznie jakoby w n o r m i e istnieć mającego celu utożsamia się z celem n o r m y, jako takiej. Ale i rozważanie c e l u n o r m y nie może ulegać ujęciu prawnemu, gdyby nawet cel ten należało rozumieć przedmiotowo. Cele normy nie są normą, dążenia, które norma zakłada, są dla istoty normy obojętne, znajdują się zresztą poza polem widzenia prawnego. Ani ratio essendi, ani causa finalis prawa nie mogą być pojęte prawnie. Rozwiązanie tych zagadnień nie wchodzi w zakres teorji prawa: problematyzacja STAMMLERA, operującego pojęciem „prawa

*) Por. charakterystyczny wywód BAUMGARTENA j. w. T. I, str. 183: „Es sind Forderungen, die erfüllt werden müssen, wenn die Menschen die unentbehrlichsten Lebensgüter ungestört geniessen sollen".

**) Por. obszerny wywód krytyczny LÉVY - ULLMANNA, Éléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques. I. La définition du droit, 1917, str. 115 n.

prawa“ („das Recht des Rechtes“) i rozważającego prawo, jako „konieczny warunek prawidłowości życia społecznego“—nie jest „wyjaśnieniem“, lecz „usprawiedliwieniem“ konieczności prawa w odniesieniu do pewnego X, nazwanego „życiem społecznem“. Pozatem, należy mieć na względzie zarówno wieloznaczność pojęcia „prawidłowości“, jakoteż idealną możność istnienia t. zw. „czystej wspólnoty“ („reine Gemeinschaft“), a więc układu społecznego, w którem pojęcie normy prawnej byłoby zbędne, albowiem treść byłaby sama przez się współmierna z postulatami „ideału społecznego“ i nie zachodziłaby potrzeba „odniesienia“ jej do normy. Wówczas „fakt“ stawałby się automatycznie równoważnikiem prawa.

§ 8.

Różnorodność źródeł.

Zagadnienie „treści“ dotyczyło „jakości“ w przypuszczeniu, iż istnieją takie specyficzne cechy substratu normy, dzięki którym musi być ona kwalifikowana, jako norma prawna. Jednakże istota normy nie może być wyjaśniona przez badanie jej substratu; albowiem normie właściwa jest „jakość“ wyłącznie dlatego, że zachodzi odniesienie do niej pewnej treści; jakość tedy nie „jest“ w treści samej, lecz w relacji normatywnej. Norma może być uważana jako forma kategorjalna, niezależna od tego, czy do danego substratu ma lub musi być odniesiona. Oczywiście, w spostrzeżeniu praktycznem nie możemy „oddzielić“ tej czystej formy od treści, albowiem treść występuje zawsze w odniesieniu do kategorjalnej struktury normy i przez to dopiero staje się jakością specyficzną. Treść łączenie z formą daje pojęcie jakości; nie mniej wszakże „jakość“ jest cechą samej relacji, nie zaś tego, co do normy zostało przyporządkowane. A więc: treść nie wyjaśnia istoty normy.

Nie wyjaśnia jej również założenie pozytywności, czyli przypuszczenie „działania“. Nie jest dla normy istotne, czy działa ona obecnie, czy działała kiedyś, czy działać będzie w przyszłości. Gdyby nawet bezwzględnie można było stwierdzić, że norma X nigdy działać nie będzie, albowiem nigdy działać nie może—stwierdzenie, że ów nieznany kompleks jest normą prawną, pozostaje niezmienne.

Jeśli zapytania „kiedy“ i „jak“ nie wymagają w zakresie badania apriorycznego żadnej odpowiedzi—to samo rzec należy o zapytaniu „skąd“. Zagadnienie, „skąd“ powstaje norma prawna, nie ma znaczenia dla wyjaśnienia istoty tej normy. Nie można uzależniać istoty normy od stwierdzenia, że, jeśli dana norma powstała z pewnego „źródła“, tedy, ze względu na swe „pochodzenie“, musi być uważana za prawną (albowiem geneza jest cechą prawotwórczą per se). Takie założenie oparte byłoby

na przypuszczeniu niedowiedzionej zasady, nie mówiąc już o tem, że polegałoby na niedopuszczalnem pomieszaniu ujęcia genetycznego i systematycznego.

Jeśli „źródło“ ma być przypuszczeniem, które w sobie samem zawiera cechę „prawności“ i przez wywód z tego źródła pewnych pochodnych twierdzi się, że z tej zasady wywodząca się norma jest prawną—problematyzacja taka jest tylko przesunięciem punktu ciężkości zagadnienia. Należałoby więc doszukiwać się cech prawności w „źródle“, nie zaś w normie, jako w pojęciu pochodnem.

Zastanawiając się nad pojęciem „źródła prawa“, które, w istocie rzeczy, jest zupełnie dowolną przenośnią, przychodzimy do wniosku, że pojęcie to zbudowane jest na wynikach obserwacji psychologicznej lub socjologicznej (nie mówię w danym wypadku o znaczeniu terminu „fons juris“ w zwykłem ujęciu dogmatyki prawa pozytywnego). Czem jest bowiem t. zw. źródło prawa? Jakąś inną, odmienną od norm prawnych, normą? Normą etyczną, ideą najwyższego dobra, czy sprawiedliwości? W jaki więc sposób normy odmienne (nazywamy je „prawnemi“) stają się właśnie prawnemi, jeśli pomyślane zostały, jako pochodne idei etycznej? Co tę przemianę spowodowało? A j e ś l i spowodowało—to chyba przez jakieś „superadditum“, którego w „normie prawnej“ nie było. Jeśli zaś owo superadditum „powstało“ w toku przemiany — to wszak chyba dlatego, że w owej pochodnej normie prawnej były jakieś pierwiastki samoistne. Operacja regresyjna tych pierwiastków nie wyjaśniła.

Jeśli przypuścimy, że źródłem normy jest jakieś specyficzne zabarwienie pierwiastków emocjonalnych — znajdziemy się w błędnem kole. Kto twierdzi, że źródłem prawa jest jakieś specjalne poczucie, kto przypuszcza, że z pewnych emocji wynikają takie przeżycia psychiczne, które muszą być wyróżnione jako prawne — wprowadza już uprzednio do tego wyjaśnienia genetycznego cechy „prawności“. Reakcje emocjonalne odznaczają się charakterem błyskawicowym; nie mogą być ciągłe i jednolite; relacja treści może istnieć zupełnie niezależnie od owych przeżyć, również skonstatowanie przeżycia nie jest bezwzględnym odpowiednikiem istnienia treści. *).

Wywód normy prawnej z „natury rzeczy“, z jakiejś bliżej nieokreślonej „konieczności“ (opinio necessitatis, necessitas juris) jest niedopuszczalną zamianą jednego X. na inne X. Również naiwne przypuszczenia o „duchu narodowym“ czy też

*) Por. słuszny wywód REINACHA j. w. str. 51 „Wir wissen ja, dass sehr oft Ansprüche und Verbindlichkeiten existieren, ohne sich in entsprechenden Erlebnissen bemerkbar zu machen; und dass es andererseits Täuschungen gibt, in denen man sich verbindlich oder berechtigt fühlt, ohne es tatsächlich zu sein“.

o „państwie“, jako twórczych czynnikach prawa — oparte są na konieczności uprzedniego ustalenia pojęcia prawa.

Zagadnienie „pochodzenia“, przypuszczające istnienie jakiegoś bliżej nieokreślonego twórcy czy autora normy, jest zupełnie obojętne dla wyjaśnienia jej istoty *). Wyjaśnienie zresztą normy przez wykrycie jej własności na podstawie jakichś specyficznych warunków powstania nie może być nigdy uskutecznione w płaszczyźnie rozważań prawnych **) : wszelkie czynione w tym kierunku próby przypominają znaną opowieść o Münchhausenie, który wpadł w bagno i za własny harcap stamtąd sam się wyciągnął.

Kwestja genezy prawnej p r a w n i e wyjaśnioną być nie może. Nie znaczy to, ażeby kwestja ta wogóle wyjaśnioną być nie mogła. Należy powiedzieć tylko, że teorja prawa nie wyjaśnia pochodzenia prawa — jest to rzecz innych nauk, dziedzina innych zabiegów metodologicznych. W zakresie rozważań prawnych — norma prawna jest zawsze causa sui.

Ujęcie pojęć prawnych jako pewnych pochodnych jest — jak powiedziano — przesunięciem kwestji. Nadanie jakiemuś „początkowi“ cechy prawności stwierdza cechę tę, jako w jego istocie założoną. Przy takiem ujęciu tradycyjna teorja prawa musi się wikłać w sprzecznościach: jakże bowiem można „uzasadnić“ byt i podstawność normy prawnej, jeśli jej powstanie nie odbywa się w drodze prawnej, jeśli istnienie jej wywodzi się z pogwałcenia normy, z gwałtu i dowolności. Każde prawo— powiada BRINZ — zawiera postanowienia o samem sobie, t. j. ustala, w jakiej drodze i dzięki jakim czynnikom powstają nowe normy i uchylone być mają normy istniejące. Cóż wtedy, gdy „prawotwórczość“ nie trzyma się dróg uprzednio ustalonych lub, gdy czynniki nie legitymowane stają się tylko od siebie zależnymi (a więc zupełnie niezależnymi) autorami norm prawnych? Czyliż normom w ten sposób powstającym winniśmy bezwzględnie odmówić cech prawności ze względu na „rewolucyjność“ źródła? Takie postawienie kwestji uniemożliwia przeprowadzenie ścisłej linji rozgraniczającej pomiędzy dowolnością

*) F. KAUFMANN j. w. str. 77.

**) To samo rzec należy o problematach „dlaczego“ (ratio essendi) i „poco“ (causa finalis)—zob. wyżej str. 33. Są to zagadnienia natury metafizycznej. Przypuszczenie prawa, jako konieczności dla konieczności istnienia społeczeństwa (STAMMLER — por. formułę RAVA, II diritto come norma tecnica 1911, str. 34) wymagałoby uprzedniego rozwiązania problematu, d l a c z e g o społeczeństwo być musi. Związanie „celu“ prawa z ogólnym celem wszechświata nie może być rozwiązane rozumowo i wkracza w dziedzinę wiary. Por. słuszne uwagi NELSONA, System der philosophischen Rechtslehre 1920, str. 24: „Um in der Erkenntnis des Weltzwecks, wenn sie möglich wäre, eine Richtschnur für unsere eigene Zwecksetzung in finden, müssten wir schon die unausgesprochene Voraussetzung hinzunehmen, dass eine Verbindlichkeit für uns besteht, den Weltzweck zu unserem eigenen Zweck zu machen“.

a prawnością: gdyż temu, co w istocie swej wykazuje cechy normy prawnej (norma powstająca wbrew prawu), odmawia się owej cechy ze względu na pochodzenie: „dowolność“ ustalona jako „prawność“ nigdy nie mogła by być honorowana narówni z normami „legitymistycznemi“. Ten błąd konstrukcyjny dawno już został obalony przez znaną tezę STAMMLERA: faktyczny sposób powstania normy jest obojętny dla jej charakterystyki pojęciowej; t. zw. pierwotny sposób powstawania prawa („ursprüngliche Rechtsentstehung“) nie jest — wobec bezpodstawności zasady legitymizmu — cechą odróżniającą dowolność od prawa. *). Gdy więc prawo nie zawsze powstaje w drodze prawa i nie zawsze w tej drodze powstawać musi — jest rzeczą niemożliwą wyjaśnienie istoty normy w drodze odwołania się do jej źródła..

Albowiem: bądź źródło to zawiera w sobie cechy prawności, jest więc identyczne z normą prawną; bądź też źródło to takich cech nie zawiera — a więc, rzucić należy kładkę pomiędzy pojęciem „faktu“ a pojęciem „prawa“ — takie zaś połączenie dwóch niewspółmiernych płaszczyzn jest nie do osiągnięcia, skoro zakładamy samostarczalność normy prawnej, pojmowanej jedynie w zakresie tego, „co być ma“, „co być powinno“. Zagadnienie ciągłości porządku prawnego i ujęcie rewolucji, jako zerwania tej ciągłości **), implikuje konieczność uznania normy jako wielkości bezwzględnej: nie można bowiem wyobrazić sobie w płaszczyźnie pojmowania prawnego takiego stanu, w którym relacja pewnych treści do normy przestałaby istnieć. Z chwilą, gdy wyobrażamy sobie taki stan, wówczas wogóle nie może być mowy o jakimś układzie prawnym — jest tylko chaos i anarchja. Każde „uporządkowanie“ wyłącza stan chaosu i anarchji — te stany bowiem są równoznaczne z dowolnością: „uporządkowana anarchja“ byłaby pojęciem sprzecznem w samem sobie.

Norma prawna, której odpowiednikiem jest obowiązek prawny, wyłącza odwołanie do zasady „si voluerit“ — taka ewokacja p r a w n i e zrozumiana być nie może. Częstokroć zmienność treści, wywołaną przez przewrót gwałtowny, utożsamiamy z zrewolucjonizowaniem normy samej — gdy, w istocie rzeczy, odniesienie treści, niezależnie od jej jakości, jest zawsze jednakowe. Tryb ujęcia jest niezmienny, jakkolwiek wypadnie wartościować zmiany i przekształcenia treści.

Wszelkie uzależnianie istoty normy prawnej od różnorod-

---

*) STAMMLER, Wirtschaft und Recht. Wyd. I. 1896 str. 506: „Woher aber der Befehl tatsächlich gekommen ist, ist für seine begriffliche Charakterisierung gleichgültig“ — również Lehrbuch j. w. § 44, § 66.

**) Ciągłość prawa pozostaje niewzruszona niezależnie od przewrotów prawnych. Zob. SANDER, Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung, Zeischrift für öffentliches Recht T. I. 1919, str. 132 n.

ności jej źródeł musi w wyniku ostatecznym prowadzić do analizy faktycznej.

Wprowadzenie posiłkowego wyjaśnienia, operującego „źródłem prawa", jako primum movens, jest szkodliwe i błędne. Pojęcie „źródła" nigdy nie wyjaśni pojęcia normy: gdyż, jeśli „źródło" niczem innem być nie może jak podstawą systemu norm — oczywiste jest wówczas, iż nigdy nie wyjdziemy po za obręb ustalonego a priori pojęcia normy, gdy jej przejawy redukować będziemy do normy pierwszej. Zakładając nawet istnienie kilku różnych źródeł prawa, musielibyśmy en dernière analyse różnorodność tę sprowadzić do jedności; gdyby różne źródła nie mogły być sprowadzone do jednego i wspólnego — normy pochodne musiałyby być pari passu różne i odrębne; nie wiadomo byłoby, dlaczego norma, wywodząca się ze źródła X., miałaby być normą prawną; zaś z chwilą ujęcia normy X, jako normy prawnej, nie moglibyśmy nazwać prawnemi wszystkich innych norm, pochodzących ze źródła Y, Z, V... Czyli tylko normy rodzaju X byłyby prawnemi — inne zaś nie mogłyby posiadać kwalifikacji prawnych, a więc ich źródła Y, Z, V... nie byłyby „fontes juris". Uznanie jedności źródła postuluje więc jedność normy i wyłącza wszelkie jej kwalifikacje ze względu na różnorodność źródeł ,gdy w istocie rzeczy jest ona tylko pozorna.

Twierdzenie F. SOMLO, że ostatnią podstawą systemu norm prawnych nigdy nie może być norma tego systemu *) — jest słuszne. Najwyższej normy, rozumianej jako źródło prawa, nie możemy wyjaśnić przez żadną inną, gdyż wówczas nie byłaby ona najwyższą. W sferze ujęcia prawnego regressus ad infinitum jest niemożliwy, gdyż zawsze należy przypuścić pewien punkt „ostateczny". Przekroczenie tej granicy jednoznaczne jest z porzuceniem metody normatywnej. Musi ono powodować zastosowanie aspektów zupełnie odmiennych.

Stwierdzając, iż norma prawna jest zupełnie niezawisła od jej „pochodzenia"—winniśmy zaznaczyć, iż samo pojęcie źródła nie jest ani ustalone, ani dokładne. Jeżeli przez źródło prawa rozumieć będziemy formy wypowiedzeń i uzewnętrznień, dzięki którym norma może być poznana jako taka — jasnem jest wówczas, iż rozmaitość tych form jest obojętna dla istoty normy prawnej. Pozatem „uzewnętrznienia" normy (według przyjętego szablonu: ustawa, zwyczaj, praktyka sądowa, nauka prawa) nie są koniecznym warunkiem jej istnienia.

Dają się pomyśleć takie normy prawne, które nie zostały wypowiedziane w t. zw. formach pozytywnych i nie mogą być sprowadzone do jakiegoś ogólnego, zewnętrznego szablonu. Normy prawa intuicyjnego różnią się od wszelkich ustaleń pań-

*) F. SOMLO j. w. str. 320: „...dass die letzte Grundlage eines Systemes von (Rechts-) Normen nicht eine Norm dieses Systemes sein Kann".

stwowych i zwyczajowych tem właśnie, że jako indywidualnie— zmienne nie mogą być ustalone ante casum; są one — jeśli tak powiedzieć można — odpowiednikami wypadkowości konkretnej, a przez to wyodrębniają się jako swobodnie zmienne i przystosowujące się do ukształtowań indywidualnych. Wprawdzie nie są pozbawione pewnych tendencji ujednostajniających, właściwych wszelkim innym normom, zaliczanym w poczet t. zw. norm pozytywnych. Jeśli charakteryzuję normę prawną jako sąd hipotetyczny, w którym ustala się pewna powinność (nie daję w tem miejscu sformułowania dokładniejszego) i pewien punkt poczytania w odniesieniu do treści powinności stanowi stację przejściową, norma intuicyjna niczem się różnić nie będzie od norm innych kategorji. Nie wdaję się w ocenę charakterystyki tego rodzaju norm i ich stosunku (współdziałania, współzawodnictwa i wzajemnego zwalczanie się) do t. zw. norm pozytywnych, gdyż tego rodzaju zagadnienia wkraczają w zakres badań psychologicznych i socjologicznych *). Wystarczy stwierdzenie, że normy intuicyjne odpowiadają w zupełności, co do swej istoty i struktury, t. zw. normom pozytywnym i w zależności od pewnych warunków mogą przekształcać się na normy „stałe".

W znanym wyroku Sądu Najwyższego z dnia 25 lutego 1922 roku, wyłączającym zastosowanie ustawy z dnia 29 kwietnia 1920 roku do niektórych długów hipotecznych, widzimy, w jaki sposób nigdzie nie „uzewnętrzniona" norma intuicyjna przejawia się jaknajwyraźniej i jaknajdobitniej; i gdy norma ta będzie do konkretnego wypadku zastosowana, wówczas przekonać się będziemy mogli, że obowiązek uiszczenia i schemat przerachowania wraz z łącznemi sankcjami uwydatnia się w nowej, nieznanej dotychczas normie. Rzeczą jest obojętną, czy norma ta zgodna jest, względnie niezgodna, z ustaleniami prawa pozytywnego, czy zgodność taka uzasadnić się daje w drodze wykładni, lub czy niezgodność jest intuicyjną prawotwórczością praeter legem. Nie można wszakże zaprzeczyć, że ustalenie quaestionis jest najprawowitszą normą prawną, lub, dokładniej mówiąc, ustalenie prowadzi do konkretnego zastosowania właśnie na podstawie normy, jako zawierającej wielki i średni termin i prowadzącej do pewnego wniosku przez stwierdzenie pewnego stanu faktycznego w zdaniu mniejszem, jako w przesłance **).

Jeśli przez źródło prawa będziemy rozumieć to, co niektórzy nazywają „causa efficiens" prawa, lub też to, co tworzy „moc obowiązującą" normy—ten punkt widzenia bądź prowadzi

*) Zob. analizę PETRAŻYCKIEGO j. w. T. II. str. 475 n. Por. również utożsamienie pojęcia źródła prawa z pojęciem prawa pozytywnego i różnych jego rodzajów oraz przejawów j. w. str. 513.

**) Por. Orzecznictwo sądów polskich T. I, Nr. 464 i zasadniczy wywód w glossie prof. ZOLLA, który dobitnie podkreśla intuicyjność normy prawnej, jako momentu kierowniczego w typowej sprawie przedwojennych długów hipotecznych.

do rozważań socjologicznych i psychologicznych, bądź też jest zwykłą tautologją: istniejąca norma prawna jest istniejącą normą prawną. Rozważania socjologiczne i psychologiczne nie prowadzą do wyjaśnienia, dlaczego różnorodność przejawów ze względu na ich pochodzenie ma wpływać na strukturalną odmienność normy. Zaś zaznaczona wyżej tautologja stwierdza tylko, że istota normy nie jest zależną, ani też nie wywodzi się z czynników, które „nadają“ moc obowiązującą. W płaszczyźnie pojmowania normatywnego pojęcie „źródła“ nie odgrywa żadnej roli kierowniczej. Pojmowanie prawne musi operować założeniem zasadniczem, przypuszczającem istnienie takiego punktu, poza który teorja sięgać nie może. W takiem rozumieniu źródłem prawa jedynie być może norma „najwyższa“, do której sprowadzają się wszelkie inne *). Pochodzenia tej normy najwyższej teorja prawa badać nie powinna—wkraczałaby bowiem w dziedzinę, jej aspektom i metodom nieznaną.

ROZDZIAŁ TRZECI.

UJĘCIE NORMY PRAWNEJ.

§ 9.

Bezpośredniość ujęcia.

Obserwacja życia potocznego daje niejednokrotnie dowody, iż to nieznane „coś“, kwalifikowane jako norma prawna, zostaje świadomie, lub niekiedy podświadomie, wyodrębniane z pośród zespołów odmiennych, które przez to wyodrębnienie stają się właśnie odmiennemi. Przed tem wyodrębnieniem mieliśmy do czynienia z jakiemś multum tantum, z przedmiotami różnolicie znaczeniowemi. Jeśli z pośród tej odczuwanej i pojmowanej różnolitości wyodrębnia się jakiś zespół jednolity o znaczeniu swoistem, wówczas to, co po tem wyodrębnieniu „pozostaje“, musi zawierać takie „cechy“, które nie istnieją w zespole oddzielonym. Inaczej bowiem wyodrębnienie nie mogłoby nastąpić. Równocześnie nie ulega wątpliwości, że cechy zespołu wyodrębnionego muszą posiadać jakieś znaczenie swoiste.

*) Por. sformułowanie KELSENA, Das Problem j. w. str. 106, 107 „Quelle“ ist die als nicht weiter ableitbar vorausgesetzte Norm“. Por. również w odmiennem ujęciu teoretycznem hypotezę CARRÉ de MALBERG'A, Contribution à la théorie générale de l' État T. I 1920, str. 65 n.: „Konstytucja“, jako warunek absolutny i podstawa państwa. Tylko przy tem przypuszczeniu możliwe jest ujęcie prawne; str. 67: „...le droit tout entier présuppose un fait initial qui est le point de départ de tout ordre juridique“. Oczywiście, nie można uważać tej normy najwyższej za „fakt“. Jest ona „normą“, której geneza nie podlega ujęciu prawnemu. Nie można przeto powiedzieć: „la Constitution primitive de l' État n'est qu'un pur fait auquel il est impossible d'assigner une origine juridique“ (str. 68).

Psychologiczne ujęcie takiego „uwypuklania“ prawności na tle danych doświadczenia nie byłoby wyjaśnieniem zagadnienia. Należałoby bowiem przypuścić jakieś „wrodzone“ poczucie prawne („instynkt prawny“), które byłoby nieomylną wytyczną. Wówczas—dzięki temu poczuciu—pewne zespoły, stany, zjawiska otrzymywałyby charakter „prawności“. Nie byłby to, oczywiście, „character indelibilis“, gdyż przypadkowość i konieczna w „poczuciu prawnem“ podmiotowość musiałyby dopuszczać wahania, wyłączające bezwzględność stwierdzenia. Niema potrzeby rozwodzić się szerzej nad niedopuszczalnością hipotezy o jakiemś wrodzonem poczuciu, lub instynkcie prawnym *). To, co w teorji nazywa się poczuciem prawnem, przypuszczać musi uprzednie istnienie przedmiotu prawnego o właściwych mu per se cechach, które bynajmniej nie są dane dzięki temu, że są tak, czy owak odczuwane, lecz właśnie dlatego, że „są“, mogą być ujmowane i rzutowane „na zewnątrz“. To, czemu RIEZLER nadaje miano „sensus juridicus“, jest specjalną zdolnością intuicyjnego ujmowania i prawidłowego stosowania prawa; nie jest więc czynnikiem „twórczym“ w znaczeniu czynnem; operuje bowiem materjałem danym, a nie samoistnie wyodrębnionym. W jednej ze swych opowieści mówi BOCCACCIO o osobie w niej występującej: „fu di tanto sentimento nelle leggi...“. Byłoby to tedy poczucie „w czemś“ już danem. Inne rodzaje poczucia prawnego (przyczem należy zaznaczyć, że w poczuciu tem są dane momenty poznawcze, wobec czego pari passu można mówić o świadomości prawnej) niewątpliwie przypuszczać muszą już uprzednio wyodrębniony przedmiot prawny: zarówno poczucie poszanowania istniejącego układu prawnego, jakoteż poczucie tego, co pod względem prawnym być powinno (przeciwstawność ideału prawnego i rzeczywistości prawnej) **)—są „operacjami“ w sferze już wyodrębnionej; przypuszczać więc muszą uprzednie istnienie przedmiotu prawnego i cechy jego zakładają, jako dane.

To samo rzec należy o ujęciu socjologicznem. Dlaczego w danym układzie społecznym uważamy pewien element tego układu za prawny i myślowo wyodrębniamy go z zespołu wspólnych składników odmiennych? Nie można powiedzieć, że wyodrębnienie nastąpiło na podstawie takich cech, które uważane są w danej społeczności przez jakieś czynniki „decydujące“ za prawne. Byłoby to odesłanie do „wyższej instancji“ i należałoby w dalszej konsekwencji zapytać, dlaczego i na jakiej podstawie czynniki decydujące uważają cechy X za cechy prawne, a nie za jakieś inne? Gdyby ta wyższa, czy najwyższa instancja ustaliła, że cechy w danej chwili uznane za prawne, w następstwie takiemi nie będą, czyż przez to „wygląd“ normy musiałby się

*) Por. wyczerpujący wywód RIEZLERA, Das Rechtsgefühl, rechtspsychologische Betrachtungen 1921, str. 29 n.

**) Por. klasyfikację RIEZLERA j. w. str. 7 i passim.

zmienić zależnie od decyzji? Jeśli decyzja ta jest dowolna, wówczas nie można byłoby wyjaśnić przedmiotowości cechy przez przypadkowość uznania. Jeśli decyzja ta jest zawisła od istoty normy i normie odpowiadać musi, wówczas zachodzi przesunięcie zagadnienia. Najczęściej taka problematyzacja jest najpospolitszem błędnem kołem: suponuje się pojęcie „konieczności społecznej", „natury rzeczy", „warunków współżycia", „ustroju gospodarczego", lub symplicystycznie „woli państwowej" (pojmowanej psychologicznie); powiada się, że te czynniki są bądź warunkami prawotwórczości, bądź prawotwórczością samą, a ich pochodnym nadaje się cechy prawności. Ale pozostaje niewyjaśnionem, co należy przez prawotwórczość rozumieć.

Wyodrębnienie normy, które jest jej bezpośredniem ujęciem, może być wytłomaczone tylko przez istnienie takich cech, które wyłącznie normie są właściwe i które są dane niezależnie zupełnie od podmiotu i stanowiska przez podmiot w procesie ujęcia zajmowanego *). Bezpośrednie ujęcie nie jest, oczywiście, doskonałem wejrzeniem i dokładnem ustaleniem strukturalnej istoty normy. Aprioryczne „związanie" przedmiotu (REINACH), które nie może być sprowadzone do „poznania z zewnątrz"—w istocie swej jest niezawisłe. Jakże bowiem inaczej wytłomaczyć można te częste przejawy bezpośredniego ujęcia, „charakteryzujące" pewne quid właśnie, jako normę prawną— niezależnie zupełnie od wyrozumowanej dedukcji myślowej? Istnieją takie „uwidocznienia" normy, które prima facie w istocie swej są poznawane bez jakiegokolwiek „pouczenia" o przepisie stanowionym, czyli pozytywnym. Nie musi to być koniecznie prawo intuicyjne, gdyż w ten sposób bezpośrednio ujmowana norma może istnieć również (i niezależnie zupełnie od przeżyć psychicznych), jako przepis objektywnie ustalony. Jeśli przypuścimy w jakimbądź stosunku osób intencję działania i intencję skutku działania, t. j. związanie przyrzeczeniem, które „tworzy" obowiązek, względnie odpowiadającą mu pretensję — to taki układ jest „zrozumiały sam przez się". Nie trzeba żadnego przepisu stanowionego, ażeby mógł być zrozumiany. Układ taki istnieje zupełnie niezależnie od jakiegokolwiek nakazu, bez względu na to, czy nakaz uzależnia jego działanie od czegośkolwiek. Te „przedmioty" istnieją niezależnie od przeżyć psychicznych; przeżycia bowiem są zmienne, a związanie czy roszczenie istnieje niezmiennie, niezawiśle od przeżyć; w szczególności, gdy podmiot przeżyć takich nie ma, lub tok przeżycia został przerwany lub unicestwiony. Istota tych przedmiotów może być

*) Por. REINACH j. w. str. 57, 58 i str. 161 „Rechtliche Zusammenhänge schöpfen ihre Objektivität nicht daraus, dass sie allen Menschen „von Natur aus eingepflanzt" sind; als Wesensgesetzlichkeiten sind sie einsichtig in sich selbst und bestehen unabhängig davon, wie Menschen oder andere Subjekte von gleicher oder verschiedener Organisation sich zu ihnen verhalten".

jeszcze nie uświadomiona: możliwy jest np. układ prawa pozytywnego, które nie zna abstrakcyjnej więzi obligatoryjnej i łączy powstanie roszczeń i zobowiązań z koniecznym ich „urzeczowieniem“ (natychmiastowa zamiana rzeczy na rzecz, oddanie się dłużnika w niewolę wierzyciela i t. d.). Jednakże ta przypadkowość nie zmienia istoty „aktu“ bezpośrednio ujmowanego, jako akt prawny; nieuświadomienie istoty nie jest jej zaprzeczeniem czy niebytem. I w najpierwotniejszych „aktualizacjach“ tkwią właściwe aktowi cechy „związania“, wyrażone w pretensji i w obowiązku. Rozróżnienie „odpowiedzialności“ (Haftung) i „długu“ (Schuld) ma znaczenie historyczne i odgrywa w niektórych współczesnych układach prawnych poważną rolę konstrukcyjną—jednakże możliwe inkongruencje tych pojęć nie zmieniają cech, właściwych aktom przyrzeczenia i zobowiązania *). Twierdzenie, iż dana pretensja gaśnie, gdy dane świadczenie zostało dokonane, jest—jak powiada REINACH—zasadą („ein Gesetz“), która powszechnie i koniecznie ustala się w istocie roszczenia **). Tego rodzaju stwierdzenia są ujmowane bezpośrednio właśnie ze względu na imanentne cechy istotne, niezależnie od jakiejkolwiek pozytywizacji; przez to, że są konieczne—są powszechnie zrozumiałe; nie mogą być „zapomniane“, gdy o stwierdzeniach przypadkowych, wymagających ustalenia wyraźnego, nie można powiedzieć, że są powszechne i konieczne, że mogą być ujmowane bezpośrednio; przeciwnie, mogą być ujęte tylko pośrednio przez nauczenie się, zapoznanie z nimi, wżycie się—nie poddają się bowiem bezwzględnej ewidencji ***).

Rozważania REINACHA dotyczą „istniejących“ aktów społecznych, w których właściwa im cecha prawności pozwala na bezpośrednią ewidencję i ujęcie. REINACH odróżnia w kompleksach aktów społecznych samoistne określenia i zdania określające (Bestimmungen, Bestimmungssätze); przebiegają one w płaszczyźnie „tego, co być powinno“ (Seinsollen), bądź uzgadniając się z „istniejącem“, bądź je ad hoc tworząc, czy in casu uchylając, przez właściwe im „ustalenia“ ****). Pojęcie „prawności“ odróżnia się tedy w odniesieniu bądź do apriorycznych za-

---

*) Jednakże, jak słusznie zaznacza GIERKE, Deutsches Privatrecht, Dritter Band, Schuldrecht 1917, str. 27: „Eine Haftung freilich, die überhaupt nicht auf Schuld bezogen wäre, ist undenkbar“. Por. str. 49 n.

**) REINACH j. w. str. 10 „Es ist ein apriorischer Satz im Sinne KANTS und zugleich ein synthetischer“.

***) REINACH j. w. str. 153, 154.

****) REINACH j. w. str. 129 „Dass durch ein solches Seinsollen das apriorische Sein an und für sich nicht tangiert werden kann, ist selbstverständlich. Eigene Existenz aufbebende oder schaffende Faktoren müssen hinzutreten und hier eben tritt die Bestimmung in Funktion“.

sad jej istoty, bądź w odniesieniu do działających w zakresie tej istoty „zdań określających“ *).

Mniemam, że takie „rozczłonkowanie“ polega na niezupełnie dokładnem odróżnianiu treści (która sama w sobie posiada pewne cechy istotne) od ustaleń i określeń, do treści odniesionych; w tych ostatnich „tkwią“ właściwe cechy prawności. Istota „prawna“ aktu społecznego uwypukla się przez relację do wypowiedzi określającej, którą nazywamy normą i która — wbrew twierdzeniu REINACHA — nie wymaga zupełnie „ustanowienia“ przez osobę, kwalifikowaną, jako jej twórca, czy „piastun“ (Träger). Istota „prawności“ nie jest adekwatna z samym aktem, lecz z wypowiedzią o akcie, z „określeniem“ aktu (postać rzeczy nie zmienia się, jeśli określenie takie również nazwiemy aktem). Cechy aktu, które mogą być najróżnorodniejsze w zależności od sposobu jego ujęcia (akt społeczny, akt etyczny), wówczas są prawnemi, jeśli określająca akt relacja zajmuje specjalne względem niego stanowisko. Ta sama treść jest etyczną i prawną w zależności nie tylko od nastawienia normującego, lecz od specyficznego sposobu unormowania (określenia), gdy określenie to zawiera w sobie takie cechy imanentne, które są czynnikami, treść przekształcającemi **). Bezpośrednie ujęcie „zobowiązania“, czy „roszczenia“, nie jest więc ujęciem samej treści — jak przypuszcza REINACH, — lecz pojmowaniem przekształconej przez normatywne określenie treści. Treść staje się samoistną, dzięki procesowi relacji (fakt „aktu społecznego“, jako substrat pierwotny, i relacja normy do tego faktu). Ta relacja tworzy—jeśli tak powiedzieć wolno—„treść wtórną“, istniejącą w sferze tego, „co być powinno“—w odróżnieniu od treści „podstawowej“, faktycznej, przebiegającej w płaszczyźnie tego, „co jest“.

W ujęciu bezpośredniem, nie opartem na zgłębieniu relacji, wydawać się może, że cechy „prawności“ zawarte są już w samym akcie i że są jego odpowiednikami. Dokładna analiza wykazuje, że cechy te „unaoczniają się“ wyłącznie przez normatywne określenie aktu; w sferze faktycznej niema „roszczeń“,

---

*) REINACH j. w. str. 132 „Weil in gewissen Akten notwendig gewisse Rechte gründen, gilt der diesen Sachverhalt „wiedergebende“ Behauptungssatz. Weil andererseits ein Bestimmungssatz wirksam ist, existieren die durch ihn gesetzten Rechte“.

**) O jedności objektu przy różności sstemów normujących zob. KELSEN, Das Problem der Souveränität j. w. str. 91. Należy mieć na względzie, że pojęciowe wyodrębnienie treści ze stosunku normującego jest fikcją („Eine solche Isolierung des Inhalts von seiner Vorstellungs—form — hier „Sollen“, „Norm“—ist natürlich nur eine Fiktion“). Relacja „tworzy“ treść samoistną i zależnie od relacji różną; j. w. „Das aus Form und Inhalt gebildete „Gegenstand“; das Recht oder die Moral usw. ist bei Verschiedenheit der „Quelle“ natürlich verschieden“. Podobnie: SANDER, Alte und neue Staatsrechtslehre, Zeitschrift für öffentliches Recht. T. II, 1921, str. 196.

czy „zobowiązań“, jako znaczeń istotnych; w sferze tej są działania i oddziaływania, zmiany i stany, zamierzenia i cele; dopiero wówczas, gdy „określenie“ zajmuje pewne stanowisko normatywne względem tych przejawów, gdy powiada się, że jeśli jest dane X, to powinno być Y, gdy zaś nie będzie Y, to powinno być Z—dopiero wówczas mamy cechy prawności (w przypuszczeniu, że istnieje specjalne ustosunkowanie X, Y, Z do normy).

Z temi zastrzeżeniami należy rozumieć pogląd REINACHA o bezpośredniem ujęciu przedmiotów prawnych.

Bezpośredniość ujęcia jest jednym ze znamiennych objawów życia społecznego. Niejednokrotnie już zaznaczano, że normie prawnej właściwe są pewne „tony uczuciowe“, które wyodrębniają ją z zespołu innych norm. Właściwości prawnej nie doszukuje się w „treści“, która może być wspólną dla norm o odmiennej strukturze; przypuszcza się, że odpowiada jej pewne swoiste „napięcie uczuciowe“, dzięki któremu następuje „wyodrębnienie“. Byłaby wyjaśnieniem tylko czysto słownem hipoteza EHRLICHA, który zabarwienie uczuciowe normy prawnej widzi w t. zw. opinio necessitatis i twierdzi, że dzięki temu probierzowi norma prawna może być poznana. Jest to w istocie rzeczy—jak to, o parę stron dalej, EHRLICH wyjaśnia—nie uwydatnienie odrębności cech istotnych, lecz „różnicy stopnia“ *). Wynikałoby więc, że normy moralne, konwencjonalne, prawne w istocie rzeczy są jednakie—natomiast zawierają w sobie pewne stopniowania, z któremi wiążą się właściwe odróżnienia. Ten pogląd polega na nieporozumieniu: ujęcie bezpośrednie nie jest bowiem wyjaśnieniem istoty normy. Gdyby aprioryczne ujęcie normy „przedtem“ nie było dane, ewidencja bezpośrednia byłaby niemożliwa. Jest ona możliwa dlatego, że musi być założona odrębność normy, jako quid samoistnego. Mówi się: każdy wie, co znaczy mieć możność prawnego żądania czegoś i co znaczy mieć możność pretensji, wynikającej z obowiązku moralnego pewnej osoby **). Takie wypowiedzi muszą przypuszczać uprzedni byt normy, albowiem nie może ona wynikać z podmiotowego, i przez to przypadkowego, mniemania o normie. Mniemanie o normie nie jest normą.

Ujęcie „prawności“ jest przejawem znamiennym wówczas szczególnie, gdy w zjawiskach życia społecznego daje się zauważyć taki przebieg ukształtowań, który spontanicznie odpo-

*) EHRLICH, Grundlegung der Soziologie des Rechts 1913, str. 104, str. 132 „Der Rechtsnorm ist eigentümlich das Gefühl, für das schon die gemeinrechtlichen Juristen den so bezeichnenden Namen opinio necessitatis gefunden haben. Danach muss man die Rechtsnorm erkennen“ — i str. 135: „es handelt sich dabei nicht um ein Wesensmerkmal, sondern um Gradunterschiede“.

**) Zob. MANIGK, Savigny und der Modernismus im Recht 1914, str. 247.

wiada postulatom unormowania. Abstrahując od treści normy można powiedzieć, że postępowanie ludzkie przebiega według schematu, odniesionego do treści w normie. Schemat ten określa, iż w wypadku pewnej sytuacji faktycznej następuje „unormowanie". Przypuśćmy następujący wzór przykładowy: A kupuje od B pewien przedmiot; A powinien zapłacić umówioną cenę, a B powinien wydać przedmiot; jeśli A lub jeśli B nie zachowa się zgodnie z normą—wówczas nastąpić mają pewne skutki, których ustalenie zawierają inne normy, łączące się ze stwierdzeniami o kupnie-sprzedaży. Przy powierzchownej obserwacji wydaje się, że przebieg ukształtowań, odpowiadający „powinnościom", zawartym w normie zasadniczej (A powinien zapłacić — B powinien wydać), jest tylko zespołem faktów, w których „uwypuklenie" prawne nastąpić by mogło wyłącznie w wypadku niezastosowania się do unormowanej powinności. Dla ujęcia logicznego, operującego istotą normy, jako swoistego ukształtowania w sferze „tego, co być powinno", obojętne jest, czy następuje urzeczywistnienie normy. „Naruszenie" normy jest niedopuszczalną przenośnią, gdyż płaszczyzna „być mającego" nie ma punktów stycznych z płaszczyzną „istniejącego". Samo więc zachowanie się lub postępowanie t. zw. „adresatów" normy jest przebiegiem faktycznym, ujmowanym w samoistnej płaszczyźnie pojęciowej. Jednakże nie można zaprzeczyć, że temu zachowaniu się czy postępowaniu „zgodnemu" z normą właściwe jest swoiste nastawienie świadomości, nadającej emocjom, chceniom i dążeniom kierunek w trybie odpowiadającym relacjom normującym. Ta „równoległość" jest dla istoty normy obojętna; jeśli ją stwierdzamy, wychodzimy wprawdzie po za zakres analizy normy, jako przedmiotu samoistnego, niezawisłego od aktualizacji. Jednakże ten paralelizm jest argumentem przemawiającym pośrednio za tem, że byt normy, jako przedmiotu idealnego, musi być założeniem bezwzględnem. Inaczej bowiem nie dałby się wytłómaczyć prawnie żaden zespół faktyczny, który przebiega zgodnie z idealnem ustaleniem normującem. Nie idzie tutaj o treść zespołu faktycznego: z okoliczności faktycznych nie wynika bynajmniej, że wypowiedzenie się o chęci nabycia przedmiotu i objawienie zgody na wyzbycie się przedmiotu, łącznie „wolą" uiszczenia równowartości i wydania samego przedmiotu, samo w sobie zawiera koniecznie i nieodzownie „logiczną" konsekwencję, że powinno nastąpić właśnie takie a nie inne zachowanie się. Tę „powinność", stanowi dopiero norma, która, oczywiście, bez treści istnieć by nie mogła, lecz która bynajmniej nie jest jakimś wtórnym odpowiednikiem treści i qua treść nie musi być rozumiana. Otóż, w świadomości „potocznej" uwydatnia się ważność relacji normującej, bezpośredniość zaś ujęcia powoduje, iż przebieg faktyczny jest uzgodniony z „powinnością", odniesioną do treści. Stąd też nie zachodzi częstokroć potrzeba „ewokacji" dal-

szych i łącznych powinności, które aktualizują się dopiero w chwili nieuzgodnienia z „pierwotnemi“ i zasadniczemi powinnościami. Bezpośrednie ujęcie „powinności“, które — jeśli tak powiedzieć można — jest „odbiciem“ powinności w sferze faktycznej, nie będzie jakiemś powiązaniem przyczyny i skutku, lecz przejawem cech normatywnych w zachowaniu się i postępowaniu. Norma jest ujmowana jako samoistne quale i specyficzny moment powinności uwypukla się niezależnie od istoty zespołów faktycznych. Czy te zespoły dotyczyć będą „dania rzeczy“, „wykonania pracy“, „zapłacenia długu“, „uiszczenia podatku“ — wszystko jedno: poczynając od najpospolitszych obiegowych facere lub dare do najbardziej skomplikowanych świadczeń lub przymusowych zaniechań nakazanych w imię interesów wspólnoty, niezależnie zupełnie od ich treści, trybu i warunków — występuje w ujęciu bezpośredniem ów znamienny moment normatywny: jest on jeden i ten sam, czy mówimy o obowiązku zapłaty za kupiony przedmiot ,lub też, jeśli uwzględnimy najwyższe napięcie „powinności“, gdy rzecz dotyczy „obligatio moriendi“ żołnierza w obronie zagrożonej Ojczyzny.

Owe motywacje psychiczne, które sprawiają, że świadomość powinności, równoważnej unormowaniu, przejawia się w aktualizacji, odpowiadającej normie — nie mogą być, rzecz oczywista, uważane, jako momenty wyjaśniające istotę normy. Istota normy od tych motywacji jest zupełnie niezawisła. Przeciwnie: z istoty normy wynika swoiste „zabarwienie“ treści, przebiegających zgodnie czy niezgodnie z normą — albowiem odniesienie unormowania do treści jest owym zasadniczym procesem, który może się nie przejawiać nawet w t. zw. rzeczywistości prawnej — nie mniej wszakże jest dany. Socjologiczne stwierdzenia ustalają, iż przebieg życia odbywa się tak, jak gdyby normy prawne nie istniały *) i że urzeczywistnienie prawa częstokroć nie wymaga zastosowania sankcji, albowiem „zgodne“ motywacje podmiotów usuwają wszelkie ewentualności sporów.

Nie wkracza w zakres rozważań niniejszych wyjaśnienie psychologicznych i socjologicznych zasad tego stwierdzenia **);

*) CRUET, La vie du droit et l'impuissance des lois 1908, str. 261 D'une manière générale, la vie quotidienne se deroule en dehors des textes législatifs... Tout se passe, en un mot, comme s'il n'y avait pas des lois“. Por. również H. U. KANTOROWICZ (Gnaeus Flavius), Der Kampf um die Rechtswissenschaft 1906, str. 13, z którego wywodami o tem, że uświadomienie normy świadczy o jej charakterze, jako normy „wolnego prawa“ (freies Recht)—trudno się zgodzić.

**) F. KLEIN, Die psychischen Quellen des Rechtsgehorsams und der Rechtsgeltung 1912, str. 15: „die Menschen tun und unterlassen immer und überall, was das Recht anbefiehlt, oder verbietet, das Gegenteil ist immer und überall nur in geringem Umfange zu beobachten, so dass es den Charakter einer Ausnahme kaum je verliert“. Słusznie zaznacza KLEIN, iż wyjaśnienie tych zjawisk nie należy do rzeczy łatwych („deren Erklärung nicht leicht ist“). Stwierdzenie KLEINA nie jest najzwyklejszą tautologją, jak mniema F. SOMLO, j. w. str. 94, który przez

skonstatowanie bezpośredniości ujęcia uważam za jeden z dowodów, uzasadniających konieczność znaczeniowej samoistności normy; istota normy „występuje“ w doświadczeniu prawnem jako cecha, która m u s i być właściwa pewnym ukształtowaniom, jeśli mają być one rozważane pod swoiście rozumianym kątem widzenia. I to nie tylko wtedy, gdy takie rozumienie powoduje „automatyczne“ przystosowanie się do normy — lecz również wówczas, gdy zachodzi zupełnie świadome „przekroczenie“ normy. T. zw. przekroczenie normy jest odpowiednikiem najoczywistszej konieczności stwierdzenia jej bytu *).

W ujęciu bezpośredniem uwydatnia się znamienne „odczucie“ normy „Le droit... est peut — être du nombre des choses qui se comprennent mieux qu'elles ne se définissent“ **). Ta już przez MASSÉ i VERGÉ zaznaczona „intuicyjność“ normy prawnej częstokroć podkreślana bwa w najnowszych badaniach teoretycznych—niezależnie od zasadniczego stanowiska metodologicznego ***). Zarówno oparta na filozofi „zdrowego sensu“ teorja GÉNY, jako też formalno - logiczna konstrukcja KELSENA uwzględnia ów moment intuicyjny. W istocie rzeczy, moment ten jest sprowadzeniem do pewnego punktu założeń zasadniczych i najprostszych. Czy takie założenia są tylko hipotetyczne — tego teorja prawa rozstrzygać nie może. Wystarczy, jeśli stwierdza, że przejawy ujęcia bezpośredniego są dowodem samoistności normy, rozważanej pod swoistym kątem widzenia.

---

przypuszczenie istnienia „mocy prawnej“ (Rechtsmacht), zapewniającej powszechne poszanowanie jej nakazów, sam popełnia błąd tautologiczny: ta moc najwyższa jest właśnie dlatego taką, że jej nakazy zwykle i powszechnie są wykonywane.

*) Ten rys znamienny pięknie uwydatnił SIENKIEWICZ w słowach Petronjusza: „Mnie samemu nieraz przychodziło na myśl, dlaczego zbrodnia, choćby była potężna, jak Cezar, i pewna, jak on, bezkarności, stara się zawsze o pozory prawa, sprawiedliwości i cnoty?..“. Od tej cytaty z „Quo Vadis“ rozpoczyna STAMMLER swój wywód o prawie, jako drodze przymusowo do słuszności prowadzić mającej (Die Lehre von dem richtigen Rechte 1902, str. 27, 28).

**) MASSÉ et VERGÉ, Le droit civil français par K. S. Zachariae, traduit de l'allemand sur la 5-e édition 1854 T. I, str. 3 n. Cytata powyższa jest własnym dodatkiem tłumaczów do tekstu ZACHARIAE'GO.

***) GÉNY, Science et technique j. w. T. I, str. 73 (la philosophie du sens commun) i str. 86 „nous compléterons le concept par l'intuition, en tâchant à pénétrer l'ecorce temporelle et spatiale des phénomènes, pour saisir le réel dans sa continuité indestructible“. KELSEN, mówiąc o specyficznych właściwościach „powinności“ (Sollenscharakter), zaznacza „es mag rückhaltslos zugegeben werden, dan die tiefste Wurzel dieser Anschauung—wie immer, so auch hier—in einer gleichsam intuitiven Wesensschau ruht“ (Die Rechtswissenschaft als Norm oder als Kulturwissenschaft j. w. str. 138).

§ 10.

Pojęcie uporządkowania.

Badania teoretyczne nie powinny przechodzić do porządku dziennego nad ustaleniami, które w mniemaniu ogólnem uchodzą za wyjaśnienie istoty poznawanego przedmiotu, aczkolwiek w rzeczywistości wyjaśnieniami takiemi nie są. W tego rodzaju naiwnych, częstokroć obrazowych, a niekiedy przesłaniających istotne cechy przedmiotu ustaleniach zawarte są charakterystyczne wskazania intuicyjne. Nie są one dowodem uzasadniającym słuszność ustaleń teoretycznych, są, co najwyżej, ilustracją, poglądowo niejako stwierdzającą, iż ustalenia te znajdują odpowiednik w mniemaniach obiegowych, na t. zw. „zdrowym rozsądku“ opartych. Te mniemania nie mają, oczywiście, żadnego znaczenia heurystycznego; inaczej bowiem ujęcie teoretyczne stawałoby się niewolniczem przystosowaniem do stwierdzeń empirycznych, do „przeciętnych“ doświadczenia. Prawdy teoretyczne są niezawisłe od obiegowych wskazań „praktycznych“. Sposoby ujęcia naukowego, sprowadzenie rozbieżności i różnorodności do jedności i tożsamości, zasada logiczna „in qua quaeritur quonam modo veritas percipi possit“ — zasadniczo odbiegają od uogólnień, opartych na empirycznem stwierdzeniu powtarzania się i domniemanej tegoż „prawidłowości“. Nie mniej wszakże w tego rodzaju uogólnieniach zawarte są pewne wskazania, które winny być przez teorję, jeśli nie zużytkowane, to w każdym bądź razie zbadane. Nie znaczy to bynajmniej, że probierzem prawdziwości teorji będzie zgodność jej sądów z stwierdzeniami „praktyki“.

Dlategoteż przy badaniu istoty normy prawnej nie można pominąć jednego z jej sposobów ujęcia, który w rozumieniu potocznem uchodzi za stwierdzenie niewątpliwe i bezwzględne, nie wymagające udowodnienia i uzasadnienia ,albowiem „narzuca się“ niejako i unaocznia w mnogości przejawów życia społecznego. W bezpośredniem ujęciu praktycznem rozumie się normę prawną, jako pewien „porządek“. Pojęcie porządku w rozumieniu potocznem jest jednoznaczne z pojęciem „ładu“. W pojęciach tych mieści się wyobrażenie o takiej koegzystencji, w której niema, czy nie powinno być przypadkowości, w której z pewnem danem lub powstającem ukształtowaniem musi się koniecznie i nieodzownie łączyć pewien uprzednio pomyślany skutek. Pojęcie „porządku“ nie jest wyłącznym odpowiednikiem wyobrażeń o normie prawnej; może się łączyć, i w rzeczywistości łączy się, z normami innych kategorji: wskazania, nakazujące poszanowanie dla rodziców, oddawanie ukłonu są również pojmowane w płaszczyźnie „porządkowej“. Nie idzie w da-

nej chwili ani o stwierdzenie intensywności normy, jej treści, lub możliwych jej gradacji; rozchodzi się o stwierdzenie, że w rozumieniu powszechnem kwalifikacje „porządku“ i „ładu“ wiążą się—między innemi—również z normą prawną. Nikt nie utożsamia normy prawnej z bezładem i z nieporządkiem, aczkolwiek in concreto o danej normie prawnej mówi się częstokroć, że jest zła, szkodliwa, powoduje zamieszanie i przyczynia się do zakłócenia porządku (z dowolną adjektywizacją: porządku moralnego, społecznego, gospodarczego i t. p.). Jednakże takie wartościowanie stosuje się wyłącznie do danej normy, nie zaś do wszystkich norm. Jeśli się mówi, że wszystkie normy, w danej wspólnocie istniejące, są złe, szkodliwe, niecelowe, nie odpowiadające „naturze rzeczy“ (a tego rodzaju stwierdzenia możliwe są w układzie „narzuconym“)—nie znaczy to bynajmniej, iżby cecha „porządku“ miała być odmawiana normie wogóle, normie, jako takiej. Wszak w stwierdzeniach tych dane jest jednocześnie wyobrażenie o normie „lepszej“, o konieczności „zmiany“ normy „złej“ na normę „dobrą“. I właściwie, rzecz nie dotyczy samej „normy“, lecz jej treści, ujęcia pewnych układów faktycznych i przewidzianych dla nich skutków—pod postacią normy. Dlategoteż w tem ujęciu praktycznem zawarte jest domyślne uogólnienie: norma w zasadzie jest odpowiednikiem porządku, ale konkretne normy n_1, n_2, n_3 temi odpowiednikami nie są. I gdyby zapytać tę nieuchwytną, nie mniej wszakże zupełnie dokładnie wypowiadającą się „opinję publiczną“: jeśli wszystkie normy, w obecnym układzie istniejące, są złe i szkodliwe—czyżby nie należało norm tych usunąć, nie tworząc lub nie dając żadnych innych norm, które miejsce uchylonych zastąpić by miały? Wówczas, niewątpliwie, głos rozsądku czy zdrowego sensu odpowiedziałby: nie—jeśli nie ma być żadnych norm, lepiej będzie, jeśli złe normy pozostaną. Będziemy mieć wówczas do czynienia z banalnem, w istocie rzeczy, stwierdzeniem: lepszy zły ład, niż najlepsza anarchja. Obojętnemi są motywacje psychiczne czy etyczne takiego postawienia kwestji; obojętnem również charakterystyczne „sacrificium intellectus“, kierowane instynktem samozachowawczym, czy suponowanemi dążnościami do życia w społeczności (appetitus societatis), które jest synonimem uporządkowania.

Potoczne stwierdzenie *) widzi w normie odpowiednik

*) Nie poruszam tutaj kwestji genezy tych stwierdzeń, ani konieczności ich bezwzględnego istnienia: istniały bowiem okresy historyczne, które częściowo tylko znały tego rodzaju uświadomienie. M. WEBER j. w. str. 614 słusznie zaznacza, że w pierwotnych okresach rozwoju społecznego możliwe jest współistnienie, oparte wyłącznie na „faktycznem respektowaniu“ wzajemnych stosunków, a działanie uporządkowane przejawia się w wypadkach nadzwyczajnych (np. w razie napadu nieprzyjacielskiego), gdy pod rygorem nakazów (scil. norm) działanie członków społeczności ujmowane jest w pewne ramy „porządkowe“.

„porządku“ i wszelkie wartościowania treści unormowanych zacierają się, ustępują na plan dalszy, gdy idzie nie o jakość, lecz o sam byt normy *).

Utożsamianie normy prawnej z „porządkiem“ jest przypisywaniem pewnych cech, które analiza istoty normy stwierdza w następstwie, jako dla niej charakterystyczne. Ujęcie „praktyczne“, „doświadczalne“ jest potwierdzeniem słuszności analizy teoretycznej, która, oczywiście, nie uważa danych „obserwacji“ za podstawy argumentacji, lecz znajduje w nich odbicie ustaleń; stwierdzonych w innej drodze. Muszą być w normie jakieś cechy adekwatne, „coś“ tylko w normie „imanentne“, dla niej specyficzne, jeśli obserwacja praktyczna „odczuwa“ normę, jako coś swoistego, uogólnia rozmaitość jej przejawów w powszechnem pojęciu „porządku“. Należy najwyraźniej się zastrzedz, że istnienie tych cech jest zupełnie niezawisłe od stwierdzeń praktycznych; gdyby doświadczenie ujmowało je odmiennie, nie miałoby to żadnego znaczenia dla analizy, albowiem istotność cech jest zupełnie niezależna od tego, czy została ona uznana za taką w mniemaniu powszechnem. Ani consensus omnium, ani rozbieżność w ujmowaniu nie są probierzami; istotne powiązania cech, dla normy właściwych, musiałyby być uznane wówczas nawet, gdyby w mniemaniu powszechnem cechy te żadnego „odbicia“ nie znajdowały. Dla twierdzeń wyższej matematyki jest zupełnie obojętne, że są one dostępne nielicznym tylko specjalistom **).

Zresztą, praktyczne stwierdzenie cechy „uporządkowania“ jest jedynie—jeśli tak rzec wolno—„przeczuciem“. Nie jest bynajmniej w niem dane ustalenie bezwzględnej konieczności, rozumianej deontologicznie. Mogą być jednostki lub grupy jednostek, które ustalenia porządkowego nie uważają wcale za konieczne. Może być pomyślany „układ“ anarchiczny lub współżycie w spólnocie idealnej, w której nie ma „obowiązku“, jako odpowiednika tego, co być powinno — albowiem wszystko się dzieje spontanicznie, w pewnej harmonji, opartej na własno-

*) Mylnem byłoby wszakże budowanie teorji prawa na takiem stwierdzeniu, które wywodzi się z pewnych przypuszczalnych własności natury ludzkiej i prowadzi do błędnego synkretyzmu ujęcia normatywnie-prawnego z motywacjami etycznemi. Banalne stwierdzenie „lepiej, żeby przewodził najgłupszy, niż ażeby każdy działał według własnego rozumienia“ (na tej zasadzie zbudowane są wywody teoretyczne BAUMGARTENA j. w. T. I, str. 144 n.)—może być założeniem tylko praktycznem, nie wyjaśnia zaś zupełnie teoretycznych podstaw normy.

**) Por. słuszny wywód REINACHA j. w. str. 161: „als Wesensgesetzlichkeiten sind sie (scilic.: rechtliche Zusammenhänge) einsichtig in sich selbst und bestehen unabhängig davon, wie Menschen oder andere Subjekte von gleicher oder verschiedener Organisation sich zu ihnen verhalten. Es ist ganz falsch, dass alle Menschen sie faktisch anerkennen. Aber est ist gleichzeitig für ihren Bestand ganz belanglos, ob es geschieht oder nicht“.

wolności, a priori z obcą wolą zgodnej. Może być również pomyślany taki układ ustosunkowań, w których nie ma miejsca dla żadnego powszechnego unormowania i w których wyłączna własnowolność, uprzednio nie określona i przedmiotowo ustalić się nie dająca, jest jedynym probierzem „prawności". Wówczas schemat „si voluero" wyłącza wszelkie unormowanie, czyli zachodzi typowy „układ" ukształtowań przemocy (który wszakże w następstwie prowadzić musi do uporządkowania).

Przez to wszakże nie zostaje wyłączona pojęciowa istota normy. W „układzie" anarchicznym lub w jakimś utopijnym raju ziemskim niema uporządkowania prawnego, niema więc norm prawnych. Nie znaczy to wszakże, ażeby stwierdzenie faktycznego niebytu normy było równoznaczne z zaprzeczeniem jej istoty.

Obserwacja praktyczna, operująca pojęciem porządku i ładu, przeczuwa tylko zawarte w normie i w niej konieczne „następczości" typowe. Pomijam tutaj charakterystyczne dla stwierdzeń obiegowych ustalenia o „imperatywnej" istocie normy (w rzeczywistości—norma nie jest nakazem i na tym przykładzie mylnego uogólnienia przekonać się można, jak zawodne są dane t. zw. doświadczenia praktycznego). Zaznaczam, że obserwacja praktyczna wychodzi z założenia: jeśli istnieje określone zachowanie się względem kogoś lub czegoś — istnieje również pewien skutek tego zachowania się. Rozumie się zwykle, że ten skutek „musi" istnieć, jest dany, jako konieczność nieodzowna (stąd wywodzą się najróżnorodniejsze teorje „przymusu", jako charakterystycznej cechy normy, i utożsamianie normy prawnej z normą przymusową). W takiem ujęciu „porządek" rozumie się, jako coś faktycznie istniejącego; norma jest eksplikacją takiego układu faktycznego, przez który i w którym właśnie się przejawia. Oczywiście, norma nie jest w stosunku przyczynowym do faktu, t. j. do treści. Suponowana „konieczność nieodzowna" jest przejaskrawieniem zwykłej czy przeciętnej prawidłowości, przypuszczeniem oczekiwanego prawdopodobieństwa, ziszczenia przewidywanych skutków. Takiemu ujęciu odpowiadają teorje, uzasadniające normę na podstawie „działania faktycznego" i sprowadzające poznanie normy do kategorji poznania socjologicznego.

Z „uprawnieniem" układu, z jego uporządkowaniem łączy się prawdopodobieństwo, że zachowanie się odpowiadać będzie przewidywanym uprzednio następstwom *). Szanse, że prze-

*) Por. teorję I. KORNFELDA. Allgemeine Rechtslehre und Jurisprudenz 1920, str. 66 n.: całe prawo pozytywne składa się z prawideł, które w życiu społecznem f a k t y c z n i e działają; w prawdopodobieństwie ziszczenia należy doszukiwać się naczelnej zasady „działania".

widywania te w rzeczywistości się ziszczą, są równoznaczne z pojęciem mocy obowiązującej danego uporządkowania *).

Uporządkowanie może być wszakże rozumiane odmiennie: norma pojmuje się nie jako to, co faktycznie sprawia pewien porządek, lecz jako to, co do tego porządku d ą ż y. Uwydatnia się wówczas „formalny“ charakter normy, jako środka, dążącego do pewnego celu, wszakże nie uważanej, jako materjalny cel per se. Norma nie jest jakiemś quid porządkującem, tworzącem porządek **). Częstokroć obserwacja praktyczna nie odróżnia tych dwóch momentów rozbieżnych i nie zdaje sobie sprawy, że w normie nie są zawarte wskazania, stwierdzające prawidłowość faktycznych powiązań przyczyn i skutków; że — przeciwnie—norma powiada tylko: „w pewnych warunkach nastąpić p o w i n n o określone zachowanie się; jeśli zaś takiego zachowania się n i e b ę d z i e — wówczas p o w i n n o nastąpić pewne X, gdyby zaś to X nie nastąpiło, wówczas p o w i n n o nastąpić pewne Y i t. d.“. Pomijając moment zasadniczy, że dla istoty normy zupełnie obojętny jest pewien cel, dla którego jakoby ma być ona środkiem***)—zaznaczyć należy, że dane obserwacji praktycznej, zakładające pojęcie „porządku“, jako z normą równoznaczne, nie zdają sobie sprawy z właściwych normie cech istotnych: rozumiejąc słusznie, że łączności następstw są zeskładami uporządkowanemi, nie może obserwacja ta ustalić, czem są i przez co łączą się między sobą poszczególne elementy, wiążące się w normie w jedność pojęciową. Nie może być zresztą inaczej, albowiem dane obserwacji praktycznej są tylko wyjaśnieniem przebiegu ukształtowań, dla doświadczenia dostępnych (prawidłowość oraz prawdopodobieństwo prawidłowości w urzeczywistnieniu normy) i prima facie ujmowanych.

Dlategoteż teorje, ujmujące normę prawną, jako uporządkowanie, i wyjaśniające pojęcie prawa w charakterze odpowiednika czy synonimu porządku prawnego, nie mogą być uważane za właściwe wyświetlenie istoty normy, jeśli takie stwierdzenie zakładają nie krytycznie, nie analizując charakterystycznych składników, dzięki którym „normatywność“ jest „uporządkowaniem“. Stwierdzenia, że przeciętnie (a jakże łatwo pojęcie „przeciętności“ utożsamić z pojęciem „normalności“ i podstawić potem „normatywność“?) ziszczają się wskazania o postępowaniu ludzkiem, że wskazania te w psychice ludzkiej, jako wyobrażenia o celach, mają charakter motywacji, kierującej

*) Por. teorję „s z a n s“, stanowiącą jeden z punktów wyjścia konstrukcji M. WEBERA j. w. str. 13 n., str. 16 n.

**) O tem zasadniczem rozróżnieniu zob. KELSEN, Hauptprobleme str. 272.

***) Teorja prawa, wychodząca z założeń o istocie normy, nie może badać celów normy; takie teleologiczne zadania wkraczałyby w zakres rozważań psychologicznych i socjologicznych. Por. KELSEN, Hauptprobleme, str. 66 n., str. 68 i słuszne uwagi F. KAUFMANNA j. w. 98, 99. Obserwacja praktyczna nie wyłącza tego rodzaju aspektów.

postępkami—stwierdzenia te powodują sprowadzenie idei normy do prawdopodobieństw jej aktualizacji i do motywacyjnego uzasadnienia jej ziszczenia. Łączą się z takiem ujęciem metody i elementy dla poznania normatywnego, z natury rzeczy, obce: powstanie normy, tryb jej urzeczywistnienia, motywy, które powodują takie lub inne zachowanie się faktyczne wobec wskazań normy—wszystkie te zagadnienia z istotą normy nic wspólnego mieć nie mogą. Poznanie prawne—jeśli ma być zachowana czystość metody—nie może wyjść poza płaszczyznę normatywną; inaczej bowiem staje się z poznaniem nie normy samej, lecz psychicznych jej motywów lub socjologicznych warunków jej faktycznego bytowania.

Z tych względów, bezpośrednie stosowanie powszechnie przyjętego ujęcia normy prawnej, jako „uporządkowania", byłoby możliwe wówczas jedynie, gdyby uprzednio wyjaśnione zostały cechy, właściwe uporządkowaniu, dzięki którym jest ono unormowaniem i t y l k o unormowaniem. Uporządkowaniem jest bowiem zarówno stale się urzeczywistniająca następczość w faktach, jakoteż prawidłowość motywacji, stale powodującej zamierzone i adekwatne do zamierzeń skutki. Jednakże takie uporządkowania nie są normą i nie zachodzi pomiędzy „ważnością" normy, a faktycznem przystosowaniem zachowania się do normy żaden związek przyczynowy *). W rozumieniu normatywnem uporządkowanie jest jednoznaczne z relacją normy do pewnych treści, ujmowaną w specyficznym układzie tego, co być powinno—niezależnie od jakiejkolwiek aktualizacji lub braku tej aktualizacji. Jeśli więc redukcje teoretyczne sprowadzają pojęcie normy do uporządkowania—jest to tylko zamianą jednego X na inne X. Sytuacja nie zmienia się, jeśli uporządkowanie (czy uregulowanie) odnoszone zostaje w takiej definicji do jakiegoś quid: do uporządkowania życia społecznego, postępków ludzkich i t. p. Tego rodzaju redukcje nie wyjaśniają bowiem s p e c y f i c z n e j j a k o ś c i uporządkowania, jak jej nie wyjaśniają również obserwacje uogólniające, oparte na danych doświadczenia. Dla pojęcia porządku obojętne jest również to, co jest (czy to, co ma być) ujęte w uporządkowaniu (uregulowaniu). Empiryczne elementy treści są obojętne—albowiem to, co jest porządkowane, nie może wpływać na ujęcie, rozważane pod kątem widzenia „kategorji" porządku. Dopiero wówczas, gdy ustalona będzie jakość i specyficzność uporządkowania, zrozumianą być może istota normy. EHRLICH rozumie prawo, jako porządek, i ustala, że jakiekolwiek inne ujęcie

*) Por. M. WEBER j. w. str, 17 „Zwischen dem juristisch—dogmatischen, normativen Gelten der Ordnung und einem empirischen Vorgang gibt es ja in der Tat kein Kausalverhältnis, sondern nur die Frage: wird der empirische Vorgang von der (r i c h t i g interpretierten) Ordnung „juristisch" betroffen? S o l l sie also (normativ) f ü r ihn gelten? und, wenn ja, was sagt sie als für ihn normativ geltend sollend".

nie odpowiadałoby istocie prawa, a przeto — po odrzuceniu wszelkich innych cech — tylko cecha porządku za jedynie rozstrzygającą uznana być winna. Czem jest w rozumieniu EHRLICHA ów porządek? Organizacją, czyli prawidłem, wskazującem każdemu członkowi jego stanowisko, jego nad—i podporządkowanie się w wspólnocie oraz zakres jego zadań *). Typowa socjologiczna transpozycja normy prawnej — porządek współdziałania i oddziaływania, który może istnieć również dobrze w unormowaniu innem, nie koniecznie prawnem! KELSEN, utożsamiając normę z porządkiem **), zakłada w pojęciu normy cechy, nic wspólnego z faktycznemi ukształtowaniami nie mające. STAMMLER, rozumiejąc zupełnie odmiennie pojęcie porządku prawnego, widzi w niem: „pojęcie prawa przedmiotowego, które jest pomyślane w swej jedności, jako podstawa prawna (Rechtgrund) wszystkiego, tej podstawie podporządkowanego („darunter stehenden") chcenia prawnego" ***) ; i nie bez słuszności zaznacza, że wyjaśnienie istoty „porządku prawnego" wymaga uprzedniego ustalenia pojęcia prawa, jako specjalnego rodzaju „chcenia ludzkiego" ****).

Te zestawienia trzech rozmaicie rozumianych ujęć najdoskonalszym są dowodem, że sprowadzenie pojęcia normy do schematu „porządku" nie jest wyjaśnieniem cech istotnych, jeno ogólnikowem zakreśleniem sfery pojęciowej, w której poszukiwanie tych cech prima facie jest wskazane. Pojęcie „porządku" jest wskazaniem, które prowadzi do wyjaśnienia, nie jest wszakże wyjaśnieniem. Pojęcie to wskazuje, że norma nie może być pomyślana, jako coś nieuporządkowanego, dowolnego w składzie swych czynników, przypadkowego w swem ukształtowaniu; „zdradza" niejako pewną swoistość normy, swoistość relacji i następczości w relacji, bez względu na treść tej relacji.

Wszelako wskazanie to jest konturowym zarysem relacji normującej i nie daje żadnych wytycznych co do samej jej jakości. Wiemy, że mamy do czynienia z jakością uporządkowaną (niezależnie od tego, czy uporządkowanie to odbywa się w faktyczności przyczyn i skutków, motywacji zamierzeń i celów, deontologicznego założenia o powinnościach, łączących się i powiązanych w odniesieniu do dowolnej treści). Jednakże nie możemy wiedzieć, której z tych kategorji odpowiada norma, rozumiana w płaszczyźnie ujęcia prawnego.

---

*) EHRLICH, Grundlegung der Soziologie der Rechts 1913, str. 17, 18.

**) KELSEN, Das Problem der Souveränität j. w. str. 9, str. 257.

***) STAMMLER, Theorie j. w. str. 386, 387. Por. krytykę tego ujęcia — BINDER, Rechtsbegriff und Rechtsidee 1915 str. 172 n., KELSEN, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff j. w. str. 147.

****) STAMMLER, Lehrbuch j. w. § 134 „Was ist eine Rechtsordnung? Worin liegt ihn b e d i n g e n d e s M e r k m a l? Es ist klar, dass diese Frage den Begriff der R e c h t e s voraussetzt".

Jeśli więc teorja stwierdza cechy „uporządkowania“, właściwe prawu i przez to prawo inaczej, jak normatywnie rozumiane być nie może (pojęcia uporządkowania i unormowania stają się synonimami)—ustalenia te nie wyjaśniają jeszcze istoty i jakości unormowania. Unormowanie może być bowiem pojmowane odmiennie, zależnie od tego, czy widzi się w niem prawidłowość w ziszczaniu się przebiegów rzeczywistych, czy też rozumie się je, jako specyficzną relację w kategorjalnie odrębnej i od przyczynowości czy celowości niezależnej płaszczyźnie tego, „co być powinno“. Ustalenie, że prawo jest „porządkiem“ (norma agendi), „regulowaniem“ (normowaniem), przyczem niekiedy dodaje się, że uporządkowanie odbywa się przy pomocy pewnych zabiegów (nakazów i zakazów) i stosuje się tylko do pewnych stosunków (z e w n ę t r z n e stosunki pomiędzy ludźmi i ugrupowaniami ludzkiemi) *) — nie jest wyjaśnieniem istotnych cech prawa. Mamy tu do czynienia z objawem bardzo charakterystycznym: toczą się w teorji spory co do trybu uporządkowania (czy uporządkowanie „gwarantuje“, „broni“, „rozgranicza“?), co do jego przedmiotu (interesy, stosunki, postępki), co do natury zabiegów (norma, jako sąd i norma, jako imperatyw) ; nie zachodzi wszakże spór co do właściwej istocie prawa cechy charakterystycznej, jako uporządkowania. Nie ma teorji, która w założeniu swem nie wychodziłaby z pojęcia porządku. Nawet teorja psychologistyczna, która uważa normę za fikcję emocjonalną, za zmienne i płynne przeżycie, nie odróżniane od przedmiotu intencjonalnego—nawet ta teorja nie zaprzecza, że pojęcie porządku jest charakterystyczną „tendencją“, właściwą atrybutywnej istocie prawa. Odrzucenie przez szkołę psychologiczną idei „porządku“, jako definicji prawa, nie jest zaprzeczeniem pewnych własności prawa **).

Ta zgodność w dziedzinie poznania, w której „dissensiones dominorum“ są najbardziej znamienną cechą — nasuwa podejrzenie, że ujęcie „porządku“ jednolite jest tylko... pod względem terminologicznym. Wyżej podałem trzy rozbieżne umotywowania idei „porządku“ w ujęciu EHRLICHA, KELSENA i STAMMLERA. Umotywowania te przebiegają w zupełnie odmiennych płaszczyznach pojęciowych. Jednoznaczność terminu „uporządkowanie“ staje się wówczas wieloznacznością. Norma może być rozumiana jako coś faktycznie istniejącego, ziszczającego się w „przeciętnej“ prawidłowości — utożsamia się więc z n o r m a l n o ś c i ą przebiegu i staje się zawisłą od przewidy-

*) Zob: typowe określenie GAREISA, Enzyklopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft 1905 str. 17. „Das Recht ist eine „Ordnung“ (norma agendi), eine Regelung (Normierung) mittelst Aufstellung von Geboten und Verboten und das Objekt dieser Regelung sind die äusseren Beziehungen der Menschen und ihrer Gemeinwesen....“.

**) Wyraźnie: PETRAŻYCKI, Oczerki filosofji prawa 1900, str. 126, 127.

wań czy ziszczeń aktualizacyjnych: istnieje więc o tyle tylko, o ile się ziszcza *). Probierz „faktycznej zastosowalności" jest koniecznym odpowiednikiem normy **). Sama istota unormowania rozumie się w sensie faktyczności: prawo jest „istnieniem uporządkowania" (Geregeltsein) ***), przyczem następuje charakterystyczne pomieszanie pojęć: niewątpliwie, norma jako wypowiedź o tem, co być powinno istnieje — jako ustalenie tej wypowiedzi; nie znaczy to, aby relacja do zawartej w wypowiedzi treści musiała się ziszczać gwoli istnieniu tej relacji. Rozumienie normy jako ujęcia celowego, nie podlegającego jakoby zasadzie przyczynowości (STAMMLER), nie jest bynajmniej tej zasady wyłączeniem. I to ujęcie przebiega w płaszczyźnie faktyczności: zasada celowości nie wyłącza przyczynowości, i zastosowanie tej zasady możliwe jest tylko przy przypuszczeniu jednoczesnego działania zasady przyczynowości ****). SIGWART słusnie zaznacza, że „cel" nie jest przeciwstawnością pojęcia przyczyny, lecz pojęcie to w sobie zawiera.

Ujęcie normy jako uporządkowania nie jest tedy wyjaśnieniem. Specyficzne znaczenie normy nie może być rozumiane jako powiązanie przyczyn i skutków, istniejących w doświadczeniu, ani jako współmierność zamierzonego celu do pomyślanego zamierzenia. Założenie jakiegoś „prawnie realnego" i przyczy-

---

*) Por. sformułowanie SPIEGL'A, Gesetz und Recht 1913 str. 39 „Ordnung ist das Recht, nicht Anordnung". Jakgdyby nakazanie czegoś (Anordnung) było sprzeczne z „uporządkowaniem"!

**) BAUMGARTEN j. w. T. I. str. 144 „Es handelt sich um eine Lebensregelung, Lebensordnung und zwar um eine solche, die in der Mehrzahl der Fälle tatsächlich massgeblich ist, d. h. sich im Grossen und Ganzen in die Wirklichkeit umsetzt". SOMLO j. w. str. 55 n. słusznie zwraca uwagę na konieczność odróżnienia pojęć „normalności" i „normatywności" (das Geschehende — das Geschensollende). Jednakże zgodnie ze swoją teorją o prawie, jako normie z w y k l e wykonywanej, uważa, że może być nawiązana łączność pomiędzy normalnością, a normatywnością, str. 107. Z tym poglądem trudno się zgodzić.

***) Por. WIELIKOWSKI j. w. str. 78, 178: „Das Recht ist und bleibt eine Ordnung des sozialen Lebens, korrekter, das konstante s o z i a l e G e r e g e l t s e i n menschlicher Handlungen":Jeśli wyłącza się pojęcie „powinności" („Geregeltsollen") — staje się wówczas koniecznem dodanie cechy „stałości" uporządkowania („das konstante Geregeltsein"). W takiem ujęciu cecha stałości stanowi dopiero o istocie normy, albowiem „sporadyczność", uporządkowanie konkretne dla jednego wypadku, może być stałe w granicach t y l k o d a n e g o wypadku. W pojęciu normy założona jest jej stałość, jako konieczność relacji do treści, jako jej niezmienność. Przeciwstawieniem stałości jest niestałość i zmienność. Niestałość jest dowolnością, a więc antytezą wszelkiego uporządkowania wogóle.

****) Por. uwagi KELSENA, Hauptprobleme str. 62 n. Również naukom, operującym pojęciem przyczynowości, nie są obce ujęcia teleologiczne: zob. wywód WUNDTA, Völkerpsychologie, Neunter Band, Das Recht 1918 str. 193, 286 („teleologische Prinzipien der Naturwissenschaft").

nowego powiązania „przypuszczenia prawnego“ z „skutkiem prawnym“, jako danych faktycznych *)—jest tak samo mylne jak mniemanie, iż specyficzne znaczenie normy polega na zrozumieniu psychologicznego procesu jej chcenia lub myślenia o niej **).

Pojęcie porządku prawnego wtedy dopiero uznane być może za niesprzeczne z samem sobą, jeśli rozumiane będzie pod postacią normy czy zespołu norm, niezależnie zupełnie od tego, czy ich treści się ziszczają; przyczem charakterystyczne dla normy relacje nie są jakąś ziszczoną czy ziszczalną faktycznością, lecz ujęciem tego, „co być powinno“ ***), wyrażonem ze względu na pewną treść, a od tej treści niezależnem. Jak słusznie określa KELSEN, treść jest conditio sine qua non, lecz nie conditio per quam.

§ 11.

Sposób ujęcia.

Jeśli zakładamy przedmiotową samoistność „normy“— sposób ujęcia winien być przystosowany do jej istoty. Jak już poprzednio zaznaczyłem (zob. str. 3 n.), „metoda“ i „przedmiot“ nie są pojęciami różnemi (jak np. „instrument“ i „materjał“), lecz winny być rozumiane, jakie dwie „strony“ jednej funkcji poznawczej. Rozważanie więc samego „trybu“ ujęcia możliwie jest łącznie z badaniem istoty ujmowanego przedmiotu. Przypuszczenie, że norma jest pewnem quid, dającem rozłożyć się na takie składniki, które istnieją w samej normie— wyłącza każde ujęcie, które nie byłoby znaczeniowo równoważne z istotą normy. Drogi ujęcia metodologicznego są nieskończenie różne—przedmiot poznania, jeśli ma być ujęty syntetycznie, jest jeden. Różnorodność sposobów poznania prowadzi do jedności ze względu na specyficznie jednolite własności przedmiotu.

Poprzednio rozważałem możność bezpośredniego ujęcia, opartą na obserwacji praktycznej i na intuicji—i przy całej zawodności tych metod mogłem stwierdzić, iż wskazania ich mają

---

*) Por. mylne ujęcie SANDERA, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung j. w. str. 565. „...die natürliche und rechtliche Konsequenz, also Verhältnis von Ursache und Wirkung, von Rechtsvoraussetzung und Rechtsfolge...“; również str. 617.

**) KELSEN, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff j. w. str. 101 w przypisie: „Nun liegt aber das Wesen des Rechts (und des Staates) in dem spezifischen Sinngehalt der Rechtssätze, nicht in dem psychologischen Prozess ihres Denkens oder Wollens oder dem Ablauf der durch diese Seelenprozesse bewirkten Körperbewegungen“.

***) Por. słuszne uwagi HENRICHA, Das Sollen als Grundlage der Rechtswissenschaft, Zeitschrift für öffentliches Recht T. II, 1921, str. 453: „Ist nun diese Qualifizierung des Rechtes als einer Ordnung nicht gleichbedeutend mit der Anerkennung des Rechts als eines Sollens im Sinne der formalen Logik?“.

pewną wartość, jako „odczucia“ i „przeczucia“. Ustalenie „zgodności“ w istocie cech pewnego przedmiotu łącznie z ustaleniem jedności tych cech—nie może być, rzecz oczywista, dokonane przez badanie „promieniowania“ przedmiotu w sferze doświadczenia praktycznego; wymaga ono koniecznego wyodrębnienia przypadkowości, pominięcia wszelkich „odczuć“ subjektywnych, które—nawet sprowadzone do pewnej przeciętności i jakoby bezwzględnej powszechności—nigdy nie będą ani koniecznemi, ani koniecznie-stałemi. Można w przenośni powiedzieć, że przedmiot zmienia się w zależności od sposobu jego ujęcia: i zależnie od tego, czy przedmiot „tworzy“ metodę lub też, czy metoda „tworzy“ przedmiot—nie można będzie zaprzeczyć, że „zastosowanie“ metody, nie odpowiadającej istotnym własnościom przedmiotu, nigdy do poznania tych własności prowadzić nie będzie.

Załóżmy, że normie prawnej właściwe są elementy, ustalające:

1) to, co w odniesieniu do pewnych danych być p o w i n n o,

i 2) to, co w wypadku nieziszczenia ustalonej powinności, koleją rzeczy, również nastąpić p o w i n n o.

Spróbujmy do tych elementów zastosować metodę bądź psychologiczną, bądź socjologiczną. Cóż wówczas ustalimy? Że owe elementy, które powodują pewne przemiany w psychice ludzkiej, pewne procesy poznania i woli, są czynnikami emocjonalnemi lub przewidywaniem oczekiwanej konieczności przystosowania się „danych faktycznych“ do ustalonych powinności. Że motywacje psychiczne rzutują konieczną następczość składu czynu i skutku prawnego. Że nieziszczenie skutków powoduje pewne reakcje, odpowiadające pewnym właściwościom natury ludzkiej. Rozważając te elementy z punktu widzenia socjologicznego, możemy ustalić: że w współbytowaniu ludzkiem istnieje pewna kategorja stosunków, w których zagwarantowanie interesów, potrzeb, dążeń wymaga specjalnego trybu postępowania; że potrzeby, dążenia i interesy zależne są od zespołu warunków faktycznych, odpowiednio motywujących dopuszczalność, ważność, czy konieczność unormowania; że w tem normowaniu przejawiają się różne co do struktury i napięcia ukształtowania „woli“ zbiorowej i indywidualnej. Niewątpliwie, w drodze tych zabiegów metodologicznych będziemy mogli zrozumieć motywacje psychiczne, właściwe normie lub z nią związane, jakoteż uprzytomnić sobie środowisko społeczne, w którem „działa“ i „przejawia się“ norma; zdołamy oraz wyjaśnić czynniki, powodujące powstanie, ewolucję i zanik normy.

Jednakże: przypuszczając wyżej podane założenie o cechach normy, jako prawdziwe—czy wyjaśnimy w drodze tych metod jej istotę? Czyż np. sformułowanie, że obowiązek praw-

ny jest „społeczno-psychicznym przymusem przez zagrożenie“ (HOLD v. FERNECK) uważać można za wyjaśnienie relacji do treści, jeśli w samem sformułowaniu zawarte są składniki poza-prawne (przymus—jako fakt społecznego oddziaływania; zagrożenie—jako motywacja, hamująca lub nakazująca ze względu na przewidywaną reakcję społeczną). Są to elementy w samej normie nie zawarte, wyjaśniające ustosunkowanie indywidualne do normy, odbicie normy w psychice ludzkiej i ewentualne oddziaływania reakcji zbiorowej w wypadku t. zw. „przekroczenia normy“—oddziaływania, które pari passu mogą być, lub mogą nie być i bynajmniej przez to istoty normy dotyczyć nie będą. Czyż w takiem rozumieniu może być wyjaśniona specyficzna cecha tego, co być powinno (a to właśnie norma zakłada) i powiązanie ustalonej powinności z dalszemi ogniwami, które same przez się byłyby zdaniami pustemi i tylko przez imanentną w nich łączność z założeniem o danej „powinności“ mogą mieć znaczenie samoistne?

Wyjaśnień relacji, jej cech i powiązań nie daje, rzecz oczywista, t. zw. dogmatyka prawa pozytywnego. Nie jest bowiem ujęciem krytycznem, kierując się tylko tem, c o j e s t d a n e w n o r m i e, lecz nie wchodząc w rozważanie d a n y c h n o r m y, t. j. tego, czem jest norma. Dla dogmatyki pozytywnej miarodajne są tylko przekroje normy w pewnej, zakreślonej dla niej, sferze. Ujęcie krytyczne nie jest, oczywiście, oderwane od t. zw. materjału pozytywnego (zob. wyżej str. 16 n.), jest jednakże od niego niezależne; natomiast, dogmatyka, ograniczona zakreśloną dla niej sferą, zależna od materjału, ustalonego dla danego czasu i miejsca, bada sposób ujęcia i relacje p e w n y c h treści, wzajemny stosunek norm p e w n e j kategorji; związana jest podziałem klasyfikacyjnym, i to, co jej rozklasyfikowany zakres przekracza, pozostać musi poza jej polem widzenia. Ów podział klasyfikacyjny jest, w istocie rzeczy, dowolny; dogmatyka zawsze rozumie normę k o n k r e t n i e (jako normę prywatno-prawną, karno-prawną, państwowo-prawną i t. d.), albowiem zakresowi jej ujęć obce jest przypuszczenie normy jednej i jednoznacznej z pojęciem prawa in abstracto.

Teorja prawa nie jest ani teorją genezy, ani teorją działania normy. Takie ujęcia wymagałyby metod, które nie są prawnemi w ścisłem tego słowa znaczeniu.

Jeśli nie rozumiemy prawa pod postacią jakiegoś specyficznego aktu społecznego, ani nie widzimy w niem układu, stworzonego przez jakieś „siły“ (bądź zewnętrznie-narzucone, bądź wewnętrznie-spontaniczne), ani wreszcie nie redukujemy prawa do specjalnych emocji i przeżyć psychicznych — ujęcie normy musi być zastosowane do jej charakterystycznych i istotnych własności. Twierdzenie, że ujęcie normy winno być n o r m a t y w n e — wydaje się tautologją; ale jeśli uświada-

miamy sobie, że ujęcie to może być również i nie normatywne, a więc przebiega w płaszczyźnie eksplikacyjnej — wówczas winniśmy powiedzieć, że eksplikacja dąży do zbadania genezy normy, bądź do analizy jej najrozmaitszych „przejawów“ w rzeczywistości życiowej. Zakłada wówczas istnienie normy, jako takiej: badanie jej powstania nie jest badaniem jej istoty i jest zresztą dla tej ostatniej obojętne, gdyż powoduje konieczność przypuszczenia czynników przyczynowości, zupełnie niewspółmiernych z ukształtowaniami tego, „co być powinno“. Rzeczywiste „działanie“ normy, jej przekształcenie lub ewentualny zanik są to—w istocie rzeczy—„accidentalia“, które mogą być wyjaśnione na tle analizy procesów społecznych lub na tle przebiegu motywacji psychicznych, lecz które o strukturalnej istocie normy nic nie mówią. Możność nie-normatywnego ujęcia normy nie jest tedy wyłączona, ale takie ujęcie nie prowadzi do wyjaśnienia jej istoty, albowiem metody eksplikacyjne w zastosowaniu do normy przekształcają przedmiot ujęcia. Jeśli zaś mówimy, że ujęcie normy winno być rozumiane normatywnie—znaczy to, że tylko taka metoda, operująca założeniem o normie, jako o przedmiocie idealnym, będzie współmierna z przedmiotem poznania, a przeto czysta i od wszelkiego synkretyzmu wolna. To, „co jest“, nie wyjaśnia tego, co „być powinno“—jak również w zakresie badań nad „istniejącem“, ujętem w zespoły bądź przyczyn i skutków, bądź pomyślanych zamierzeń i osiągniętych (czy nie osiągniętych) celów, nie daje zastosować się kategorja tego, co „być powinno“; jej zastosowanie powoduje przekształcenie ujęcia „faktycznego“ bądź przez odniesienie do uprzednio ustalonej „wartości“, bądź przez wartościowanie bezpośrednie, czy też porównanie z normą idealną. Zachodzi wówczas typowa μεταβασις εἰς τὸ ἄλλο γένος i żaden punkt styczny nie może być ustalony pomiędzy odrębnemi sposobami ujęcia *). Zasadnicza odmienność i odrębność kategorji „istniejącego“ (Sein) i tego, co „być powinno“ (Sollen) jest w istocie rzeczy różnością sposobów ujęcia i wejrzenia, których pominąć nie można zarówno wówczas, gdy uważamy, że warunkują one istotę cech przedmiotu, czy też gdy, przy uprzedniem założeniu istoty tych cech, uznamy, iż te ostatnie właśnie warunkują sposób ujęcia **).

---

*) KELSEN, Hauptprobleme str. 9, 10: „Es ist ausserordentlich bezeichnend, dass man die Frage nach dem Anfange und dem Ende, der Entstehung und Zerstörung des Soll nur insofern beantworten kann, als man aus der Welt des Soll in die des Seins übergeht; und dass man bei derselben Frage in Bezug auf das Sein in die Welt des Soll gerät“.

**) SANDER, Alte und neue Staatssechtslehre j. w. str. 196: „Der naive Realimus ...wird aber durch die schlichte Erwägung widerlegt, dass jede Gegenständlichkeit nicht ansich sondern nur in einer Urteilsfunktion, in einer Urteilsrelation entsteht und besteht, also jedem durch die Einheit der Methode begründeten Urteilszusammenhange—Physik, Geschichte, Recht—auch eine besondere Gegenständlichkeit zugeord-

Znamiennem jest, że teorja w poszukiwaniu definicji normy prawnej zastrzega się częstokroć, iż rozumie ją i chce ją rozumieć w „znaczeniu prawnem". Ten rys charakterystyczny świadczy najdowodniej *), że tylko ujęcie normatywne odpowiada istocie prawa, gdyż przy ustaleniu zasadniczego punktu widzenia możliwą się staje jednolitość ujęcia i sprowadzenie pozornie rozbieżnych cech do powszechnego i ściśle określonego zespołu.

Terminowi „prawo" właściwa jest wieloznaczność. Z tej wieloznaczności wynika w teorji charakterystyczne pomieszanie pojęć; a to przez błędne związanie norm prawnych z normami etycznemi **). Strukturalne własności norm prawnych są cechami swoistemi — sprowadzenie tych własności do jakiejkolwiek innej kategorji pojęciowej byłoby zaprzeczeniem samoistności cech. Byłoby oraz wprowadzeniem specjalnego wartościowania w odniesieniu do normy prawnej, która nie może być wartościowana przez sprawdziany poza obrębem jej znaczeń pozostające ***). Treści odniesione do normy i ustalenia wynikające z specjalnego ustosunkowania normatywności do faktów mogą być, oczywiście, wartościowane. Ale ten proces wartościowania nie należy do kompetencji teorji prawa. Można również powiedzieć, że swoiste cechy normy wykazują takie cechy strukturalne, które — rzecz jasna — nie są identyczne z normami odmiennego porządku (albowiem wówczas o normach prawnych nie mogłoby być mowy), lecz które są

---

net werden muss". KELSEN, Hauptprobleme str. 49: „Stets muss daran fest gehalten werden, dass der Gegensatz von Sein und Sollen ein Gegensatz der Betrachtungsweisen selbst ist und dass gerade in der Jurisprudenz zu einer Vereinigung beider Gesichtspunkte keine Ursache gegeben, vielmehr die ausschliessliche Behauptung der normativen Methode erforderlich ist".

*) Por. BIERLING, Juristische Prinzipienlehre T. I 1894, str. 19, który definicję swa rozpoczyna w sposób następujący: „Recht im juristischen Sinne ist..." Por. PETRAŻYCKI, Teorja j. w. T. I str. 229.

**) Por. słuszne uwagi F. SOMLO j. w. str. 121 n. (§ 41 „Recht im juristischen und im ethischen Sinn"). Można mieć wątpliwości co do ujęcia przez SOMLO właściwych cech różniczkujących — jednakże jego sformułowanie odpowiada zwykłemu pojmowaniu rzeczy: „Mit dem einen dieser Bedeutungen des Wortes ist der absolute Richtigkeitsanspruch einer ethischen Norm gemeint, in dem anderen Sinne ist dagegen nur von einer bestimmt gearteten heteronomen Norm die Rede", str. 122.

***) Takie błędne ujęcie widzimy w teorji NELSONA, System der philosophischen Rechtslehre 1920, który jako naczelną zasadę (Obersatz) materjalnej nauki o prawie zakłada etyczne pojęcie „sprawiedliwości"; str. 80: „Gerechtigkeit ist Recht"; str. 82: „Das Kriterium dafür, was im bestimmten Falle Recht ist, kann nicht wieder durch den Begriff des Rechts, sondern muss durch einen anderen, vom Begriff des Rechts unabhängigen Begriff bestimmt sein". Słusznie zaznacza F. KAUFMANN, w recenzji powyżej przytoczonej pracy NELSONA: „...der Grundbegriff einer selbständigen Wissenschaft kann nicht der Bestimmung durch Grundbegriffe einer anderen Wissenschaft bedürftig sein". (Zeitschrift für öffentliches Rechts 1921 T. II, str. 730).

w pewnych punktach styczne, a więc zbliżone i pokrewne, w innych zaś zupełnie różne i rozbieżne. Ale takie ustalenie podobieństw i różnic wynikać może wówczas dopiero, gdy istota normy prawnej będzie wiadoma i ściśle określona. Istota normy etycznej określa się w płaszczyźnie pojęciowej, właściwej cechom tej normy. Dopiero po dokonanym w tej płaszczyźnie procesie poznania mamy ustalony zespół cech. I wątpliwem jest, czy w zakres teorji prawa wchodzi właściwie zadanie dyjagnozy różniczkowej, czy też konstatowanie pewnych tożsamości lub podobieństw. Teorja prawa nie jest nauką o normach wogóle i tylko zadaniem ogólnej „normologji“ mogłoby być ustalenie cech wszystkim normom (etycznym, religijnym, prawnym, technicznym) właściwych. „Czystość“ ujęcia wymaga, ażeby teorja prawa nie przekraczała granic poznania prawa.

Gdyby nawet można było powiedzieć, że przedmiot jakiegoś innego systemu norm (np. etycznych) przyjęty jest przez system norm prawnych — takie twierdzenie nie byłoby zaprzeczeniem samoistności tego ostatniego systemu. Mielibyśmy wówczas do czynienia z równoległością dwóch relacji, nie bacząc na to, że każda „powinność“ prawna byłaby jednocześnie „powinnością“ etyczną: przejęcie (recepcja) dotyczyłoby nie systemu samego, lecz jego „materji“. Normy prawne byłyby wówczas również normami etycznemi. Odmienność uporządkowania czyli odmienność systemu nie zależy od odmienności treści uporządkowania. Uporządkowanie może dotyczyć jednej i tej samej treści — jednakże sam sposób uporządkowania będzie odmienny *). Uporządkowanie w zakresie jednego systemu jest wyłączne; związek pomiędzy odrębnemi systemami jest nie do pomyślenia właśnie ze względu na specyficzną odmienność ujęcia **); inaczej bowiem należałoby przypuścić, że dwa odmienne uporządkowania są poddziałami jakiegoś wyższego ponad nie uporządkowania. Przy takiem przypuszczeniu nie mogłyby być one uważane za różne i odrębne, albowiem ich podporządkowanie domniemywa ich pokrewieństwo. Zupełna różność odmiennych systemów wyłącza pojęcie logicznej sprzeczności ze względu na odrębne kwalifikacje przedmiotów, do których stosuje

*) Por. SCHREIER (w recenzji pracy EMGE'GO „Ueber das Grunddogma des rechtsphilosophischen Relativismus“, Zeitschrift für öffentliches Recht 1921 T. II, str. 732): „Damit ist aber die Selbständigkeit des Rechtssystems nicht gestört. Es tritt dann nur zur rechtlichen Relation die ethische hinzu, ohne sich mit ihr zu einer Einheit zu verbinden“ str. 743.

**) KELSEN, Hauptprobleme str. 220, Das Problem der Souveränität j. w. str. 108: „Das Postulat der Einheit normativer Erkenntnis ist gleichbedeutend mit der Ausschliesslichkeit der jeweils als gültig angenommenen Ordnung“. SCHREIER j. w. str. 743: „Es kann somit auch zu keinen Pflichtkollisionen kommen. Denn diese sind im System selbst unmöglich, ein Widerspruch zwischen verschiedenen Systemen ist aber eine logische Unmöglichkeit, psychologisch freilich möglich“.

się uporządkowanie *); ewentualny konflikt jest do pomyślenia tylko w sferze rozważań psychologicznych.

Jeśli pojęcie normy prawnej wykryte być winno dzięki normatywnemu sposobowi ujęcia, punktem wyjścia rozważań będzie czysto formalna zasada, wynikająca ze zgłębienia idei tego, „co być powinno". Na tej idei ugruntowane jest a priori prawa; dzięki tej idei, pojęcie prawa nie jest zwykłem uogólnieniem konkretnych przejawów w różnorodności empirycznej, lecz pojęciem formującem i kategorjalnem. Oczywiście, nie w tem znaczeniu, ażeby należało przypisywać mu znaczenie czystej kategorji, która tak się ma do danej treści konkretnej (kwalifikowanej, jako treść prawna), jak np. kategorja przyczynowości do poznania świata doświadczalnego. „Czysta" kategorjalność może być rozumiana wyłącznie w odniesieniu do „normatywności" jako takiej, do specyficznego ujęcia tego, „co być ma", w odróżnieniu od „istniejącego", jako faktyczności. W tej płaszczyźnie rozumiane prawo jest swoistem ukształtowaniem normatywności, ale nie może być uważane samo przez się za czystą kategorję, jako idea prawa. Odmienny pogląd przypuszcza transcedentalność normy prawnej, uważanej za konstytutywny moment pojęć prawnych **). W takiem rozumieniu czystość i kategorjalność idei prawa, utożsamionej z „aprioryczną normą prawną", prowadzi do uznania tej idei za „normę wartościującą"; aczkolwiek odrzuca się twierdzenie KANTA, iż „wszystkie zdania prawne są zdaniami a priori, albowiem są prawami rozumu (dictamina rationis)", jako oparte na przesądzie „prawa natury" ***) — jednakże czystej idei prawa przypisuje się właściwość oceny krytycznej, dzięki której pewne normy kwalifikowane są jako „prawo słuszne" (normy, odpowiadające idei prawa) — inne zaś, jako „prawo niesłuszne" (normy, idei prawa nie odpowiadające) ****). Idea prawa, czyli idea normy prawnej, posiada, jak chce BINDER, funkcję normatywną („normative" Funktion), czyli, że wprowadza się moment wartościowania, jakby w stosunku do istoty normy nadrzędny. Ta dwuznaczność prowadzić musi do pomieszania po-

*) KELSEN, Das Problem der Souveränität j. w. str. 109: „Die Person des Rechtes und die Person der Moral sind eben verschiedene Personen".

**) BINDER, Rechtsbegriff und Rechtsidee, Bemerkungen zur Rechtsphilosophie Rudolf Stammlers 1915 str. 7: „Diese transzedentale Norm des Rechts bildet in der Tat.. das konstitutive Moment der Rechtsbegriffe", str. 60: „alles, worin die apriorische Norm des Rechts—oder die Rechtsidee—funktioniert, ist Recht".

***) BINDER j. w. str. 11 i uw. 31: „Damit die Rechtsidee ihre normative Funktion erfüllen kann, muss sie also stofflich leer und folgerecht inhaltlos sein: die kritische Rechtsphilosophie verlangt nach der Rechtsidee, aber nicht nach einem Idealrecht".

****) BINDER j. w. str. 61: „So erscheint uns die Idee des Rechts als der formale begriffsbildende Faktor alles positiven Rechts und zugleich als die Norm für seine Bewertung".

jęć: normatywność nie jest jednoznaczna z wartościowaniem, i ujęcie prawa w płaszczyźnie tego, „co być ma“, nie jest wypowiedzią o wartości specyficznego ustosunkowania normy do treści. Ocena „tego, co być ma“ przypuszcza samoistną nadrzędność norm, dających wskazania o relacji norm samych i odniesionych do nich treści do i n n e g o systemu normatywnego. Te transcedentalne uporządkowania należą do odrębnych systemów, które są zupełnie samoistne i z systemami normatywnemi per se nie mają nic wspólnego.

Nieuwzględnienie jedności metody w sposobie ujęcia skutkować musi bądź zupełnie zbędne wprowadzenie danych empirycznych *), bądź pomieszanie ujęcia logicznego z momentami psychologicznemi i etycznemi **). Niewątpliwie, ten synkretyzm nadaje ujęciu pewną barwność przez jakoby logiczne ustalenie bezpośredniego związku z „życiem rzeczywistem“ i mnogością jego przejawów, oraz przez jakoby naprowadzenie konieczności aksjomatycznych wskazań, którym podlegają najróżnorodniejsze treści. Stąd, krok jeden tylko do „polityki“, rozumianej w tem znaczeniu, iż pewnym wskazaniom, uznanym z pewnych motywów za pożądane, nadaje się ważność konieczności logicznej; wówczas ukształtowania normatywne ocenia się zgodnie z powziętą uprzednio motywacją psychologiczną, etyczną, czy społeczną i powiada się, że są one „takiemi“, czy też powinny być „innemi“—wobec bezwzględnej konieczności, czy jedynie słusznej celowości, od których jakoby są lub powinny być zależne.

Ta wieloznaczność i „barwność“, operująca pojęciem prawa w jego zależności i w jego związku z rzeczywistością i pojęcie to dowolnie przekształcająca—zależnie od empirycznych danych rzeczywistości—nie byłaby szkodliwa, gdyby szła w parze z uświadomieniem względności: t. j. gdyby zdawano sobie sprawę z tego, że „prawność“ nie jest w takiem ujęciu rozumianą jako istotność odrębna, iż rzekome i pozorne jej „połączenie“ z „faktycznością“ jest typową operacją ex post, która nadaje zabarwienie „prawności“ nie ze względu na elementy istotnie jej właściwe, lecz ze względu na przypuszczalną (konieczną, czy też podmiotowo pożądaną) cechę, jakoby właściwą pewnemu układowi faktycznemu. Taki synkretyzm przypu-

*) Por. np. ujęcie SOMLÓ j. w. str. 127: „Der Rechtsbegriff ist also ein empirischer, nur kein rechtsinhaltlich—empirischer Begriff, er ist ein relatives Apriori der Rechtswissenschaft“.

**) Widzimy np. w teorji STAMMLERA, że teorjopoznawcza konstrukcja pojęcia „chcenia“ (Wollensbegriff) jest, w istocie rzeczy, psychologicznem pojęciem woli jednostkowej (zob. słuszny wywód WIELIKOWSKIEGO j. w. str. 68); pojęcie słusznego prawa jest ideą etyczną.

szcza, że metoda normatywna może w drodze tylko jej właściwej argumentacji rozwiązać zagadnienia psychologji, ekonomji i socjologji, lub też uzasadnić (recte: usprawiedliwić) postulaty polityki. Na takiej podstawie uzasadnić się dają tezy G. JELLINKA, według którego: 1) to, co jest politycznie niemożliwe, nie może być przedmiotem poważnego roztrząsania p r a w n e g o; 2) p r a w n o ś ć działań najwyższych organów państwowych zawsze się domniemywa. Stąd wynikałoby, że są takie ukształtowania treści, które nie mogą być kwalifikowane prawnie, i że prawność treści uzależnia się od pewnych przypadkowych okoliczności faktycznych.

Powiązanie istoty prawa z faktycznością staje się jej zaprzeczeniem; rzecz jasna, z tego wyłącznie powodu, iż czystość ujęcia nie została zachowana. Dlaczego pewne kwalifikacje (akty najwyższych organów państwowych) zawsze mieć mają za sobą domniemanie prawności? Nie ze względów i motywów czysto-prawnych: w płaszczyźnie „państwowej", jako równoznacznej z płaszczyzną prawną, wszystko d z i a ć s i ę p o w i n n o prawnie; jakakolwiek inna „ocena" byłaby wyjściem poza granice poznania normatywnego, a więc byłaby oceną nieprawną. Otóż, przez podsunięcie motywacji politycznej tworzy się przypuszczenie odpowiedników prawności ze względu na swoiste kwalifikacje osób działających („najwyższe organy państwowe") *). Motywacja może być odwrócona: przez wprowadzenie ujęcia „etycznego" konstatuje się lub zaprzecza się „prawność", ze względu na współmierność z ustaloną ideą normy etycznej. Stwierdzenie lub brak stwierdzenia współmierności przemawia lub nie przemawia za istotnością cech prawa, czyli, że zachodzi typowy konflikt systemów—i, jak powiada HAURIOU, „il y aurait conflit du droit contre le droit" **) — co znaczy, że uniemożliwiona jest jedność poznania.

Niewątpliwie, czystość ujęcia normatywnego jest jedno-

*) Krytykę tego synkretyzmu metodologicznego—zob. KELSEN. Der soziologische und der juristische Staatsbegriff j. w. str. 136 n. Zbliżone poglądy w teorji francuskiej: zob. np. HAURIOU, De l'autorité, juridique du pouvoir politique et des deux couches du droit (aneks do „Principes de droit publique 1916) str. 806: „toute loi nouvelle ou tout ordre nouveau du gouvernement sont une certaine espèce de droit valable jusqu' à ce qu' il soit démontré qu' ils sont en contradiction avec la règle de droit „établie" q u i e s t u n e a u t r e e s p è c e d e d r o i t plus proche de la stricte justice". Teorja HAURIOU polega wszakże nie nia motywacjach politycznych, lecz wynika z ujęcia etycznego (wartościowanie prawa niezależnie od właściwych mu cech i niezależnie od ukształtowania pozytywnego). Słusznie zaznacza CARRÉ de MALBERG j. w. T. I str. 59 (w przypisie): „...il demeure impossible de découvrir ces „deux séries juridiques", ce dualisme de systèmes de droits différents et égaux entre eux..." (por. również str. 208 uw. 8), Przypuszczenie dwóch systemów prawa jednocześnie różnych i identycznych jest oczywistą niemożliwością logiczną.

**) HAURIOU j. w. str. 807.

stronna. Nie jest ona wszakże przeinaczeniem rzeczywistości, lecz wytłomaczeniem pewnych ukształtowań idealnych, nie współmiernych z doświadczeniem rzeczywistości *). Takiemu ujęciu musi być właściwa „izolacja", która nieodmiennie prowadzi do formalizmu i schematyzmu; jeśli taka metoda nie wykrywa, i zresztą wykrywać nie może, koniecznych „prawidłowości prawnych", czy też „celowości" relacji porządku prawnego—zaznaczyć należy, iż nie jest to jej zadaniem; inaczej bowiem musiałaby wprowadzać obce jej pojęcia i operować ekwiwokacjami, wynikającemi z odmiennych, aczkolwiek terminologicznie identycznych, pojęć prawa (prawo, jako norma per se, prawo, jako norma słuszna, właściwa, czy celowa). Takie ujęcie jest „jednopłaszczyznowe"—wszakże z tego, że konstrukcja jednopłaszczyznowa nie czyni rzeczywistości jednopłaszczyznową, nie wynika bynajmniej niemożliwość czy niedopuszczalność takiej konstrukcji.

Ujęcie normatywne doskonale zdaje sobie sprawę z jednostronności i jednopłaszczyznowości, zarzucanych jej przez przeciwników tej metody. Lecz jednocześnie świadome jest, że poznanie istotnych cech normy prawnej tylko w takiej płaszczyźnie jest wskazane, gdy ani geneza, celowość, działanie normy, ani też oddziaływanie jej w zespołach procesów społecznych nie są przedmiotem poznania teorji prawa. Pamiętać należy o słusznem twierdzeniu SIMMLA, że punkt widzenia j e d n e j nauki nie wyczerpuje całokształtu rzeczywistości **).

---

*) Zarzuty krytyczne ERICHA KAUFMANNA dotyczyć mogą nie samej metody, lecz jej wyników. Trudno żądać od ujęcia formalnego, ażeby było jakimś drogowskazem praktycznym i rozwiązaniem skomplikowanych zagadnień społecznych. Ujęcie E. KAUFMANNA świadczy o charakterystycznem pomieszaniu pojęć (por. Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie j. w. str. 81, 82: „ob es anerkennbar oder anerkennugswürdig ist, ob eine Norm inhaltlich so gestaltet ist, dass sie m i t R e c h t z u m u t b a r ist, -liegt ebenso ausserhalb der Aner kennungstheorie wie ausserhalb der formalen „aus der Lehre von Rechtssatz entwickelten" Staatsrechtslehre Kelsens"): norma rozumie się nie tylko, jako norma prawna, lecz jako norma słuszna, która z tych lub innych względów powinna być uznana za prawną. A więc: wprowadzenie ocen poza-prawnych, operowanie (ukrytym) przypuszczeniem prawa natury i... conflit du droit contre le droit. Metoda metaprawna nie prowadzi do ujęcia prawnego.

**) SIMMEL, Philosophie des Geldes, II wyd. 1907, przedmowa str. III.

ROZDZIAŁ CZWARTY.

ZAŁOŻENIA NORMY PRAWNEJ.

§ 12.

Ustalenia ogólne.

Przez normę w najogólniejszem tego słowa znaczeniu rozumieć należy wypowiedź, która w odniesieniu do jakiejkolwiek dziedziny faktycznej stanowi pewne „żądanie". Norma jest tem, co „przepisuje" określone „stanie się" przez postawienie żądania, o którem powiedzieć można, że „nakazuje" ono pewne „istnienie" lub „nie istnienie". Innemi słowy, norma ustala to, co ma być. W istocie normy nie leży stwierdzenie, że coś się stało lub się nie stało; norma wymaga, ażeby się coś stało, lub nie stało. Norma nie zawiera wypowiedzi o tem, że coś dzieje się dlatego, że tak, a nie inaczej, dziać się musi; norma powiada tylko, że coś dziać się powinno. Najogólniej powiedzieć można, że norma jest zdaniem, stanowiącem o pewnym porządku, jako być mającym *).

Przypuszczenie samoistnej „dziedziny" normatywnej jest założeniem zasadniczem, grupującem różnorodność treści, pojmowanych w płaszczyźnie unormowania.. W wspólnym momencie normatywności przyporządkowane są pewne „układy". Każdemu z tych „układów" odpowiadają istotne mu własności, poszczególne ukształtowania i swoista struktura.

Normatywność jest zajęciem pewnego stanowiska względem danych kompleksów faktycznych; przyczem nie jest ona czemś konkretnie-indywidualnem, jednorazowo-podmiotowem w stosunku do pewnego kompleksu. Nie można o niej mówić, jako o akcie psychiczno-indywidualnym, lecz należy ją rozumieć, jako powiązanie z odniesioną do niej treścią. W treści przypuszcza się wówczas idealną „projekcję", rozumianą, jako właściwy jej atrybut na podstawie danych zajętego stanowiska. Ta „projekcja" jest zupełnie niezawisła od ewentualnego ziszczenia i nie podlega sprawdzeniu w rzeczywistości realnej. Normatywność jest objektywacją, gdy w odniesieniu do pewnego kompleksu następuje zajęcie stanowiska, odpowiadającego pojmowaniu „czegoś", jako czegoś „być mającego". Sam proces objektywacji, który może być tylko stwierdzeniem atrybutu, nie jest jeszcze normatywnością; konieczne jest specyficzne „nastawienie" pojmowania, odniesionego do „być mającego", niezależne, oczywiście, od przypuszczeń o „tworzeniu" normy, od jakiejkolwiek przypadkowości, z jej istotą niewspółmiernej **).

---

*) KELSEN, Hauptprobleme j. w. str. 6, F. SOMLÓ j. w. str. 60.

**) Zob. F. KAUFMANN j. w. str. 69 n., str. 77 n.

Geneza normy jest dla jej pojęcia zupełnie obojętna. Objektywacja „zajętego stanowiska“ abstrahuje od czynników podmiotowych, od przypuszczalnej aktualizacji woli w czynnościach, związanych z zajęciem stanowiska. Objektywacja dotyczy samego aktu zajęcia stanowiska, niezależnie od przebiegu procesów, z aktem tym związanych, zawartych w nim zamierzeń, przedstawień o przyczynowem powiązaniu, motywacji, kierującej przy wyborze środków, przystosowanych do celu działania. Założenie, że „coś“ ma być, lub nie ma być, jest relacją do czegoś, zobjektywizowaną ze względu na pewien stan, do którego założenie jest odniesione; zachodzi tu stosunek „ugruntowania“ („Fundierungsverhältnis“); w rozumieniu tej relacji wszelki stan lub zdarzenie jest odniesione do pewnego przedmiotu (lub znaczenia), który sam przez się niesamodzielny —tworzy przez łączność odniesienia idealną jedność w powiązaniu. Ta „niesamodzielność“ przedmiotu może być charakteryzowana, jako „konieczność dopełnienia“ (np. barwa jako przedmiot niesamodzielny, wymagający koniecznego odniesienia do czegoś, co jest rozciągłe, i rozumiany, jako element stanowiący formę jakościową). To „odniesienie“ jest właściwą cechą normy i w takiej płaszczyźnie rozumienia nie można pojmować stosunku normy do związanych z nią stanów i zdarzeń, jako stosunku przyczynowego. Znaczeniowa istota normatywności nie ma nic wspólnego z przebiegami psychicznemi i powiązaniami przyczynowemi. Relacja normatywna jest niezależna od momentów motywacji psychicznej, tłomaczącej pewien sposób zachowania się, i nie może być współmierna z przebiegiem powiązania przyczyn i skutków. Pojęcie „tego, co być ma“, jako objektywne ugruntowanie stanowiska względem pewnych stanów czy zdarzeń (zasada „odniesienia“) , jest zupełnie różne od jakiegokolwiek przedstawienia o tem, co być powinno; nie ma ono nic wspólnego z przekonaniem o konieczności czy celowości „być mającego“, jak również jest zupełnie różne od ustosunkowania się względem „być mającego“ (przystosowanie się, przekroczenie, stosunek obojętności). Wszelkie procesy psychiczne, które zachodzą w stosunku do normy są procesami przypadkowemi: jej istota i znaczenie nie podlegają żadnym zmianom ze względu na oceny i ustosunkowania podmiotowe. Te zaś oceny i ustosunkowania, przebiegające w płaszczyźnie faktyczności, są podmiotowem zajęciem stanowiska w stosunku do zobjektywizowanego i zajętego już stanowiska, jako przedmiotowości idealnej, wyrażonej w specyficznym stosunku odniesienia dowolnej treści. Jeśli powiadamy, że norma odnosi się do pewnej treści, np. do pewnego stanu psychicznego („należy tak postępować, ażeby postępowanie wywoływało uczucie zadowolenia“) — jasnem jest, że przepis o zgodności z uczuciem zadowolenia zawarty będzie w normie, która nie jest tem właśnie uczuciem zadowolenia,

lecz zupełnie czemś innem *). Ustosunkowanie formalnej relacji, wyrażone w ujęciu tego „co być ma“ do pewnego przebiegu psychicznego wyłącza wszelkie ujęcie normatywne; charakteryzowanie tego przebiegu jako pewnej tendencji woli (w odróżnieniu od postanowienia z woli wynikającego) — jest analizą psychologiczną, która pozostaje obojętna dla istoty samego pojęcia normy. To, co t w o r z y pojęcie normy może być charakteryzowane jako specjalny fenomen psychiczny, wyrażający pewną „skłonność“, pewne uczucie skłaniania się do decyzji, które przy przypuszczeniu wolności woli nie musi prowadzić do decyzji **). Takie ujęcie (oparte na znanem wyrzeczeniu SIMMLA. że to „co być powinno“ — „das Gesollte“ — leży na pograniczu istniejącego i nieistniejącego) widzieć chce w normie specyficzną antycypację przyszłego skutku w teraźniejszości; innemi słowy, czysto formalne pojęcie tego, co być powinno — znajduje swój wyraz w ustosunkowaniu przyczynowem pomiędzy czynem a pobudką czynu. Jednakże, i w takiem rozumieniu normatywność zawiera w sobie pewne czynniki „nie przyczynowe“ („etwas akausales“, jak mówi BAUMGARTEN), o ile ten, kto się ich doszukuje, oczekuje pewnych wskazań, nie wiążących wolności jego woli. O ile mają być one „prawdziwemi prawami“ („wahre Gesetze“)“) — są one tylko i wyłącznie prawami przyczynowości **).

Jakże więc? Prawa „normatywności“ (Sollensgesetze) mają być podciągnięte pod kategorję przyczynowości, gdy jednocześnie m o ż e im być właściwa pewna cecha „nieprzyczynowości“ („etwas akausales“)! Zachodzi oczywista sprzeczność, złagodzona przez przyznanie się, że prawom normatywności właściwe są pewne składniki, które nie pozwalają na ich utożsamianie z pojęciem „prawa przyrodniczego“.

Metoda „przyczynowa“ wychodzi z tego mylnego założenia, że sferze normatywnej właściwe być muszą prawa przyczynowości i nie zdaje sobie sprawy, że „stosowanie‘ ‘tych praw byłoby możliwe o tyle, o ile prawa właściwe dla relacji działają również w zakresie przyczynowości, jako „gatunku“, podporządkowanego relacji (jako rodzajowi); nie mogą, rzecz oczywista,

*) HENRICH j. w. Zeitschrift f. öff. Recht T. II str. 150: „die Vorschriften der Lust müssen in einer Norm verankert sein, die etwas anderes als Lust ist“.

**) BAUMGARTEN j. w. T. I str. 123: „... das eigenartige psychische Phänomen eines Hinneigens, eines Sich-Hingezogen-Fühlens zum Willensentschluss, das in Anbetracht der Freiheit des menschlichen Willens nicht mit unausweichlichem Zwang zum Willensentschluss zu führen braucht“.

***) BAUMGARTEN j. w. str. 125: „Soweit sie wahre Gesetze sind, sind sie Kausalgesetze, aber das psychische Ereignis, dessen notwendigen Eintritt sie bestimmen, ist eine Willensneigung oder ein Glücksgefühl (zgodnie z eudemonistyczną teorją autora!), nicht etwa ein Willensentschluss...“

działać prawa właściwe tylko przyczynowości ,o ile zawierają cechy, wyróżniające gatunkową kategorję przyczynowości *).

Rozważanie normy pod kątem widzenia bądź „tworzących“ ją, bądź „zachodzących“ w niej procesów psychicznych nie jest współmierne z istotą normatywności. Jeśli rozumiemy wypowiedzi o tem, co być powinno jako „objektywację“, jeśli nie samo „pożądanie“ treści jest przedmiotowe ,lecz uprzedmiotowienie to dotyczy treści ,jako „pożądanej“ (być mającej), jasnem jest wówczas, że „być mające“ nie może być rozumiane, jako refleks jakiegoś aktu woli. Przedstawienie o „chceniu“ czegoś jest „zajęciem stanowiska“ względem przedmiotu chcenia; i jeśli analiza aktu, prowadzącego do „zajęcia stanowiska“, wskazuje, że „to co być powinno“ może odpowiadać aktowi zajęcia stanowiska w całkowitym „akcie chcenia“ **)— w żadnym wypadku nie należy mieszać aktu z samą objektywacją. Norma nie może być pojmowana jako objawienie woli.

Należy zaznaczyć, iż w płaszczyźnie ujęcia normatywnego psychologiczna idea „wolnej woli“ jest tylko normatywno-systematyczną konstrukcją, wyrazem jedności i niezależności systemu normatywnego. Zdaniem KELSENA, założenie „wolnej woli“ jest personifikacją normatywnej jedności systemu; przez zwykłą przy personifikacjach hypostazę (jako psychologicznie „wewnątrz“ rzutowaną) — zostaje ona uznana za realny czynnik psychiczny. W istocie rzeczy, jest ona według KELSENA, t. zw. „końcowym punktem poczytania“ (Zurechnungsendpunkt); jeśli coś odnosi się do pewnej „osoby“ (przyczem „osoby“ nie należy utożsamiać z organizmem psychiczno-fizycznym) i jest tej osobie poczytywane, jest ona wyrazem czy symbolem końcowego punktu poczytania. Ujęcie normatywne, t. j. pewna specyficzna struktura relacji treści w płaszczyźnie „„skutków“ („obowiązków“), objektywizowanych jako „być mające“, odnosi skutki te do danego „punktu“, punktu tego nie przekraczając i kończąc w niem proces relacji ***) .Nie zachodzi tu żadna sprzeczność pomiędzy przyczynowemi ustaleniami w sferze po-

---

*) SCHREIER j. w. str. 742: „Die Gesetze, die die differentia specifica (pomiędzy przyczynowością a relacją) ausmachen, gelten für das Recht nicht mehr“.

**) KAUFMANN j. w. str. 73: „Das Sollen kann daher nur dem stellungnehmenden Teilakte des Wollens entsprechen— welch ersteren mann freilich äquivok auch als Willen bezeichnet, nicht aber der darin enthaltenen Vorstellung einer Kausalverknüpfung“.

***) Por. KELSEN, Hauptprobleme str. 145 i obszerny wywód w pracy „Der soziologische und der juristische Staatsbegriff“ j. w. § 41 str. 237 n., str. 244: „Der freie Wille ist die in das „Innere“ der Menschen verlegte „introjicierte“ und sodann—in üblicher Weise—zu einer (psychologischen) Realität hypostasierte und zu einer „Ursache“, und zwar „ersten“, schöpferischen Ursache umgedeutete Norm“.

stępowania czy zachowania się, rozumianego pod kątem widzenia deterministycznego związania przyczyn ze skutkami, a poczytaniem w układzie normatywnym, jako w objektywizowanym systemie wypowiedzi o „być mającem".

Włączanie do ogniw normatywności jakichkolwiek czynników psychicznych, jako tłomaczących istotę normy, jest niezgodne z jej istotą pojęciową. Pojęcie „woli" w zastosowaniu do normy może być w właściwem jej ujęciu systematycznem rozumiane tylko „jako personifikacja samodzielnego systemu norm" — i psychologiczna transpozycja tego pojęcia zawdzięcza—jeśli tak powiedzieć wolno—istnienie swe normie; wszakże transpozycja ta, jako pochodna, istoty normy nie tłomaczy. Wszelkie psychologiczne rozumienie „woli" jest dla ujęcia normatywnego najzupełniej obojętne*). Czy konieczne jest stworzenie specjalnego normatywnego pojęcia woli (konstrukcja KELSENA) w odróżnieniu od jej pojęcia psychologicznego, czy specjalnie w zastosowaniu do normy prawnej należy mówić o jakiejś swoistej „ezoterycznej" psychologji prawnej (BINDING) — pytanie to jest, w istocie rzeczy, obojętne. W każdym bowiem wypadku t. zw. normatywne pojęcie woli (mam poważne wątpliwości, czy jest ono konieczne) nie ma nic wspólnego z pojęciem psychologicznem; może być rozumiane wyłącznie jako zabieg konstrukcyjny, ułatwiający, dzięki pewnym skrótom myślowym, ujęcie normy; gdy wszakże pozostaje w płaszczyźnie poznania normatywnego nie jest sprzeczne z istotą normy, o ile, rzecz oczywista, nie ucieka się do analogji z innych dziedzin poznania zaczerpniętych.

Odniesienie treści w płaszczyźnie „być mającego" nie znajduje się w stosunku przyczynowym do treści. Treść „ma być" taką czy inną nie dlatego, że jej specjalne ukształtowanie jest czy będzie powodowane przez „odniesienie". Można rozumieć zastosowanie kategorji przyczynowości w tem znaczeniu, że objektywacja „być mającego" uważana jest za motywację, sprawiającą tegoż urzeczywistnienie. Ale w takiem rozumieniu zachodzi błąd znamienny: norma jako idealna jednostka znaczeniowa nie może być uważana za motyw działania, powodujący skutek, który odpowiada przewidywaniom w normie. Motywem działania jest przedstawienie o normie **). Normatywne znaczenie tego „co być powinno", czyli idealna „ważność" normy, nie ma nic

*) Por. słuszny wywód F. SOMLÓ j. w. str. 230 „Es ist also die Frage der Freiheit oder der Gebundenheit des Willens für die juristische Grundlehre gleichgültig. Weder die eine noch die andere Stellungnahme gehört zu ihren Voraussetzungen".

**) F. KAUFMANN j. w. str. 77, który jednakże mówi „o przedstawieniu treści normy" (Vorstellung des Norminhaltes). Należałoby mieć na względzie „przedstawienie relacji normy do treści"—inaczej bowiem wypadałoby samej relacji nadać błędną nazwę „treści". Przez treść zaś należy rozumieć faktyczność, w trybie relacji swoiście przekształconą.

wspólnego z faktycznością. Pozatem zaś, nawet to co „przyczynowo“ być musi, może być normatywnie ujęte jako to „co być powinno“ *). W rozumowaniach, które nie uznają samoistności układu normatywnego, często spotykamy argumentację, według której powiązanie ogniw czy członów normy, wyrażone w ich następstwie („jeśli powinno być X — to powinno być Y“), uchodzi za powiązanie przyczynowe. W ogniwie „powinno być X“ — przypuszcza się, że jeśli istnieje pewna „faktyczność“ (skład czynu, Tatbestand), to wyobrażany „skutek“ (w szczególności skutek prawny, Rechtsfolge), wynika przyczynowo z założonych elementów faktycznych. Takie ustosunkowanie należałoby przypuścić również przy skomplikowanym układzie normy, wiążącym dwie lub więcej powinności: jeśli A pożyczył od B (skład czynu) pewną sumę — powinien ją zwrócić (skutek prawny); jeśli zwrot nie nastąpi (skład czynu) — to na żądanie B suma powinna być wyegzekwowana (skutek prawny). Przypuszczenie przyczynowości byłoby jednoznaczne z zaprzeczeniem swoistego charakteru normy, sprowadzonej wówczas do przebiegów w płaszczyźnie faktyczności: to „co być ma“ byłoby skutkiem pewnych danych faktycznych. O jakimkolwiek „aspekcie“ normatywnym nie mogłoby być mowy, charakter specyficznej „powinności“ byłby unicestwiony, albowiem przy rozumieniu przyczynowem skutek byłby pewną nieodporną koniecznością, która nie „m a być“, lecz „m u s i być“.

Oczywiście, że ta konieczność byłaby rozumiana w przenośni, albowiem powiązanie przyczyny i skutku odbywa się w przebiegach motywacji psychicznych — i dlategoteż przy zaprzeczeniu samoistności i specyficzności dziedziny tego „co być powinno“ twierdzi się, że wyobrażana przyczynowość wykazuje odrębne jakoby cechy; nie jest to przyczynowość naturalna, jeno stworzona w drodze analogji, przyczynowość sztuczna **) (ZITELMANN mówi o „przyczynowości prawnej“—juristische Kausalität).

Z takiem ujęciem idzie w parze przypuszczenie specjalnej ingerencji, tworzącej owe quasi — przyczynowe połączenia (w teorji prawa mówi się wówczas o „woli ustawodawcy“, co jest oczywistą fikcją); owo quasi — połączenie nie jest ani motywacją, ani koniecznością logiczną, ani przyczynowością naturalną, lecz sztuczną konstrukcją. Jest rzeczą oczywistą, że takie sprowadzenie normatywności do przebiegów faktycznych, przez przypuszczenie sztucznie stworzonej kategorji przyczynowości, jest charakterystycznem dla wszelkiej metafizyki racjonali-

*) F. SOMLÓ j. w. str. 229: „Auch das kausal Gemusste kann gesollt oder nicht gesollt sein“. Przymuszenie do czegoś ,jako przebieg faktyczny, nie może być jako takie utożsamione z normatywnością.

**) Por. EHRLICH, Die juristische Logik j. w. str. 255: „Nach Naturgesetzen bewirkt eine Ursache nie ein Sollen, sondern eine Veränderung in den Erscheinungen“.

stycznej pomieszaniem pojęć przyczynowości i zasady (causa i ratio). Skutek pojmowany jako coś „być mającego“ nie jest faktem „istniejącym“, lecz faktem „przypuszczanym“, o którym się mówi, że „powinien być“ ziszczony. Utożsamienie ratio i causa prowadzi do utożsamienia przebiegu procesów myślowych z koniecznie jakoby odpowiadającemi im wydarzeniami rzeczywistemi. W istocie zaś rzeczy, ideacjom normatywnym nie odpowiadają, ani też nie muszą odpowiadać zdarzenia rzeczywiste, podlegające prawom przyczynowości. Dla pojęcia normy zupełnie jest obojętne, czy t. zw. adresaci zachowują się zgodnie, względnie niezgodne z normą, czy wiedzą, względnie nie wiedzą o niej; albowiem możliwe są ukształtowania, w których t. zw. „skutek“ zachodzi zupełnie niezależnie od tego, czy ktoś cośkolwiek wie o owym procesie odniesienia. Żadna „powinność“ nie może być podciągnięta pod kategorję „istniejącego“, albowiem nie ma ona w sobie nic wspólnego z faktycznością, lecz ściąga się wyłącznie do tego, co „być ma“ *).

Istocie rzeczy nie odpowiada również wartościowanie.

Kwestja wartościowania nie znajduje się w płaszczyźnie ujęcia normatywnego. Wartościowanie tego, co jest wyrażone w normie, jest ujęciem podmiotowem według pewnych probierzy. Byłoby ujęciem przedmiotowem i nadrzędnem w stosunku do normatywności, gdyby te probierze same przez się ujęte były w jakimś systemie normatywnym. Zachodzi kwestja, czy możliwe jest takie rozważanie, operujące dwoma rzędami norm, z których jeden jest odniesiony do drugiego? Czy możliwe jest wogóle nawiązanie jakiejś łączności pomiędzy temi dwoma rzędami? Jakkolwiek wypadłaby odpowiedź — jasnem jest, że, bądź przy przypuszczeniu takiej możliwości, bądź przy jej wyłączeniu, mielibyśmy do czynienia tylko z ujęciem normatywnem: w pierwszym wypadku, wartościowanie byłoby unormowaniem (norma nadrzędna byłaby odniesiona do wartościowanej normy, rozumianej jako treść); w drugim zaś wypadku, mielibyśmy współrzędność systemów, z których każdy byłby normatywny.

Gdyby natomiast rozumieć normę, jako wartość objektywną per se, rzeczą jest jasną, że wartość niczem innem być by nie mogła, jak utożsamieniem z pojęciem tego „co być powinno“. Stosowanie probierza wartości podmiotowej w zastosowaniu dó normy, musi być wyłączone: wszelka bowiem wartość podmioto-

*) Por. słuszne uwagi BRÜTTA, Die Kunst der Rechtsanwendung 1907 str. 39 n., str. 41: „...dass das Kausalprinzip auf das Verhältnis des juristischen Tatbestandes zur Rechtsfolge überhaupt keine Anwendung finden kann, weil Kausalität nur zwischen Vorgängen besteht, die Rechtsfolge aber keinen wirklichen Vorgang darstellt, sondern nur einen Zustand, der hergestellt werden soll, angibt... Vielmehr kann man auf das Verhältnis zwischen Tatbestand und Rechtsfolge nur den Begriff des Erkenntnisgrundes anwenden...“,

wa jest funkcją „chcenia“, a więc faktycznością w przebiegu rzeczywistości. Jest ona sama, jako akt psychiczny, rzeczywistością *). Nie może mieć przeto punktów stycznych z dziedziną normatywności. Przy rozumieniu zaś normy, jako wartości przedmiotowej, jako wypowiedzi, że zachodzi taka, a nie inna relacja do treści — „wartość“ tej treści niczem innem nie jest, jak stwierdzeniem tego, co być powinno **).

Nie znaczy to wszakże, ażeby wypowiedź o tem, co być powinno miała być bezwzględnie i zawsze kwalifikowana, jako implikująca słuszność relacji, a więc specyficzną ocenę według probierzy, poza samą normą pozostających. Znamienny błąd STAMMLERA polega na przypuszczeniu, że to, co być powinno niczem innem nie jest, jak tylko chceniem słusznem. Przeciwstawność istniejącego i być mającego redukuje się do przeciwstawności istnienia, jako bytu i istnienia, jako chcenia. W konstrukcji STAMMLERA pojęcie „być mającego“ nie może prowadzić do odrębnego normatywnego trybu poznania, albowiem „być mające“ jest tylko specjalnie ukształtowanem „chceniem“. Jest ono chceniem, które w odrębnościach swej treści stosuje się do idei „czystości woli“. Dlategoteż musi być podporządkowane jedności nauki o celu i nie może być uważane za normę, którą kieruje się podmiot. Dla warunkującego charakteru tego pojęcia obojętną jest jego relacja do określonego podmiotu. To „co być powinno“ jest chceniem przedmiotowo słusznem ***).

Odrzucenie specyficznej istoty normatywności ze względu na „obojętność relacji do określonego podmiotu“ nie jest argumentem decydującym, albowiem wypowiedź o tem, co być powinno zawiera w sobie wypowiedź o podmiocie powinności.

---

*) KELSEN, Die Rechtswissenschaft als Norm oder als Kulturwissenschaft j.w. str. 114 „Wert“ in jenem spezifischen Sinne eines Gegensatzes zur „Wirklichkeit“ ist natürlich nur der objektive Wert, der identisch ist mit dem Begriffe des Sollens überhaupt oder der Norm. Der sogenannte Wert im subjektiven Sinn ist selbst eine Wirklichkeit, ein seelischer Akt“. Por. NELSON, System der philosopischen Rechtslehre 1920 str. 61: „Das Urteil über den Wert oder die Wertschätzung des Gegenstandes ist nämlich etwas anderes als der Wert selbst“.

**) F. KAUFMANN j. w. str. 34: „Nicht über ein Bewerten von Gegenständen wird im Werturteil eine Aussage gefällt, sondern über das Wertsein von Gegenständen“ str. 85: „...dass der ethische Wert des Willens wohl unterschieden werden muss von dem Werte des Sachverhaltes, auf dessen Realisation er gerichtet ist, dass er aber einen solchen Sachverhaltswert (als intendiert) voraussetzt“.

***) STAMMLER, Theorie j. w. str. 61: „ ein Sein des Daseins und ein Sein des Wollens“; str. 539, 540: „Denn Sollen ist ein besonders geartetes Wollen. Es ist ein Wollen, das in den Besonderheiten seines Inhaltes nach der Idee der Willenseinheit gerichtet ist“; str. 833: „die Möglichkeit des Sollens als des objektiv richtigen Wollens“; por. również rozprawę w Zeitschrift für Rechtsphilosophie T. II. 1919 ,str. 157: „Sollen ist nur ein richtiges Wollen... es ist nur eine Klasse des Wollens“; Lehrbuch j. w. § 25. uw. 8.

Podmiot nie jest czemś, istniejącem poza normą — nie jest jednostką psychiczno-fizyczną, lecz wyobrażanym punktem poczytania, do którego odnosi się kompleks normatywny. Podmiotem normy nie koniecznie musi być „człowiek"; podmiotem normy, „osobą" jest się o tyle, o ile „ma" się ustalone przez normę obowiązki. Norma przypuszcza w istocie swych założeń pojęcie podmiotu, „tworzy" to pojęcie. Łącząca się z pojęciem podmiotu personifikacja jest niczem innem, jak koniecznem poczytaniem obowiązku, wypowiedzianego w normie, czyli normą samą — poczytanie zaś wymaga punktu, w którym się krystalizuje to, co być powinno *). A więc jakiekolwiek rozumienie psychologiczna, jakakolwiek interpretacja normatywności według przebiegów motywacyjnych byłaby przy takiem ujęciu normy zupełnie niewłaściwa. Dwuznaczność pojęcia „chcenia", którem operuje STAMMLER, nasuwa możność takiej mylnej interpretacji. Z drugiej zaś strony, przypuszczenie, że normatywność jest zawsze normatywnością słuszną, czyli, najogólniej mówiąc, idealną i odpowiadającą pewnym postulatom „czystości chcenia" — jest wprowadzeniem elementów, obcych istocie badanego przedmiotu.

Ujęcie normatywne bada byt i strukturę normy, jako wypowiedzi o tem, co być powinno. Obchodzi je swoista jakość relacji do treści o tyle tylko, o ile relacja ta wykazuje charakterystyczne własności strukturalne. Już wyżej zaznaczyłem, że ocena tej jakości musiałaby przypuszczać nadrzędność normy „wyższej", która byłaby probierzem danej relacji. W samej zaś relacji badanej, jako taka, zupełnie jest obojętna ocena jej wartości — dodatniej czy ujemnej. Norma nie przestaje być normą, jeśli uważana była, czy też uważana jest lub będzie za słuszną, względnie za niesłuszną. W przeciwnym wypadku należałoby powiedzieć, że to, co kiedyś kwalifikowano jako normę, obecnie już nią nie jest — dlatego mianowicie, że sformułowanie wypowiedzi o tem, co być powinno, kiedyś było słuszne, obecnie zaś cechą słuszności wylegitymować się nie może. Czyż przez zastosowanie takiego probierza unicestwiona zostaje istota i strukturalny układ normy? Takie postawienie kwestji pociągałoby za sobą i tę konsekwencję, że przez normę rozumieć można tylko normę etyczną, odpowiadającą ustalonemu uprzednio ideałowi, wiecznie niezmienną i zawsze jednaką. Stąd w szczególności wynikałaby konieczność bezwzględnego podporządkowania norm prawnych, jako niesamoistnych i wywodzących się z norm etycznych; przez co tylko prawu właściwa struktura wypowiedzi o tem, co być powinno, nie miałaby znaczenia istotnego. Pojęcie normy jest jedno: ale rodzaje normy

*) KELSEN, Hauptprobleme str. 145, str. 519: „„„„ dort wo die rechtliche Zurechnung Halt macht, dort ist das Pflitsubjekt zu suchen — und wäre es selbst ein lebloser Gegenstand"; również „Das Problem der Souveränität j. w. 194.

mogą być ze względu na zasadnicze różnice w układzie strukturalnym zupełnie odmienne. „To co być powinno“ — jest wypowiedzią wspólną dla wszystkich bez wyjątku norm niezależnie od tego, w jaki sposób „występuje“ relacja do treści (różnice w treści są, rzecz oczywista, obojętne); niezależnie oraz od tego, czy wypowiedź o powinności wyrażona zostaje samoistnie, czy też powiązana będzie z następczemi wypowiedziami o powinnościach łącznych.

Jedność i tożsamość istoty jest właściwa wszystkim rodzajom norm; ale nie można powiedzieć, że z tą jednością i tożsamością muszą się łączyć własności, charakteryzujące normę, jako normę etyczną. Powiedzenie, że to, co być powinno jest równoznaczne z „powinnością etyczną“, byłoby postawieniem kwestji w zupełnie odmiennej płaszczyźnie. Można powiedzieć, że moment „powinności“ właściwy jest wszystkim bez wyjątku normom etycznym, religijnym, prawnym, konwencjonalnym, technicznym. Ale nie znaczy to, że „powinność“ sama przez się musi być etyczną. Normy strukturalnie różnorodne oparte są na wspólnej zasadzie, wyrażającej odrębność układów „powinności“. Inne pozatem cechy wspólne są możliwe jedynie w zakresie analizy psychologicznej i socjologicznej. Nie liczenie się z naczelnem wymaganiem „czystości“ metodologicznej prowadzi do mylnego podporządkowania norm o różnej strukturze: stąd wywodzą się teorje o tożsamości norm etycznych i prawnych przy przypuszczeniu różności ich zadań *).

Sprowadzenie kategorji normy do pojęcia „słusznej wartości“ jest tak samo mylne, jak operowanie pojęciami psychologicznemi i dążenie do wyjaśnienia istoty normy przez jej redukcję do jakichś specjalnych ukształtowań „chcenia“ czy „woli“. STAMMLER, wprowadzając pojęcie chcenia, odpowiadającego normie, nie wyjaśnił istoty znaczeniowej „tego, co być powinno“, nadając mu zabarwienie słuszności **).

§ 13.

Prawdziwość normy.

Zagadnienie objektywacji normy nasuwa problemat jej prawdziwości. Jeśli przez prawdę rozumiemy ideę zgodności sądu z jego przedmiotem w tem znaczeniu, że zawartość logicz-

*) Co odpowiada formule STAMMLERA: „Das rechtlich Richtige gut wollen, ist die verschmelzende Formel hier“ (Die Lehre von dem richtigen Rechte 1902 str. 70).

**) Por. WIELIKOWSKI j. w. str. 64: Wo bleibt denn die Grundkategorie des Sollens, das weder Wahrnehmung noch Wille ist? BINDER j. w. str. 31: „STAMMLER bleibt vielmehr in empirischen Gedankengängen hängen, wie die Tatsache beweist, dass jenes blitzartig aufgetauchte Sollen alsbald wieder, und zwar für die Dauer aus seiner Erörterung verschwindet“; str. 209 n.

na zdania może być nazwana prawdziwą i pomyśleniu o istniejącem odpowiada adekwatne istnienie — pojęcie to nie znajduje zastosowania do sfery normatywnej.

Jeśli mówię, że A postępuje n, twierdzenie to może być ustalone i, w wypadku ustalenia pozytywnego, mogę powiedzieć, iż zdanie „A postępuje n" jest prawdziwe. Wszakże o zdaniu „A p o w i n i e n postąpić n" nie mogą powiedzieć, czy jest ono zgodne, czy też niezgodne z prawdą. Jeśli zdanie powyższe może być zrozumiane jedynie w kompleksie łączących się z nim i koniecznych „poprzedników" — nie zmienia to bynajmniej sytuacji. Zdanie „A p o w i n i e n postąpić n" wymaga uwarunkowania: do A bowiem nie można odnieść „powinności" purement et simplement, lecz jedynie w łączności z pewnym układem, któremu odpowiada owa „powinność". „Jeżeli zachodzi układ X — A powinien postąpić n". Co do istnienia układu X, warunkującego zachowanie się A — można istotnie stwierdzić, czy jest on prawdziwy. Czyż wszakże ten probierz zastosować się daje do wypowiedzi: przy założeniu prawdziwości układu X — p o w i n i e n nastąpić taki układ, w którym A zachować się powinien n? Owa „powinność" rozumiana jako następczość deontologiczna, związana z układem faktycznym, in casu prawdziwym, nie jest w strukturze powiązań kompleksem przyczynowym. Nie można powiedzieć: dlatego, że było czy jest X — musi koniecznie nastąpić n i to, że n nastąpić musi — jest prawdą. Niewątpliwie, n może nie nastąpić. „powinność", ustalająca zachowanie się A może się nie ziścić — nie mniej wszakże układ normatywny, aczkolwiek konkretnie nie zaktualizowany, nie może być zaprzeczony. Prawdopodobieństwo nastąpienia „skutku", założonego w konsekwencji istnienia układu X, nie zmienia w niczem wyglądu normy: „A powinien zachować się n". Słusznie zaznacza F. KAUFMANN, iż norma (KAUFMANN mówi konkretnie o „zakazie") nie może być nigdy prawdziwą. Zdanie „norma nakazująca płacenie długu w rzeczywistości istnieje" — jest, rzecz jasna, prawdziwe, o ile taka norma daje się ustalić. Wszakże takie ustalenie dotyczy faktu normy (możemy normę taką wskazać, jako istniejącą w kodeksie czy ziszczoną w życiu), ale to „sprawdzenie" nie dotyczy idealnej ważności normy, jako wypowiedzi o p o w i n n o ś c i płacenia długu *). Gdybyśmy sprowadzili ujęcia normatywne do aktualnych i podmiotowych rozkaźników — nakaz w takiej formie wyrażony mógłby być oceniony jako prawdziwy, zależnie od stwierdzenia, czy in casu istnieje probierz prawdy w faktycznie danej

*) F. KAUFMANN j. w. str. 34, 35: „Ein Verbot im idealen Sinne jedoch kann nie wahr sein. Sätze wie „Es ist wirklich verboten" oder „Ein Verbot besteht in Wahrheit" beziehen sich auf die Tatsache des Verbotes, also auf Faktum des Verbietens, nicht aber auf die Idealgültigkeit der Norm".

aktualizacji woli *). Imperatyw jest prawdziwy, jeśli jako faktycznie wypowiedziany jest aktualnym wyrazem woli, o której można powiedzieć, że się urzeczywistnia. Wszakże imperatywy, którym — jak to słusznie SIGWART zaznaczył — właściwy jest moment „indywidualny" („ein individuelles und unübertragbares Moment") — nie mogą ze względu na swój podmiotowy i przypadkowy charakter podlegać objektywacji. Można przekształcić imperatyw na wypowiedź, stwierdzającą jego treść: zamiast powiedzieć „uczyń n" — można powiedzieć: „objawiam ci moją wolę, ażebyś uczynił n". Należałoby wówczas ustalić, jak to słusznie zaznacza F. KAUFMANN, że zapytanie o prawdziwości tego ostatniego zdania brzmieć powinno: czy zdanie to naprawdę przedstawia objawienie woli? Zapytanie to pozostaje otwarte, albowiem odpowiedź musiałaby być zaczerpnięta tylko z samego badanego właśnie zdania **).

Wypowiedź o normie nie koniecznie musi ujawniać właściwy jej charakter „powinności". Gdy będzie powiadziane: „jeśli A pożycza sumę n — prawo zmusza go do jej zwrotu", „jeśli A kradnie rzecz n — prawo go za to karze" — zdania te są prawdziwe. W takiem ukształtowaniu prawdzie ontologicznie odpowiada byt. Wszakże ta prawda jest zupełnie obojętna dla ujęcia normatywnego, które z „bytem" w tem rozumieniu nie jest współmierne. Norma nie mówi o tem, że przy istnieniu pewnego kompleksu faktycznego istnieje również i łącznie pewien odpowiednik faktyczny (kto pożycza — ten oddaje; kto kradnie — ten jest karany); wypowiedź normy ustala, „objektywizuje" pewne powinności pro futuro: jeśli ktoś pożyczył — powinno nastąpić takie ukształtowanie, w którem pożyczający powinien zwrócić dług (również w transpozycji normy etycznej: jeśli zachodzi układ współżycia ludzkiego — powinno nastąpić takie ukształtowanie, w którem każdy powinien kochać swego bliźniego, jak siebie samego ***).

*) Nie poruszam tutaj kwestji normatywnej istoty rozkaźników. Analiza KELSENA wykazała, że operowanie pojęciem rozkaźnika nie odpowiada istocie zdania prawnego. Co do różnicy pomiędzy imperatywem, a sądem hipotetycznym zob. uwagi KELSENA, Hauptprobleme str. 260: „Das sogenannte individuelle unübertragbare Moment des „Imperativs" ist nichts anderes, als der für den normativen Charakter irrelevante Mangel das Anspruches auf Wahrheit, das Fehlen der logischen, f ü r d a s U r t e i l charakteristischen Allgemeingültigkeit". Tę zasadniczą kwestję błędnie ujmuje BRODMANN, Recht und Gewalt 1921 str. 19 n., operując niewłaściwą dychotomję abstrakcyjności i konkretności.

**) F. KAUFMANN j. w. str. 35, 36: „Wir haben hier das typische Beispiel eines imprädikativen Elements, des auf sich selbst bezogenen Satzes. Es ist aber ausgeschlossen, dass ein Satz eine Aussage über sich selbst enthalte; über diesen klaren Wesensverhalt darf uns keine sprachliche Formulierung hinwegtäuschen".

***) Por. głęboki wywód KELSENA, Hauptprobleme j. w. str. 259: „Allein, diese logische Allgemeingültikeit des Urteils ist für ein mit diesem Urteile statuiertes Sollen, für die Geltung der mit dem Urteile gesetzten N o r m gleichgültig".

Należy mieć na względzie, że norma nie jest stwierdzeniem, rozumianem w jakimkolwiek przebiegu czasu. Jeśli rozumie się normę w płaszczyźnie ujęcia eksplikacyjnego — można, oczywiście, powiedzieć, że jest ona ukształtowaniem przyszłem w odniesieniu do pewnej treści, która istniała lub istnieje: jeśli zachodził lub zachodzi układ X — A powinien zachować się n. „A powinien zachować się n" — znaczy to, że „poprzednikiem" tej „powinności" musi być układ, który istniał lub który istnieje. Jeśli układ ów wogóle istnieć przestał — obowiązek zachowania się n jest rozumiany jako „następstwo"; jeśli układ jeszcze istnieje i trwa — „powinność" nie daje się pomyśleć, jako współrzędnie istniejąca; aczkolwiek bowiem całokształtowi przebiegu trwającego odpowiada specyficzna powinność — nie jest ona z tym przebiegiem identyczna: nie tylko dlatego, że leży w zupełnie odmiennej płaszczyźnie pojęciowej, lecz dlatego, że w rozumieniu stosunku czasowego nie może być z nim jednoczesna. Musi istnieć moment (chociażby nieskończenie krótki), który „oddziela" trwającą faktyczność od odniesionej do niej „powinności".

Takie postawienie kwestji możliwe jest wyłącznie w płaszczyźnie ujęcia eksplikacyjnego: jeśli się zakłada, że normie właściwe są pewne przyczyny motywacyjne, że działa ona jako pewien skutek pewnej przyczyny (układ X powoduje zastosowanie się do powinności n) — wówczas możliwe jest operowanie pojęciem przyszłości, jako przeciwstawnością przeszłości i teraźniejszości. Dla ujęcia normatywnego ten moment czasu jest zupełnie obojętny: związek zachodzący pomiędzy układem faktycznym, a normatywnem ustanowieniem powinności jest relacją tej powinności do danego układu — nie może być więc uważany za żadne powiązanie przyczynowe, ani też badany pod kątem widzenia motywacji psychologicznej. Nie można rozumieć powinności, jako faktycznego przystosowania się, t. j. jako postępowania zgodnego z wypowiedzią o tem „co być ma". W rozumieniu eksplikacyjnem utożsamia się częstokroć ziszczenie normy z samą normą; abstrahując zupełnie od założeń poprzedzających, warunkujących „powinność" („jeśli jest lub był układ X"), powiada się, że ustanowienie powinności może być rozumiane, jako p o w o d u j ą c e pewne postępowanie (zachowanie się); czyny zgodne czy niezgodne z normą są rozumiane, jako p r z y s z ł e w odniesieniu do ustanowionej powinności. Osiągniętym celem normy jest zgodne z nią zachowanie się; celem nie osiągniętym — zachowanie się z nią niezgodne. W oderwaniu tedy od poprzedzającego układu faktycznego i w rozważaniu samej powinności, abstrahowanej od tego układu (albowiem przypuszcza się, że układ ten istnieje lub istniał), — następuje specyficzne odwrócenie porządku w czasie: norma uważana jest, jako poprzedzająca pewną faktyczność, t. j. zachowanie się, odpowiadające lub nieodpowiadające normie. Ten

punkt widzenia może być tylko eksplikacyjny i sprowadza wyjaśnienie normy do rozważań bądź psychologicznych, bądź socjologicznych.

Rozumienie „być mającego“ jako czegoś przyszłego, ziszczającego się w danym czasie, prowadzi do komplikacji następujących: jeśli „być mające“ iść ma w kierunku „przyszłości“, wówczas ziszczenie „powinności“ w tym samym momencie, w którym dany był układ faktyczny, warunkujący powinność, wydaje się niemożliwe: albowiem wówczas ziszczenie przyszłe w ż a d n y m m o m e n c i e nie było „pożądane“. Jeśli zaś pomiędzy powstaniem warunkującego układu faktycznego, a ziszczeniem odpowiadającej mu powinności przeszedł pewien okres czasu, mamy wówczas do czynienia nie z „powinnością“ teraźniejszą, lecz przyszłą; nie można więc powiedzieć, że „istnieje“ ona w chwili powstania układu warunkującego. Konieczność uwzględnienia momentu czasu prowadzi do sztucznej konstrukcji, zgodnie z którą pojęcie być mającego winno być rozumiane jako postulat, dążący w tym kierunku „ażeby stan istniejący (t. j. zgodny z normą) miał być taki, j a k g d y b y postępowanie odpowiadało znaczeniu normy“ *). Byłoby to rozwiązanie fikcyjne: pomiędzy „powinnością“, a odpowiadającem mu postępowaniem nie zachodziłaby żadna relacja; zresztą, relacja ta nie ma nic wspólnego z faktycznością ziszczenia. Ujęcie normatywne dotyczy bowiem nie działania normy, lecz istoty powinności, wyrażonej w normie. Wypowiedź „A powinien zachować się n“ nie zmienia się zależnie od tego, czy A w przyszłości zachowa się „n“; symbol „n“ nie ma znaczenia czegoś ziszczającego się lub mającego się ziścić: ważną jest jedynie wypowiedź, że „n“ ujęte zostało, jako „n“ być mające, jako „n“, które ziścić się p o w i n n o. W jaki sposób postępuje A jest dla istoty normy zupełnie obojętne; sposób postępowania nie wpływa na ważność wypowiedzi „A powinien zachować się n“. Norma nie jest „przyczyną“ ziszczenia, postępowanie zgodne z normą nie jest „działaniem“ normy. Przyczyną zgodnego z normą postępowania nie jest to „co być powinno“, lecz myśl

*) Takie rozwiązanie daje A. PAGEL, Beiträge zur philosophischen Rechtslehre zugleich eine kritische Würdigung der rechtsphilosophischen Bedeutung Wilhelm Schuppes. 1914 str. 72 n.: „...als eines Postulates, welches darauf gerichtet ist, dass der bestehende Zustand so sein möge, a l s o b im Sinne der Norm gehandelt wäre“. PAGEL miał na celu uzasadnienie imperatywnej istoty normy; wszakże, jak słusznie zaznacza WENZEL (Juristische Grundprobleme T. I. Der Begriff des Gesetzes 1920 str. 86 n. uw.), nakazowi nie będzie wówczas właściwy moment normatywności, albowiem nie zachodzi „żądanie“ (Forderung), lecz przypuszcza się stan, w którym żądanie j a k g d y b y się ziściło.

o normie, jej odczucie, chcenie, przeżycie *). W przebiegach czasu mamy jedynie do czynienia z przejawami istniejącego, nie zaś tego „co być powinno“ **). Uzależnienie tej relacji od przebiegów w czasie, przypisywanie jej jakichś swoistych cech, odpowiadających trybowi przyszłości ***), byłoby sprzeczne z zasadniczemi założeniami o znaczeniu i istocie normy. Dla istoty normy jest zupełnie obojętne, czy będzie powiedziane: „jeśli istniał lub istnieje układ X — A powinien postąpić n“, czy też formuła brzmieć będzie: „jeśli będzie istnieć układ X — A powinien będzie postąpić n“. Możnaby również powiedzieć: „jeśli istniał układ X — A winien był postąpić n“. Wszystkie te wypowiedzi nie zmieniają wyglądu normy: „to co być powinno“ jest niezmienne, niezależnie od tego, czy jest, czy było, czy będzie: zawsze bowiem jest relacją identyczną w swem swoistem odniesieniu do treści.

§ 14.

Ważność normy.

To co nazywamy „prawem przyrodniczem“ jest wyjaśnieniem, kwalifikowanem jako prawdziwe, jeśli ustalone przez nie ustosunkowania są słuszne. Jego prawdziwość jest jednoznaczna z jego ważnością.

Rzecz oczywista, że nie może być ono rozumiane, jako „przyczyna“ wyjaśnianych przez nie zjawisk, jako pewna siła, która koniecznie i bezwzględnie zjawiskami temi w wytkniętym porządku kieruje.

Tego rodzaju „prawa“ nie działają w tem znaczeniu, że jakoby sprawiają konieczne następstwa; nie są one „zasadą“ stawania się lub przebiegu zjawisk; mogą być rozumiane jedynie, jako pewne stałe ujmowanie sposobu „zachowania się“ przedmiotów rzeczywistych. Są więc one stwierdzeniami, myślowo formułującemi wyjaśnienia rzeczywistości i wyjaśnienia te uogólniającemi.

Prawa te nie wyjaśniają, d l a c z e g o istnieje taki a nie

---

*) KELSEN, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff j. w. str. 80: „Die Ursache des sollensgemässen Seins, der wertvollen Wirklichkeit, des richtigen oder rechtmässigen Handelns, ist nicht das S o l l e n, die Norm in ihrem spezifischen Eigensinn, sondern das Denken, Fühlen, Wollen, die Seinstatsache des psychischen Erlebens der Norm... Diese Beziehung verläuft somit völlig in der Sphäre des Naturseins“.

**) KELSEN, Hauptprobleme str. 14, 15: „Denn in der Z e i t kommen alle Handlungen nur in ihrer Realität, d. h. aber in der Form des Seins, nicht aber Sollens in Betracht“; str. 293 „...Dass das g e s o l l t e Geschehen keinswegs mit dem zukünftigen Geschehen identifiziert werden oder nur als Speziallfall des letztern gelten darf“.

***) Mylnie SAUER j. w. str, 37, 38, który wypowiedzi o tem, co być powinno uważa jako sądy prawodopodobne (przeciwstawienie „Gewissheitsurteil“ i „Wahrscheinlichkeitsurteil“).

inny przebieg zjawisk; są wypowiedziami o tem, j a k przebieg ów istnieje, zmienia się lub ustaje. „Stałość“ określonego trybu stawania się czy działania jest prawem w rozumieniu przyrodniczem. Pomiędzy tem prawem, a wyjaśnianemi przezeń przedmiotami, zjawiskami, stosunkami nie zachodzi żaden związek przyczynowy. Jeśli twierdzimy, że dane prawo przyrodnicze jest prawdziwe — znaczy to, że stwierdzamy zgodność rzeczywistego przebiegu z ustalonemi uprzednio wypowiedzeniami, określającemi pewne ustosunkowania w zjawiskach czy przedmiotach. Jeśli ogólnemu sformułowaniu o przewidywanej tożsamości przebiegu odpowiadają rzeczywiste tegoż przebiegu ukształtowania — wówczas „prawo“ jest prawdziwe. Rzecz jasna, że wypowiedź o przewidywaniu istniejącej jedności, stałości, ciągłości, powiązaniu zjawisk czy przedmiotów nie może być „przyczyną“ tych zjawisk czy przedmiotów *).

W tem rozumieniu „prawdziwość“ prawa przyrodniczego jest jednoznaczna z jego „ważnością“; jest ono „ważne“ o tyle, o ile ujętemu w niem myślowo porządkowi przebiegów odpowiada ziszczający się przebieg rzeczywisty **).

Nie ulega najmniejszej wątpliwości, że norma, jako wypowiedź o tem „co być powinno“, nie jest stwierdzeniem prawdziwości takiej wypowiedzi. Jak już zaznaczyłem, samo ustalenie takiej relacji może być prawdziwe i powszechnie ważne, jako sąd o istnieniu pewnej normy („jest norma, stanowiąca obowiązek zwrotu pożyczki, karę za kradzież i t. p.). W ustroju komunistycznym możliwe jest, że kradzież nie będzie karana. Dlategoteż można byłoby powiedzieć, że dla tego ustroju nie będzie prawdziwe twierdzenie: „jest norma, stanowiąca karę za kradzież“. Natomiast twierdzenie takie byłoby prawdziwe dla ustrojów, uznających prawo własności.

Wszakże stwierdzenie prawdziwości wypowiedzi o normie nie jest jednoznaczne z prawdziwością samej normy. Norma, rozumiana jako objektywacja, jako idealna jednostka znaczeniowa wykazuje tylko i wyłącznie cechę „ważności“.

Wypowiedź „powinno być n“ jest ważna, jeśli odpowiednikiem jej jest takie nastawienie, w którem — zgodnie z założeniem — stać się ma to „co być powinno“. W rozumieniu motywacyjnem norma będzie pojmowana, jako przyczyna tego, co ziszcza się zgodnie z normą. W transpozycji na język faktów można powiedzieć, że norma się nie ziściła, że „niema“ tego, co powinno było być. W takiem rozumieniu, rzutującem normę na płaszczyznę faktycznego ziszczenia lub nie ziszczenia, prze-

*) Por. KORKUNOW, Lekcji po obszczej tieorji prawa 1894 str. 48 n.

**) KELSEN, Hauptprobleme str. 13: „Das Naturgesetz ist ein e r k l ä r e n d e s Urteil. Seine „Geltung“ besteht in seiner Wahrheit d. h. es „gilt“ nur insofern, als die von ihm behaupteten Beziehungen richtig sind...“

jawia się jej „ważność". Wszakże nie obchodzi nas w danej chwili to rzutowanie faktyczne. Zupełnie niezależnie od faktu urzeczywistnienia czy nieurzeczywistnienia dana jest ważność normy, jeśli—odpowiednio do jej istoty znaczeniowej—założone zostało, że ktoś in concreto (czy wszyscy in abstracto) postępować ma według wskazania: „powinno być n".

Ważność normy wyraża się w tem, że pewne postępowanie czy pewne zaniechanie, pewne przebiegi czy przekształcenia w układzie faktycznym „być powinny". I ta ważność jest zupełnie niezależna od tego, czy i jak, z jakich pobudek i w jakich warunkach zachodzi ziszczenie lub nieziszczenie normy. Norma „zaciągnięty dług winien być zwrócony" (redde quod debes) jest ważna z chwilą, gdy została założona, zupełnie niezależnie od tego: czy stosowanie jej jest zupełnie zbędne, albowiem wszyscy, wszędzie, zawsze zwracają zaciągnięte długi; czy też, że stosowanie jej jest bezwzględnie konieczne, bo nikt, nigdzie, nigdy zaciągniętego długu nie zwraca; czy też, że stosowanie jej jest sporadyczne, albowiem niektórzy, czasami, w pewnych miejscach zaciągniętych pożyczek nie spłacają. Również dla istoty normy zupełnie jest obojętne (a to niezależnie od jej stosowania), czy ktoś in concreto lub pewna grupa in abstracto zachowuje się zgodnie (względnie, niezgodnie) z normą. Ważność normy nie doznaje żadnego uszczerbku przez „porównanie" z jej rzutowaniem na płaszczyznę faktyczności, rzutowaniem, mającem na względzie bądź adaptację zachowania się do normy, bądź specyficzną sankcję, wynikającą z niezastosowania się lub niedoskonałego zastosowania się do niej.

W płaszczyźnie „idealnej" powiedzieć należy, że wszelkie założenie normy zawsze i wszędzie jest bezwzględnie ważne. Stąd wynikałoby np., że gdybym powiedział „wszyscy ludzie powinni chodzić na głowach" — wypowiedź ta byłaby ważną, jest bowiem normą, stanowiącą powinność. Niewątpliwie, samo odniesienie powinności jest ważne, albowiem każda norma jest ważną, o ile pewna treść m a b y ć z nią zgodna. Norma, która pozostaje bez działania t. j. bez skutku, nie przestaje być normą. Wszakże w danym wypadku zarówno warunki, w których została założona norma, jakoteż jej specyficzna treść powodują, że jej znaczenie pozbawione jest pewnych „podstaw". Nie będzie zachodzić „bezsensowność" takiej wypowiedzi, jeśli ukształtowania treści nadać jej będą mogły zabarwienie znaczeniowe. Norma wyżej przytoczona będzie mieć znaczenie, jeśli określimy bliżej jej „podłoże" faktyczne. Jeśli akrobata A zawarł z B, właścicielem cyrku, umowę, zgodnie z którą w przeciągu pewnego czasu obowiązuje się występować codziennie, jako sztukmistrz, chodzący na głowie — wówczas norma ustala: że wszyscy ci, którzy w pewnych warunkach zobowiązali się do chodzenia na głowie—p o w i n n i chodzić na głowie; gdyby się zaś do tego nie zastosowali—dany będzie taki układ, w któ-

rym do wykonania powinni być „skłonieni“ (egzekucja pod postacią odszkodowania).

Gdyby ów akrobata jednocześnie zobowiązał się, że w czasie trwania umowy w żadnym innym cyrku chodzić na głowie nie będzie i tego zobowiązania nie dotrzymał — może być, o ile np. umowa zawarta była w Poznaniu i sprawa tam się toczy, skazany na karę pieniężną lub na areszt (§ 890 niem. ust. post cyw.).

W istocie wypowiedzi o tem, że pewne quid być powinno— ustalona zostaje jej ważność. Jaka jest zasada tej ważności? Nie obchodzi nas w danej chwili treść, do której powinność została odniesiona; jakąkolwiek jest powinność, jako ujęcie treści, pozostaje ona niezmieniona i niezmiennie ważna. Dlaczego wszakże mówi się, że pewna ściśle określona wypowiedź o powinności jest pozbawiona sensu, podstawy, nie ma znaczenia istotnego, a przeto nie jest ważną? Te określenia jakości wypowiedzi są najzupełniej podstawne, jeśli, rzecz oczywista, wyeliminujemy pojęcie „działania“ i pojęcia tego nie będziemy utożsamiać z ważnością.

Należy stwierdzić, że kategorjalna „czystość“ pojęcia o tem, co być powinno, nie „przejawia się“ w oderwaniu od „czegoś“, do którego jest odniesiona. Owo „coś“ może być oceniane, kontrolowane, korygowane, uznawane za prawdę lub fałsz, wartość lub bezwartość. Owo „coś“ może być bezsensem, zdaniem pustem, sprzecznością. Teoretycznie można odnieść powinność do takiego quid; połączenie tego quid, jako „być mającego“ byłoby znaczeniowo bezwzględnie ważne. Jeśli mówimy, że należy odmówić takiej powinności cech ważności — to jedynie dlatego, że p o ł ą c z e n i e z pewną treścią (tylko i wyłącznie ze względu na treść) zawiera w sobie sprzeczność, jest bezsensem, zdaniem pustem.

Wypowiedź o tem, co być powinno zawiera w sobie określenie jakości ustalonej powinności. W zdaniu „A powinien postąpić n“ mieści się określenie owego „n“. Powinność nie jest bowiem powinnością purement et simplement. Nie można powiedzieć „A powinien postąpić“—należy koniecznie określić jakość czy tryb postępowania, inaczej mielibyśmy do czynienia z wypowiedzią niesamoistną, a więc nieważną, albowiem zdanie „A powinien“ nie miałoby żadnego znaczenia. Gdy mówimy „A powinien postępować cnotliwie, mądrze...“, „A powinien oddać to, co zabrał“ — wówczas relacja znaczeniowa powinności jest dokładnie określona. Gdybyśmy powiedzieli „A powinien postąpić błękitnie, trójkątnie“ i t. p. połączenie powinności z taką treścią byłoby znaczeniowo nieważne, aczkolwiek kategorja powinności sama przez się ważną być nie przestała. Taksamo, jak pojęcie przestrzeni nie przestaje być dane, aczkolwiek zdanie „cnota jest przestrzenna“ pozbawione będzie wszelkiego znaczenia.

Rzecz oczywista, że ważność relacji jest niezależna od wartościowań treści. Treść może być sama w sobie nie etyczna lub nie celowa; ten „defekt“ niema wpływu na znaczeniową ważność powinności. Norma, nakazująca zabijanie niedołężnych starców lub osobników niezdolnych do życia, nie jest znaczeniowo nieważną dlatego, że według naszych ocen moralnych taki tryb być mającego postępowania jest zły, sprzeczny z pojęciami etycznemi i t. d. Taksamo nie jest znaczeniowo nieważną norma, według której banda rozbójników dzielić powinna łupy zdobyte na zasadzie ustalonego klucza *). Ocena treści wypada ujemnie, ale ta charakterystyka oceny nie jest jednoznaczna z jakąś logiczną sprzecznością lub brakiem sensu logicznego.

Należy pozatem mieć na względzie, że „powinność“ nie może być sformułowana w jakiemś bezwzględnem oderwaniu od ukształtowań treści. Jeśli się mówi „A powinien postąpić n“ — nie znaczy to, że zachowanie się A jest dane jako takie zawsze, wszędzie i niezależnie od czegośkolwiek. Ażeby można było kochać bliźniego, jak siebie samego — musi istnieć „bliźni“. Ażeby istniał obowiązek zwrotu zaciągnętego długu — musi być przypuszczone uprzednie zaciągnięcie pozyczki. Jeśli więc w takich ustaleniach treści zawarte są twierdzenia bezsensowne — połączenie z pojęciem „powinności“ byłoby znaczeniowo nieważne. Nie mam tu, oczywiście, na myśli najrozmaitszych logicznych „lapsusów“ lub sprzeczności ustawodawczych: przy zasadniczem przypuszczeniu jedności systemu norm prawnych i charakterystycznej dla wykładni tendencji uzgadniającej — korektywy są zawsze możliwe (zresztą: incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula ejus proposita judicare vel respondere). Rzeczą jest wszakże jasną, że te elementy, które w treści normy są poprzednikami wypowiedzi o powinności (casus positio), nie mogą być do tych wypowiedzi znaczeniowo nieadekwatne. Tak samo, jak pustą byłaby wypowiedź „A powinien postąpić trójkątnie“ — pozbawione będzie znaczenia zdanie: „jeśli dany jest trójkąt — A powinien zwrócić dług“.

Jeśli mówiłem dotychczas o ważności normy, rozumiałem ją jako coś, dane per se. Takie pojmowanie jest możliwe, jeśli rozważamy pojęcie o tem, co być powinno, jako „ens unum“.

---

*) Mylnie E. HUBER j. w. str. 59: „Durch die gleichmässig ungerechte Behandlung Aller wird die Gleichheit nicht verletzt, und doch ist sie nicht Recht, weil eben das materielle Recht erst durch den Inhalt hergestellt wird, dem der Form nach die Gleichheit Ausdruck gibt“. Materjalna treść normy prawnej jest obojętna dla skonstatowania bytu normy. Inaczej bowiem ‚złego prawa“ nie można byłoby uważać za prawo i istota normy uzależniałaby się od „słuszności“, zawartej w niej treści. Twierdzenie HUBERA, str. 140: „aber der schlechte Inhalt bleibt schlecht auch unter der vollkommensten Form“ ustala tylko „bezwartość“ treści, ale nie zaprzecza formalnych cech, właściwych normie.

Normatywność odnoszona do najrozmaitszych treści jest zawsze identyczna, jakiemikolwiek są te treści. Gdyby istota znaczeniowa tych treści była bezsensowna i pusta — pojęcie normatywności nie mniej byłoby ważne, chociażby proces jej odniesienia do takich treści pozbawiony był znaczenia. Relacja powinności do tych treści nie dlatego jest nieważna, że moment nieważności tkwi w ujęciu normatywnem, lecz jedynie dlatego, że proces połączenia staje się znaczeniowo pusty lub bezsensowny. Wyłączając te wypadki, uznajemy „ważność“ normy jako zasadę naczelną wobec swoistego i intencjonalnego znaczenia procesu ujęcia i „zajęcia stanowiska“ w odniesieniu do danej treści. Powiązanie i współzależność, connexitas normy z treścią powoduje swoiste przekształcenia tej ostatniej. Jedność pojęcia normy sprawia, że nieskończona różnorodność treści uobecnia się w jednym wyglądzie idealnym, jako w zespole utożsamiającym. W doświadczeniu rzeczywistem normie nadawane bywa „zabarwienie“, uwarunkowane przez jej treść: norma rozumie się, jako coś indywidualnego ze względu na to, że w danym wypadku dla danego podmiotu ważnie istnieje indywidualny obowiązek zachowania się tak, jak określa to norma. Dopiero utożsamienie tych różnych stron wyglądów sprawia, że produktem procesu utożsamienia jest przedmiot idealny. Ważność tego przedmiotu, jako specyficznego odniesienia, ulega, jak powiedziałem, zakwestjonowaniu, gdy odniesiona „treść“ jest fałszywa w jej założeniu logicznem, gdy wypowiedź, że treść ta „jest“, „istnieje“ będzie zdaniem mylnem: albowiem jej cechy, oznaczone przez orzeczenie, pochodzą z innej dziedziny, obcej podmiotom takich zdań.

§ 15.

O niektórych konsekwencjach teorji ważności.

W związku z teorją ważności zwrócić należy uwagę na pewną specyficzną cechę pojęcia normatywności. Pojęcie normy jest jedno, ilość zaś norm konkretnych jest nieograniczona. Nie poruszając w tem miejscu zagadnienia różnicy pomiędzy t. zw. normami absolutnemi, a normami empirycznemi i nie identyfikując konkretnych możności stosowania normy z samą normatywnością, należy zaznaczyć, że wszystkim normom konkretnym muszą być właściwe istotne cechy znaczeniowe; jakąkolwiek jest norma (pierwsza czy pochodna, wyraźna czy domyślna, główna czy podrzędna) musi jej być właściwe owo „quale“ powinności. Nie odgrywa również żadnej roli „dostojeństwo“ normy: to „co być powinno“ jest jedno, czy „powinność“ dotyczy zdejmowania nakrycia głowy przy wejściu do cudzego mieszkania, czy ratowania bliźniego w niebezpieczeństwie; czy ściąga się do wykonania takiego świadczenia umownego, jakiem jest wniesienie walizy do wagonu przez tragarza ko-

lejowego, czy dotyczy wykonywania funkcji urzędowych przez wysokiego urzędnika państwowego. Rzecz oczywista, że w przytoczonych przykładach „odczucie“ normy może być najrozmaitsze: oscylacje przeżyć psychicznych odpowiadających normię, mogą różnić się napięciem: „minima non curat praetor“ i „fiat justitia — pereat mundus“ — te dwa adagia wyrażają punkty graniczne wahań. Te oscylacje nie posiadają wszakże znaczenia istotnego dla ważności normy, jako takiej. Wchodzi bowiem w grę zagadnienie oceny i wartości, dla istoty normy zupełnie obojętne. Częstokroć wszakże kwestja stawiana bywa w innej płaszczyźnie: ważność pewnej normy wywodzi się z ważności normy „nadrzędnej“; „powinność n“ dana jest dlatego, że dana jest powinność N, z której owo „n“ wynika. A powinien zwrócić B sumę odeń pożyczoną (art.1892 kod. cyw. franc., art. 607 kod. cyw. niem.) — dlatego, że ze stosunku umownego wogóle wynika „powinność“ wykonania (art. 1101 kod. cyw. franc., art. 241, 305 kod. cyw. niem.). A powinien zwrócić B rzecz, znajdującą się w posiadaniu A i należącą do B, lecz przezeń zgubioną, dlatego, że B przysługuje prawo rewindykacji, wynikające z przepisów kodeksu cywilnego; obowiązek A do zwrotu, oparty na tych przepisach, wynika z najwyższej normy konstytucyjnej, głoszącej, że „Rzeczpospolita Polska uznaje wszelką własność... jako jedną z najważniejszych podstaw ustroju społecznego i porządku prawnego, oraz poręcza wszystkim mieszkańcom..., ochronę ich mienia“ (art. 99 ustawy d. 17 marca 1921 roku).

Czy z tego wynika, że ważność normy wywnioskowanej jest pochodną ważności normy nadrzędnej? Czy należy wyobrażać sobie jakąś „pionową“ hierarchiczność powinności, w której dane jest wynikanie normy „niższej“ z normy „wyższej“, przyczem probierzem takiego „wywodu“ miałaby być jego prawdziwość? *). Czy też wyłączając pojęcie zależności, należałoby mówić o „rzędach“ norm, zakładając, że są one, idącemi genetycznie jedno po drugiem, ogniwami nieprzerwanego łańcucha?

Takie postawienie zagadnienia musiałoby przypuszczać różnice stopniowania w istocie normy. Norma, wywodząca się z normy wyższej, musiałaby być „mniej“ ważną. W istocie rzeczy, to „co być powinno“ jest zawsze jednakowo ważne, jeśli co do danej treści istnieje ustosunkowanie, wyrażające „kształt“ tej treści, jako czegoś „być mającego“. Jeśli norma n „wywodzi się“ z normy N — wywód ten musiałby przypuszczać, że w N istnieje zbiór cech, z których tylko pewne określone cechy

*) Przeciwko takiemu postawieniu kwestji zob. słuszny wywód F. KAUFMANNA j. w. str. 34: „Dass die logische Deduktion nicht Wahrheit erzeugen kann, sondern vielmehr bereits der Wahrheitsidee als Voraussetzung bedarf, wurde nicht beachtet und so schloss man etwa aus der Möglichkeit, Normen aus anderen Normen abzuleiten, auf den Wahrheitscharakter der Normen“.

istnieją w n. Lub też należałoby ustalić, że N jest pojęciem czystem, tylko normą per se, w n zaś poza cechami wspólnemi z N są jeszcze inne, które pozwalają odróżniać n od n_1, n_2, n_3 i t. d., przyczem n_1, n_2, n_3 posiadają cechy wspólne z N, a pozatem inne jeszcze, odróżniające je od n i pomiędzy sobą.

Mówiąc o normach w liczbie mnogiej, popełniamy, w istocie rzeczy, pewien błąd logiczny: uważamy mianowicie, że dokonanie czy stosowanie odniesienia, znamionującego normatywność, tworzy uwielokrotnienie samej normatywności. Uważa się pozatem, że różnorodność, która zostaje „odniesiona" jest równoznaczna z różnorodnością normy samej (gdy wiadomo, że odniesienie łącznie z treścią tworzy jedność, czyli, jak powiada KELSEN „dass Recht ist mit dem „von ihm" geordneten Wesen eins"). Wypowiedź o tem „co być powinno" jest jedną, jedyną i niezmiennie ważną. „Treści" norm są nieskończenie różnorodne; oczywiście, w nich samych następuje uporządkowanie według cech, kierowanych pewną motywacją, względami celowości, liczeniem się z t. zw. naturą rzeczy. Treść kompleksów, nazwanych „pożyczką" jest różnorodna: „wierzyciele" i „dłużnicy" są różni, sumy pożyczone nie jednakowe, warunki, terminy i rygory pożyczek odmienne. Można jednakże uogólnić pojęcie pożyczki w określonym układzie i dlatego norma nie jest normą, ziszczającą się dla Jana, Piotra, Jakóba, dla pożyczki n marek czy 1000 n marek, dla pożyczki z terminem miesięcznym, czy rocznym. W rzeczywistości faktycznej nie ma pożyczki, jako takiej, tak samo jak faktycznie nie istnieje ogólniejsze pojęcie umowy lub najogólnej — czynności, kwalifikowanej jako czynność „prawna". Wszakże wobec tego, że z „pożyczką"' łączy się norma i że ta normatywność musi być „uobecniona" również w kompleksach ogólnych (umowa, czynność prawna)—przypuszczamy, że tym poszczególnym ukształtowaniom odpowiadają poszczególne normy, wzajemnie się różniące, pozostające w stosunku współzależności, nadrzędności lub nawet wzajemnie obojętne. W takiem pojmowaniu nie może być wyłączony stosunek „obojętności": cóż bowiem wspólnego mieć będzie norma, stanowiąca posłuszeństwo żołnierza, z normą, stanowiącą zwrot zaciągniętej pożyczki lub zapłatę czynszu dzierżawnego?

Współzależność, nadrzędność, obojętność mogą być ustalone co do treści („materji") normy. Samo zaś pojęcie tego, co być powinno — jest jedno w swej niezmiennej ważności.

Zagadnienie „stopniowania" ważności wynikać może pozatem z innego aspektu. Jeśli jest ustalone, że „powinno być n" — można zapytać, dlaczego takie ustalenie nastąpiło. Oczywiście, nie mam tu na myśli odpowiedzi genetycznej: norma ustalona została dlatego, że uważały ją za celową ciała prawodawcze lub istnieje dlatego, że wytworzona została przez pewne okoliczności faktyczne, lub że odpowiada „naturze rzeczy" i t.p.

Nie mam również na myśli odpowiedzi eksplikacyjnej, odwołującej się do „prawidłowości", istniejącej jakoby w samej faktyczności: „dlatego, że n jest, n być powinno" *). Jeśli odpowiedź ma być rozumiana w płaszczyźnie normatywnej — zagadnienie należy postawić odmiennie: ustalenie, że powinno być n—nastąpiło dlatego, że wynika ono z ustalenia, które wypowiada, że „powinność" n być powinna. Będzie to oczywisty regressus ad infinitum.

W samej istocie tego, co być powinno jest dane, że jego ratio essendi wynika już z samego ustalenia. Jeśli tłomaczymy jedną powinność, jako wynikającą z innej i nie przekraczamy zakreślonej dziedziny normatywności — redukcja „niższej" powinności do „wyższej" jest tylko pozorna. Każda bowiem z tych „powinności" jest strukturalnie jednakowa; częstokroć zachodzi pomieszanie samej relacji z pewnemi „walorami" treści, które mogą mieć różne dostojeństwo ze względu na „materję" (np. powinność w sferze prawa konstytucyjnego — i zwykłe „obiegowe" powinności prawa administracyjnego czy prywatnego) lub na „formę" (traktat międzynarodowy, norma konstytucji, ustawa, rozporządzenie, wyrok sądowy). Jakkolwiek tłomaczyć będziemy w sferze normatywnej pojęcie „powinności", jako pochodne innej „powinności", nie wyjdziemy poza dziedzinę normy, gdyż ostateczna redukcja zawsze prowadzi do tego, co być powinno **), a przekroczenie tej dziedziny, przez wprowadzenie czynników faktyczności, wyłączać musi czystość metody. Doprowadziłoby to do rozważania kwestji „prawa prawa" („das Recht des Rechtes" STAMMLERA)***). Zasadą tego, co być powinno nie może być nic innego, jak norma. Żadne redukcje nie prowadzą do ustaleń „ważniejszej" lub „mniej ważnej" relacji. I jeśli przy rozważaniu normatywnem zakładamy granicę poznania w myśl zasady „il n'y a pas de raison de la dernière raison"****)—nie znaczy to bynajmniej, ażebyśmy musieli ignorować ważność wyjaśnienia stosunku, jaki zachodzi pomiędzy sferą faktyczności i normatywności.

---

*) Por. E. HUBER j. w. str. 174: „...dass das Wissen von einem notwendigen Verlauf der Dinge... kein Kriterium darüber ergeben kann, von dem was sein soll (Por. również j. w. str. 191).

**) KELSEN, Das Problem der Souveränität j. w. str. 95: „Wenn überhaupt ein letzter Grund für irgendein Sollen angegeben wird, kann dies nur wider ein Sollen sein".

***) BINDER j. w. str. 173, 174 wykazuje, dokąd prowadzi taki regressus ad infinitum: „Also das objektive Recht als Rechtsgrund der Rechtsordnung — hier haben wir ja glücklich das Recht des Rechts des Rechts!„.

****) DJUVARA, Le fondemnt du phenomène juridique. Quelques réflexions sur les principes logiques de la connaaissance juridique 1913, str. 155; por. również str. 93: „le pourquoi, c'est qu'il n'y a plus de pourquoi".

§ 16.

Ważność i działanie normy.

Momentów faktyczności nie należy uważać za czynniki, wyjaśniające podstawy ważności normy. Częstokroć spotykamy się z znamiennym błędem: ważność tego, co być powinno uzależnia się od uprzedniego stwierdzenia, przez k o g o i w j a k i m t r y b i e ustalona została norma. Zagadnienie „twórcy“ normy, z którem łączy się przedstawienie „faktycznej mocy“ nakazu i jego oddziaływania w rzeczywistości, nie może być przedmiotem rozważania normatywnego.

Ta „co jest“ nie wyjaśnia tego „co być powinno“ — a to „co być powinno“ nie może być „wywnioskowane“ z kompleksów, rozumianych, jako istniejące. Z tego, że „ktoś“ ustalił „jeśli jest X — A powinien zachować się n“, nie wynika, że „powinność“ została przez kogoś „stworzona“. Ów proces faktyczny, przejawiający się w nakazaniu lub ustaleniu powinności, jako odniesionej do pewnych treści konkretnych, nie jest sam przez się „powinnością“. Proces przedstawienia o konieczności tego, co być powinno, chcenia tej powinności, jako czynnika motywacyjnego, należy do dziedziny faktów; jednakże samo odniesienie pewnej „powinności“ do określonych treści nie może być rozumiane, jako faktyczność, jako ziszczająca się lub ziszczona rzeczywistość *). Dla ujęcia normatywnego jest obojętne, czy daje się skonstatować „czyjeś“ chcenie; to, co być powinno jest dane niezależnie od tego, czy ktoś życzy sobie, chce, żąda, nakazuje „istnienie“ ukształtowania normatywnego (HUSSERL). Wypowiedzi: „człowiek powinien postępować cnotliwie“, „żołnierz powinien być odważny“ nie znaczą, że ktoś sobie życzy lub nakazuje, ażeby taki „tryb“ był ustalony. Istota tych wypowiedzi jest zupełnie niezależna od jakichkolwiek indywidualnych czy zbiorowych aktów woli. KELSEN słusznie zaznacza, że gdyby nawet było stwierdzone, że treść czyjegoś chcenia jest zgodna z treścią normy — należałoby wówczas odróżniać normę, jako taką, od chcenia, stanowiącego pewien cel (w danym wypadku: ustalenie normy). Wypowiedzi: „chcę, żebyś...“ i „powinieneś“ są zasadniczo różne, aczkolwiek treść wypowiedzi może być zupełnie identyczna („chcę, żebyś zwrócił dług“, „powinieneś zwrócić dług“). Pierwsza wypowiedź nie ustala bynajmniej, że w stosunku do „kogoś“ istnieje ukształtowanie, w którem dług powinien być zwrócony. Druga wypowiedź, stwierdzająca bezsprzecznie taką „powinność“, nie jest własnem chceniem wypowiadającego. Gdyby należało uwa-

*) KELSEN, Das Problem der Souveränität j. w. str. 89, 90: „Denn nur die psychischen Prozesse der Vorstellung und Wollung des Rechtes, nicht aber das R e c h t als I n h a l t dieser Prozesse ist positiv im Sinne von faktisch“.

żać normę, jako wyraz czyjeś woli, wówczas norma nie byłaby ustaleniem pewnego celu: ten, kto „chce“ normę — winien był być uważany za ustalającego ów cel *). Takie ujęcie musiałoby być z natury rzeczy teleologiczne.

Wszakże problematyzacja dotyczy nie tego, czego się chce przez normę, lecz wyłącznie tego, co ustalone zostało, jako być mające w normie **). Zakładając samoistność znaczeniową normy, nie możemy uzależniać jej istoty od faktyczności konkretnego „chcenia“; inaczej bowiem musielibyśmy przypuszczaś jakiś „wyższy“ porządek, uzasadniający tę istotę (przez ustalenie i ujednostajnienie „chceń“ konkretnych, jako samoistnego nadporządkowania) ***). Zachodziłoby wówczas utożsamienie aktu „chcenia“ (jako życzenia, nakazu i t. p.) z treścią aktu, i ważność wypowiedzi byłaby uwarunkowana względami na pewne kwalifikacje samego chcenia. Należałoby ustalić, dlaczego normy, pochodzące od „twórcy“ A są ważne, normy zaś, pochodzące od „twórcy“ B takiej cechy nie wykazują, a więc mają być uznane za nieważne. Ważność czy nieważność nie wynikałaby z ustaleń o strukturalnej istocie normy, względnie z pewnych kwalifikacji (bezsensowność treści), wpływających na ważność relacji: lecz byłaby kwalifikowana ze względu na jakieś cechy, właściwe „twórcy“ (jeśli przypuścimy takie antropomorfistyczne ujęcie przy objawach t. zw. woli zbiorowej), lub też tłomaczona byłaby przez „prawidłowość“ w faktycznem ziszczaniu się normy, uwarunkowanem przez przeciętnie powszechne posłuszeństwo dla nakazu. Wypowiedź: „A powinien postąpić n“ byłaby ważna nie dlatego, że relacja do „n“ wyrażona w odniesionej do „n“ powinności, jest znaczeniowo ważna; lecz dlatego, że poza tą wypowiedzią stoją jakieś „moce“, które ją „stworzyły“, które ją „gwarantują“, które baczą, ażeby powinność ziszczała się nieodmiennie i koniecznie.

Założenia o konieczności aktu twórczego, jako warunkującego istotę „powinności“ nie można zbić argumentem, że np. prawdy matematyczne są „niezależne“ od tej osoby, która je wykryła czy ustaliła. Ten argument, wysuwany przez FELIKSA KAUFMANNA, który twierdzi, że nie można oceniać i klasyfikować prawd matematycznych według autorytetu ich

---

*) KELSEN, Hauptprobleme str. 68: „Kann die Norm als irgend jemandes Willensinhalt festgestellt werden, dann ist es nicht die Norm, die einen Zweck setzt, sondern der Wollende“.

**) F. KAUFMANN j. w. str. 80: „Der Sinn der Norm ist für den Juristen ihr Inhalt, nicht ihre Richtung auf einen individuellen oder überindividuellen, transzedenten Zweck“.

***) Por. BINDER j. w. str. 209 „In demselben Moment aber ist die grundsätzliche Verschiedenheit dieser apriorischen Normen von irgendwelchen Kulturnormen der empirischen Wirklichkeit begründet, z B. den „Rechtsnormen“ irgendeiner Rechtsordnung, deren Geltung von ganzanderer Art ist, als die jener transzendentalen Normen, weil sie nicht in einer formalen Funktion unseres Bewusstseins beruht“.

„odkrywców“ — nie jest na miejscu, o ile rzecz dotyczy wypowiedzi o „być mającem“: wypowiedzi te nie są prawdziwe, gdy rozumiane są w płaszczyźnie ujęcia normatywnego. Niewątpliwie, prawda matematyczna nie jest „stworzona“ przez osobę, po raz pierwszy prawdę tę wypowiadającą — i ze względu na osobę nie można danej wypowiedzi przypisywać cechy prawdy lub fałszu. Ale w układzie normatywnym nie zachodzi stwierdzenie adekwatności wypowiedzi o tem, co być powinno w stosunku do rzeczy, zjawisk, zdarzeń, stosunków, istniejących w rzeczywistości. Układ normatywny jest stwierdzeniem „ważności“ odniesienia do pewnych treści konkretnych. Prawdziwemi mogą być tylko treści—ważną może być tylko relacja do treści. I ważność ta jest zupełnie niezależna od tego, kto ją wypowiedział czy nakazał *).

„Ważność“ normy nie może być wywnioskowana z faktów. „Ratio“ normy jest w normie samej. Nie można przeto uznawać ważności takiego tylko układu, w którym: 1) bądź norma „stworzona“ została przez pewne czynniki realnej „siły“; 2) bądź czynniki te są wykonawcami, sprawiającymi, iż działanie normy jest przeciętnie — powszechne, niezależnie od tego, czy norma została przez nie stworzona, czy też była już dana, zaś moce realne, uznając je i aprobując, nadają im gwarancję; 3) bądź ze względu na przystosowanie się środowiska, w którem „działa“ norma — przystosowanie, sprawiające, iż „zachowanie się“ podmiotów automatycznie niejako uzgadnia się w rzeczywistości z relacjami, ustanowionemi w normie.

Przytoczone powyżej momenty, jakoby uzależniające ważność normy od czynników „zewnętrznych“ lub też stwierdzające tę ważność a posteriori, zależnie od „urzeczywistniania się“ normy samej, mają niewątpliwie znaczenie w płaszczyźnie rozważań socjologicznych. Wypadnie nam w dalszym toku rozważań zastanowić się nad zagadnieniem, czy i jak czynniki genetyczne i faktyczna dynamika normy mogą być powiązane z dziedziną „czystej“ normatywności. Obecnie zaś, rozważając normę, jako ważną w swej istocie, i nie przekraczając dziedziny poznania normatywnego, należy zaznaczyć, iż założenie ważności jest niezależne od czynników genetycznych i od działania normy w rzeczywistości. Należy pamiętać o tem, że, gdyby istota normy uzależniać się miała od istnienia jej „twórcy“, wówczas o całych szeregach norm nie można byłoby powiedzieć, że są niemi: któż jest bowiem „twórcą“ prawa zwyczajowego? Przenośnie i hypostazy, wyjaśniające, jakoby ważność tego prawa i warunkujące podstawność jego działania,

---

*) Z powyższem zastrzeżeniem zgodzić się można na twierdzenie F. KAUFMANNA j. w. str. 77: „Die motivierende Norm und der Urheber einer Norm sind unmögliche Gegenstände im prägnanten Sinne“.

nie są wyjaśnieniami „normatywnemi". Z drugiej zaś strony, twierdzenie, że ważność norm „zwyczajowych" uzależnia się od jakiegoś wyraźnego czy domyślnego uznania przez pewne czynniki „decydujące" — nie wyjaśnia wcale ich żywotności, ani też właściwej im częstokroć mocy „derogacyjnej", niezależnej od najsurowszych zakazów. Zresztą, nawet w zakresie t. zw. prawa stanowionego, tegoż działanie nie uzależnia się bynajmniej od jakiejś „twórczej" woli tych czynników realnych, którym potocznie przypisuje się powołanie normy do życia. Powiązanie pewnych układów treści w specyficznej relacji normatywnej mogło już być dane w rzeczywistości, nim je czynniki „prawotwórcze" opatrzyły swem „placet". W zakresie „prawostanowienia" obowiązuje zasada: ex nihilo—nihil.

T. zw. „twórcy" znajdują się częstokroć już w obliczu uporządkowań „istniejących"—co najwyżej, nadają im sankcję, t. j. ustalają, że to, co jako „być mające" już było uznane, również zostaje uznane przez „twórców". Niewątpliwie, istnieje samoistny zakres „twórczości" w prawostanowieniu; wszakże przy przypuszczeniu, że norma tylko wówczas posiada znaczenie, jeśli może być ustalona jej geneza, może być wskazany twórca, który ją realizuje i gwarantuje—okazałoby się, że znakomity zakres normatywności nie mógłby być uznany, jako taki, albowiem nie masz rzeczywistego twórcy, jest tylko „naśladowca" czy „obrońca" normy już istniejącej. Normy, które „powstały" w drodze zwyczajowej, normy, które ważność swą zawdzięczają ujęciu intuicyjnemu i które bądź przezwyciężają rygory prawa stanowionego, bądź sprawiają jego charakterystyczne przekształcenia, normy wreszcie, które ustalają legiści i jurysprudencja — nie mogą być ignorowane przez żadnego „twórcę". Twórca jest częstokroć tylko odtwórcą *). Rola „twórcy" jest częstokroć fikcją. Ileż razy ci, którym przypisuje się znaczenie czynników „nakazujących" — niczego, w istocie rzeczy, nie nakazują, ani zakazują, „uznają" tylko relację normatywną, już przez „kogoś innego" ustaloną. Mam tu na myśli nie tylko recepcję dobrowolną, lecz również recepcję „przymusową" — gdy np. „twórca" rewolucyjny nie odmawia mocy obowiązującej tym dziedzinom norm poprzednio istniejących, które nie znajdują się w sprzeczności z układem nowym. Wiadomo jest również, że przy przekształceniach międzynarodowych „nowe" czynniki twórcze, powstające na obszarach cedowanych lub wyobrażające władzę w państwach wskrzeszonych czy też na nowo powstających, bynajmniej nie obalają uno actu systemu norm, który istniał czy był stworzony przez dawniejsze,

*) Por. słuszny wywód EHRLICHA, Grundlegung der Soziologie des Rechts 1913 str. 314: „Der Schwerpunkt der Rechtsentwicklung lag seit jeher nicht in der Staatstätigkeit sondern in der Gesellschaft selbst und ist auch in der Gegenwart dort zu suchen. Das gilt nicht bloss von den Rechtseinrichtungen, sondern auch von den Entscheidungsnormen".

usunięte czyniki „prawostanowiące". Jeśli się mówi, że to dawne, narzucone (częstokroć „znienawidzone") prawo nadal istnieje i przypuszcza się przeto fikcję jego ciągłości — wyłącza się tem samem jakąkolwiek samoistną funkcję prawotwórczą „nowej" władzy. Albowiem „uznanie" czegoś już istniejącego nie jest stworzeniem czegoś nowego, chociażby uznanie to wyłączało (i zresztą wyłączać musiało) tożsamość t. zw. źródła prawa.

Z drugiej zaś strony, twierdzenie, że ważność normy może być tylko odpowiednikiem stałej i przeciętnie powszechnej jej aktualizacji — wymagałoby ustalenia, że norma wówczas tylko za taką uznaną być może, gdy działa w rzeczywistości. Należałoby więc ustalić, jaki ma być „stopień", jakie ma być „napięcie" normy, ażeby ją za taką uznać można było? I tutaj przedewszystkiem nasuwałaby się kwestja, czy z tego, że coś urzeczywistnia się i aktualizuje w pewnym „stopniu", należy wnioskować, że to quid p o w i n n o urzeczywistniać się i aktualizować? Takie ujęcie musiałoby wyłączać zasadnicze rozgraniczenie dziedziny faktyczności i normatywności. Powodowałoby pozatem, że pojęcie normy prawnej, a tem samem pojęcie prawa, byłoby uzależnione od wskazań dla normy nie adekwatnych. Ważność normy byłaby funkcją ziszczenia się c e l u normy. Co do każdej normy musiałby być uskuteczniony eksperyment: o ile będzie sprawdzone, że norma jest „zdolną do życia" — o tyle jest normą. To stosowanie sprawdzianów socjologicznych *) byłoby nie tylko błędem metodologicznym, lecz spowodowałoby również zupełną niepewność w ujęciu normy. Mielibyśmy wówczas do czynienia z mętnem pojęciem prawa, uzależnionem od przeciętnego napięcia aktualizacji. W przewidywaniu takiego zarzutu przypuszczają niektórzy teoretycy (np. SOMLO), że wogóle pojęcie prawa ściśle i dokładnie określone być nie może. Nie może być jakoby mowy o precyzyjnie „oszlifowanem" pojęciu prawa **). Takie założenie przypuszcza „rozciągłość„ pojęcia, jego zależność od probierza przeciętnej powszechności i zawsze możliwej dopuszczalności wyjątków ***). Wszakże gdy rzecz dotyczy ustalenia „zna..

---

*) Por. w tym przedmiocie wywody KANTOROWICZA, Rechtswissenschaft und Soziologie 1911 str. 23 n.

**) F. SOMLO j. w. str. 106: „Die „Geränderheit" gehört eben mit zu den Eigenschaften des Rechtsbegriffes. Wer einen ganz scharf geschliffenen Begriff des Rechtes zu geben versuchte, der hätte seine Aufgabe bereits eben dadurch verfehlt".

***) Ten błąd popełnia KIPP (W i n d s c h e i d—K i p p, Lehrbuch der Pandekten, wyd. VIII 1900 T. str. 68: przypis.), który krytykując ujęcie prawa w teorji STAMMLERA i uznając zresztą, że odpowiada ono „znaczeniu" prawa („Sinn des Rechts"), wprowadza czynnik przeciętnie powszechnego działania normy. W ten sposób określenie normy staje się niemożliwe „Recht ist nur diejenige ihrem Sinne nach unverletzlich geltenwollende Regel des Zusammenlebens, weiche im allgemei-

czenia“ normy, nie może być mowy o włączeniu cech przypadkowych, od samej istoty pojęcia niezależnych. I czyż możliwe byłoby „wytłomaczenie“ normatywności przez jakieś specyficzne ukształtowania sfery faktów? Prowadzić by to musiało do uznania, że tej sferze przypisać można jakieś bliżej nieokreślone własności, powodujące przemianę „faktu“ na „normę“. Gdy z jednej strony norma uznawana byłaby za taką zależnie od stopnia jej przeciętnie powszechnej ziszczalności, z drugiej strony „fakt“, w znaczeniu prawidłowości powtarzania się pewnych zdarzeń, motywacji i reakcji, byłby causa efficiens normy. Interpretacji pojęciowo-systematycznej, uzależniającej istotę normy od pewnych cech jej ziszczalności w życiu rzeczywistem, odpowiadałyby próby wyjaśnienia genetycznego, wywodzące pojęcie prawa z t. zw. „normatywnej mocy faktów“ (G. JELLINEK). Obie interpretacje byłyby „dwiema stronami medalu“.

Jasną jest rzeczą, że zasadą ważności normy nie może być ani rzeczywiste jej ziszczenie (czy też przewidywanie „prawdopodobnej“ prawidłowości tego ziszczenia), ani taki układ, któryby jako pewne powiązanie motywacji faktów (przedstawienia o posłuszeństwie, pożyteczności, konieczności i t .p.), wyobrażał wytworzoną przez te powiązania „nadbudowę“ normy. Zarówno „ sprawdzanie“ pojęcia normy przez fakty ziszczania się, jakoteż „wyprowadzanie“ tego pojęcia z jakiejś ziszczającej się prawidłowości jest metodologicznie błędne. Nie można sprowadzać normy do czegoś, co nie jest normą, ani też sprawdzać istoty normy przez konstatowanie ziszczenia lub nieziszczenia się czegoś, co było ujęte przez normę, lecz co per se normą nie jest *).

Zagadnienie zasady poznania w poznaniu prawnem nie wykracza poza dziedzinę normy; inne rozwiązania kryją w sobie sprzeczność, właściwą wszelkim analizom „prawnej zasady prawa“ i wynikającą z błędnych połączeń normy z t. zw. czynnikami pozaprawnemi.

---

nen, Gehorsam findet und ausnahmsweise nicht. Auf der in diesem Sinne allgemeinen Anerkennung, zu unterscheiden von der Anerkennung aller und Anerkennung des einzelnen, beruht m. E. alles Recht“

*) NELSON, Die Rechtswissenschaft ohne Recht j. w. str. 21, str. 52 n. słusznie zaznacza, że założenie ważności normy jest postulatem, który nie może być uzasadniony przez czynniki „pozanormatywne“ czyli metaprawne. „Denn wenn die rechtliche Erheblichkeit einer Tatsache nur in der Bedeutung besteht, die sie auf Grund des Rechtsgesetzes hat, so kann man nicht umgekehrt die Verbindlichkeit des Rechtsgesetzes auf die rechtliche Erheblichkeit einer Tatsache gründen“ str. 53. Wyjaśnienie tego problematu przez przypuszczenie „prawotwórczej sprawiedliwości“ (rechtserzeugende Gerechtigkeit), której przypisuje się własności jakiejś „siły mistycznej“ (por. GAREIS ‚Vom Begriff Gerechtigkeit 1907 str. 7 n.). prowadzi do problematyzacji metafizycznej, Jak zaznaczył KANT (zob, GAREIS j. w. str. 9) wyjaśnienie bezpośredniego działania „prawa“ (normy), jako motywacji woli (Bestimmungsgrund des Willens), jest zagadnieniem, nie dającem się rozwiązać.

Utożsamienie „ważności“ z „działaniem“ jest stosowaniem metody, nie adekwatnej dla poznania normatywnego. Ważność ta nie jest ważnością treści, lecz specyficznego „odniesienia“ do treści. Jeśli odniesienie tworzy jedność z treścią, nie należy ze względu na „faktyczność“ treści przypisywać jej jakiejś roli odrębnej i — jak to czyni SANDER — uznawać w „funkcjonalnych związkach“ urzeczywistniania się identyczność ważności i działania.

Postulat „ważności“ nie kryje w sobie — wbrew mniemaniu SANDERA — żadnych założeń polityczno-etycznych, nie jest on również niedopuszczalną infiltracją pierwiastków metaprawnych, które miałyby być udowodnieniem rzeczywistości prawa; zdaniem SANDERA, zagadnienie dotyczyć powinno rzeczywistości „w“ prawie. W rozumieniu SANDERA pojęcia „ważności“ i „działania“ są identyczne. Nie istnieje przeto dla SANDERA pojęcie ważności normy, lecz operuje on przypuszczeniem ważności „w obrębie prawa“ („Geltung innerhalb des Rechtes“), co łączy się z konstrukcją normy, jako „stałości funkcji dynamicznych“ i rozumieniem faktyczności, jako podmiotowego ujęcia „zdarzeń prawnych“. Rzeczywistość prawa jest ciągłą syntezą („eine kontinuierliche Sythesis“), ujednostajnieniem odniesień pojęć prawnych do prawnie ważnych faktów *). W rozumieniu SANDERA wszelkie ujęcie „logiczne“ jest już samo przez się meta-prawne **); z chwilą, gdy prawo uważane jest, jako byt rzeczywisty („doświadczenie prawne“, jako odpowiednik doświadczenia przyrodniczego), i funkcja poznania jest jednoznaczna z t, zw. „postępowaniem prawnem“ (Rechtsverfahren), które odpowiadać ma procesowi poznania przyrodniczego — „czysta wola prawna“, jako jednoznaczna z „postępowaniem prawnem“, jest niczem innem, jak ciągłem „ziszczaniem się“ w rzeczywistości. Analogje pojmowania przyrodniczego muszą prowadzić do utożsamień: sądy i zdania prawa są dlategoteż dla SANDERA rzeczywistością realną, a pojęcia „ważności“ oraz „działania“ nie podlegają różniczkowaniu ***). Ale w takiem ujęciu pozostaje nie wyjaśnioną kwe-

*) SANDER, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung j. w. str. 553: „Nur in der Kontinuität der verfahrensmässigen Rechtsfunktionen gründet sich die Positivität (Realität) des Rechtes“.

**) SANDER j. w. str. 556: „Die „logische Ableitung“ des Rechtes bedeutet die dogmatische Einschiebung einer metarechtlichen Methode in die Sphäre des Rechtes, bedeutet die Sprengung und Verneinung der Eigengesetzlichkeit, der Souveränität des Rechtes“.

***) Por. trafną krytykę KELSENA, Rechtswissenschaft und Recht, Erledigung eines Versuchs zur Ueberwindung der „Rechtsdogmatik“ 1922 str. 42: „Indem er (scil. SANDER) das Recht als ein Sein im Gegensatz zur Rechtsdogmatik behauptet, erklärt er das Sein als identisch mit der „auf E m p f i n d u n g bezogenen Realität“ und dass „Realität“ nur

stja, w jaki sposób norma prawna ma być wyjęta z pod działania zasad poznania logicznego.

Wszelkie wyjaśnienia znaczenia normy przez wprowadzenie czynników faktycznych, rozumianych jako konieczne odpowiedniki, „byt“ jej uzasadniające, muszą być uznane za zaprzeczenie samoistności pojęcia normy.

Zarówno pogląd SANDERA, operujący analogją doświadczalnego „świata“ prawa, jakoteż ujęcia socjologiczne, gruntujące normę na faktycznej prawidłowości przebiegów lub uważające ją za „uogólnienie“ porządku przebiegów, ziszczających się „zgodnie“ z normą, muszą prowadzić do wyłączenia tego pojęcia. Nie mówię już o rozumieniu psychologicznem, w którem norma jest tylko swoistem przeżyciem indywidualnem i nie może być uważana za samoistną jednostkę znaczeniową. Uogólnienie prawidłowości, jako „źródła“, lub następcze uzależnianie bytu normy od trybu uprawidłowień jej ziszczania się — muszą prowadzić do nihilizmu prawnego. Jeśli nie zakłada się wówczas jakiegoś pierwiastka metafizycznego, rządzącego przebiegami zdarzeń, jako czynnikiem prawotwórczym, jeśli nie widzi się w prawidłowości ziszczeń jakiejś imanentnej „mocy“ — nie można wyjaśnić znaczenia normy.

Należy więc uciekać się do założeń metafizycznych, które w istocie rzeczy niczem innem nie będą, jak „usprawiedliwieniem“ — recte „uprawnieniem“ prawa. Dlaczego pewne „fakty“ stwarzają czy stwarzać powinny normę? Dlaczego pewne przystosowanie się faktów do normy jest doświadczalnym niejako probierzem jej istnienia? Ta problematyzacja i oparte na niej próby wyjaśnień nieodmiennie prowadzić muszą do tego, że „coś“, co normą nie jest — stwarza normę. Ta problematyzacja pozatem jest częstokroć wyjaśnieniem ex post. Dlatego, że istnieją pewne przedstawienia czy chcenia wyobrażalnego układu faktów, dlatego, że pewne przebiegi według pomyślanych przewidywań „przeciętnie“ sprawdzają się—ustala się „normatywność“ przebiegów. Ale przedstawienie czy chcenie pewnego przebiegu nie jest identyczne z normą, dla tego przebiegu miarodajną. Norma, w idealnem znaczeniu specyficznego odniesienia „powinności“ do pewnych treści, nie ma nic wspólnego z procesami psychicznemi o wyobrażalnych—koniecznych czy celowych—przebiegach faktów. Przebieg ten może być automatyczny, nieświadomy, instynktowny: układ zwyczajowy może być wynikiem, uwarunkowanym przez oddziaływanie czynników zewnętrznych, narzucających się bezpośrednio i dyktujących taki a nie inny sposób postępowania. Zbędnem byłoby

---

„eine Beziehung auf Empfindung bedeetet. Damit identifiziert er aber die sogenannte Wirklichkeit (Positivität) des Rechts mi der Wirklichkeit der Natur“.

przypuszczenie, że układ ten stworzył wiadomy sposób postępowania: jeśli można ustalić, że w tym trybie „przejawia się“ norma — faktyczny podkład przystosowania się będzie zupełnie obojętny. Bez znaczenia pozostaje okoliczność, że wyobrażalność układu jest równoznaczna z koniecznością wyobrażalności. Norma, ustalona przez osobę, która potrafi zmusić do zastosowania się, która przez zagrożenie pewnemi sankcjami, oddziaływującemi na psychikę ludzką, powoduje t. zw. „posłuszeństwo“ — nie przestaje być normą dlatego, że układ rzeczywisty zupełnie nie odpowiada pomyślanej o niej relacji. I nie dlatego przypisujemy takiemu zakazowi lub nakazowi charakter normatywny, że owo ustalenie poparte jest czy będzie poparte argumentami siły; owa siła okazać się może zawodną, stosowanie normy będzie sporadyczne. I nie wywodzimy normatywnego charakteru zakazu czy nakazu z jakichś „atrybutów“, przypisywanych osobie „ustalającej“; wystarczy stwierdzenie, że pewna faktyczność treści ujęta została, jako coś „być mającego“.

Wyjaśnienie znaczenia normy przez atrybuty, przypisywane „twórcy“ normy, wymagałoby dalszych wyjaśnień jakości tych atrybutów, zależnie więc od tej jakości ustalałby się byt normy. Jeśli „jakość“ ta nie mogłaby być sama przez się normatywną — znaleźlibyśmy się znowu w obliczu faktów, które pari passu mogłyby być zarówno konieczne, jakoteż przypadkowe. Przy takiem przypuszczeniu nie można byłoby znaleźć wytłomaczenia t. zw. norm intuicyjnych: jeśli odnośnie do pewnych faktów ustala się (a to ustalenie jest zupełnie niezależne od „atrybutów“, przypisywanych zwykle osobie ustalającego), iż z pewnego ich układu „powinny“ wynikać pewne konsekwencje — nie można takim ustaleniom odmawiać cechy „normatywności“ z tego względu, iż są one sprzeczne z innemi ustaleniami (jakiegoś odmiennego porządku), że są indywidualnie — zmienne lub, że szanse ich „urzeczywistnień“ są żadne czy minimalne. Twierdzenie, iż pewne normy są normami rzeczywistemi, inne zaś czemś niedoskonałem, niepewnem, niegwarantowanem, prowadzić musi do problematu: dlaczego pewne normy „powinny być“ kwalifikowane dodatnio, co do innych zaś „powinna być“ wskazana kwalifikacja ujemna czy wątpliwa. Taka problematyzacja wychodzi poza obręb normatywności i dotyczyć może wyłącznie intensywności działania normy, nie dotykając zupełnie analizy jej ważności. Z drugiej zaś strony, należy mieć na względzie, że w układzie faktycznym mamy częstokroć do czynienia z „prawidłowościami“, które nie mogą być podciągnięte pod kategorję normatywności. Z podaży towarów i popytu na towary, z braku lub z obfitości rąk roboczych wynikać mogą ukształtowania, wykazujące w swem przebiegu pewną prawidłowość, pewną zależność skutków od przyczyn; jednakże nie można wówczas powiedzieć, że zachodzą w tych wypadkach konsekwencje, rozumiane, jako odniesienie „powinności“ do

pewnych treści. Inflacja, wywołana przez nadmierną emisję pieniędzy papierowych, powoduje pewien układ, w którym w zależności od wiadomych przyczyn następuje spadek kursu, wzrost cen i t. d. Nie można wówczas powiedzieć, że jeśli emisja nastąpiła — „powinno“ również nastąpić specyficzne odniesienie do „skutków“. Nie można do tych ukształtowań stosować normatywności „technicznej“ — jak np. w tych wypadkach, w których dla osiągnięcia pewnego założonego celu p o w i n n o nastąpić pewne zachowanie się (stwierdzenie, że rolnicy sieją zboże w pewnych porach roku jest stwierdzeniem prawidłowości faktycznej, która normatywnie może być ujęta w wypowiedzi: siew p o w i n i e n nastąpić w określonej porze roku, jeśli zaś nie nastąpi — nie będzie zbiorów). Prawidłowość pewnych przebiegów, w której widzimy związanie przyczyn ze skutkami, nie prowadzi tedy sama przez się do ujęcia normatywnego: nie można powiedzieć, iż z powodu braku podaży rąk roboczych fabrykanci „powinni“ płacić za robociznę większe wynagrodzenie. Ukształtowanie „normatywne“ nastąpić może w tej dziedzinie zupełnie niezależnie od prawidłowości, warunkującej wzrost płacy roboczej. W faktyczności przebiegów „orjentacja“ fabrykanta jest kierowana pewnym układem jego interesów, chceń i zamierzeń, które z pod działania prawidłowości faktycznej wyłamać się nie mogą, o ile stosować się on „musi“ do t. zw. praw ekonomicznych. Nie znaczy to bynajmniej, że do tych praw t. j. do prawidłowości przebiegu stosować się on p o w i n i e n. Zamknięcie fabryki z powodu braku rąk roboczych lub z powodu, iż produkcja się nie kalkuluje — nie jest przejawem czy zastosowaniem jakiejś normy *).

Oczywistem jest, że przypuszczenie prawidłowości w ziszczaniu się normy, jako probierza sprawdzającego byt normy samej, jest ujęciem błędnem. Istota normatywności nie może być „mierzona“ czemś, co nie jest normą. MAX WEBER słusznie podkreślił znamienną alternatywę, ignorowaną częstokroć przez teoretyków prawa; w rozważaniu prawnem możliwa jest tylko jedna z dwóch ewentualności — norma prawna o określonem znaczeniu jest ważna lub nie ważna (stosunek prawny istnieje lub nie istnieje). To: aut — aut jest obojętne dla ujęcia socjo-

*) Na odrębne znaczenie tego aspektu zwrócił uwagę MAX WEBER j. w. str. 17: „Diese Erscheinung: dass Orientierung an der nackten eignen und fremden Interessenlage Wirkungen hervorbringt, welche jenen gleichstehen, die durch N o r m i e r u n g (podkr. moje) — und zwar sehr oft vergeblich zu erzwingen gesucht werden, hat insbesondere auf wirtschaftlichem Gebiet grosse Aufmerksamkeit erregt... Sie gilt aber von allen Gebieten des Handelns in ähnlicher Art, sie bildet in ihrer Bewusstheit und inneren Ungebundenheit d e n p o l a r e n G e g e n s a t z (podkr. moje) gegen jede Art von innerer Bindung durch Einfügung in blosse eingelebte „Sitte“, wie andererseits gegen Hingabe an wertrational geglaubte Normen“.

logicznego, operującego kategorją prawdopodobieństwa, możliwych przewidywań i szans *).

I na tej zasadzie polega zróżnicowanie metodologiczne; dla ujęcia normatywnego punktem wyjścia jest zagadnienie idealnej ważności normy, czemu odpowiadać powinno ustalenie „znaczeń“ normatywnych; natomiast, rozważania socjologiczne i psychologiczne wychodzą z założeń odmiennych: idzie o ustalenie przebiegu wydarzeń faktycznych i wyjaśnienie, czy w przebiegach tych stwierdzić się daje prawdopodobieństwo prawidłowości (szansa) w tem znaczeniu, że poszczególne jednostki, biorące udział w działaniach zbiorowych, uważają ustalenia uporządkowań społecznych za subjektywnie obowiązujące, a przeto wiążące „orjentację“ ich działań faktycznych; ta motywacja jest ważna w odniesieniu do tych jednostek, które rozporządzają możnością faktycznego wpływu na przebiegi działań społecznych. W rozumieniu socjologicznem ważność „uporządkowania“ (jednoznacznego z normą) jest szansą faktycznego ziszczenia się orjentacji, kierującej się przedstawieniami o istnieniu „uprawnionego“ porządku. W rozumieniu normatywnem treść znaczeniowa normy jest niczem innem, jak tem „co być powinno“, zupełnie niezależnie od stopnia prawdopodobieństwa (szansy) aktualizacji. Niezupełnie słusznie uważa KELSEN sformułowanie WEBERA, jako nieodpowiadające ścisłemu rozgraniczeniu dwóch odrębnych dziedzin ujęcia; albowiem WEBER stale i konsekwentnie zaznacza różnicę, zachodzącą pomiędzy szansą faktycznego ziszczania się pewnych przebiegów, a treścią znaczeniową normy, do tych przebiegów odniesioną. W rozumieniu WEBERA t. zw. szansa jest niczem innem, jak generalizacją „faktyczności“ — czyli rzeczywistą (podmiotowo uważaną za prawdopodobną) orjentacją „według“ ustalonych wskazań normatywnych. Jest więc ona jako „działanie“ (czy „możność działania“) najwyraźniejszą przeciwstawnością „ważności“, która z faktycznością czy prawdopodobieństwem ziszczenia pojęciowo nic wspólnego nie ma. WEBER nie utożsamia normy z szansą, zgodnie z którą przebiegi, odpowiadające ujętym w normie treściom, mają się ziszczać. Z chwilą, gdy mówi się o postępowaniu „zgodnem“ z pewnem uporządkowaniem lub gdy odpowiednio kwalifikuje się przekroczenia czy naruszenia ustalonego porządku — dla takiego rozumienia może być jedynie adekwatnem ujęcie normatywne: byłoby bowiem pozbawione wszelkiego znaczenia twierdzenie o naruszeniu lub przekraczaniu czegoś, uważanego za „prawidłowość faktyczną“. Konieczność rozgraniczenia i wyodrębnienia odmiennych sposobów

*) M. WEBER j. w. str. 14: „Die für die j u r i s t i s c h e Betrachtung unvermeidliche Alternative, dass ein Rechtssatz bestimmten Sinnes entweder (im Rechtssinn) gelte oder nicht, ein R e c h t s verhältnis entweder bestehe oder nicht, gilt für die soziologische Betrachtung also nicht“.

ujęcia musi prowadzić — wbrew twierdzeniu KELSENA — do wyłączenia aspektu normatywnego z dziedziny rozumowań socjologicznych *).

„Egzystencję“ normy należy uważać za równoznaczną z jej „ważnością“. W tem rozumieniu należy również przypuścić utożsamienie ważności z „pozytywnością“ — oczywiście, nie w znaczeniu faktyczności, ani też w znaczeniu procesu stanowienia normy („Gesatztheit“ według terminologji KELSENA), gdyż pozytywną jest każda norma niezależnie od sposobu jej powstania. Normy intuicyjne są w takim samym stopniu pozytywne jak każde inne, nie bacząc na ich „charakter“ indywidualny, zmienny i prima facie częstokroć nieokreślony **).

Należy zaznaczyć, iż w teorji prawa pojęcie „ważności“ częstokroć utożsamiane bywa z pojęciem „działania“. STAMMLER np. rozumie „ważność“ („Geltung“), jako „możność urzeczywistnienia“ ***); gdy zaś możność ta nie należy do zespołu cech, określających pojęcie prawa, słusznie stwierdza, że pra-

---

*) Jeśli WEBER odmiennie rozumie „ważność“ (Geltung) pewnego uporządkowania — tłomaczy się to względem, iż rozważa normatywność w dynamice ziszczających się przebiegów społecznych, a więc kieruje się wyłącznie aspektem socjologicznym. Zaznacza wszakże wyraźnie j. w. str. 17 „Zwischen Geltung und Nichtgeltung einer bestimmten Ordnung besteht also für die Soziologie nicht, wie für die Jurisprudenz (nach deren unvermeidlichem Zweck) absolute Alternative.“ W dalszych rozważaniach (które, jako wydanie pośmiertne, wyszły z druku po ogłoszeniu krytyki KELSENA) wyraźnie i dobitnie podkreśla różnicę pomiędzy aspektem normatywnym a socjologicznym: str. 368: „Wenn von „Recht“, „Rechtsordnung“, „Rechtssatz“ die Rede ist, so muss besonders streng auf die Unterscheidung juristischer und soziologischer Betrachtungsweise geachtet werden. Die erstere fragt: was als Recht ideell gilt“. Ważność rozumiana jest jako dana par se (str. 369 „um ihrer selbst willen“). WEBER bynajmniej nie ignoruje zasadniczej różnicy pomiędzy istotą normy, równoznaczną z jej ważnością, a faktycznością działań, ujętych w normie i posiadających, jako jej treść, znaczenie specjalne (por. krytykę KELSENA, Der soziologische der juristische Staatsbegriff j. w. str. 156 n., str. 160), Ryzykownem wydaje się twierdzenie KELSENA, że „państwa“ (a tem samem: „normy“) w ujęciu socjologicznem nie można rozumieć inaczej jak „normatywnie“ (j. w. str. 163). Jeśli — jak powiada KELSEN — socjologja musi „bardzo często“ („sehr häufig“) być jednocześnie jurysprudencją, nie znaczy to, że musi nią być zawsze. „Treść“ normy może być rozważana niezawiśle od relacji normatywnej. Takie rozważanie, eliminujące ważność znaczeniową normy, będzie rozważaniem socjologicznem, gospodarczem, politycznem: wówczas przedmiotem badania jest bądź geneza, przekształcenie i zanik treści przez normę ujmowanych, bądź też proces ustalenia normy, niezależnie od cech ważności.

**) Por. trafną problematyzację NELSONA, Die Rechtswissenschaft ohne Recht j. w. str. 9 „Hört aber die Rechtsnorm darum auf, ein Sollen zu sein, weil das, was sie fordert, wirklich geschieht? Wird sie dadurch ihrerseits zu einem Gegenstand der Wissenschaft vom Seienden? Wenn eine Norm gilt, so ist das, was sein soll, ein Seiendes. Keineswegs aber wird dadurch das Sollen selbst zu einem Seienden“.

***) STAMMLER, Lehrbuch j. w. § 67, § 68: „Das Gelten eines Rechtes ist die Möglichkeit es durchzusetzen“.

wo „działające“ jest tylko częścią prawa „pozytywnego“ (Das geltende Recht ist nur ein Teil des positiven Rechts). Pojęcie ważności, jako odpowiadające możności aktualizacji, traci wówczas swe znaczenie samoistne. Zastąpienie tego pojęcia przez termin „Gültigkeit“ nasuwa szereg wątpliwości: STAMMLER rozumie ten termin jako „rzeczowe uzasadnienie danej treści prawnej“, nie przypisując mu znaczenia samoistnego i uważając odróżnienie „Gültigkeit“ i „Geltung“ za pewną finezję terminologiczną, umożliwiającą wyłączenie dwuznaczności *). Pomieszanie pojęć działania normy w znaczeniu „gwarancji“, jako tendencji „obowiązywania“, z jej ważnością, jako „przekonaniem“ o mocy obowiązującej, prowadzi do utożsamienia przedstawień o wiążącej mocy normy z jej istotą. Ten znamienny błąd popełnia G. JELLINEK **) twierdząc, że „pozytywność prawa polega zawsze na p r z e k o n a n i u o jego ważności“. Byłoby to sprowadzenie ważności prawa do motywacji psychicznych, a więc skutkowałoby wyłączenie objektywacji normy ze względu na konieczną przypadkowość „ocen“ i przekonań indywidualnych. Pomieszanie terminów „Geltung“ i „Gültigkeit“ prowadzi — jak to wykazał NELSON — do nieodróżniania właściwej prawu tendencji obowiązywania od „obowiązywnia“, jako takiego t. j. do utożsamiania „działania“ z „ważnością“ ***).

Normatywna teorja prawa operuje terminami „ważności“ i „działania“ (KELSEN: „Geltung“ — „Wirkung“), przypisując tylko temu pierwszemu znaczenie cechy istotnej. W tem rozumieniu terminy „Geltung“ i „Gültigkeit“ są jednoznaczne. Gdyby ten ostatni termin rozumieć należało w znaczeniu „podstawności“ prawa, jako momentu uzasadniającego i usprawiedliwiającego — musielibyśmy przekroczyć dziedzinę rozważań normatywnych; zagadnienie „prawa prawa“ jest problematem metafizycznym ****). W dziedzinie ujęcia normatywnego mówić

---

*) STAMMLER, Lehrbuch § 68 uw. 5 („sachliche Begründetheit“) § 98 in fine.

**) JELLINEK, Allgemeine Staatslehre II wyd. 1905 str. 325, 326 „Die Positivität des Rechtes ruht daher in letzter Linie immer auf der U e b e r z e u g u n g von seiner Gültigkeit. Auf dieses rein subjektives Element baut sich die ganze Rechtsordung auf“. Por. trafne uwagi krytyczne NELSONA j. w. str, 17 „Nun wenn der Begriff der Rechts schon anderweits bestimmt ist, ist es möglich, sich von etwas zu überzeugen, dass es Recht ist... Jede Rechtsüberzeugung wäre nur die Ueberzeugung von einer Rechtsüberzeugung, was sich selbst widerspricht“.

***) NELSON j. w. str. 16 n., 120, 121: „die beiden Bedeutungen des Wortes „Geltung“ zu unterscheiden, das einmal im Sinne des dem positiven Recht innewohnenden Anspruchs auf Verbindlichkeit, sodann aber im Sinne der Verbindlichkeit selber gebraucht wird“.

****) BAUMGARTEN j. w. T. I str. 152 „Das Recht ist eigentlich gültig nur wenn es geltend ist, es ist aber nicht genau (!) so gültig, wie es geltend ist und nur so wie es gültig, nicht so wie es geltend ist,

należy jedynie o „ważności“, eliminując zarówno zagadnienia „usprawiedliwienia“ jakoteż kwestje „urzeczywistnienia“. Działanie normy, jako faktyczność, może być rozumiane tylko eksplikacyjnie.

ROZDZIAŁ PIĄTY.

NEGACJA NORMATYWNOŚCI PRAWNEJ.

§ 17.

Wyłączenie aspektu normatywnego.

Ujęcie prawa w płaszczyźnie rozumienia normatywnego oparte jest na zasadniczem założeniu tożsamości prawa i normy.

Odrzucenie tej tożsamości i wyłączenie aspektu normatywnego prowadzi — poza ujęciem metafizycznem — do rozważań psychologicznych lub socjologicznych, które przypuszczać muszą prawo jako coś istniejące faktycznie; przyczem introspekcja i „rzutowanie“ pewnych przeżyć, jakoteż analiza genezy i przemian ewolucyjnych czy zanikowych pewnych ukształtowań przypuszcza jakieś swoiste znaczenie badanego „przedmiotu“.

Badanie to nie wyjaśnia wszakże istoty prawa; wykazuje jedynie, dlaczego i w jakiej postaci przejawia się ono w psychice ludzkiej, co jest przyczyną jego powstania, zmian rozwojowych i zaniku, jakie są jego relacje do zdarzeń i układów „odmiennego“ porządku.

Rzecz jasna, że przy takiem ujęciu ustalenie, czy prawo jest normą, czy też nią nie jest — nie posiada znaczenia decydującego. Nie idzie bowiem o jego „istotę“, lecz o zbadanie jakości czy intensywność przeżyć psychicznych lub o analizę zdarzeń i układów społecznych, którym nadaje się miano „prawnych“. Ta adjektywizacja warunkowana jest względami „terminologicznemi“ i nie wyjaśnia, dlaczego np. przeżycia imperatywno-atrybutywne należy kwalifikować, jako prawne? Niekiedy zaś przypuszcza się cechy prawa ze względu na czynniki, którym właściwe są

---

ist es Recht im Sinne des Gegenstandes der Rechtswissenschaft“, Zdanie to będzie zrozumiałe, i zresztą tylko w drugiej części słuszne („und nur so wie es gültig, nicht so wie es geltend ist, ist es Recht“), jeśli termin „gültig“ zastąpimy przez „geltend“ (ważność), termin zaś „geltend“ przez „wirksam“ (działanie). Odróżnianie tych dwóch cech posiada b. ważne znaczenie w dziedzinie socjologji prawa, gdzie, oczywiście, kładzie się głównie nacisk na „działanie“, nie zaś na „ważność“ normy. Zob. np. SINZHEIMER „Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft 1909, str. 7 n. „Denn nicht alles geltende Recht ist wirksam und nicht alles wirksame Recht ist ausgesprochen“. To drugie twierdzenie znaczy, że nie każde działające prawo jest prawem „stanowionem“ (str. 12 „in gesetzlichen Regeln nicht ausgesprochen“), niemniej wszakże to „niewypowiedziane“ prawo jest ważne, inaczej nie byłoby normą,

atrybuty mocy, możności oddziaływania, realizowania zamierzeń, skuteczności reakcji i sankcji; stąd przez podstawienie składników „politycznych“, przez przypuszczenie częstej w rozważaniach socjologicznych ekwiwokacji „państwa“, nadaje się badanym ustosunkowaniom znamiona „prawności“. Zdarza się również „odwrócenie“ motywacji: analiza ustalająca, że pewnym ukształtowaniom społecznym właściwy jest charakter stałości, uporządkowania bronionego przez sankcje przymusowe, analiza stwierdzająca pewien paralelizm przedstawień o konieczności czy pożyteczności takich uporządkowań — dochodzi do wniosku, że tylko takie ukształtowanie stosunków i ich przebiegów winno być kwalifikowane jako p r a w n e.

Jakkolwiebądź, ujęcia psychologiczne i socjologiczne nie ignorują kategorji „normatywności“, rozumieją ją tylko odmiennie, wobec właściwego im trybu i sposobu badania, wychodzącego z założeń o istniejącem. „To co być powinno“ jest w ich ujęciu bądź istniejącem przeżyciem, reakcją psychiczną, bądź rzeczywistem ziszczeniem czy rzeczywistem niezastosowaniem się do realnie oddziaływujących i motywujących wskazań normatywnych.Przedmiotem ich badań nie jest zagadnienie, czem jest norma, jako przedmiot idealny, lecz problemat „odbicia“ normy w psychice i „działania“ normy w środowisku społecznem.

Wszakże i w ujęciach teoretycznych, uwzględniających samoistną odrębność dziedziny normatywnej i zdających sobie sprawę z odmienności przedstawień „o tem co być powinno“, spotykamy pogląd, wyłączający zasadniczą tożsamość pojęcia normy i pojęcia prawa.

Takie postawienie zagadnienia wynika bądź z tendencji jaknajściślejszego wyodrębnienia prawa z zespołu układów, uważanych za rodowód prawa lub kwalifikowanych, jako z nim „pokrewne“; bądź też z poglądu, iż pewne „wskazania“, ze względu na ich charakter empiryczny lub ze względu na ich „adresatów“, nie mogą być uznane za normy sensu stricto *).

Podstawą takiego ujęcia może być również dążenie do uznania „norm“ prawnych, jako przejawów wtórnych, wynikających z uporządkowań odmiennej kategorji i tworzących ich specjalną sankcję.

Teorja BINDINGA polega na odróżnianiu norm dwojakiego porządku: dane są ustalenia, stwierdzające (w for-

*) Nie mam tu na myśli teorji SANDERA, który wyłącza pojęcie normatywności, przypuszczając, iż takie ujęcie prowadzi do utożsamienia prawa z moralnością. Por. Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung j. w. str. 547: „Denn solange „Recht“ als „Norm“ aufgefasst wird, gibt es überhaupt kein spezifisches, von der Moral verschiedenes positives Recht, welches sich von der Moral, der Ethik verschieden nur dann darstellt, wenn es nicht auf menschliche Subjektivitäten bezogene Normen, sondern einen kontinuierlichen, also objektiven Zusammenhang synthetischer Urteile bedeutet“.

mie imperatywnej) pewną powinność: ustalenia te, jako normy, są przypuszczeniem dalszych konsekwencji, dotyczących ukształtowań, związanych z „naruszeniem“ wskazań, nie uwydatnionych wyraźnie w systemie prawa. Aczkolwiek BINDING uznaje owe normy zasadnicze jako „zdania prawa wyraźnie nie wypowiedzianego“ (Satz des ungesetzten Rechts) — wszakże to przypuszczenie „ nie ustalonego wyraźnie uporządkowania“, warunkującego, jako imperatyw samoistny, byt wtórnych i zależnych zdań sankcjonujących (wypowiedzianych, jako „ściśle“ prawne), domniemywać pozwala w tych „pierwszych imperatywach“ zależność i związek z normatywnością „poza prawną“. Pomijając charakterystykę normy, jako imperatywu, zaznaczyć należy, że, aczkolwiek BINDING buduje swą teorję na zasadniczem przypuszczeniu „normatywności“ prawa, jednakże izolacja sankcjonujących zdań prawnych od t. zw. norm podstawowych dopatrywać się każe w tych ostatnich — kategorji uporządkowań natury „odmiennej“, nie — prawnej.*). „Prawność“ zaciera się i sprowadzona zostaje do rzędu nakazów moralnych. Stąd też wynika możność odrzucenia „obowiązku“ prawnego, który będzie rozumiany jako pochodzący i wynikający z nakazów społecznych lub, najogólniej mówiąc, moralnych. Pozatem, te zdania prawne, które są sankcjami i skutkami przekroczeń normy, nie są uważane przez BINDINGA za normy właściwe.

Moment podporządkowania uwydatniony został w znanej teorji M. E. MAYERA, który normie prawnej odmawia znaczenia samoistnego, uważając ją nie za pochodną jakiegoś odrębnego uporządkowania, lecz utożsamiając ją z t. zw. normami kulturalnemi. Przez normy kulturalne rozumie M. E. MAYER zakazy i nakazy, na podstawie których społeczeństwo żąda zachowania się, odpowiadającego jego interesom**). Norma prawna sama przez się nie posiada mocy obowiązującej; obowiązek prawny jest tylko obowiązkiem wtórnym, ważnym o tyle,

---

*) Zwolennik teorji BINDINGA — WUNDT zaznacza, że jej oponenci, kierując swe zarzuty przeciwko wyodrębnieniu normy, mają na celu podkreślenie „powszechności“ normy w zakresie prawa i jej samoistnego znaczenia „Man könnte daher sagen, die Gegner jener Theorie seien nur deshalb, weil sie der Norm auf diesem Gebiete einen höheren. Wert beilegen als ihre Anhänger, die sie in ihrer spezifischen Bedeutung in bestimmte Grenzen einschränken wollen“ (Völkerpsychologie T. IX. Das Recht 1918 str. 208, 209). WUNDT zaznacza niesamoistność tak rozumianej teorji normy prawnej, zredukowanej do wyższych wskazań, z „woli wspólnoty“ wynikających. Czyli: norma prawna „„wynika“ z ustaleń odrębnej kategorji, którym jest podporządkowana.

**) M. E. MAYER, Rechtsnormen und Kulturnormen 1903, str. 16, str. 44, Rechtsphilosophie 1922 (Enzyklopädie der Rechts — und Staatswissenschaft herausg. von KOHLRAUSCH u. KASKEL) str. 38: „Kulturnorm ist die treffende Bezeichnung, zutreffend für Verbote und Gebote, durch die eine Gesellschaft das ihrem Interesse ensprechende Verhalten fordert“...

o ile uznany został przez państwo *); jest on tedy obowiązkiem moralnym, społecznym, ustalonym przez państwo, jako wyraz normy, miarodajnej dla organów państwowych. Pomijając niekonsekwencję teorji M. E. MAYERA, wynikającą z niemożności ujęcia norm, które pod względem „kulturalnym" są obojętne, jednakże w układzie prawnym niekiedy dominującą odgrywają rolę**) — zauważyć należy, że sprowadzenie norm prawnych do norm kulturalnych nie jest zaprzeczeniem normatywności prawa. Normatywność ta staje się wówczas niesamoistną; „źródłem" normatywności nie jest prawo, jako takie. Jednakże przez ustalenie specyficznych adresatów normy (organy państwowe) nie może być zaprzeczona jej samoistność, chociażby ze względu na swoisty „podmiotowy" kierunek normy. Wprawdzie, przez wprowadzenie zbędnego pojęcia „adresata", przypuszcza się czynnik dla normy zupełnie obojętny, jednakże ta specyficzna podmiotowość ujawnia samoistność normy, oczywiście, w zakresie znakomicie zwężonym.

W istocie rzeczy, redukcja norm prawnych do t. zw. norm kulturalnych jest błędna, nie tylko dlatego, że pojęcie norm kulturalnych jest nieokreślone i nakazuje dalszą redukcję do „normy" wogóle, jako pojęcia najwyższego, lecz i z tego względu, że w pojęciu M. E. MAYERA kultura jest czemś „istniejącem", pewnym stanem „doskonalenia się" („ein in der Vervollkommnung begriffener Zustand"); niekonsekwencja MAYERA polega na identyfikacji „kultury" i „normy kulturalnej"— przedmiotu i wartościowania przedmiotu. Pozostaje niewyjaśnione, jakie „normy" są ujęciem treści, nazwanej „kulturalną"? Przy równoznaczności norm kulturalnych z prawnemi— skąd bierze się wskaźnik, upoważniający do twierdzenia, że te, a nie inne właśnie normy kulturalne, są prawnemi, jeśli skądinąd nie może ulegać wątpieniu, że nie wszystkie (a tylko niektóre) normy kulturalne są czy uchodzą za normy prawne?***).

W zobrazowanych powyżej teorjach nie mamy do czynienia z negacją normatywności prawnej. Zbudowane są one bądź na przypuszczalnej konieczności wyodrębnienia czynników normujących, jako izolowanych od sankcjonujących zdań prawnych, bądź oparte są na przypuszczeniu zależności norm prawnych od norm innego (wyższego czy warunkującego) porząd-

*) M. E. MAYER. Rechtsnormen und Kulturnormen j. w. str. 51.

**) Co do tego punktu zob. krytykę KELSENA, Hauptprobleme, str. 374 n., str. 392 n.: „Mit dieser Ausnahme (t. j. przez wyłączenie ogólnych wskazań teorji odnośnie do norm kulturalnie obojętnych — np, przepisy administracyjnego prawa karnego) hat MAYER seine Theorie selbst aufgegeben", str. 393.

***) Por. trafną krytykę SAUERA j. w. str. 269—273. Słusznie zaznacza SAUER, str, 272: „MAYER hat das Normative an falsche Stelle gesetzt, und deshalb kann dieses für den Juristen nichts leisten". Argumentacji tej nie odparł M. E. MAYER w swej najnowszej pracy: „Rechtsphilosophie" j. w. str. 38, 39.

ku. W tych ujęciach normatywność prawna nie jest samoistna —jednakże normatywność zasadniczo nie zostaje zaprzeczoną, co zresztą jest zrozumiałe, albowiem utożsamienie lub podporządkowanie prawa jakiemuś układowi normatywnemu jest równoznaczne z istnieniem cech normatywnych w utożsamionem lub podporządkowanem. To samo powiedziećby należało o teorjach, wogóle utożsamiających dziedzinę moralności z dziedziną prawności, gdy norma prawna rozumie się bądź jako pochodna, bądź jako samoistna; aczkolwiek bowiem w zasadzie i w treści jest z norma moralną identyczna, lecz w sposobie zastosowania różna. W rozumieniu takiej samoistności „stosowania", norma moralna i prawna, upodobnione być mogą nie do dwóch koncentrycznych, lecz do dwóch przecinających się kół; wobec czego w pewnej mierze każda z tych dziedzin ma swój byt „samoistny". Nie analizując w tem miejscu podstawności takiego pojmowania *), winniśmy tylko skonstatować, że, niezależnie od sposobu ujęcia, zasada „normatywności" nie ulega zaprzeczeniu. Obojętne jest, że ta normatywność nie jest czysto prawna, że jest izolowana, pochodna, wtórna i t. d. To samo powiedzieć należy o teorjach, uzasadniających zasadniczą rozbieżność prawa i moralności. O ile teorje te nie są uogólnieniem rozbieżności obu dziedzin w ich przejawach aktualizacyjnych, a dążą do wykrycia leżących w ich podstawie idei kierowniczych — ustalać mogą jedynie różnice w strukturalnym wyglądzie, lecz nie w istocie norm samych. To znaczy: że przy uznaniu zupełnej odrębności prawa i moralności, idea normatywności — jedna dla obu dziedzin, różna wszakże w strukturze, motywacji, sposobie działania — nie może być wyłączona.

Rozważania o heteronomji i autonomji, o wewnętrzności i zewnętrzności, jako cechach odróżniających, nie wyłączają zasady normatywności w obu różnych zespołach. Typowa w tym względzie teorja KANTA, bynajmniej nie prowadzi do wyłączenia pojęcia normy w zakresie uporządkowań prawnych **).

Odmienne stanowisko zajął w tej kwestji BINDER. Wychodzi on z założenia, że prawo „prawnie" do niczego nie zobowiązuje i nie może być uważane za podstawę obowiązku. Obowiązki prawne są obowiązkami „względem prawa" („gegenüber dem Recht"), nie zaś obowiązkami, przez prawo ustalonemi („durch das Recht"). Nie znaczy to, ażeby prawo nie posia-

*) Por. E. HUBER j. w. str. 78: „Ethos und Recht haben daher, trotz der hervorgehobenen Uebereinstimmung im Gegenstand und Inhalt ein verschiedenes Anwendungsgebiet. Ein jedes bewegt sich in einem besonderen Kreis, Allein diese zwei Kreise fallen zum Teil zusammen, Ihre Verschiedenheit ist aber nicht so zu denken, dass der Kreis des Ethos der weitere und derjenige des Rechts der engere wäre",

**) E. KAUFMANN j. w. str. 60: „Wenn das „Gesetz" auch „Triebfeder" und „Maxime" ist, ist der Wille „moralisch"; wenn es bloss Beurteilungsnorm ist, ist der Wille nur „legal".

dało mocy wiążącej. BINDER wyraźnie zaznacza, że dane są obowiązki „względem prawa“ i chce przez to powiedzieć, że zdania prawne „funkcjonują“ w sposób odmienny, a więc „związanie“ prawem i przez prawo różni się zasadniczo od związania normą moralną i przez normę moralną. W normie moralnej mamy do czynienia ze związaniem świadomości indywidualnej, jako z założeniem działania wskazań moralnych; i to związanie nazywamy „zobowiązaniem“. Funkcjonowanie mechanizmu prawnego jest zupełnie odmienne: nie jest ono bowiem uwarunkowane przez reakcję świadomości indywidualnej na bezpośrednio czy pośrednio oczekiwane przezeń oddziaływania. Nakaz prawny nie tworzy obowiązku, jedynie przypuszczać może obowiązek, który wszakże nie jest „obowiązkiem prawnym“. Jego podstawą jest wyłącznie świadomość etyczna, wynikająca z uznania konieczności porządku prawnego. Moc obowiązująca prawa wywodzi się tedy nie ze świadomości prawnej, lecz uzasadniona jest przez wskazania etyczne. Dla obowiązku prawnego nie istnieje odpowiednik w jakiejś specjalnej, dlań adekwatnej normie. Odpowiednikiem tego obowiązku jest tylko i wyłącznie norma moralna. Stąd wynika zasadnicze twierdzenie BINDERA: „jest niemożliwością mówić o n o r m a c h prawnych“ *).

Teorja BINDERA oparta jest na tem założeniu, że zdanie prawne, jako imperatyw, nie kieruje się do jednostek, przynależnych do wspólnoty, jako do adresatów: jest ono nakazem wyłącznie dla organów władzy i ważność jego wynika z ziszczalności,rozumianej, jako skuteczność oddziaływania w rzeczywistości **). Eliminując pojęcie „obowiązku“, jako nie adekwatne dla imperatywów prawnych, zastępuje je BINDER przez pojęcie „odpowiedzialności“ (Haftung). Zasadą działania prawa jest „rzeczywista moc“ państwa, konieczna dla urzeczywistnienia prawa, a przeto konsekwencją porządku prwanego nie jest „obowiązek“, lecz stan „poddania się“. Prawo, jako moc realna urzeczywistnia się ratione imperii i nie ma potrzeby odwoływania się do „obowiązków“ ***).

Przy takiem postawieniu kwestji nie może być, rzecz oczywista, mowy o „normie prawnej“, jako wypowiedzi o czemś „co

*) BINDER, Rechtsnorm und Rechtspflicht 1912, str. 46: „Von N o r m e n des Rechts zu reden ist „unmöglich“ por. str. 37 n.; Rechtsbegriff und Rechtsidee 1915, str. 188 uw. 29, str. 220 n.: „Das Recht verpflichtet r e c h t l i c h zu nichts“.

**) BINDER, Rechtsnorm und Rechtspflicht 1912, str. 47: („Durchsetzbarkeit“); Rechtsbegriff und Rechtsidee 1915 str. 72 n. („Wirklichkeit des Rechts“).

***) BINDER, Rechtsnorm und Rechtspflicht str. 37 n.: „Die Konsequenz der Rechtsordnung besteht nicht in den Verpflichtetsein, sondern im Unterworfensein; das Recht ist reale Macht, die sich selbstherrlich durchzusetzen weiss und auf Verpflichtungen überhaupt nicht angewiesen ist“.

być powinno". Jeśli ważność prawa przypuszcza się o tyle tylko, o ile rozkaźniki prawne urzeczywistniają się lub uważane są za ziszczalne — wówczas ujęcie całokształtu porządku prawnego musi być wyłącznie socjologiczne. Jeśli wykładnikiem prawa jest „rzeczywista moc" państwa — zapytać należy, w jaki sposób może być uzasadniony przypuszczalny nakaz moralny, domagający się poszanowania porządku prawnego i zgodnego z prawem postępowania? Wszak tylko w tym zakresie uznaje BINDER pojęcie obowiązku i — eo ipso — normy moralnej. Pomijam już ten znany w teorji problemat „ wartości moralnej" porządku prawnego, który prowadzi do charakterystycznej antynomji: niezgodna z moralnością norma prawna uznana być musi za moralną ze względu na konieczność poszanowania układu prawnego w jego całości i w jego poszczególych częściach składowych.

Realizm BINDERA prowadzi w konsekwencji, do wywodów M. E. MAYERA o normie kulturalnej. Gdy ta ostatnia teorja nie wyjaśnia sprzeczności norm prawnych i nie uwzględnia ich obojętności w stosunku do wskazań norm kulturalnych — BINDER, podporządkowując rozkaźniki prawne bezwzględnym obowiązkom moralnym, musiałby uznać: rozkaźnik obowiązuje prawnie dlatego, że moralnym obowiązkiem jednostki jest konieczne poszanowanie porządku prawnego, niezależnie od tego, czy poszczególny nakaz jest uzgodniony z wymaganiami świadomości moralnej. I jeśli BINDER przypisuje wogóle nakazom prawnym charakter empiryczny — w jaki sposób uzgodnić się daje etyczny obowiązek poszanowania takich nakazów, które są tylko technicznie — utylitarne lub nic wspólnego z dziedziną moralności nie mają? *). Z drugiej zaś strony, przy rozumieniu „działania" nakazu prawnego, jako „wymuszonego poddania się" nie można wyjaśnić, w jaki sposób uzasadnia się autonomiczny obowiązek posłuszeństwa wobec układu, narzuconego z zewnątrz **).

---

*) Por. krytykę teorji BINDERA i M. E. MAYERA w pracy OERTMANNA, Rechtsordnung und Verkehrssitte insbesondere nach bürgelichem Recht 1914 str. 24: „das Gebot nicht zu töten ist nur ethisch, das Verbot auf dem Fahrrad über Fuss — und Bürgersteige zu fahren, juristisch".

**) NELSON, Die Rechtswissenschaft ohne Recht str. 210 „..dass, wollte man diese Erklärungen beim Worte nehmen, zu der durch die Uebermacht der Gewalt sonst nur erzwungenen Unterwerfung hier obendrein die Proklamation einer P f l i c h t zur Unterwerfung unter die blinde Gewalt hinzukäme, wodurch der aller Moral Hohn sprechende Charakter diese Lehre um so greller zu Tage treten würde".

§ 18.

Krytyka teorji negujących normatywność prawną.

Negacja normatywności prawnej wynika z nieistotnego powiązania nakazów prawnych z jakoby imanentną dla nich podstawą etyczną, przy jednoczesnem pojmowaniu prawa w płaszczyźnie ujęcia empirycznego.

Zaznaczyć należy, że wyłączenie normatywności nakazu prawnego ze względu na adresata nakazu nie jest argumentem stanowczym. Pomijając już wzgląd, że „adres" normy jest dla jej istoty zupełnie obojętny, nie można zaprzeczyć, że uznanie organów władzy, jako jedynych adresatów, właśnie przypuszczać każe charakter normatywny nakazu — wprawdzie w odniesieniu tylko do pewnej kategorji osób. Negując „obowiązek" organów, wyrażający się w stosowaniu i wykonaniu nakazów prawnych — trzeba byłoby przypuścić tylko ich „odpowiedzialność"; wątpliwem jest, czy zgadzałoby się to z „kategorycznością", właściwą nakazom, jakoby tylko do organów władzy kierowanych. Przypuszczając zaś i po stronie tych adresatów jedynie „obowiązek moralny"—należałoby różnicować odmienność moralnego obowiązku „poszanowania prawa" po stronie zwykłych śmiertelników (obywateli, poddanych) i po stronie „wybranych", urzędników. Na jakiej zasadzie powinno polegać to różnicowanie?*). W istocie rzeczy, przesunięcie „adresu" nakazu nie jest negacją normatywności, lecz właśnie jej stwierdzeniem — wprawdzie tylko odnośnie do pewnej kategorji osób.

Widzimy więc, że w „empirycznej" sferze prawa — pojęcie normy jest tylko ograniczone, lecz bynajmniej nie wyłączone. Nakaz, jako skierowany tylko do pewnych adresatów (organów władzy), musi być rozumiany tylko, jako norma, oczywiście, jako norma zachowania się tych organów, nie zaś „podwładnych", członków wspólnoty prawnej. Dla tych ostatnich pojęcie normy prawnej jakoby zupełnie nie istnieje. Rzecz, jasna, iż związanie normy tylko z pewnemi kategorjami podmiotów jest założeniem, przesądzającem zależność pojęciową normy od jakichś cech z istotą normy zupełnie nie łączących się i z nią nie powiązanych, albowiem norma „tworzy" dopiero pojęcie „podmiotu", jako ośrodka, do którego przez powiązanie z wypowiedzią o tem, co być powinno, odnosi się treść owej „powinności". Podmiotem w znaczeniu normatywnem nie musi

*) NELSON j. w. str. 207: „BINDER hat also gar nicht bemerkt, dass er, statt die Rechtspflicht zu beseitigen, sie nur auf ein anderes Anwendungsgebiet verschiebt". IHERING (Zweck im Recht, wyd. IV, T. I, 1904 str. 262), który za adresatów nakazu uważa jedynie organy władzy, zaznacza: „Unser Resultat ist demnach: das Kriterium einer Rechtsnorm besteht nicht in ihrer e x t e r n e n Wirksamkeit nach seiten des Volks, sondern in ihrer i n t e r n e n nach seiten der staatlichen Behörde"„.

być osoba fizyczna; normatywne odniesienie do treści może się uniezależniać od cech „fizycznych“ lub „psychicznych“. Jeśli w teorji BINDERA adresatem nakazu jest wyłącznie „organ władzy państwowej“ — to ujęcie zawiera w sobie znamienną kwalifikację normatywną: nie można bowiem tylko i wyłącznie na podstawie stwierdzeń empirycznych ustalić ową qualitas danej osoby, jako organu władzy państwowej. Organ ten nie daje się wyodrębnić na podstawie jemu tylko właściwych cech fizycznych czy psychicznych. Przypisywane mu cechy nie są cechami „naturalnemi“, lecz muszą być uważane, jako ustalone „normatywnie“ — przez stwierdzenie, że wobec danych kompleksów faktycznych pewne osoby (ich „jakość“ musi być wypowiedziana w normie prawnej) „powinny“ zachować się tak, jak określa norma. A więc, nawet przy przypuszczeniu koniecznego jakoby dla nakazu prawnego „adresata“, jego kwalifikacja może być tylko normatywna, a tryb jego zachowania się w przypadkach konkretnych nie może być rozumiany, jako ziszczająca się faktyczność, lecz jako faktyczność, która „być powinna“ *).

Rzecz charakterystyczna: BINDER odrzuca znamiona normatywności dlatego, że, uważając aktualizację nakazów prawnych za ich cechę znamienną i pojęciowo konieczną, nadaje tym nakazom znaczenie wyłącznie empiryczne. Dlategoteż nie uważa jurysprudencji za naukę normatywną, utożsamiając ją z naukami eksplikacyjnemi: prawoznawstwo winno być odróżniane od socjologji z tej jakoby zasady, że rozważa nakazy prawne w oderwaniu od ich „związania społecznego“ (soziale Gebundenheit), gdy socjologja właśnie to „związanie“ ma za przedmiot swych badań **). Wszakże jednocześnie uznaje BINDER, że podstawą idei prawa, tak samo jak podstawą idei etycznej, jest norma w znaczeniu transcedentalnem. W przypuszczeniu, że wszelkim przejawom prawnym właściwy być musi pewien czynnik konstytutywny (na którego podstawie dany przejaw kwalifikuje się, jako prawny) — twierdzi BINDER, że norma jest „kategorją“ prawa. Idea prawa, jako pojęcie

*) Nie mogę uznać za słuszne wywodów krytycznych DUGUIT, skierowanych przeciwko teorji BINDERA. DUGUIT uważa, że uznanie organów władzy za wyłącznych adresatów nakazu, uniemożliwia pojęcie prawa przedmiotowego. Ten wywód krytyczny polega na przypuszczeniu, że prawo przedmiotowe wynikać musi z „świadomości zbiorowej“ (conscience de la collectivité), a przeto „wiąże“ członków wspólnoty. Teorja zaś BINDERA prowadzi jakoby do wniosku, że prawo przedmiotowe „serait une création artificielle des agents publics supérieurs, imposant des ordres à leurs subordonnés. En d'autres termes, ce serait une pure création de l'Etat“ (Traité j. w. T. I str. 263). Jakiekolwiek jest „pochodzenie“ prawa przedmiotowego — teorja BINDERA nie prowadzi do jego negacji. Można mieć tylko wątpliwości co do sposobu u z a s a d n i e n i a istoty prawa przedmiotowego, lecz nie co do samego tegoż bytu.

**) BINDER, Rechtsbegriff und Rechtsidee j. w. str. 226 uw. 68.

pochodne, nie jest identyczna z normą prawa: idea nie jest normą, jeno przedstawieniem o doskonałem uzgodnieniu pewnego przedmiotu z normą; jest więc treścią, która nie może być określona, jako aprioryczna funkcja świadomości (apriorische Bewusstseinfunktion). Utożsamienie „idei prawa“ i „normy prawa“ (Normadäquatheit der Idee) możliwe jest w rozważaniu filozoficznem, gdy w pojmowaniu jurysprudencji pozytywnej przez normę prawną rozumie się coś zupełnie różniącego się od normatywności, równoznacznej z „aprioryczną funkcją świadomości“*). Stąd wynika, że o normie prawnej można mówić jedynie w dziedzinie rozważań transcedentalnych; jurysprudencja pozytywna zaś jest „nauką empiryczną“, różniącą się od innych nauk empirycznych tem, że nie ma do czynienia z przebiegami przyrodniczemi (Naturvorgänge), lecz ze „zjawiskami kulturalnemi“ („Kulturerscheinungen“). Nauką normatywną jest filozofja prawa, która zajmuje się nie tyle „zdaniami prawnemi“, ile badaniem ich zgodności z normą, i której przedmiotem badań jest idea prawa. Stąd płynie znamienny wywód: filozofja prawa musi być nauką normatywną dlatego, że idea prawa i leżąca w jej podstawie norma nie są pochodzenia empirycznego **).

A więc, prawu przypisuje się „dostojeństwo“ normatywne tylko przy przypuszczeniu transcedentalnego ujęcia całokształtu zjawisk prawnych i przy „poddaniu“ ich wszechobejmującej kategorji normy ***). Jeśli rozważamy przejawy prawne pod kątem widzenia ich ziszczalności czy ziszczania się, jeśli kładziemy nacisk nie na wypowiedź o „powinności“, lecz za cechę zasadniczą uważamy jej rzeczywistą „sankcję“ — wówczas prawoznawstwo empiryczne jest tylko stwierdzeniem procesu pewnych przebiegów i przypuszczeniem prawdopodobieństwa pewnych przewidywanych skutków. Rozważanie dogmatyczne, w rozumieniu ujęcia prawa pozytywnego, byłoby sprowadzeniem mnogości tych przejawów do pewnych uogólnień, sprowadze-

*) BINDER, Rechtsbegriff und Rechtsidee j. w. str. 59.

**) BINDER, Rechtsbegriff und Rechtsidee j. w. str. 227: „Anders liegt die Sache mit der Rechtsphilosophie, die es nicht wohl mit den Rechtssätzen, als vielmehr mit ihrer Normgemässheit und folgerecht mit der Idee des Rechts zu tun hat: sie muss gerade, weil diese Idee und die ihr zugrunde liegende Norm nicht empirischen Ursprungs sind, eine Normativwissenschaft sein“.

***) BINDER j. w. str. 88, 89: „...da es auf dem Giebiete des Rechts eine einzige Kategorie geben kann, die Rechtsidee, die in der Vielgestaltigkeit der Rechtsbegriffe den konstanten, invariablen formalen Faktor bildet, während dem stofflichen Element die Eigenschaft der Variabilität zukommt...“ O pojmowaniu „idei prawa“, jako kategorji (w odróżnieniu od poglądu KANTA) i o uwydatnieniu jej konstytutywnej funkcji—zob. j. w. str. 88 uw. 3.

niem treści do wspólnych mianowników, wyobrażających w rozumieniu statycznem porządek, współzależność i współoddziaływanie ustalonych nakazów. Właśnie przez przypuszczenie idei kierowniczej, zupełnie niezawisłej od stopnia i napięcia ziszczalności, od tej czy innej funkcji sankcjonującej—wykryte być może założenie aprioryczne, stwierdzające imanentną istotę nakazów empirycznych. W ujęciu empiryczno-socjologicznem, czy uogólniająco-konstrukcyjnem (t. j. dogmatycznem) istota ta może się nie uwydatnić — idzie bowiem wówczas o stwierdzenie przebiegu pewnych procesów lub ich uogólnienie schematyczne. Właśnie przez zaznaczenie „normatywności", jako wyłącznie charakteryzującej ideę prawa, uznaje BINDER zasadnicze znaczenie tego założenia apriorycznego. Tylko dzięki niemu mogą być zrozumiane przejawy nakazów prawnych w ich znaczeniu istotnem. Gdybyśmy negowali cechę normatywną — należałoby wogóle zredukować poznanie filozoficzne do ujęcia psychologicznego, czy socjologicznego. I nie można byłoby powiedzieć, że to, „co być powinno", jest dla dziedziny prawa nie adekwatne. Taki pogląd byłby możliwy, gdyby pojęcie normy musiało być wyłączone ze względu na specyficzne własności normy pewnej kategorji, i gdyby było podstawne twierdzenie, że pojęcie normy jest tylko i wyłącznie równoznaczne z pojęciem normy absolutnej, względnie normy autonomicznej. Przeto należałoby uznać, że to, co nazywamy normami względnemi, heteronomicznemi, empirycznemi—jest contradictio in adjecto. Należałoby wówczas uważać za normy tylko normy transcedentalne, wszelkie zaś inne wypowiedzi o tem, co być powinno, należałoby kwalifikować zupełnie odmiennie, przy wyłączeniu ich zasadniczego związku z pojęciem normy, jako takiej.

Takie ujęcie musiałoby prowadzić do wyników następujących: wskazania prawne, rozumiane, jako układ pozytywny, nie są normami, albowiem właściwy im jest charakter empiryczny; jedynie w oderwaniu od podłoża empirycznego — wskazania prawne, rozważane transcedentalnie, są normami. Niewątpliwie, modus aspiciendi jest czynnikiem, uzależniającym „wygląd" badanego przedmiotu. Niewątpliwie również, badanie wskazań prawnych w procesie ich ziszczania się, w przebiegach z niemi zgodnych lub niezgodnych, może być w zupełności uniezależnione od rozważań normatywnych: albowiem ustalenie treści, odniesionej od normy, w przemianach i ukształtowaniach s a m e j treści, zastosowanej czy niezastosowanej in thesi, nie jest badaniem swoistej relacji, wyrażonej w wypowiedzi o tem, co być powinno. Z takiego sposobu ujęcia bynajmniej nie wynika, że wskazanie, rozważane jako „urzeczywistnienie", nie może być w odrębnej płaszczyźnie pojęciowej rozumiane, jako norma. Wypowiedź „A powinien zachować się n" jest zupełnie niezależna od tego, jakie znaczenie, rozciągłość, czy wreszcie dostojeństwo nadajemy owemu „n". Wypowiedź ta jest również niezawisłą

od tego, czy owa „powinność“ jest dana per se, jako założenie pierwsze, z żadnego innego nie wywodzące się, czy też jest ona pochodną, funkcjonalnie zależną od normy wyższej lub pokrewnej. Obojętne są również jej odpowiedniki psychiczne: odpowiednio do napięcia emocji, trybu ich przebiegów, ich bezwzględnej apodyktyczności czy hipotetyczności tylko — nie można w rozważaniu normatywnem różnicować istoty sądu o tem, co być powinno. Bez znaczenia jest wreszcie możność wartościowania bądź samej powinności w odniesieniu do danego w niej „n“, bądź też treści, izolowanej od powinności. Norma o pewnej strukturze, wywodząca się ze źródła wspólnego dla zbioru norm w danym systemie, może być sprzeczna lub obojętna w stosunku do normy o odmiennej strukturze i wywodzącej się z innego źródła. Wszelkie wartościowanie przypuszczać musi założenia, wychodzące poza granice dziedziny normatywnej; gdyż tylko wówczas możliwa jest ocena, wartościująca dany system norm, jako taki, i ten sam system norm w p o r ó w n a n i u z systemami odmiennemi. Dane być musi tertium comparationis, które stoi „ponad“ normatywnością.

I wyłącznie przy takiem przypuszczeniu, które zakłada jakąś „ponad-normatywność“, możliwe będzie twierdzenie, że normą może być tylko wartość absolutna, niezależna od przypadkowości, pojęciowo konieczna, dana w swej bezpośredniej ewidencji. Tylko tak rozumiane „wartościowanie“, zgodne z „ideałem aprioricznym“, winno być uważane za normę. Wówczas „autonomiczność“ i „normatywność“ są synonimami, albowiem wszelkie przypuszczenie „heteronomji“ wyłącza pojęcie normy *).

Absolutyzacja pojęcia normy i stopniowanie tego pojęcia w tem znaczeniu, że przypuszcza się pewną hierarchję wypowiedzi o tem, co być powinno, i, zależnie od stopniowania, kwalifikuje się jedne wskazania, jako normatywne, innym zaś cechy tej się odmawia — możliwa jest w ujęciu metafizycznem. Możliwość ta wynika z założenia o bycie wartości absolutnych, które różnicują wypowiedzi o tem, co być powinno, według cech, w samych wypowiedziach nie zawartych. Możliwość ta polegałaby na przypuszczeniu, że to, co być powinno, ocenia się i wywodzi się z jakiegoś ponadnormatywnego bytu, rządzącego hierarchją norm. Niewątpliwie, możliwe są redukcje systemów normatywnych do wyższych i strukturalnie odmiennych, innych systemów normatywnych; ale wówczas „łączność“ różnych systemów w syntetycznem ujęciu obejmującego je jednego systemu wyższego—nie byłaby przekroczeniem granicy poznania

*) Por. np. LÖWENSTEIN, Der Rechtsbegriff als Relationsbegriff. Studien zur Methodologie der Rechtswissenschaft 1915 str. 50. „Von einer „Rechtsnorm“ liesse sich nur reden, wenn das Rechtsgesetz autonom, sein Inhalt auf ein aus irgendwelchen Maximen hervorgehendes Handeln eines bewussten Menschen abzielen könnte und die Adresse schliesslich wieder der nämliche bewusst handelnde Mensch wäre“.

normatywnego *). Jednakże, wywód normy z czegoś „istniejącego“ (chociażby pojmowanego jako „byt“ metafizyczny) jest negacją pojmowania normatywnego, wprowadzeniem do tej dziedziny obcych wartościowań według sprawdzianów „dobra, prawdy i piękna“. Stąd płynie wywód, że wszystko to, co wobec tych absolutnych kategorji jest obojętne, jako zmienne, indywidualne i przypadkowe, jako podyktowane względami empirycznej celowości—nie może być uważane za normę.

Rzecz znamienna: wyłączenie normatywności w odniesieniu do nakazów prawnych polega na przypuszczeniu pewnych założeń psychologicznych. Tożsamość adresata, właściwa jakoby tylko normie etycznej, nie zachodząca zaś w układzie prawnym — nie pozwala na zastosowanie aspektu normatywnego. Wszakże wypowiedź „A powinien postąpić n“ pozostaje niezmienną, zupełnie niezależnie od tego, czy A sam sobie „nadał“ tę normę, czy została mu ona „podyktowana“ przez kogoś trzeciego, czy jest ona zgodna z przekonaniem A o wartości powinności, czy przez swą bezpośrednią ewidencję narzuca mu się intuicyjnie, lub też jest wyrozumowana. Te zagadnienia dotyczą wyłącznie genezy, a ewentualnie działania normy, o ile idzie o stwierdzenie zgodności czy niezgodności postępowania z normą i o wyświetlenie skądinąd ważnych czynników motywacyjnych. Takie ujęcie przypuszcza pozatem konieczność uwzględnienia wpływów woli indywidualnej, jeśli rozumie się normę, jako specyficzne powiązanie relacji ze względu na „stosunki pomiędzy ludźmi“ (pomieszanie pojęć „koegzystencji“ i „korelacji“). Argumentacji takiej nadaje się czasami zabarwienie odmienne: przy uznaniu zupełnej odrębności ujęcia w płaszczyźnie „istniejącego“ i „być mającego“, twierdzi się, że normy, które są „wyrazem woli“, a więc normy empiryczne (w odróżnieniu od absolutnych, jako—niezależnie od aktów woli—bezwzględnie koniecznych i powszechnie obowiązujących) nie są przeciwstawnością „istniejącego“. Albowiem są one same czemś „istniejącem“. Prawo nie może być wówczas pojmowane, jako quid, „być mające“, albowiem daje się sprowadzić do ujęć, rozumianych, jako psychiczno-empiryczne procesy chcenia. Na takiej argumentacji oparty jest wywód F. SOMLÓ, który, nie zaprzeczając normatywności prawa, widzieć w niej chce wypowiedź o tem, co być powinno, jako „w pewnej mierze“ identyczną z wypowiedzią o istniejącem. Różnicowanie bezwzględności i względności norm, utożsamiane ze zróżnicowaniem autonomji i heteronomji, prowadzi do wniosku, że względność i heteronomja,

*) W obrębie danego systemu normatywnego i przy zasadniczem przypuszczeniu jego jedności takie „porównanie“ jest, oczywiście, niemożliwe. Odrębne systemy normatywne nie są styczne. Słusznie powiada KELSEN, Das Problem der Souveränität j. w. str. 111: „Innerhalb einer speziellen normativen Betrachtung ist ein echter objektiver Normenkonflikt undenkbar“.

wykazujące konieczność powiązania z „aktami (obcej) woli", nie dają się zastosować w dziedzinie „tego, co być powinno". Prowadzi to do różnicowania samego pojęcia „powinności" i do tej logicznie niedopuszczalnej konsekwencji, że to, co być powinno, jest jednocześnie czemś istniejącem, albowiem prawo jest specyficznym układem normatywności, identyfikującym się z pojęciem „istniejącego" *). Wywód F. SOMLÓ, który nie odmawia prawu cech normatywności, jest najwyraźniejszem tych cech zaprzeczeniem i wynika z dążności połączenia pojęć, już w założeniu swem na odmiennych podstawach ugruntowanych. Pogląd ten sprzeczny jest zresztą z zasadniczem pojmowaniem prawa w teorji F. SOMLÓ, który najwyraźniej zaznacza, że pojęcie prawa nic wspólnego nie ma z prawidłowością jego ziszczania się **). Przypuszczenie dziedziny tego, co być powinno, w jakiemś specyficznem rozumieniu socjologicznem („das soziologische Sollen") jest zasadniczym błędem metodologicznym ***). To, co być powinno, może być rozumiane tylko normatywnie. I jeśli pojęcie prawa ma być rozumiane w płaszczyźnie nie ogólnego ujęcia normatywnego****), powszechnego dla wszystkich norm, niezależnie od różnic w ich budowie strukturalnej *****)—jakiekolwiek różnicowanie norm ze względu na stopień, czy napięcie „oddalenia" pomiędzy dziedziną istniejącego, a dziedziną być mającego, nie może być dopuszczone.

---

*) F. SOMLO j. w. str. 58 n., str. 66 n. „Natürlich besteht auch der Begriff solcher Normen (t. j. norm empirycznych) in einem Sollen, aber dieses Sollen bedeutet keinen unüberbrückbaren Gegensatz zum Begriffe des Seins, sondern ist vielmehr selbst ein Sein" str. 62. O niekonsekwencji tego poglądu por. krytykę KELSENA, Das Problem der Souveränität j. w. str. 32 uw. 1.

**) F. SOMLO uważa wprawdzie, że stopień ziszczalności" („Grad der Verwirklichung") normy jest konieczny dla ustalenia pojęcia prawa (str. 58, str. 105 n.)—jednakże jednocześnie zaznacza zasadniczą sprzeczność pomiędzy „normalnością", a „normatywnością" (str. 107 „die Normalität oder das in der Regel geschehende im Gegensatz zum Geschehen—Sollenden").

***) Mylnie EMGE, Ueber das Grunddogma des rechtsphilosophischen Relativismus 1916 str. 34: „Das soziologische Sollen ist dem der Sitte logisch übergeordnet. Beides gehört zu der „Natur der Sache" (a więc: dziedzina istniejącego), die in eigentümlicher (!) Bedeutung ein „Apriori" für das Recht darstellt".

****) F. SOMLÓ j. w. str. 66: „Der Begriff des Rechtes ist also gewissermassen im Rahmen einer allgemeinen Normlehre oder Nomologie zu entwickeln".

*****) Nie można więc—jak chce np. HOLLAND, The elements of jurisprudence 8-me wyd. 1896, uważać nauki o normach („nomologji"). jako odpowiadającej wyłącznie dziedzinie prawa, gdy normy innych dziedzin (normy etyczne) ujęte być winny w systemie układu odmiennego. Rozróżnienia HOLLANDA wynikają z psychologicznej przeciwstawności norma wewnętrznych i norm zewnętrznych. Nomologją jest dla niego nauka, badająca „conformity of actions to rules", gdy etyka ma za zadanie badanie zgodności „of human character to a type", „of the will to a rule„ (str. 25, 26).

Wszelkie różnicowanie w dziedzinie tego, co być powinno, i odróżnianie powinności „czystych“ od empirycznych musi prowadzić do przypuszczeń, ignorujących zasadnicze wyłączenie styczności pomiędzy sferą istniejącego, a sferą być mającego. Jeśli twierdzi się, że pewne wypowiedzi o powinnościach nie mogą być uważane za normy „prawdziwe“, przypuszczać wówczas należy, że wypowiedzi te wogóle normami nie są; nie może bowiem istnieć jakaś sfera pośrednia, która za normatywną uważana nie będzie, a która jednocześnie czemś faktycznem nie jest, aczkolwiek „wynika“, czy „gruntuje się“ na ukształtowaniach faktycznych (akty woli, oddziaływanie tych aktów na pewnych adresatów i t. p.). Nie można twierdzić, że pojęcie „powinności“ właściwe jest wyłącznie wypowiedziom, charakteryzowanym według stopnia ich „dostojeństwa“; że przeto tylko wypowiedzi w dziedzinie etycznej zasługują na nazwę norm. Takie ustalenie przypuszczałoby jakieś specyficzne cechy treści wypowiedzi. Wszakże w rozumieniu normatywnem treść sama przez się jest czynnikiem niesamoistnym.

Dla ujęcia normatywnego ważna jest nie maksyma postępowania, jako pewna treść, lecz „powinność“, która wypowiada konieczność zgodności postępowania z prawidłem, wskazującem pewien wybór czy kierunek. W formalnym układzie etyki KANTA „zasada prawodawstwa ogólnego“ jest określeniem sposobu czy kierunku zachowania się; nie zawiera w sobie żadnych wskazań materjalnych i konkretnych. Rozkaźnik kategoryczny nie stawia woli określonych celów i nie wykazuje żadnych cech empirycznych. Wypowiedź o powinności nie mieści się wszakże w tem apodyktycznem wskazaniu o „zasadzie prawodawstwa ogólnego“, lecz w sformułowaniu p o s t ę p o w a n i a według tej zasady („P o s t ę p u j tak, ażeby prawidło twojej woli mogło jednocześnie być zasadą prawodawstwa ogólnego“). Ta specyficzna relacja, wyrażona w ukształtowaniu treści, nie ulega żadnej zmianie, jakąkolwiek jest treść, odniesiona do powinności. Czy treść ta jest wartością bezwarunkową, czy czemś przypadkowem, indywidualnie zmiennem — nie wpływa to na samą istotę relacji. Uzależnienie istoty relacji od jakichś uprzednio ustalonych cech treści jest jednocześnie wyłączeniem aspektu normatywnego. Dlategoteż wszelkie różnicowanie wskazań, zależnie od przypuszczeń ich treści, i przypisywanie pewnym wskazaniom (ze względu na treść) cech istotnych normy, odmawianie zaś innym tych cech, ze względu na ujmowaną przez nie treść — możliwe jest wyłącznie w dziedzinie bądź eksplikacyjnej, bądź metafizycznej. Można ze względu na różnice w motywacji i w działaniu rzeczywistem kwalifikować pewne wypowiedzi, jako normy, innym zaś tej cechy odmawiać. Można wobec względnej wartości pewnych treści, lub ich wartości bezwarunkowej, czy też ich struktury formalnej kwalifikować wypowiedzi według probierzy odmiennych. Wszakże w zakresie

ujęcia normatywnego niedopuszczalne są różnicowania, które prowadzą do konkluzji: że tylko wypowiedzi o powinnościach „moralnych“ są normami w istotnem tego słowa znaczeniu. Natomiast, wypowiedzi o być mającem w dziedzinie „socjologicznej“, czy „prawnej“, są tylko czemś pośredniem, zależnem od najwyższej instancji norm etycznych. Prowadzi to do niedopuszczalnej „hierarchizacji“ wypowiedzi, w istocie swej jednakich. Nie mówię już o tem, że pojęcie jakiegoś quid „socjologicznie“, lub „prawnie“ być mającego, jest „przedmiotem niemożliwym“, jeśli znajduje się jednocześnie w płaszczyźnie „istniejącego“. Dziedzina „być mającego“ zachowana jest wyłącznie dla wskazań etycznych, które jedynie będą uważane za „normy“. Stąd wynika bezwzględna negacja „powinności“, rozumianych, jako „socjologiczne“, lub „prawne“ *).

I jeśli się stwierdza że „pojęcia prawne“ nie mogą być wyprowadzane ani z praw przyrodniczych, ani też nie mogą być zrozumiane, jako normy logiczne, etyczne, lub estetyczne— z ustalenia tego nie wynika, ażeby dziedzina prawa nie mogła być rozumiana normatywnie. W ten sposób uzasadniony pogląd LÖWENSTEINA **) oparty jest na mylnem ujęciu metodologicznem. O tożsamości praw przyrodniczych i norm prawnych nikt dzisiaj nie mówi. Twierdzenie, że logiczne pojęcie prawdy nie ma odpowiednika w normie prawnej — nie znaczy bynajmniej, że wskazaniom prawnym obcy być musi charakter normatywny. Rozbieżność pomiędzy pojęciami „słuszności“ i „prawności“ nie jest argumentem, który prowadzić by musiał do odmówienia wskazaniom prawnym własności normatywnych. Inaczej bowiem należałoby powiedzieć, że tylko te wskazania prawne, które są etycznie ważne, mogą być kwalifikowane, jako normy; ale wówczas wogóle o samoistnych normach prawnych nie mogłoby być mowy, wobec zasadniczej równoważności norm etycznych i prawnych. W takim stanie rzeczy, jakim należałoby się kierować probierzem, różnicującym normy obu kategorji, gdy istotnie dana jest tylko jedna kategorja norm? Wszakże i wówczas wskazania prawne, które o tyle są normami, o ile

*) Por. w tym względzie typowy pogląd EMGE'GO j. w. str. 36: „Den Ausschlag aber muss eine allgemeine Norm geben (a więc: hierarchizacja norm!), die einen besonderen von den genannten (scil.: normy socjologiczne i prawne) unabhängigen Charakter besitzt. Wir werden dann sagen: es ist zwar dieses oder jenes soziologisch oder juristisch gesollt, ich s o l l aber trotzdem oder gerade deswegen etwas anderes tun. Das ethische Sollen ist das Sollen „schlechthin“, für das daher das Wort Sollen allein gebraucht werden müsste“.

**) LÖWENSTEIN j. w. str. 68 „Die Rechtsbegriffe lassen sich weder aus irgendwelchen Naturgesetzen abstrahieren, n o c h a l s l o g i s c h e, e t h i s c h e o d e r ä s t h etis,c,h,e N,o,r,m.e.n begreifen, womit die Behandlung des Rechtsgebietes als solches in einer n o r m a t i v e n d. h. der Logik, Ethik und Aesthetik analogen Art sich in jeder Weise als unmöglich erwiesen hat“.

odpowiadają probierzom etycznym, musiałyby być uznane, jako „normy"; stąd wynikałaby logicznie niedopuszczalna dychotomja wskazań prawnych, w pewnych warunkach, kwalifikowanych jako normy, w innych zaś—jako nie-normy. Na takie ujęcie można byłoby się zgodzić pod warunkiem utożsamienia prawa z etyką, czyli przy przypuszczeniu negacji prawa pozytywnego. Negacja normatywności prowadziłaby wówczas do negacji prawa i prawoznawstwa. W jaki sposób dałoby się uzasadnić wówczas twierdzenie BINDERA i LÖWENSTEINA, którzy właśnie w wskazaniach prawnych widzą coś różniącego się od normy i kwalifikują je, jako quid pojęciowo odrębne („etwas Drittes")?

Ów jałowy—w istocie rzeczy—spór o istotę normatywności prawnej wynika ze zbędnego różnicowania źródeł i motywacji norm. Odróżnianie autonomji i heteronomji prowadzi do błędnego wywodu, że tylko to, co jest autonomiczne, może być uważane za normatywne. Wszakże, zależnie od pojmowania „autonomiczności", można powiedzieć, że również normy logiczne, które z bezwzględną niejako koniecznością „narzucają się" świadomości, są normami heteronomicznemi. Nie dotykając kwestji, czy prawdy logiczne winny być uważane za normy, możemy wszakże w niewątpliwych qua normatywność, wskazaniach etycznych ustalić wybitne cechy heteronomiczne. Słusznie zaznaczył WIELIKOWSKI *), że nie miałoby sensu uznawanie moralności autonomicznej, gdyby nie można było przeciwstawić jej moralności heteronomicznej.

Charakterystyczny jest w tym względzie pogląd F. SOMLÓ: gdy w swej „Juristische Grundlehre" operuje on przeciwstawnością autonomji i heteronomji i tylko bezwzględnym wskazaniom moralnym przypisuje adekwatność z dziedziną „być mającego" — w jednej z swych rozpraw poprzednich odrzuca „czystą autonomiczność" moralności **), skąd bynajmniej nie wynika zaprzeczenie jej istoty normatywnej.

Wogóle zaś różnicowanie według zasad autonomji i heteronomji jest dla pojęcia normy zupełnie obojętne. Niezależność normy od czynników „postronnych", czy też jej powiązanie z temi czynnikami nie zmienia istoty normatywności. Gdy tym czynnikom przypisuje się znaczenie kierownicze i warunkujące charakterologiczne ujęcie pewnego wskazania, jako normy lub jako nie-normy—popełnia się błąd metodologiczny; zachodzi wówczas sprzeczność z „czystością" ujęcia przez wprowadzenie mo-

*) WIELIKOWSKI j. w. str. 160 n., str. 161 uw. 1.

**) F. SOMLÓ, Massstäbe zur Bewertung des Rechts, Archiv für Rechts—und Wirtschaftsphilosophie T. III str. 519: „Die sittliche Autonomie kann nie ohne Heteronomie vorkommen. Eine rein autonome Sittlichkeit kann es demnach ebensowenig geben, wie eine rein heteronome. Das autonome Sittengebot muss inhaltlich immer mit einem positiven Sittengesetz zusammenfallen".

mentów genetycznych i psychologicznych. Ten błąd metodologiczny przejawia się niekiedy poza samym procesem ujęcia normatywnego: można bowiem przypuszczać różnicowanie autonomji i heteronomji, nie odmawiając wskazaniom heteronomicznym cech normatywnych. Tak postępuje np. KELSEN. Wszakże i on, budując pojęcie prawa na fundamencie normy, już w dalszym toku rozważań ucieka się do mylnej djagnozy różniczkowej, odróżniając normy prawne od norm moralnych na podstawie wyżej wspomnianej dychotomji. Taka ingerencja czynników psychologicznych *) (nie bacząc na to, że normatywność prawna zasadniczo nie jest negowana) powoduje odstępstwa od założeń metodologicznych. Djagnoza różniczkowa, nie oparta na strukturze normy i t y l k o na tej strukturze, przekracza dziedzinę poznania normatywnego. Dlategoteż w spójnej konstrukcji KELSENA powstają sprzeczności i niedomówienia.

ROZDZIAŁ SZÓSTY.

NIEISTOTNE MOMENTY NORMY PRAWNEJ.

§ 19

Accidentalia normy prawnej,

Wypowiedź o czemś, co b y ć p o w i n n o, nazywamy normą. Dla istoty tego pojęcia obojętny jest cel, dla którego ustalona została „powinność". Nie posiada również znaczenia kwalifikacja samej normy w rozumieniu przypisywanej jej wartości na podstawie ocen, nie zawartych w samej normie. Z istoty normy per se nie wynika, czy jest ona bezwzględna lub też przypadkowa, czy dobra lub zła, celowo-pożyteczna lub szkodliwa. Istota normy, rozumianej wyłącznie w płaszczyźnie ujęcia normatywnego, nie zmienia się w zależności od tego rodzaju wartościowań. Norma etyczna, stanowiąca obowiązek szanowania rodziców, jest taką samą normą, jak wypowiedź, ustalająca, że czynsz dzierżawny za lokal wynajęty ma być płacony praenumerando, lub że upływ pewnego czasu powodować ma nabycie prawa do rzeczy. Norma ustalająca, że podatki mają wzrastać w stosunku czy w progresji do wysokości dochodu jest taką samą normą, jak wskazanie, które ustalałoby, że im mniejszy jest dochód, tem większe powinno być opodatkowanie. Jeśli pierwszą normę nazwiemy słuszną, celową, pożyteczną, drugą zaś niesłuszną, niecelową, szkodliwą — nie zmieni to bynajmniej „wyglądu" samej normy.

---

*) Por. słuszne uwagi ZNAMIEROWSKIEGO, Psychologistyczna teorja prawa j. w. str. 63: „Taki pogląd na istotę moralności sprowadza właśnie autonomiczną, więc niezależną od czegokolwiek, moralność na poziom naturalistycznego uzależnienia od faktów psychicznych".

Bez znaczenia jest również intencja przypisywana normie, jej „uzasadnienie“ genetyczne, to, co w prawoznawstwie nazywa się occasio legis. Jeśli dlatego, że istnieje pewien układ lub przewiduje się przyszłe ukształtowanie jakiegoś układu—ustalone zostały pewne powinności, jako czynniki, zmierzające ku układowi odmiennemu lub ku przekształceniu układu istniejącego — tendencje te na samą istotę normy nie mogą mieć żadnego wpływu. Norma istnieje niezależnie od „założeń“ pozanormatywnych. Pomieszanie zamierzeń, przypisywanych normie, z samą wypowiedzią o powinności wyłącza czystość ujęcia normatywnego. Ten błąd metodologiczny przejawia się w rozważaniach o stosowaniu normy, w t. zw. zagadnieniu interpretacyjnem. Wprawdzie zagadnienie to leży poza płaszczyzną pojmowania normatywnego; ignorowanie istoty normy prowadzić musi do teorji utożsamiającej „wolę twórczą normy“ z normą samą. Czyli — jak powiada DONELLUS — „non enim lex est quod scriptum, sed quod legislator voluit “. Zapomina się wówczas o tem, że norma wypowiedziana i ustalona jest w stosunku do t. zw. twórcy normy (wiadomo, że ten t. zw. twórca jest częstokroć fikcją) „„czemś nowem, czemś trzeciem, czemś obcem“ *).

Nie można również poszukiwać punktu oparcia w przewidywaniach, związanych z działaniem normy i z jej motywacją, rozumianą nie jako causa efficiens normy samej, lecz jako zapewnienie i gwarancja jej działania gwoli urzeczywistnieniu postulowanych przez nią zamierzeń. Wprowadzenie tego momentu uważane jest częstokroć za wskazanie, umożliwiające różnicowanie norm odmiennych kategorji. Dlatego, że pewne normy w ich działaniu gwarantowane są siłą przymusu fizycznego czy psychicznego — uważać je należy za normy prawne. Nie poruszając w tem miejscu podstawności tej kwalifikacji, zaznaczyć należy, że takie ujęcie nie odpowiada podstawowym wymaganiom racjonalnej klasyfikacji, albowiem normom, które uważane są quo ad materiam, jako etyczne lub jako religijne, nadaje się charakter norm prawnych przez przypuszczenie pewnego superadditum (przymus), w samej istocie normy nie zawartego. Okazuje się więc, że dana norma jest jednocześnie nakazem religijnym i prawnym, gdy poprzednio była tylko normą religijną. Należałoby wówczas ustalić, dlaczego normy religijne czy etyczne mogą „stawać się“ prawnemi. Postulat „przymusu“ może być właściwy normom etycznym i może posiadać nawet większą intensywność, niż w normach prawnych; dlaczegoż więc nakazom moralnym odmawiać należy cech prawności? Z drugiej zaś strony, czyż normy prawne przez nadanie im kwalifikacji, uzasadniającej religijny obowiązek bezwzględnego posłuszeństwa dla nakazów „władzy“ (objaw znany w ustrojach teokra-

*) POSNER, Dwa wyroki (w księdze zbiorowej „Myśl“ 1904, str. 406, 407).

tycznych oraz w motywacjach, wszelką władzę—nawet republikańską — od Boga wywodzących) — nie są przez to podniesione do „godności“ norm religijnych? Istota normy w koncepcjach tego rodzaju uzależniałaby się od przypadkowości motywacyjnych: to co dziś jest normą religijną — mogłoby być jutro normą prawną, a to co dziś jest tylko wskazaniem konwencjonalno-obyczajowem, przez nadanie sankcji przymusowej, dostąpić by mogło jutro godności normy prawnej. Byłyby również możliwe najrozmaitsze „degradacje“ norm: ileż to razy normy prawne traciły swe „dostojeństwo“ i były redukowane do wskazań etycznych czy konwencjonalno-obyczajowych.

Tego rodzaju ujęcia nie zastanawiają się bliżej nad strukturą normy i doszukują się cech „wyróżniających“ w czemś leżącem poza normą. Albowiem wypowiedź o przymusie, która może być lub nie być w normie i która przy jej przypuszczeniu wcale się nie uzależnia od faktycznego urzeczywistnienia przymusu — nie jest żadnym momentem, charakteryzującym „to, co być powinno“. Wypowiedź, która brzmi: „A powinien postąpić n“ — nie różni się od wypowiedzi: „A powinien postąpić n i odpowiednio do tej powinności postąpić m u s i“. Norma, która powiada „A powinien wierzyć w Boga i w Boga wierzyć musi“, „A powinien kochać bliźniego, jak siebie samego i tak postępować musi“ — przez wypowiedź o „przymusie“ nic nie dodaje i w niczem nie zmienia istoty powinności. Treść ujęta i ukształtowana przez jej odniesienie do „powinności“ nie zmienia się, jeśli dodajemy, że powinność taka „być musi“. Albowiem: gdybyśmy powiedzieli, że powinność taka być powinna, odnosimy samą relację treści do normy—do jakiejś normy wyższej, a więc nie wychodzimy po za obręb normatywności; bądź też, jeśli owemu superadditum o przymusie przypisujemy charakter urzeczywistnienia się i ziszczenia, wprowadzamy do wypowiedzi składnik dla niej nieadekwatny i przenosimy wypowiedź normatywną do dziedziny faktyczności. Strukturalny wygląd normy byłby kwalifikowany wówczas odmiennie, gdyby wypowiedzi o powinności tworzyły połączenia i związki, jednym normom właściwe, innym zaś obce. Jakiekolwiek zaś „włączenie“ momentu faktyczności uniemożliwia czystość ujęcia.

Z tego również względu wyłączone być muszą wszelkie cechy charakterologiczne, które stosownie do przypuszczalnej i motywacyjnej reakcji normy przypisują jej odrębność swoistą. Przypuszcza się wówczas, że normom właściwe być muszą takie ukształtowania faktyczne, które odpowiadają ujętym w samej normie skutkom niezastosowania się do niej. Skutek niezastosowania się do normy może być ustalony łącznie z wypowiedzią o normie, może wszakże pari passu w niej ustalony nie być. Zdanie: „A powinien postąpić n“ w swej istocie znaczeniowej nie zmienia się, jeśli z tą wypowiedzią będzie połączone zdanie: „jeśli A nie postąpi n — wówczas będzie X“. Nie zmienia się

również, jeśli wypowiedź dodatkowa ujęta będzie pozytywnie: „jeśli A postąpi n — wówczas będzie Y". Owe wypowiedzi dodatkowe w niczem nie zmieniają układu normatywnego.

Norma: (jeśli pada deszcz), powinienem „wziąść parasol" w wypowiedzi o tem „co być powinno" nie ulega żadnemu przekształceniu, jeśli będzie w niej milcząco domniemywany czy wyraźnie sformułowany „skutek": przypuszczalnie zmoknę, o ile nie zastosuję się do normy; przypuszczalnie nie zmoknę, o ile normie będę posłuszny.

Powinność miłowania bliźniego jest niezmienna — bez względu nato, czy niezastosowanie się do niej wywoła wyrzuty sumienia. Norma ta nie zmienia się w swem znaczeniu, jeśli zastosowanie się do niej powodować ma pewien stan „zadowolenia moralnego" — lub, jak chce KANT, gdy powinno ono odpowiadać rygoryzmowi postępowania obowiązkowego „dla samego obowiązku", wbrew zmysłowym wpływom skłonności lub strachu (co prowadzić może, jak to SCHILLER w znanej parafrazie powiedział, do „czynienia ze wstrętem tego, co nakazuje obowiązek"). Przypuszczenie, że normami prawnemi są tylko takie wskazania, którym właściwe jest zagrożenie pewnemi ujemnemi skutkami w wypadku niezastosowania się do tych wskazań — wprowadza do dziedziny normatywnej znamiona faktyczności. Twierdzeniu temu nie można odmówić słuszności: normy prawne zawierają bowiem wypowiedzi o swych konsekwencjach. Jednakże, konsekwencje te, o tyle mogą być rozumiane w płaszczyźnie normatywnej, o ile same w sobie są wypowiedziami o „powinnościach". Bez znaczenia normatywnego byłaby wypowiedź dodatkowa do normy „A powinien zapłacić dług", opiewająca: „jeśli długu nie zapłaci, będzie skazany na uiszczenie". Czyż z tej wypowiedzi wynika, że owo „malum" (wyrok sądowy i egzekucja przymusowa) jest jakimś skutkiem, wynikiem normy? Bynajmniej: skazanie na uiszczenie może nie nastąpić lub nastąpić; a nawet przypuszczenie, że skazanie, które effective nastąpiło, pociąga za sobą skutki egzekucyjne, nie mogłoby być uważane za charakterystyczną cechę normy, gdyż wówczas w każdym wypadku, w którym frustra excussus unika egzekucji, należałoby mieć wątpliwości co do ważności normy.

Jasne jest przeto, że charakterystyka konsekwencji, jakoby pojęciowo z istotą normy związanych, nie może być uważana za moment, istotę tę wyjaśniający. Jeśli przypuszcza się, że normom prawnym właściwa jest swoista sankcja, ujęta w ujemnych skutkach (egzekucja, kara) dla osób, które do normy się nie stosują—pogląd ten polega również na pomieszaniu dziedziny normatywności z dziedziną faktyczności. To, że niezastosowanie się do normy powoduje pewną reakcję, w rozumieniu osoby nią dotkniętej, ujemną, nieprzyjemną, dotkliwą—nie może uchodzić za cechę, znamionującą istotę normy; a to z tego względu, że taka psychologiczna charakterystyka owej reakcji

jest nieadekwatna z normatywnością. Niewątpliwie, owe sankcje mają na widoku pewne cele, są ogólnem ustaleniem motywacji, są pomyślane, jako in hypothesi skuteczne i dążące do urzeczywistnienia zamierzeń, stanowiących causa efficiens normy. Zagrożenie egzekucją na majątku w wypadku nie wykonania zobowiązania, groźba kary w razie niezastosowania się do obowiązków zaniechania pewnych czynów, określonych w normie, mają na celu oddziaływanie gwoli wykonaniu, zaniechaniu i t. d.; albowiem przypuszcza się, że zagrożenia te posiadają odpowiednią moc motywacyjną i zdołają nadać odpowiedni kierunek postępowaniu. Wszakże nie są one istotne dla normy, jako takiej. Przedewszystkiem ze względu, iż w ujęciu normatywnem ważne jest nie to, co następuje w wypadku nieziszczenia normy: albowiem stosunek normy do skutków ziszczenia lub nieziszczenia wyrażonej w niej powinności mógłby być ujęty jedynie w płaszczyźnie faktyczności: „A powinien zachować się n, jeśli nie zachował się n—następuje skutek X". Wypowiedź: „A powinien zachować się n" nie zmieniłaby się zupełnie, niezależnie od tego, czy skutek X nastąpi, lub nie nastąpi i jaki „oddźwięk" wywoła kara w psyche A. Jedynie, gdyby ów „skutek" również został ujęty w wypowiedzi o wiążącej się z pewnym składem czynu powinności następczej—ujęcie takie nie wychodziłoby poza granice dziedziny normatywnej. „A powinien zachować się n—jeśli zachowa się, względnie nie zachowa się, n—powinien nastąpić skutek X". W takiem sformułowaniu „faktyczność" urzeczywistnienia owego skutku X byłaby normatywnie zupełnie obojętna. Byłaby przeto bez znaczenia „psychiczna reakcja" owego pomyślanego skutku—wszystko jedno, czy będzie on pomyślany jako ziszczająca się faktyczność, czy jako quid „być mające". Przypisywanie tym skutkom pewnych cech negatywnych, przykrych uzależniałoby pozatem istotę normy od każdorazowego sprawdzenia, czy rzeczywiście reakcje te w ten sposób muszą być kwalifikowane. Gdyby w konkretnym wypadku okazało się, że — przeciwnie — skutki, pomyślane uprzednio, jako ujemne i przykre, w świadomości indywidualnej były dodatnie i przyjemne—czyżby należało wówczas zmienić kwalifikację normy? Czyżby norma, orzekająca karę, nie miała być kwalifikowana, jako prawna, jeśli „przestępca" odczuwa reakcję normy, jako słuszną i sprawiedliwą, a odcierpienie kary jest dlań pewnem zadośćuczynieniem moralnem, ekspiacją zasłużoną? Nie mówię tu o wypadkach „cynicznego" przystosowania się do reakcji: gdy np. recydywista uważa zamknięcie w więzieniu za pewne nieuniknione ryzyko zawodowe, lub gdy przestępstwo zostaje popełnione umyślnie, celem uzyskania „dachu nad głową" w więzieniu.

W tych wypadkach kara nie jest odczuwana, jako „malum". Niemniej wszakże istota normy nie ulega zmianie ze względu na takie, czy inne napięcie reakcji w jej skutkach psy-

chicznych. Nie można byłoby powiedzieć, że „exceptionalia non debent in argumentum trahi“ i że „skutek“ normy pomyślany jest in abstracto, jako schematyczna przeciętność, zupełnie niezależna od tego, w jaki sposób reakcja urzeczywistnia się w stosunku do danej jednostki. Przeciętnie przypuszcza się bowiem, że n o r m a l n i e skutki będą ujemne i przykre. Takie rozumienie przypuszczałoby układ, w którym skutki te „powinny być“ ujemne i przykre. „To, co być ma“ dotyczyłoby wówczas nie „powinności“ samego skutku („A powinien zachować się n, jeśli nie zachowa się n, powinien nastąpić skutek X“)—lecz reakcji tego skutku („A powinien zachować się n, jeśli się nie zachowa n, n a s t ą p i skutek X, który p o w i n i e n być kwalifikowany, jako skutek „ujemny“). Ale wówczas należałoby orzec, że ów skutek powinien wykazywać określoną schematycznie jakość: tylko więc skutek negatywny, ujemny, przykry świadczyłby o charakterystycznej istocie normy danego porządku. Qualitas skutku, rozumianego normatywnie, musiałaby być koniecznie powiązana z pewną kwalifikacją psychiczną. Cóż byłoby wtedy, gdyby ów skutek w wypowiedzi o powinności należało kwalifikować, jako dodatni i przyjemny, lub—co nie jest wyłączone—zgoła obojętny? I cóż wtedy, gdyby nie można było określić żadnej tego skutku „jakości“ psychicznej? Wyobraźmy sobie egzekucję, skierowaną przeciwko majątkowi, nie posiadającemu właściciela: czyżby hereditas jacens, co do której wiadomo, że nie zgłoszą się spadkobiercy, lub bona vacantia, które jeszcze nie zostały przejęte przez skarb państwa, „odczuwały“ w jakikolwiek sposób przykrości i dotkliwości egzekucji? Trudno byłoby kierować się w tych wypadkach przeżyciami psychicznemi kuratora spadku wakującego! Zresztą, normy, a nawet normy prawne, mogą w swych wypowiedziach sankcjonujących kierować się wskazaniami dodatniemi lub przyjemnemi. Można zbudować system kar na wyłącznej podstawie „poprawy“ przestępców—przez wychowawcze oddziaływanie na jednostki, nie stosujące się do normy, i przez wyłączenie wszelkich cech przymusu i tych wszystkich ujemnych reakcji (pozbawienie wolności, porażenie praw), zwykle z pojęciem kary związanych. Można traktować „niestosowanie się“ do normy, jako pewnego rodzaju chorobę, która wymaga leczenia, nie kary. Czyżby normatywne ustalenie tego rodzaju skutków wyłączać musiało pojęcie normy prawnej? Wszakże i wówczas to, co schematycznie pomyślane zostało, jako „bonum“, przez poszczególne jednostki mogłoby być odczuwane, jako „malum“ *). I w takim układzie

*) KELSEN, Hauptprobleme str. 206: „Für die formal—juristische Betrachtung kommt es gar nicht darauf an, ob Strafe und Exekution ein „Nachteil“ für die Verpflichteten sind (nur wenn sie ihren Z w e c k erfüllen sollen, müssen sie es sein)...“ Por. zasadniczy wywód F. KAUFMANNA j. w. str. 93 „Wer stiehlt, soll eingesperrt werden, gleichgültig, ob er die Haft als unertragliche Freiheitsbeschränkung, oder

rzutowanie pomyślanych skutków na ekran przeżyć psychicznych jednostki byłoby zupełnie obojętne dla pojęciowego znaczenia normy. A nawet nie uciekając się do koncepcji fantastycznych o skutkach naruszenia normy, jako wywoływać mających przeżycia dodatnie i przyjemne, należy mieć na względzie, że układ norm pozytywnych zna częstokroć ukształtowania, w których zastosowanie się do normy nie jest jednoznaczne z brakiem skutków ujemnych, lecz powoduje bezpośrednio ziszczenie pewnych skutków dodatnich. Układ pozytywny operuje częstokroć pojęciami wynagrodzenia, uznania, zasług, premjowania pewnego sposobu zachowania się. KANT podkreślił zróżnicowanie pojęć: „demeritum", któremu odpowiada „poena", i „meritum", któremu odpowiada „praemium" *). Czyżby w wypadkach „meritum" i „praemium" brak przeżyć dodatnich i przyjemnych osoby, uprawnionej do roszczeń z tego tytułu — odejmować miał roszczeniom tym charakter prawności? Takie twierdzenie byłoby równoznaczne z przypuszczeniem, które odmawiałoby normom religijnym właściwej im kwalifikacji ze względu na to, że ustalenia kar i nagród w życiu przyszłem tylko wówczas uchodzić winno za istotne, jeśli ustaleniom tym odpowiadają dodatnie czy ujemne przeżycia jednostki.

W ujęciu normatywnem nie posiadają znaczenia kwalifikacje psychologiczne ,odnoszone do „przedmiotu" wypowiedzi o być mającem. Niewątpliwie, ustalenie normy, rozumiane, jako zamierzenie, prowadzące do pewnego celu, lub jako motywacja przypuszczalnego postępowania, kieruje się zarówno prawdopodobieństwem przystosowania się do motywacji, jakoteż czyni sankcję normy zawisłą od pewnego, uprzednio sformułowanego przebiegu procesów psychicznych. Sformułowany normatywnie obowiązek nieczynienia szkody lub wykonywania zobowiązań rozumieć może niezastosowanie się do normy w zależności od winy, nieostrożności, przypadku, lub też w zależności od umyślnego niewykonania, czy też niewykonania, spowodowanego przyczynami postronnemi, które danej „osobie" poczytywane być nie mogą. Odpowiedzialność może być również uniezależniona od jakiejkolwiek kwalifikacji „woli" podmiotu (odpowiedzialność za skutek, odpowiedzialność przedmiotowa). Te wszystkie czynniki psychiczne mają znaczenie dla genetycznego ujęcia normy, gdy przedmiotem badania jest bądź proces, w którym norma została ustalona, bądź te motywy, które spowodowa-

als bequeme Versorgung empfindet"; str. 94: „Was in der Regel als Nachteil empfunden wird, wird darum keineswegs seinem Wesen gemäss nachteilig empfunden". O systemie kar, zbudowanym wyłącznie na systemie poprawy, słusznie powiada, str. 95: „dann wäre es leicht begreiflich, wenn eine solche Gesetzgebung Böses mit Gutem vergelten würde".

*) KANT, Metaphisische Anfangsgründe der Rechtslehre II wyd. 1798, Einleitung str. XXIX.

ły takie, a nie inne ukształtowanie normy, takie, a nie inne ujęcie treści. Jeśli tak zwany prawodawca ustala, że przy istnieniu pewnego składu czynu ma nastąpić określony skutek—tem samem określa przypuszczalne kwalifikacje psychiczne czynów, stopień „napięcia“ powinności, zależność jej od pewnych kierunków woli. Tym ukształtowaniom kwalifikacyjnym odpowiadają adekwatne (w rozumieniu „twórcy“ normy) skutki. Takie ujęcie nie jest wszakże badaniem normy. Norma, jako idealna jednostka znaczeniowa, nie może być utożsamiona z przejawem woli normotwórczej. Wypowiedź o tem, co być powinno, nie jest identyczna z psychicznem przeżyciem tych, od których, w rozumieniu genetycznem, norma „pochodzi“. Nie idzie w takiem stwierdzeniu o zaznaczenie t. zw. heterogonji celów i o faktyczne przemiany w rozumieniu czy w stosowaniu normy, przekształconej w zależności od zmiany okoliczności i środowiska, od wytwarzania się nowych układów i od realizacji skutków, nie odpowiadających pierwotnym zamierzeniom i intencjom. Idzie wyłącznie o stwierdzenie, że w rozumieniu tylko normatywnem powiązanie powinności z jej podmiotami jest zupełnie niezależne zarówno od względów motywacyjnych, jakoteż od kwalifikacji psychologicznych. Wypowiedź „A powinien postąpić n“ wyłącza w rozumieniu normatywnem jakąkolwiek kwalifikację, która nie byłaby ujęta w samej normie. Wprowadzenie jakichkolwiek kwalifikacji postronnych, jakiegokolwiek rozumienia psychologicznego, ujmującego powinność postępowania A, według wskazań psychologicznych, przyjętych w ocenach ziszczającej się lub ziszczonej rzeczywistości—byłoby ujęciem pozanormatywnem. Jeśli norma kieruje się wskazaniami „winy“, „nieostrożności“, „podstępu“, „dobrej czy złej wiary“, „sprzeczności z wskazaniami norm innej kategorji“ (np. recepcja norm moralnych przez normy prawne)—wyłącznie psychologiczna czy etyczna kwalifikacja tych wskazań normy byłaby wprowadzeniem zasad poznania, nie zawartych w samej normie. Nie znaczy to bynajmniej, że wskazania normy nie są wzięte „zzewnątrz“ normy. Jak już poprzednio zaznaczyłem, znamienną cechą norm prawnych jest okoliczność, że w samej treści nigdy nie może być takich składników, które kwalifikują ją, jako treść wyłącznie prawną. Specyficzną cechą normatywności jest sposób ujęcia treści. I ta specyficzność ujęcia powoduje, że poszczególne wskazania normy, jeśli mają być rozumiane nie w płaszczyźnie faktycznego ziszczania się, wyłączają wszelkie „oceny“, które nie są zawarte w samej normie. Wiadomo, że t. zw. psychologja prawa, która właściwie jest normatywnem ujęciem poszczególnych elementów wypowiedzi o być mającem, nie wiele ma wspólnego z psychologją właściwą. Pojęcie umyślności, nieostrożności, zaniechania, podstępu, korelacji woli i aktu i t. d. jest w rozumieniu prawnem, a więc normatywnem, niewspółmierne z odpowiedniemi pojęciami psy-

chologji i filozofji. Próby, czynione celem uzgodnienia tych specyficznych pojęć prawnych z odpowiedniemi pojęciami psychologicznemi i filozoficznemi, prowadzą do wątpliwych analogji, niedoskonałych hipotez, lub do najoczywistszych fikcji. Niewątpliwie, te pojęcia prawne wzięte zostały ze skarbnicy ogólnych pojęć nauk nienormatywnych; jednakże z chwilą ich „przekształcenia normatywnego“ źródło, z którego wypływają, staje się zupełnie obojętne; ujęcie normatywne nie ma potrzeby liczyć się z nim. Jeśli norma przy określonem przez nią zachowaniu się suponuje pewne przejawy woli—takie ujęcie może wcale nie odpowiadać rozumieniu psychologicznemu. Norma prawna przypuszcza (dla pewnych celów, które posiadają znaczenię jedynie w rozumieniu socjologicznem), że pewien skład czynu odpowiada suponowanemu aktowi woli; zgodnie z tem przypuszczeniem następuje normatywna konstrukcja skutków prawnych.

Owa „transformacja“ normatywna, jako cecha znamienna, przejawia się zupełnie niezależnie od treści normy. Wiara w Istotę Najwyższą, jako podstawa religji, broniona jest w wielu kodeksach karnych. Odnośny przepis prawny głosi najwyraźniej: kto bluźni Bogu — będzie ukarany. Zdawałoby się, że żadnych wątpliwości nie powinna nasuwać treść normy. Pojęcie Istoty Najwyższej jest już określone w normie samej, i subsumcja sędziego byłaby najzwyklejszem ustaleniem faktu, czy zachodzi, czy też nie zachodzi bluźnierstwo. Widzimy wszakże, że pojęcie Bóstwa znamiennie przekształcone zostaje w rozumieniu normatywnem. Charakterystyczne w tym względzie kontrowersje łączą się z wykładnią § 166 niemieck. kod. karnego, stanowiącego karę za bluźnierstwo. Konstrukcje doktryny i praktyki sądowej odbiegają od religijnych i filozoficznych pojęć o Bóstwie. Gdy jedni uważają pojęcie to w znaczeniu, uznawanem przez jakikolwiek system religijny (nawet politeistyczny), inni ograniczają się do określeń danej epoki historycznej i operują wyłącznie pojęciem monoteistycznem. Praktyka Sądu Rzeszy uważa przedmiot obrony karnej za jednoznaczny z tem pojęciem o Bóstwie, które przyjęte zostało w dogmatach spólnot religijnych, posiadających w Niemczech prawa korporacyjne. Zdaniem niektórych teoretyków, ograniczenie to jest niesłuszne: obrona karna winna przysługiwać dogmatom wszystkich zrzeszeń religijnych, niezależnie od uznania*). W rozważaniach de lege ferenda transformacja idei religijnej występuje wyraźnie: bluź-

*) Por. komentarz OLSHAUSEN'A 7-e wyd. 1905, do § 166 p. 2, KOHLER, Studien aus dem Strafrechte 1890, str. 165, KAHL, Religionsvergehen w pracy zbiorowej Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil T. III str. 34, 35; również projekty austrjackie „Gottesbegriff einzelner gesetzlich anerkanter Konfessionen“.

nierstwo winno być uważane, jako czyn, skierowany nie przeciwko uczuciom religijnym, lecz jako obraza interesów porządku, jako nieposzanowanie uznanego przez państwo, a przez to godnego obrony interesu publicznego *).

Ujęcie normatywne może w rozważaniu „powinności", jako do pewnej treści odniesionej, treść tę poznawać zgodnie z jej rzeczywistą „fizjonomją" fizyczną czy psychiczną. To, co jest rzeczą w rozumieniu nauk przyrodniczych, to, co jest wolą, zamiarem, motywem w rozumieniu psychologji—może w ujęciu normatywnem nie tracić swego znaczenia pierwotnego. Przy takiem przypuszczeniu wypada zastanawiać się nad zagadnieniami, czy np. prąd elektryczny jest rzeczą cielesną w znaczeniu fizycznem, czy w składzie czynu przestępstwa dane są pewne kwalifikacje procesów wewnętrznych, jako psychologicznie określonych kierunków woli. Ta zbieżność nie jest wszakże konieczna. Należy ją uważać za accidentale normy i niewątpliwie można skonstruować normę bez jakiegokolwiek uwzględnienia koincydencji z światem przedmiotów, zjawisk i stosunków. Ujęcie normatywne n i e m u s i stosować się do przypuszczalnej i za konieczną uznawanej koincydencji. Przeciwnie, ze względu na swoiste przeistoczenie treści, rozumianej, jako treść „być mająca", oraz ze względu na powiązanie wypowiedzianej powinności z pewnemi, normatywnie ustalonemi skutkami—treść ulega specyficznemu przekształceniu. Z chwilą, gdy ustalenia normatywne są „dane"—nie ma najmniejszego znaczenia ta okoliczność, czy zgadzają się one z stwierdzeniami pozanormatywnemi, czy od nich się różnią, czy też stanowią istności idealne, którym nic w świecie pozanormatywnym nie odpowiada. Pewna powierzchnia gruntu uważana jest zarówno w aspektach pozaprawnych, jakoteż w aspektach prawnych, za rzecz nieruchomą. W rzeczywistości „fizycznej" nie można mówić o „nieruchomości" bezwzględnej **). W ujęciu normatywnem, nie liczącem się z rygorystycznemi kwalifikacjami mechaniki, cecha „nieruchomości" posiada znaczenie funkcjonalne ze względu na specjalne ukształtowania powinności w stosunku do

---

*) KAHL j. w. str. 101: „Vielmehr rechtfertigt und bestimmt sich ihr (scil. der Gotteslästerung) Straftatbestand gegenwärtig allein aus dem objektiven Grunde, dass sie sich darstellt als rechtswidriger Angriff gegen das in Reichs—und Landesgesetzgebung für staatlich wertvoll gehaltene und darum geschützte öffentliche Interesse an der Religion. Mit diesem Objekt ist sie selbständiges Vergehen gegen die öffentliche Ordnung".

**) Por. FRIEDRICHS, Bürgerliches und öffentliches Sachenrecht, Archiv des öffentlichen Rechts T. 40, 1921, str. 263, 264: „Es gibt eigentlich nur einen Körper, den wir nicht bewegen können, das ist die Erdkugel, die aber keine Sache ist, weil sie zu gross ist, um unter einem Herrn zu stehen". W tem określeniu widzimy pomieszanie ujęcia fizycznego z normatywnem.

pewnych gatunków przedmiotów *); i nie fizyczna istota tych przedmiotów określa ukształtowanie powinności, lecz—przeciwnie—przedstawienie o układzie, który „być ma", przekształca istotę przedmiotu, kwalifikując ją normatywnie **). Dlategoteż ujęcie normatywne operować może taką sprzecznością, jak „unieruchomienie ruchomości". Gołębie w gołębnikach, zwierzęta przeznaczone do uprawy roli, klucze od drzwi pokojów, dywany na schodach domu mieszkalnego uważane są w rozumieniu normatywnem za nieruchomości. Co więcej: taka imobilizacja dotyczyć może praw, z istoty swej niezmysłowych; mowi się przeto o „nieruchomościach niezmysłowych" (immeubles incorporels); imobilizacja może być stworzona sztucznie ***) przez objawienie woli (immeubles par déclaration). Możliwy jest również proces odwrotny: ujęcie normatywne operuje pojęciem „uruchomienia nieruchomości"****). W niektórych ustawodawstwach wierzytelności hipoteczne uważane są za nieruchomości, w innych zaś za ruchomości*****). Zdarza się również, że pewna normatywnie ustalona kwalifikacja przedmiotu dopuszcza ujęcie pośrednie. Z „pewnej strony" przedmiot uważany jest za ruchomość, aczkolwiek inna kwalifikacja nadaje mu cechy „nieruchomości". Dotyczy to np. okrętów******). Możliwy jest wreszcie układ, nie

---

*) PLANIOL, Traité élémentaire de droit civil. Wyd. VIII. T. I 1920, Nr. 2201 uw. 1: „Mais le droit ne considère pas la possibilité du mouvement avec la même rigueur que la mécanique. Il admet comme immeubles les choses qui le sont d'une manière durable et habituelle, celles dont la fonction, est d'être immobiles, encore bien qu'elles puissent être accidentellement déplacées par des moyens extraordinaires".

**) BAUDRY — LACANTINERIE ET CHAUVEAU, Des biens 1905 Nr. 23 str. 22: „Ce qui est immeuble dans le sol, c'est la surface géométrique, on si l'on veut, son volume d'ensemble; le sol ne saurait être déplacé tel qu'il est, ni même par parcelles pour être reconstitué ailleurs en demeurant identique".

***) Np. akcje Banku Francuskiego: décret du 16 janvier 1808 art. 7: „les actionnaires qui voudront donner à leurs actions la qualité d'immeubles, en auront la faculté... et dans ce cas ils en feront la déclaration..." i loi du 17 mai 1834 art. 5 „les propriétaires d'actions immobilisées de la Banque de France qui voudront rendere à ces d'actions leur qualité première d'effets mobiliers, seront tenus d'en faire la déclaration à la Banque".

****) „Immeubles ameublés". W dawnem prawie francuskiem: „héritage acheté avec le meuble d'aucun a toujours nature de meuble". Por. DĄBKOWSKI, Prawo prywatne polskie 1910 T. I str. 247, 248. Statut litewski uważał za ruchomości sztuczne te dobra nieruchome, któremi wolno było dysponować przez testament na równi z ruchomościami: DĄBKOWSKI, Zarys prawa polskiego prywatnego. Wyd. II. 1921 str. 61, 62.

*****) Por. w tym przedmiocie J. GLASS, Zarys prawa hipotecznego w b. Królestwie Polskiem. 1922, str. 125.

******) Por. VERMOND, Manuel de droit maritime. 4-te wyd. 1917, Nr. 17, str. 26: „Les navires, quoique meubles, sont, à certains points de vue assimilés aux immeubles et même comportent des régles qui leur sont

uznający zupełnie kategorji rzeczy nieruchomych w rozumieniu prawnem. Nowy kodeks cyw. rosyjski z d. 11 listop. 1922 r., wyłączając ziemię z obrotu prawnego, uchyla podział rzeczy na ruchomości i nieruchomości, jako zbędny (art. 21, uwaga). Jedynie więc majątek ruchomy, chociażby to były zdemunicypalizowane budynki (art. 54), jest przedmiotem obrotu prywatno - prawnego (posiadanie ziemi dopuszczalne jest wyłącznie na prawie użytkowania).

Te ujęcia, charakteryzujące treść pod względem normatywnym, nie są współdane w samym składzie czynu. Gdy mówimy: jeśli sprzedaje się przedmiot R, to powinno nastąpić ukształtowanie, w którem sprzedawca i nabywca powinni zachować się n — w tej wypowiedzi nie jest tylko miarodajne określenie powinności sprzedawcy i nabywcy. Współrzędnie z tą wypowiedzią domniemywa się bowiem istnienie innej wypowiedzi, że przedmiot R p o w i n i e n być uważany za ruchomość czy nieruchomość. I zależnie od tej domniemywanej, a koniecznej kwalifikacji określają się t. zw. skutki prawne. Pozatem nie jest wyłączone, że to, co pewna norma w danym układzie prawnym uważa za nieruchomość, inna norma tego samego układu uważać może za ruchomość. *). Te odmienne aspekty nie są bynajmniej sprzecznością; obie bowiem różnorodnie kwalifikujące normy są jednakowo ważne.

Rozbieżność ujęć eksplikacyjnych z pojmowaniem normatywnem i zupełna niezależność tego ostatniego od kwalifikacji, odpowiadających ukształtowaniom faktycznym, uważana być winna za essentiale normy.

Zbieżność czy równoznaczność ujęcia jest przypadkowa — i ta przypadkowość bynajmniej nie dowodzi, że ujęcie normatywne, ze względu na zbieżność, kierować się winno temi wskaźnikami, które dla rozumienia eksplikacyjnego są miarodajne. Dane obserwacji i na nich oparte uogólnienia abstrakcyjne mogą nie mieć nic wspólnego z danemi normy. PETRAŻYCKI w swej nauce o dochodzie najdobitniej wykazał, że pojęcie owoców i pożytków nie może być w ujęciu normatywnem traktowane według wskazań przyrodniczych, uważanych za probierze „przedmiotowe". Przeciwnie, pojęcie to winno być rozumiane jako relacja pewnego dobra do osoby; oparte jest przeto na odniesieniu pewnej treści do punktu poczytania i tylko w tym podmiotowym aspekcie winno być prawnie rozważane **). Takie ukształtowanie

---

propres". FRIEDRICHS j. w. str. 268, mówiąc o orzecznictwie najwyższego pruskiego trybunału administracyjnego, zaznacza: „Die beweglichsten aller Sachen, die Schiffe, werden vielfach zu Unrecht für unbeweglich gehalten, weil sie in denselben Formen wie die Grundstücke verpfändet und versteigert werden".

*) FRIEDRICHS, j. w. str. 266.

**) PETRAŻYCKI, Die Lehre vom Einkommen. T. I. 1893 str. 12: „das Wesen des Fruchtbegriffes ist vielmehr in V e r h ä l t n i s s e n d e r

jest typowem ujęciem normatywnem, zupełnie niezależnem od faktycznych procesów „oddzielenia“ od rzeczy głównej. To, co w rozumieniu przyrodniczem jest „owocem“ — w rozumieniu normatywnem podlegać może kwalifikacji odmiennej *).

Pozatem ujęcie normatywne operować może „ideacjami“, które w świecie rzeczywistym żadnych nie znają odpowiedników. Istnieją pojęcia, które tylko za normatywne uważane być mogą. Idea „państwa“, „osoby“ (nie utożsamianej z organizmem fizyczno - psychicznym), rozumiana normatywnie, nie ma nic wspólnego ze zjawiskami i przebiegami faktycznemi; osoba prawna jako punkt konstrukcyjny w rozumieniu normatywnem — nie jest czemś dotykalnem, cielesnem, czemś co można widzieć; nie mniej wszakże posiada znamienną ważność znaczeniową. I jeśli ujęcie normatywne operuje częstokroć przenośniami lub analogjami, które zawdzięcza naukom eksplikacyjnym — te recypowane pojęcia są, w istocie rzeczy, zupełnie samoistnemi i żadnych punktów stycznych z pojęciami eksplikacyjnemi nie wykazują. Normatywne pojęcie „organu“ (organ państwowy, organ osoby prawnej) nie ma nic wspólnego z pojęciem organu w rozumieniu biologicznem. I nawet organistyczne pojmowanie państwa niczem innem w istocie rzeczy nie jest, jak ujęciem sub specie „jedności normatywnej“ **).

§ 20.

Pojęcie podmiotu normy.

Wypowiedź o powinności przypuszcza pewien podmiot, któremu jest przypisywane czy poczytywane pewne postępowanie, zaniechanie, zachowanie się. To odniesienie ukształtowania „unormowanej“ treści do dorozumiewanego w niej podmiotu może być ustalone w zakresie zjawisk, które prima facie podlegają unormowaniu, jako układy pojmowane li tylko eksplikacyjnie.

Personen zu den wirtschaftlichen Gütern und unter einander, nicht aber in der objectiven Natur der Sachen oder in objectiven Verhältnissen zwischen den Sachen zu suchen“ i loc. eod. uwaga I.

*) PETRAŻYCKI j. w. str. 29: „Dasselbe organische oder unorganische Erzeugnis, dieselben Erträgnisse können als Frucht oder als Nichtfrucht behandelt werden, je nach dem Verhältnis, in welchem sich eine Person zu denselben befindet“.

**) Por. w tym przedmiocie trafne wywody F. SOMLO j. w. str. 243 n., str. 265: „Wenn also Staatsorganismus weiter nichts als eine Bezeichnung dieses Gedankens (scil. „der normativen Einheit“) bedeuten soll und mit dem biologischen Organismus nicht mehr zu tun haben will als der Begriff der Korporation mit dem naturwissenschaftlichen Begriff eines Körpers, so lässt sich mit einer solchen organischen Theorie bloss über die Glücklichkeit der Wahl ihrer Benennung streiten“.

Ustalenia tego rodzaju: „porządek świata powinien być odmienny", „po deszczu powinna być pogoda", „w czasie żniwa powinna być pogoda" — zupełnie niezależnie od ich ziszczalności i wartości i niezależnie od ocen eksplikacyjnych — przypuszczają istnienie punktu „podmiotowego", z którym wiąże się ukształtowanie pewnej treści, jako być mającej. W przypuszczeniu hypostazy „sił", które „rządzą" naturalnym układem świata, można wypowiadać pewne dezyderaty co do tego, jakim ten układ (w odróżnieniu od istniejącego) być powinien: następuje wówczas znamienna personifikacja tak rozumianej normy. To, że w czasie żniwa deszcz nie powinien padać — może być rozumiane, jako powinność, odniesiona do przypuszczalnego podmiotu, w którego mocy leży sprowadzenie pogody. W religjach i mitach pierwotnych takie przypisywanie czy poczytywanie pewnych zjawisk — pożądanych czy niepożądanych — ustala się odnośnie do bożków i fetyszów, gdy przypuszcza się pomiędzy nimi a wierzącymi pewien stosunek normatywny; w pojęciach tych religji można mówić o „obowiązkach" bożków (obowiązek pomagania myśliwym, obowiązek sprowadzania pogody lub deszczu, obrony przed nieprzyjaciółmi); w takiem ujęciu normatywnem, gdy wyobrażalny podmiot powinności do niej się nie stosuje — mogą być konstruowane „skutki prawne" takiego „niewykonania": stąd, kary na bożków, zaniechanie dostarczania im ofiar i t. p. *).

I nawet w wypowiedziach, formułowanych jako dezyderaty, gdy modo optativo wypowiada się hipotetyczne przypuszczenia o t. zw. niemożliwych możliwościach („byłoby dobrze, gdyby nigdy nie było mrozów", „byłoby dobrze, gdyby mogły powrócić czasy młodości") — domniemywa się podmiot, któremu przypisywana jest „powinność" zrządzenia, spowodowania, przywrócenia i t. d.

Otóż, przypuszczenie podmiotu normy (którego nie należy utożsamiać z jej „adresatem") mogłoby być uznane za jednoznaczne z domniemaniem pewnych cech, temu podmiotowi jakoby koniecznie właściwych; przeto tylko przy ustaleniu istnienia tych cech — można byłoby twierdzić, że są one dla normatywności adekwatne i że ich nieistnienie wyłącza wogóle możność przypuszczenia układu normatywnego **).

W takiem rozumieniu można byłoby np. przypuszczać, że

---

*) Por. PETRAŻYCKI, Teorja j. w. T. I. str. 122.

**) KELSEN, Hauptprobleme j. w. str. 72, 73 zaznacza, że nie zawsze „zachowanie się" podmiotu jest treścią (przedmiotem) normy. „Die Norm kann principiell alles fordern, auch Dinge, die nur in einem sehr weiten (kausalen) Zusammenhange oder auch in gar keinem Zusammenhange mit körperlichen Bewegungen der Normsubjekts stehen..." F. KAUFMANN j. w. str. 89, kwalifikując normy prawne jako odniesione do „zachowania się ludzkiego" (menschliches Verhalten), nie uwzględnia wyżej przytoczonej dystynkcji KELSENA.

podmiotami normy są wyłącznie ludzie jako istoty rozumne; że przeto dla istnienia normy prawnej, jako idealnej jednostki znaczeniowej, konieczne jest przypuszczenie, że norma ustala wyłącznie takie powinności, które przypisywane będą ludziom; że pozatem zawsze, gdy powinności te nie przypisują się czemuś, co nie jest istotą rozumną — należy przypuścić podmiot, reprezentujący „prawa“ i „obowiązki“ zastępowanej przez niego istoty (infantes, furiosi), lub też personifikować zbiorowiska czy zrzeszenia istot rozumnych (zbiór istot rozumnych nie jest istotą rozumną), bądź wreszcie subjektywizować pewne kompleksy rzeczowe, którym przypisywane są prawa i obowiązki przez przypisanie ich „reprezentacji“ istocie rozumnej. Termin „persona ficta“ jest najdoskonalszem ujęciem takich koncepcji.

Określenia prawne, operujące pojęciami obrony czy rozgraniczenia interesów ludzkich, wiążące charakterystyczne probierze prawa z cechami „zewnętrzności“ postępków ludzkich — oparte są na takiem przypuszczeniu. Normą prawną byłyby ukształtowania (tutaj następuje zwykle bliższe określenie przedmiotowe co do treści być mającego: hierarchja interesów, postępków, uporządkowanie życia społecznego i t. p.), których podmiotem są istoty rozumne, działające bądź nomine proprio, bądź nomine alieno, reprezentujące tego (to), który (co) istotą rozumną nie jest.

W takiem ujęciu kwalifikacje psychologiczne odgrywać musiałyby rolę czynników kierowniczych. Pewien „punkt“ pozanormatywny byłby tym ośrodkiem, w którym grupowałyby się ujęcia normatywne. W zależności od rozmaicie wartościowanych aktów psychologicznych zmieniać by się musiał wygląd normy. Ujęcie normatywne byłoby niewolniczem tylko odbiciem przebiegów, które jedynie eksplikacyjnie rozumiane być mogą.

Dla aspektu normatywnego kwalifikacje powyższe mogą być uważane jedynie za accidentalia. Pojęciowa istota normy nie jest związana z założeniem o koniecznej jej adekwatności z pojęciem osoby, jako istoty rozumnej, obdarzonej pewnemi przymiotami fizycznemi i psychicznemi *).

Już nawet t. zw. doświadczenie historyczne uczy, że podmiot normy nie zawsze jest jednoznaczny z pojęciem istoty rozumnej. W ujęciach normatywnych okresów dawniejszych pewne kategorje istot rozumnych nie były kwalifikowane jako

---

*) F. KAUFMANN j. w. str. 89 uw. 1 „... dass der Sinn der Rechtsnormen damit nicht etwa an die Existenz von Menschen geknüpft ist“. Zbytecznie wszakże zaznacza: „der Bedeutungsinhalt der Norm ist ja völlig unabhängig von ihrer Anwendungsmöglichkeit‘. Możność zastosowania normy niema nic wspólnego z jej znaczeniem. Słusznie REINACH j. w. str. 57: „Die Beschaffenheit des vollziehenden Subjekts ist für den Zusammenhang evidenterweise gleichgültig“.

podmioty normy. Ustawodawstwa, uznające pojęcie „niewolnictwa“, odmawiały niewolnikom wszelkich kwalifikacji, które pozwalałyby uznawać tę kategorję istot, niewątpliwie rozumnych, obdarzonych zdolnością „wolnej woli“, postrzegania, orjentowania się, odczuwania, za podmioty normy. Zachodziła więc kwalifikacja normatywna, zupełnie niezależna od cech fizycznych i psychicznych, która wyłączała uwzględnienie tych właśnie cech *). Nie tak dawne są czasy, gdy prawodawstwo Rosji sowieckiej uznawało pewne kategorje osób za wyjęte z pod prawa, a więc odejmowało im „podmiotowość“—zupełnie niezależnie od tego, czy pod względem fizyczno-psychicznym osoby te zasługiwały na kwalifikację podmiotową. Dziś już nieznany instytut „śmierci cywilnej“ najdoskonalszym jest dowodem niezależności ujęcia normatywnego od stwierdzeń, ustalających niewątpliwie byt pewnych cech fizyczno-psychicznych, świadczących jakoby o podmiotowości prawnej.

I nawet częściowe porażenia praw są zaprzeczeniem przypuszczalnej równoległości ujęcia eksplikacyjnego i normatywnego: zmniejszona zdolność prawna rozumnego przestępcy nie jest wykładnikiem faktycznego zmniejszenia czy ograniczenia jego zdolności intelektualnych. Ograniczenia zdolności prawnej ze względu na pewne kwalifikacje osoby (np. e fragilitate sexus) są tylko ujęciami normatywnemi, nierównoważnemi z rzeczywistem istnieniem lub brakiem pewnych cech, którym in generali odmawia się danej kategorji ludzi. Pozbawienie osób, związanych ślubami zakonnemi, prawa rozporządzania majątkiem nabytym (Codex Juris Canonici, Can. 594 § 2) nie jest bynajmniej odpowiednikiem faktycznych stwierdzeń, że dana kategorja osób effective niezdolna jest majątkiem takim dysponować.

Podmiot normy nie jest identyczny z „osobą“ w rozumieniu eksplikacyjnem. W wypowiedzi „A powinien postąpić n“ — A jest konstrukcją, w której treść postępowania (n) odniesiona zostaje do pewnego normatywnie określonego punktu. To odniesienie nie jest ani przyczynowe, ani teleologiczne. Przypisywanie czy poczytywanie („Zurechnung“) pewnej „powinności“ nie jest w rozumieniu normatywnem kwalifikacją, przypuszczającą takie cechy właściwe A, jako punktowi poczytania, które odpowiadać muszą równoległym cechom fizycznym lub psychicznym. Punkt poczytania może być skonstruowany normatywnie, niezależnie od istnienia i eksplikacyjnej kwalifikacji tych cech. T. zw. osoba prawna, jako podmiot sztuczny, nie posiada żadnych cech fizycznych lub psychicznych, właściwych „istocie rozumnej“; jej konstrukcja normatywna jako punktu poczytania nie znajduje

*) Por. REINACH j. w. str. 58: „Nicht weil die Sklaven Menschen sind wie die Freien, und weil sie „die Natur den Menschen gleich geschaffen“ hat, können sie durch Versprechungen Ansprüche erwerben, sondern weil sie versprechen und sich versprechen lassen können, erwerben sie dadurch wesensgesetzlich Ansprüche und Verbindlichkeiten“.

w świecie zjawisk fizycznych i psychicznych żadnych odpowiedników realnych. Pojęcie osoby w znaczeniu istoty żyjącej jest jednoznaczne w rozumieniu ontologicznem z pojęciem „rzeczy". Ujęcie normatywne, dla którego punkt poczytania jest jednością odniesienia *), nie odróżnia co do istoty podmiotu kwalifikacji „naturalności" i „sztuczności". W rozumieniu normatywnem osoba fizyczna jest taką samą „konstrukcją sztuczną", jak osoba prawna — i cechy, związane z „realnością" nie są dla tego ujęcia miarodajne. Jeśli HÖLDER powiada, że osobowość jest cechą (Eigenschaft), osoba zaś rzeczą, która taką cechę posiada, i za podstawę swej konstrukcji uważa konieczność ustalenia takiej „rzeczy", o której można powiedzieć, że jest osobą—ustalenia takie prowadzą do mylnego wniosku, że tylko indywidualność ludzka może być osobą w znaczeniu prawnem t. j. normatywnem **). W głębokim wywodzie krytycznym BINDERA, opartym na pojęciu relacji (przyczem BINDER operuje nie zupełnie jasnem pojęciem prawa podmiotowego), argumentacja HÖLDERA odparta została w rozumowaniu następującem: wprawdzie osoba nie jest rzeczą, albowiem takie przypuszczenie byłoby sprzeczne z pojęciem prawa podmiotowego — z tego względu, że prawo nigdy nie ma do czynienia z przedmiotami (do których zaliczyć należy istoty żyjące), lecz z relacjami. Stąd wynika, że wprawdzie rzecz może być osobą, lecz nie idzie zatem, a ż e b y o s o b a m o g ł a b y ć t y l k o r z e c z ą***). To stwierdzenie wykazuje znamienny „odskok" od rozumienia eksplikacyjnego. Podmiot normatywny nie posiada odpowiednika w świecie realnym; specyficzny podmiot normy prawnej jest tylko dokonaną w poznaniu prawnem personifikacją. Osobą w znaczeniu podmiotu normatywnego jest się, o ile się ma prawa i obowiązki, ustalone w danym kompleksie normatywnym, nie zaś dlatego, że pewne quid może tworzyć warunki powstania tych praw i obowiązków. Swoistość poczytania normatywnego polega na tem, że pewna treść, rozumiana jako być mająca, utożsamia się z „osobą". Według właściwego dla normy principium individuationis powinności zachowania się są „personifikowane", jako jednolity system. Najogólniej mówiąc, pojęcie osoby jest jednoznaczne z pojęciem jedności systemu****). Jeśli w rozumieniu so-

*) KELSEN, Rechtswissenschaft und Recht j. w. str. 66 „Zurechnung ist die Beziehung eines Tatbestandes auf eine Person..., der Einheitsbezug, die Beziehung auf die Einheit des Systems".

**) HÖLDER, Natürliche und juristische Personen 1905 str. 1: „Das zweite Wort (scil. Persönlichkeit) bedeutet eine Eigenschaft, das erste (scil. Person) ein Ding, das eine Eigenschaft hat"; str. 20: „Persönlichkeit ist die spezifisch menschliche Individualität".

***) BINDER, Das Problem der juristischen Persönlichkeit 1907 str. 48 n., str. 50: „Daraus folgt dass zwar ein Ding Person sein kann, aber nicht, dass Person nur ein Ding sein kann".

****) KELSEN, Hauptprobleme str. 144 n., Das Problem der Souveränität j. w. str. 109, str. 194.

cjologicznem uznawać będziemy dany system norm („porządek ogólny"), jako odpowiednik „woli zbiorowej" — wówczas osoba fizyczna, jako członek i uczestnik zbiorowości, jest wyrazem „porządku częściowego", „systemem", podległym systemowi nadrzędnemu *). Od ujęcia w porządku ogólnym, jako w systemie norm, zależą kwalifikacje podmiotu; i dlategoteż nie można ustalić wskazania, że podmiotem normy będzie wyłącznie osobowość ludzka, jako jedyny odpowiednik zdolności prawnej **). Takie uzależnienie musiałoby wyłączać wszelką gradację pojęcia podmiotu. W rozumieniu eksplikacyjnem pojęcie osoby jest niezmienne i bezwzględne, nie zna stopniowania: albo się jest podmiotem, albo się nim nie jest. Ujęcie normatywne pozwala na stopniowanie — albowiem w odniesieniu do powinności możliwe jest różnicowanie bez względu na to, czy analiza eksplikacyjna prowadzi do jakiejś „bezwzględnej stałości". Transpozycja pojęć eksplikacyjnych prowadzi do wniosku, że osobą w znaczeniu normatywnem musi być ta sama „rzecz", która w danem ukształtowaniu była taką, w innem zaś przypadkowo inną ***). Pojęcie podmiotu jako punktu poczytania jest „tworem" normy; norma przekształca eksplikacyjnie rozumiane postępowanie czy zachowanie się, pojmując je w płaszczyźnie być mającego i odpowiednio nadawać może punktowi poczytania kwalifikacje zupełnie niezależne i samoistne. „Postępowanie" czy „zachowanie się" niekoniecznie musi być czynnością czy zaniechaniem, stanem czy przebiegiem, odniesionym do „ludzi". Norma nie zwraca się do „ludzi" — w jej rozumieniu intencjonalnem nie leży motywacja pewnego postępowania, nie jest ona rozkaźnikiem. Postępowanie czy zachowanie się wogóle, „ludzkie" zaś w szczególności, jest treścią normy. I niesłusznie zarzuca KELSENOWI — SANDER, że przez wprowadzenie pojęcia „zachowania się ludzkiego" („menschliches Verhalten") uniemożliwił on „czystość" pojmowania i postępowania prawnego (Rechtsverfahren) i wprowadził do jedności syntetycznych sądów prawnych pojęcia poza prawne, w szczególności etyczne. Pojęcie „zachowania się" jest

---

*) BINDER j. w. str. 75 n.

**) KELSEN, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff j. w. str. 73: „Der Gruppenwille ist ein Normsystem, eine Ordnung, das Gruppenmitglied — die physische Person — eine Teilordnung".

***) Por. SALEILLES, De la personnalité juridique 1910 str. 486 n., BINDER j. w. str. 145 „Bei der juristischen Person wie beim Menschen b e t r a c h t e t e man das Rechtssubjekt, ohne es zu analysieren, und kam so dazu zu glauben, dass die Person im einen Falle dasselbe Ding sein müsse, dass es zufällig im anderen war". O konstrukcjach „połowicznej osobowości" („halbe Persönlichkeit) i „podwójnej osobowości" (np. fundacja powiernicza) — zob. HEDEMANN, Werden und Wachsen im bürgerlichen Recht 1913 str. 22 — 24. Por. również wywód prof. GOŁĄBA: „...obok (zorganizowanych) osób prawnych i obok osób fizycznych, powstawać mogą podmioty, które — ściśle rzecz biorąc — nie powinny być zaliczane bezwzględnie ani do pierwszej, ani do drugiej z tych kategorji". (Orzecznictwo Sądów Polskich T. II 1923 str. 40, Glossa do orzeczenia Nr. 42).

jakoby „subjektywistycznem metaprawnem wytłumaczeniem przedmiotowych relacji postępowania prawnego“*). Przypuszczenie osoby jako podmiotu prowadzi do pozaprawnego (etycznego) zróżniczkowania pomiędzy „osobą“, a „rzeczą“, pomiędzy składami czynu, które posiadają wskazania, względnie nie posiadają wskazań, o zdolności poczytania **).

Teorja normatywna nie uważa bynajmniej pojęcia osoby, jako pomocniczego przedstawienia sądów o prawie („Urteile über das Recht“); są one dla niej, według terminologji SANDERA, sądami prawa („Urteile des Rechtes“), albowiem, nawet przy przypuszczeniu podmiotowości, odpowiadającej osobowości ludzkiej, nie jest postępowanie czy zachowanie się czemś od normy różnem i przez nią jakoby „z zewnątrz“ rządzonem (teorja rozkaźników jaknajkategoryczniej odrzucana jest przez szkołę normatywną). Przeciwnie, ujęcie normatywne rozumie postępowanie czy zachowanie się jako treść normy, a odniesienie treści do ukształtowań „być mającego“ nie ma potrzeby liczenia się z jakiemikolwiek cechami pozanormatywnemi; poczytanie jest tedy „operacją“ normatywną, ważną współmiernie z ważnością każdej samoistnej wypowiedzi o być mającem. Jest ono elementem sądu prawa, w żadnym zaś wypadku czemś, znajdującem się poza tym sądem (według SANDERA byłby to: sąd o prawie). Parafrazując niezupełnie dokładną terminologję SANDERA, można by nazwać poczytanie — „sądem w prawie“.

KELSEN w swej polemice z SANDEREM słusznie wytknął niewłaściwą jego interpretację pojęcia osoby ***); w istocie rzeczy, SANDER musi uznać, że poczytanie jako syntetyczny proces powiązania, dokonywujący się „w prawie“, jest (przez przypusz-

---

*) SANDER, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung j. w. str. 541 „Das Rechts oder Normsubjekt oder die „Person“ also die rechtswissenschaftliche Form der Menschypostase, ist aber eine Hilfsvorstellung der Urteile über das Recht, nicht eine Vorstellung der Urteile des Rechtes, bedeutet die von ethisch-politischen Gesichtspunkten geleitete Zusammenfassung und Beziehung gewisser Verfahrensrelation auf einen metarechtlichen Beziehungspunkt“. Por. słuszne uwagi LÖBLA, Zum Problem der reinen Rechtslehre, Zeitschrift für öffentliches Recht T. III. 1922 str. 423: „Fasst man den Begriff des Verhaltens einmal so weit, dss man drunter jede Zuordnung eines Zustandes oder Vorganges zu einem Subjekt als seinem Träger versteht, dann kann eben diese Zuordnung auch von einem normativen Standpunkte aus vorgenommen werden“.

**) SANDER j. w. str. 543.

***) KELSEN, Rechtswissenschaft und Recht j. w. str. 113, 114: „Wenn ich „menschliches Verhalten“ als Inhalt der Rechtssätze bezeichne, so geschieht dies mit ausdrücklicher Betonung, dass solches nur als Inhalt der als Rechtssätze charakteriserten Urteile und somit als ein ganz anderer Gegenstand auftritt, als der Mensch und sein Verhalten, der in den Urteilen der Biologie und Physiologie, beziehungsweise der Soziologie erscheint“.

czenie „osoby“) konstrukcją prawną *). Zarzuty, że konstrukcja ta jest pochodną założeń eksplikacyjnych, pozbawione są przeto podstawy. Jeśli SANDER twierdzi, że dla teorji „doświadczenia prawnego“ nie istnieją pojęcia podmiotu poczytania, człowieka, organu, państwa, i jeśli sprowadza on pojęcie osoby do „odpowiadających postępowaniu (prawnemu) funkcji zdań prawnych“ („verfahrensmässige Rechtssatzfunktionen“) **) — zapomina o tem, że teorja normatywna nie uważa pojęcia osoby, jako bytu samoistnego. W pojęciu normatywnem osoba, człowiek, organ, państwo redukują się do jednego, jedynego i wyłącznego przedstawienia o prawie. Rozumienie normatywne nie zna substratu, odpowiadającego „stosunkom prawnym“ p o m i ę d z y „osobami“; stosunek osób dany jest tylko w odniesieniu **do** normy, nie zaś w stosunku podmiotów prawnych pomiędzy sobą, jako przeciwstawionego (względnie podporządkowanego) normie ***).

Podmiot prawa jest niczem innem, jak prawem w stosunku do podmiotu. Pojęcie „osoby prawnej“ w zwykłem zrozumieniu ujednostajnienia systematycznego, odniesionego do mnogości osób fizycznych, jest tylko „przedstawieniem pomocniczem“ (Hilfsvorstellung), bynajmniej zaś nie może uchodzić za przedmiotowe ustalenie rzeczywistości realnej, z którem ujęcie normatywne musi się liczyć, jako z czemś objektywnie danem. Gdyby należało odróżniać „stosunek prawny“ od „podmiotu prawnego“ — wówczas nie można byłoby powiedzieć, że stosunek prawny jest jednocześnie podmiotem. Taka logicznie niemożliwa wypowiedź musiałaby być wszakże ustalona, gdyby pewien kompleks stosunków prawnych (a niczem innem nie jest t. zw. osoba prawna) należałoby uznać — wobec właściwych mu cech rzeczywistości realnej — za osobę w znaczeniu „rzeczy“. Jeśli zaś powiązanie poczytania z pewnym punktem, który u w a ż a n y jest za osobę (in casu: za osobę sztuczną), jest tylko konstrukcją normatywną, nie posiadającą żadnego odpowiednika w rzeczywistości — wówczas: zależnie od wskazań poznania normatywnego dane kompleksy stosunków mogą, lecz nie muszą być uosabiane. Stąd wypływa możność, która w ujęciu eksplikacyjnem prowadziłaby do niedających się roz-

---

*) SANDER j. w. str. 571: „Für die Theorie der Rechtserfahrung aber, der die „Anwendung“ des Rechtes r e c h t l i c h e Vorgänge, R e c h t s v e r f a h r e n bedeutet, ist „Zurechnung“ ein sich primär im R e c h t e vollziehender, synthetischer Verküpfungsprozess, kommt es lediglich darauf an, ob „Person“ eine r e c h t l i c h e, im Verfahren auftretende Konstruktion ist“.

**) SANDER, j. w. str. 577: „So gibt es vor allem für die Theorie der Rechtserfahrung kein „Subjekt“ der Zurechnung, keinen „Menschen“, kein „Organ“, keinen „Staat“.

***) KELSEN, Das Problem der Souveränität j. w. str. 125: „Das Rechtverhältnis ist ein Verhältnis zur Rechtsordnung, richtiger; innerhalb der Rechtsordnung, nicht ein Verhältnis zwischen — der Rechtsordnung gegenüberstehenden — Rechtssubjekten“.

wikłać sprzeczności — możność, zgodnie z którą jeden i ten sam kompleks stosunków będzie w pewnych wypadkach ulegać personifikacji, w innych zaś proces ten będzie wyłączony *). Jeśli teorja normatywna „personifikuje“ państwo, nie znaczy to, ażeby w tem pojęciu widziała coś od prawa odrębnego lub coś przeciwstawiającego się prawu. I wszelkie inne personifikacje normy są tylko wyrazem koniecznych ujednostajnień systematycznych — nie są one hypostazami, które przypuszczają jakieś byty realne, różniące się od normy (np. w rozumieniu „nadrzędnem“: państwo jako kompleks mocy realnych, tworzących normy prawne). Te personifikacje nie mogą być uważane, jako mające byt, współrzędny bytowi normy **); istnieją tylko jako systematyczne uogólnienia na podstawie danych normy samej.

Normatywna konstrukcja podmiotu, jako punktu poczytania, wyłączająca zarówno równoległość, jak zależność i funkcjonalność w porównaniu z realnością istniejącego, pozwala na to, że punktem poczytania mogą być nie tylko zbiory istot żyjących i rozumnych, lecz również rzeczy martwe lub zbiory tych rzeczy***). Możność przypisania „powinności“ nie jest ograniczona jakiemikolwiek warunkami, zawisłemi od ukształtowań rzeczywistości. Można przeto powiedzieć, że norma „tworzy“ podmiot. Nie dlatego wypływają z umowy pewne prawa i obowiązki, że „ktoś“ realiter posiada możność stworzenia tych praw i obowiązków — lecz dlatego jedynie, że normatywne ujęcie obowiązku wykonania zakłada możność takiego ukształtowania podmiotowego. Nie dlatego jest się podmiotem prawa, że istnieją potemu pewne warunki przyrodzone, lecz dlatego, że norma w procesie poczytania personifikuje przejściowy czy końcowy punkt poczytania ****).

---

*) KELSEN, Das Problem der Souveränität j. w. str. 291, 292 i str. 291 uw. 4. W konkluzji swych wywodów powiada KELSEN: „Sieht man freilich in der juristischen Person eine im Ermessen des Juristen stehende Konstruktion, mittels deren man j e d e s Rechtsverhältnis d. h. jede Gesamt — oder Teilrechtsordnung personifizieren kann — aber nicht muss, dann steht freilich nichts in Wege, ein und dasselbe Rechtsverhältnis bald zu personifizieren, bald auf seine Personifikation zu verzichten, das Rechtsverhältnis nur in der einen, nicht aber in einer anderen Richtung als Person zu behandeln“.

**) Por. polemikę z SANDEREM w wywodzie KELSENA, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff j. w. str. 218 n. uw. 3. Personifikację charakteryzuje KELSEN, jako „Ansatzpunkt für mögliche Relationen“.

***) KELSEN, Hauptprobleme j. w. str. 519 „...dort wo die rechtliche Zurechnung Halt macht, dort ist das Pflichtsubjekt zu suchen — und wäre es selbst ein lebloser Gegenstand“.

****) Ideę tę, oczywiście, w zupełnem oderwaniu od jakiejś konstrukcji prawnej, ujął RYSZARD WAGNER w ‚Złocie Renu“. Fasolt, zwracając się z upomnieniem do Wotana, powiada:

„Verträgen halte Treu!
Was du bist,
Bist du nur durch Verträge:

Ta personifikacja może nawet wyłączać przypuszczenie jakiejś istoty, której wogóle przypisać można byłoby jakąkolwiek „powinność". Wszak dogmatyka prawa pozytywnego dopuszcza możność istnienia zobowiązań (i praw) — bez istnienia jakiegokolwiek tych zobowiązań podmiotu. Na tem przypuszczeniu, które posiada głębsze znaczenie poznawcze, oparta jest teorja t. zw. praw bezpodmiotowych. Nie analizując w tem miejscu znanej kontowersji dogmatycznej o dopuszczalności pojęcia praw bezpodmiotowych, winienem zaznaczyć, iż pojęcie to — wbrew przypuszczeniu GIERKEGO — nie jest sprzecznością samą w sobie. Wszak nawet teoretycy, odrzucający pojęcie powyższe, uznają, że gdy w „teraźniejszości" możliwa jest tylko „subjektywna niepewność" co do istnienia podmiotu, w „przyszłości" natomiast podmiot może być rozumiany, jako niedający się objektywnie określić. STAMMLER uważa określenie podmiotu jako zasadnicze przypuszczenie, umożliwiające zrozumienie naukowe. Konieczność uznania „aktualnego" podmiotu, jako zasadniczego przypuszczenia przy jednoczesnem założeniu dopuszczalności „potencjalnej" niepewności *) — przemawia raczej za, niż przeciw możności praw bezpodmiotowych. Czyż można bowiem powiedzieć, że podmiot, który w przyszłości ma być „punktem zaczepienia", w teraźniejszości już istnieje? IHERING, odrzucając pojęcie praw bezpodmiotowych, sądził, że właściwą będzie konstrukcja „prawnego związania" (rechtliche Gebundenheit) — ale i w tym wypadku zachodzi problemat „niepewności w teraźniejszości" **). Logicznie możliwa jest konstrukcja, zgodnie z którą porzucenie nieruchomości przez właściciela, przy wniesieniu do księgi wieczystej jego prawomocnego zrzeczenia się praw własności (§ 928 niemieckiego kodeksu cywilnego), nie spowoduje wygaśnięcia „prawa własności", które nadal — nie bacząc na brak podmiotu — istnieć będzie ***).

Bedungen ist,
Wohl bedacht deine Macht".

W „Walkirji" powiada Wotan do Brunhildy:

„Das sind die Bande,
Die mich binden:
Der durch Verträge ich Herr,
Den Verträgen bin ich nun Knecht".

Por. GEORG MÜLLER, Das Recht bei Richard Wagner 1914 str. 28 uw. 43 i tegoż autora, Das Recht in Goethes Faust 1912 str. 42 uw. 104.

*) STAMMLER, Unbestimmtheit des Rechtssubjektes 1907 str. 21, „Darum kann von einer objektiven Unbestimmtheit des Rechtssubjektes zwar für die Zukunft unter bestimmten Voraussetzunegen gesprochen werden, — für die Gegenwart aber vermag es nur eine subjctive Ungewissheit zu geben". BINDER j. w. str. 139: „Aktuelle Rechte ohne Subjekt gibt es nicht. Potentielle Rechte ohne Subjekt sind eine denkbare Kategorie".

**) Por. w tej kwestji WINDSCHEID-KIPP j. w. T. I § 49 uw. 3 i uw. 5,

***) Por. np. HELLWIG, Anspruch und Klagrecht 1900 § 32. Saski kodeks cywilny kwestję powyższą rozwiązał przez konstrukcyjne upodobnie-

Należy tedy, uogólniając wywody powyższe, powiedzieć, że ujęcie normatywne, określając punkt poczytania, jako powinność, odniesioną do podmiotu, nie musi liczyć się z ustaleniami, określającemi qualitas podmiotu, niezależnie od normy. NELSON, który nie buduje swej teorji na fundamencie ujęcia normatywnego i który uważa pojęcie osoby jako równoważne z pojęciem „podmiotu interesów“ *), słusznie zaznacza: w drodze logicznej nie daje rozwiązać się problemat, czy są istoty, które posiadają „interesy“, nie będąc jednocześnie istotami rozumnemi **). Problemat ten rozwiązuje norma, kierując się probierzem swej „ważności“. Pomijam kwestję łączenia konstrukcji normatywnej z pojęciem interesu, które rozumieć można tylko psychologicznie; jeśli zgodzimy się na znaną definicję interesu („wszystko, co ktoś wskutek nastąpienia lub nie nastąpienia pewnego zdarzenia mieć mógłby“) — wówczas powiedzieć należy że określenie podmiotu („ktoś“) nie może być zawisłe od danych pozanormatywnych. Jakiekolwiek probierze eksplikacyjne, znaczenia, im właściwe, powiązania, im odpowiadające — nie przesądzają ważności normy. Ustalone w niej „kwalifikacje“ podmiotów mogą nie odpowiadać rozumieniu przyczynowemu i teleologicznemu.

Dziś wydają się nam „dzikiemi“ i „niekulturalnemi“ ujęcia normatywne, które ongi „konstruowały“ odpowiedzialność prawną zwierząt i rzeczy, uznawały stosunki prawne pomiędzy duchami czy bóstwami a ludźmi, bóstwami pomiędzy sobą, bóstwami a zwierzętami i t. d. ***). Jednakże, nie można zaprzeczyć normatywnej „ważności“ tego rodzaju powiązań. I ten punkt widzenia bynajmniej nie jest obcy normom współczesnym: oczywiście, że w grę wchodzą motywacje zupełnie odmiennej natury, że

---

nie porzuconej własności do hereditas jacens: § 294: „Erklärt er (scil. der Eigentümer) bei Gericht, das Eigentum aufgeben zu wollen, so ist die unbewegliche Sache als erbloses Gut zu behandeln, nachdem ein öffentlicher Aufruf des etwa Berechtigten stattgefunden hat“.

*) NELSON, System j. w. str. 43: „Ein Rechtssubjekt ist daher ein Wesen, nicht wiefern es vernünftig, sondern schon, wiefern es, im allgemeinsten Sinne des Wortes, eine Person ist. Und eine solche ist es als ein Subjekt von Interessen“.

**) NELSON, loco eod. „Denn es ist eine auf logischem Wege nicht aufzulösende Frage, ob es Wesen gibt die zwar Interessen haben aber doch nicht vernünftige Wesen sind, d. h. nicht nach der Vorstellung eines Gesetzes zu handeln vermögen“. Problematyzacja NELSONA łączy się z zagadnieniem, czy mogą istnieć podmioty praw, które nie są jednocześnie podmiotami obowiązków. Taka koincydencja jest — w mniemaniu NELSONA — logicznie tylko przypadkowa. Dla ujęcia normatywnego zagadnienie to nie istnieje: podmioty rozumieją się wyłącznie jako podmioty obowiązków. Pojęcie „podmiotu prawa“ jest tylko accidentale. Obowiązkom nie muszą koniecznie odpowiadać prawa. Podmiot, który byłby wyłącznie podmiotem prawa, byłby czemś stojącem „ponad“ normą — i mógłby być rozumiany tylko eksplikacyjnie.

*) Por. analizę psychologiczną PETRAŻYCKIEGO. Teorja j. w. str. 108 n., str. 124 n.

psychologiczny podkład ujęcia normatywnego różni się zasadniczo od założeń, uznawanych w zamierzchłej przeszłości; jednakże, aczkolwiek owe czynniki psychologiczne i motywacyjne nie posiadają znaczenia poznawczego dla normy, jako takiej—powiązania jej mogą posiadać ważność, zupełnie nie odpowiadającą „prawdom", rozstrzygającym w płaszczyźnie eksplikacyjnej. Tryb powiązania, charakter poczytania, sposób, w jaki pewna normatywnie rozumiana treść „łączy się" z podmiotem—różni się swym kolorytem socjologicznym czy psychologicznym od powiązań i połączeń, znanych w przeszłości. Dlategoteż i dziś różnicowanie podmiotów według ich cech i kwalifikacji eksplikacyjnych może być wyłączone i ignorowane w ujęciu normatywnem. Przedmiotem sądów normatywnych jest — jak widzieliśmy — nie tylko zachowanie się i postępowanie istot ludzkich, „poczytalnych" w znaczeniu psychologicznem. Poczytanie normatywne (in casu: prawne) jest swoiste i odrębne w porównaniu z poczytaniem psychicznem — a przy porównaniu z innemi dziedzinami normatywnemi — z poczytaniem moralnem, obyczajowem i t. d. W czasach obecnych normatywność „stosuje się" do zachowania się istot ludzkich niepoczytalnych, do „działań" zwierząt, do „wydarzeń" w t. zw. przyrodzie martwej, do stanów, które z stanami istot rozumnych nie są równoważne. I tak samo, jak się mówi o zgodnem, względnie sprzecznem, z normą zachowaniu się istot rozumnych, obdarzonych rozeznaniem i świadomością swych czynów — mówi się również o odpowiednio kwalifikowanem zachowaniu się istot, tych cech nie posiadających *) (a więc, w rozumieniu psychologicznem, niepoczytalnych), a wogóle o stanach, zgodnych czy nie zgodnych z normą. Pozostaje bez znaczenia, że współczesne układy prawne nie odnoszą powiązań powinności z treścią do istot nierozumnych, zwierząt, przedmiotów przyrody martwej lub do wyobrażanych istot nieziemskich (bóstwa, duchy) i że przeważnie konfiguracje odpowiedzialności, odszkodowania, wykonania, kary — czy, mówiąc najogólniej, sankcji — stosują się do istot rozumnych. Jednakże to „stosowanie" może nie wykazywać żadnych punktów stycznych z jakiemś świadomem, celowem i motywowanem działaniem ludzkiem. Jeśli współcześnie nie są znane procesy przeciwko zwierzętom lub przedmiotom, niemniej wszakże, związanie treści z powinnością, odniesione do punktu poczytania (do rozumnej istoty ludzkiej) może wynikać z pewnego zachowania się zwierząt lub z pewnych własności czy stanów przedmiotów martwych, aczkolwiek ani fizycznie, ani psychicznie nie zachodzi żaden związek pomiędzy normatywną odpowiedzialnością istoty rozumnej, a niezawinio-

*) WENZEL j. w. str. 73 „Da nun nicht bloss das Verhalten zurechnungsfähiger Menschen, sondern auch das unzurechnungsfähiger Menschen, ferner die Handlungen von Tieren, Eigenschaften, Zustände, Ereignisse der lebenden wie leblosen Welt der Gegenstand der Gesetzesurteile bilden, so müssen sie sich auf alle diese Tatsachen anwenden lassen".

nem „zachowaniem się“ zwierzęcia lub „stanem“ przedmiotu martwego. T. zw. odpowiedzialność za skutek jest najdoskonalszym wyrazem tego rodzaju ukształtowań. Ustawodawstwa dawniejsze mogły w tym zakresie operować pojęciem „personifikacji“ zwierząt, rzeczy, bogów i duchów. Mogły więc bezpośrednio uważać te podmioty za punkty związania normatywnego, poczytania i przypisywania t. zw. odpowiedzialności. Ustawodawstwa współczesne uważają, że taka personifikacja byłaby zupełnie zbędną fikcją. Dlategoteż w ustaleniu norm wyłączone są „przenośnie“ czasów dawniejszych, aczkolwiek t. zw. punkt poczytania (istota rozumna) ani fizycznie, ani psychicznie nie jest odpowiedzialny (w znaczeniu eksplikacyjnem) za czyny lub stany, które nie są ani j e g o czynami, ani j e g o stanami — jednakże odniesienie tych niezawinionych i niespowodowanych czynów oraz stanów jest n o r m a t y w n i e dopuszczalne. Ustawodawstwom współczesnym znany jest proces personifikacji odnośnie do zbiorowisk istot rozumnych i posiadanych przez te zbiorowiska objektów majątkowych; podmiotem normy jest tedy „ktoś“ pomyślany (niekoniecznie fikcyjny), a ludzie „rzeczywiści“ są jakgdyby „przedstawicielami“ tej „osoby“ idealnej, nie posiadającej żadnych cech fizycznych i psychicznych *). T. zw. bowiem wola zbiorowa jest tylko przedstawieniem, istniejącem w umysłach poszczególnych ludzi, należących do zbiorowości, o kwalifikacjach pewnych zamierzeń, postanowień, działań, uważanych przez nich za zamierzenia, postanowienia i działania nieindywidualne. O realnej rzeczywistości takich osób „zbiorowych“ nie może być mowy**). Pozatem, należy zaznaczyć, że jeśli substratem pewnej kategorji osób prawnych są, rzeczywiście, ludzie, jako istoty rozumne, rozeznaniem i wolą obdarzone — możliwe i zresztą częste są konstrukcje, które kompleksom majątkowym, jako takim, przypisują cechy osobowości ze względu na swoistość związanego z niemi celu (fundacje, zakłady, masy majątkowe, majątek składkowy i t. d.). Zbiór przedmiotów martwych staje się tedy osobą w rozumieniu normatywnem. Właśnie przez redukcję do płaszczyzny normatywnej uniknąć można

*) HÖLDER j. w. str. VI (przedmowa) „Die Behandlung des Gemeinwesens als eines neben den übrigen Privatrechtssubjekten existierenden Privatrechtssubjektes bedeutet die Behandlung bestimmter Rechte und Verbindlichkeiten der verschiedenen in seinen Angelegenheiten zuständigen Menschen, wie wenn sie private Rechte und Verbindlichkeiten e i n e s Menschen wären, dessen Vertretung jenen Menschen zukommt“.

**) Por. HAFF, Institutionen der Persönlichkeitslehre und des Körperschaftsrechts 1918 str. 115 „Die juristischen Begriffe Rechtssubjekt, Gesamtperson und Verbandsperson haben nichts mit der Realität zu tun. Die Körperschaft ist keine „reelle Gesamtperson“ (O. GIERKE) und keine „personne réelle“ (SALEILLES)“.

zarzutu naiwnej obrazowości, metafizyczności i sui generis animizmu prawnego.

Przypisywanie w ustawodawstwach dawniejszych pewnych cech „personalizujących“ zwierzętom, przedmiotom martwym, istotom nieziemskim było bezpośredniem i antropomorfistycznem wyjaśnieniem, przeniesieniem przedstawień pewnej kategorji na przedstawienia inne, do tych upodobnione. Współczesne konstrukcje nie przenoszą wyjaśnień eksplikacyjnych do sfery normatywnej. Z punktu widzenia eksplikacyjnego personifikacja fundacji czy zakładu jest taką samą naiwnością, jak przypisywanie rozumu i woli bożkowi czy fetyszowi pogańskiemu lub przypuszczenie odpowiedzialności zwierzęcia za zrządzoną przezeń szkodę. Pojęcie podmiotu prawa jest pojęciem normatywnem *) ; ważność ujęcia normatywnego, niezależna od jakichkolwiek założeń eksplikacyjnych, nie ma potrzeby kierowania się niemi. I właśnie ta niezależność umożliwia dopuszczalność ukształtowań konstrukcyjnych, które w rzeczywistości realnej nie znajdują odpowiedników **). Przytoczę tutaj przykład — obrazowo przez KOHLERA nazwany „rozszczepieniem osobowości“ („Spaltung der Persönlichkeit“) — a mianowicie: możność i dopuszczalność zawierania czynności prawnych z samym sobą (t. zw. Selbstkontrahieren, contrat avec soi - même, § 181, § 1009 ust. 2, § 1409 zd. 2 niem. kod. cyw.).

Jeśli ustawodawstwo wiąże bardzo często pewne „skutki“ prawne z podmiotem prawa, nie licząc się zupełnie z równoważnością przebiegów, zdarzeń, zjawisk w przyrodzie i z pewnym kierunkiem woli podmiotu — nie znaczy to bynajmniej, że te przebiegi, zdarzenia i zjawiska są „uosabiane“; technika ustawodawstw dawniejszych, kierując się wierzeniami czy przesądami, mogła uciekać się do takiej personifikacji i dopuszczać przewód sądowy w stosunku do przedmiotów przyrody martwej. Jeśli obecnie taka personifikacja uznana jest za zbędną—nie znaczy to, ażeby przebiegi i zdarzenia „w rzeczach“ nie wywierały wpływu na kwalifikacje „powinności“, odnoszone do podmiotu, aczkolwiek ani fizycznie, ani psychicznie podmiot ten nie znajduje się w żadnym „stosunku“ (winy, nieostrożności, odpowiedzialności) do nastąpionego zdarzenia, niezwykłego i nieprzewidzianego przebiegu procesów fizycznych lub do faktów, które z koniecznoś-

*) HAFF j. w. str. 114 „Der Begriff „Rechtssubjekt“ ist ein Ordnungsbegriff„ dem weder Wirksamkeit noch Allgemeingiltigkeit im Sinne STAMMLERS und JELLINEKS zukommt... Das Rechtssubjekt ist kein „Wesen“ im STAMMLERSCHEN Sinne und noch viel weniger eine „reale Gesamtperson“ (GIERKE, PREUSS)“.

**) KOHLER, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts T. I 1906 str. 320 „ein Wesen, das die Rechtsordnung zum Subjekt des Rechts macht, ist eben eine Person, der Mensch ebenso wie ein Verein oder eine Stiftung; und wenn es der Rechtsordnung gefiele, wie es beispielweise orientalischen Rechten gefallen hat, einer Pflanze Rechte zuzuschreiben, so wäre auch diese eine wirkliche Persönlichkeit“.

ści rzeczy nastąpić musiały. W takich ukształtowaniach wszelkie wyjaśnienie eksplikacyjne, a częstokroć nawet domniemanie jakiegoś związku pomiędzy podmiotem a zdarzeniem — nie daje się ustalić (z chwilą zresztą, gdy mówimy o domniemaniach, wprowadzamy już tem samem pojęcia „normatywne"). W ujęciu normatywnem ustalenie tego „co być powinno" — może być zupełnie niezależnie nie tylko od domniemań, lecz może być dane w razie najkategoryczniejszego stwierdzenia, że nie zachodzi żaden związek przyczynowy pomiędzy zdarzeniem a osobą, jako punktem poczytania. Jeśli w rozumieniu normatywnem skutki prawne są uwarunkowane przez ukształtowania, które czynom czy zaniechaniom „nadają" dopiero koloryt prawny *) — oczywiste jest, że jakakolwiek kwalifikacja eksplikacyjnego związku pomiędzy zdarzeniem (jako substratem faktycznym), a podmiotem poczytania, będzie zupełnie zbędna. (Motywacje takich „powiązań", ważne pod względem politycznym, gospodarczym, etycznym, mogę być ujęte tylko pozanormatywnie).

Na tej podstawie staje się zrozumiałą konstrukcja odpowiedzialności za skutki pewnych zdarzeń, które nie mogą być powiązane z jakimkolwiek specyficznym kierunkiem woli podmiotu, jako punktu poczytania. W prawie karnem momentem kwalikującym jest wina lub nieostrożność; wypadki zaś, w których kary wymierzane są tylko na podstawie przedmiotowej (kary porządkowe) lub w których ustala się odpowiedzialność za czyny popełnione przez osoby trzecie, a więc nie popełnione przez osoby karane, są wyjątkami, uważanemi przez wielu za nierównorzędne z bezprawiem kryminalnem (tego rodzaju wyjątki spotykają się w zakresie przekroczeń skarbowych, celnych i t. p.). Natomiast, w prawie cywilnem bardzo częste jest zjawisko, że już z samego ujęcia normatywnego i właściwej kwalifikacji osoby, jako punktu poczytania, wynika odpowiedzialność tylko dlatego, że dana osoba posiada kwalifikację normatywnie ustaloną, a zdarzenie, które jest czynnikiem, „powodującem" odpowiedzialność, nie znajduje się w żadnym stosunku eksplikacyjnym do osoby. Eksplikacyjnie rzecz biorąc, „przypisuje" się danej osobie, coś co istotnie przypisywane jej być nie może.

W nowszej teorji prawa francuskiego znana jest konstrukcja, która uzasadnia odpowiedzialność właściciela rzeczy z powodu strat przez rzecz tę zrządzonych, zupełnie niezależnie nie tylko od istnienia winy, lecz niezależnie również od jakichkolwiek domniemań w tym kierunku. Byłaby to — jak powiada PLANIOL — odpowiedzialność tylko „rzeczowa" („responsabilité purement réelle"); odpowiada się nie dlatego, że dane zdarzenie, spowodo-

*) Por. I. KORNFELD, Allgemeine Rechtslehre und Jurisprudenz 1920 str. 104, 105: „In Wahrheit werden die Rechtsfolgen nicht durch die Tatsachen an sich, sondern durch die Rechtsregeln, welche die Tatsachen zu „juristischen" machen, begründet".

wane przez rzecz, było skutkiem zawinionego czynu względnie niedbalstwa lub nieostrożności — lecz dlatego wyłącznie, że jest się „właścicielem“ przedmiotu, owego „sprawcy“ szkody. Ta normatywna kwalifikacja zastępuje w zupełności powiązania eksplikacyjne, i nie zachodzi potrzeba ustalania jakichś czynów lub zaniechań po stronie „właściciela“, ani też konstrukcji przerzucania ciężaru dowodowego *).

Przewidziana w art. 1386 kod. cyw. franc. odpowiedzialność właściciela budynku za szkody, wynikające z braku utrzymania lub z wad w budowie, nie jest oparta na żadnem domniemaniu winy; ustalenie braku utrzymania lub wad w budowie wystarcza do uzasadnienia odpowiedzialności. Nowsza jurysprudencja, interpretując rozszerzająco art. 1386, uważa, że „brak utrzymania“ nie koniecznie musi być stwierdzony: wypadek mógł nastąpić zupełnie niezależnie od przypuszczeń art. 1386 (np. spadnięcie kamienia z dachu budynku). A więc, odpowiedzialność wynika tylko z normatywnej kwalifikacji danej osoby („właściciel budynku“) i kwalifikacja ta nic wspólnego nie ma z przypuszczeniami pewnych specyficznych cech jego aktów woli**). Analizując podobne ukształtowania w prawie rzymskiem, zaznacza KELSEN, że pomiędzy osobą właściciela, a skutkiem nieszczęśliwego wypadku nie zachodzi żaden związek przyczynowy***). Z punktu widzenia eksplikacyjnego poczytanie, związane normatywnie z daną osobą, nie daje się wytłomaczyć, gdy osoba ani nie była przyczyną przypisywanego jej zdarzenia, ani też nie kierowała się pewnym celem w dążeniu do jego spowodowania. Pomijając ten wypadek, że właściciel mógł być nieobecny, odpowiedzialność

*) Jak to czyniły konstrukcje, oparte na domniemaniu winy. Por. SOURDAT, Traité général de la responsabilité 6-te wyd. T. II 1911 Nr. 1458 „Toutes les choses que nous possédons doivent être tenues en tel état qu'elles ne nuisent point à autrui; sans cela le dommage qui en résulte doit être considéré comme le résultat de notre négligence, d'une faute de notre part“.

**) PLANIOL j. w. T. II Nr. 924 „...cette responsabilité est fondée sur leur seule qualité de propriétaires et est etrangère à toute idée de faute“.

***) KELSEN, Hauptprobleme str. 73. Mylnie uważa F. KAUFMANN, j. w. str. 90, że poczytywane być może tylko zachowanie się ludzkie, a więc zdarzenia nie mogą uchodzić za przypuszczenie, ustalające „punkt poczytania“, zupełnie niezależnie od jakichkolwiek kwalifikacji czynów czy zaniechań podmiotu. Odpowiedzialność nie zawsze zależy od tego, że (jak mniema F. KAUFMANN) dana osoba przez zaniechanie pewnej ostrożności („Unterlassung gewisser Vorkehrungen“) „spowodowała“ zdarzenie, uzasadniające poczytanie. W wypadku art. 1386 K. C. diligentia diligentissimi patris familias nie jest momentem, wyłączającym poczytanie. KELSEN, Das Problem der Souveränität j. w. str. 194 zaznacza: „In der für die juristische Konstruktion und Systematik relevanten formalen Beziehung haben die Tatsachen des Hochwassers, der Verwaltungsbefehles und der Verrtragsschlusses die gleiche Stellung, nämlich als Bedingung für Rechtspflichten und Berechtigungen, für die Entstehung und Beendigung von Rechtsverhältnissen“.

istnieje normatywnie nawet wówczas, gdy dana osoba wcale nie wie o tem, że przysługuje jej prawo własności do rzeczy. Jeśli w pewnych wypadkach spadkobierca odpowiada za czyny własne, które nie wynikają ani z jego przewinienia, ani z jego niedbalstwa *) — w ukształtowaniach ustalających odpowiedzialność za „zdarzenie“ szkoda, zrządzona przez rzecz w wypadkach art. 1386, mogła nastąpić w czasie, gdy spadek się otworzył, a spadkobierca nie wiedział o charakterze właściciela lub przyjął spadek, nie wiedząc lub nie mogąc wcale wiedzieć (diligentia in abstracto) o zdarzeniu.

Ta okoliczność nie zmienia zupełnie normatywnej kwalifikacji poczytania.

Taka kwalifikacja dopuszcza możność konstrukcji poczytania przy wyłączeniu przypuszczeń o istnieniu osoby, jako podmiotu fizyczno - psychicznego lub zbioru osób, uważanych za jednostkę. Statek morski nie jest „osobą prawną“ — jednakże w rozumieniu normatywnem jest ujmowany jako oddzielny podmiot, niezależny od osoby właściciela: wobec czego możliwe są stosunki prawne pomiędzy okrętami, należącemi do jednego i tego samego właściciela. Możliwe są roszczenia, skierowane do okrętu, jako do specyficznego punktu poczytania. Common law i jurysprudencja angielsko - amerykańska operują pojęciami, według których okręt uważa się za istotę, zrządzającą szkodę, podstawioną na miejsce właściciela i odpowiedzialną samoistnie**). W pojęciach kontynentalnych uważa się za logicznie niedopuszczalną konstrukcję skargi procesowej, skierowanej przeciwko rzeczy, jako takiej; przypuszcza się zawsze, że gdy podmiot prawa, mogący być pozwanym, w danej chwili nie istnieje lub nie może być ustalony — proces toczy się przeciwko osobie nieokreślonej. Prawo angielskie dopuszcza natomiast t. zw. proces in rem ***). Przedmiot „martwy“ może być w takiej konstrukcji stroną procesową.

Ujęcie normatywne kieruje się wskazaniami powiązań, odniesionych do podmiotu, którym nie koniecznie muszą odpowiadać powiązania przyczynowe i celowe. Z danych „zewnętrznych“ nie można wysnuć probierzy, które jako bezwzględny postulat

---

*) Por. w tej kwestji moją pracę: O zaprzeczaniu własnego czynu w teorji prawa francuskiego 1914 str. 97 n. W analizowanym h. l. wypadku odpowiedzialności rzeczowej należałoby wyłączyć argumentację, że spadkobierca przez przejęcie obciążeń spadkowych pozbawił się możności zaprzeczania skutków stąd wypływających. Zdarzenie bowiem nastąpić mogło już po wwiązaniu, o którem spadkobierca nie wiedział.

**) Por w tym przedmiocie głębokie wywody HOLMES'A, Das gemeine Recht Englands und Nordamerikas (The Common Law), przekład R. LEONHARDA 1912 str. 25 n., str. 32, 33, 248: „...dass das Schiff an Stelle des Eigentümers steht und daher verantwortlich ist“.

***) KOHLER, Zivilprozess und Konkursrecht (HOLTZENDORFF - KOHLER, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft T. III, 1913) str. 293 i uw. 4.

musiałyby być dla normy miarodajne. Zasada poczytania — a tem samem ujęcie podmiotu — wynika tylko z normy *).

ROZDZIAŁ SIÓDMY.

ISTOTA NORMY PRAWNEJ.

§ 21.

Tryb ustalania normy prawnej.

Ujęcie istoty normy prawnej nie może być uwarunkowane przez stwierdzenia, wnioskujące o jej cechach charakterystycznych bądź na tej podstawie, że zostały one wypowiedziane w pewnym kompleksie, co do którego nie zachodzi jakoby wątpliwość jego kwalifikacji prawnej, bądź z tego względu, że redukują się do pewnego źródła, które jakoby posiada monopol „prawotwórczości".

Takie stwierdzenia musiałyby przypuszczać uprzednie ustalenia o normie.

Dlaczego nazywamy ustawę, kodeks, wskazanie zwyczajowe, orzeczenie sądowe, zarządzenie władzy — kompleksem czy systemem norm, stosowaniem czy przejawem normy? Dlaczego twierdzimy, że tylko to, co „pochodzi" od państwa jest prawem i uzasadniamy pogląd, że wszelka inna twórczość w zakresie normatywnym nie jest prawotwórczością?

W ujęciach powyższych zachodzi błąd znamienny: „definiendum" określa się przez cechy, wypowiadające tylko odmiennemi terminami to, co już w niem jest dane.

Wypowiedź, że prawem jest to, co nakazuje, zakazuje lub zezwala ustawa lub wogóle wszelka wypowiedź, która, kierując się cechami specyficznej sankcji, przymusu, reakcji, normę prawną od tych cech uzależnia — byłaby nie tylko pojęciową mylną, lecz nawet niezgodną z stwierdzeniami doświadczenia. Norma jako jednostka znaczeniowa, a sposób „stworzenia" tej normy — są to dwie rzeczy różne. Jeśli pewien sposób wypowiedzi uważa się za wyłącznie miarodajny dla bytu normy — tem samem nadaje mu się cechy normatywne; ustala się więc, że norma powinna być wypowiedziana tylko w tym, a nie w innym trybie. Tryb ten kierować się powinien pewnemi ustalonemi wskazaniami, inaczej bowiem norma nie może być kwalifikowana, jako taka. Ażeby norma była prawną, należy uprzednio ustalić, że jej „źródło" posiada również kwalifikacje prawne. Uzależnianie zaś bytu normy — niezawiśle od jej źródła — od zasad, gwarantujących jej ziszczalność, byłoby wprowadzeniem czynników eksplikacyjnych,

*) KELSEN, Hauptprobleme str. 75 „Allein aus der Norm ist das Princip der Zurechnung zu holen".

a więc wyłączałoby „czystość“ ujęcia normatywnego. MONTESQUIEU słusznie powiedział: „soutenir que le droit n'existe pas avant la loi, c'est prétendre qu'avant qu'on eut tracé le cercle, tous les rayons n'étaient pas égaux“. To wyrzeczenie stosować się może nie tylko do norm ustawowych, lecz również do norm zwyczajowych i intuicyjnych, do wskazań kierowniczych, ustalanych w praktyce jurysprudencyjnej. Czyż nawet przy ustaleniu pewnych uprzednich cech, stwierdzających byt normy zwyczajowej można—chociażby z przybliżoną dokładnością—określić moment, w którym „fakt“ (stałość przystosowania się, przekonanie o konieczności zastosowania się) przeistacza się w normę? Tego momentu nie określi ani metoda eksplikacyjna (albowiem wówczas byłaby metodą normatywną), ani metoda normatywna (albowiem stałaby się metodą eksplikacyjną). I gdybyśmy nawet zechcieli zredukować poznanie prawne do wyłącznego ujęcia norm ustawowych, ignorując inne niemniej poważne źródła prawotwórczości, już powierzchowna obserwacja musiałaby stwierdzić: że nie wszystko, co znajduje się w kompleksach ustawowych jest prawem i że nie całe prawo znajduje się w ustawach.

Badając treść ustaw, łatwo przekonać się można, że niektóre zawarte w nich przepisy nie są normami prawnemi. Aczkolwiek nowsza technika ustawodawcza stara się unikać włączania do tekstów takich wypowiedzi, które cech „prawności“ nie wykazują — jednakże i dziś jeszcze spotykamy w ustawach wskazania li tylko deklaracyjne, programowe, czy też przyrzeczenia, w istocie rzeczy, tylko politycznie lub moralnie wiążące. Nie są bynajmniej rzadkie wskazania wyłącznie techniczne, które same przez się pozbawione są charakteru „prawności“, szczególnie, gdy są zaleceniami, radami, schematami, uznanemi przez ustawodawcę jako ułatwiające orjentację, jako umożliwiające sprawne stosowanie normy. Nie rzadkie są w „Dziennikach Ustaw“ formuły matematyczne, wzory techniczne, rysunki orjentacyjne, schematy zalecane, lecz nie nakazywane i, w istocie rzeczy, żadną nie bronione sankcją *). Ustawa, nadająca zasłużonemu mężowi stanu tytuł honorowy lub upamiętniająca jego czyny wmurowaniem tablicy pamiątkowej — nie jest normą prawną. Wynurzenia ustawodawcy o celach i zamierzeniach ustawy, nawet do jej tekstu, jako część integralna włączone **), nie mogą być uważane za wskazania normatywne, aczkolwiek posiadają poważne znaczenie polityczne i moralne. Wątpić wszakże należy, czy wiążą one organy, stosujące prawo, dla których motywy ustawodawcze mogą być rzeczą zgoła obojętną. W pomnikach ustawodawczych, bynajmniej do zamierzchłej przeszłości nie należą-

*) Por. W. JELLINEK, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung 1913 str. 30.

**) Por. np. „wstęp“ do ustawy z d. 12 lipca 1920 r. o szkołach akademickich (Dz. Ust. 1920 Nr. 72, poz. 494).

cych, jakże częste są pouczenia moralne i relgijne, które przez mechaniczne ich połączenie z kompleksami norm istotnie prawnych nie stają się takiemi: nie zachodzi bynajmniej ich bezpośrednia lub pośrednia recepcja. W wypadku recepcji t. j. przy nadaniu cech prawności pewnym normom, które poprzednio nie miały „wyglądu“ norm prawnych—nie różnią się one niczem od innych wskazań ustawowych; ich zaś pochodzenie jest dla konstrukcji rzeczą obojętną. Wszakże, gdy zachodzą wypadki, w których normy moralne czy religijne — a nawet techniczne — mechanicznie niejako włączane są do zespołu wskazań ustawowych i gdy ich struktura przez to włączenie w niczem nie została zmieniona, nie mogą być one kwalifikowane jako prawne z tytułu znajdowania się w ustawie.

Deklaracjom, zapewnieniom, przyrzeczeniom, programowym wypowiedziom ustawodawcy nie można tedy przypisywać charakteru normatywnego (tego rodzaju „wynurzenia“ zostały dowcipnie nazwane „flirtem ustawodawcy z samym sobą“). Zachodzić może również kwestja, czy t. zw. ustawy lub poszczególne normy w ustawach, pozbawione sankcji lub nie posiadające określonej sankcji (leges imperfectae), winny być uważane za normy prawne w znaczeniu istotnem. Że taka kwestja wogóle w rozważaniach dogmatycznych mogła być postawiona — najlepszym jest dowodem, że nie wszystko, co jest ustawą lub że nie wszystko, co jest w ustawie musi być normą prawną. Jeśli istota normy wynika z jej specyficznej struktury — jasnem jest, że nie zachodzi potrzeba liczenia się z przypadkowym momentem trybu, w którym pewne quid, uważane za normę, decyduje o jej charakterze. Jeśli strukturalny „wygląd“ normy — zupełnie niezależnie od zawsze zmiennej i nie rozstrzygającej w procesie poznania treści — polega na specjalnem powiązaniu łącznych wypowiedzi o „być mającem“, brak jednego z ogniw powiązania będzie jedynym probierzem charakterologicznych cech wypowiedzi. I zgodnie z tem wskazaniem wypadnie odmówić normom pewnych kategorji cech prawności, aczkolwiek zostały one sformułowane w ustawie.

Niewątpliwie, brak wyraźnej czy domyślnej „sankcji“ nie zawsze świadczy o tem, że dane wskazanie nie jest normą prawną. Niemożna powiedzieć, że obowiązek wspólnego pożycia małżonków nie jest obowiązkiem prawnym dlatego, że w układzie współczesnym nie jest przewidywana możność przymusowego sprowadzenia żony do mieszkania męża, lub że ordynacje procesowe nie nakazują pośredniego przymusu (kara pieniężna, areszt, w wypadku niewykonania ustawowo ustalonego obowiązku, por. np. § 888 ust. 2 niemieckiej ust. post. cyw.). Niezastosowanie się do powyższego przepisu pociąga bowiem za sobą szereg innych skutków; może być bowiem podstawą procesu separacyjnego lub rozwodowego, jeśli zachodzą np. warunki złośliwego opuszczenia. Wszakże nie można mówić o normie prawnej sensu proprio

w tym wypadku, gdy ustawa zawiera pewne wskazania konkretne, ustalające obowiązki, i z temi wskazaniami nie łączy żadnych dalszych konsekwencji. W „wyglądzie“ normy prawnej — wypowiedź A powinien zachować się „n“ koniecznie i nieodmiennie wiąże się z korelatywną wypowiedzią: „(w przeciwnym razie) względem A powinno nastąpić odpowiednie zachowanie się B“. Przez „B“ rozumieć należy osobę (sąd, organ władzy), która obowiązana jest (powinna) postąpić względem A tak, jak to nakazuje norma, łącząca się z wypowiedzią o jego (A) obowiązku postępowania. (Eliminujemy kwestję, czy postępowanie B następuje ex officio, czy też na żądanie lub wniosek jakiegoś C t. j. osoby uprawnionej, czyli osoby, względem której A ma normatywnie określony obowiązek).

Art. 95 Kod. Cyw. Król. Polsk. z r. 1825, stanowiący obowiązek okazania noworodka w ośmiu dniach od przyjścia na świat urzędnikowi stanu cywilnego, w celu sporządzenia aktu urodzenia—jest lex imperfecta, albowiem przekroczenie ośmiodniowego terminu nie powoduje żadnych skutków prawnych; przepisy zaś karzące przewidują sankcję wyłącznie w wypadku niewykonania tego obowiązku. Karane jest tylko zaniechanie oświadczenia o urodzeniu, nie zaś oświadczenie spóźnione (por. art. 917 Kod. Kar. gł. i popr. wyd. 1847 r. i obecnie obowiązujący art. 424 Kod. Karn.). Inaczej stanowi prawo niemieckie, które karze spóźnienie oświadczenia (Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschliessung v. 6 Februar 1875, § 68), a w wypadku opóźnienia, przekraczającego okres trzech miesięcy, zezwala na wniesienie aktu jedynie przy zachowaniu specjalnych formalności i obciążeniu osoby, winnej opóźnienia, kosztami przewodu, ustalającego przyczynę spóźnienia (§ 27 wyżej powołanej ustawy). Gdy tedy obowiązek meldowania w terminie jest według prawa niemieckiego obowiązkiem prawnym, w kodeksie cywilnym polskim z r. 1825 nie ma takiego charakteru (por. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 15 kwietnia 1920, Orzecznictwo Sądów Polskich, T. I, Nr. 359); moglibyśmy ów charakter prawny uznać jedynie w tym wypadku, gdyby inne, łączne z art. 95, przepisy stanowiły pewne skutki prawne dla aktów spóźnionych (np. przez ustalenie mniejszej ich siły dowodowej w porównaniu z aktami, w terminie właściwym sporządzonemi).

Z tej samej zasady nie można uznać za prawną normę, stanowiącą obowiązek przechowywania przez handlujących ich korespondencji kupieckiej w przeciągu lat dziesięciu (§ 44 ust. 2 niem. kod. handl.); niezastosowanie się do tego wskazania nie pociąga za sobą żadnych skutków prawnych, w odróżnieniu od obowiązku przechowywania ksiąg handlowych, gdy tegoż zaniechanie powoduje odpowiedzialność karną i specjalną kwalifi-

kację w wypadku ogłoszenia upadłości *). Nie będzie też mógł być uważany za prawny obowiązek strony w procesie cywilnym do podania, uzasadniających żądania okoliczności faktycznych „zgodnie z prawdą“ (§ 178 austryj. ust. post. cyw.), albowiem obowiązek ten nie jest przez żadną sankcję broniony.

Aczkolwiek więc leges imperfectae „znajdują się“ w ustawie—nie są eo ipso normami prawnemi. Są one raczej wskazaniami ustawodawcy, radami technicznemi, poleceniami, które można honorować, lecz które wolno również pomijać bez narażenia się na jakiekolwiek konsekwencje. Nie można ich upodobnić do znanych w technice ustawodawczej schematów i wzorów; ustawodawca może np. polecać, jako wskazany, normalny wzór statutów stowarzyszeń, spółek, spółdzielni i t. p. Przez to „polecenie“ wypowiada się ustawodawca w tym sensie, że zgłoszenie statutu, zastosowanego w zupełności do wzoru schematycznego, ułatwi lub przyśpieszy wydanie koncesji, rejestrację, legalizację i t. p. Nikt wprawdzie nie jest obowiązany stosować się do tych poleceń; jednakże sformułowanie „życzenia“ ustawodawcy posiada pewne znaczenie motywacyjne. Natomiast lex imperfecta jest tylko wypowiedzią o stanie, który ustawa uważa za właściwy, pożyteczny i wskazany; gdy jednakże ustawa tych wskazań nie sankcjonuje, ani nawet nie ustala jakiejś „premji“ w wypadku przystosowania się—należy je uważać za zupełnie obojętne pod względem normatywnym. Okoliczność, że wypowiedź została sformułowana w ustawie i że przez to przypuszczać należy ex auctoritate rationis jej jakąś specyficzną „powagę“ i wpływ motywacyjny na sposób postępowania—nie jest argumentem, decydującym o „bycie“ normy. Stwierdzenie, że dane wskazanie pochodzi ze specjalnie kwalifikowanego źródła i że zbyteczne są jakiekolwiek sankcje wobec powagi ustawy i obowiązku posłuszeństwa dla jej „poleceń“—byłoby przesunięciem zagadnienia. Naówczas „posłuszeństwo“ kierowane byłoby motywacjami normatywnemi, ale nie normatywnemi sub specie prawa. Byłoby to posłuszeństwo, wynikające z motywacji moralnej lub religijnej **). Owa lex imperfecta byłaby, w istocie rzeczy, normą moralną, lub religijną. „Powaga“ ustawodawcy

---

*) R. FISCHER, Die kaufmännischen Bücher und Papiere (EHRENBERG, Handbuch des gesamten Handelsrechts. T. II, cz. I. 1914, str. 484). „Im Konkursfalle zählt die Verletzung der Aufbewahrungspflicht zu den Bankerottsdelikten; ausgenommen ist hier die Handelskorrespondenz“.

**) KELSEN, Hauptprobleme str. 224: „Wer sich einem im Gesetze enthaltenen nichtsanktionierten Imperativ gemäss verhält, weil er sich sagt, man solle tun, was das Gesetz des Staates verlangt, der gehorcht tatsächlich nicht der staatlichen, sondern einer anderen Autorität... Nicht die Achtung vor der Autorität des Staates, sondern vor der Moral oder Religion ist hier vorhanden“.

jest momentem pozaprawnym *); twierdzenie zaś, że ustalenie „obowiązku“ samo przez się, nawet przy stłumionej (w istocie zaś rzeczy—żadnej) mocy jego oddziaływania, tworzy kwalifikację obowiązku prawnego—byłoby typową petitio principii: dlatego, że coś jest powiedziane w ustawie—musi być ono wypowiedzią prawną **).

Jeśli w zakresie t. zw. prawa publicznego normy, pozbawione sankcji, są zjawiskiem dość częstem, wytłómaczenie tego zjawiska nie nastręcza trudności, jeśli zważymy, że spotykamy się z niem w tej dziedzinie, w której probierze normatywności nie mają zastosowania. W tym zakresie, w którym redukcje prawne dochodzą do t. zw. końcowego punktu poczytania—kończy się również dziedzina normatywności. Końcowy punkt poczytania, jako podstawa porządku prawnego, nie może być skonstruowany prawnie. Prawna odpowiedzialność nieodpowiedzialnego monarchy, lub prawna odpowiedzialność narodu, jako piastuna władzy zwierzchniej, wreszcie przypuszczenie „nieprawności“, przypisywanej państwu, jako uosobieniu prawa—są to pojęcia z prawnością niewspółmierne. Poczytanie możliwe jest tylko w odniesieniu do pewnego „quid“, ujmowanego w normie, w odniesieniu do „organu“ odpowiedzialnego, do zachowania się, dla którego istnieją korelatywne ustalenia o relacji normatywnej w wypadku „niezastosowania się“.

Normy, co do których dalsze powiązania powinności są pojęciowo wyłączone, nie są normami prawnemi, aczkolwiek zawarte są w tekstach ustawodawczych i nawet kwalifikowane są jako prawne. Art. 38 Konstytucji z dnia 17 marca 1921 r., stanowiący, że żadna ustawa nie może stać w sprzeczności z konstytucją, ani naruszać jej postanowień—nie jest normą prawną: a to z tego względu, że nie przewidziana została żadna instancja, uprawniona do badania zgodności poszczególnych ustaw z konstytucją i do orzekania w przedmiocie pozbawienia ich mocy prawnej w wypadku ustalenia takiej niezgodności. Przepis

---

*) Mylnie WEIGELIN Sitte, Recht und Moral, Untersuchungen über das Wesen der Sitte 1919, str. 139: „Dadurch allein, dass der Staat (oder eine ihm ähnliche übergeordnete Macht) gewisse Pflichten förmlich verkündigt, bewirkt er kraft seines Ansehens bei den Untertanen eine gewisse (!) Neigung zur Befolgung“. Por. również mylny pogląd STARKA, Die Analyse des Rechts 1916, który kieruje się probierzem „celu“; str. 233: „Für die Entscheidung, ob lex perfecta oder imperfecta kann nur der bezügliche Zweck in Betracht kommen“.

**) Błędnie przeto przypuszcza WEIGELIN j. w. str. 139: „Eine allerdings sehr abgeschwächte Einwirkung in diesem Sinne bildet aber schon die Verkündigung der Rechtspflicht in Gestalt eines formulierten Gesetzes“. Stąd wynika, że tryb „obwieszczenia“ nadaje „obowiązkowi“ charakter obowiązku prawnego. To twierdzenie, uważane przez WEIGELINA za pewnik, wymagałoby wszakże dowodu!

art. 38 to tylko lex imperfecta *). Winien on być kwalifikowany, jako życzenie, czy zalecenie ustawodawcy, posiadające bardzo poważne znaczenie polityczne i moralne, lecz pozbawione jakiegokolwiek znaczenia prawnego; nie można powiedzieć, że ciało ustawodawcze, uchwalające ustawę, sprzeczną z konstytucją, popełnia akt „bezprawia“ **). Jeśli bezprawiem nazywać należy tylko takie niezastosowanie się do normy, które pociąga za sobą konsekwencje, wynikające z powiązań „powinności“— w wypadku art. 38 widzimy przerwanie ogniw, łączących zespół wypowiedzi o być mającem: albowiem, gdy ciało ustawodawcze postąpi wbrew zleceniu o zgodności ustaw z konstytucją—temu ukształtowaniu nie odpowiadają żadne dalsze konsekwencje; ogniwo „skutków prawnych“ urywa się i znajdujemy się wobec vacuum prawnego, czyli wobec faktu, który normatywnie nie może być kwalifikowany. Zachodzi wówczas bezprawie polityczne, gwałt moralny—wszakże nie będzie można twierdzić, że norma, niezgodna z konstytucją, nie jest normą, czyli—innemi słowy—owa „niezgodność“ nie będzie bezprawiem w rozumieniu normatywnie-prawnem. I jeśli w ujęciu dogmatycznem lub praktycznem, które pomijać musi wszelkie wartościowania etyczno-polityczne, nie może być ustalona logiczna zgodność ustawy z konstytucją—wypadnie wówczas uciec się do zwykłej fikcji i ustawa quaestionis uważa się za obowiązującą i działającą t a k, j a k g d y b y zgodna była z konstytucją ***). „Summa sedes a nemine judicatur“—i norma przez władzę najwyższą ustalona, jeśli nie jest broniona przez żadne sankcje, t. j. przez jej powiązanie z dalszemi i łącznemi normami, nie może być kwalifikowana jako norma prawna ****).

Zasada nieważności ustaw, niezgodnych z konstytucją, jest wówczas normą prawną, gdy istnieje organ, orzekający tę nieważność i tem samem uchylający normę. Dlatego też niemożna odmówić kwalifikacji prawnej artykułowi 1 czeskosłowackiej ustawy wprowadzającej do konstytucji z d. 29 lutego 1920 r., stanowiącemu nieważność ustaw z konstytucją niezgodnych, albowiem przewidziany jest w art. II organ (Trybunał Konstytucyjny), orzekający w tym przedmiocie. Mamy w tym wypadku ustalony „końcowy punkt poczytania“, który sankcjonuje już nie „zlecenie“, „wskazanie“ ustawodawcy, lecz

*) Por. KOMARNICKI, Polskie prawo polityczne (Geneza i system) 1922, str. 471 n.

**) KOMARNICKI j. w. str. 472.

***) RAUSCHENBERGER, Die staatsrechtliche Bedentung von Staatsstreich und Revolution 1922, str. 12: „Das materiell rechtswidrige, aber rechtskräftige Urteil, das verfassungswidrig zustandegekommene, aber ausgefertigte Gesetz g e l t e n als rechtmässig“.

****) G. JELLINEK, Allgemeine Staatslehre j. w. str. 353: „Solchenfalls kann zwar ein logisches Urteil über deren Nichtübereinstimmung mit der Norm gefällt werden, aber kein rechtliches, weil eben jeder wie immer geartete Richter mangelt und mangeln muss“.

ustanowioną przezeń normę. Rozumie się, że regressus ad infinitum jest niemożliwy w zakresie poznania normatywnego: postulowany w takiem poznaniu punkt końcowy jest jednocześnie granicą tego poznania *). Norma, ustalająca, że „władza najwyższa“ musi bezwzględnie stosować się do pewnej wypowiedzi o tem, co być powinno — musi wyłączać pojęcie władzy najwyższej, jeśli ustalenie to wiąże się z dalszemi normami sankcjonującemi. Przypuszczenie zaś „samozobowiązania się“, przez wyłączenie uchylenia lub zmiany normy jedynie na podstawie aktu samozobowiązania, byłoby niedopuszczalną fikcją, skoro jeden i ten sam „punkt poczytania“ decyduje zarówno o istnieniu, jakoteż o nieistnieniu więzi prawnej. Dlategoteż nie można uważać za istotne normy prawne — wskazań, ograniczających „czynniki najwyższe“ w możności zmiany lub uchylenia takich norm, które zostały przez nie najwyraźniej uznane za normy zasadnicze, konstytucyjne — czyli, innemi słowy, najwyższe. Wszelkie ograniczenia organu najwyższego, kompetentnego w przedmiocie „rewizji konstytucji“, wszelkie chociażby w najuroczystszej formie udzielone mu wskazania wiążące, są tylko radami, poleceniami, normami politycznemi, etycznemi, religijnemi; nie mogą być wszakże uważane za normy prawne, skoro organ ten jest organem „supremae potestatis“.

Ustawa francuska z d. 25 lutego 1875 r. (Loi relative à l'organisation des pouvoirs publics) w redakcji według nowelli z d. 14 sierpnia 1884 r. stanowi: „La forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une proposition de révision“. Czyż wszakże Zgromadzenie Narodowe, jako organ w sprawach rewizji konstytucji wyłącznie kompetentny, nie może uchylić wiążącego go zastrzeżenia? Zastrzeżenie ograniczające jest bardzo ważkiem wskazaniem, gwarantowanem przez czynniki „woli ludu“, przez motywy polityczne i społeczne — nie jest wszakże normą prawną. Niema bowiem organu, któremu przysługuje p r a w n a kompetencja w przedmiocie kontroli działań i postanowień Zgromadzenia Narodowego. Rozumowanie opar-

*) Uznaje to pośrednio SANDER, aczkolwiek walczy z teorją KELSENA o t. zw. hipotezie „pierwszej normy“ (Ursprungsnorm). Zob. Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung j. w. str. 623, 624: „Für die Theorie der Rechtserfahrung hingegen bedeutet die „reine, mit keinem Akt der Rechtsanwendung verbundene Satzung“ lediglich, dass die regressive Analyse der progressiven Synthesen des Rechtes zwar grundsätzlich unendlich ist, aber da sie an der jeweiligen endlichen Rechtserfahrung vollzogen wird, immer zu einer Verfahrensgrundreihe gelankt, über die hinaus kein urkundliches Rechtsmaterial führt“. KELSEN w swej krytyce wywodów SANDERA (Rechtswissenschaft und Recht j. w. str. 68) słusznie zaznacza, że taki regressus ad infinitum dopuszczalny jest jedynie w rozumieniu eksplikacyjnem, t. j. wówczas, gdy interpretujemy proces normatywny, jako szereg „aktów fizyczno-psychicznych“. Należałoby wówczas operować pojęciem przyczynowości, wyłączającem poznanie normatywne.

te na argumencie, że Zgromadzenie Narodowe ograniczone jest zastrzeżeniem co do formy rządu, jako zapewnionem przez ustawę, której Zgromadzenie zawdzięcza swe prawomocnictwa — nie jest motywem, uzasadniającym prawną normatywność wskazania *). Z chwilą, gdy Zgromadzenie Narodowe posiada wyłączną kompetencję—również i co do zakresu wykładni jakoby ograniczających je zastrzeżeń — ograniczenia te, przez żadną łączną sankcję nie bronione, są p r a w n i e efemeryczne. Można mówić jedynie o gwarancjach moralnych i politycznych: i jeśli ESMEIN widzi w nich zapewnienie zastosowalności wskazania—neguje tem samem jego normatywność **). Dezyderat HAURIOU „que toutes les institutions fondamentales d'un pays doivent être protégées par la loi constitutionelle contre les entreprises du législateur ***) — jest tylko „przesunięciem" końcowego punktu poczytania. Jakże bowiem wyobrazić sobie należy ów normatywny „regressus", jeśli np. referendum czy odwołanie się do narodu, jako do najprawowitszego piastuna suwerenności, nie będzie instancją najwyższą, ostatecznie i nieodwołalnie decydującą? Konstytucja Stanów Zjednoczonych meksykańskich z d. 31 stycznia 1917 r. stanowi, że nie traci ona swej mocy, chociażby nawet przestrzeganie jej zostało przerwane przez rewolucję. Moc jej ma być przywrócona natychmiast po ustaniu stanu rewolucyjnego (art. 136). Sankcją tej „normy" jest ewentualne przypuszczenie przywrócenia „stanu legalnego". Quid juris, jeśli to przywrócenie nie nastąpi i władza rewolucyjna — zwykłą rzeczy koleją — stanie się władzą prawowitą? Wskazanie art. 136 nie ogranicza władzy rewolucyjnej; nie jest ono wogóle normą prawną, gdyż działa tylko w zależności od pewnej kwalifikacji „punktu poczytania", któremu przypisuje się cechę punktu końcowego.

Dla ujęcia normatywnego obojętne jest, „kto" w rozumie-

---

*) ESMEIN, Eléments de droit constitutionnel français et comparé. Wyd. 1899, str. 757, CARRÉ de MALBERG j. w. T. I, Nr. 31, str. 87. „Il n'est point, dans le système français de la souveraineté nationale, d'organe qui détenne une puissance entièrement indépendante et inconditionnée"; równie T. II Nr. 468 str. 584.

**) ESMEIN j. w. str. 756: „A un certain degré, la loi nécessairement a pour unique sanction et garantie la conscience des autorités suprêmes chargées d'en faire l'application". CARRÉ de MALBERG j. w. T. II Nr. 477 str. 603 obala rozumowanie ESMEINA argumentem, pod względem prawnym, najzupełniej trafnym: „Il est certain, en effet, qu'une limitation constitutionelle dont l'observation dépend de la bonne volonte de l'organe auquel elle est imposée, n'a pas de valeur juridique proprement dite". Mówiąc o ustrojach, opartych na suwerenności narodowej, słusznie wywodzi autor (j. w. str. 604), że zgromadzenia rewizyjne stają się „non seulement l'organe suprême, mais encore un organe dont la puissance, alors même qu'elle serait déclarée par la Constitution limitée en principe, ne saurait en fait, être strictement arrêtée par des moyens juridiques pleinement efficaces".

***) HAURIOU, Principes de droit public 1916, str. 690.

niu eksplikacyjnem jest owym końcowym punktem poczytania (władzą najwyższą); wystarcza ustalenie, że taki punkt pojęciowo istnieć musi. Albowiem przypuszczenie takiego punktu jest założeniem normatywności, wytknięciem granicy, ustaleniem, że w tym punkcie kończy się dziedzina normatywności. Czy przez ten punkt końcowy będziemy rozumieć „państwo", jako najwyższy wyraz normatywności, czy też założymy, że ponad suwerennością państwową jest wyższa jeszcze instancja wspólnoty międzynarodowej i systemu norm „ponadpaństwowych" — normatywność może być przypuszczona wyłącznie w dziedzinie tak zakreślonej. Wypowiedzi o punkcie końcowym, nie prowadzące do żadnych dalszych połączeń i powiązań, nie są normami prawnemi; mogą być kwalifikowane jako normy polityczne, społeczne, moralne, konwencjonalne i t. p. Ani tryb, w którym zostały sformułowane, ani „zewnętrzny" ich wygląd nie mogą być sprawdzianami ich istoty. Nie wszystko bowiem, co znajduje się w ustawie, czemu nadany został wygląd quasi— prawny jest znaczeniowo normą prawną.

Stwierdzenie, że pewna wypowiedź znajduje się w ustawie, rozporządzeniu, orzeczeniu sądowem nie jest ustaleniem jej charakteru normatywnie - prawnego. Wszakże wypowiedź, wykazująca strukturalne cechy normy prawnej, będzie ważna, aczkolwiek nie została wyraźnie sformułowana przez żadne „urzędowe" źródło prawa. Jakkolwiek rozumieć będziemy ustosunkowanie prawa zwyczajowego i intuicyjnego do norm „urzędowych", względnie „pozytywnych", jakkolwiek zapatrywać się będziemy na t. zw. derogacyjne działanie prawa zwyczajowego—nie będziemy mogli zaprzeczyć, że normy, z tych źródeł wypływające, wiążą się z sankcjami łącznemi. Aczkolwiek ani wyraźnie, ani domyślnie (ileż razy zresztą t. zw. „domyślność" konstruowana bywa ad hoc) żaden tekst „urzędowy" nie wspomina o „normatywnem" ukształtowaniu treści, jednakże, gdy kwestja przychodzi pod rozpoznanie organu „sankcjonującego" — z treścią wiążą się skutki prawne, których w prawie pisanem wcale nie było. I nie dlatego o „skutkach" tych prawo pisane nic nie wspomina, że zachodzi jakaś luka, niedopatrzenie, niemożność przewidzenia, lecz dlatego, że wogóle dana treść była poza polem widzenia normatywnego. I gdy pewne „adiaphoron" prawne przekształca się na wskazanie normatywne — staje się to nie dlatego, że stwierdzenie organu sankcjonującego n a d a j e mu odpowiedni „wygląd" strukturalny. Wygląd ten istniał już uprzednio: norma zwyczajowa czy intuicyjna była wypowiedzią o tem, że „A winien postąpić n", wiążącą się pojęciowo z konsekwencją: „w przeciwnym razie względem A powinno się postąpić n_1". Mogą zachodzić najrozmaitsze fluktuacje w określeniu osoby, organu, zbiorowości, na której ciąży obowiązek „zachowania się n_1 względem A nie zachowującego się n". Z chwilą wszakże, gdy zakłada się taki obowiązek, jako moment

rozstrzygający — prawność wskazania jest już dana. Nie idzie wówczas o normy konwencjonalne czy moralne: nie można byłoby skonstruować obowiązku prawnego osób trzecich względem A, przekraczającego wskazanie konwencjonalne, jeśli osoby te mogą, lecz nie muszą, nie powinny reagować w określony sposób na zachowanie, sprzeczne z przepisami obyczajowemi, towarzyskiemi i t. p. Z chwilą, gdy pewne wskazanie moralne łączy się z obowiązkowością reakcji — przestaje być wskazaniem moralnem. Jeśli istnieje obowiązek moralny sprzeciwiania się złu, odpowiedniego zachowania się względem osób, gwałcących wskazania moralne — jestto obowiązek samoistny, tylko moralny, nie powiązany pojęciowo z normą, przewidującą pewien tryb zachowania się względem A, który nie zastosował się do normy moralnej *). Zresztą, taki obowiązek nie zawsze musiałby być bezwzględny; natomiast w strukturze prawnej byt jej tylko wówczas może być przypuszczony, jeśli niezachowanie obowiązku danej osoby pociąga za sobą bezwzględną konsekwencję obowiązku osoby trzeciej do ściśle określonego trybu zachowania się względem niestosującego się do normy. W układzie konwencjonalnym i moralnym to zachowanie się „trzeciego“ może polegać jedynie na „zajęciu stanowiska“ względem osoby, przekraczającej odnośne wskazania, może (czy nawet powinno) ujawnić się w pewnej opinji i ocenie — niekoniecznie jednakże może być uzewnętrznione, niekoniecznie musi być „reakcją“, która zwraca się przeciwko osobie quaestionis. Może ono być oceną tylko teoretyczną, głosem opinji publicznej, dla której dana osoba jako taka jest zupełnie obojętna. I jeśli reakcje normatywno-prawne znają sankcje w postaci wyroków in effigie, które mogą mieć poważne znaczenie (wyobcowanie, pozbawienie praw stanu, konfiskata majątku i t. p.) — sankcje konwencjonalne i moralne częstokroć pozbawione są możności oddziaływania: ażeby oddziaływać mogły — muszą przypuszczać odpowiedni rezonans w psychice osoby, gwałcącej wskazania etyczne i obyczajowe. Dla reakcji prawnych rezonans ten jest obojętny; gdy zaś jest przypuszczany, może być uważany tylko jako accidentale.

---

*) WEIGELIN j. w. str. 112: „In solchen Fällen setzt sich derjenige der zu einer Vertezung der Sitte schweigt, dem Vorwurf der Feigheit oder gar dr Billigung des widersittlichen Verhaltens auf. Dadurch wird bewiesen, dass er selbst eine sittliche Verpflichtung verletzt hat“. Mylnie KELSEN, Hauptprobleme str. 17, który przypuszcza, że wypowiedź o zakazie kłamstwa jest równoznaczna z obowiązkiem moralnym nagany wszelkiego kłamstwa. Ten ostatni nakaz jest normą, pojęciowo niezależną od zasadniczej normy o naganności kłamstwa. Słusznie zaznacza WEIGELIN str. 112 uw. 1: „Ich bin nicht in jedem Falle, in welchem mir eine Lüge bekannt wird, verpflichtet, meine Entrüstung darüber zu äussern“. Odmienny pogląd w tej kwestji wypowiada RADBRUCH j. w. str. 68: „Zu lieben nud zu hassen sind wir zuständig„ aber nicht, uns in Lob und Tadel über andere zu erheben“.

§ 22.

Zagadnienie genezy normy.

Jeśli w pewnej wypowiedzi zawarte jest wskazanie reakcji, która ma być przypisana pewnej osobie, umocowanej w przedmiocie jej ustalenia, względnie wykonania — wypowiedź tę należy kwalifikować jako normatywnie - prawną. Kwalifikacje osoby „trzeciej“ mogą być najróżnorodniejsze, jej umocowania mogą być efemeryczne, nie urzeczywistniające się w wykonaniu. Może być ona takim „przejściowym punktem poczytania“, który przez prawo urzędowe czy pozytywne tylko w pewnym zakresie będzie „uznawany“. Kompetencja tych przejściowych punktów poczytania może być przez państwo zaprzeczana; względem tak przez prawo zwyczajowe lub intuicyjne umocowanych osób mogą być stosowane nawet zabiegi sankcjonujące i karzące. Wówczas przy koniecznem przypuszczeniu jedności poznania normatywnego i wyłączeniu dopuszczalności dwóch systemów w jednej płaszczyźnie ujęcia — normy zwyczajowe i intuicyjne traktowane są jako nieważne, aczkolwiek strukturalna i znaczeniowa ich ważność nie ulega zaprzeczeniu. Ta sprzeczność wytłómaczyć się daje przez wprowadzenie czynników eksplikacyjnych do pojmowania „końcowego punktu poczytania“ t. j. państwa. W danej chwili obchodzą nas ukształtowania, w których normy zwyczajowe i intuicyjne — najzupełniej identyczne w swym wyglądzie strukturalnym z normami pozytywnemi i urzędowemi — „działają“ narówni z niemi, chociaż nie wywodzą się z jednego z niemi „źródła“. Aczkolwiek dla ujęcia normatywnego kwestja „pochodzenia“ normy jest obojętna —jednakże, wobec przyjętej w teorji przeciwstawności „źródeł“, zauważyć należy, że normatywnie antytezy te nie posiadają znaczenia istotnego. „Recepcja“ norm zwyczajowych czy intuicyjnych, placet prawa pozytywnego czy urzędowego, nie nadaje im żadnych cech nowych, żadnych takich cech, które nie istniałyby przed owem „uznaniem“. Stosunek t. zw. prawa pisanego do prawa zwyczajowego, walka tych dwóch różnych w pojęciu socjologicznem (jednakich w ujęciu normatywnem) kompleksów, derogacyjna moc i sposób działania zwyczaju są to zagadnienia, które mogą być wyjaśnione w trybie eksplikacyjnym. Pojęcie „działania“ normy może przypuszczać zbieżność, rozbieżność, konflikty, eliminację jednej normy przez inną; skonstatowanie tych przejawów możliwe jest wyłącznie w polu widzenia „faktyczności“; mniejsze lub większe napięcie działania, walka i konflikty norm mogą być rozumiane wyłącznie w rzeczywistości ich przejawów. Te przejawy wszakże nie zmieniają strukturalnego wyglądu i charakterystycznej ważności normy. W rozu-

mieniu działania normy i ocenie tego działania z punktu widzenia „końcowego punktu poczytania“ — zbieżność działania i przejawów jest „normatywnie“ nie do pomyślenia.

To ujęcie normatywne może w zupełności być niezgodne z rzeczywistością układu faktycznego; taka rozbieżność przejawia się właśnie w aspekcie końcowego punktu poczytania, na pograniczu normy i faktu. Niezależnie wszakże od faktycznych układów zbieżności czy rozbieżności, ujęcie normatywne operować musi uznaniem jedności wskazań normatywnych, niezależnie od charakterologicznych cech ich „twórców“, niezależnie od ich pochodzenia i sposobu działania *).

Obojętne będą przeto konstrukcje, operujące podporządkowaniem lub przyporządkowaniem różnych co do genezy swej źródeł**), zbędne konstrukcje, które wbrew zakazowi stosowania prawa zwyczajowego operują fikcją, że zakaz ten może być, koleją rzeczy, w drodze derogacyjnego prawa zwyczajowego, „milcząco“ uchylony (WINDSCHEID). I niezależnie od tego, czy w rzeczywistości skonstruować można redukcję norm rozbieżnych do naczelnej i wszechobejmującej zasady „normy najwyższej“ — ujęcie normatywne, nie różnicując ani genezy, ani trybu wypowiedzi prawnych, wyjaśnia, że każde wskazanie, wykazujące swoiste cechy strukturalne, jest wskazaniem prawnem. I tylko dzięki ujęciu normatywnemu można ustalić zasadę, że nie tylko to, co jest urzędowo i pozytywnie wypowiedziane — jest normą prawną. Każda norma prawna jest normą pozytywną — w jej rozumieniu znaczeniowem i w rozumieniu swoistych cech strukturalnych. Różnicowanie norm intuicyjnych, jako nie pozytywnych, byłoby jednoznaczne z negacją ich ważności. Jeśli nie są one pozytywne w „działaniu“ — wszakże ważność ich niczem się nie różni od ważności norm innej kategorji. A żadnemu już nie ulega wątpieniu, że t. zw. „urzędowy“,

---

*) Por. BAUMGARTEN j. w. T. I str. 276: „In Wahrheit gebe es einen über dem Gesetzes — und Gewohnheitsrecht stehenden Rechtssatz, aus dem diese beiden Arten des Rechtes ihre Verbindlichkeit herleiten“. Mylnie przypisuje BAUMGARTEN tę wszechobejmującą i ujednostajniającą funkcję — normie etycznej. O tem-że „pozytywność“ normy nie jest identyczna z „normą stanowioną“ (Gesatztheit) — zob. KELSEN, Das Problem der Souveränität j. w. str. 92 n. Stosunek prawa zwyczajowego do prawa stanowionego może być w rozważaniu ich wyjaśniony tylko eksplikacyjnie: KELSEN j. w. str. 93 uw. 1: „Soferne aber die Gewohnheit ebenso wie die oberste Satzungsautorität unmittelbar auf der Ursprungsnorm selbst beruht, ist die Frage der Zulässigkeit des Gewohnheitsrechtes ein Streit um die Voraussetzungen der Rechtsordnung und daher juristisch nicht zu entscheiden. Das wird meistens übersehen“.

**) Por. teorję BAUMGARTENA j. w. str. 278, 284 o „prześlizgiwaniu“ i „wcielaniu się“ prawa zwyczajowego.

oficjalny charakter normy nic wspólnego nie ma z istotnością jej cech i z zasadniczą jej ważnością *).

Ujęcie istoty normy prawnej uzależnia się częstokroć od decydującej jakoby kwalifikacji jej „twórcy“ lub też od wyłączności gwarancji i obrony, przypisywanej pewnym „mocom“, jako jedynie o „prawności“ normy rozstrzygającym. Na tej podstawie zbudowane są teorje, które uważają normę prawną, jako pochodną państwa i normę tę kwalifikują bądź jako przejaw „woli“ państwa, bądź jako quid przez państwo bronione czy uznane. Jeśli rozumieć należy państwo jako pewną moc realną, która nakazuje i zakazuje, która „panuje“, posiada możność nadawania posłuchu swoim wskazaniom i motywacyjnie wpływa na sposób i kierunek postępowania — te wszystkie przejawy „faktyczne“ są dla znaczeniowej istoty normy zupełnie obojętne. Jeśli wyobrażamy sobie ową moc realną państwa, jako moment eksplikacyjny pewnych przebiegów i ustosunkowań faktycznych, kierowanych motywami „panowania“, „posłuszeństwa“ i t. p. — wówczas motywy te mogą być rozumiane jako powiązania przyczynowe lub teleologiczne. Rządzą się one „prawidłowością“ przyczyn i skutków, zamiarów i celów, które urzeczywistniają się w płaszczyźnie „istniejącego“. Jeśli podstawą ich są przedstawienia o tem, co stać się p o w i n n o i w zależności od tych przedstawień kształtują się odpowiednie motywacje — wszystkie te procesy nie mają nic wspólnego z normatywnością. Zresztą, owe przebiegi i ukształtowania mocy realnych mogą być dowolne, zmienne i przypadkowe. Mogą nie wykazywać cech motywacji racjonalnej. Jeśli się mówi o „ustroju“ państwowym — zachodzić może contradictio in adjecto, skoro państwo jest despotyczne, kierowane kaprysem czy przywidzeniem jednostki. Nakaz, który w danej chwili „obowiązuje“ i o którym nie można nawet powiedzieć, czy i nadal ma obowiązywać i czy nie będzie in foro interno władzcy cofnięty w kilka chwil po jego wydaniu — nie jest normą; albowiem pojęciowo konieczne połączenie wypowiedzi o być mającem z następczą powinnością w wypadku niezastosowania się — może bądź wcale nie istnieć, bądź istnieć nieskończenie krótko („car tel est mon plaisir“). Socjologiczne pojęcie państwa może operować kategorją „przemocy“, „dowolności“ (tem, co STAMMLER nazywa „Willkür“). W ujęciu normatywnem pojęcie „dowolności“ byłoby antytezą normy.

Wszakże teorja, wywodząca genezę normy z państwa, operuje wyłącznie normatywnem tegoż państwa rozumieniem. „Rozdwojenie“ pojęcia państwa w aspektach socjologicznym

*) Por. orzeczenie Sądu Najwyższego z d. 18 listopada 1920 r i wnioski prokuratora POHORECKIEGO: „Tekstu ustawy nie mógłbym pokazać, ale przecież nie całe prawo jest w kodeksie“. (Orzecznictwo Sądów Polskich T. I Nr. 322, str. 306).

i prawnym, sztuczna przeciwstawność pojęcia „związku“ (Verband) i normy *) — nie jest bynajmniej zaprzeczeniem prawnej istoty państwa. Teorje, kwalifikujące normę jako prawną z tytułu jej „pochodzenia“ państwowego — redukują się do wypowiedzi: norma prawna wywodzi się z normy prawnej, czyli sprowadzają wywody swe do najzwyklejszej tautologji :norma prawna jest normą prawną. Z chwilą, gdy odrzucone zostaje pojęcie państwa, jako wyobrażanej wszechmocnej istoty, stojącej ponad prawem, niczem nie związanej, tworzącej prawo, lecz z prawem nie utożsamianej **) — wprowadza się pojęcie „samozobowiązania“, a więc „samoograniczenia“ („autolimitation“) państwa***). W tem pojęciu samozobowiązania najdobitniej wyraża się normatywność; państwo „uosabia“ się jako punkt poczytania (nie zawsze bowiem państwo uważane być musi jako tegoż poczytania punkt „końcowy“). Państwo jest tedy personifikacją porządku prawnego i zdwojenie przedmiotu poznania pod postacią „mocy tworzącej obowiązki“ i „osoby poddanej obowiązkom“ jest zupełnie zbędną i nadomiar mylną konstrukcją****). Tożsamość państwa i prawa wyłącza jakiekolwiek „poddanie się“ normie, gdyż wówczas „twórca“ normy stawałby się od niej zależny i już nie własnym „nakazom“ poddany*****). Hipoteza samozobowiązania jest interpretacją eksplikacyjną. „Osobowość“, a więc punkt poczytania w odniesieniu

*) Por. KELSEN, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff j. w. str. 3.

**) Np. OTTO MAYER, Deutches Verwaltungsrecht T. I 1914 str. 107: „Von Rechten des Staates ist ungemein viel die Rede... Das subjektive Rechts ist immer etwas Begrenztes; beim Staat aber schlägt das dahinter stehende Unbegrenzte immer durch. Das wird nicht anders dadurch, dass man seiner Einzelerscheinung den Namen eines Rechtes beilegt“.

***) G. JELLINEK, System der subjektiven öffentlichen Rechte j. w. str. 195: „Nur indem der Staat sich als rechtlich beschränkt auffasst, wird er zum Rechtssubjekt. Ein handelndes Wesen ,das gar nicht Träger von Pflichten ist, ist Machtsubjekt, nicht Rechtssubjekt. Im Begriff des Rechtes ist bereits der der Beschränkung enthalten“.

****) KELSEN, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff j. w. str. 135: „...dass der Staat ebenso Rechtspflichten hat, wie eine andere Rechtsperson, nicht, obgleich er die Rechtsordnung, sondern weil er die Rechtsordnung nicht etwa „erzeugt“, oder „trägt“, sondern ist“. Mylnie HERRNRITT, Grundlehren des Verwaltungsrechtes 1921, str. 72, który, odróżniając „władzę państwową“ od „porządku prawnego“, wywodzi „Sobald der Staat eine Rechtsordnung erlässt, die er auf sich selbst anwendbar erklärt, steht der handelnde Staat (die Staatsgewalt) ebenso wie jedes andere Rechtssubjekt unter dieser Rechtsordnung, ist an sie gebunden“.

*****) Por. wywód SEIDLERA, Das juristische Kriterium des Staates 1905 str. 44: „Der Staat ist nicht nur mit dem Rechte und im Rechte geboren, sondern kann auch fortdauernd nur im Rechte leben... Da es das Wesen des Rechtes ist, zu binden, so kann gleichzeitig mit dem Rechte und im Rechte entstehende und fortdauernd lebende Staat gar nicht als rechtlich gebunden gedacht werden“.

do państwa, nie jest tworem woli państwowej *). W rozważaniu normatywnem socjologiczny punkt widzenia nie może być wyodrębniony i uważany za korektywę i metodę „kontrolującą“ **). Pojęcie państwa jest pojęciem normatywnem.

W takiem rozumieniu wszelki „wywód“ prawa z państwa, jako jego twórcy czy obrońcy lub gwaranta, nie mógłby wyjaśnić strukturalnych cech normy. Słusznie zauważył PETRAŻYCKI, krytykując t. zw. państwowe teorje prawa, że sprowadzają się one do typowej tautologji: norma prawna (x) jest normą, uznaną w przepisanej przez prawo (x) formie przez ustanowione prawnie (x) organy prawnego (x) związku — państwa ***).

Norma prawna nie koniecznie musi być przejawem tego kompleksu, który w rozumieniu współczesnem nazywa się państwem. Z pojęciem państwa wiążemy pewne cechy psychologiczne i socjologiczne, pewne uwarunkowania, wytworzone w danej epoce historycznej; wszelka redukcja tych cech do schematów „prawności“ jest wyjaśnieniem normatywnem. Socjologicznie i psychologicznie związek rodowy lub religijny różni się znamiennie od państwa w rozumieniu współczesnem — tak, jak — być może — w przyszłości nowe układy bytowania politycznego strukturalnie i funkcjonalnie odbiegać będą od ustrojów współczesnych. Socjologicznie można sformułować pewne „minimum“ pojęciowe wspólnoty politycznej, jak to np. uczynił MAX WEBER****); wszakże, w rozumieniu normatywnem różnicowanie intensywności, odmienność ukształtowań faktycznych nie jest momentem decydującym. Pojęcie prawa nie wiąże się bezwzględnie z państwem w rozumieniu współczesnem: każde

---

*) Jak to widzimy np. w konstrukcji H. REHMA, Allgemeine. Staatslehre 1899, str. 159: „Aber auch, wenn sich die Persönlichkeitseigenschaft nicht aus der Natur des Staates als solchen ergibt, s o n d e r n e r s t v o m S t a a t e s e l b s t g e s c h a f f e n i s t (podkr. moje), kann sie (a więc tylko fakultatywnie) doch als Rechtspersönlichkeit angesehen werden“. Z psychologicznej mocy oddziaływania idei prawa wyprowadza REHM wniosek, nie wymagający wyjaśnienia eksplikacyjnego, str. 160: „Daher untersteht der Staat der von ihm aufgestellten Rechtsordnung (sic!), ohne dass diese Unterordnung als eine Selbstbindung angesehen zu werden braucht“.

**) Por. REDSLOB, Abhängige Länder. Eine Analyse des Begriffs von der ursprünglichen Herrschergewalt 1914, str. 24: „Die soziologische Betrachtung kann nicht von der rechtlichen getrennt werden. Die soziologische Betrachtung ist zugleich rechtliche Betrachtung und umgekehrt“. Jeśli ten wywód metodologiczny jest conajmniej wątpliwy — nie można odmówić słuszności następującemu wnioskowi: „Es ist müssig, Staat und Recht voneinander zu trennen. Staat und Herrschaft sind unlösbar verwachsen mit dem Recht“. Wszakże pojęcie „panowania“ może być rozumiane tylko eksplikacyjnie.

***) PETRAŻYCKI, Teorja j. w. T. I str. 256.

****) Jako takie „minimum“ (begriffliches Minimum) rozumie WEBER: „gewaltsame Behauptung der geordneten Herrschaft über ein Gebiet und die Menschen auf demselben“ j. w. str. 613. Współczesne pojęcie państwa odbiega, oczywiście, od tego minimum, por. j. w. str. 30 p. 3.

zrzeszenie ludzkie, każda wspólnota, niezależnie od zasady, na której jest oparta, ma odpowiednik prawny, jeśli wypowiedzi o tem, co być powinno są odniesione do jednego punktu poczytania, uważanego za końcowy. Obojętne jest, czy są one w rzeczywistości „odniesione"; wystarczy stwierdzić, iż wypowiedź o „powinności" odniesienia jest ważna. Jakość uporządkowania, stopień jego ziszczalności są bez znaczenia; ale już samo pojęcie uporządkowania („geordnete Herrschaft" czy też „Monopol des legitimen Zwanges" w socjologicznej transpozycji WEBERA) jest równoważne z normatywnością. I dla tej równoważności są bez znaczenia cechy, stanowiące podstawę różnicowania pod względem socjologicznym lub psychologicznym. Idea końcowego punktu poczytania jest niezależna od zewnętrznych warunków bytowania związków ludzkich: cecha „osiadłości", łączona z pojęciem państwa współczesnego, nie jest takiem wskazaniem, które umożliwiałoby wogóle założenie normatywności. Związek z terytorjum jest w zasadzie przypadkowy; i zrzeszenia oraz połączenia podmiotów, nie posiadających żadnej stałej osiadłości (plemiona koczownicze), nie różnią się w rozumieniu normatywnem od zrzeszeń terytorjalnych. Cechy „przestrzenne" mają znaczenie dla unormowanej treści zachowania się, nie dotyczą wszakże samej istoty powinności: nie ma przeto zasady, dla której treść bezwzględnie łączyć się musi z jakimś terytorjalnie stałym punktem, albowiem zmienność tego punktu nie zmienia znaczeniowej istoty normy *).

Bez znaczenia są również funkcjonalne cechy ustroju. Przejściowe punkty poczytania — czyli eksplikacyjnie, osoby, sprawujące władzę — mogą być nie zróżnicowane; nie zachodzi jeszcze „podział pracy" i zróżnicowanie funkcji; również „władza najwyższa" przejawiać może li tylko działanie sporadyczne, może posiadać ograniczony, a nawet przypadkowy, zakres kompetencji; z chwilą jednakże, gdy, chociażby w pewnym stopniu, możliwa jest redukcja nielicznych nawet wypowiedzi o tem, co być powinno do „suwerennego" i końcowego punktu poczytania — ważność norm nie ulega zaprzeczeniu **).

Pojęcie „ustroju", „porządku" jest — niezależnie od jego

*) Por. KELSEN, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff j. w. str. 85: „So wie die Normen bestimmen, w a s geschehen solle, bestimmen sie auch, w o es geschehen solle"; HENRICH, Theorie des Staatsgebietes entwickelt aus der Lehre von den lokalen Kompetenzen der Staatsperson 1922 str. 29: „Das Rechtsgebiet ist demnach eine Sammelstelle, ein Inbegriff der räumlichen Beziehungen im Inhalte der Rechtsordnungen".

**) Por. w tym przedmiocie wywód KELSENA, Das Problem der Souveränität j. w. str. 257 n. (§ 54 Organisierte und nicht organisierte Gemeinschaft): „Nur insofern ist eine primitive Rechtsgemeinschaft ohne „Obrigkeit" als sie ohne arbeitsteilig fungierende Gesetzgebungs— und Exekutivorgane ist" str. 260. O początkowych okresach takiego różnicowania zob. M. WEBER j. w. str. 618.

kwalifikacji jakościowych — pojęciem normatywnem. I nie koniecznie ustrój musi być ustrojem państwowym. Państwo nie jest pojęciem nadporządkowanem w stosunku do pojęcia prawa. W pojęciu państwa znajdujemy cechy, wiążące różne w swej treści wypowiedzi w jedność pojęciową przez połączenia punktów poczytania, zbiegających się w jednym i końcowym punkcie. Państwo nie jest twórcą normy; może być ono rozumiane prawnie, o ile jest „w normie". Identyczność pojęć państwa i prawa nie wyłącza bynajmniej, ażeby prawo nie miało być identyczne z ustrojami, które w rozumieniu socjologicznem czy historycznem państwami nie są *).

Powiązanie pojęcia prawa i państwa prowadzić może do wniosku, że normy ponadpaństwowe (międzynarodowe) nie mogą wykazywać cech prawności. Stąd wynikałoby, że pojęcie państwa jest zawsze jednoznaczne z założeniem o wyłączności końcowego punktu poczytania. Jeśli od punktu poczytania, uważanego za końcowy w ustroju państwowym, można, mówiąc obrazowo, pociągnąć linję do punktu wyższego („pozapaństwowego")—nie da się wówczas zaprzeczyć, że punkt poczytania, uważany pierwotnie za końcowy, jest podporządkowany czynnikom, uchylającym jego charakter. Gdy co do państwa, jego organów lub obywateli, jako punktów poczytania, stanowi się pewien zespół powinności i gdy wypowiedź o łącznych powinnościach—w wypadku niezastosowania się do normy—przypisuje się instancji, która nie jest ani „zobowiązanem" państwem, ani jego „organem", wówczas państwo „zobowiązane" nie jest jednocześnie ostatecznie decydującą instancją; nie jest więc końcowym punktem poczytania. Dopuszczalność takiego ujęcia uzasadnia normatywność wypowiedzi o być mającem, których treść nie mieści się w ramach treści „państwowych" i dla których poczytania państwo jest punktem przejściowym, poprzedzającym poczytanie końcowe. Ustroje ponadpaństwowe są, mówiąc eksplikacyjnie, źródłami prawa narówni z ustrojami państwowemi; różnice ich intensywności nie są argumentem, przemawiającym za wyłączeniem cech normatywności prawnej. Jeżeli są kwalifikowane jako normy konwencjonalne (F. SOMLO, lub według terminologji AUSTINA jako „positive morality") — ujęcie takie jest błędne i wynika z mylnego utożsamienia normy z normą ustawową. Polega oraz na przypuszczeniu, że punktem końcowego poczytania może być tylko jakaś „moc realna", zapewniająca i sankcjonująca

*) BINDER, który nie uznaje tożsamości tych pojęć, zaznacza jednakże: „Nicht jede Rechtsordnung erscheint in der Form des Staates, sondern es gibt zweifellos vorstaatliche Verbände. Insofern setzt also der Staat den Begriff den Rechts voraus. Aber dieses Verhältnis ist wieder das von Spezies und Genus und nicht etwa das von Stoff und Form" (Rechtsbegriff und Rechtsidee j. w. str. 178).

ziszczalność wskazania i że po za „państwem“ inna tego rodzaju moc przypuszczona i skonstruowana być nie może *).

Że normatywność prawna nie jest bezwzględnym odpowiednikiem państwa — najlepszy dowód dają ukształtowania tak zwanego prawa kościelnego. Normy tej kategorji są o tyle normami państwowemi, czy też normami przez państwo uznawanemi, o ile związek religijny jest tylko przejściowym punktem poczytania; mogą wszakże posiadać znaczenie samoistne, gdy związek ten w odniesieniu do pewnych treści jest końcowym punktem poczytania**); wówczas, wypowiedzi o tem, co być powinno (w zakresie, rozumianym eksplikacyjnie jako treść „religijna“) są typowemi normami prawnemi***). Wówczas związek religijny jako końcowy punkt poczytania (jako instancja najwyższa) może być uważany za ustrój ponadpaństwowy czy pozapaństwowy. O ile wskazania związków religijnych w strukturze swej wykazują cechy powiązań, charakteryzujących normę prawną, odpowiadają one pojęciu prawa, aczkolwiek ustrój kościelny może nie być ustrojem państwowym w rozumieniu eksplikacyjnem ****).

§ 23.

Struktura normy prawnej.

Uzależnienie istoty normy od s p o s o b u jej sformułowania, bądź też od jej g e n e z y wywierać musi wpływ na ujęcie strukturalne. Normy, które znaczeniowo winny być kwalifikowane jako wskazania prawne, zostają pozbawione tej kwalifikacji, dlatego, że bądź nie zostały wyrażone w wypowiedzi ustawowej, bądź też ze względu, że nie stoi poza niemi sankcja związku, nazywanego państwem. W istotnem rozumieniu normy prawnej, jako specyficznego połączenia sądów hipotetycznych, te zewnętrzne i przypadkowe okoliczności pozbawione są znaczenia.

Sposób i tryb pozytywnego sformułowania, „gramatyczny“

---

*) Por. krytyczne wywody LAMMASCHA, Das Völkerrecht nach dem Kriege 1917 str. 85 n.

**) E. KAUFMANN, Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus 1911 str. 153 n.

***) F. SOMLO j. w. str. 175: „In diesem Falle sind die von ihr (scil. von der kirchlichten Macht) gesetzten Normen zugleich Rechtsnormen, und zwar p r i m ä r e s Recht“.

****) Por. wywód HAURIOU j. w. str. 459 o kościele rzymsko-katolickim: „L'Église est une sorte de vaste Etat international qui dispute aux Etats nationaux une partie de leur population“; również GÉNY, Science et technique en droit privé positif T. I 1914 str. 60: „Comment ne pas voir là un milieu de formation et les organes de constitution d'un veritable droit positif? De fait, le droit positif de l'Eglise existe, comme existe un pouvoir capable de l'édicter et de le sanctionner“.

układ wypowiedzi, odcień w ujęciu momentów sankcjonujących mogą być, oczywiście, najrozmaitsze, w zależności od powyższych czynników zewnętrznych. Nie idzie wszakże o analizę poszczególnych elementów normy, które mogą być sformułowane samoistnie (a takie sformułowanie jest najczęstsze w artykułach ustaw, wypowiedziach prawa zwyczajowego i jurysprudencyjnego); powstaje wówczas wrażenie, jak gdyby te wypowiedzi implikowały „całokształt“ normy, gdy, w istocie rzeczy, są one tylko ogniwami, składnikami znaczeniowo - jednolitej całości. Sformułowanie jakiegoś uprawnienia czy obowiązku, wypowiedź o sankcji w wypadku przekroczenia wskazania—przyczem sama treść wskazania w wypowiedzi o sankcji ujęta jest tylko pośrednio czy nawet domyślnie — nie jest normą „całkowitą“. Przepis kodeksu karnego, stanowiący sankcję w wypadku kradzieży, nie jest bezpośrednią wypowiedzią o tem, że zachowanie się poszczególnych jednostek powinno być zgodne z wskazaniem o zaniechaniu tajnego lub jawnego zabrania cudzej własności ruchomej w celu przywłaszczenia; przepis ten powiada tylko, iż jeśli takie zachowanie się nastąpi — wówczas winny ulegnie karze. Znaczeniowo przepis ten jest składnikiem normy, ogniwem w powiązaniu hipotetycznych sądów o tem, co być powinno. Suponuje on przedewszystkiem wskazanie normatywne o pewnym sposobie zachowania się (zaniechanie określonych czynów). Idąc wstecz, należy tę kwalifikację połączyć z poprzedzającemi wskazaniami normatywnemi, które wyjaśniają, co należy w pojmowaniu prawnem rozumieć np. przez „cudzą własność ruchomą“. Te określenia nie mogą być rozumiane eksplikacyjnie: wynikają one z zespołów norm, ustalających w jakim układzie, w jakich warunkach i w jakiem poczytaniu „coś“ jest rzeczą ruchomą, należącą prawem własności do osoby, która nie jest podmiotem sankcji karnej (wyłączenie np. kradzieży rzeczy własnej, dopuszczalność sankcji w wypadku kradzieży rzeczy znajdującej się w współwłasności winnego i osób trzecich *). Pojęcie „przywłaszczenia“ również rozumiane być winno normatywnie i formuła „se ut dominum gerere“ jest znamiennem odesłaniem do wskazań normatywnych. Ta redukcja „wsteczna“ może prowadzić od domyślnej normy, wypowiedzianej w trybie sankcjonującym, nie tylko do norm bezpośrednio się z nią łączących (np. wskazania prawa prywatnego), lecz sięgać do założeń całego układu normatywnego (np. uporządkowania konstytucyjne w przedmiocie zakresu prawa własności), lub nawet oprzeć się na wskazaniach „ponadpaństwowych“ (np. normy układów międzynarodowych co do przedmiotów extra commercium).

---

*) Por. „normatywną“ analizę pojęć „rzeczy wspólnej“ i „rzeczy cudzej“ w orzeczeniu pełnego kompletu drugiej izby Sądu Najwyższego z dnia 2 grudnia 1919, Orzecznictwo Sądów Polskich T. I Nr. 28, str. 25 n.

Norma, która jest tylko sankcją, może nie zawierać nawet wskazań, pozwalających na rekonstrukcję zasadniczej normy zachowania się; może być wyłącznie blankietową i już bezpośrednio odsyła do wskazań normatywnych „innego porządku". Kary za wykroczenia przeciwko „rozporządzeniom obowiązującym", przeciwko zarządzeniom lub żądaniom prawnym władzy czy urzędnika przypuszczać muszą cały szereg ujęć normatywnych, w wskazaniu sankcjonującem nieokreślonych i niepewnych. Rozporządzenie obowiązujące jest kategorją, określaną zgodnie z normami prawa konstytucyjnego, i jego moc obowiązująca uzależnia się od specyficznych wskazań normatywnych; badania analityczne prowadzą do ujęcia „obowiązku" (nie tylko „prawa") władzy w przedmiocie wydawania takich rozporządzeń, jeśli np. ustawa przekazuje ich wykonanie i rozwinięcie (ewentualnie przez wydanie specjalnych sankcji ochronnych) organom władzy rządzącej czy wykonawczej. A więc, normatywność rozporządzenia, do którego odsyła blankietowe wskazanie karne, uzależnia się od założeń „wyższej" normy. Idąc dalej, należy zauważyć, że kwalifikacje wskazania sankcjonującego, wyrażone częstokroć ogólnie, muszą być ujęte normatywnie; tylko norma określić może, co należy rozumieć przez urzędnika lub władzę, wydającą „zarządzenia prawne", lub nakazującą czy wzbraniającą na podstawie „żądania prawnego". I tylko na takiem ujęciu oparta być może owa podstawowa norma, głosząca: A powinien zachować się n, t. j. tak, jak nakazuje takie zarządzenie czy żądanie B, który powinien zachować się zgodnie z wskazaniami o jego kompetencji i uprawnieniach i który w razie przekroczenia (normatywnie) określonej sfery działania jest odpowiedzialny (i tu znów mamy do czynienia z „odesłaniem" do norm innego porządku). Norma blankietowa może pozatem bądź sama określić, jak rozumie kwalifikacje owego „B", urzędnika czy władzy (np. przez zrównanie funkcjonarjusza kolei prywatnej lub kapitana statku, należącego do osoby prywatnej, z organami państwowemi czy samorządowemi), bądź też kwalifikacje te pozostawić wskazaniom, w niej nie zawartym (pojęcie urzędnika może być zawarte nie tylko w t. zw. pragmatyce służbowej, lecz również w ustawach specjalnych, które nadają osobom, nie będącym urzędnikami w właściwem tego słowa znaczeniu, charakter quasi - urzędowy).

Wszakże analiza normy i jej koniecznych powiązań nie jest tylko „wsteczna". Norma, karząca kradzież, nie „kończy się" na wypowiedzi: „A powinien zachować się n, jeśli zaś nie zachowa się n — nastąpi skutek n,". Ustalenie kodeksowe, że winny zabrania tajnie lub jawnie cudzej własności ruchomej w celu przywłaszczenia u l e g n i e karze więzienia — nie wyczerpuje uporządkowania normatywnego w zakresie treści sprzecznej z „n" i skutku zgodnego z „n,". Wypowiedź, że A ulegnie karze więzienia nie ma bynajmniej znaczenia eksplika-

cyjnego. Odnośna norma karna bynajmniej nie jest wypowiedzią o jakimś przebiegu przyczynowym, jak np.: jeśli A wypuści trzymaną książkę — książka spadnie na ziemię. Nie jest też żadnem ukształtowaniem „teleologicznem“ w tem rozumieniu, że ktoś zamierza karać odpowiednio kwalifikowane czyny (czy też zamierza karać niestosowanie się do założonego zaniechania czynów); i że przeto „stosowanie“ kary jest celem, odpowiadającym motywującemu go zamierzeniu. Z powyższej normy nie wynika, że kara n a s t ą p i jako skutek przyczynowy czynu, ani też, że kara j e s t celowym równoważnikiem pewnego zamiaru. „Motywacje“ normy są — jak to już zaznaczyłem — obojętne dla jej istoty znaczeniowej i mogą być rozumiane tylko pozanormatywnie.

O stosunku przyczynowym nie może być, oczywiście, mowy; w rozumieniu eksplikacyjnem kara nie jest skutkiem kradzieży; jest ona skutkiem pewnych czynności fizycznych, spowodowanych przez zarządzenia, wynikające z „wykonania“ wyroku. Złoczyńcę zamyka w więzieniu nie „papierowa“ norma kodeksu; zresztą, z faktu kradzieży nie wynika nieodparta konieczność pozbawienia wolności osoby, co do której nie zachodzi najmniejsza wątpliwość, że jest najoczywistszym sprawcą czynu karalnego. W rozumieniu przyczynowem nie byłoby przestępcy, który nie musiałby być zamknięty w więzieniu.

Znaczenie „skutków“ danej wypowiedzi normatywnej jest zupełnie odmienne. Norma głosząca, że przestępca ulegnie karze, będzie skazany na karę, będzie ukarany — bynajmniej nie znaczy, że przestępca ulega karze czy też jest karany. Gramatyczna forma wypowiedzi jest obojętna: pari passu można byłoby sformułować sankcję zarówno w czasie przyszłym, jako też w czasie teraźniejszym. Nie zmieniłoby to zupełnie istotnego znaczenia normy.

Wypowiedź o „skutku“ (o t. zw. „dyspozycji“ w rozumieniu prawa prywatnego i o t. zw. „sankcji“ w rozumieniu prawa karnego) znaczy jedynie, że określony skutek p o w i n i e n nastąpić. Jeśli A powinien zadośćuczynić obowiązkowi służby wojskowej, płacić podatki, zaniechać czynów, kwalifikowanych jako wzbronione, uiścić dług zaciągnięty — znaczy to, że w wypadku zachowania się „sprzecznego“ („nisi n“)—p o w i n i e n nastąpić skutek łączny i związany z wypowiedzią hipotetyczną: jeśli jest x — A powinien zachować się n. A p o w i n i e n być ukarany za dezercję, zaległy podatek p o w i n i e n być wyegzekwowany, uiszczenie sumy dłużnej p o w i n n o nastąpić w drodze specjalnego przewodu. Cóż znaczy ta łączna wypowiedź o „skutkach“? W stosunku do podmiotu, który nie jest identyczny z podmiotem A, jako „punktem poczytania“ pewnej powinności — ustala się powinność następcza, korelatywna do podstawowego wypowiedzenia o być mającem. Wyjaśnię to na najprostszym przykładzie: Jeśli A ukradnie —

wówczas (normatywnie) skutkiem takiego zachowania się A będzie: obowiązek pewnych (normatywnie określonych) podmiotów wszczęcia dochodzenia i śledztwa, wdrożenia przewodu sądowego, wydania orzeczenia i ewentualnie wykonania tego orzeczenia. Norma, ustalająca, że A powinien zachować się odpowiednio do wskazania, nakazującego zaniechanie czynu (nazywanego „kradzieżą"), nie jest samoistna; jest ona częścią składową takiej, obejmującej „założenie" i „skutek", jednej normy, która wiąże wypowiedź o powinności A z przedstawieniami trybu postępowania, czy zachowania się innych podmiotów B, C, D, E, F. Jeśli A ukradł—B powinien wszcząć dochodzenie, C—prowadzić śledztwo, D—oskarżać, E—sądzić, F—wykonać ewentualny wyrok. Norma, że A za kradzież ulegnie karze, nie byłaby normą prawną, gdyby nie tworzyła ogniwa w zespole powiązanych z nią normatywnych skutków, które, koleją rzeczy, są tylko składnikami niesamoistnemi. Tylko połączenie tych składników „założenia" i „skutku" tworzy jedność, wszakże względną: albowiem jeśli będziemy rozważać dalsze powiązania tych zasadniczych połączeń — łatwo przekonać się możemy, że tworzą one dalsze stopnie przejściowe, prowadzące do „najwyższej" wypowiedzi o tem, co „prawnie" być powinno.

Cóż bowiem znaczy, że B p o w i n i e n wszcząć dochodzenie? B, jako podmiot kwalifikowany normatywnie, którego qualitas ustala się na podstawie całego szeregu wypowiedzi o być mającem („organy władzy")—winien zachować się odpowiednio do wskazań, regulujących tryb postępowania policji w pewnych, ściśle określonych wypadkach. Jeśli B zachowa się wbrew tym wskazaniom (zachodzi wówczas „wtórne" nisi n_1), wówczas przewidziana jest specyficzna sankcja: odpowiedzialność dyscyplinarna, karna (bezczynność władzy, nadużycie władzy), cywilna (odpowiedzialność wobec osoby poszkodowanej). To samo, mutatis mutandis, rzec należy — przy uwzględnieniu różnic, wynikających z odmiennych ukształtowań treści—o trybie postępowania innych podmiotów (sędziego śledczego, prokuratora, członków trybunału i t. d.). Wszystkie te osoby są „punktami poczytania" w tem rozumieniu, że ich tryb zachowania się, uwarunkowany wypowiedzią o zachowaniu się A (przestępcy), jest ujęty normatywnie: wszelkie „nisi", które jest sprzeczne z szablonem normatywnym, w jakim osoby te są punktami poczytania, prowadzi do dalszych „konsekwencji". Jeśli A ukradł i powinien być ukarany, sędzia, który został przekupiony i wydał wyrok, podlegający z tego tytułu rewizji, powinien być pociągnięty do odpowiedzialności karnej. Podsądny uniewinniony ma prawo żądać odszkodowania od sędziego śledczego i prokuratora, gdy osoby te „działały stronnie, za pomocą ucisku, bez powodów lub podstaw prawnych, albo też wogóle w złej wierze" (art. 783 ust. post. karn.).

Sędzia, wstrzymujący rozstrzygnięcie sprawy pod pozorem niedokładności, niejasności lub sprzeczności ustaw odpowiada karnie, jak za bezczynność władzy (querela denegatae v. protractae justitiae, art. 13 ust. post. karn.).

Widzimy tedy, że początkowe odniesienie punktu poczytania do A („nisi n") wiąże się, i w strukturze prawnej koniecznie wiązać się musi, z poczytaniem tych osób, które—w myśl normy—zachowywać się powinny względem A według normatywnie określonych treści: urzędnik policji winien zachować się n_1, prokurator—n_2, sędzia—n_3, naczelnik więzienia—n_4. Wszelkie niezastosowanie się do tych wskazań normatywnych pociąga za sobą dalsze konsekwencje. Sędzia, który w odniesieniu do A powinien zachować się n_3 i który jest punktem poczytania w normie (głoszącej in casu... „sędzia powinien zachować się n_3"), ulega karze w razie pogwałcenia wskazania (nisi n_3). Czyli: instancja, której podlega rozważanie czynu, czy zaniechania sędziego, zachowującego się wbrew n_3 — p o w i n n a kierować się odpowiednią normą, głoszącą: jeśli S (sędzia) w wypadku, w którym odnośnie do A powinny były być zastosowane wskazania normatywne (n_3), postąpił wbrew tym wskazaniom (nisi n_3) — wówczas S_1 (sąd), rozważający jego zachowanie się, p o w i n i e n postąpić według wskazań n-bis.

Jakkolwiek kształtować będziemy „dalsze" układy tych schematów, nie zachodzi w nich progressus ad infinitum. Przy badaniu „wstecznem" widzieliśmy, że w wypowiedzi normatywnej zawarte są „poprzedzające" ją składniki normatywne, dzięki którym dane wskazanie może być właściwie zrozumiane. Szczególnie w przepisach prawa prywatnego nieodzowna jest konieczność analizy normatywnej każdego składnika wskazania. Obowiązek sprzedawcy wynagrodzenia za szkody i straty z powodu wad rzeczy, o której wiedział sprzedawca — wymaga odesłania „wstecznego" do całego szeregu wskazań normatywnych, przyczem analiza eksplikacyjna byłaby zawodna i mylna. Art. 1645 kod. cyw. franc., głoszący: „jeśli sprzedawca wiedział o wadach rzeczy, obowiązany jest, oprócz zwrotu otrzymanej za nią ceny, wynagrodzić nabywcy wszelkie szkody i straty"—może być normatywnie zrozumiany przez podstawienie całego szeregu kwalifikacji, z „faktycznością" zupełnie niewspółmiernych. Pojęcia „sprzedawcy", „nabywcy", „wady", „rzeczy", „szkód i strat", „wiedzy" (o wadach) — są treściami, ukształtowanemi normatywnie w wskazaniach poprzedzających i łącznych. Analiza „wsteczna" nie jest to regressus ad infinitum—prowadzi bowiem do pewnych norm najwyższych, uwidaczniających końcowy punkt poczytania (np. normy konstytucyjne o uznaniu własności prywatnej, lub zasadnicza norma kodeksowa, ustalająca moc obowiązującą umów narówni z ustawą, art. 1134

kod .cyw. franc. „les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites"—„pacta sunt servanda"). Przy analizie, idącej progressive, t. j. wiążącej bezpośrednio wypowiedzi o danej powinności ze skutkami w razie niezastosowania się do wskazania normatywnego, nie idzie o analizę samej powinności, jako „danej"; natomiast analiza wsteczna jest wyjaśnieniem, czy i o ile wypowiedź o tem, co być powinno, jest rzeczywiście dana. Przy łączeniu wypowiedzi o danej „powinności" z łącznemi powinnościami dalszemi *), przy rozważaniu dynamicznem uwydatnia się właściwa strukturalna istota normy. I tu nie zachodzi żaden progressus ad infinitum, albowiem końcowym punktem tych wypowiedzi jest zawsze norma najwyższa. W wyżej przytoczonym przykładzie kradzieży powiązanie „powinności" prowadzi do końcowych ustaleń o obowiązkach sędziów i administracji (art. 1, 12 ust. post. karn., art. 77, 79, 97, 98, 124 Konstytucji, przepisy o odpowiedzialności Prezydenta Rzeczypospolitej i ministrów). W tym punkcie poczytania kończy się dziedzina normatywności i kończy się możność rozważania prawnego.

Struktura normy może być zrozumiana bez analizy wstecznej, jeśli wszystkie ustalenia dane są w samej normie, bez „odesłania" do wskazań poprzedzających. Nie może być natomiast zrozumiana bez uświadomienia sobie pojęciowo koniecznej łączności z powiązaniami dalszych wypowiedzi o tem, co być powinno, chyba, że mamy do czynienia z normą najwyższą.

Pozatem to, co w potocznem rozumieniu uważa się za normę, w istocie rzeczy, nie jest wypowiedzią o czemś, co „samoistnie" być powinno; może być ono „przedwstępną" kwalifikacją, według której określa się normatywne ujęcie czyjegoś zachowania się. Przykładowo przytoczyć można przepis, który określa zespół warunków, ustalających formalną czy materjalną ważność ustawy lub rozporządzenia, przepis wskazujący, według jakiej normy (w razie zbiegu norm) oceniony być ma dany stosunek, wreszcie przepis dający bądź wykładnię konkretnej wypowiedzi, bądź zawierający ogólne wskazania co do trybu wykładni. Tego rodzaju wskazania nie są samoistne, są one „wyrazami", które dopiero przez podstawienie, włączenie do innej wypowiedzi nabierają właściwego znaczenia. Przepisy o t. zw. zbiegu norm w czasie, w przestrzeni, wskazania interpretacyjne, definicje legalne są wytycznemi przy określeniu tego, co być powinno, gdy

*) Te połączenia „dalsze" mogą być, oczywiście, przedmiotem samoistnej analizy wstecznej. Np. przepisy o egzekucji na dobrach nieruchomych, które są „skutkiem" wskazań normatywnych o prawie własności, zobowiązań, spadkowem (ewentualnie wskazań prawa administracyjnego: sprzedaż przymusowa z tytułu niespornych należności skarbowych), mogą być analizowane „wstecznie" (normatywne pojęcie „własności", „rzeczy nieruchomych", „czasokresu" i t. d.).

określenie to wyraźnie lub domyślnie domaga się „ustaleń", „wyboru" lub subsumcji. Jeśli np. w danym systemie prawnym istnieje norma „A powinien zapłacić dług zaciągnięty wraz z prawnemi odsetkami" — przypisanie A takiego obowiązku uzależniać się może od całego szeregu ustaleń przedwstępnych: czy norma ta była ważnie ogłoszona? od jakiego momentu obowiązuje i czy jeśli umowa została zawarta pod rządem ustawy, która dopuszcza oprocentowanie długu bez wyraźnego o tem zastrzeżenia, czy to postanowienie zachowuje moc obowiązującą pod rządem ustawy, stanowiącej odmiennie? Czy jeśli umowa została zawarta na takim obszarze, na którym obowiązują odmienne przepisy o odsetkach, należy przepisy te zastosować, względnie wyłączyć? Czy można zastosować definicję odsetek prawnych do danego wypadku konkretnego, czy też sformułowanie umowy in puncto odsetek wskazuje na dążenie do uchylenia się od przepisu dyspozytywnego? Te kwestje mogą być wyjaśnione na podstawie owych wskazań niesamoistnych, które są składnikami wypowiedzi o tem, co być powinno. Same przez się wskazania te nie posiadałyby charakteru normatywnego: jakież bowiem posiadałoby mogło znaczenie wskazanie „lex posterior derogat legi priori", jeśli nie byłoby (częstokroć domyślnym) elementem innej normy?

Te wskazania o zastosowalności norm *) t. j. wytyczne, określające sposób ukształtowania innych wytycznych (normy w drugiej potędze) mogą zawierać relacje „sankcjonujące": gdy np. wypowiedź, określająca dane pojęcie, zakres jego działania (w czasie czy w przestrzeni), sposób jego rozumienia (zacieśniająco, rozciągliwie, analogicznie, a contrario), jednocześnie ustala, iż A zgodnie z temi wskazaniami powinien się zachowywać, w przeciwnym zaś razie nastąpić powinny pewne skutki. Możliwe są również ukształtowania wzajemnej współzależności tych norm w drugiej potędze. Jeśli naprzykład układ międzynarodowy w dwóch językach sporządzony stanowi, że tylko jeden tekst jest autentyczny, drugi zaś uważany będzie za tłomaczenie — mamy wówczas do czynienia z zasadniczem wskazaniem o mocy obowiązującej pewnego tekstu. Gdy w tym samym układzie jest powiedziane, że pewne ukształtowania, w zbiegu terytorjalnym ustaw układających się stron, rozstrzygają się naprzykład według zasady lex fori—wówczas to wskazanie „rozgraniczające" (norma o zastosowaniu norm) winno być rozumiane we-

*) Por. w tym przedmiocie monografję GIESKER-ZELLERA, Die Rechtsanwendbarkeitsnormen 1914, który normy w stosowaniu prawa (Rechtsanwendungsnormen), dzieli na normy o zastosowaniu (Rechtsanwendbarkeitsnormen) i rozumieniu, czyli wyjaśnieniu (Rechtsauslegungsnormen) — zob. str. 9, 10. Szczegółową klasyfikację zob. str. 60. Słusznie GIESKER-ZELLER, str. 2, normy te charakteryzuje w sposób następujący: „Sie regeln die Lebenssymptome des objektiven Rechts, sie sind der Fahrplan aller Rechtsanordnungen".

dług wskazania o mocy obowiązującej pewnego tekstu (norma o interpretacji norm). Czyli, jeśli nie miarodajny tekst A rozumie „forum" inaczej, niż obowiązujące sformułowanie w tekście, B—tylko to ostatnie posiada znaczenie prawne *).

Gdyby więc organy państwa A stosowały pojęcie „forum" według tekstu A — państwo B mogłoby mieć w pewnych warunkach roszczenie z tytułu pogwałcenia umowy. Jeśli więc mamy do czynienia z wypowiedzią „X powinien postąpić n" i owo „n" określone jest w układzie międzynarodowym, o którym była mowa wyżej, wówczas łączne sankcje (w wypadku nisi n) określają się według norm o stosowaniu układu, i co do podmiotów poczytania, które się do tych wskazań niestosują (nisi n), winny być zastosowane dalsze sankcje, bądź z samego układu, bądź też z ogólnych zasad prawa międzynarodowego wypływające.

Niekiedy wskazania prawne mogą mieć charakter mieszany: są niesamoistnemi wskazaniami o zastosowaniu norm, a jednocześnie wykazują normatywność samoistną. Przepisy o przynależności państwowej (obywatelstwie) są niesamoistne, jako przesłanki norm, których element stanowią. Jeśli pewne normy ustalają, że obywatelę — i tylko obywatele — danego państwa posiadają określone obowiązki — normy te implikują wszelkie postanowienia, określające normatywną qualitas „obywatela". Gdy np. norma powiada: „wszyscy obywatele winni być pociągnięci do zapisu na pożyczkę przymusową" (czyli, że A powinien pożyczkę taką subskrybować) — rozumie się, że w A mieszczą się implicite wszystkie składniki normatywne przepisów o obywatelstwie. „A" określa się przez włączenie cech normatywnych, wskazanych w specjalnych postanowieniach — w tem rozumieniu niesamoistnych. Z drugiej wszakże strony, postanowienia te mogą wykazywać cechy zupełnej i normatywnie bezwzględnej samoistności. Jeśli A jest obywatelem danego państwa i normy o przynależności stanowią, że postępowanie jego winno stosować się do pewnych wskazań (powinien zaniechać zaciągu do wojska obcego państwa bez zezwolenia swego rządu)—wówczas dalsze konsekwencje tego wskazania, dotyczące naprzykład pozbawienia obywatelstwa (kompetentny organ władzy p o w i n i e n orzec w tym przedmiocie), są normatywnością samoistną. Niema wówczas potrzeby „odesłania" do wskazań o obywatelstwie (jak w przykładzie poprzednim), albowiem łączność powinności i sankcji ustalona została już w samym zespole norm o przynależności państwowej.

Zasadniczo powiedzieć należy, że właściwe dla normy cechy uwydatniają się w jej strukturze, łączącej w koniecznej korelacji wypowiedź o tem, co być powinno w odniesieniu do odmiennego punktu poczytania. Jeśli A powinien zachować się n, — B powinien zachować się n_1. Jest to formuła najogólniejsza

*) Por. GIESKER-ZELLER j. w. str. 6.

i łączność wypowiedzi, o tem, co być powinno nie musi wprawdzie kończyć się w punkcie B, jako „odmiennym“ punkcie poczytania; możliwa jest dalsza gradacja, i z obowiązkami zachowania się B ewentualnie łączyć się będzie obowiązek C zachowania się n_{n}, D — zachowania się n_{n} i t. d. W każdem poszczególnem ukształtowaniu następny punkt poczytania powinien odpowiednio (t. j. normatywnie) zachować się względem punktu poczytana poprzedniego (B względem A, C względem B, D względem C). Jednakże ten typowy dla normatywności „łańcuch“ może (lecz nie musi) wykazywać jedno tylko ogniwo.

Wypowiedź o łącznej powinności może być odniesiona statim do końcowego, t. j. najwyższego punktu poczytania, w którym kończy się dziedzina normatywności prawnej. Jeśli najwyższy urzędnik państwowy (głowa państwa) odpowiada przed ciałem prawodawczem za zdradę kraju — znaczy to, że A (Prezydent Rzeczypospolitej — jako normatywnie określony punkt poczytania), powinien zachować się n (zaniechać wszelkich czynów, kwalifikowanych jako zdrada kraju): in casu contrario — B (sejm — również normatywnie określony punkt poczytania) p o w i n i e n zachować się n_{n}, t. j. pociągnąć go do odpowiedzialności i postawić w stan oskarżenia przed Trybunałem Stanu (art. 51 Konstytucji). Jeśli sejm tego nie uczyni, aczkolwiek wszelkie warunki, przewidziane zarówno w Konstytucji, jak i w ustawach karnych (kwalifikacja normatywna pojęcia „zdrady kraju“), niewątpliwie zachodzą — łańcuch wypowiedzi o „powinnościach“ urywa się i kończy... Skutki takiego zachowania się nie mogą być kwalifikowane, jako skutki prawne. Sejm jest odpowiedzialny przed Narodem i Historją. Ale nie jest to odpowiedzialność prawna w istotnem tego słowa rozumieniu. Można mówić o odpowiedzialności moralnej, politycznej, dziejowej. W dziedzinie normatywności „prawnej“ nie ma dalszych „sankcji“, dalszej „więzi“, łączącej ogniwa zerwanego łańcucha „powinności“.

Inaczej, oczywiście, rzecz by się miała, gdyby sejm (B) zachował się n_{n}, — wówczas nastąpiłaby wypowiedź łączna o obowiązkach Trybunału Stanu (C), jako ciała sądzącego: C powinien postąpić n_{n}—zgodnie z wskazaniami odnośnej ustawy o kompetencji Trybunału Stanu, jego organizacji, przewodzie procesowym i ewentualnej odpowiedzialności sędziów. Ale i w tym wypadku musiałby istnieć końcowy punkt poczytania. Normatywność prawna kończy się w tym punkcie, w którym powstaje pytanie: Quis custodiet custodes ipsos?

Gdy struktura normy prawnej wykazuje ewentualność powiązań pośrednich i bezpośrednich i gdy te pierwsze powiązania również do końcowego punktu poczytania prowadzić muszą — nie byłoby słusznem ujmowanie normy, jako typowego połączenia dwóch tylko elementów: A—n_{n}, B—n_{n}, przyczem człon A—n

uważany być ma za normę pierwszą, B — n_1 za normę wtórną. Przedewszystkiem dlatego, że nie każde połączenie wypowiedzi musi prowadzić do końcowego punktu poczytania; powtóre dlatego, że człony te nie są same przez się samoistne i dopiero przez połączenie w jedność z wypowiedziami następnemi o „skutkach“ stają się znaczeniowo normami prawnemi *). Tak samo owa niby—wtórna norma (B—n_1) sama przez się nie może być kwalifikowana jako prawna, jeśli nie ma wypowiedzi poprzedzającej (A—n) lub gdy nie wiąże się z nią pojęciowo konieczna konsekwencja C—n_2. Wypowiedź „pacta sunt servanda“ jest normą moralną; staje się prawną, jeśli w wypadku niezastosowania się do niej wiąże się z nią norma o zachowaniu się B. Wypowiedź „malitiis non indulgendum“ jest normą moralną, jeśli obowiązek sędziego w tym względzie nie wiąże się z wypowiedzią o tem, co być powinno w wypadku niezastosowania się do powyższego wskazania.

Nie uważając bezpośredniości połączenia wypowiedzi o tem, co być powinno z najwyższą normą, stanowiącą ogniwo końcowe, za konieczną cechę strukturalną — widzimy w ukształtowaniu połączeń wypowiedzi (z których każda per se może być kwalifikowana z punktu etycznego, konwencjonalnego, technicznego) istotę normy prawnej; oddzielne jej ogniwa same przez się są w rozumieniu prawnem znaczeniowo nieważne; mogą być kwalifikowane jako ważne w każdym innym aspekcie, wszakże nie w aspekcie prawnym. Wyżej już zaznaczyłem, że nie istnieją takie treści, które mogłyby być uważane za treści wyłącznie prawne. Normatywne ukształtowanie treści („A powinien zachować się n“), tylko wówczas jest ukształtowaniem prawnem, jeśli taka wypowiedź stanowi jedność z łączną wypowiedzią (lub szeregami wypowiedzi) według wzoru B—n_1, C—n_2, D—n_3 — do tego punktu, w którym ukształtowania prawne kończą się czy urywają. Ani ogniwo A—n, ani łączne z nim człony nie są o d-

*) Należy zaznaczyć niedokładność formuły F. KAUFMANNA, które „czyste i proste“ zdanie prawne redukuje do wypowiedzi „Ein Subjekt A soll ein Verhalten V'an den Tag legen, tut er dies nicht, so soll ihm gegenüber ein Verhalten V^2 platzgreifen“ (j. w. str. 91), przyczem takie zdanie prawne uważane jest za „normę podwójną“ (Doppelnorm), przy odróżnieniu normy pierwszej od normy wtórnej. F. KAUFMANN zaznacza wprawdzie (str. 91 uw. 4), że rozważa tylko „izolowane“ zdanie prawne i że w całokształcie układu prawnego norma wtórna staje się pierwszą w stosunku do normy trzeciej. W łańcuchu A—n, B—n_1, C—n_2 norma B—n_1 będzie pierwszą w stosunku do normy C—n_2. W istocie rzeczy, normy te tworzą nieprzerwaną ciągłość i wszelka „izolacja“ jest tylko uproszczeniem. Pozatem, sprowadzenie wypowiedzi prawnych do formuły A—n, B—n_1 nie uwzględnia możliwych i, zresztą typowych, faz przejściowych do końcowego punktu poczytania. W każdej normie prawnej takie „odesłanie“ jest konieczne (uznaje to zresztą F. KAUFMANN str. 116, 117 uw. 1). Wszakże uproszczenie formuły może wywołać wrażenie, że bezpośredniość „odesłania“ jest cechą zawsze i stale charakterystyczną.

dzielnie wypowiedziami prawnemi. Izolowane rozważanie poszczególnych ogniw wywoływać może wrażenie, że już w nich samych są zawarte treści, które należy kwalifikować, jako wyłącznie prawne. Wrażenie to polega na złudzeniu, albowiem zapomina się, że z temi wypowiedziami jakoby wyłącznie prawnemi wiążą się wypowiedzi łączne, bez których dana treść mogłaby być wszystkiem, lecz nie „prawem". Współczesne kodeksy cywilne zawierają normy, które w rozumieniu potocznem nie mogłyby być kwalifikowane, jako wskazania społeczno-gospodarcze, czy też jako nakazy etyczne; normy te mają „wygląd" specyficznie prawny i mogą być dla laików niejasne — nie tylko ze względu na wyrazownictwo. Spróbujmy jednakże normy te „izolować" od wiążących się z niemi wypowiedzi według wzoru B—n_1, C—n_2 i t. d. Czem byłyby wówczas te normy? Wskazaniami pewnego postępowania społecznego, uporządkowaniami pewnych stosunków gospodarczych, nakazami moralnemi czy konwencjonalnemi. Ich analiza „wsteczna" wykazywałaby, że dają się redukować do pewnych wskazań naczelnych: obowiązku szanowania własności, dochowywania zaciągniętych zobowiązań, wynagrodzenia za spowodowane szkody i t. p. Obojętną jest rzeczą, jak należałoby wskazania te kwalifikować i klasyfikować; nie ulegałoby wszakże najmniejszej wątpliwości, że te kwalifikacje i klasyfikacje nie byłyby normatywnie — prawnemi. Jeśli bowiem w takim układzie A powinien zachować się n — i ta wypowiedź wyczerpywaćby miała jej istotę znaczeniową, wówczas o normatywnych skutkach zachowania się A, odbiegającego od owego „n", przekształcającego czy zniekształcającego je, nie byłoby mowy. W jakiejkolwiek formie wyrażone zostaną te „skutki" nie będą one prawnemi, jeśli nie odpowiadają wypowiedzi o tem, kto ma być punktem poczytania w wypadku „nisi n" i jak ten punkt poczytania powinien się w takiem ukształtowaniu „nisi n" zachować. Jeśli ten punkt poczytania w łącznym członie normy jest identyczny z A — nie można mówić o dziedzinie normatywności prawnej. Cóż bowiem znaczyłaby ta wypowiedź: A powinien zachować się n, w przeciwnym razie A powinien zachować się n_1? Można rozumieć prawnie tego rodzaju wypowiedź, gdy ona jest konsekwencją powinności zachowania się n i jeśli niezastosowanie się do n pociąga za sobą „skutki", w których B występuje jako odmienny punkt poczytania (i jako podmiot nowej „powinności" n_2). Tego rodzaju ukształtowania możliwe są w normatywności prawnej: A powinien np. przechowywać rzecz na skład oddaną i, w razie jeśli grozi jej pewne niebezpieczeństwo, przykładać się do zachowania rzeczy z odpowiednią kwalifikowaną pilnością; jeśli np. przy obchodzeniu się A z oddanym na skład przedmiotem A postąpił nieoględnie lub niedbale (czego czynić nie powinien)—winien wówczas uczynić wszystko, ażeby zawinione przez siebie niebezpie-

czeństwo odwrócić. Gdy zaś tego nie uczynił—i tu już w grę wchodzi łączne ogniwo „powinności"—nowy podmiot poczytania (sędzia) powinien skazać go na zapłacenie szkód i strat. Jeśli zaś wypowiedź A — n kończy się na ustaleniu A — n_1 — wówczas mamy do czynienia bądź z normatywnością pozaprawną (jeśli norma A — n jest normą najwyższą), bądź z faktycznością ukształtowań w rzeczywistości, gdy w wypadku niezastosowania się A do normy n_1—inne podmioty (które wówczas za punkty poczytania uważane być nie mogą) postępują tak, jak chcą (np. samopomoc, samosąd), albowiem nie ma żadnego wskazania, w jakim trybie powinny one postępować.

Z drugiej zaś strony: gdybyśmy izolowali wypowiedzi według norm B—n_1, C—n_2 i t. d. (taka izolacja możliwa jest zresztą w rozważaniu dogmatycznem) — wówczas wskazania te, pozbawione łączności z ich pojęciowemi „poprzednikami", nie miałyby żadnej ważności znaczeniowej. Cóż bowiem same przez się znaczyć by mogły normy procesowe, gdyby nie były pojęciowo związane z wskazaniami o tem, jak powinien zachowywać się podmiot, względem którego stosowana ma być norma, przewidująca obowiązki innych podmiotów co do trybu jej stosowania? B lub C zachowywać się powinien n_1, n_2 tylko wówczas, gdy jakaś wypowiedź n poczytuje się komuś, kto nie jest ani B, ani C.

Nie powinny wprowadzać nas w błąd ukształtowania techniczne i konstrukcyjne wypowiedzi o tem, co być powinno, uważane często za cechę charakterystyczną normatywności prawnej. Dlaczego normom prawnym właściwy jest specjalny tryb i specjalne sformułowanie wypowiedzi (co zresztą jest cechą t. zw. prawa pisanego i zależy od najrozmaitszych warunków historycznych, kulturalnych i t. d.) — może być ustalone tylko eksplikacyjnie. Zagadnienia t. zw. techniki prawnej nie są zagadnieniami tylko dla normatywności prawnej właściwemi; każda normatywność ma swoją technikę. I jeśli technika prawna wykazuje pewne odrębności — wynika to nie z tego względu, że może być pomyślana treść, która jest treścią prawną, tylko treścią prawną i żadną inną.

Odrębności i specyficzne cechy techniki prawnej wynikają jedynie z swoistej struktury prawnej i właściwych jej powiązań wypowiedzi w jedną całość. To, co IHERING i GÉNY nazywają metodą przybliżonej subrogacji czyli podstawieniem ilości na miejsce jakości, to co się nazywa sztuczną redukcją czy eliminacją *)—właściwe jest nie tylko normom prawnym; a jeśli w ukształtowaniu normatywności prawnej wykazuje cechy swoiste — to jedynie dlatego, że powiązania wypowiedzi posiadają odrębną istność znaczeniową w normach praw-

*) GÉNY, Science et technique en droit privé positif T. III, 1921 Nr. 197, Nr. 198.

nych. T. zw. „elementy ujawniające prawo“ *) nie są również cechą normatywności prawnej. Słusznie uważa GÉNY, że nie są one niczem innem, jak instrumentem technicznym **) (co w całej rozciągłości daje się zastosować do t. zw. prawa pisanego). Same przez się nie tworzą cech, charakteryzujących istotę znaczeniową normy prawnej. Ujęcie przepisów, regulujących pojedynki, w formie „kodeksu“ bynajmniej nie nadaje normom w nim zawartych cech prawności. I t. zw. „kodyfikowana“ moralność nie jest kodeksem w znaczeniu prawnem.

Procesy techniczne, ujmowane przez GÉNY'EGO pod nazwą „plastycznych“ (formalizm) i „kategorjalnych“ (catégories réelles), nie są żadnemi cechami swoistemi, charakteryzującemi normatywność prawną. Formalizm jest jednym z odpowiedników specyficznej więzi, łączącej ogniwa normy; uważany jest za prawny ze względu na powiązanie „składu czynu“ z t. zw. skutkiem prawnym i jego sankcjami***). Że t. zw. „kategorjalność techniczna“, jako pewien zabieg konstrukcyjny, nie jest konieczną cechą normy prawnej — uznaje to najwyraźniej GÉNY, podkreślając znamienne tendencje współczesnej techniki, prowadzącej do zaniku tego zabiegu („la dissolution des catégories“).

I wreszcie: konstrukcja uważana, jako specyficzna cecha zarówno w teoretycznem ujmowaniu normy prawnej, jako też w jej stosowaniu. Stosowanie tego zabiegu bądź metodologicznego, bądź technicznego nie jest wykładnikiem znaczeniowej istoty normy. Jeśli rozumieć należy konstrukcję, jako środek konieczny gwoli uzgodnienia pojęć — metoda ta nie zawiera w sobie nic specyficznie prawnego. Nie dlatego, ażeby specyficzność normy wynikała z jakichś swoistych cech treści prawnych, lecz z tego względu, że konstrukcja jest metodą dopuszczalną we wszystkich d z i e d z i n a c h poznania****). Konstrukcja zaś w technicznem tego terminu rozumieniu nie jest

---

*) Por. VAN DER EYCKEN, Méthode positive de l'interprétation juridique 1907 str. 17: „éléments d'expression du droit“.

**) GÉNY j. w. Nr. 199, str, 84, 85: „Or, en présence de la notion de technique juridique, telle que nous, l'avons fixée pour assurer toute sa valeur propre à cette partie de l'élaboration du droit, il n'est pas douteux que la loi écrite, par son caractére artificiel et sa marque volontaire, présente au plus haut point le critère de l'instrument technique“.

***) GÉNY j. w. Nr. 203, str. 98,99: „Mais, pour qu'il appartienne a la technique juridique et par suite pour qu'il s'agisse de formes juridiques, a proprement parler, il faut encore, que les manifestations envisagées soient requises, à peine d'inefficacité juridique (absence de sanction sociale), à un degré quelconque, des circonstances, proprement constitutives du droit, qu'elles ne font pourtant qu'enrober“.

****) Por. WŁ. MALINIAK, Przyczynki do teorji zasadniczych zagadnień metodologji i filozofji prawa oraz prawa państwowego. Themis Polska T. VI 1916 str. 121, 122: „Konstrukcja ta tedy nie tylko, że jest dopuszczalna we wszystkich dziedzinach myślenia, lecz jest najfundamentalniejszym jego obowiązkiem, jest nieodzowną wszędzie i zawsze, a więc i w prawie“.

bynajmniej niezbędną dla stosowania normy. GÉNY nie bez słuszności charakteryzuje ją „comme une sorte de moyen de luxe", odmawiając jej zresztą—jako zabiegowi technicznemu— samoistnej wartości poznawczej *).

I nic ściśle prawnego (w rozumieniu potocznem) nie wykazują te — zwykle w prawie urzędowem i zwyczajowem — izolowane przepisy, które zawierają wskazania bądź formalne, bądź techniczne. Ustalenia o czasokresach, sposoby ich obliczania, przepisy urządzające pewien tryb postępowania, wskazania techniczne w najrozmaitszych dziedzinach życia, określanie powinności lub ich sankcji według stałych schematów czy elastycznie rozumianych probierzy „wolnego uznania" — wszystkie te cechy nie są specyficznie prawnemi. Jeśli tego rodzaju wskazania mieszczą się w t. zw. „dyspozycji" normy — są one nie dlatego prawne, że ich treść jest swoiście odrębna, lecz wyłącznie z tego względu, że z tą dyspozycją wiązać się musi sankcja. I naodwrót: jeśli znajdują się w „sankcji" — są dlatego prawnemi, że sankcja ta jest koniecznym odpowiednikiem dyspozycji. Jeśli ustawa o podatku dochodowym zawiera skomplikowane pod względem technicznym sposoby wymiaru podatku—sposoby te nic specyficznie prawnego w sobie nie zawierają. Obliczenia czasokresów przedawnienia, ustalenia sposobów podziału spadku, formalności przy sporządzaniu aktów są same przez się wskazaniami technicznemi. W wypowiedzi „A powinien zachować się n" — n może znaczyć: A powinien uiścić podatek od dochodu czy opłatę stemplową według pewnych schematycznych i skomplikowanych obliczeń, zwrócić pewne quantum majątkowe tytułem powrotu spadkowego, podpisać się własnoręcznie i w obecności X świadków na akcie, zwrócić mienie wobec tego, iż pewien okres przedawnienia nabywczego jeszcze nie upłynął, budować fundamenty domu zgodnie z ustalonemi formułami o dopuszczalności maksymalnego obciążenia. Te wszystkie konkretyzacje „n" nic specyficznie prawnego w sobie nie zawierają. Same przez się są one schematami matematycznemi, technicznemi lub poprostu „utylitarnemi". Jeśli wysokość dochodu lub objekt aktu jest podstawą wymiaru podatku lub opłaty — technika wymiaru jest zastosowaniem pewnych formuł matematycznych; jeśli wymogiem ważności aktu jest podpis własnoręczny lub obecność świadków, jest to zabieg utylitarny, mający na celu zepewnienie autentyczności aktu, bezpieczeństwo obiegu i t. p. Wypowiedź, że n będzie zastosowane do pewnych uprzednio sformułowanych wzorów schematycznych lub ma się odbywać według wskazań, podyktowanych przez doświadczenie życiowe, może być zawarta

*) GÉNY j. w. Nr. 220, str. 203, 204; Nr. 227, str. 256, 257; również T. I Nr. 47, str. 137, „Quant à l'idéalisation pure, qui s'épanouit en la construction juridique, il faudra lui refuser décidément toute valeur de connaissance au domaine de l'action ou de la technique".

w normie nie koniecznie prawnej. Budowniczy, budujący dom, powinien stosować się do pewnych wskazań technicznych; matematyk, rozwiązujący zadanie, powinien kierować się wskazaniami matematycznemi; człowiek pobożny, chcąc zadośćuczynić swym obowiązkom względem Boga, powinien stosować się do norm religijnych, przepisujących pewne modlitwy, umartwienia, pokuty i t. d.; pojedynkujący się gentelman powinien kierować się w stosunku do przeciwnika i do sekundantów skomplikowanemi przepisami i formalnościami kodeksu honorowego.

Te wszystkie normy nie wykazują żadnych różnic pojęciowych w porównaniu z ogniwem normy prawnej, zawierającem wypowiedź o zachowaniu się A. I prawność tej normy tylko wówczas może być ustalona, gdy pojęciowo łączy się z nią dalsza wypowiedź o konsekwencjach, odpowiadających ukształtowaniu „nisi n". Czyżby było normą prawną wskazanie, ustalające, że A powinien: płacić podatek według pewnej skali matematycznej, wymijać jadące naprzeciw pojazdy z prawej strony, płacić czynsz dzierżawny praenumerando, budować dom, stosując się do pewnych formuł o wytrzymałości materjałów, nie wliczać dni świątecznych przy obliczaniu czasokresów i t. d.—gdyby wskazanie miało się „kończyć" w punkcie tak sformułowanej powinności? Takie wskazania byłyby tylko pouczeniami, radami, poleceniami, uznanemi za właściwe, celowe lub pożyteczne. Mogłyby posiadać kwalifikację etyczną, konwencjonalną, techniczną— wszakże nie prawną. Nie miałaby znaczenia ewentualna pewność prawidłowego ziszczania się tych wskazań imperio rationis, tak samo, jak nie posiadałoby znaczenia zapewnienie ich wykonania mocą bezpośredniego przymusu lub mocą pośredniej motywacji.

Niektóre podmioty lub nawet wszystkie podmioty postępowałyby zgodnie z wskazaniami—dlatego, że uznawałyby je za zgodne ze swemi przekonaniami o obowiązkach obywatelskich lub dlatego, że uznawałyby ich zasadność i celowość. Gdyby tak wszakże nie było, gdyby np. A_1 uważał, że powinien płacić nie X % od dochodu, lecz X % — 1, lub gdyby A_2 mniemał, że formuły o wytrzymałości materjałów są zawodne, wówczas rozbieżność z normą byłaby tylko skonstatowaniem faktu i niczem więcej. A_1 postępowałby n, zaś A_2 uważałby, że postępowanie m, o, p jest tak samo dobre, jak wzór „n". Konsekwencje w tych wypadkach nie byłyby normatywne; w doświadczeniu rzeczywistem mogłoby się okazać, że dom zbudowany wbrew ustalonym wskazaniom o wytrzymałości materjałów zawalił się, pojazd, wymijany z niewłaściwej strony, wpadł do rowu. Cóż byłoby w wypadku indywidualnych obliczeń co do wymiaru podatku, co do biegu terminów, co do sposobu uiszczania sumy dłużnej lub w wypadku niezachowania formalności przy podpisaniu aktu? Gdyby wypowiedź „A powinien zachować się

n" była ważna per se i ukształtowanie „nisi n" nie byłoby punktem wyjścia dalszych powiązań normatywnych — wówczas można byłoby wyobrazić sobie najrozmaitsze konfiguracje. Poborca podatkowy mógłby zgodzić się na przyjęcie podatku, indywidualnie przez płatnika obliczonego, mógłby się również nie zgodzić i owego płatnika pozostawić w spokoju. Sąd mógłby uznać akt za ważny lub za nieważny, zachowanie czy niezachowanie terminu byłoby obojętne. Zawalenie się domu, uszkodzenie wymijanego pojazdu byłoby takim samym wypadkiem, jak uderzenie pioruna, rozbieganie się konia i t. p., albowiem poszkodowani nie mogliby wiedzieć, czy ten „trzeci", pod którego ocenę przyjdzie niezastosowanie się do normy, nada temu „faktowi" jakąś ważność czy też jej nie nada. I nie pomogłoby w tych konfiguracjach przypuszczenie, że ów „trzeci" posiada jakąś moc rzeczywistą, jakieś skuteczne środki oddziaływania bądź w tym kierunku, ażeby A zawsze postępował według wzoru n, bądź też, ażeby w wypadkach „nisi n" nastąpiła jakaś istotna reakcja, zadośćuczynienie pod postacią kary czy odszkodowania. Jeśli ów „trzeci", posiadający rzeczywistą władzę i możność przymusu działa tak, jak mu się podoba—wówczas działanie to nie może być sprowadzone do jakiegoś wzoru normatywnego. Nie jest on wówczas punktem poczytania, albowiem nie istnieje wypowiedź o tem, jakim powinien być jego stosunek do A zachowującego się wbrew wskazaniu n. I sformułowanie A—n może w treści swej i ukształtowaniu wykazywać cechy wyrafinowanej techniki, może być podłożem najsubtelniejszych konstrukcji — nie będzie jednakże sformułowaniem prawnem: nie łączy się bowiem z nim typowa, dalsza wypowiedź normatywna, jak powinien zachować się ów trzeci (B — n_1) w wypadku, gdy A nie zastosuje się do normatywnie ustalonego wzoru A — n.

Nie jest więc charakterystyczną cechą normy prawnej specyficzne ukształtowanie treści jednego z jej ogniw*). I jeśli

*) Dlategoteż nie można uważać za charakterystycznie prawne takich wskazań, których ratio polega wyłącznie na ich istnieniu. Podobne przypuszczenie wynika z poglądu na możność treści wyłącznie prawnych Por. np. pogląd RADBRUCHA j. w. str. 172: „Es giebt sogar eine ganze Reihe von Rechtssätzen, welche durch ihre Positivität, durch ihr blosses Dasein ihren Zweck bereits voll erfüllen, ohne ihrem Inhalte, ihrem Sosein nach überhaupt unter der Herrschaft eines Zweckes zu stehen, Rechtssätze, deren Gegenteil genau so gerecht wäre, die nur eine einheitliche, gleich viel welche, Regelung, die nur Rechtssicherheit, nicht auch Gerechtigkeit, bezwecken z. B. die Polizeiverordnung „Rechts fahren!", welche ihren Zweck, Zusammenstösse zu vermeiden, nicht besser erfüllt, als die entgegengesetzte Anordnung „Links fahren!" ihn erfüllen würde". Bezpieczeństwo prawne jest nie do pomyślenia bez takiego rodzaju „specyficznych" ukształtowań i nawet w wspólnocie idealnej, opartej wyłącznie na normatywności moralnej, takie ukształtowania byłyby konieczne „Auch die „himmlischen Heerscharen" werden eines Exerzierreglements nicht entraten können" — konkluduje RADBRUCH. Por. również uzasadnienie JUNG'A, Das Problem des natürlichen Rechts 1912, str. 107 n. („der besondere

tej specyficzności nie można odnaleźć w t. zw. dyspozycji—tembardziej obojętne będą swoiste cechy t. zw. sankcji. Jakiemikolwiek ukształtowaniami treści byłyby właściwe wypowiedzi B— n_1 — jej samoistność pojęciowa jest nie do pomyślenia. Przepisy o przewodzie sądowym czy administracyjnym z ich licznemi komplikacjami konstrukcyjnemi (izolowane traktowanie tych wskazań jest możliwe w rozważaniach dogmatycznych), cała t. zw. technika prawna (że przytoczę np. przepisy o głosowaniu, opartem na zasadzie proporcjonalności) — nie wykazuje per se żadnych cech swoistych. Wypowiedź o tem, że sędzia w razie wniesienia skargi powodowej p o w i n i e n zachować się według odpowiednich wskazań — nie ma znaczenia samoistnego, jeśli nie została ustalona wypowiedź o sposobie zachowania się jakiegoś A, z którą określenie sposobu zachowania się sędziego (B — n_1) łączy się w jedną całość. Gdyby A miał się zachować bądź n, bądź non n, wzór B — n_1, niebacząc na komplikacje i techniczne sformułowanie n_1, byłby bez znaczenia. W „izolacji“ dogmatyczno-systematycznej rzecz przedstawia się, oczywiście, odmiennie.

§ 24.

Istotne cechy normy prawnej.

Z rozważań o strukturze normy prawnej wynika, iż tylko specyficzność p o ł ą c z e ń wypowiedzi o tem, co być powinno uważana jest za istotną jej cechę. Ten przez F. KAUFMANNA sformułowany pogląd, oparty jest na formalno-logicznej konstrukcji zdań o odniesieniu powinności do treści *), zupełnie niezależnem od ustalenia jakichkolwiek cech specyficznych tej ostatniej. Jeśli treść w układzie prawnym uchodzi za specyficznie odniesioną czy jakościową odrębną w zestawieniu z układami innych kategorji uporządkowań — ta odmienność i odrębność wynika jedynie ze swoistości wypowiedzi, w których ujęciu treść została „odniesiona“. Nie zachodzi więc odmienność treści, lecz odmienność trybu i sposobu, w którym treść została wyrażona. Pewien czyn, pewne działanie czy za-

---

Geltungsgrund des regelhaften Rechts“). Konstrukcja powyższa wprowadza pojęcia „celu“ i „sprawiedliwości“; przez wyłączenie tych pojęć dla pewnych ukształtowań prawnych zaznaczyć chce ich specyficzność. Z chwilą, gdy „treść“, jako taka, jest dla charakterystyki normy prawnej obojętna i gdy jedynie strukturalne cechy wypowiedzi są wykładnikami „prawności“ — taka konstrukcja pozbawiona jest podstawy. Błędem byłoby dopatrywać się w normach etycznie-obojętnych (por. teorję M. E. MAYERA o normach kulturalnie obojętnych) jakichś specyficznych cech treści prawnej. Normy te mogłyby być wszak kwalifikowane jako normy techniczne. Z odmiennego punktu widzenia krytykuje pogląd RADBRUCHA — NELSON, Die Rechtswissenschaft ohne Recht j. w. str. 142, 143.

*) F. KAUFMANN j. w. str. 89 n.

niechanie, najogólniej mówiąc, pewien sposób zachowania się — może być substratem identycznym dla ocen moralnych i prawnych, ujętych w postaci wypowiedzi normatywnych. Przytoczę jako przykład ten sposób zachowania się, który kwalifikuje się, jako „pozbawienie życia“ (zabójstwo w znaczeniu potocznem bez uwzględnienia czy to wtórnych, czy to dodatkowych jego kwalifikacji etycznych lub prawnych). Sformułowanie treści zarówno w normie etycznej, jak i prawnej jest identyczne („nie zabijaj“). Jeśli „wygląd“ tej treści jest odmienny w normie prawnej — dzieje się to nie dlatego, że treść ta w czemśkolwiek została przekształcona. „Przemiana“ następuje z tego względu, że pojęciowo konieczna łączność wypowiedzi prawnych nadaje treści w jej odniesieniu do tych wypowiedzi „kształt“ odmienny. W rozumieniu normy prawnej wypowiedź „A powinien nie zabijać“ jest ważna tylko wówczas, gdy jej korelatywnem połączeniem jest wiążąca się z nią pojęciowo wypowiedź: „B powinien odpowiednio zachować się względem A, jeśli A zabije“. Jakie ma być w treści swej zachowanie się B—jest rzeczą obojętną (co do t. zw. „kary“ należy powiedzieć, że może być ona zarówno postulatem etycznym, jak prawnym). W rozumieniu normy etycznej nie jest dane takie powiązanie i taka konieczna łączność wypowiedzi: konsekwencje sprzecznej z normą intencji lub sprzecznego z normą zachowania się wykazują zupełnie odrębną strukturę formalną. Natomiast, co do norm religijnych, ustalających w swych wypowiedziach kary i nagrody w życiu przyszłem lub też operujących pojęciem „sądu“—należy powiedzieć, że w swym wyglądzie strukturalnym nie różnią się od norm prawnych, z tem oczywistem zastrzeżeniem, że punkt poczytania, orzekający o karach lub nagrodach, jest punktem ostatecznym i normatywnie nie kwalifikowanym *).

Łączność i powiązanie wypowiedzi prawnych nie zmieniają jej treści, która może być identyczną w normie etycznej. W rozważaniu eksplikacyjnem można byłoby ustalić, czy istnieją treści, które są specyficznie etycznemi; z punktu widzenie ocen socjologicznych można byłoby powiedzieć, że nadanie pewnym normom etycznym cech „prawności („uzewnętrznienie“ i „przymus“ jako konsekwencje ogniwa „B — n,“) byłoby zaprzeczeniem wszelkiej moralności; i z tego punktu widzenia — według słusznego wyrzeczenia DAHNA „patentowana“ moralność byłaby najdoskonalszym wyrazem niemoralności **).

---

*) W konstrukcjach prawa natury to, co jest końcowym punktem poczytania juris divini — może nim nie być w dziedzinie juris naturalis. Ten punkt widzenia najdobitniej przejawia się w znanem wyrzeczeniu GROCJUSZA: „Est autem jus naturale adeo immutabile, ut ne a Deo quidem mutari queat“.

**) Por. SCHÄFFLE, Bau und Leben das sozialen Körpres T. I, str. 668: „Nie ist eine volle Ersetzung des Rechts durch die Moral, noch der Moral durch das Recht denkbar“.

W rozumieniu normatywnem te względy nie odgrywają roli decydującej; obojętną jest również kwestja odróżnienia psychologicznego, opartego na różnicowaniu autonomji i heteronomji *).

Nie można wszakże kwalifikować normy prawnej, jak mniema F. KAUFMANN, pod postacią normy „podwójnej" („Doppelnorm" j. w. str. 91) i rozważać jej poszczególnych członów (A—n, B—n, i t. d.), jako pozostających w stosunku pomocniczym („subsidiäres Verhältnis" j. w. str. 91 uw. 3) i przeto „nieodwracalnym". Oczywiście, w rozważaniu dogmatyczno-systematycznem, obejmującem tylko pewien zespół norm, możliwa jest taka izolacja: człon B—n, może być rozważany jak dany samoistnie (np. system czynności procesowych) — tak samo, jak człon A — n może być klasyfikowany i analizowany bez uwzględnienia jego związku z członem B—n, (np. system prawa prywatnego, rozważający teorję roszczenia czy zabezpieczenia prawnego wyłącznie z punktu widzenia materjalnego).

W istocie rzeczy, człony normy nie znajdują się w stosunku pomocniczym. Nie można charakteryzować normy, jako układu „podwójnego". Takie twierdzenie byłoby słuszne przy rozważaniu niezłożonego „czystego" zdania prawnego **). Ogniwa normy

---

*) M. SALOMON, Grundlegung zur Rechtsphilosophie 1919, który rozważa kwestję stosunku etyki i prawa z zupełnie odmiennego stanowiska, dochodzi do wniosku, że przy identyczności etycznej podstawy prawa i moralności, właściwa im jest tylko pewna „tendencja" w kierunku treści: str. 220: „Die Abbreviaturen der Sittlichkeit, als welche Recht und Moral übereinstimmend erscheinen, sind zwar inhaltlos, aber doch als Abbreviaturen auf den Inhalt zu gerichtet. Die Tendenz zum Inhalt bleibt bestehen. Es werden ganz bestimmte Punkte innerhalb der Sphäre des Rechts.... getroffen, sobald ein bestimmter Inhalt mit dem Rechte in Berührung kommt „...Das Recht steht auf einer Stufe, auf der die Inhaltsfrage gar nicht akut werden kann". Z drugiej zaś strony, uznając konstytutywne znaczenie idei prawa, a przeto funkcje wartościujące i porządkujące—przypuszcza określenie treści prawnej (str. 225 „... deshalb kann die reine Form der Idee des Rechts inhaltliche Bestimmtheit gewinnen"). Takie ujęcie jest odpowiednikiem wartościowań, obojętnych dla strukturalnego rozumienia normy. Norma prawna nie dlatego posiada cechy specyficzne, że zetknięcie się z nią danej treści cechy jej te nadaje. Postulaty „jedności" (Einheit) i „powszechności" (Allheit), na których zbudowana jest teorja SALOMONA, są w ich wzajemnem oddziaływaniu „prawem etycznem", str. 213. W odniesieniu do tej wzajemności rozważane są „generalizujące skróty", moralności, obyczajowości i prawa. I gdy to odniesienie nie jest identyczne w tych trzech sferach (ze względu na stopień oddalenia od „irracjonalności" — zob. str. 213, 214) — jasnem jest, że kwestja treści nie będzie obojętna. „Die Anwort, dass die wertvolle, die gültige Problemlösung durch die Reziprozität von Einheit und Allheit bedingt sei, enthält also zugleich eine Einwirkung auf jenen kategorial geordneten Inhalt und ist daher alles eher als inhaltsirrelevant"—str. 226.

**) Należy zaznaczyć, że F. KAUFMANN „uproszczenie" to wyraźnie podkreśla. Zob. j. w. str. 91 uw. 4: „Wir behandeln hier den isolierten Rechtssatz. Im Rahmen der Rechtsordnung wird in der Regel auch das Sollsubjekt der sekundären Norm bestimmt sein, so dass diese selbst wieder als primäre Norm in einem neuen Rechtssatze auftreten kann".

tworzą jedną całość — i bez założenia tej całości norma nie mogłaby być kwalifikowana, jako norma prawna. Połączenie tych ogniw nie jest ograniczone do dwójzespołu: A — n, B — n_1, albowiem, jak to już poprzednio zaznaczyłem, ustalenia wypowiedzi o tem, co być powinno mogą przebiegać w zespołach, wykazujących więcej niż dwa ogniwa. Jeśli ogniwa te będą rozumiane tylko jako łączne czy pomocnicze — wówczas jedność normy będzie iluzoryczna. Ich połączenia są koniecznością pojęciową—nie można uważać jednego z nich za „narzędzie“ innego. Mogą być wprawdzie rozczłonkowane, ale tak, jak części rzeczy podzielonej nie są rzeczą, która przed „podziałem“ była czemś samoistnem— nie są one w swem rozczłonkowaniu normami samoistnemi. Nie można powiedzieć, że w elemencie normy są wszystkie składowe części normy, skoro tylko jedność elementów w ich łączności tworzy wypowiedź normatywną. Wzór A — n nie jest normą prawną, gdy nie łączy się z nim wzór B — n_1; wzór B — n_1 byłby nieważny, gdyby nie było jego koniecznego poprzednika: A — n. I gdy następnie, ustalenie, czy dany element normy jest jej punktem końcowym, możliwe jest tylko w ujęciu normatywnem — uprzednie sprowadzenie tej więzi do dwójzespołu musiałoby wynikać z istoty normy samej. Że są powiązania tylko dwójzespołowe—nie znaczy to, że tylko takie powiązania być muszą. Niewątpliwie, możliwy byłby układ, redukujący wszystkie wypowiedzi normatywne do wzoru dwójzespołowego; ustalenie takiej możliwości jest dopuszczalne w zakresie poznania eksplikacyjnego. Wszakże z istoty normatywności nie wynika, ażeby wzór dwójzespołowy był jedynie możliwy. Jeśli powiemy, że dla kwalifikacji normy prawnej taki wzór „wystarcza“—nie znaczy to, ażeby normy inne (trójzespołowe i t. d.) były pojęciowo niedopuszczalne. T. zw. „przejściowe“ punkty poczytania nie są konieczne dla bytu normy; jednakże nie można powiedzieć, że są one czemś przypadkowem. Normatywnie nie różnią się od t. zw. punktów końcowych, albowiem zasadą różnicowania jest styczność punktu końcowego z dziedziną eksplikacyjną, której poznanie przekracza granicę rozumienia normatywnego.

W jedności połączeń ogniw normy prawnej widzimy jej cechę charakterystyczną. „Przebieg“ tych połączeń może być najróżnorodniejszy; wszakże zupełnie niezależnie od jego ukształtowań — podstawą jego będzie zasada jedności. Wszelkie „połączenia“ poczytań są etapami w odniesieniu do zawsze koniecznego końcowego punktu poczytania, zupełnie niezależnie od właściwego mu substratu, rozumianego psychologicznie czy socjologicznie (wszystko bowiem jedno, czy punktem tym będzie jakaś grupa, nie wykazująca politycznych cech państwa, czy też państwo, kościół lub wogóle jakaś wspólnota ponadpaństwowa). To syntetyczne połączenie w jedności sądów o „być mającem“ tworzy zespół prawny, w którym najwyższy (końcowy)

punkt poczytania jest tej jedności wyrazem. Jakkolwiek nazywać będziemy ujęcie tego procesu syntetycznego (termin, proponowany przez Sandera: „postępowanie prawne“ — „Rechtsverfahren“ — nie zupełnie jest właściwy) — zasadą jego jest jedność wszelkich wypowiedzi o normatywnie ukształtowanej treści, niezależnie od sformułowania i „wyglądu“ poszczególnej wypowiedzi. Taką jednością jest pojęcie „państwa“, rozumiane jako ośrodek, w którym zbiegają się poszczególne przejściowe punkty poczytania i w którym biorą początek ogniwa, stanowiące o ważności wypowiedzi w przedmiocie takich przejściowych punktów poczytania. Jako substrat, ujmujący połączenia norm w jedność — ów końcowy punkt poczytania (np. państwo) jest zasadą stałości i jedności sądów prawnych *). Zdania prawne, stanowiące obowiązki jednego podmiotu w korelatywnej ich łączności z obowiązkami innego podmiotu, mogą przebiegać niezależnie od obowiązków tego innego podmiotu, jeśli w łączności normatywnej wiążą się one z dalszemi punktami poczytania. Obowiązek sędziego (B) lub komornika sądowego (C) względem A (w schemacie A — n, B — n_1, C — n_2) nie leży w jednej płaszczyźnie z obowiązkiem innego sędziego lub komornika, gdy B lub C nie zastosują się do norm B—n_1, C—n_2 i gdy ów inny sędzia (B_1), lub komornik (C_1) względem B lub C odpowiednio zachować się mają. Komornik, który wbrew normie C—n_2 ze złej woli lub z niedbalstwa nie uskutecznił zabiegów egzekucyjnych w stosunku do A — jest tym podmiotem, względem którego ważna jest normatywna wypowiedź o obowiązkach sędziego dyscyplinarnego lub karnego (B_1); ta wypowiedź, którą eksplikacyjnie rozumieć można jako „skutek“ normy A—n, nie pozostawałoby w pojęciowej z nią łączności, gdyby nie mogła być ujmowana w zasadniczej jedności odniesienia do normy najwyższej i jej końcowego punktu poczytania. Jeśli A powinien uiścić dług zaciągnięty, komornik zaś dług ten według odpowiednich wskazań normatywnych wyegzekwować — przekroczenie tego ostatniego obowiązku nie byłoby odpowiednikiem schematu A — n, gdyby łączność wypowiedzi nie była ich jednością. Obowiązek zapłaty długu, odpo-

*) Por. SANDER, Die transzedentale Methode der Rechtsphilosophie und der Begriff der Rechtsverfahrens j. w. str. 486 n.: „Grundsatz der Beharrlichkeit des Staates“. Zasadę tę uważa SANDER za odpowiednik pierwszej analogji doświadczenia KANTA: „we wszelkich zmianach zjawisk trwa substancja, a ilość jej w przyrodzie ani się zwiększa, ani zmniejsza“. O błędności tej transpozycji, o ile dotyczy ona zasady nie zwiększania i nie zmniejszanie się substancji, zob. zasadniczy wywód KELSENA, Rechtswissenschaft und Recht j.w.str. 59 n. W następstwie sformułował SANDER zasadę jedności w sposób odmienny, nie powołując się na analogję KANTA. Zob. Staat und Recht, Prolegomena zu einer Theorie der Rechtserfahrung T. I, 1922, Wstęp str. X: „Der „Staat“ bedeutet das „Recht“, er ist das „Noema“ der „Noesis“ der Rechtsurteile, alle Rechtsurteile „meinen“, „intendieren“ den Staat, also die Einheit des rechtlichen Gegenstandes“.

wiadający mu obowiązek wyegzekwowania długu i „gwarancja“ tego ostatniego obowiązku nie byłyby jednością; obowiązek komornika w przedmiocie odpowiedniego, normatywnego zachowania się przy egzekucji (gdy nieodpowiednie zachowanie się może być w stosunku do A bądź obojętne, bądź nawet pożądane i pożyteczne) nie byłby w żadnej łączności z schematem A—n; należałoby go odnieść do obowiązków względem wierzyciela lub względem władzy, której komornik podlega. Eliminując przy odpowiedzialności dyscyplinarnej „prawa“ wierzyciela — mielibyśmy przebiegi zupełnie odrębne: obowiązki komornika względem A, obowiązki komornika względem jego władzy przełożonej, obowiązki wyższej instancji dyscyplinarnej względem instancji pierwszej, która w odpowiednim normatywnym trybie orzekać powinna o przekroczeniach komornika. Zespół tych obowiązków jest łączną konsekwencją norm o wykonywaniu umów, o płaceniu podatków, o mocy prawnej wyroków, wykonalności orzeczeń skarbowych lub administracyjnych, o posłuszeństwie, obowiązującem organy władzy i t. d. Byłyby one rozbieżne i niezależne, gdyby wyłączyć należało ich pojęciową jedność przez redukcję do normy najwyższej, ich syntetyczną łączność w powiązaniach wypowiedzi o tem, co być powinno. Dopiero przy zasadniczem założeniu, że normatywne ukształtowania są ogniwami łącznemi, sprowadzającemi się w powiązanych przebiegach do końcowego punktu poczytania — jedność normy rozumiana będzie jako jedność konieczna.

Rzeczą jest oczywistą, że ta zasada jedności może być rozumiana tylko normatywnie. Dociekania o „początku“ tej zasady, o jej „genezie“ nie mogą być wyjaśnione normatywnie. Jej ratio essendi dana jest w znaczeniu i intencji normy prawnej. Poza dziedziną normy nie ma żadnego punktu oparcia, żadnego „ugruntowania“, z którego mogłyby wynikać owe strukturalne powiązania wypowiedzi *).

Rząd poczytań, kumulujący w najwyższym punkcie poczytania, nie wywodzi się z żadnego innego układu; jedność tych poczytań jest jednoznaczna z każdem poszczególnem poczytaniem; w niej bowiem każde odniesienie do treści staje się odnie-

*) Por. SANDER, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung str. 558 uw. 1 w powołaniu się na wywody HUSSERLA: „Die Kategorien des Rechts hingegen sind, da „Recht“ einen empirisch — realen Zusammenhang im Sinne HUSSERLS darstellt „Ganze“ oder noch richtiger „E i n h e i t s m o m e n t e“, wobei „Einheitsmoment“ bedeutet „einen“ Inhalt, der durch eine Mehrheit von Inhalten fundiert ist und zwar durch alle zusammen und nicht bloss durch einzelne von ihnen“... So ist z. B. „Staat“ ein durch alle Tatbestände zusammen und nicht bloss durch einzelne von ihne fundierter Rechtsinhalt, ein Einheitsmoment“. ZNANIECKI, Wstęp do Socjologji 1922, str. 242, 243, charakteryzując „wartości prawne“, jako „schematy działalności“, słusznie zaznacza: „prawo danego państwa jest mniej lub więcej systematycznym zbiorem tych schematów, państwo ze stanowiska prawnego jest systemem czynności prawnych“...

sieniem specyficznie—znaczeniowem. Wypowiedź A—n, B—n, jest „całością", niezależnie od tego, czy wzór B—n, jest punktem końcowym (albowiem wówczas ogniwa połączeń „zamykają się" hinc et nunc), czy też tylko etapem przejściowym (albowiem wówczas koniecznie pomyślane będą ogniwa dalsze, bez których wzór B—n, byłby właśnie punktem końcowym). Ogniwo łączne w rozumieniu normatywnem nie może być nie przejściowem; jeśli nie jest przejściowem, wówczas nie jest wypowiedzią o tem, co być powinno (chyba, że byłoby końcowem) i nie pozostaje w żadnej łączności z swym „poprzednikiem". Wypowiedź A powinien zwrócić dług zaciągnięty, wobec tego zaś, że A długu nie zwraca, X (wierzyciel) długu nie odbiera—nie ma znaczenia normatywnego; będzie mieć takie znaczenie, jeśli powiem, że pewien upływ czasu spowodował wygaśnięcie długu (przedawnienie) i sędzia (B) powinien się w takim układzie odpowiednio zachować. Jeśli zaś ogniwo takie nie jest końcowem, może być w rozumieniu normatywnem tylko przejściowem. Twierdzenie, że sędzia (B) winien się zachować n_1 w wypadku, gdy A długu nie zwraca — eksplikacyjnie może być rozumiane, jako ogniwo końcowe, jeśli nieodpowiednie zachowanie się B nie pociąga za sobą dalszych konsekwencji. Takie stwierdzenie bynajmniej nie zmienia ważności normy B—n_1, C—n_2, jeśli C—n_2 nigdy się nie urzeczywistnia; i z tego względu nie można twierdzić, że ogniwo B—n_1 zamyka „ciąg" poczytań, gdy normatywnie dalsza łączność jest dana jako ważna. Nie należy zapominać, że tryb następstw w ogniwach łącznych nie jest powiązaniem skutków i przyczyn. Przyczem wypowiedzi A—n, B—n_1 nie są „następstwami" w tem znaczeniu, że A — n jest dane jako quid samoistne: wypowiedź, że zaciągnięty dług powinien być zwrócony jest formułą opartą na poprzedzającej analizie normatywnej: czy A jest podmiotem, który może zaciągać dług, czy „zaciągnięcie" długu było aktem prawnym w mniemaniu normatywnem i t. d. Ta analiza „wsteczna", którą musi suponować norma B — n_1 (również na takiej analizie oparta: sędzia, jako punkt poczytania, normatywność procesowa, „stosowanie" ustawy i t. d.) prowadzi (w eksplikacyjnie odwrotnych przebiegach) do jednego i tego samego końcowego punktu poczytania. Wypowiedzi A — n i B—n_1 nie mogą mieć odrębnych przebiegów końcowych—redukują się zarówno do wypowiedzi najwyższej (np. do zasady mocy obowiązującej prawa t. j. do ważności normy, ustalonej w wypowiedzi najwyższej — czy to będzie norma o bezwzględnej mocy obowiązującej umów, o ważności rei judicatae, o obowiązkach organów władzy i t. d.). Zasada „jedności" jest identyczna, niezależnie od „kolejności" wypowiedzi. I gdy ta zasada jest niejako „obwodem" wypowiedzi normatywnych — należy ją przypuszczać, jako postulat zasadniczy, który normatywnie, a więc per se, zakwestjonowaniu nie ulega. Wszelkie eksplikacyjne wy-

jaśnienia tego postulatu prowadzić muszą do problematyzacji pozanormatywnej, a więc in casu pozaprawnej *).

ROZDZIAŁ ÓSMY.

DYNAMIKA NORMY PRAWNEJ.

§ 25.

Łączność i ciągłość norm prawnych.

Zasada jedności w połączeniach ogniw normy prawnej i jednoczesna łączność każdego z tych ogniw z końcowym punktem poczytania w normie najwyższej oznacza funkcjonalną ciągłość tych ogniw i ich koncentrację, jeśli sprowadzamy je do owego punktu „końcowego". Continuum norm prawnych i ich ogniw nie jest do pomyślenia bez odniesienia, koncentrującego je w normie najwyższej, jako w granicznym punkcie dziedziny normatywnej.

W takiem pojmowaniu uwydatnia się „dynamiczny" aspekt normatywności prawnej. Nie zachodzi tutaj żadna przyczynowa zależność pewnej normy prawnej od normy „wyższej"; norma wyższa nie jest przyczyną, której skutkiem miałaby być norma podporządkowana. Redukcja ogniwa normy lub normy samej do wypowiedzi, ujawniającej wyższy czy najwyższy punkt poczytania, jest konkretyzacją tej wypowiedzi w odniesieniu do pewnych ukształtowań treści. Ukształtowania te w normie najwyższej i w normie quasi — podporządkowanej nie odpowiadają

---

*) Por. SANDER, Alte und neue Staatslehre j. w. str. 227: „Ist also die Theorie der Rechtserfahrung in ihrer regressiven Analyse der progressiven Synthesen des reinen Willens (przez „czystą wolą" prawa rozumie S. właściwie „sądy prawne") in einer höchsten Rechtsstufe, zu einer Verfahrensgrundreihe gelangt, so verliert die Frage der Zurechnung jeden Sinn, weil eben jenseits jener Verfahrensgrundreihe, keine Rechtserfahrung—sagen wir, keine urkundlich (czy to konieczne?) erschliessbare Rechtserscheinung mehr vorhanden ist" por. również str. 228: „Wenn die Theorie der Rechtserfahrung nach dem Ursprunge der Rechtserfahrung frägt, so gerät sie in das Dogma eines Wesens, das Anfang und Grenze der Rechtserfahrung ist und absolute rechtliche Selbstbestimmung (Souveränität) und absolute Rechtskraft in sich vereinigt, also zum Dogma vom suprarechtlichen Staate". W następstwie, SANDER odrzucił hipotezę „najwyższej normy" (Ursprungsnorm), jako sprzeczną z zasadą „czystości" pojmowania prawnego, albowiem jest ona wyrazem „logicznie rozcieńczonego metaprawnego państwa" (Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung j. w. str. 623). Wpada jednakże w sprzeczność z samym sobą gdy postulując „nieskończoność" syntez prawa, dopuszcza jednak jej „granice" j. w. str. 623, 624: „... dass die regressive Analyse der progressiven Synthesen des Rechtes zwar grundsätzlich unendlich ist, aber da sie an der endlichen (podkr. moje) Rechtserfahrung vollzogen wird, immer zu einer Verfahrensgrundreihe gelangt, über die hinaus kein urkundliches (?) Rechtsmaterial führt".

przeciwstawieniu abstrakcyjności i konkretności; podciągnięcie normy „podporządkowanej“ pod normę „nadporządkowaną“ nie jest subsumcją logiczną.

W normie najwyższej, ustalającej znaczenie własności prywatnej, nie mieszczą się bynajmniej logiczne konsekwencje wypowiedzi normatywnych o służebnościach lub o trybie zbywania własności. Zasadnicza norma, ustalająca zasadę zbywania własności (traditio czy consensus), jest tak samo abstrakcyjna, jak norma, wypowiadająca uznanie prawa własności. Norma konstytucyjna może być w swem sformułowaniu konkretnie — indywidualna, norma rozporządzenia administracyjnego, oparta na upoważnieniu ustawowem, abstrakcyjnie—ogólna. Jeśli norma o trybie przelewu własności jest „konsekwencją“ normy o ważności własności wogóle—nie znaczy to, że konsekwencją taką w rozumieniu logicznem być musi. Możliwy jest bowiem układ, w którym przy uznaniu własności prywatnej przelew jej może być zasadniczo wyłączony, co do pewnych jej rodzajów ograniczony lub od określonych warunków uzależniony. Takie ustalenia nie są żadną sprzecznością logiczną i logicznie nie może być uzasadnione, dlaczego pewne (normatywnie) kwalifikowane rodzaje przedmiotów (res extra commercium, nieruchomości) wogóle nie mogą być zbywane lub zbywane tylko pod warunkiem zachowania określonych rygorów. Z pewnych ustaleń w normie najwyższej nie wynika, ażeby norma „podporządkowana“—była „logicznem“ odbiciem wypowiedzi najwyższej; z ujęciem normatywnem nie znajduje się bynajmniej w sprzeczności ta okoliczność, że norma podporządkowana zawiera wypowiedzi, nawet domyślnie w normie nadporządkowanej nie implikowane. Normy ustalane w trybie orzecznictwa sądowego, w trybie działań administracji, w interpretacji doktrynalnej, tworzące się wreszcie w obiegu zwyczajowym mogą zachowywać „pozory“ logicznej łączności z wypowiedziami o normach nadporządkowanych. Jednakże o logicznym ich związku, jako wyniku „sylogistycznym“, nie może być mowy. Miarodajne jest wszakże w tych konfiguracjach „odniesienie“ do normy najwyższej. Niewątpliwie, mogą zachodzić „przekształcenia“ normy najwyższej: przy zasadniczej tożsamości ujęcia normatywnego okazać się może, że wypowiedź „najwyższa“ w rozumieniu eksplikacyjnem posiada zupełnie odmienną rozciągłość i intensywność faktyczną w zestawieniu z tem rozumieniem, które miała poprzednio.

Pozatem, funkcjonalne powiązanie ogniw norm prawnych lub norm prawnych nie wymaga bezwzględnie stałego odniesienia do najwyższego punktu poczytania. „Połączenia“ norm prywatno-prawnych w znaczeniu materjalnem z normami procesowemi lub pewnej kategorji norm administracyjnych z normami sądowemi, czy też wogóle połączenie norm, znajdujących się

pomiędzy sobą w stosunku „hierarchji“, nie zawsze wymaga powołania się na normę najwyższą. Można również powiedzieć, że przy pewnem uporządkowaniu międzypaństwowem, gdy uporządkowanie to znajduje odpowiednik w zmodyfikowanych normach układu wewnętrzno-państwowego — nie zachodzi potrzeba „ewokacji“ najwyższej normy ponadpaństwowej, która jest „źródłem“ zmodyfikowanego układu wewnętrznego. I w tych konfiguracjach zachodzić może przejaw znamienny: normy, stanowiące względem końcowego punktu poczytania tylko etap przejściowy, mogą ulegać przemianom, aczkolwiek wypowiedzi o normie najwyższej nie uległy żadnym przekształceniom. Konstytucyjnie zastrzeżone „związanie“ sędziego przez ustawę, konstytucyjnie zakreślone „prawomocnictwa“ administracji, międzynarodowo-prawnie ustalone kwalifikacje pewnych czynności czy sytuacji — pozostają niezmiennie ważne, aczkolwiek punkty przejściowe zostały zmienione i przekształcone.

Te zmiany i przekształcenia mogą sięgać bardzo daleko: sędzia, który powinien stosować ustawę — stosuje ją tak, iż jej „urzeczywistnienie“ jest wyłączone; niemniej wszakże orzeczenia „niezgodne“ z ustawą — mogą nie uchodzić i nie uchodzą (i w tem przejawia się twórcza moc jurysprudencji) za pogwałcenie obowiązków sędziowskich. Administracja interpretuje swe prawomocnictwa ustawowe częstokroć niezgodnie z „delegacją“; i praktyka uświęca te przekroczenia; przez co przejściowy punkt poczytania zmienia normatywne ukształtowania treści, aczkolwiek norma najwyższa nie została zmieniona. Przystosowanie się ustaw wewnętrznych do nadporządkowanych względem nich norm międzynarodowo-prawnych, nakazujących taki a nie inny ich układ normatywny — może odbiegać od wskazań tych norm najwyższych. Jakkolwiek będziemy eksplikacyjnie tłomaczyć te różnice pomiędzy prawem in hypothesi, a prawem in thesi — i niezależnie od tego, czy będziemy uciekać się do fikcji milczącej aprobaty *) — należy stwierdzić: że normy lub ogniwa norm odniesione w ich łączności funkcjonalnej do norm przejściowych — nie zawsze wykazują redukcję do normy najwyższej; gdy zaś redukcja ta jest dokonywana — okazać się

*) Oczywiście, możliwe są ukształtowania, w których „końcowy punkt poczytania“ odpowiednio „reaguje“ na tego rodzaju sprzeczne z normą przekształcenia. (Odpowiedzialność sędziego lub organu administracyjnego za „zniekształcenie“ normy, delikt międzynarodowy państwa, nie dotrzymującego zobowiązań umownych). Z drugiej zaś strony, t. zw. „milcząca aprobata“ nie może uchodzić za równoważne przekształcenie samej normy najwyższej, skoro ta ostatnia w swej niezmienionej „postaci“ nadal jest ważna. Milcząca aprobata, rozumiana nie jako wytłomaczenie fikcyjne, musiałaby być jednoznaczna ze zmianą normy najwyższej w tej jej części, która jest „sprzeczna“ z bezpośrednio jej podporządkowaną normą przejściową.

może, że, przy zasadniczem przekształceniu normy przejściowej, norma najwyższa pozostaje bez zmiany. Ustalenie w tych wypadkach jakoby zawsze i stale suponowanego związku logicznego byłoby niedopuszczalną fikcją.

Przypuszczenie hierarchji i podporządkowania norm musiałoby polegać na ich ocenie ze względu na wartość społeczną, polityczną, etyczną. Nie można byłoby znaleźć innego wytłomaczenia motywacyjnego — np. w przedmiocie większej czy mniejszej ważności norm materjalnych i norm procesowych. Socjologicznie czy psychologicznie nie można wyobrazić sobie norm procesowych bez jednoczesnego przypuszczenia o istnieniu norm materjalnych (chociażby intuicyjnych). Z drugiej zaś strony, socjologicznie i psychologicznie możliwe jest istnienie norm materjalnych bez przypuszczenia uporządkowań przewodu procesowego. Norma „nie zabijaj“ będzie wskazaniem prawnem, aczkolwiek sankcją jej byłaby tylko krwawa zemsta czy nieuporządkowany samosąd. (O ile sankcje te byłyby kwalifikowane, jako wypowiedź o normach najwyższych i nie zachodziłaby „dalsza“ odpowiedzialność wykonawców samosądu). W rozumieniu normatywnem takie kwalifikacje mniejszej lub większej ważności (rozumianej w znaczeniu pożyteczności społecznej, etycznej, motywacyjnej) są zupełnie obojętne; qualitas wskazań jest jednakowo normatywnie — ważna i norma najwyższa w strukturze swej nie wykazuje żadnych różnic w porównaniu np. z „najpospolitszą“ normą wskazań policyjnych, sanitarnych i t. p. Różnica zaś, polegająca na tem, że wskazanie najwyższe jest punktem granicznym ujęcia normatywnego, nie może posiadać sama przez się znaczenia normatywnego. To, co być powinno jest jednakowo ważne bez względu na okoliczność, że w pewnym punkcie „ciąg“ poczytań zostaje przerwany. Kwalifikacje t e j różnicy mogą być wyłącznie eksplikacyjne, albowiem nie istnieje taka zasada, która ustalałaby konieczność przerwania ogniw poczytania w jakimś uprzednio określonym i niezmiennym punkcie.

W tem rozumieniu „stopniowanie“ norm, wynikających jakoby jedna z drugiej i podporządkowanych w trybie „hierarchji“, może być ujmowane wyłącznie eksplikacyjnie. Ujęcie normatywne, kierując się odniesieniem wszystkich ogniw norm oraz wszystkich norm do jednego końcowego punktu poczytania, widzieć może w tem ich funkcjonalnem powiązaniu ciągłość i stałość.

Cecha ciągłości sądów prawa i stałość ich syntetycznego ujęcia w suponowanym punkcie końcowym — nie znaczy bynajmniej, iż w normie najwyższej czy też w dowolnej normie przejściowej zawarte są implicite wypowiedzi norm następczych; nie znaczy również, iż ukształtowania takie mogą być wywniosko-

wane w drodze dedukcji logicznej *). Pojęcia „oddalenia“ czy „blizkości“ norm jednej kategorji w stosunku do norm kategorji odmiennej są przenośniami, ułatwiającemi poznanie systematyczne: w funkcjonalnem wszakże połączeniu norm — w postaci syntetycznego powiązania ogniw wypowiedzi i samych wypowiedzi—to, co jest „blizkie“ do normy najwyższej, może być uważane przy przesunięciu połączeń za „oddalone“ — i odwrotnie. Charakterologiczne ujęcia normy na podstawie ocen „hierarchicznych“, czyli na podstawie nadawania pewnego „dostojeństwa“ normom, w zależności od zmniejszającego się ich oddalenia od najwyższego punktu poczytania, pozostają zawsze ujęciami dowolnemi. Z istotą bowiem normy nie jest związana konieczność połączeń bezpośrednich (z normą najwyższą) tylko dla norm określonej kategorji, przy wyłączności połączeń trój — i więcej zespołowych dla norm kategorji innej. Określenie bowiem tych „kategorji“ musiałoby być zawsze eksplikacyjne i uzależnione od przypadkowości, zawisłej od pewnych ukształtowań społecznych, politycznych i t. p. Jeśli wyobrazimy sobie np. normę międzynarodową, jako najwyższy punkt poczytania, przyczem ogniwem pośredniem miałyby być normy państwowe— wówczas, przy przypuszczeniu „hierarchji“, wypowiedzi normatywne, kwalifikowane jako prywatno-prawne (o ile objęte zostały układem międzynarodowym), musiałyby być zawsze pośrednio powiązane przez zespoły norm wewnętrzno-państwowych. Według teorji, które uważa tylko państwa za podmioty unormowania międzynarodowego, norma państwowa byłaby w odniesieniu do regulowanych przez układ międzynarodowy ukształtowań prywatno-prawnych normą wyłączną. Według teorji zaś, uznającej t. zw. osoby prywatne za możliwe podmioty regulacji międzynarodowej, norma państwowa mogłaby nie być nawet ogniwem pośrednim i powiązanie ogniw norm czy też samych norm prywatno-prawnych mogłoby być odniesione bezpośrednio do normy międzynarodowej, jako najwyższej.

Ciągłość powiązań jest niezawisła od ewentualnych „przesunięć“ w porządku samego powiązania**). Kwalifikacja poszczególnej normy, jako międzynarodowej, konstytucyjno-ustrojowej, państwowej, administracyjnej, sądowej, prywatno-prawnej,

*) Por. KELSEN, Das Problem der Souveränität j. w. str. 120 uw. 1: „Die Vorstellung, dass jede mögliche Aenderung der Norminhalte, jede mögliche Kombinierung schon in der Ursprungshypothese in nuce enthalten sei, diese Auffassung der Rechts als eines s t a t i s c h e n Systems steht durchaus nicht im Widerspruch zu der Erkenntnis einer dynamischen „Erzeugung“ der Rechtssystems aus einem einheitlichen Ursprung, in einem kontinuierlich von der Hypothesis der Verfassung bis zu dem jeweiligen Akte letzter Konkretisation fortschreitenden Prozess“. Polemika SANDERA (Staat und Recht j. w. T. II str. 1180) nie jest przekonywająca.

**) Por. SANDER, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung j. w. str. 521 w przypisie: „Recht ist ein Zusammenhang synthe-

abstrakcyjnej czy konkretnej, pozytywnie ustalonej czy „ujawnionej“ dopiero w orzeczeniu sądowem lub zarządzeniu administracyjnem — nie jest cechą istotną samej normy.

Pomijając hipotezę „civitatis maximae“, można powiedzieć, że niema takiej normy prawnej, która nie byłaby (bezpośrednio czy pośrednio) normą konstytucyjną. W tem znaczeniu zarządzenie policyjne o polewaniu ulic niczem się nie różni od wypowiedzi o tem, że podatki mogą być wymierzane wyłącznie na podstawie tytułu ustawowego. „Wygląd“ normy prawnej jest jednaki, niezależnie od systematyki, którą — ze względów metodologicznych — stosujemy przy podziale norm na kategorje. Doświadczenie historyczne uczy zresztą, że to, co w pewnych warunkach jest normą prywatno-prawną, w innych staje się normą publiczno-prawną. Trudno byłoby ustalić fundamentum divisionis na podstawie jakoby specyficzności „treści“, odmiennej w normach różnych kategorji. I t. zw. „treści“ jakoby wyłącznie prywatno-prawne mogą być w warunkach odmiennych treściami publiczno-prawnemi (abstrahuję, oczywiście, od zasadniczej obojętności treści w rozumieniu normatywnem i od całej sztuczności podziału dziedziny prawnej na sferę prywatną i publiczną).

Podkreślenie momentu dynamicznego w układzie prawnym jest niczem innem, jak uwydatnieniem charakterystycznej łączności i ciągłości ogniw norm i norm samych. Funkcjonalność jest uwydatnieniem momentu „wszechobecności“ odniesienia każdego ogniwa normy i każdej normy do najwyższego punktu poczytania. Norma, która nie byłaby funkcją wypowiedzi najwyższej, nie jest normą prawną, chyba, że jest sama normą najwyższą. Przez podkreślenie „dynamiczności“ dąży się do uwydatnienia momentu, zgodnie z którym żadna norma prawna — czy to ze względu na swe „dostojeństwo“, czy na tryb powstania, czy na sposób uzewnętrznienia — nie posiada monopolu wyłączności. Każda wypowiedź, odpowiadająca wzorowi A—n, B—n_1, w formie dwuzespołowej, czy też w formie więcej zespołowej, jest normą prawną — niezależnie od „hierarchji“, która ją w syntetycznej ciągłości wypowiedzi jakoby wyróżnia.

Ta łączność i ciągłość ujęta została w teorji MERKLA o t. zw. „stopniowaniu budowy zdań prawnych“ („Stufenbau der Rechtssätze“) — a to celem korektywy statycznego pojmowania prawa, jako „jedności jednostopniowej“ („zdanie prawne — jako wola państwa“, w pierwotnej konstrukcji KELSENA).

W rozumieniu MERKLA, zasadą jedności normatywnej jest

---

tischer Urteile, eine kontinuierliche (verfahrensmässige) Synthesis von Rechtsbegriff und rechtserheblicher Tatsache“. Pojęcie „ciągłości“ (Kontinuität) funkcji prawnych (j. w. str. 553) wynika wszakże u SANDERA z odmiennych założeń pojęciowych.

odniesienie „zespołu“ norm do ośrodka „ustroju państwowego“ (do konstytucji)—i to odniesienie winno być charakteryzowane jako „koncentracja“, nie zaś jako ciągłość („Kontinuität“) *). W takiem rozumieniu nie można kwalifikować „ustawy“, jako wyłącznego przejawu normatywności; ustawa jest tylko niezindywidualizowanym produktem przejściowym (Zwischenprodukt), ogniwem pośredniem pomiędzy „ośrodkiem“ normy najwyższej, a skonkretyzowanym, indywidualnym „przejawem“ normatywności w orzeczeniu sądowem, w rozporządzeniu i zarządzeniu administracyjnem. Ustawa nie jest ostatnim wyrazem „indywidualizowania“ normatywności **). Przypisując jednemu przejawowi wyłączność charakterystyczną, zapomina się, że „niegotowy“ i „przejściowy“ produkt nie może być wyłączną dziedziną poznania prawnego ***). Operując przenośnią „ośrodka“ i „koncentracji“, jako odpowiadającą normie najwyższej, uważa MERKL, że w drodze gradacji wywodzą się konkretne ustalenia normatywne, które, ze względu na ich zindywidualizowanie, wykazują „najobfitszą treść“ i są najdoskonalszym wyrazem prawności ****). Tak pojęta „dynamika“ jest równoważnikiem systematyki, która rozczłonkowuje „jedność prawną“ (das Rechtsganze) — odpowiednio do jej stopni konkretyzacji — na rzędy ustaw konstytucyjnych i zwykłych, rozporządzeń administracyjnych, idąc „w dół“ do norm orzeczeniowych i zarządzeniowych („Entscheidungs — und Verfügungsrecht“) *****).

*) MERKL, Die Rechtseinheit des österreichischen Staates. Eine staatsrechtliche Untersuchung auf Grund der Lehre von der lex posterior. Archiv des öffentlichen Rechts T. 32 str. 62 n.: „Um in einem vorläufigen Bilde zu sprechen, gehört zu einem Staat im Rechtssinn alles das, was auf einen gemeinsamen Namen gebracht, oder, was von einem Gipfel abgeleitet, auf ein rechtliches Zentrum bezogen werden kann“; str. 88: „Es kann hier kaum von Kontinuität die Rede sein, viel zutreffender wäre das Bild der Konzentrität, wobei die Verfassung den Mittelpunkt abgibt“.

**) MERKL, Das Recht im Lichte seiner Anwendung 1917 str. 6: „Jenes Höchstmass der Individualisierung, das die heutige allzusehr auf die Rechtsform des Gesetzes eingestellte Rechtslehre bereits bei diesem als der vermeintlich einzigen Form des Rechtes festzustellen und — insoweit es nicht vorhanden ist — zu fingieren findet, kann erst mit den Formen der unmittelbaren Rechtsanwendung, als welche uns Verfügung und Entscheidung entgegentreten, erreicht werden, da ja sonst diese Rechtsgeschäfte entbehrlich wären; muss dem Gesetze fehlen, da es ja ansonsten um seinen Charakter als generelle Norm käme“.

***) MERKL, Das Recht im Lichte seiner Anwendung j. w. str. 14: „Man vergisst eben, ja es kommt einem eigentlich gar nicht zum Bewusstsein, dass nicht das Recht schlechthin, sondern bloss das unfertige Entwicklungs — und Durchgangsstadium des Rechts, als das sich uns Gesetz herausgestellt hat, Gegenstand der Erkenntnis ist“. Por. KELSEN, Rechtswissenschaft und Recht j. w. str. 120 n.

****) MERKL j. w. str. 25: „Aus der Schale des Verfassungsrechtssatzes hat sich der Kern des Einzelrechtsfalls herausentwickelt. Wie vielerlei Kerne hätten in dieser fassungsfähigen Schale Platz gefunden“.

*****) Por. ujęcie w teorji SANDERA, Das Faktum der Revolution und die Theorie der Rechtserfahrung j. w. str. 149, 150: „Das Verfahren

Teorja MERKLA, która wykazuje bezpodstawność preponderancji „ustawy“ i która podkreśla dynamiczną pochodność norm, kwalifikowanych odpowiednio do źródła ich pochodzenia— operuje mylnym wszakże pojęciem „koncentracji“, gdy, w istocie rzeczy, należy mówić o ciągłości. Ujęcie statyczne jest zawodne, albowiem redukcje jego prowadzą do utożsamienia normatywności z „ustawą“, jako wszechobejmującym wyrazem „woli“ państwa (rozumianej, oczywiście, nie w znaczeniu psychologicznem). Dynamika MERKLA, oparta na zasadzie hierarchizacji, prowadzi en dernière analyse do statyki*). Operując pojęciem podporządkowania nie może uniknąć schematów, suponujących, jeśli nie zależność przyczynową, wszakże w każdym razie pochodność rozwojową. W rozumieniu normatywnem dynamika jest synonimem łączności i ciągłości, przyczem zasadą tej łączności nie jest zależność w trybie podporządkowania; za zasadę jej uważać należy jedność przejawiającą się w nieprzerwanym łańcuchu norm, którego ogniwem końcowym jest norma najwyższa. Redukcja do „norm ustrojowych“ pomija pozatem konstrukcyjną możność połączeń z normami ponadustrojowemi (co niejednokrotnie zaznacza KELSEN i co pierwotnie uznawał również SANDER); wyłącza również ciągłość niezależną od „genezy“ normy (prawo „urzędowe“), albowiem zasada ta w ukształtowaniach zwyczajowych i intuicyjnych bynajmniej pominięta być nie może.

(der Prozess) als kontinuierlich fortschreitende Tatbestandserzeugung, Tatbestandsfunktion, wird zur Grundfunktion der rechtlichen Dynamik. Aber diese Grundfunktion durchwaltet das ganze Rechtssystem. In stufenförmig über — und untereinander geordneten Verfahren wird das ganze Rechtssystem erzeugt... Jedes Verfahren erzeugt eine Rechtssatzform (Verfassungsgesetz, einfaches Gesetz, Verordnung, Urteil, Beschluss u. s. w.), deren jede Tatbestandsfunktion höher gelagerter Rechtssatzformen ist. Jede erzeugte Rechtssatzform wird wieder ihrerseits „Gesetz“, „Regel“ eines Verfahrens niederer Stufe“. Odmienne w stosunku do teorji MERKLA stanowisko zajął SANDER w swych pracach następnych, zob. Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung j. w. str. 520 uw. 1 (por. krytykę tych wywodów u KELSENA, Rechtswissenschaft und Recht j. w. str. 116) i Staat und Recht j. w. T. II str. 1181 n.

Pod wpływem teorji MERKLA pogłębił KELSEN swój pierwotny pogląd statyczny (por. np. Hauptprobleme str. 566). Szczególnie w pracy o problemacie suwerenności zaznaczył gradację w stosunku pomiędzy prawem państwowem a międzynarodowem (por. Das Problem der Souveränität j. w. str. 115 uw. 1, str. 118 uw. 2, str. 242 uw. 4). Wyświetlenie tego stosunku opiera się na założeniu jedności tych dwóch systemów: „Wenn dann das Recht die Norm und Ordnung für das menschliche Gemeinwesen in allen seinen Dimensionen und Gradationen ist, so ist jene Gemeinschaft der Staaten als die höchste und letzte des Rechts zu bezeichnen“. Por. również: Der soziologische und der juristische Staatsbegriff str. 220, 221 w przypisie.

*) Por. MERKL j. w. str. 26: „Es ist der Punkt, wo die Dynamik der Rechtsentwicklung in die Statik einer Rechtskraft (in einem besonderem betonten Sinne) übergegangen ist“.

Jeśli jedność w strukturalnem połączeniu ogniw normy jest cechą charakterystyczną i nieprzerwany łańcuch norm prowadzi w trybie łączności do najwyższego punktu poczytania — kwalifikacje wypowiedzi normatywnych, w zależności od stopniowania czy hierarchji jej „przejściowych“ punktów łącznych, nie posiadają znaczenia istotnego. Zaznaczyłem już poprzednio, że schemat dwuzespołowy, w rozumieniu bezpośredniej łączności pierwszego ogniwa normy z najwyższym punktem poczytania, nie różni się strukturalnie od przebiegów więcej zespołowych t. j. takich, w których powiązanie z najwyższym punktem poczytania jest pośrednie (łączność, przebiegająca w trybie powiązań z t. zw. przejściowemi punktami poczytania: np. ukształtowania na tle umowy prywatnoprawnej lub na tle zachowania się organów państwowych w odniesieniu do zobowiązania międzynarodowego). Nie może również posiadać znaczenia istotnego ustalone przez KELSENA rozróżnienie norm prawnych w rozumieniu szerszem i węższem (Rechtssatz im weiteren Sinne — Rechtssatz im engeren Sinne). Pierwsze — stanowią „obowiązki“ państwa, jako końcowego punktu poczytania, są bowiem „wolą“ (w rozumieniu normatywnem) państwa odnośnie do jego własnego zachowania się. Drugie, stanowiąc również obowiązki państwa („der Wille, eine Unrechtsfolge zu verhängen“), odnoszą je wszakże do innych niż państwo podmiotów i powodują przeto zależność zachowania się państwa do zachowania się tych innych podmiotów, zachowania się z wypowiedzią o tem, co być powinno niezgodnego. Normy drugiej kategorji, poza obowązkami państwa, ustalają łącznie obowiązki innych podmiotów, które KELSEN nazywa „poddanymi“ (Untertanen) *).

To odróżnienie nie jest identyczne z (nieistotną w gruncie rzeczy) przeciwstawnością norm dwuzespołowych. T. zw. bezpośrednie obowiązki państwa mogą przebiegać w połączeniach rzędów więcej zespołowych, a w ukształtowaniach, które KELSEN kwalifikuje, jako zawisłe od obowiązków innych (poza państwem) podmiotów — zachodzić może typowe połączenie dwuzespołowe.

Obowiązki poborcy podatkowego, jako organu państwowego i sankcje tych obowiązków w razie niezastosowania się do „woli“ państwa — mogą przebiegać w odniesieniu do obowiązków innych organów państwa (odpowiedzialność porządkowa, dyscyplinarna, karna — tok instancji); przyczem sankcją tych obowiązków innych organów, w wypadku „niewłaściwego“ zachowania się, są obowiązki organów hierarchicznie wyższych. „Droga“ do najwyższej normy prowadzić może przez kilka etapów, w więcej zespołowych ogniwach poczytania. Natomiast obo-

*) KELSEN, Hauptprobleme str. 251 — por. konkluzję tamże: „Jeder Rechtssatz statuiert somit eine Pflicht des Staates, gewisse Rechtssätze Pflichten der übrigen Subjekte“.

wiązek innych „pozapaństwowych“ podmiotów może być bezpośrednio połączony z najwyższą normą, aczkolwiek obowiązek państwa w pewnej mierze zbiega się z normatywną wypowiedzią o zachowaniu się tego podmiotu, który nie jest państwem. W pewnych wypadkach np. osoba „prywatna“ odpowiada za przestępstwa pewnej kategorji przed ciałami ustawodawczemi, jako Trybunałem Stanu. Wówczas jeśli A (osoba prywatna) powinna zachowywać się n (nie popełniać czynów, skierowanych przeciwko bezpieczeństwu państwa) — ciało ustawodawcze powinno wymierzyć karę. Na tej „powinności“ ciała ustawodawczego urywa się łańcuch normatywny, albowiem nie ma instancji, która mogłaby orzec sankcję w zastosowaniu do nieodpowiedzialnego ciała ustawodawczego, jako instancji najwyższej. Jeśli więc ciało to w zachowaniu swem odbiegnie od wskazań, stanowiących „powinność“ postępowania odpowiedniego do normy o sądzeniu i ukaraniu winnych — wówczas nie można ustalić dalszych ogniw poczytania; powiązanie obowiązku podmiotu „pozapaństwowego“, czyli dokładniej podmiotu, który nie jest państwem, łączy się bezpośrednio z najwyższym punktem poczytania *).

Dwa rodzaje norm — według klasyfikacji KELSENA—nie różnią się w swym układzie strukturalnym.

Personifikacja państwa, jako końcowego punktu poczytania, prowadzi w rozumieniu KELSENA do utożsamienia państwa z jego „organami“ **). Osobowość organu przejawia się jedynie w odniesieniu do niego normy łącznej w przedmiocie zgodnego z obowiązkami „urzędowemi“ postępowania — i tylko w odniesieniu do tego obowiązku (KELSEN mówi o sankcji dyscyplinarnej, pomijając, zdaniem moim, niesłusznie sankcję karną), można mówić o „subjektywizacji“ organu, jako podmiotu z państwem nie identycznego ***). W takiem postawieniu kwestji i odpowiedniem do niego różnicowaniu norm zachodzi pomieszanie ujęcia normatywnego z ujęciem eksplikacyjnem. W mniema-

*) Por. np. art. 12, ust. 3 francuskiej ustawy konstytucyjnej z dn. 16 lipca 1875 r. „Le Sénat peut être constitué en Cour de justice par un décret du président de le République, rendu en Conseil des ministres, pour juger toute personne prévenue d'attentat commis contre la sûreté de l'État“.

**) KELSEN, Hauptprobleme str. 528: „In Bezug auf diesen Rechtssatz (t. j. względem normy, stanowiącej obowiązek państwa) kann zwischen Staat und Organ überhaupt keine Relation, sondern muss eine Identität angenommen werden. Denn in dem den Staatswillen r e a l i s i e r e n d e n Organe handelt der Staat selbst“.

***) KELSEN j. w. str. 527: „Der Disziplinarrechtssatz ist es, der in seiner Subjektivierung die Rechtspflicht des Staatsorganes bedeutet“. str. 528: „Den Rechtssatz, welcher den Staat zu einem Verhalten verpflichtet, befolgt der Staat und — handelt es sich um einen Rechtssatz im engeren Sinne — eventuell auch der Untertan. Das Staatsorgan führt ihn aus und steht in dem spezifischen Subjektsverhältnis nur zu dem Rechtssatze, der seine Dienstpflicht statuiert, dem Disziplinarrechtssatze“.

niu KELSENA organ, realizujący wolę państwa (por. Hauptprobleme str. 528: „in dem den Staatswillen realisierenden Organe") jest identyczny z państwem i nie zachodzi potrzeba odmiennego kwalifikowania „podmiotów" poczytania. Następstwa dalszych wypowiedzi zachodzić mogą wówczas, gdy realizacja ta nie następuje, lub gdy proces realizacji jest niezgodny z ustaloną normatywnością. Dla ujęcia normatywnego realizacja wogóle, a tem więcej tryb ziszczania się w procesie realizacji, jest zupełnie obojętny. Odmienny punkt widzenia musiałby prowadzić do utożsamienia ważności normy z działaniem normy, co sprzeczne byłoby zresztą z podstawowemi tezami konstrukcji KELSENA. W ujęciu normatywnem ciągłość wypowiedzi jest rzędem, łączącym normy i ogniwa norm w ukształtowaniach „powinności", powiązanych w odniesieniu do zeskładu „nisi". A powinien zachować się n, jeśli się nie zachowa n („nisi") *), B powinien zachować n_1, jeśli B nie zachowa się n_1, („nisi") C powinien zachować się n_2 i t. d. Jeśli A zachował się n — „ocena" normatywna nie ma miejsca (odchylenia lub modyfikacje w „n" nie są, oczywiście, identyczne z „n"). Jeśli w kombinacji „A nie zachował się n" — ten układ, jako poprzednik zeskładu w ogniwie „B powinien zachować n_1", prowadzi do zgodnego z n, zachowanie się B — nie zachodzi żadna różnica pomiędzy dwoma różnemi, w mniemaniu KELSENA, rodzajami norm. B jest takim samym „podmiotem „nie państwowym", jak A. Zachowanie się „poddanego" A, płacącego dług zaciągnięty i B „urzędnika", czy „sędziego"' (organu władzy), zachowującego się zgodnie z normą „sankcjonującą" — nie wykazuje żadnych różnic w rozumieniu normatywnem.

„Nie państwowość" kwalifikacji polega na tem, że w obu wypadkach nie zachodzi potrzeba kontynuowania dalszych wypowiedzi łącznych. Okoliczność, że postępowanie „B" (organu władzy), jako zgodne z normą, jest identyczne z „wolą państwa"— nie ma znaczenia decydującego, albowiem zachowanie się A, płacącego zgodnie z wskazaniem dług zaciągnięty, jest odpowiednikiem normy prawnej, a przy przypuszczeniach tożsamości państwa i prawa, odpowiednikiem normy państwowej, która w najogólniejszem sformułowaniu brzmi: „pacta sunt servanda".

W rozumieniu normatywnem nie zachodzi żadna różnica pojęciowa pomiędzy tem wskazaniem zasadniczem dla stosunków prawnych, a wskazaniem ujmującem „obowiązki" organów władzy w przedmiocie „ścisłego przestrzegania ustaw i przepisów",

---

*) Obojętnem będzie, czy A zachował się n — gdyż przez to zasadnicza ważność dalszych ogniw łącznych nie zostaje zaprzeczona. Zachowanie się A wbrew n — przez zupełne „unicestwienie" n lub „odchylenie się" od n (w różnych stopniach intensywności) — będzie wpływać na odpowiednie ukształtowanie n_1. Ta „współmierność" może być rozumiana tylko normatywnie.

gwarantowane przez sankcję nie tylko odpowiedzialności służbowej (porządkowej i dyscyplinarnej), lecz cywilnej i karnej (por. art. 21, 67 ustawy z dnia 17 lutego 1922 o państwowej służbie cywilnej Dz. Ust. Nr. 21, poz. 164). „Organ władzy" rozumiany w teorji KELSENA, jako przejściowy punkt poczytania („Durchgangspunkt der Zurechnung"), nie posiada osobowości, albowiem osobowością tą jest „państwo"', jako tegoż poczytania punkt końcowy. Nie posiada jej dlatego, że w pewnych, zgodnych z normą ukształtowaniach zachowania się organu zachodzi jego „identyczność" z państwem i to „zgodne" zachowanie się odnoszone zostaje tylko do państwa *). Osobowość organu „ujawnia się" dopiero przez odniesienie jego zachowania się do wypowiedzi o obowiązkach organu i ich sankcjach. Wszakże należy uwzględnić, że sama „kwalifikacja" danego podmiotu, jako organu, jest ogniwem w rzędzie wypowiedzi normatywnych: nie każdy B jest organem, ażeby B stał się nim—konieczny jest rząd ustaleń o tem „co być powinno"; muszą więc być ustalone takie cechy normatywne B, jako podmiotu pozapaństwowego, ażeby B mógł w terminologji KELSENA stać się podmiotem „identycznym z państwem". Jednakże KELSEN nie zaprzecza, że właśnie w odniesieniu, chociażby do sankcji dyscyplinarnych, organ władzy traci niejako cechy tej „identyczności", i, aczkolwiek normatywne jego kwalifikacje różne są od kwalifikacji „poddannych" (zwykły obywatel nie odpowiada „dyscyplinarnie", albowiem nie jest urzędnikiem)—odzyskuje on swą „podmiotowość", której w działaniu prawozgodnem nie posiadał. Podkreślenie momentu „prawozgodności" znajduje się pozatem w sprzeczności z zasadniczą tezą KELSENA, według której nie „prawozgodność", lecz zachowanie się z normą niezgodne jest wyłączną dziedziną ujęcia prawnego **). Że pozatem różnicowanie dwóch rodzajów norm nie posiada znaczenia decydującego, uznaje to KELSEN expressis verbis, albowiem sprowadza normy dotyczące „obowiązków" podmiotów pozapaństwowych do (normatywnie rozumianej) woli państwa ***).

---

*) KELSEN j. w. str. 528, 529: „Denn im Verhältnis zu einem Rechtssatze Persönlicheit sein — und nur im Verhältnis zu einem Rechtssatze kann man Person sein — heisst Endpunkt der Zurechnung sein. Weil das Organ in dieser Relation nicht als Endpunkt, sondern als Durchgangspunkt der rechtlichen Zurechnung fungiert, hat es rechtlich keinen „Willen", darum ist es unrichtig, den Staat auch durch seine Organe „wollen" zu lassen".

**) KELSEN j. w. str. 53: „Formal — und das ist die juristische Betrachtungsweise — ist die Rechtsordnung nur wegen der Rechtswidrigkeit vorhanden, ist der Rechtssatz nur auf die Rechtswidrigkeit zugeschnitten; nur im Falle der Rechtswidrigkeit kommt die Rechtsordnung in Funktion". Por. również JUNG j. w. str. 65.

***) KELSEN j. w. str. 269, 270; str. 447: „Dass trotz dieser Differenz die prinzipielle Einheitlichkeit des Rechtspflichtbegriffes für die Staatsperson und alle übrigen Subjekte gewahrt bleibt, beruht da-

Różnice zachodzące w ukształtowaniu norm, w rozumieniu szerszem i węższem, dotyczą właściwie odmiennego trybu zachowania się „podmiotów“ (państwa i podmiotów, które nie są państwem), lecz nie samej istoty normy, albowiem, jak to KELSEN najwyraźniej zaznacza: jedna i ta sama norma („derselbe Rechtssatz“) jest wyrazem obowiązku państwa i obowiązku innych podmiotów *).

§ 26.

Końcowe punkty poczytania.

Zasadnicze przypuszczenie jedności i ciągłości ogniw normy oraz norm nie może być uzależnione od pozanormatywnej kwalifikacji, nadawanej przy hypostazie i personifikacji końcowego punktu poczytania. Nie można przeto powiedzieć, że połączenia normy w ich układzie dynamicznym wówczas tylko wykazują istotne cechy „prawności“, jeśli końcowym punktem poczytania jest państwo. Nie poruszam tutaj kwestji ewentualnego stosunku takiego „ośrodka“ do norm, które się zeń wywodzą — w tym szczególnie wypadku, gdy końcowy punkt poczytania znajduje się w pewnem ustosunkowaniu do takich podmiotów, które nie uważają go i nie mogą uważać za końcowy punkt poczytania.

Czyli konkretnie: rzecz dotyczy stosunków międzypaństwowych. Czy w takich układach nie należy założyć punktu poczytania, który w stosunku do „wewnętrzno-państwowego“ końcowego punktu poczytania byłby punktem „dalszym“, a więc kontynuacją zakończonych już ogniw norm „państwowych“? I to, co w pewnym aspekcie byłoby końcowym punktem poczytania— w innym układzie nie mogłoby wykazywać tych cech, skoro „wola“ jednego państwa znajduje się w stosunku normatywnym do „woli“ państwa innego: tryb zachowania się państw (względnie punktów, których zachowanie się jest poczytywane państwu) kieruje się wskazaniami o być mającem, odniesionemi nie do ośrodka ustrojowego, jako takiego, lecz do normy „wyższej“ i nie wywodzącej się z tego ośrodka. Jakkolwiek zapatrywać się można na konstrukcję, postulującą normatywność wyższą ponad końcowy punkt poczytania i „zakończenie“ ogniw normatywnych przesuwającą na szczebel dalszy—rozwiązanie tego problematu, w sensie „wyższości“ norm międzynarodowych i kontynuacji ogniw normy do istotnie „najwyższego“ międzynarodowo-prawnego punktu poczytania, nie musiałoby być zaprzeczeniem bez-

---

rauf, dass für die juristische Konstruktion die o b j e k t i v e Einheit des Rechtssatzes massgebend bleibt, der für beide Subjekte derselbe ist“. Tego momentu nie uwzględnia SANDER w krytyce dwójpodziału zdań prawnych (por. Staat und Recht II, str. 1134). Krytyka ta polega zresztą na przeinaczeniu i mylnem zrozumieniu zasadniczych założeń teorji KELSENA.

*) KELSEN j. wyż. str. 435.

względnej suwerenności poszczególnych „ośrodków wewnętrzno-państwowych". Albowiem zasada jedności norm prawnych może być logicznie ustalona przy wyłączeniu punktu poczytania, idącego „dalej" niż uznana za końcową najwyższa norma ustrojowa w układzie wewnętrzno-państwowym. Dwie hipotezy, ustalające tę jedność, bądź na podstawie prymatu prawa międzynarodowego, bądź na podstawie prymatu prawa państwowego, nie znajdują się w stosunku sprzeczności pomiędzy sobą. Jedność systemu będzie zachowana, jeśli jeden z końcowych punktów poczytań (dane państwo) będzie—jak się potocznie mówi—w stosunku „koordynacyjnym" do innych punktów poczytań (państwa inne). Mylny byłby dualizm konstrukcyjny, który w układach państwowych i pozapaństwowych (czy międzypaństwowych) widzi dwie zupełnie odrębne dziedziny, dwa odrębne przebiegi normatywne w płaszczyznach niestycznych *).

Taka dualistyczna konstrukcja nie wyłączałaby bynajmniej zasadniczych sprzeczności pomiędzy quasi — odrębnemi przebiegami **). Natomiast, prymat normy państwowej, zgodnie z którym prawo międzynarodowe, jest tylko „zewnętrznem prawem państwowem" („äusseres Staatsrecht" — według terminologji PH. ZORNA), byłby właśnie bardzo charakterystycznym przejawem jedności systemu—a to dzięki „pochłonięciu" normy międzynarodowej przez normę państwową i przez podkreślenie, że tylko ta ostatnia norma jest wyłącznym końcowym punktem poczytania, jako wyraz istotnej i wszechobejmującej suwerenności ***).

---

*) Por. TRIEPEL, Völkerrecht und Landesrecht, 1899, który uważa te dwa układy za systemy zupełnie odrębne i porównywa je z dwoma kołami, które „conajwyżej" stykają się, ale nigdy się nie przecinają str. 111: „zwei Kreise, die sich höchstens berühren, niemals schneiden". VERDROSS, Zur Konstruktion des Völkerrechts, Zeitschrift für Völkerrecht T. VIII, 1914 str. 334, 335, w następujący sposób charakteryzuje teorję dualistyczną: „Völkerrecht und staatliches Recht wären dann zwei gleichzeitig in Sollgeltung stehende Normenkomplexe, die untereinander nicht in Einklang zu stehen brauchen, da sie verschiedenen Trägern zugerechnet werden, jenes nämlich der Völkergesellschaft, dieses dagegen der Staatsperson". VERDROSS zaznacza wszakże, że takie ukształtowanie nie wyłącza sprzeczności pomiędzy odrębnemi systemami: „Da also der Willen zweier Personen vorhanden wäre, läge eine vollständige formale Trennung, und so zum mindestens auch die Möglichkeit eines inhaltlichen Widerspruchs zwischen ihnen vor".

**) Podkreśla to słusznie KELSEN, zaznaczając konstrukcyjną niemożliwość ujęcia dualistycznego. Por. Das Problem der Souveränität j. w. rozd. VI (konstrukcja dualistyczna) str. 120 n. i słuszny wywód o bezpodstawności teorji, twierdzącej o wyłączeniu konfliktów pomiędzy dwoma systemami, albowiem przedmioty ich norm są różne, str. 124: „Aus der Verschiedenheit der Normquelle—die eine rein formelle Differenz bedeutet—ergibt sich in keiner Weise eine Verschiedenheit des Norminhalts".

***) KELSEN, j. w. str. 188: „Die aller Erkenntnis und so auch der juristischen innewohnende Tendenz zur Einheit überwindet in der Hypothese, die als der Primat einzelstaatlichen Rechtsordnung be-

W tym tedy zakresie, kwalifikacja końcowego punktu poczytania, jako „państwa", nie wyjaśniałaby, czy tym punktem winno być państwo i tylko państwo. Możność konstrukcji opartej na prymacie państwa—przy jednoczesnej możności konstrukcji prymatu poczytania ponadpaństwowego czy pozapaństwowego— nie przemawia za koniecznością wyłączenia „monopolu" państwa w zakresie kwalifikacji końcowego punktu poczytania. Gdyby się okazało, że postulowanie tego monopolu państwa wyłączać musi możność uzasadnienia ważności, płynących z tej zasady norm „pochodnych" *) — wówczas teorja prymatu państwa nie dałaby się utrzymać. Ale to wyłączenie nie mogłoby być dokonane ze względu na celowość, lub polityczne czy etyczne podłoże teorji odmiennej, opartej na prymacie normy międzynarodowej. Nie mogłaby być probierzem ważności „sztuczność" konstrukcji prymatu państwowego w porównaniu z bardziej przejrzystą i mniej skomplikowaną konstrukcją prymatu normy pozapaństwowej.

Żadna bowiem konstrukcja nie jest „dana" — każda jest wynikiem operacji myślowych, a mniejszy lub większy stopień skomplikowania czy przejrzystości nie przesądza ważności ujęcia. Takie oceny byłyby pozanormatywne, albowiem w rozumieniu prawnem nie posiada znaczenia wartość czy celowość konstrukcji z politycznego czy etycznego punktu widzenia **).

---

zeichnet wurde, die—vorerst gegebene—Vielheit der Rechtsordnungen oder Staaten in der Weise, dass sie die eigene staatliche Rechtsordnung über die anderen ausdehnt und so — formell, wenn auch nicht materiell — zu einer Universalordnung gestaltet". VERDROSS j. wyż. uzasadnił możność konstrukcji, wywodzącej prawo ponadpaństwowe z państwa, uznając jej równoważność logiczną z konstrukcją normy ponadpaństwowej; w swych pracach następnych wszakże wypowiedział się — ze względów ściśle teoretycznych — za słusznością konstrukcji o końcowym punkcie poczytania w normie międzynarodowej. Zob. jego rozprawę: Grundlagen und Grundlegung des Völkerrechts. Ein Beitrag zu den Hypothesen des Völkerrechtspositivismus, Niemeyers Zeitschrift für internationales Recht. T. 29, 1921 str. 65 n.

*) Jak to uzasadnia np. VERDROSS, Die völkerrechtswidrige Kriegshandlung und der Strafanspruch der Staaten 1920 str. 41, uważając, że konstrukcja prymatu państwa nie wyjaśnia ważności wszystkich norm międzynarodowo-prawnych. I tylko na tej zasadzie, postulującej bezwzględną jedność połączeń norm, można byłoby ugruntować logiczną wyłączność prymatu normy międzynarodowo-prawnej. Ten wzgląd jest jedynie decydujący, gdyż wówczas ujawniony byłby brak spójności w konstrukcji prymatu państwa — i pewne kategorje normatywności tą konstrukcją nie byłyby objęte; str. 41: „Trotzdem kann aber—wenn wir auch von anderen Bedenken absehen—diese Konstruktion (t. j. konstrukcją prymatu normy państwowej) nicht als geglückt bezeichnet werden, da in dem durch sie gebildeten Rechtssysteme zwar nahezu alle, aber doch nicht alle Völkerrechtssätze ihren Platz finden".

**) Por. KELSEN j. w. 274: „Nicht irgendeinem politischen Glaubenbekenntnis zuliebe oder zuleide, sondern nur um einen argen Missbrauch der Rechtswissenschaft zu begegnen, um ihre Reinheit und damit ihre Ehre zu wahren, sei als Ergebnis dieser Untersuchungen festgestellt, dass die

Rzecz inna, gdyby konstrukcja prymatu państwa okazała się niespójną ze względu na to, że nie tylko pewne wypowiedzi normatywne przez nią nie mogłyby być ujęte, lecz również ze względu, że w układzie międzynarodowym punktami poczytania, t. j. podmiotami, do których odnosi się poczytanie, są nie tylko państwa. Konstrukcja prymatu państwa operuje wyłącznie poczytaniami końcowemi, zachodzącemi w skoordynowaniu „suwerenności", z których każda reciprociter „wchłania" w siebie inną, uważając się za końcowy (i przeto wyłączny) punkt poczytania. Jeśli zaś założymy, że i w układzie międzynarodowym wyjściowemi punktami poczytania mogą być podmioty „nie państwowe" — wówczas odniesienie do normy państwowej nasuwać może poważne trudności konstrukcyjne; można je przezwyciężyć nawet przy przypuszczeniu, że podmiotami są jednostki, kwalifikowane jako „poddani" czy „przynależni" — niezależnie od tego, czy posiadają kwalifikację „organów władzy", czy też kwalifikacji tej nie posiadają; wszakże trudności te będą nie do przezwyciężenia, jeśli punktami poczytania są podmioty lub personifikacje wykazujące odrębność końcowych punktów poczytań, które „państwami" w rozumieniu powszechnem nie są. W odniesieniu do nich nie daje się skonstruować końcowy punkt poczytania, jako przypisywany państwu, albowiem nie są one tem, co w rozumieniu politycznem za państwo uchodzi. Jednakże są one podmiotami międzynarodowemi — i nie byłoby dopuszczalne, gdybyśmy dlatego, że są one takimi podmiotami, przypisywali im cechy państwowości (post hoc — ergo propter hoc!). Taka konstrukcja byłaby możliwa przy wyłączeniu wogóle pojęcia państwa, jako kategorji od prawa różnej, i przy przypuszczeniu tożsamości obu pojęć. Ale wówczas nie zachodziłoby zagadnienie prymatu państwa i mogłaby być jedynie mowa o prymacie normy prawnej. Przypisywanie zaś powyższym podmiotom międzynarodowym cech, zbliżających je do państwa, podkreślanie „wyjątkowości" czy „sztuczności" takiego układu byłoby jedynie argumentem przeciwko teorji prymatu państwa *).

Völkerrechtsordnung ohne die geringste Gefährdung ihres Wesens auch eine „organisierte" Gemeinschaft, ein „Staat" in jedem zulässigen Sinne dieses Wortes werden kann". SANDER, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung j. w. 630 (w przypisie) zaznacza (w krytyce wywodów VERDROSSA): „Denn der Positivismus muss dem Rechtsmaterial „wertfrei, werblind" gegenüberstehen".

*) Por. CYBICHOWSKI, System prawa międzynarodowego 1923, str. 3, str. 122 n. Por. również znane trudności konstrukcyjne w przedmiocie międzynarodowo-prawnego stanowiska Stolicy Apostolskiej. J. MAKOWSKI, Prawo międzynarodowe, 1922 str. 371, zaznacza, że Papież posiada pewne cechy podmiotowości jedynie refleksyjnie („prawo odblaskowe"); jeśli zaś podmiotem tych praw i przywilejów „jest grupa państw, których ludność, albo całkowicie, albo częściowo jest katolicką"—twierdzenie to znaczy, że przypuszczona została podmiotowość, która państwem nie jest. Przypuszczenie, że Stolica Apostolska posiada stano-

Przypuszczenie, że połączenia ogniw norm i norm wówczas jedynie kwalifikowane być mogą jako „prawne“, jeśli końcowym punktem poczytania jest „państwo“ — byłoby podstawne w tym tylko wypadku, gdybyśmy w pojęciu państwa ustalić mogli takie cechy normatywne, które ukształtowaniu i połączeniu wypowiedzi nadawałyby znaczenie, jakich przed wprowadzeniem tego pojęcia one nie posiadały. Takie ujęcie byłoby podobne do tych kwlifikacji norm prawnych, które ukształtowaniu nakazów, opatrzonych sankcją przymusu, nadają cechę prawności ze względu na „przymus“ (differentia specifica). Rzeczą jest oczywistą, że takie kwalifikacje oparte są na przypuszczeniu momentów eksplikacyjnych (ziszczalność w drodze przymusu, motywacja ze względu na przymus).

Wszakże, gdy w rozumieniu normatywnem państwo niczem innem nie jest, jak wyrazem systematycznej i funkcjonalno-dynamicznej jedności w połączeniach norm i w odniesieniu wszystkich norm do końcowego punktu poczytania — w pojęciu tem nie ma takich cech, które nie byłyby normatywnemi. W tem rozumieniu państwo nie ma innych cech poza cechami prawnemi; jeśli zaś w kwalifikacji jego, jako punktu poczytania, stwierdzamy cechę, zamykającą przebieg połączeń normatywnych — stwierdzenie to jest jedynie zakreśleniem granicy, do której sięga poznanie normatywne. Widzieliśmy poprzednio, że konstrukcja przesuwająca punkt poczytania (w kierunku „nadporządkowania“) do normy międzynarodowej, jest logicznie możliwa. Byłoby więc dopuszczalne przesunięcie granicy poznania normatywnego stosownie do odmiennie skonstruowanego „pozapaństwowego“ czy „ponadpaństwowego“ punktu poczytania, w stosunku do którego państwo nie mogłoby uchodzić za zamknięcie ogniw poczytań. Takie połączenia norm byłyby w swej strukturze formalnej normami prawnemi.

Przypisywanie państwu takich cech, które w połączeniu z jakąkolwiek normatywnością „dają“ normatywność prawną i jednoczesne traktowanie państwa, jako wyłącznego układu normatywnego — byłoby konstrukcją niemożliwą z punktu widzenia logicznego. Połączenie cechy „politycznej“ („panowanie“, „działanie mocy realnej“) lub „psychologicznej“ („uznanie“, „motywacyjne działanie przedstawień o normie“) z cechami normatywności byłoby, jak już powiedziałem, niedopuszczalnem wprowadzeniem momentów eksplikacyjnych. Te momenty ekspli-

---

wisko „jakgdyby międzynarodowe“ (OPPENHEIM, International Law Wyd. III T. I 1920, str. 185: „a quasi—international position“), nie jest, oczywiście, ujęciem konstrukcyjnem. Por. również komplikacje, zachodzące w przedmiocie stanowiska dominjów angielskich, posiadających prawo zawierania układów międzynarodowych i jak np. Kanada prawo legacji (OPPENHEIM j. w. str. 126, str. 169 n.). Ich „specjalne stanowisko“ („a special position“) przemawia za ich odrębną podmiotowością, aczkolwiek nie są „państwami“ w rozumieniu politycznem.

kacyjne mogą być zrozumiane normatywnie, jeśli treść charakteryzowana jako „przymus", „uznanie", „posłuszeństwo" przejawia się w układzie, pojmowanym, jako treść „być mająca". „Przymus", czy „uznanie" są więc czemś ponad „prawem" stojącem, nie czemś urzeczywistniającem motywację, wynikającą z przedstawień o normie—lecz normatywnem ukształtowaniem treści. Państwo może być wówczas uważane, jako jedność systemu norm porządkujących układ treści, w których przymus, jako specyficzny tryb postępowania, winien być stosowany *). Jeśli moce działające w układzie państwowym są przejawem motywacyjnego działania przedstawień o normie — nie należy wyobrażać sobie państwa, jako siły, stojącej „ponad" normami (gwoli ich urzeczywistniania). Państwo bowiem samo jest tym porządkiem idęalnym, który się urzeczywistnia, a — w tłumaczeniu na terminologję normatywną — który się urzeczywistniać powinien**). I gdy w rozumieniu normatywnem można mówić wyłącznie o tożsamość państwa i prawa, redukcja „prawności" do „państwowości" nie byłaby charakterologicznem ujęciem istotnych cech normy prawnej. Tą cechą istotną jest jedynie strukturalna specyficzność połączeń normy i norm samych oraz ich jedność w układzie dynamicznym.

Można byłoby wprawdzie zastąpić pojęcie tożsamości państwa i prawa konstrukcją, uznającą państwo za pojęcie szersze, prawo zaś za pojęcie pochodne, wywodzące się z państwa. Byłoby wówczas państwo przypuszczeniem prawa, obejmującem je, jako część całości. Pomijając socjologiczne ukształtowanie takiej teorji, która, ignorując pozapaństwowe uporządkowania prawne, operuje przypuszczeniem mocy państwowej, jako wyłącznie prawotwórczej ***), można byłoby założyć, że normatywne pojęcie państwa jest formą, ujmującą również formalne pojęcie prawa ****). Zachodzić mogłyby wówczas dwie ewentualności: 1) po-

*) KELSEN, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff j. w. 82: „Der Staat erscheint als die Einheit eines Systems von Normen, die regeln, unter welchen Bedingungen ein bestimmter Zwang von Mensch zu Mensch geübt werden solle."

**) Por. KELSEN j. w. str. 89: „Liegt aber alle soziale „Macht" in der motivierenden Kraft gewisser Normvorstellungen, dann ist es schlechterdings sinnlos den Staat als Macht vorzustellen, die „hinter" den Rechtsnormen steht um diese zu verwirklichen". Niesłusznie wprawdzie podkreśla KELSEN znaczenie momentu ziszczalności. W rozumieniu normatywnem jest obojetne, czy ideologja motywująca traci moc działania w rzeczywistości. Twierdzenie KELSENA loc. eod. „In dem Augenblick, da diese Ideologie ihre motivierende Kraft verliert, gibt es keine Staats— „Macht" mehr..." wprowadza zbyteczne motywy eksplikacyjne.

***) Por. np. GUMPLOWICZ, Allgemeines Staatsrecht, 1907, str. 425 n.

****) O możności takiej konstrukcji, zob. wywód HENRICHA, Theorie des Staatsgebietes j. w. str. 18: „Sie (scil. die Lehre von der lo-

jęcie państwa wykazywałoby takie cechy normatywne (w strukturze wypowiedzi), które byłyby właściwe pojęciu prawa tylko jako pochodne; 2) pojęcie państwa posiadałoby takie cechy normatywne, których pojęcie prawa nie wykazuje.W pierwszym wypadku, mielibyśmy do czynienia z zaznaczeniem niesamoistności cech prawa; wszystko co jest w prawie, jest już uprzednio w państwie. Moglibyśmy wówczas powiedzieć, że jest dana normatywność, która w swym układzie strukturalnym jest prawną, a jej pochodne nazwane są „prawnemi", nie dlatego, że posiadają jakieś cechy samoistne (wywodzą się bowiem z czegoś, co nie jest prawem). W drugim zaś wypadku musielibyśmy uznać, że odrębna kategorja prawności nie istnieje, albowiem forma nazwana prawną nie posiadałaby cech prawności, wywodzi się bowiem z czegoś, co nie jest prawem. W tych obu wypadkach należałoby mówić o „normatywności państwowej" (nie przesądzam, jak można byłoby ująć jej wygląd strukturalny). Pozatem przypuszczenie państwa, jako formy, ujmującej formę prawa, musiałoby być oparte na przypuszczeniu, że prawo nie jest „treścią" specyficznie ujmowaną przez państwo (inaczej bowiem przy przypuszczeniu prawa jako treści—jego normatywna istota byłaby wyrazem bez znaczenia, gdy „„treść' sama przez się nie jest normatywną i tylko jej specyficzne ujęcie nadaje jej taki wygląd). Konstrukcja państwa jako „formy prawa", wyobrażająca zupełnie zbyteczne „zdwojenie" normatywności, musiałaby prowadzić do przypisania tej formie wtórnej jakichś treści — przez co państwo niczem innem być by nie mogło, jak unormowaniem pewnych treści, nazwanych „treściami prawnemi". W takiem rozumieniu państwo musiałoby być uważane za normatywność prawną *).

Przypuszczenie państwa, jako pojęcia, obejmującego prawo, możliwe jest wyłącznie w ujęciu socjologicznem lub psychologicznem.

Również odwrotnie: przypuszczenie prawa, jako układu normatywnego, któremu byłoby podporządkowane państwo, polegałoby raczej na przeciwstawieniu dwóch odrębnych istności (państwa i prawa) i na wywodzie: „autorytetu państwa" z „autorytetu prawa". Odrębność „państwa", jako pojęcia podporządkowanego, musiałaby wyłączać takie cechy normatywne,

---

gischen Priorität des Staates) könnte — frei von jeglichen seinwissenschaftlichen Verfälschung—ihre Bemühungen auf den Nachweis konzentrieren, dass der normlogische Begriff des Rechtes als Form den normlogischen Begriff des Staates als Form zur Voraussetzung hat".

*) HENRICH j. w. 18: „Zwei voneinander unabhängige Rechtsvoraussetzungsbegriffe — der Begriff des Rechtes u n d der Begriff des Staates — erscheinen denn doch als allzusehr in die Augen springende Duplizität. Man ist also gezwungen einen von den beiden Begriffen zum Rechtsinhaltsbegriff zu machen, wenn man nich in die Identitätslehre zurückverfallen will".

które posiada prawo i tylko prawo *). Wówczas, rzecz oczywista, mielibyśmy do czynienia z dwoma niewspółmiernemi pojęciami, skoro w pojęciu państwa byłoby jakieś quid, nie dające się ująć normatywnie.

Takie podporządkowanie polegałoby na przypuszczeniu możliwości wyłącznego istnienia t. zw. państwa praworządnego; nie ulega wszakże wątpieniu, że również państwo nie praworządne może być kwalifikowane sub specie normatywności prawnej **). Konstrukcja HENRICHA, która polega na przypuszczeniu pojęcia państwa, jako podporządkowanego prawu i jako wyrazu „możliwych treści porządku prawnego“ („als der engere Begriff einer von den möglichen Inhalten der Rechtsordnung“), prowadzi do konsekwencji następującej: państwo jest tą osobowością prawną, która uchodzi za „przypuszczenie“ (Voraussetzung) wszystkich pozostałych podmiotów prawa. Porządek prawny posiada w zespole swych treści „osobę państwa“ (Staatsperson), jako ujmującą w systemie jedności wszystkie podmioty prawa ***). Pozostaje niewyjaśnione, w jaki sposób to pojęcie posiadać może jakąś treść specyficzną. Teorja HENRICHA, kwalifikująca państwo, jako przypuszczenie wszystkich punktów poczytania — jest właściwie konstrukcją „końcowego punktu poczytania“, przez co prowadzi do koniecznego założenia o tożsamości obu pojęć: państwa i prawa ****).

Kwalifikując końcowy punkt poczytania, jako państwo, nie łączymy z tem ostatnim pojęciem żadnych cech, które wykraczałyby poza granice poznania normatywnego. Jeśli charaktery-

---

*) Por. w tym przedmiocie teorję KRABBE'GO, Die moderne Staatsidee 1919 i wyczerpującą krytykę tej teorji w pracach KELSENA (Das Problem der Souveränität j. w. 22 n. i Der soziologische und der juristische Staatsbegriff j. w. 184 n.). KRABBE, zbliżając się do teorji identyczności państwa i prawa, tożsamość tę widzi w ich „autorytecie“— uważa przeto pojęcia te za dwie istności odrębne; str. 1: „Das Recht ist nicht eine übergeordnete und der Staat eine untergeordnete Macht, sondern die im Staate gegebene Autorität und die Autorität des Rechts sind identisch, so dass die Grundlage der Herrschaft des Staates und der besondern Kraft des Rechtes zusammenfällt“. Por. SANDER, Staat und Recht j. w. T. II, str. 1104 n.

**) KELSEN, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff j. w., str. 187.

***) HENRICH j. w. str. 24: Der Staat ist sonach nichts anderes als diejenige juristische Person ,die Voraussetzung aller übrigen Rechtssubjekte, d. h. sowohl Einzelrechtssubjekte als auch juristischen Personen darstellt“.

****) Por. trafne sformułowanie SANDERA j. wyż. T. II str. 1103: „Für die Theorie der Rechtserfahrung aber bedeutet „Rechtssouveränität“ nicht den Primat des Rechtes vor dem Staate, sondern nichts anderes als den transzedental—rechtlichen Sachverhalt, dass das Recht kraft seiner souveränen Erzeugungsmethode, dem Rechtsverfahren, lediglich eine Welt rechtlicher Gegenstände, rechtlicher Tatbestände hervorbringt, also auch „Staat“ innerhalb der Rechtserfahrung nicht etwas vom Rechte verschiedenes, sondern nur— Recht sein kann“.

zujemy państwo, jako końcowy punkt poczytania — to nie dlatego, że owo quid nazwane państwem posiada takie cechy eksplikacyjne, które, poza tą kwalifikacją „poczytania końcowego", nadawaćby mu mogły inną kwalifikację. Wówczas istnieć by musiały jakieś cechy (polityczno-społeczne, psychologiczne) państwa, które nadawałyby najwyższej normie charakter „końcowości" — przyczem ten charakter tylko przez istnienie owych właściwości mógłby być wytłomaczony. Taka konstrukcja byłaby typowym synkretyzmem metod eksplikacyjnej i normatywnej. Byłaby kwalifikacją normy, uzależniająca ją od treści—co, oczywiście, jest sprzeczne z pojmowaniem normy, jako odniesieniem treści w rozumieniu ukształtowań tego „co być powinno".

Należy więc powiedzieć, że charakterologicznie cechy państwa dane są w rozumieniu normatywnem z tego wyłącznie względu, że dynamiczne ujęcie normy charakteryzuje je jako końcowy punkt poczytania. Ale z tego bynajmniej nie wynika twierdzenie odwrotne: każdy jakoby końcowy punkt poczytania musi być bezwzględnie państwem. Jeśli państwo w rozumieniu normatywnem jest systemem norm prawnych, związanych w łączności ich ogniw i ciągłych w trybie odniesienia do wszechobejmującej jedności—nie znaczy to, ażeby każdy ciągły i jedyny system norm niczem innem, poza państwem, być nie mógł. Ekwiwokacje terminologiczne związane z pojęciem państwa, polityczne i socjologiczno-psychologiczne rozumienie tego terminu prowadzą do błędnego pojmowania każdego systemu norm prawnych, odniesionego do najwyższego punktu poczytania, jako równoznacznego z „państwem". W konstrukcji normatywnej pojęcie państwa mogłoby być wyłączone i zastąpione przez zawsze jednoznaczny termin końcowego punktu poczytania w normie najwyższej. Jeśli w trybie odmiennych aspektów stosować będziemy do rzędów przebiegów normatywnych ujęcie eksplikacyjne (jeśli np. pojęcie końcowego punktu poczytania tłomaczyć będziemy na język socjologji) — wówczas nie trudno będzie się przekonać, że to co w danym systemie jest państwem (w znaczeniu socjologicznem), w innym systemie będzie „nadpaństwem", w innym zaś znów taką grupą, którą negative kwalifikować wypadnie jako „nie—państwo"; albowiem w rozumieniu socjologicznem nie każda grupa społeczna musi być związkiem państwowym. I nie będzie można powiedzieć, że tylko system norm istniejący w grupie, nazwanej ze względu na jej specyficzne znamiona eksplikacyjne państwem, jest systemem norm prawnych. Takie rozumienie musiałoby prowadzić do wniosku, że kompleksy intuicyjne i zwyczajowe, jako wypowiedzi pozapaństwowe, oraz że systemy norm międzynarodowych i kościelnych nic wspólnego z „prawnością" mieć nie mogą.

Rozumienie normatywne, utożsamiające państwo z prawem i wyłączające przeto w pojęciu państwa takie cechy, które do normatywności sprowadzone być nie mogą, nie znaczy, oczywi-

ście, że każdy system norm, że każde odniesienie do końcowego punktu poczytania jest „przebiegiem“ państwowym. Takie przypuszczenie musiałoby postulować zasadę istnienia w pojęciu państwa takich cech, które za normatywnie-prawne uważane być nie mogą. Ustalenie identyczności państwa i prawa jest bezpośrednim wnioskiem z założenia, że w normatywności prawnej, rozważane z specyficznego punktu widzenia, nie może być innych redukcji poza prawnemi. Znaczy to, że w każdym systemie norm dany jest końcowy punkt poczytania. Jakakolwiek kwalifikacja tego punktu jest w ujęciu normatywnem niedopuszczalna. Socjologiczne pojęcie „państwa“ nie ulega przez to zaprzeczeniu, jeśli np. w układzie międzynarodowym, wyobrażanym, jako układ ponadpaństwowy, końcowy punkt poczytania odniesiony będzie do normy, której w rozumieniu eksplikacyjnem (czy to ze względu na treść, czy na genezę) nie można uważać za normę „państwową“. W rozumieniu normatywnem może być przypuszczana tylko jedność systemu, albowiem „pluralizm“ przypuszczać by musiał odmienną strukturę, odrębny charakter powiązań (treść i geneza są normatywnie obojętne), i co najważniejsze — odmienność wszystkich podmiotów, jako punktów poczytań. Dlategoteż przy przypuszczeniu jakiejkolwiek najwyższej normy ponadpaństwowej czy niepaństwowej—należałoby również przypuścić negację wyłączności poczytania państwowego, uważanego za końcowy punkt poczytania.

Rzecz oczywista, że w rozważaniu socjologicznem możliwa jest analiza walk i starć, zwycięstw i klęsk, stosunku wrogości lub obojętności pomiędzy „systemami“ norm prawnych, odmiennie ujmującemi punkty poczytania, a w szczególności końcowe punkty poczytań. Te ukształtowania nie mogą być rozumiane normatywnie; normatywnie bowiem — wobec jedności systemu — jedyny może być punkt poczytania końcowy.

Normy ponadpaństwowe mogą być zredukowane do normy państwowej — i odwrotnie; normy nie państwowe, o ile są w swym wyglądzie strukturalnym normami prawnemi, mogą być rozumiane, jako odrębna normatywność wówczas tylko, jeśli redukcje ich do końcowego punktu poczytania są „wyrazem“ układu, którego socjologicznie jako państwa kwalifikować nie można *). W takiem rozumieniu końcowym punktem poczytania byłoby nie państwo, lecz społeczeństwo, grupa społeczna **).

---

*) Por. KELSEN, Das Problem der Souveränität j. wyż. str. 94 uw. 1: „Soferne aber die Gewohnheit ebenso wie die oberste Satzungsautorität unmittelbar auf der Ursprungsnorm selbst beruht, ist die Frage nach der Zulässigkeit des Gewohnheitsrechtes ein Streit um Voraussetzungen der Rechtsordnung und daher juristisch nicht zu entscheiden“.

**) Por. EHRLICH, Grundlegung der Soziologie des Rechts 1913 str. 314: „Der Schwerpunkt der Rechtsentwicklung lag seit jeher nicht in der Staatstätigkeit, sondern in der Gesellschaft selbst und ist auch

Dynamika normy prawnej wyłącza wszelkie ujęcie socjologiczne i polityczne. Punkty poczytania w normie, w ich stosunku funkcjonalnym do normy najwyższej, nie mogą być rozważane z punktu widzenia „czynności społecznych“ — w rozumieniu ich ziszczalności lub aktualnych ziszczeń; są one tylko pojęciami normatywnemi, konstrukcjami w systemie powiązań ogniw prawnych; są one rozumiane nie jako treści, lecz — jak to charakteryzuje ZNANIECKI — pojmowane być winny, jako ujęcia „praktycznej refleksji nad czynnościami“ (t. j. nad treściami)*).

W tem rozumieniu cechy „prawności“ są współmierne jedynie z strukturalnym wyglądem normy, zupełnie niezależnie od socjologicznych i politycznych, czy wogóle jakichkolwiek innych, kwalifikacji końcowych punktów poczytania. Układy konwencjonalne, zwyczajowe, intuicyjne są w takim samym stopniu prawnemi (jeśli wogóle w tym zakresie mówić można o stopniowaniu), jak kompleksy państwowe. Wszystkim tym układom, o ile mają być kwalifikowane, jako prawne, odpowiada struktura: A powinien zachować się n, a w wypadku niezastosowania się A do tego wskazania, powinien istnieć jakiś B, którego zachowanie się in hoc casu powinno odpowiadać pewnemu ukształtowaniu treści (n_1). Obojętna jest dziedzina życia, w której treść kształtuje się normatywnie; można nawet przypuścić, że B in thesi „nie istnieje“, i że jest on tylko przypuszczalnym i wyobrażanym organem, który obowiązany jest zachować się odpowiednio w wypadku „nisi n“. Można również przypuścić, że dany kompleks uważany jest w normatywnem rozumieniu państwa, jako coś wręcz sprzecznego z normą. Zachodzi wówczas negatywna kwalifikacja układu, uważanego przez pewne punkty poczytania za system normatywnie prawny; przez co system ten z punktu widzenia „państwa“ uważany jest za normatywnie nieważny. Tego rodzaju „kolizje“ nie mogą być

---

in der Gegenwart dort zu suchen. Das gilt nicht bloss von den Rechtseinrichtungen, sondern auch von den Entscheidungsnormen“.

*) ZNANIECKI j. w. str. 289, podkreślając „normatywność“ teoretycznego rozważania prawa, słusznie uwydatnia różnice, zachodzące pomiędzy tym aspektem, a ujęciem socjologicznem: „... socjolog zajmuje się nie tem, czego państwo w swoim systemie prawnym wymaga i przepisuje, lecz tem, co się w państwowo zorganizowanej grupie działo lub dzieje“ str. 294. Uważając, że państwo w rozumieniu normatywnem jest „systemem praw“ (gdy socjologicznie jest ono „systemem ludzi“), charakteryzuje je, jako „system czynności prawno-państwowych“ str. 293, str. 294. Poprzednio wszakże (str. 242, 243 „zjawiska prawne“) wyłączał adjektywizację „państwowości“ („państwo ze stanowiska prawnego jest systemem czynności prawnych“ str. 243). To ujęcie jest dokładniejsze: albowiem zjawiska polityczne czy państwowe nie są kategorją odrębną (jak np. zjawiska ekonomiczne), lecz są bądź prawne, bądź społeczne (socjologiczne), zależnie od sposobu ujmowania i rozważania. Wszakże ZNANIECKI wyraźnie podkreśla, że nie może być teorji państwa per se, któraby „zjednoczyła w sobie socjologiczną i prawną stronę państwowej organizacji konkretnego zbiorowiska ludzkiego“ (str. 294).

wyjaśnione prawnie, albowiem aspekt normatywny wyłącza jednoczesne istnienie dwóch systemów, posiadających identyczne punkty poczytania. Te „negowane“ systemy *), rozważane niezawiśle od stanowiska systemu „państwowego“, wykazują układ strukturalny typowo-prawny, implikują „odesłanie“ do najwyższej w ich rozumieniu normy, czyli do końcowego punktu poczytania. Ten punkt nie wykazuje, oczywiście, kwalifikacji „państwowej“. Niemniej wszakże powiązanie wypowiedzi A—n z wypowiedzią B—n, (przyczem, B jest przeważnie końcowym punktem poczytania), nie różni się w ujęciu normatywnem od „sankcji“ państwowych. Oczywiście, łączne ogniwo, wypowiadające się o zachowaniu się B, musi je charakteryzować, jako układ, który „być powinien“, nie zaś jako ocenę czy sąd moralny o zachowania się punktu poczytania w wypowiedzi „A — n“. B, który socjologicznie będzie charakteryzowany, jako „widz“, „trzeci bezstronny“ **), jest w rozumieniu normatywnie prawnem „sędzią“. Jego „oceny“ stają się orzeczeniami rozstrzygającemi, które powinny stosować się do pewnych wskazań (chociażby intuicyjnych) i stanowią o prawności czy bezprawności zachowania się podmiotów, uznanych za wyjściowe punkty poczytania. Ukształtowania, uznawane eksplikacyjnie za kompleksy konwencjonalne lub moralne, są w takich układach powiązaniami prawnemi; nie rozchodzi się bowiem w nich o wyrażenie aprobaty lub nagany, sympatji lub antypatji, poparcia lub przeciwstawienia się, lecz o „sankcję“, która stanowi jednocześnie zobowiązanie osoby sankcjonującej. Możliwy jest wówczas system norm prawnych, dla którego normatywność „państwowa“ nie będzie ważna ,gdy jednocześnie ta ostatnia takiemu systemowi również odmawia ważności. Taka sprzeczność czy rozbieżność systemów może być rozumiana eksplikacyjnie. W ujęciu normatywnem będzie ważny tylko jeden system prawny; rozważanie styczności, sprzeczności czy rozbieżności dwóch systemów przekracza dziedzinę poznania normatywnego. Socjologicznie czy psychologicznie można wyjaśnić preponderancję jednego z dwóch systemów, czy nawet ich współdziałanie. Normatywnie można byłoby wyłączyć ważność systemu „państwo-

*) O ile są „uznawane“ pośrednio czy bezpośrednio, domyślnie czy wyraźnie—będą wówczas, rzecz oczywista, podporządkowane końcowemu punktowi poczytania państwowego.

**) Por. VIERKANDT, Staat und Gesellschaft in der Gegenwart 1916 str. 32, 33, który podkreśla socjologiczne znaczenie „widzów“ (Handelnde und Zuschauer) dla ustalenia norm moralnych, obyczajowych i prawnych. O roli „sędziego“ w układach, które w rozumieniu państwowem nie są uważane za prawne — zob. wywód PETRAŻYCKIEGO, Teorja j. w. T. I str. 176; również KELSEN, Hauptprobleme str. 257: „Nach der hier vertretenen Ansicht gehört zum Wesen des objektiven Rechtes das Gericht“. W rozumieniu teorji, uznającej normatywność pozapaństwową, sędzia będzie końcowym punktem poczytania.

wego“ i analizować wyłącznie system nie — państwowy, jako jedynie ważny. Wszelkie probierze faktyczności nie posiadałyby w tym zakresie rozważań żadnego znaczenia.

ROZDZIAŁ DZIEWIĄTY.

SYSTEM NORM PRAWNYCH.

§ 27.

Pojęcie systemu.

Zaznaczyłem poprzednio, że pojęcie normy jest jedno; w tem pojęciu odróżniane być mogą poszczególne rodzaje, kwalifikowane odmiennie ze względu na różnice w układzie strukturalnym (zob. str. 76, 77).

Strukturalna budowa i specyficzne powiązania wypowiedzi o tem, co być powinno, są charakterystycznemi znamionami normy, nazwanej normą prawną. Rozumie się, że taką normatywnością nie jest suma wypowiedzi, z których każda w swym „wyglądzie“ odpowiada strukturalnej projekcji powiązań, kwalifikowanych jako prawne. Nie można powiedzieć, że zbiór tego rodzaju wypowiedzi, z których każda wykazuje charakterystyczny przebieg od wyjściowego do końcowego punktu poczytania, „tworzy“ normatywność prawną, i że ta ostatnia dana jest wyłącznie przez istnienie pewnego zespołu wypowiedzi. Normatywność nie jest zbiorem tych wypowiedzi—jest ona idealną zasadą jedności, na której „ufundowana“ jest każda z wypowiedzi. Są one w swych „ przejawach“, w swych sformułowaniach danych, jako konkretne — „odbiciem“ czy „ujawnieniem“ tej specyficznie jedności pojęciowej, którą charakteryzujemy jako normatywność prawną.

Normatywność prawna nie „tworzy się“ przez wypowiedzenie, ustalenie (a tem mniej przez aktualizację) konkretnego wskazania czy też zbioru konkretnych wskazań, z których każde wykazuje specyficzną budowę i swoisty tryb powiązań i połączeń. Przeciwnie: dane wskazanie konkretne o tyle jest prawne, o ile są w niem in complexu wszystkie te cechy, jakie a priori właściwe są normie, jako przedmiotowi idealnemu. W analizie prawności spotykamy, rzecz oczywista, nieskończoną różnorodność wypowiedzi; wszakże ta rożnorodność nie jest odmiennością w ukształtowaniu „tego, co być powinno“. Samo ukształtowanie i powiązanie ogniw tego ukształtowania będzie zawsze i wszędzie jednakie; każde bowiem odchylenie w strukturze, każda odmienność czy luka w trybie powiązania uniemożliwiłaby ujęcie. Różnorodność ta jest złudzeniem „optycznem“, gdy przy analizie ukształtowania treści przypisujemy znaczenie samej treści; przyczem różnicujemy takie kwalifikacje treści,

w zależności od sposobu powiązań, i odróżniamy odmienność zachowania się przejściowych czy końcowych punktów poczytania, dopatrując się zależności od ujęcia „powinności", przypisywanych wyjściowym tego poczytania punktom. Rzecz oczywista, że zachowanie się, rozumiane jako „deontologiczne", jest zupełnie różne w odniesieniu do treści, wskazującej: że A powinien wymijać przechodniów z prawej strony, oświetlać klatkę schodową należącego doń domu, opłacać stempel od wydawanych pokwitowań, donosić władzy o przygotowującem się przestępstwie zdrady stanu, wstrzymywać się od zaboru cudzej własności, zaniechać czynów, powodujących szkody i straty, uiszczać cenę kupowanych przedmiotów. Cóż wspólnego bowiem ma obowiązek opłacania wystawionych rachunków markami stemplowemi z „obowiązkiem" służby wojskowej lub z zaniechaniem czynu, kwalifikowanego jako zabójstwo lub kradzież? Jeśli pozatem zważymy, że normie prawnej właściwe jest specyficzne połączenie „powinności" — wówczas zachodzić będzie kwestja: czy nie ma istotnej różnicy w zachowaniu się (rozumianem jako „deontologiczne") tych podmiotów, które sankcjonują odchylenia od wskazań, miarodajnych dla t. zw. wyjściowych punktów poczytania. Cóż wspólnego bowiem mieć może kara śmierci z postępowaniem przetargowem, lub pozbawienie praw stanu z orzeczeniem sądowem, nakazującem ojcu dziecka nieślubnego płacenie alimentów? Cóż wspólnego mają sankcje międzynarodowoprawne, przewidziane w art. 16 paktu Ligi Narodów, z sankcją orzeczenia sądowego, nakazującego wyrugowanie lokatora z zajmowanego przezeń pomieszczenia? I na czem polegałaby wspólność podstawy orzeczenia dyscyplinarnego, skazującego urzędnika na zawieszenie w urzędowaniu, z orzeczeniem Najwyższego Trybunału Administracyjnego, uznającego, że pewne zarządzenie jest niezgodne z prawem, a przeto powinno uledz uchyleniu?

Następnie: obserwacja uczy, że pomiędzy zachowaniem się A, jako wyjściowego punktu poczytania, a deontologicznie rozumianem zachowaniem się B, jako tegoż poczytania punktem przejściowym, zachodzi pewna „współzależność". A, który nie uiścił ceny sprzedażnej, nie będzie skazany na karę śmierci. Sankcja, przewidziana za zabójstwo, nie pociąga za sobą wyrugowania winowajcy z zajmowanego przezeń pomieszczenia. Pozostawienie bez pomocy osoby, która pozbawiona jest możności mieć o sobie pieczę, pociąga za sobą karę pozbawienia wolności; nie płacenie przewidzianych przez prawo alimentów krewnemu lub powinowatemu „zostającemu w potrzebie" pociąga za sobą tylko odpowiedzialność majątkową. Ta współzależność i współmierność skutku do ukształtowań, poprzedzających „skutek", nie jest, oczywiście, czemś, co mogłoby być ustalone, jako wskazanie bezwzględne. Niewykonanie umów może pociągać za sobą sankcje, nazywane „karnemi"; czyny, kwalifikowane jako przestępstwa, w pewnych okresach historycznych powodowały

skutki, które dziś uważamy za sankcje cywilne. Zachowanie się, kwalifikowane w pewnym okresie, jako podlegające ujęciu normatywnemu, w innym okresie ujęciu temu nie podlega. Czasy współczesne nie znają odpowiedzialności czarownic, a jeszcze przed laty dziesięciu nie znano przestępstw, dziś kwalifikowanych, jako paskarstwo, handel łańcuszkowy, lichwa wojenna.

Te wszystkie różnicowania nie mają nic wspólnego z normatywnością prawną. Analizy, wskazujące różnorodność normy, nie są tej różnorodności dowodem; dotyczą bowiem jedynie kwalifikacji treści, podlegających ukształtowaniu normatywnemu. Czy w wypowiedzi A--n treść wyrażona przez symbol „n", będzie znaczyć: zachowanie, wyrażające się w „powinności" uiszczenia długu, doniesienia władzy o przestępstwie, wizowania paszportu, alimentacji krewnych, szanowania cudzej własności, nie pozbawiania życia bliźnich, humanitarnego obchodzenia się ze zwierzętami — jest najzupełniej obojętne. Ważną jest nie treść sama, lecz jej ujęcie w normie. To samo rzec należy co do ukształtowań, nazywanych sankcjonującemi (wzór B—n_1); czy n_1 ma znaczenie obowiązku skazania kogoś na śmierć lub na pozbawienie wolności względnie na karę pieniężną, czy też znaczy pewien przymus „majątkowy" ((egzekucja cywilna) lub ustalenie istnienia, względnie nieistnienia, jakiegoś stosunku, stworzenie pewnej sytuacji prawnej (wyobcowanie z zawodu lub z korporacji, rozwiązanie stosunku małżeńskiego czy spółkowego), unieważnienie pewnych aktów prywatno — lub publiczno-prawnych — te wszystkie konfiguracje nie posiadają normatywnie żadnego znaczenia. Normatywnie ważne jest jedynie: 1) że B (jako przejściowy, czy końcowy punkt poczytania) powinien zachowywać się według ustalonego schematu n_1 2) że to zachowanie się B jest korelatywne do obowiązku zachowania się pewnego A, w tym wypadku, gdy to zachowanie się nie odpowiada schematowi n („nisi n"). Współzależność pomiędzy zachowaniem się B i zachowaniem się A może być zawisłą od pewnych wartościowań. Nie odpowiadałoby np. współczesnemu „poczuciu prawnemu", ażeby lokator, nie płacący komornego, miał być skazywany na karę śmierci lub, ażeby notoryczny bandyta miał być odpowiedzialny za rozbój tylko cywilnie. Ta współzależność sankcji może być rozumiana tylko eksplikacyjnie.

Nie można powiedzieć, że pewne treści są momentem, uogólniającym wypowiedzi, które przez specyficzne kwalifikacje tych treści i ich zespołów łączą się w jednolitym układzie systematycznym. Jakim byłby ten moment ujedniający? Należałoby w drodze uogólnień doszukać się w zmiennych i nieskończenie różnorodnych treściach takich cech, które byłyby dla nich wszystkich wspólne. Ten modus procedendi byłby przypuszczeniem, że taka cecha musi istnieć i jako taka per se treścią nie będzie. Treści mogą być ugrupowane według znamion, dla da-

nej grupy wspólnych, i można byłoby np. powiedzieć, że pewne rzeczy zmysłowe i pewne dobra niematerjalne są specyficznemi treściami prawnemi, przedmiotami ochrony i gwarancji prawnej. Tej grupie można byłoby przyporządkować dziedzinę dóbr i interesów społecznych i politycznych w najszerszem tego słowa rozumieniu (stosunki familijne, wartości organizacyjne, uporządkowania władzy i t. p.). Oczywiście, pojęcie „dobra", „rzeczy", „stosunku", „organizacji", „władzy", nie są jakąś specyficzną i konkretnie ujmowaną treścią: obejmują one różnorodność treści i ich zespołów, a sprowadzenie tej różnorodności do jednego mianownika niekoniecznie musi być wyrazem normatywności prawnej.

Określenie, że norma prawna ma np. do czynienia z „dobrami materjalnemi", t. zn. jest specjalnem ujęciem, uregulowaniem czy to wytwarzania czy podziału, obiegu i spożycia tych dóbr, nie byłoby żadnym punktem wyjścia odrębnych kwalifikacji. Pewne gałęzie techniki mają za przedmiot swego ujęcia sposoby wytwarzania dóbr materjalnych: nauka o gospodarstwie społecznem dotyczy zarówno wytwarzania, jakoteż podziału, obiegu i spożycia tych dóbr. To, co nazywamy „stosunkami rodzinnemi" może być zarówno ujęte w płaszczyźnie rozumienia prawnego, jakoteż kwaliffikowane pod względem moralnym, religijnym lub gospodarczym.

Punkt ciężkości nie spoczywa w przedmiocie ujmowanym, lecz w sposobie ujęcia przedmiotu. Analizując treści same w sobie, możemy się łatwo przekonać, że są one bądź czynnościami, bądź zaniechaniami w najróżnorodniejszych motywacjach, napięciach emocjonalnych, tendencjach i dążeniach. Zawarcie umowy „przejawia się" w pewnych kompleksach czynów (podpisanie, napisanie, wypowiedzenie pewnych słów, milczące zachowanie się, jako domniemanie zgody). „Czyny" te, jako takie, nie różnią się od czynów, które, w ukształtowaniu do nich podobne, bynajmniej nie „przejawiają" tego, co nazywamy umową. Wypowiedzenie pewnych słów nie zawsze jest „zgodą" na stosunek umowny; podpisanie papieru lub zapisanie papieru nie zawsze jest „przejawem" aktu prawnego. Emocje i akty woli (chęć uskutecznienia czegoś, dążenie do wstrzymania się od czegoś) mogą w swem znaczeniu być identyczne — uzyskują jednakże znaczenie odrębne ze względu na przedmiot i czynność lub ze względu na stosunek do przedmiotu i czynności. Można w najrozmaitszy sposób klasyfikować przedmioty, czynności, stosunki i odniesione do nich cechy psychiczne—ale w samych tych klasyfikowanych „objektach" nie może być ustalone fundamentum divisionis, wynikające z „zajęcia stanowiska" względem powyższych objektów. W interesującym nas tutaj zakresie „prawności" owe przedmioty, czynności i stosunki nie różniłyby się per se, niezależnie od tego, czy są one treścią t. zw. dyspozycji, czy też treścią t. zw. sankcji. Czyn, nazwany „podpisaniem dokumen-

tu, jest w swym „schemacie“ fizycznym identyczny—czy rzecz dotyczy podpisania umowy, czy podpisania przez sędziego orzeczenia sądowego, czy też jest sankcją, nadawaną ustawie przez głowę państwa. Czynność „wypłacania pieniędzy“ jest w istocie swej jednakową, czy rzecz dotyczy zwrotu sumy dłużnej, czy też uiszczenia przez komornika na ręce wierzyciela sumy wyegzekwowanej. Zamknięcie kogoś w izolowanej izbie o mocnych drzwiach i zakratowanych oknach jest: w jednym wypadku czynem, kwalifikowanym, jako karalne pozbawienie wolności, w innym zaś najzupełniej prawnem wykonaniem prawomocnego wyroku sądowego. W pierwszym wypadku: zachowanie się, sprzeczne z „obowiązkiem“ zaniechania tego rodzaju czynów — pociąga za sobą odpowiedni skutek; w drugim zaś wypadku zachowanie się sprzeczne z obowiązkiem dokonywania takich czynów pociąga za sobą również skutki karne (odpowiedzialność za bezczynność władzy, za udaremnienie wykonania wyroku sądowego). Różnice w kwalifikacji aktów psychicznych, jako warunkujących pewne czynności, nie zawsze mogłyby być probierzami, uzasadniającemi klasyfikację. Pozbawienie wolności osoby prywatnej przez osobę do tego nieupoważnioną i niezastosowanie się urzędnika do nakazu, orzekającego prawomocnie pozbawienie wolności — w obu wypadkach może być kierowane identycznemi motywacjami: np. chęcią zysku — wymuszenia okupu lub otrzymania łapówki.

Przeto treści same przez się nie mogą uchodzić za podstawę ujęcia systematycznego. Podstawą tą jest wyłącznie pewien sposób ustosunkowania się do treści, pewien sposób zajęcia względem nich określonego stanowiska. To stanowisko posiada odrębny charakter intencjonalny i znaczeniowy. W rozumieniu prawnem nie jest ważna treść, jako taka — ważne jest wyłącznie z a j ę c i e s t a n o w i s k a względem treści. Ujęcie systematyczne i klasyfikacja, oparta na jedności systemu, wynikają nie z cech, właściwych treściom; zresztą, pojęcie „stosunku“, „organizacji“, „dobra“ zawiera już w sobie samym nie jakąś realność „dotykalną“ i „widomą“, lecz ideację, postulującą właśnie zajęcie stanowiska; widome i dotykalne dobro nie dla swej widomości i dotykalności jest „substratem“ prawnym, lecz dlatego, że znajduje się ono w pewnym stosunku do innego przedmiotu (np. do człowieka), kwalifikowanego jako podmiot; wierzytelność nie jest widoma ani dotykalna, jest jednakże „objektem“ w rozumieniu prawnem. Pojęcie „przedmiotu“ w tem rozumieniu (np. pojęcie „Gegenstand“ w systemie niemieckiego prawa cywilnego), może nie mieć nic wspólnego z kwalifikacjami fizycznemi; przedmiot może zarówno oznaczać rzecz zmysłową, jakoteż „prawo“ (np. uprawnienie trzeciego do czyjejś wierzytelności *).

*) Por. LONGCHAMPS de BERIER, Wstęp do nauki prawa cywilnego 1922 str. 129. Prawo do rzeczy i rzecz sama są to dwa pojęcia

Jeśli pewien tryb czy aspekt „zajęcia stanowiska“ względem pewnych treści jest punktem wyjścia w rozważaniu—treści same przez się są najzupełniej obojętne. Czy ze względu na treść następuje pewne jej ukształtowanie — nie posiada to również znaczenia zasadniczego. Dlaczego „n“ w pewnych warunkach kształtowane jest normatywnie—tego ujęcie normatywne, oczywiście, wyjaśnić nie może. Wiadomo wszakże, że niema takiego n, które nie mogłoby być ujęte normatywnie. I z chwilą, gdy takie ujęcie jest dane — tryb tego ujęcia, jego struktura i powiązanie zawsze będą jednakowe. I obojętne będzie: dlaczego różnice eksplikacyjne w danych treściach (napozór częstokroć drobne) w jednym wypadku „powodują“, że treść a jest ujęta normatywnie, treść zaś a + X lub a —X pozostaje poza dziedziną tego ujęcia. Jeśli a jest n—nie znaczy to, ażeby a+X lub a—X nigdy i w żadnym wypadku nie mogło być n.

Rozważając nieskończoną różnorodność treści i analizując tylko te treści, które ujęte zostały w strukturalnie—specyficznych wzorach prawnych — mamy, oczywiście, do czynienia z nieskończoną różnorodnością wypowiedzi o tem, co być powinno. Jednością w tej różnorodności jest sprowadzenie do zawsze jednakowego wyrazu normatywności.

Kwalifikacja tej różnorodności możliwa jest tylko na podstawie uprzedniego, normatywnego przekształcenia treści. Normatywność w danym jej wyglądzie strukturalnym nie podlega żadnej klasyfikacji: jest jedna, niezmienna i wszechobejmująca. Różnicowanie według „stopniowości“ ogniw czy członów normy nie posiadałoby znaczenia istotnego; albowiem pomiędzy dwuzespołowością, a więcej zespołowością nie zachodzi żadna różnica znaczeniowa, skoro redukcja więcej-zespołowości do zasadniczej dwuzespołowości ogniw w niczem nie zmienia znaczenia normy. Zwykle, klasyfikacja prawna ma do czynienia ze zbiorami wypowiedzi, uporządkowanemi według probierzy, wynikających z jakoby specyficznych ukształtowań treści (w rozumieniu normatywnem). A więc „specyficzność“ sankcji np. prowadzić może do odróżnienia pomiędzy normami prawa prywatnego i prawa karnego; bezwzględność czy względność „obowiązku“, uzależnienie czy nieuzależnienie od „prawa“, jako momentu z obowiązkiem korelatywnego—prowadzić może do różnicowania dziedziny prawa prywatnego i publicznego. Kwalifikacje zarówno wyjściowych, jakoteż przejściowych punktów poczytań mogą prowadzić do odróżnienia przez nadanie tym punktom znamion podmiotów prawa prywatnego, publicznego i międzynarodowego.

---

zupełnie odrębne. Zob. BEKKER, Grundbegriffe des Rechts und Missgriffe der Gesetzgebung 1911 str. 3: „... kein Recht kann Sache, keine Sache Recht sein, denn nichts vermögen wir uns zu denken, das zugleich sichtbar und unsichtbar, raumerfüllend und raumnichterfüllend, von Gesetz abhängig und von Gesetz unabhängig wäre“.

W istocie rzeczy, te klasyfikacje (konieczne, oczywiście, w ujęciu dogmatycznem, jako rozgraniczenia pewnych dziedzin, w których normatywność kształtuje treści, eksplikacyjnie do siebie zbliżone), nie posiadają znaczenia istotnego. Pewien zespół czynności, który nazywamy „karą“ i który porządkujemy według „objektów“ (życie, wolność, honor, mienie), których te czynności „dotyczą“, nie różni się normatywnie od zespołów zachowania się, dotyczących tylko mienia, jako dziedziny prawa prywatnego, w przeważnej swej części regulującego zakres stosunków majątkowych. Jeśli abstrahować będziemy od ustaleń eksplikacyjnych (na których, zresztą, w znacznej części polegają tradycyjne klasyfikacje „materji“ prawnej) — przekonamy się, że podstawą klasyfikacji w obu wypadkach nie jest jakaś odmienność w normatywności, lecz wyłącznie odmienność w t e m, co jest normowane. Znaczenie „tego co być powinno“ jest zupełne jednakowe, czy rzecz dotyczy zachowania się przy przetargu publicznym, czy też zamknięcia przestępcy w więzieniu. „Zachowanie się“ jest normatywnie zawsze jednakie, czy to przy wywłaszczeniu lub przy rekwizycji z tytułu obowiązku świadczeń przymusowych, przy konfiskacie z wyroku sądowo-karnego, przy odebraniu przedmiotu z rąk osoby cywilnej do posiadania nieuprawnionej, przy spieniężeniu rzeczy celem zaspokojenia wierzytelności, wreszcie przy aneksji czy desaneksji terytorjum na podstawie tytułu międzynarodowego. Jakkolwiek treści tego zachowania się są najrozmaitsze i jakkolwiek poszczególne ich kategorje mogą być sprowadzone do wspólnych mianowników („tytułów“ prawnych) — wszakże w „wyglądzie“ normatywnym nie zachodzi pomiędzy niemi różnica. Zawsze jakiś „punkt poczytania“ powinien zachować się „n“—i jakiekolwiek znaczenie eksplikacyjne posiada owo „n“, zachowanie się podmiotu rozumiane jest normatywnie. I nie można również powiedzieć, że w trybie zachowania się już nie sankcjonującego, lecz wyjściowego, zachodzić mogą jakieś różnice klasyfikacyjne, które mogłyby być podstawą jakiegoś specyficznego „rozczłonkowania“ normatywności. Wszakże już w ujęciu eksplikacyjnem łatwo przekonać się można, że jedna i ta sama treść jest przedmiotem najróżnorodniejszych „regulacji“. Pojęcie „stosunku rodzinnego“, jako treść, wspólne jest najrozmaitszym dziedzinom prawa, klasyfikowanym według znanych schematów dogmatycznych: jest ono „substratem“ zarówno prawa cywilnego i karnego, jakoteż państwowego, administracyjnego, skarbowego i międzynarodowego (w tym ostatnim zakresie np. prawo przynależności do danego państwa, wpływ zamążpójścia na przynależność, znaczenie stosunków rodzinnych dla naturalizacji lub dla utraty obywatelstwa, kwestje związane z prawem opcji). Treści, na których podstwie „tworzą się“ normatywne pojęcia „aktu“, „umowy“, „winy“, „odpowiedzialności“ — są wspólne wszystkim bez wyjątku „działom“ prawa, klasyfikowanym według najrozmaitszych

sprawdzianów. Jeśli podstawą tej klasyfikacji mają być różnice „sankcji“ t. j. specyficzność wypowiedzi w ogniwie łącznym, wiążącym poczytanie podmiotu wyjściowego z poczytaniem podmiotu przejściowego lub końcowego — nie można w tej podstawie dopatrzyć się takich cech, któreby wykazywały jakiekolwiek różnice w istocie samej normatywności.

Wypowiedź „sankcjonująca“ niczem innem nie jest, jak przepisem pewnego zachowania się, niezależnie zupełnie od jakości, rodzaju, trybu czy „napięcia“ tego normatywnie rozumianego postępowania. Poprzednio już zaznaczyłem, że nie zachodzi żadna nieodmienna prawidłowość w współmierności normatywnego zachowania się w punkcie wyjściowym poczytania i w tegoż poczytania punkcie przejściowym lub końcowym. Empirycznie i eksplikacyjnie mogą być wprawdzie ustalone pewne „przeciętności“. Pewne kategorje „winy“ pociągają za sobą obowiązek restytucji, uiszczenia odszkodowania, inne skutkują zaś pewne „dolegliwości“, ad personam skierowane; pewne akty są wyrazami „przesunięć“ w sferze majątkowej, inne dotyczą „stanu“ cywilnego osób lub politycznych przemian w życiu zbiorowości, i w zależności od tego różnią się w przejawach swych sankcji (wystarczy zestawienie skutków niewykonania zwykłej umowy kupna—sprzedaży, nieważności małżeństwa, niewykonania umowy o dzieło, zawartej z państwem w czasie wojny—np. dostawy dla armji, pogwałcenie aktu międzynarodowego, zobowiązującego do uszanowania neutralności państwa trzeciego lub do odpowiedniego zachowania się wobec ustalonej „służebności“ międzynarodowej). Wszakże wszystkie te różnice są różnicami treści: i tylko na podstawie czynników eksplikacyjnych wyjaśnione być mogą różnice pomiędzy np. zwykłym stosunkiem, wynikającym z prywatnej umowy pracy, a służbowym stosunkiem urzędnika do państwa, pomiędzy władzą porządkową czy dyscyplinarną przedsiębiorcy na podstawie regulaminu fabrycznego, a stosunkiem, opartym na karzącej władzy państwa; inaczej rozumie się umowa na rzecz trzeciego w prawie prywatnem, inaczej zaś w prawie międzynarodowem. Dla celów systematyki upraszczającej i koniecznej zresztą w stosowaniu praktycznem—pewne treści porządkowane są według probierzy, uwzględniających bądź specyficzność „punktów wyjściowych“, bądź też sankcje, odniesione do punktów przejściowych lub końcowych.

Taka dogmatyczna konkretyzacja normy (zob. wyż. str. 60) tworzy pozory różnic pomiędzy poszczególnemi wypowiedziami, tak jak gdyby normy pewnej kategorji były zupełnie odrębne od norm innej kategorji nie tylko w swem „działaniu“ (aspekt eksplikacyjny), lecz również w swej strukturze. Jeśli zaś przypuszcza się, że wszystkie te normy bez jakiejkolwiek różnicy (normy cywilne, karne, państwowe i t. d.) są nor-

mami prawnemi *) — przypuszcza się tem samem, że jest im wspólna jakaś cecha ogólna, przy wyłączeniu której żadna z tych norm nie mogłaby być kwalifikowana, jako prawna. Charakterystyczny spór o „prawność“ t. zw. prawa międzynarodowego jest znamiennym dowodem znaczenia takiej problematyzacji.

Należy przeto rozumieć „system“ jako ujęcie wszystkich wypowiedzi o tem, co być powinno, o ile wypowiedzi te sprowadzają się do wzoru więcej niż jednozespołowego, niezależnie zupełnie od kwalifikacji i różnorodności treści, zawartych w tych wypowiedziach. Istnieje nieskończona ilość takich wypowiedzi; są one różnorodne nie tylko w zależności od warunków miejsca i przestrzeni, jeśli je w ten sposób zechcemy ustalać i lokalizować. Są one również różnorodne przy przypuszczeniu „klasycznej“ jedności czasu, miejsca i działania. Dziś w Rzeczypospolitej Polskiej obowiązuje niezliczona moc norm prawnych; całkowity zbiór ustaw, rozporządzeń, zarządzeń, orzeczeń, posiadających moc obowiązującą na obszarze Państwa Polskiego, mieściłby się w bardzo poważnej ilości tomów. Są one normami prawnemi, o ile mogą być ujęte według wzoru, łączącego ogniwa „powinności“ o najrozmaitszych treściach i o najrozmaitszych punktach poczytania (oczywiście, że nie wszystko, co by się w tych zbiorach znalazło — byłoby prawem w takiem rozumieniu). Są one normą prawną — tak samo, jak jest nią zawartość Statutu Wiślickiego lub Volumin'ów Legum. W każdej z tych wypowiedzi znaleźć można cechę, która sprowadza je do powszechnego „wzoru“ normatywności; jeśli cechy tej ustalić nie można — dana wypowiedź nie będzie wypowiedzią prawną i jej „lokalizacja“ w pewnym zbiorze norm bynajmniej cech takich nadać jej nie zdoła. Normą prawną są również ujawnione wskazania zwyczajowe i intuicyjne, które ustaliły się jako ważne w praktyce życiowej i w praktyce prawodawczej, wykonawczej i sądowej. Są nią również takie wskazania, które kiedykolwiek dane były, jako „ważne“, aczkolwiek dziś nic pewnego o nich nie wiemy i może nigdy wiedzieć nie będziemy. Nie wiemy też, czy i jak krystalizują się wypowiedzi przyszłe lub pozostające in statu nascendi, które kiedyś — czy to ustalone w drodze „urzędowej“ czy też „nieurzędowej“ — posiadać będą ważność normatywną. Aczkol-

*) Zaznaczone przez KELSENA, Hauptprobleme, str. 627—629 różnicowania w składzie czynu nie dotyczą normatywności jako takiej. Jak zaznacza KELSEN: „kein Unrecht ist bedingungslos möglich“ (str. 626)— wszakże „warunki“ te, jako antecedentia w ujęciu normatywnem ,nie zmieniają normatywności samej. Różnica pomiędzy potencjonalnością i aktualnością (str.628) nie odgrywa żadnej roli i nie może mieć wpływu na dopuszczalność jakiegoś rozróżniania w strukturze normatywności. Wszystkie te różnice wynikają jedynie z t r e ś c i; najlepszym dowodem jest stwierdzenie, że cecha potencjonalności, właściwa normom karnym, nie jest obca w zakresie prawa prywatnego, co KELSEN zresztą wyraźnie zaznacza.

wiek te „przeszłe i przyszłe pokolenia“ norm są nam nieznane — uważać je należy za normy prawne, o ile odpowiadały one lub będą odpowiadać strukturze powiązań, właściwych wypowiedziom o tem, co być powinno.

I jakakolwiek będzie ilość ogniw norm i norm samych — wszystkie one są jedną normatywnością. Ciągłość norm, ich łączność i „hierarchja“ w odniesieniu do normy najwyższej, nie są momentami, które w czemśkolwiek mogłyby różnicować poszczególne „stadja“ normatywności zarówno w stosunku wzajemnym, jakoteż i ze względu na normę najwyższą. Jeśli struktura normy prawnej polega na koniecznej łączności wypowiedzi, obojętnem jest, czy zespół tych wypowiedzi wyczerpuje się w danem powiązaniu dwuczłonowem, czy też takie powiązanie pozwala przypuszczać połączenia dalsze (które przez cały szereg „etapów“ prowadzą do normy najwyższej). Niemożność takiego przypuszczenia jest równoznaczna ze stwierdzeniem, że „następcze“ ogniwo normy prowadzi natychmiast do najwyższego punktu poczytania. Nie można byłoby znaleźć zasady, która pozwalałaby na stwierdzenie jakichkolwiek cech odmiennych w poszczególnych „wyrazach“ jednej i wszechobejmującej normatywności. W rozumieniu dynamicznem wszystkie te „wyrazy“ sprowadzają się do normy najwyższej. Czy zachodzi wszakże jakaś różnica strukturalna w układzie tej normy najwyższej i tych wszystkich norm, które „zbiegają się“ w niej, jako w punkcie idealnym? Żadnych różnic w tym zakresie stwierdzić nie można. Norma najwyższa jest bowiem połączeniem (bezpośredniem czy wielozespołowem) pewnej wypowiedzi o być mającem z wypowiedzią „sankcjonującą“, która nie dopuszcza łącznych sankcji następczych, w wypadku niezastosowania się podmiotu wypowiedzi sankcjonującej do odpowiednio ukształtowanych wskazań normatywnych. Jako norma najwyższa może być również kwalifikowana wypowiedź o obowiązku zachowania się pewnego podmiotu, przyczem nie jest przewidziana dalsza wypowiedź o skutkach niezastosowania się do wskazań normatywnych. W tym ostatnim wypadku, o ile tak rozumiana norm nie jest ogniwem końcowym łącznych z nią wypowiedzi poprzedzających o obowiązkach innych podmiotów, nie będzie uważana za prawną; należy ją kwalifikować, jako wskazanie moralne, religijne, polityczne. Rozumiejąc normę najwyższą, jako „zamknięcie“ ogniw sankcjonujących, nie możemy w strukturze jej znaleźć momentów, odróżniających ją od norm innych kategorji. Okoliczność, że poza nią istnieje absolutna próżnia normatywna, nie jest cechą różnicującą: okoliczność ta mogłaby mieć znaczenie, gdybyśmy rozważali przebiegi normatywne w płaszczyźnie pojmowania eksplikacyjnego. Ani bowiem w statyce, ani w dynamice normy niema takich sprawdzianów, które pozwalałyby na niewątpliwe ustalenia, że pewne kategorje norm nie mogą być najwyż-

szemi, inne zaś najwyższemi być muszą. Połączenia, które w pewnych w ukształtowaniach prowadzą do końcowego punktu poczytania przez „hierarchiczne“ powiązania wypowiedzi, w innych ukształtowaniach — w zależności od warunków pozanormatywnych — prowadzą bezpośrednio, omijając wszelką „hierarchję“, do punktu najwyższego.

Pozatem to, co w pewnych warunkach jest normą najwyższą, stracić może takie „dostojeństwo“; co więcej, punkt poczytania uważany za końcowy w pewnych kompleksach wypowiedzi, w innych charakter ten traci (aczkolwiek jego „tożsamość“ w rozumieniu eksplikacyjnem nie ulega najmniejszemu wątpieniu). Władza najwyższa w państwie, należącem do państwa związkowego, jest jednocześnie punktem końcowym poczytania dla kompleksów norm określonej kategorji, gdy dla kompleksów odmiennych *) odgrywa rolę tylko punktu przejściowego, zważywszy na wyższą kompetencję państwa związkowego.

Państwo suwerenne, jako niewątpliwe uosposobienie normy najwyższej i wyraz końcowego punktu poczytania, może, nie tracąc swej udzielności, mieć jednocześnie kwalifikacje punktu przejściowego, jeśli, eliminując nawet teorję superpozycji prawa międzynarodowego i przypuszczając konstrukcyjnie błędne pojęcie samozobowiązania, założymy bezwzględną ważność normy ponadpaństwowej.

I gdy nie można normatywnie ustalić, dlaczego dany punkt poczytania musi być punktem końcowym — różnicowanie norm, ze względu na zajmowany przez nie „szczebel hierarchiczny“, byłoby błędne. Norma najwyższa w strukturze swej niczem się nie różni od norm innych. Ustalenie różnicy możliwe jest wyłącznie w trybie eksplikacyjnym.

Nie miałoby również podstaw przypuszczenie, że w poszczególnych ogniwach normy doszukiwać się należy rozróżnień zasadniczych, które pozwalałyby ogniwa te ujmować w grupy odrębne. Gdyby nawet tak było, odrębność grup musiałaby prowadzi do ich subsumcji pod ogólne pojęcie elementów normy. Zresztą, jakąkolwiek byłaby odrębność strukturalna ogniw — nie posiadają one per se żadnego samoistnego znaczenia normatywnie-prawnego. Jak widzieliśmy, ich istota prawna polega na specyficzności powiązań z wypowiedziami łącznemi. Wypowiedzi: „należy zapłacić cenę rzeczy kupionej“, „należy dostarczyć rzecz sprzedaną“ nie byłyby wypowiedziami prawnemi, gdyby nie łączyły się z niemi wskazania, ustalające tryb zachowania się w wypadku „nisi n“. Kwalifikacje „składu czynu“ (Tatbe-

*) Oczywiście, „odmienność“ kompleksów rozumieć należy ze względu na specyficzność ukształtowania treści. W wyglądzie normatywnym rozgraniczenie kompetencji nie uzależnia się od treści i jest bądź odmienną kwalifikacją podmiotów, bądź „przedłużeniem“ powiązań i odesłaniem do dalszych „sankcji“.

stand) również nie posiadają takiego samoistnego znaczenia normatywnego, ażeby na ich podstawie można było ustalić jakiekolwiek zróżnicowanie normatywności. Skład czynu sam przez się pozbawiony jest znaczenia w rozumieniu normatywnem. Nie wszystko, co A czyni, lub nie wszystko, czego A nie czyni, może być rozumiane, jako „antecedens" wypowiedzi: „A powinien zachować się n". I jeśli wypowiedź taka jest ustalona, skład czynu został już w niej przekształcony zgodnie z konfiguracją odpowiedniego zachowania się A, nazwanego zachowaniem się n. To normatywne ujęcie „składu czynu" może nie mieć nic wspólnego z rzeczywistym przebiegiem aktów i motywacji. Konstrukcje „domniemanej woli", „przeciętnej pilności", „umyślnej winy", „niedbalstwa", „przewidywania", „świadomości' i t. d. nie są współmierne z rzeczywistemi przebiegami faktycznemi. Dlaczego pewne czyny nazwane są „kupnem—sprzedażą", „kradzieżą" — wyjaśnić może jedynie ujęcie, które odnosi przekształconą treść do quid „być mającego". Nie znaczy to, ażeby skład czynu i jego ujęcie normatywne miały być identyczne *), albowiem wówczas stwierdzenie podobne byłoby zwykłą tautologją: wypowiedź normatywna jest specyficzną funkcją wypowiedzi normatywnej **). Znaczy to jedynie, że skład czynu nie jest „zastosowaniem" normy do pewnych przebiegów faktycznych, albowiem skład czynu, poza ujęciem w normie, sam przez się nie ma żadnej ważności; czyli, że w rozumieniu prawnem niema żadnej treści poza treściami znaczeniowo—normatywnemi i wszelkie poznanie prawne może być ugruntowane jedynie na wypowiedzi normatywnej ***). I w dalszych powiązaniach normy ustalenie „nisi n", które jest podstawą następnych wypowiedzi o zachowaniu się B in hoc casui, uważane za „skład czynu", kwalifikuje się wyłącznie według wskazań normatywnych. „Faktyczność" zachowania się, jako taka, nie jest znaczeniowo ważna w ujęciu normatywnem; i to ujęcie tworzy własne wskazania, według których wypowiedzi „sankcjonujące" ustalają tryb dalszego zachowania się łącznych podmiotów, zobowiązanych do sankcji.

Jeśli w normatywności prawnej spotykamy niezliczoną ilość

---

*) Por. w tym względzie teorję SANDERA, Das Faktum der Revolution j. w. str. 146: „Der Tatbestand wird erst durch den Rechtssatz erzeugt, der Tatbestand ist die spezifische Rechtssatzfunktion".

**) Por. słuszny wywód KELSENA, Rechtswissenschaft und Recht j. w. str. 22, 23.

***) KELSEN j. w. str. 24: „...längst ein Gemeingut jener Rechtstheorie, die alles Recht nur als Rechtssatz und einen rechtlich relevanten Inhalt, ein rechtliches „Etwas" nur als Inhalt eines Rechtssatzes begreift und demgemäss—wie ich dies in meinen „Hauptproblemen" getan habe—alle rechtstheoretischen Probleme aus der Lehre vom Rechtssatz entwickelt". Por. formułę F. KAUFMANNA, Theorie der Rechtserfahrung oder reine Rechtslehre? Eine Entgegnung, Zeitschrift für öffentliches Recht T, III 1922 str. 237: „Jegliches Geschehen ist nur insoferne juristisch relevant, als es durch Rechtssätze erfassbar ist".

ogniw norm i norm samych — nie znaczy to, ażeby ilość ta musiała być nieodzownym warunkiem normatywności. Nie można powiedzieć, że dla założenia układu prawnego konieczne jest postulowanie większej ilości norm ponad jedną jedyną normę. Niema żadnego pojęciowo koniecznego minimum norm dla założenia systemu prawnego. Jedna norma czy też dwie, trzy.. n norm mogą być zarówno przypuszczone w założeniu takiego systemu, albowiem każda wypowiedź i wszystkie jej połączenia przebiegają w jednolitem powiązaniu. Każda wypowiedź jest „powtórzeniem" jednego i jedynego ujęcia normatywnego. Że każdą wypowiedź stosuje się do „różnych" treści, nie jest to „różnością" samych wypowiedzi. Nie można, oczywiście, mówić o stosunku „oryginału" do „kopji", gdyż każde ujęcie normatywne jest „oryginalne", a różnice powstają tylko wobec eksplikacyjnie rozumianych rozbieżności treści. I nawet taki układ, który składałby się z jednej wypowiedzi normatywnej, byłby typowym układem prawnym *).

W takiem rozumieniu jedyna norma byłaby normą najwyższą. Nie można byłoby odmówić „jakości" prawnej układowi, w którym dowolność B ustala tryb zachowania się A—przyczem „n" jest zupełnie nieokreślone lub określone tylko w przybliżeniu (odesłanie do „uznania" B); w wypadku wszakże, gdyby postępowanie było niezgodne z „n"—B powinien postąpić „n_1"; dalsze sankcje (w wypadku „nisi n_1") nie są przewidziane, inaczej bowiem norma nie byłaby najwyższą i jedyną. W rzeczywistości, wobec różnorodności treści — wypowiedzi o tem, jak powinien zachować się A są również różnicowane; i z chwilą, gdy „dowolność" B konkretyzuje się w więcej niż w jednem wskazaniu, zasada jednej normy byłaby przełamana. Nie byłoby już wtedy jedynej normy (najwyższej); tylko dwa ogniwa czy więcej ogniw norm — ze względu na ich bezpośrednią łączność z końcowym punktem poczytania (B)—zbiegałyby się w normie najwyższej. Z chwilą, gdy w ujęciu normatywnem powstaje wielozespołowość ogniw ze względu na przejściowe punkty poczytania — wzrasta ilość norm: nie zachodzi wszakże różnica pomiędzy ujęciem wszystkich „n" w jednej normie, a specjalizacją tych „n" przy jednoczesnych różnicowaniach n_1 — zarówno quo ad personam (kwalifikacja przejściowych punktów poczytania), jak i quo ad formam (rodzaje sankcji); albowiem

*) KELSEN, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff j. w. str. 187: „Die Regel, dass Zwang nur geübt werden solle, wenn und wie der Despot befiehlt, ist eine Rechtsregel wie die, dass Zwang nur geübt werden solle, wenn und wie die Volksversammlung es beschliesst". Można sobie wyobrazić taki układ, w którym istniałaby tylko taka jedyna norma. Nie ulega wątpieniu, że taki układ byłby pod najrozmaitszemi względami uporządkowaniem bardzo niedoskonałem, niemniej wszakże byłby on układem prawnym.

zawsze założona być musi norma najwyższa, jako zamknięcie ogniw i ich powiązań.

Normatywność jest systemem norm, jako wypowiedzi o pewnym wyglądzie strukturalnym — w tem rozumieniu, że każda poszczególna wypowiedź zawiera cechy strukturalne, właściwie wszystkim normom innym. W zbiorze norm, oznaczonym przez symbol X, norma X_1 jest identyczna z normą X_2, X_3 ...Xn, i jakikolwiek wyraz tego zbioru wybierzemy, nie będzie się on różnić od innego, dowolnie wybranego wyrazu. „Różne“ wyrazy norm nie mogą oznaczać różnic strukturalnych (w sposobie poczytania lub w sposobie powiązania); mielibyśmy bowiem wówczas do czynienia z odrębnemi kategorjami normatywności (np. przeciwstawienie normatywności prawnej i normatywności moralnej). Różnice te ściągają się wyłącznie do odmienności treści, zarówno w wyjściowych, jak i w sankcjonujących punktach poczytania.

§ 28.

Jedność systemu.

System nie jest czemś uogólniającem niezliczoną różnorodność wypowiedzi normatywnych na podstawie takich probierzy, które wynikałyby z ujęcia pozanormatywnego. W rozumieniu eksplikacyjnem momentem uogólniającego ujęcia systematycznego mogą być kwalifikacje, które, przebiegając w płaszczyźnie faktyczności, nie dają zredukować się do wzorów normatywnych. Możemy powiedzieć, że zbiór norm X_1, X_2... Xn jest uporządkowanym w jedności pojęciowej systemem dlatego, że wszystkie te normy działają w okresie czasu, oznaczonym w pewnych granicach (np. w dniu 1 stycznia 1923 roku), na pewnym obszarze i pochodzą z pewnego, osobowo i jakościowo określonego źródła. Klamrą, która spaja wszystkie te normy o najróżnorodniejszych treściach, zarówno w trybie n, jak i w trybie n_1 — będzie jedność czasu, miejsca i osoby (jeśli będziemy personifikować t. zw. „źródła prawa“). Znaczyłoby to, że tylko te wypowiedzi są normami prawnemi, które dają się sprowadzić do tej „trójjedni“; znaczyłoby to, że norma, pochodząca ze źródła, kwalifikowanego jako ważne pod względem „prawotwórczym“ i działająca w pewnych granicach terytorjalnych (granice te są ustalone normatywnie na podstawie delimitującej wypowiedzi państwowej czy międzynarodowej) — przestaje być normą dlatego, że okres czasu, w którym działać miała, już minął, lub dlatego, że na mocy pewnych ustaleń od danego momentu nadal nie ma obowiązywać. Jej działanie w czasie ustaje pro futuro, aczkolwiek i co do przeszłości nowa norma może orzec swą moc wsteczną. Jednakże, czy taka norma, uchylona w swej mocy, przestaje być normą w rozumieniu strukturalnem i czy jej

„wygląd“, jako wypowiedzi o pewnem quid „być mającem“, w czemśkolwiek się zmienił? Jej „wyłączenie“ z systemu nie może przecież nastąpić na tej podstawie, że nie jest ona „sprowadzalna“ do jednego źródła i do rozciągłości na jednem terytorjum. Nie ulega pozatem żadnej wątpliwości, że normy, których zasadniczym zakresem działania jest dane terytorjum, na mocy powszechnie znanych wskazań międzynarodowo-prawnych (prywatne, karne, administracyjne prawo międzynarodowe) działają również poza jego granicami; tak jak w jego granicach działają liczne normy obce „z pochodzenia“, że zaznaczę chociażby moc obowiązującą zasady „lex originis“, na podstawie której sędzia winien jest stosować prawa najrozmaitszych państw. Można byłoby te „pozaterytorjalne“ działanie norm sprowadzić do konieczności wyraźnej czy domyślnej aprobaty przez „źródło“ prawa, na którego terytorjum, jako „widowni panowania“ *), przejawia się moc obowiązująca „obcej“ normy. Można zrozumieć ważność pozaterytorjalnego działania w ł a s n y c h norm, jako mieszczącą się w własnym systemie prawa**) ; jednakże ważność norm cudzych na własnem terytorjum, nie bacząc na ich „tożsamość“ strukturalną, domaga się konieczności rozszerzenia rodzimego systemu norm, bądź przez recepcję, bądź przez superpozycję wspólnego różnym „terytorjalnym źródłom“, a nadporządkowanego, systemu międzynarodowego. Nie rozstrzyga w tych wypadkach nawet zupełna tożsamość treści normy. Sąd w Poznaniu, pod którego ocenę przychodzi kwestja stosunków majątkowo-małżeńskich pomiędzy obywatelami niemieckimi, stosując na podstawie lex originis właściwe przepisy niemieckiego kodeksu cywilnego — stosuje prawo niemieckie, aczkolwiek te same, ani o jotę nie różniące się przepisy, zastosowane do obywateli polskich, są prawem polskim; albowiem niemiecki kodeks cywilny obowiązuje w Polsce na podstawie uznania go przez Rzeczpospolitą za prawo polskie.

Podstawą systemu jest tedy cecha, która z normatywnością, jako taką, nie ma nic wspólnego. Strukturalny układ norm uchylonych, obcych, działających na obszarze a i działających na obszarze b, lub działających w pewnych warunkach zarówno na obszarze a, jak i na obszarze b — nie wykazuje żadnych różnic. Różnice wzięte są zzewnątrz, z zakresu pozanormatywnego. Wynikają z odpowiednich wartościowań treści. Jeśli norma musi posiadać pewną treść — nie znaczy to, że jakieś określone kwalifikacje treści mogą przesądzać jej istotę znaczeniową. Treść normy ściąga się do czasu i przestrzeni: treść, która zawierałaby wskazania poza

*) „Schauplatz der Herrschaft“ — jak to obrazowo określa ZITELMANN, Internationales Privatrecht T. I. 1897 str. 91.

**) Por. konstrukcję norm pozaterytorjalnych w teorji WENZLA j. w. str. 163 n. (hinausgreifende oder hinausgerichtete Gesetzesimperative); również HENRICH, Theorie des Staatsgebietes j. w. str. 39, 40.

czasem (każde zachowanie się A jest dane w jakimś momencie czasu) lub poza przestrzenią (zachowania się n i g d z i e nie lokalizowane nie może być ujęte w treści), nie byłaby treścią normatywną. Wskazanie podmiotu poczytania (w szczególności w ogniwie „sankcjonującem") jest założeniem koniecznem, warunkującem normatywność. Jeśli w łączności wypowiedzi A—n, B—n,, B jest czemś, czego określić niemożna — nie będzie wówczas punktem poczytania, albowiem przypisywać, poczytywać pewien obowiązek zachowania się można tylko „komuś", czy „czemuś". Nie można byłoby wszakże powiedzieć: dlatego, że treść normy nie dzieje się w czasie X i w przestrzeni Y i że „źródłem" (względnie, sankcją normy) jest C, nie zaś B — dana wypowiedź znaczeniowo nie jest normą.

Jedność systemu jest dana w normatywności samej. Gdybyśmy nawet eliminowali warunki czasu i przestrzeni i dopatrywali się zasady jedności wyłącznie w wszechobejmującej „wszystkie" wypowiedzi normie najwyższej — zasada ta nie mogłaby uchodzić za założenie. Słuszna bowiem eliminacja czasu i przestrzeni prowadziłaby wszakże do suponowania tych momentów ze względu właśnie na kwalifikacje końcowego punktu poczytania. Niewątpliwie, w wielu systemach prawa współczesnego „obowiązują" normatywne ukształtowania treści, które obowiązywały na „innych" obszarach terytorjalnych i w „innych" okresach czasu. I dziś jeszcze, w współczesnych kodeksach cywilnych spotykamy takie ujęcia normatywne, które są najwierniejszą kopją wskazań prawa rzymskiego. Jednakże „prawo rzymskie", jako system, związany jednością przestrzeni i jednością czasu, dziś nie istnieje, albowiem to, co było terytorjalnym zakresem jego działania, należy do historji; minął również okres, w którym istniały te źródła, z których wywodziły się normy, zwane prawem rzymskim. Jeśli jednakże uważamy te normy, jako mieszczące się w jednolitym systemie prawa—momentem ujedniającym jest owo, odmienne od rzymskiego, źródło prawa. Ono bowiem nadaje temu, co w proch się obróciło, nowe życie, tworząc łączność norm recypowanych z przepisami własnej prawotwórczości. To nowe źródło prawa, które w przestrzennych i czasowych granicach własnego działania „wskrzesza" działanie norm dawno martwych — jest, oczywiście, zawisłe od „własnego" czasu i „własnej" przestrzeni. Punkt poczytania, rozumiany niezawiśle od tych warunków czasu i przestrzeni, mógłby być ujęty tylko normatywnie; mógłby być elementem normy, jeśli rozumiemy normę najwyższą, jako zamknięcie wszystkich wypowiedzi sankcjonujących, bądź normą per se (aczkolwiek nie normą prawną), jeśli będziemy mieć na względzie oderwane sformułowanie „powinności", z którem nie łączy się żadna dalsza wypowiedź. Wszelka inna kwalifikacja końcowego punktu poczytania byłaby ujęciem eksplikacyjnem. Byłaby schematyzacją „działania" normy na pewnym obszarze terytorjalnym

i w pewnym określonym czasie; byłaby przypuszczeniem, że ten końcowy punkt poczytania „tworzy“ samoistnie wypowiedzi o tem, co być powinno, lub też akceptuje bezwzględnie, ewentualnie odpowiednio przekształca, wypowiedzi, które były ustalone przez inne punkty poczytania (w innym czasie, w innej przestrzeni, w odmiennej intensywności działania czy w innej kwalifikacji personifikacyjnej). Możliwe jest również, że taka bezwzględna recepcja lub względne przekształcenie następuje w odniesieniu do tworzyw prawnych, które powstają w tożsamości czasu, przy różnicy przestrzeni i kwalifikacji „osobowej“. Zdarza się bowiem, że końcowy punkt poczytania recypuje in toto lub wprowadza z pewnemi zmianami normy, istniejące na obcem terytorjum pod władzą obcą (odmienny końcowy punkt poczytania). W takiem rozumieniu zawisłość końcowego punktu poczytania od warunków czasu i przestrzeni nie mogłaby być wyeliminowana. Pozatem, redukcja jedności systemu do wszechobejmującej normy najwyższej byłaby uzależniona od uprzedniej kwalifikacji końcowego punktu poczytania. Wszakże, zaznaczenie „osobowych“ cech poszczególnego końcowego punktu poczytania wprowadza momenty, które nie podlegają ujęciu normatywnemu. Działanie normy nie ma nic wspólnego z jej „ważnością“, i jeśli działanie to uzależnia się od stwierdzeń, że końcowy punkt poczytania musi mieć pewne cechy (np. zdolność „nadawania mocy obowiązującej“, „aktualizacji“) — stwierdzenia te byłyby wkroczeniem w dziedzinę poznania eksplikacyjnego, a więc przekroczeniem granic poznania normatywnego.

Uznanie zasady jedności systemu przez „sprowadzalność“ wszystkich norm do normy najwyższej — jest, jak powiedziałem, stwierdzeniem normatywności. Wytłomaczenie tego stwierdzenia przez przypuszczenie takich cech w normie najwyższej, które nie są dane w niej samej, byłoby wprowadzeniem elementów pozanormatywnych. Nie uniknęlibyśmy tego błędu metodologicznego przy eliminacji momentów czasu i przestrzeni, jako koniecznych elementów t r e ś c i norm, lecz nie norm samych. Albowiem redukcja do końcowego punktu poczytania, jako znajdującego się poza czasem i przestrzenią, jest możliwa jedynie, jeśli w cechach tego punktu będą również wyeliminowane „ingredjencje“ czasu i przestrzeni — a nawet, jakoby różnicujące momenty osobowe. Te ostatnie bowiem nie mogą być pomyślane eksplikacyjnie bez włączenia przypuszczeń czasu i przestrzeni. „Prawotwórczość“ i „działanie prawa“ są bowiem nie do pomyślenia poza warunkami czasu i przestrzeni. Wszakże w rozumieniu normatywnem ważność normy nie jest zależną od czasu i przestrzeni, jako od form wejrzenia. Niema różnicy pojęciowej pomiędzy normami, ustalonemi w różnym czasie, na różnych obszarach, przez różne „organy“, gdy wszystkie te „organy“ posiadają zdolność prawotwórczą. Normatywnie, należy abstrahować zresztą od tej eksplikacyjnej cechy „zdolności“.

Projekt prawa jest normatywnie tak samo ważny, jak prawo „rzeczywiste"; normatywność intuicyjna czy „programowa" (według terminologji PETRAŻYCKIEGO) jest tak samo ważna, jak normatywność urzędowa.

Można byłoby wszakże powiedzieć, że w rzeczywistości, rozważanej w uwzględnieniu jedności czasu, istnieją najrozmaitsze końcowe punkty poczytania, działające na pewnych „rozgraniczonych" obszarach. Przeto, zasada jedności systemu, jako wyraz sprowadzalności do normy najwyższej, byłaby pluralizmem: albowiem np. w dniu 1 stycznia 1923 r. istnieją najróżnorodniejsze systemy norm, z których każdy daje się sprowadzić do odrębnej normy najwyższej, do odmiennego końcowego punktu poczytania. W dniu 1 stycznia 1923 r. dany jest szereg najróżnorodniejszych „systemów": cóż wspólnego bowiem ma „końcowy punkt poczytania" w Rzeczypospolitej Polskiej, jako wyraz jedności systemu prawa polskiego, z takim samym punktem poczytania we wszystkich innych państwach poza Polską?

Rozwiązanie tego zagadnienia, a więc wyłączenie pluralizmu, jako sprzecznego z jednością systemu, nie nasuwa trudności. Jedno z dwojga: albo wszystkie te systemy mogą być zredukowane do normatywności, ponad nie wszystkie wyższej; a więc są tylko rzędami, które dają się sprowadzić do nadporządkowanego systemu — czyli, że ich końcowe punkty poczytania są przejściowemi w stosunku do suponowanego i istotnie końcowego punktu poczytania. Albo każdy z tych systemów w zupełności ignoruje wszelkie inne „poza nim" znajdujące się systemy — i uznaje je o tyle tylko, o ile dają się one podporządkować „własnemu" końcowemu punktowi poczytania. Problematyzację tę scharakteryzował KELSEN, jako przeciwstawność „prymatu suwerenności państwowej" i „prymatu normy międzynarodowej" *). Przy zasadzie prymatu suwerenności państwowej zasada jedności systemu (a więc, jego wyłączności) jest zachowana i daje się uzasadnić normatywnie. To samo powiedzieć należy o zasadzie prymatu normy międzynarodowej, wyłączającej wogóle pojęcie suwerenności, jako wyrazu jedności systemu; ta zasada przypuszcza jedność, ujmującą wszelkie poszczególne suwerenności w „nad - suwerennej" normatywności międzynarodowej **). Ocena, która z tych hipotez jest słu-

*) KELSEN, Das Problem der Souveränität j. w. str. 188: „Und darum muss auch die Konstruktion des Primates staatlicher Rechtsordnung als eine echte juristische Hypothese gelten. Wenn sie als Voraussetzung wie als Ergebnis die Vorstellung eines einzigen S t a a t e s hat, so bedeutet das zunächst nichts anderes als dies: dass sie, wie jede juristische Erkenntnis, schliesslich und endlich nur eine einzige Rechtsordnung anerkennen, d. h. erkennen kann".

**) O tej hipotezie zob. VIII i IX rozdział pracy KELSENA, Das Problem der Souveränität j. w. Por. również wywody E. HUBERA j. w. str. 276 n., str. 412 n. DUGUIT, Traité T. I, odrzucając zasadę suwerenno-

szna, nie należy, oczywiście, do zakresu rozważania normatywnego. W tym względzie rozstrzygają — jak to słusznie podkreśla KELSEN — wartościowania natury etycznej lub politycznej.

Redukcja „pluralizmu“ uwzględnia, oczywiście, zawisłość od warunków czasu i miejsca. Uwzględniając np. teorję prymatu suwerenności państwowej (przez wywód norm poza państwowych z norm wewnętrzno-państwowych), musimy, oczywiście, mieć na względzie współrzędne systemy norm, ustalone czy obowiązujące na innych obszarach w tym samym czasie. Ażeby dany system norm mógł posiadać właściwą mu wyłączność — to, co podlega „wchłonięciu“ musi być współdane. Jeden system, który z formalnego punktu widzenia przypisuje sobie cechy „uniwersalności“, nie absorbuje tego, co współrzędnie z nim nie istnieje i co nie przypisuje sobie w swej własnej sferze wyłączności w stopniu identycznym. Ażeby mogło istnieć pojęcie takiego prymatu, należy przypuścić, że dany jest szereg systemów, w którym każdy system posiada taką wyłączność, iż w jego rozumieniu inne człony nie istnieją; jeśli zaś istnieją, to tylko o tyle, o ile „mieszczą się“ w wyrazach i w połączeniach systemu, uznanego za jedyny. Jeśli w takiej współrzędności systemów jedność oparta jest na założeniu, że w aspekcie każdego indywidualnego systemu system ten jest uniwersalnym, inne systemy nie są systemami, albowiem nie znajdują się w polu widzenia owego ujęcia „uniwersalnego“. „Uznanie“ innych „systemów“ jest ich zaprzeczeniem, albowiem są one ujmowane nie jako coś samoistnie-odrębnego, lecz jako coś mieszczącego się w „jednym“ systemie *). Ale, jak powiedziałem, przedmiotem tego włączenia, czy wchłonięcia musi być treść, rozumiana przez system uniwersalny, jako dana w tożsamości czasu i w odmienności ujęcia przestrzennego. Jaki bo-

---

ści i wprowadzając pojęcie „normy międzyspołecznej“ (str. 99 n. la norme juridique intersociale), uznaje superpozycję normy międzynarodowej; por. str. 555 „...dans les rapports internationaux, la souveraineté se trouvant en présence d'une autre personne souveraine cesse, à vrai dire, d'être souveraineté pour devenir autonomie“. Odmienne ujęcie konstrukcyjne daje SANDER, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung j. w. str. 427 n.: „Frankreich“, „Deutschland“ und die anderen „Staaten“ bedeuten für die Theorie der Rechtserfahrung selbständige Zusammenhänge übereinander gelagerter Rechtsverfahren, die in einer relativ selbständiger Verfahrensgrundreihe — der „Verfassungsgesetzgebung“ fundiert sind“.

*) Por. KELSEN, Das Problem der Souveränität j. w. str. 190 „Wenn der Versuch gemacht wird, durch die Vorstellung einer wechselseitigen Anerkennung den Schein einer Koexistenz mehrerer Staaten aufrecht zu erhalten, so ist dieser Schein leicht durch die Einsicht zu zerstören, dass diese „wechselseitige“ Anerkennung nichts anderes bedeutet, als den steten Wechsel des juristischen Erkenntnisstandpunktes, dessen Einheit aber gerade das Wesen der juristischen wie jeder Erkenntnis ist“.

wiem zachodzić może stosunek pomiędzy systemem, uważanym za jedyny i wyłączny w danym czasie i w danem miejscu, a temi treściami, które do systemu mają być włączone, jeśli odniesione są one do przeszłości? Cóż ma wspólnego „prymat normy wewnętrzno-państwowej", jako wyraz jedności systemu na współczesnym obszarze rzeczypospolitej francuskiej z „nieistniejącem" imperjum rzymskiem lub z należącą do zamierzchłej przeszłości państwowością Kartaginy? Jeśli można skonstruować „uniwersalizm" systemu „francuskiego", jako z jego punktu widzenia wyłącznego w stosunku do „państw" współcześnie, lecz „różnomiejscowo" z tym systemem istniejących, konstrukcja taka byłaby niemożliwa w odniesieniu do tego, co „współcześnie" nie istnieje, aczkolwiek cecha „różnomiejscowości" nie będzie ulegać wątpieniu. Niemożliwość takiej konstrukcji tłomaczy się tym względem, że „sprowadzalność" do normy najwyższej (in casu: do prymatu najwyższej normy wewnętrzno-państwowej) oparta jest na ujęciu eksplikacyjnem. To, co w „obcym" systemie (nie uważanym wszakże jako system) jest normatywnością — we „własnym" systemie kwalifikuje się jako treść; i treść ta staje się normatywną dlatego tylko, że własny system nadał jej takie ukształtowanie. „Uznanie" państwa obcego rozumie się nie jako „aprobata" normy obcego systemu, lecz jako „faktyczność", która dlatego staje się normatywnością, że własny system nadał państwu obcemu „wygląd" normatywny (np. uznanie prawa legacji i związany z tem zespół „powinności", odpowiednio sankcjonowanych przez własne państwo). Z chwilą więc, gdy owa „obcość" jest treścią — rzeczą jest jasną, że posiada ona atrybuty czasu i przestrzeni (niemożliwa jest konstrukcja treści, określanych jako „nigdzie" lub „nigdy" nie istniejących). Zrozumiałe jest wówczas, że jeśli dany system jest systemem w określonych granicach przestrzeni — tożsamość przestrzeni jest eksplikacyjnie rozumianym elementem systemu *); a więc, wyłączony jest „zbieg" systemów wobec jedności miejsca. Zbieg ten możliwy jest tylko w tożsamości czasu. To, co przestało istnieć, nie staje się treścią, ujmowaną normatywnie przez pryzmat normy ujednia-

*) W rozumieniu normatywnem takie ujęcie nie może się ostać. Pojęcie „nieprzenikliwości" terytorjum nie posiada znaczenia normatywnego. Por. KELSEN, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff j. w. str. 86, WENZEL j. w. str. 340, DUGUIT, Traité j. w. T. II, 1923 str. 50. Por. również słuszny wywód HENRICHA, Theorie des Staatsgebietes j. w. str. 38 „Für ihn (scil. für den Juristen) existiert der Raum der Naturwissenschaften überhaupt nicht, er kennt nur örtliche Kompetenzen und Inbegriffe von solchen. Es mag nicht wünschenswert und vielleicht auch nicht zweckmässig sein, wenn zwei verschiedene Staaten das gleiche Staatsgebiet im engeren Sinne ganz oder teilweise für sich in Anspruch nehmen, aber juristisch unmöglich ist es keineswegs".

cej; to zaś, co „stać się“ ma w przyszłości, może być warunkiem jakiejś treści, lecz nie treścią samą.

To samo powiedzieć należy o hipotezie prymatu normy międzynarodowej. Jeśli istnieje jeden wyłączny system, do którego sprowadzają się wszystkie wypowiedzi normatywne, gdziekolwiek są „ustalane“ — wypowiedzi te nie są wprawdzie „treściami“, kształtowanemi normatywnie w ujęciu tak rozumianej normy najwyższej. Są one „normatywnością“, sprowadzaną wprost czy pośrednio do systemu, obejmującego wszystkie rzędy wypowiedzi, aczkolwiek każdy z tych rzędów przypuszcza „swój“ końcowy punkt poczytania, jako zamknięcie ogniw normatywnych. To przypuszczenie będzie zawsze subjektywne, skoro punkt poczytania, uważany za końcowy, może być sprowadzony do punktu „nadporządkowanego“. Wszakże założenie o koniecznem przypuszczeniu momentu „czasu“ wprowadza znów czynniki eksplikacyjne. Albowiem założenie to związane jest z przypuszczeniem działania normy *). W danym okresie czasu dany jest szereg wypowiedzi; każdy z tych szeregów posiada ostatni punkt poczytania, dający się sprowadzić do istotnie końcowego punktu (najwyższa norma międzynarodowa — np. „pacta sunt servanda“). Jeśli przypuścimy, że jeden z danych rzędów nie „aktualizuje się“, albowiem jego ostatni punkt poczytania nie działa, wówczas musimy uwzględnić „osobowe“ (a więc tylko eksplikacyjne) kwalifikacje tego punktu. Powiadamy wówczas, że w momencie X punkt poczytania Z przestał działać. Dlategoteż np. wspólnota międzynarodowa nie włącza do swego systemu takich szeregów, które utraciły osobowość ich punktu końcowego. W rozumieniu eksplikacyjnem byłaby absurdalną norma najwyższa, do której dawałyby się sprowadzać układy normatywne, nie istniejące w chwili istnienia najwyższej normy międzynarodowej. Do współczesnej wspólnoty międzynarodowej nie należą państwa, które zniknęły z powierzchni ziemi. Okoliczność, że państwa te ongi istniały i że ustalone przez nie wypowiedzi normatywne są wypowiedziami w a ż n e m i — nie posiada eksplikacyjnie żadnego znaczenia.

W rozumieniu normatywnem winny być eliminowane warunki czasu i przestrzeni, które zarówno przy przypuszczeniu hipotezy prymatu suwerenności państwowej, jakoteż przy przypuszczeniu najwyższej normy międzynarodowej, są momentami, ustalającemi „działanie“ i „aktualizację“. Znaczeniowa

*) Ten sam wzgląd zachodzi, jeśli przypuścimy, że norma najwyższa nie rozciąga się na orbis terrarum i że — poza ujednia jącym systemem — istnieją wspólnoty, których unormowania nie dają się sprowadzić do normy najwyższej. System międzynarodowo - prawny może traktować uporządkowania tych wspólnot, jako „faktyczność“, o ile nie ma żadnych punktów stycznych z powyższemi uporządkowaniami. Koleją rzeczy, uporządkowania „pozamiędzynarodowe“ uważać będą system międzynarodowy za faktyczność.

ważność normy prawnej nie jest zawisła od tych czynników, które k o n i e c z n e są w treści normy.

W takiem rozumieniu może być ustalona jedność systemu, niezależnie od tego, czy normy prawne gdziekolwiek, kiedykolwiek i jakkolwiek „działały". Jeśli twierdzimy, że jedność systemu dana jest w normatywności samej — znaczy to, że żadne cechy, które byłyby zawarte w treści normy, zależnej, oczywiście, od najróżnorodniejszych kwalifikacji eksplikacyjnych, nie mogą być uważane za podstawę ujęcia systematycznego. Zasadą jedności jest specyficzna strukturalność normatywna. Ta specyficzna strukturalność w jej stałości i ciągłości nie jest, rzecz oczywista, takim elementem, który mógłby być kwalifikowany sub specie treści. Jeśli w niezliczonej mnogości treści obserwujemy ich tożsamość lub podobieństwo (np. przy porównaniu składu czynu kupna - sprzedaży w różnych epokach, na różnych obszarach działania i w odmiennych systemach) — tożsamość czy podobieństwo nie jest żadnym elementem treści, współistniejącym z innemi jej elementami. Nie są te cechy jakąś nową treścią, jakoby „dodaną" do już ustalonych elementów. W pewnym zespole treści można abstrahować wspólne dla tych wszystkich treści elementy; ale ustalenie tych elementów wspólnych nie jest przypuszczeniem jakichś ogólnych własności, danych przez treść samą; wynika ono jedynie z zasady, że „przekształcenie" treści nastąpiło na podstawie procesu uogólniającego. Cóż bowiem „upodabnia" pewne czyny i sposoby zachowania się, rozumiane, jako przebiegi fizyczne, psychiczne lub społeczne? „Fakt" zapisania przez A kartki papieru i oddania go B — może być fizycznie zupełnie identyczny z takim samym faktem, zachodzącym w stosunku C do D. W rozumieniu prawnem oba te fakty mogą być zupełnie różne: w pierwszym, mamy np. do czynienia z wystawieniem pisma dłużnego i doręczeniem go wierzycielowi; w drugim — ze sporządzeniem testamentu i oddaniem go na przechowanie przyszłemu wykonawcy testamentu. Oba te przebiegi, f i z y c z n i e identyczne lub podobne, są p r a w n i e najzupełniej różne. Mogą być prawnie identyczne lub podobne, jeśli oba akty są np. umowami pożyczki (różnice co do sumy dłużnej, odsetek, terminów i osób kontraktujących podlegają wyeliminowaniu); wszakże, psychologicznie i społecznie wykazywać mogą poważne różnice (odmienność motywacji psychicznej lub gospodarczo różny charakter pożyczki).

Zasada przyporządkowania treści nie jest, jak powiedziałem, elementem tej treści, lecz jej sprowadzeniem do pewnego postępowania uogólniającego, w którem każda treść (jakikolwiek jest układ eksplikacyjny) staje się i d e n t y c z n ą z wszelką inną, poza nią „istniejącą" lub „pomyśleć się dającą" treścią. I wszystkie „kwalifikacje" treści, czy to będzie „pożyczka", „testament", „zabójstwo", „podpalenie", „zdolność prawna", „res judicata", „rozporządzenie administracyjne", „pro-

mulgacja ustawy", „ratyfikacja traktatu" są identyczne w tem uogólniającem postępowaniu normatywnem, które sprowadza je do typowych struktur bądź ogniwa normy, bądź normy samej. Różnicowania „w" tej identyczności następują dopiero wówczas, gdy te najróżnorodniejsze kwalifikacje sprowadzone zostały do jednolitych wyrazów normatywnych; wówczas można znaleźć różnice pomiędzy „sekwencjami" powiązań normatywnych (symbol „n" w kwalifikacji pożyczki znaczy odmiennie w porównaniu z symbolem „n" w kwalifikacji testamentu; symbol „n" jest odmienny w kwalifikacji zabójstwa i odmienny w ujęciu umowy międzynarodowej, w razie jej niedotrzymania). Te różnicowania, w ich ujęciu konstrukcyjnem napozór normatywne, są, w istocie rzeczy, eksplikacjami, opartemi na różnicy znaczenia symbolu n, czy n_1 w układach normatywnych. Normatywnie n jest zawsze jedno i to samo. Ważne jest nie to, że n jest takie czy inne, lecz wyłącznie to, że n odniesione zostało w procesie poczytania i w ustaleniu jego charakteru deontologicznego. Zasada ujednolicająca wynika nie z tego, że powzięta została z „treści", lecz z tego, że pewien zawsze identyczny proces normatywny został w tych treściach dokonany *).

Ustalenie systemu normatywnego nie może być uzasadnione na podstawie przesłanek eksplikacyjnych. Na takich przesłankach zbudowana jest teorja WALTERA JELLINKA. Według W. JELLINKA, założenie stałości norm prawnych w ciągłej zmianie poszczególnych ukształtowań nie może być ustalone na podstawie tego zdania prawnego, które głosi, że pewne organy ustawodawcze posiadają „moc prawotwórczą". Ta zasada podlega ograniczeniom: nie może bowiem ustalić, że nikt nie powinien być prawodawcą i nie może zagwarantować, że legitymowane organy prawotwórcze silniejsze będą niż rzeczywistość: wobec przewrotu ustaje moc najwyższych norm konstytucyjnych, z których wywodzą się wszystkie wypowiedzi prawne.

Co się tyczy pierwszego ograniczenia, należy powiedzieć, że redukuje się ono do najzwyklejszej tautologji. Z chwilą, gdy zakłada się ważność normy prawnej — nie można twierdzić, że dopuszczalna jest jej nieważność. Twierdzenie, że tam, gdzie jest prawo, nie może być stanu, przypuszczającego „nieważność" prawa — znaczy poprostu: że norma ważna jest normą wa-

*) Por. SANDER, Staat und Recht j. w. T. II, str. 915 „Die Verknüpfung der Verfahrensglieder wird in jedem Falle durch irgend ein allgemeines Gesetz der Zuordnung (Zurechnung), kraft dessen eine durchgängige Rechtssatzregel der Verfahrensabfolge festgestellt wird. Was den Elementen der Verfahrensreihe a, b, c... ihren Zusammenhalt verleiht, ist nicht selbst ein neues Element, das mit ihnen tatbestandsmässig verschmolzen wäre, sondern es ist die (rechtssatzmässige) Regel des Verfahrensfortschrittes, die als ein und dieselbe festgehalten wird, gleichviel an welchen Verfahrensgliedern sie sich darstellt".

żną *). Z punktu widzenia eksplikacyjnego możliwy jest układ, w którym nie istnieje żadna ważność normatywnie prawna. Niekoniecznie przypuszczać należy anarchję; możliwy jest układ, rządzący się wyłącznie normami moralnemi.

Co się zaś tyczy drugiego ograniczenia — oparte jest ono wyłącznie na eksplikacyjnem rozumieniu prawności. W jaki bowiem sposób powstaje nowe prawo, w jakim trybie przerwana być może ciągłość procesu prawnego (przewroty bowiem niczem innem nie są, jak przerwaniem ciągłości prawa) — te zagadnienia nie mogą być rozwiązane normatywnie. Czy norma powstała w drodze twórczości „pierwotnej", czy zasadą jej jest legitymizm, czy też była ona tej zasady złamaniem i pogwałceniem— okoliczności te nie posiadają znaczenia normatywnego. Prawowita i rewolucyjna norma prawna nie różnią się ani w swym układzie strukturalnym, ani w powiązaniach swych ogniw. Normatywnie nie można mówić o prawności czy nieprawności prawa. Albowiem cechy różnicujące mogą być ustalone tylko w zestawieniu norm różnych kategorji (normy prawne — normy etyczne); w dziedzinie zaś danej kategorji wszelkie rozróżnienia mogą być wyjaśnione tylko pozanormatywnie.

Ze względu na te ograniczenia ustala W. JELLINEK tezę następującą: konieczne jest założenie najwyższej zasady, nie znającej tych ograniczeń — a mianowicie, konieczność zdania prawnego, głoszącego, że nakazy każdego najwyższego władzcy są prawem **).

To twierdzenie jest — zdaniem W. JELLINKA — „najwyższą zasadą wszelkich układów prawnych" (oberster Satz aller Rechtsordnungen). Ze względu na swą abstrakcyjność nie ulega ono żadnemu uchyleniu; jest niezależne od rzeczywistości, albowiem rzeczywistość jest tylko jego „zastosowaniem". Przewroty, powstanie i zanik państw, ustrój państwowy — są tylko „składami czynu" („Tatbestände"), z któremi ta zasada najwyższa łączy skutki prawne. W tym trybie następuje redukcja wszystkich wypowiedzi prawnych do najwyższej i uogólniającej zasady, która głosi: „jeśli w pewnej społeczności ludzkiej istnieje najwyższy władzca, nakazy jego powinny mieć posłuch" ***).

W tem rozumieniu zasada najwyższa nie daje się uchylić;

---

*) Por. CARRÉ DE MALBERG j. w. T. I, Nr. 78, str. 229: „si absolue que soit la puissance de l'État et alors même qu'il lui serait juridiquement possible de tout faire, il y a toujours une chose que l'État ne peut faire; il ne peut supprimer tout ordre juridique et fonder l'anarchie, car il se détruirait ainsi lui — même".

**) W. JELLINEK, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung 1913 str. 27: „...dass die Anordnungen des jeweils höchsten Gewalthabers Recht sind".

***) W. JELLINEK j. w. str. 28 „Wenn in einem menschlichen Gemeinwesen ein höchster Gewalthaber vorhanden ist, so soll das, was er anordnet, befolgt werden".

zaprzeczenie jej byłoby nieprawdą; jest ona niezmiennym sądem („unabänderliches Urteil") o powstawaniu i znikaniu tego wszystkiego, co prawnie rozumie się, jako „być mające". Ważność tej zasady nie polega na czyjemś działaniu czy rozkazie; nikt bowiem tej zasady nie ustala i nie nakazuje, jest ona pojęciowo konieczna i w tem właśnie wykazuje podobieństwo z prawem przyrodniczem.

Z tych względów różni się zasada powyższa od wszelkich innych zdań prawnych. Najwyższa norma prawna w danym czasie i na danym obszarze państwowym jest w stosunku do niej tylko składem czynu, którego skutki prawne powstają jedynie dzięki powiązaniu z tą istotnie najwyższą zasadą wszystkich układów prawnych. Sama zaś ta zasada nigdy składem czynu być nie może. I tylko ta od wszelkiej rzeczywistości oderwana zasada, jako wynik konieczności pojęciowej, może być kwalifikowana, jako sąd w rozumieniu logicznem *). Inne — poza tą zasadą — zdania prawne są sądami tylko w ich wyglądzie formalnym; są one bowiem, jako pozytywne prawo określonego państwa, „czynnościami władzy państwowej" (Handlungen der Staatsgewalt) i z istoty swej nie mogą być kwalifikowane, jako sądy. Charakter sądu posiada jedynie zasada najwyższa, oderwana od rzeczywistości i odróżniana od wszystkich zdań prawnych w poszczególnem państwie **).

„Zasada najwyższa" w rozumieniu W. JELLINKA ma być teoretycznem wyjaśnieniem rzeczywistości prawnej. Wszakże to wyjaśnienie, aczkolwiek oparte na założeniu ważności „tego, co być powinno", polega na niedopuszczalnym synkretyzmie metodologicznym, na pomieszaniu ujęcia eksplikacyjnego i normatywnego.

Niedopuszczalne jest przedewszystkiem przypuszczenie bezwzględnej prawdziwości owej zasady najwyższej. Niema żadnego probierza, który mógłby ustalić, że nakazy najwyższego władzcy powinny być wykonywane. Pari passu można byłoby powiedzieć, że nakazy te powinny być niewykonywane. O tem, że dwa razy dwa jest cztery można powiedzieć, że wypowiedź ta jest prawdziwą i żadną inną. Zaznacza wszakże W. JELLINEK,

---

*) Inaczej SANDER, który rozumiejąc państwo, jako jedność ujęcia ważnych w znaczeniu prawnem faktów, uważa, że państwo, jako kategorjalna cecha ujedniająca wszystkich konkretnych składów czynu, samo nie może być takim składem: Staat und Recht j. w. T. II str. 1132 „Alle Tatbestände des Rechtes sind empirische Relationen, der Staat aber ist eine transzedentale Relation, ein kategoriales Einheitsmerkmal aller konkreten Tatbestände, aber eben deshalb nicht selbst ein bestimmter konkreter Tatbestand".

**) W. JELLINEK j. w. str. 31 „Was allein Urteilscharakter hat, ist, wie erwähnt, der von jeder Wirklichkeit absehende und darum von allen Rechtssätzen eines individuellen Staates verschiedene oberste Satz aller Rechtsordnungen; alle übrigen Rechtssätze sind Urteile nur der Form nach".

że ważność („Gültigkeit"), którą mylnie zresztą utożsamia z prawdziwością, może być kwestjonowana z punktu widzenia ocen etycznych lub politycznych. Oceny etyczne lub polityczne są, niewątpliwie, ustaleniami normatywnemi. Jeśli w płaszczyźnie pojmowania normatywnego stosować będziemy probierze prawdziwości — rzeczą jest jasną, że prawda nie może być odmienną w ujęciu etycznem i prawnem. Jedynie przy odróżnieniu prawdziwości od ważności możliwy jest konflikt ważności wypowiedzi, w zależności od rozumienia etycznego, przeciwstawionego rozumieniu prawnemu. Konflikt ten wynika z odmienności systemu, z odmienności strukturalnej i z odrębnego powiązania wypowiedzi normatywnych.

Dlategoteż nie można powiedzieć, że zasada najwyższa jest niezmienna i nie ulega uchyleniu. Niezmiennie ważną i nie ulegającą uchyleniu jest jedynie normatywność, jako taka, w szczególności zaś, ten rodzaj normatywności o specjalnym wyglądzie strukturalnym, który nazywamy „normatywnością prawną". Obowiązek posłuszeństwa dla nakazów władzy najwyższej — jest pojęciem eksplikacyjnem; z pojęciem nakazu wiąże się „oddziaływanie" i przypuszczenie przystosowania się, wynikające z najróżnorodniejszych motywacji psychicznych. I mylnie twierdzi W. JELLINEK, że założenie zasady najwyższej wyłącza zagadnienie „osoby rozkazującej", i przeto zasada ta różni się od konkretnych wypowiedzi imperatywnych w danym czasie i na danym obszarze, z określonego źródła prawa wynikających. Zasada taka, jeśli oparta ma być na przypuszczeniu „rozkaźników", byłaby taką samą czynnością, jak konkretne normy danej państwowości („Handlungen der Staatsgewalt"). Nie mogłaby być przeto sądem logicznym i byłaby narówni z owemi wypowiedziami sądem — tylko ze względu na formę.

Pozatem, kwalifikacja zasady najwyższej, jako niezmiennego sądu o powstawaniu i zaniku wypowiedzi normatywnie-prawnych („ein unabänderliches Urteil über das Entstehen und Vergehen eines rechtlichen Sollens") — sprzeczna jest z podstawowemi założeniami ujęcia normatywnego. Normatywnie nie można wyjaśnić ani powstania, ani zaniku normy. Należałoby powiedzieć, że faktyczność tylko wówczas może być pojmowana normatywnie, jeśli daje się sprowadzić do ujęcia w postaci wypowiedzi o tem, co być powinno, i gdy przekształcenia treści, odniesione do powinności, stają się „składami czynu", „skutkami prawnemi" w ich powiązaniach i w specyficznie prawnym wyglądzie strukturalnym. W. JELLINEK operuje eksplikacyjnem rozumieniem państwa i uznaje konkretną, najwyższą normę państwową za skład czynu (Tatbestand); przez powiązanie z zasadą „posłuszeństwa dla najwyższego władcy" staje się ona „zdolną" do aktualizacji skutków prawnych. Mielibyśmy więc do czynienia z „prawnością" w drugiej potędze. Rewolucyjnie czy pierwotnie

powstająca norma prawa nigdy nie mogłaby być uważana za normę najwyższą, jeśli z ową zasadą, którą W. JELLINEK uważa za wyższą ponad wszystko, nie dałaby się powiązać. Takie gradacje nie mogą być rozumiane normatywnie. W stosunku do pewnej normy „państwowej“ można powiedzieć, że jest ona najwyższą, albowiem w końcowym punkcie poczytania urywa się ciąg wypowiedzi normatywnych. Z chwilą, gdy można skonstruować dalszą ciągłość przebiegu (np. przez podporządkowanie tej normy nadporządkowanej normie „międzynarodowej“), norma najwyższa traci swą kwalifikację i mamy do czynienia z przejściowym punktem poczytania. Wszakże W. JELLINEK odmawia swemu „powiązaniu“ jakichkolwiek cech punktu poczytania. Zasada najwyższa nie jest czemś „tkwiącem“ w normatywności, nie jest końcowym punktem poczytania, lecz jakiemś „principium“, właściwem wszystkim normom wszędzie i kiedykolwiek— przez to, że jest ona sama normą. Jest ona normą, niezależną od jakiegokolwiek punktu poczytania *). Przeto pozostaje niewyjaśnione, jakie normatywne znaczenie posiadać ma ów „władca najwyższy“, czem jest właściwie owa „wspólnota ludzka“ (menschliches Gemeinwesen), skoro oba te pojęcia nie mają być rozumiane eksplikacyjnie? Wszak pojęcie „wspólnoty“ mogłoby być ustalone na podstawie unormowań, które owa abstrakcyjna zasada najwyższa kształtuje. Jeśli zaś ma to być wspólnota abstrakcyjna (wzorowana np. na założeniach konstrukcyjnych „umowy społecznej“), w jaki sposób uzasadnić się daje przejście do konkretnych nakazów w danem miejscu i w danym czasie, skoro te ostatnie nie posiadają kwalifikacji „prawa przyrodniczego“, a wywodzić się mają z zasady, uważanej za niezmienne prawo przyrodnicze, a „powiązanie“ konkretności z zasadą najwyższą jest powiązaniem przyczyny i skutku**). Jeśli zasada najwyższa „działa“ jak prawo przyrodnicze, w jaki sposób „wynikające“ z niej normy konkretne, które nie są ani poznaniem, ani sądem, lecz „czynnością“ z pod działania przyczynowości mogą być wyjęte?

Błąd w rozumowaniu W. JELLINKA polega na przypisywaniu zasadzie najwyższej znaczenia jakiejś vis movens.

Zasada najwyższa nie jest wszakże samoistną normą, która „tworzy“ wszystkie normy konkretne i przeto ucgólnia normatywność, pochodzącą skądkolwiek i działającą gdziekolwiek czy kiedykolwiek. Niemożna postulować sprowadzania prawności do prawności, kwalifikując inaczej źródło i inaczej jego „pochodne“. To, co w pewnem ukształtowaniu jest normatywnością, może być uznawane za faktyczność. Strukturalnie wszakże owa quasi —

*) W. JELLINEK j. w. str. 28: „...jener oberster aller Sätze, der unabhängig ist von dem Bestehen einer Völkerrechtsgemeinschaft, einer Gewohnheit, eines Einzelstaats, eines Bundesstaats“.

**) Por. krytykę tej teorji przez KELSENA, Das Problem der Souveränität j. w. str. 98 (w przypisie).

normatywność nie różni się od wypowiedzi „niewątpliwie“ normatywnych. Jej „uznanie“ jest niczem innem, jak założeniem sprowadzalności do normy najwyższej, czyli jest uznaniem pewnego punktu poczytania, rozumianego jako przejściowy, za punkt końcowy *). Gdyby wszakże tej przemiany nie było—normatywność, kwalifikowana jako „najwyższa“, nie przestałaby być taką, ignorując, oczywiście, systemy z nią nie współmierne i uważając się za system jedyny i wyłączny.

Zasada jedności w ujęciu systemu norm nie polega na normie, która byłaby wyższa ponad wszystkie inne normy i rządziłaby się jakiemiś jej tylko właściwemi prawami. Zasada ta nie wynika również z przypuszczenia o istnieniu jakiegoś najwyższego władcy, który mocą swego nakazu ujmuje w jedność disjecta membra niepołączonych i niepowiązanych norm konkretnych. Czy władca ten będzie rozumiany konkretnie**), czy też jako abstractum nie zmienia postaci rzeczy. W obu bowiem wypadkach normatywność wywodzi się z nakazu, a więc z pewnego „działania“. W mniemaniu normatywnem mamy wszakże do czynienia z systemem, który sprowadza wszystkie wypowiedzi do jednego wzoru, właściwego wszystkim normom w ich wyglądzie strukturalnym. Kwalifikacje najwyższej normy są jedynie ustaleniem, że w pewnym przebiegu ciąg wypowiedzi zamyka się i że w tym punkcie kończy się również rozważanie normatywne.

§ 29.

Teorje uzasadniające jedność systemu.

Jedności systemu przypisuje się zwykle to znaczenie specyficzne, że dzięki niej wyłączona zostaje wszelka sprzeczność pomiędzy wypowiedziami normatywnemi, jako dającemi się sprowadzić do danego systemu. W takiem rozumieniu przypuszcza się współrzędność dwóch lub większej ilości systemów, z których każdy stanowi całość odrębną przyczem jego punkty styczne z systemami innemi wynikają z recepcji czy uznania norm tych innych systemów, jako norm własnych (teorja prymatu suwerenności państwowej). Jeśli przyjmiemy tę hipotezę jako punkt wyjścia, musimy się wówczas uciec do wyjaśnienia eksplikacyjnego: cóż jest bowiem zasadą, odróżniającą systemy w swym układzie i wyglądzie strukturalnym jednakie, jeśli ani

*) Por. konstrukcję SANDERA, Das Faktum der Revolution j. w. str. 163: „Das „Faktum“ der Revolution ist lediglich völkerrechtlicher „Anreiz“, „Ausgangspunkt“ des völkerrechtlichen Anerkennungsverfahrens, in welchem der rechtliche Tatbestand „Staat“ als Tatbestand der Rechtssatzform „Anerkennungsakt“ erscheint“.

**) Por. np. F. SOMLO j. w. str. 98: „Der Begriff einer Rechtsnorm weist über sich selbst hinaus auf das Ganze einer von einem einheitlichen Urheber getragenen Vielheit von Rechtsnormen“.

forma wypowiedzi, ani tryb ich powiązań niczem się nie różnią? Cechą odróżniającą będzie wówczas odmienność źródła, odrębność „instancji", najogólniej powiedziawszy: i n n o ś ć pochodzenia. Wyłączenie sprzeczności, układ szeregów wypowiedzi w harmonijnym zespole, symetrja i logiczna zgodność powiązanych ze sobą ujęć — wywodzi się z tego ,że wszystkie te wypowiedzi bądź są „stworzone", bądź są „uznane" przez jedną „instancję". „Jedność" wynika więc z tej okoliczności, że system wywodzi się z jednego i jedynego źródła. Temu źródłu, tej instancji prawotwórczej, czy tylko „recypującej" nadaje się kwalifikacje, sprawiające, że wszystko, co przez nią zostało stworzone lub uznane, jest „zgodnością" i wyłączeniem sprzeczności. Owa zgodność w jedności niekoniecznie musi być jakiemś wartościowaniem politycznem, gospodarczem, etycznem. Niekoniecznie należy uznawać, że wszystko, co złączone jest jednością instancji, jest politycznie czy gospodarczo pożyteczne lub wskazane, a etycznie słuszne lub sprawiedliwe. Wartościowanie dotyczy wyłącznie jedności i spójności l o g i c z n e j. Poszczególne normy mogą być sprzeczne z moralnością lub szkodliwe pod względem politycznym czy gospodarczym; nie powoduje to wszakże jakiejkolwiek dyskwalifikacji systemu pod względem logicznym.

Jeśli się twierdzi, że zbiór wypowiedzi normatywnych dlatego winien być uważany za zespół systematyczny, że wywodzi się z jednego źródła *), znaczy to, że źródło to posiada takie kwalifikacje, które wyłączają jakiekolwiek sprzeczności logiczne. Byłoby to ustalenie nieomylności w konsekwencji, w powiązaniu i zgodności wszystkich wypowiedzi — dlatego wyłącznie, że pochodzą one z pewnego źródła. Źródłem prawa, czyli instancją uogólniającą, mogłoby być tylko takie quid, które a priori te wszystkie „zalety" posiada. Niekoniecznie musiałoby posiadać je w rzeczywistości. Jeśli np. tą instancją jest jednostka — oczywistą byłoby fikcją twierdzenie, że wszystkie jej „nakazy" zawsze i wszędzie znajdować się będą w wzajemnej jednorzędności i równoważności. Trudno również byłoby uwierzyć w „logiczną" nieomylność ciał zbiorowych, ustalających normy prawne. Doświadczenie uczy, że częstokroć w praktyce legislacyjnej zdarzają się przypadki, gdy, przy uchyleniu przez nową ustawę pewnych poprzednio obowiązujących przepisów prawnych, część dawniejszych przepisów z powodu wadliwego sformułowania pozostaje w mocy; znajduje się przeto w oczywistej sprzeczności z prawem „nowem". Zalecenie JUSTYNJANA o niedopuszczalności antynomji w pandektach („contrarium aliquid in hoc codice positum nullum sibi locum vindicabit nec invenitur"), mo-

*) Por. F. SOMLO j. w. str. 383: „...dass sämtliche Äusserungen einer höchsten Macht zu einem w i d e r s p r u c h l o s e n S y s t e m von Rechtsnormen zu deuten sind..." WENZEL j. w. str. 141: „Die Einheit eines Normensystems beruht in der Unterstellung der Geltung aller seiner Normen unter den zentralen Willen".

gło być tylko pium desiderium. Prawodawca może w treści normy ustalać dane, które nie są zgodne z rzeczywistością: parlament angielski, który, jak głosi znany aforyzm, może uczynić wszystko, prócz tego, ażeby z kobiety zrobić mężczyznę — mógłby wszakże u z n a ć daną kobietę za mężczyznę. Ustawa może ustalić, że za zachód słońca uważana ma być godzina, w której słońce effective nie zaszło i jeszcze świeci; godzina 18½ w czerwcu będzie tedy uważana za godzinę „wieczorną". Wszakże prawodawca nie może zaprzeczyć, że pomiędzy wypowiedziami odeń „pochodzącemi" j e s t sprzeczność logiczna. Przykłady interpretacji autentycznej, w której prawodawca samego siebie poprawia, są najlepszym dowodem, że sprzeczność taka może być dana i że zasada „jedności instancji" nie może jej wyłączyć lub usunąć. W tym zakresie nie może zastosować znanego wyrzeczenia „Grammatici non supra Caesarem!" Jeśli zaś zabiegi interpretacji sądowej idą w tym kierunku, ażeby „pogodzić" oczywiste sprzeczności wypowiedzi, mieszczących się w jednym systemie— wyniki jej bynajmniej nie polegają na stwierdzeniu, że prawodawca j e s t nieomylny: przeciwnie, częstokroć przez imputowanie prawodawcy motywów i zamierzeń, których ustalić niemożna i które nawet domyślnie stwierdzone być nie mogą — operują fikcją: prawodawca postępuje tak, j a k g d y b y był nieomylny *).

Jedność „pochodzenia" norm prawnych nie może być ujęta eksplikacyjnie. Wywód niesprzeczności systemu z jedności pochodzenia — jest przypisywaniem „źródłom" prawa takich cech, które posiadają dlatego, że system może być tylko i wyłącznie zespołem w sobie niesprzecznym i jednym. Przypisywanie takich cech jest, w istocie rzeczy, p e r s o n i f i k a c j ą systemu. Znaczy to, że gdyby nawet effective w układzie systemu zachodziły sprzeczności logiczne — należy u w a ż a ć, że sprzeczności tych niema. Na tem założeniu oparte są najrozmaitsze konstrukcje o t. zw. woli ustawodawcy, które nowsza teorja zastępuje nie mniej dowolnem pojęciem „woli ustawy", personifikując wypowiedzi normatywne nie tylko z punktu widzenia ich stałej równoważności logicznej, lecz również sub specie ich zamierzeń celowych, intencji i tendencji**). Takie ujęcie łączy się

*) To samo rzec należy i o tym wyniku interpretacji, który uważa normy sprzeczne za wzajemnie się znoszące. Por. F. SOMLO j. w. str. 383: „Sich nicht nur scheinbar, sondern wirklich widersprechende Sätze des Rechtstextes, die sich also nicht vereinigen lassen, heben sich gegenseitig auf".

**) Dosadnie charakteryzuje tę fikcyjną „wolę", przytaczając jej ujęcia w praktyce niemieckiego Sądu Rzeszy, C. SCHMITT, Gesetz und Urteil 1912 str. 30 uw. 3: „Es ist in der Tat eine sonderbare Schöpfung: ein „Wille" der stets das Gute will (RG. Ziv. S. Bd. 67, S. 70), an das Wichtigste immer gedacht hat (RG. Bd. 67, S. 66, 68, 329), sich so prägnant wie möglich ausdrückt (RG. Bd. 73, S. 137)... wem solche Zaubertiere frommen..."

częstokroć z kwalifikacjami treści zawsze jakoby rozumnej, celowej i uwzględniającej w sposób słuszny określony układ interesów. Zasadą jedności systemu będzie wówczas nie tryb normowania pewnych treści przez „wolę", która w sposobie ujęcia nie może wykazywać żadnych sprzeczności, lecz same treści w ich najróżnorodniejszych zespołach. Jeśli powiedziano, że co do pewnego n następuje określone unormowanie — owo n nie jest czemś izolowanem, lecz bądź pochodnem jakiejś innej treści, bądź analogicznem czy sprzecznem z inną treścią, bądź wreszcie źródłem, z którego wywodzić się mogą pierwotnie nieprzewidziane treści. Ale wówczas zasadą jedności będzie nie unormowanie, jako takie, lecz to, co ujęte zostało w u n o r m o w a n i u. Jedność, ciągłość i zgodność przypisuje się przeto interesom, celom, zamierzeniom. Przypuśćmy, że został uregulowany pewien typ umów, ściągających się do określonej kategorji czynienia lub zaniechania; wywodzi się wówczas z gospodarczego znaczenia tych czynów lub zaniechań, z specjalnie rozumianego stanowiska stron gwarancje, uprzywilejowania kontrahentów), z celu i tendencji uregulowania, że „podciągnięcie" pod schemat ogólny najróżnorodniejszych przejawów życiowych, mniej lub więcej zbliżonych, czy też zupełnie nieprzewidzianych, polega na przypuszczeniu jedności. Spojeniami tej jedności są wartościowania interesów z najrozmaitszych punktów widzenia. „Logiczne" zalety ustawodawcy przeistaczają się na supozycje o celowości jednolitego traktowania pewnych treści ze względu na ich identyczność lub „pokrewieństwo" z takiemi treściami, które normatywnie zostały już poprzednio określone *). Ten moment odgrywa również rolę przy treściach, które ani w identycznych, ani w analogicznych, ani wreszcie w zupełnie odmiennych ujęciach określone nie zostały. Czy takie treści są treściami prawnemi czy pozaprawnemi? Zarówno odpowiedź potwierdzająca, jak i zaprzeczająca oparta będzie na przypuszczeniu jedności systemu: potwierdzenie będzie równoważne z włączeniem „nieprzewidzianej" treści do systemu; zaprzeczenie będzie potwierdzeniem jedności systemu, albowiem to, co z danem ujęciem normatywnem nie jest w zgodzie i w harmonji, znajduje się „poza" tem ujęciem (na tem w szczególności polega znaczenie znanego w hermeneutyce argumentu a contrario). Na czem wszakże polega zasada jedności w takiem rozumieniu? Polega ona na pewnych wartościowaniach, które oparte są na analizie treści, jako pewnego quid samoistnego ze względu na to, że treść ta została unormowana. Twierdzi się więc, że jeśli unormowane zostało a, nie może nie być unormowane b, c, d, albowiem intencje i cele,

*) Por. HECK, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz 1914 str. 64, 65: „Auch der „Gesetzgeber" ist weder als Fiktion noch als Gespenst aufzufassen. Das Wort ist vielmehr die zusammenpassende Bezeichung für diejenigen Gemeinschaftsinteressen, welche in dem Gesetze zur Geltung gelangt sind".

które kierowały unormowaniem a nie mogą być różne w treściach b, c, d, wyraźnie nie ujętych lub pominiętych przypadkowo. Z tego samego względu treści e, f, g, są treściami pozaprawnemi, albowiem z intencji i celu unormowania a wynika, że wszystko, co z a jest sprzeczne i niezgodne pozostaje poza sferą unormowania, a właśnie treści e, f, g wykazują taką sprzeczność.

To rozumienie jedności jest oczywiście, eksplikacyjne. Ze sprzeczności a i e, f, g nie wynika bynajmniej, ażeby e, f, g zasadniczo n i e m o g ł o b y ć nigdy, nigdzie, przez niko go ujęte normatywnie; jak również nie wynika, ażeby treść a nigdy, nigdzie i przez nikogo n i e m o g ł a b y ć pozbawiona odniesienia do „powinności". To rozumienie pozatem prowadzi do specyficznych wartościowań dynamicznych. Jeśli w danym zespole wypowiedzi jedność jego oparta jest na genetycznym wywodzie z jednego „źródła" — przypuszcza się pewną stałość, równoważną z procesem ustalenia. Będzie to rozumienie statyczne: zakłada się, że dany prawodawca zawsze myśli i wyraża się logicznie; przeto pomiędzy wszystkimi jego wypowiedziami nie może być sprzeczności (twierdzenie, że takich sprzeczności „być nie powinno", byłoby równoznaczne z pewną przypuszczalną kwalifikacją cech ustawodawcy, rozumianego „idealnie"). To stwierdzenie nie jest wszakże wystarczające dla rozumienia eksplikacyjnego, W tem bowiem rozumieniu system norm jest nie tylko schematem, wyrażającym w pewnych formułach prawidłowość przebiegów życiowych; jest on czemś, co „stosuje" się do tych przebiegów. Rozumienie statyczne, oparte na założeniu, że „twórca" normy jest wszystkowiedzący i nieomylny, znajduje się w sprzeczności z rzeczywistością. Rzeczywistość wymaga „zastosowania" normy; i w tem zastosowaniu powstawać mogą wątpliwości zarówno co do zagadnienia, „jak" pewna treść została normatywnie ujęta oraz co do tego, „czy" konsekwencje, wynikające z treści, względnie treści „zbliżone" znalazły odpowiedni wyraz w ujęciu normatywnem. Celem usunięcia tych wątpliwości i celem wyłączenia wszelkich możliwych sprzeczności--konieczne jest przypuszczenie, że ten, kto stosuje normę, postępuje zgodnie z wskazaniami o jedności systemu. Stosujący normę jest wówczas korektorem twórcy normy, albowiem stosuje ją tak, jak gdyby w zespole normy nie było żadnych sprzeczności: albowiem zespół ten jest s y s t e m e m. To „stanowisko" stosującego normę może być ujęte normatywnie: dla sędziego prawo nigdy nie „milczy", nigdy nie jest „ciemne", nigdy „niedostateczne" (art. 4 kod. cyw. polsk. z r. 1825, art. 10 ust. post. cyw.); i odpowiednio do tego wskazania winien zachowywać się sędzia pod rygorem odpowiedzialności. Następuje przeto zmiana roli: jedność systemu nie polega na braku sprzeczności w ustaleniu normy, lecz wynika z funkcji stosującego prawo, który po-

winien kierować się ową zasadą jedności *). Wyrazem tej tendencji jest znane wskazanie szwajcarskiego kodeksu cywilnego, nakazujące sędziemu w braku postanowień ustawy lub prawa zwyczajowego postępować „selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur" („nach der Regel..., die er als Gesetzgeber aufstellen würde"). To „zrównanie" stosującego prawo z „twórcą" prawa polega na przypuszczeniu istnienia zdań prawnych, których twórca nie wypowiedział i nie ustalił. Przypuszcza się, że zdania te istniały już implicite w systemie **), że przeto muszą one być przyporządkowane do zdań wyraźnie ustalonych***) i że nie posiadają one znaczenia orzeczeń ad casum, lecz są istotnemi, abstrakcyjnie rozumianemi normami****). Norma w tym trybie przez sędziego quasi—stworzona nie może być rozumiana podmiotowo, jako tylko z ideałami czy światopoglądem sędziego zgodna. Należy się bowiem kierować przypuszczeniem, że normatywnie rozumiane zachowanie się sędziego winno być zgodne z założeniem o zachowaniu się ustawodawcy w takiej sytuacji, w której konstatuje się „luka" systemu *****). Innemi słowy, jedność systemu zostaje zachowana przez „delegację" funkcji prawotwórczych. Sędzia w pewnym zakresie jest utożsamiany z ustawodawcą.

Rzeczą jest oczywistą, że powyższe uzasadnienia jedności systemu oparte są na rozumowaniach eksplikacyjnych. „Logiczne" zalety ustawodawcy i nawet normatywnie przepisywany modus procedendi sędziego, który powinien postępować tak, j a k g d y b y był ustawodawcą — są personifikacjami systemu. Ustawodawca, tworząc n o w e normy, powinien postępować tak, ażeby jego wypowiedzi uzgadniały się z normami istniejącemi (nie będzie to, oczywiście, wskazanie prawne, jeśli żadnej sankcji tej „powinności" ustalić nie można). Sędzia, stosując pra-

*) Por. HECK j. w. str. 179: „Das Ideal der Rechtsprechung fordert die einheitliche Durchführung der legislativen Werturteile, die gleichmässige Entscheidung aller nach diesen Wertideen gleichliegenden Interessenkonflikte... Die Zusammenpassung der Gebote zu einem harmonischen Ganzen ist Sache der Rechtsfortbildung".

**) Por. E. HUBER j. w. str. 355: „Der Richter wendet in solchen Fällen immer einen R e c h t s s a t z an, die Rechtsanwendung setzt einen solchen begrifflich voraus, so dass seine Tätigkeit formell sich auch in diesen Fällen nicht von derjenigen unterscheidet, wo er unbestritten formulierte Rechtssätze zur Anwendung bringt".

***) GMÜR, Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuchs 1908 str. 109: „Die Regel soll sich endlich in die bereits vorhandene Rechtsordnung einordnen". To samo zachodzi przy ustaleniach sędziowskich na podstawie t. zw. „ducha" lub „ogólnych zasad" prawa (np. art. 9 ust. post. cyw.).

****) E. HUBER j. w. str. 356, GMÜR j. w. str. 110.

*****) H. KONIC, Stanowisko sędziego w świetle nowego kodeksu szwajcarskiego w zestawieniu z innemi prawodawstwami, Themis Polska T. VII str. 256: „... jeśli zachodzi prawdopodobieństwo, że norma przezeń wystawiona, zostałaby, jak w Szwajcarji, w drodze referendum przyjęta".

wo, winien kierować się względem na konieczną jego jedność — również, rzecz oczywista, gdy posiada „delegację“ prawotwórczości (wiadomo wszakże, że i bez tej delegacji rozstrzyga częstokroć contra legem lub supplendi juris gratia). Obie „instancje“ kierują się względami celowości, która nie jest prawną (motywy pewności, stałości, słuszności i t. d.).

Jedność systemu jest dana nie dlatego, że istnieje jakaś zasada związku pomiędzy poszczególnemi wyrazami normy, lecz dlatego, że została ustalona przez ustawodawcę lub sędziego. Gdy szczególnie funkcje interpretacyjne sędziego oparte są nie tylko na stwierdzeniu istnienia normy i na zwykłej subsumcji, lecz przeważnie na wykrywaniu zasad w istniejących normach zawartych lub na tworzeniu norm nowych — przypuszcza się, że funkcje te są ujmowaniem zgodnem z wskazaniami nauki. T. zw. „libre recherche scientifique“, według znanego sformułowania GENY'EGO *), jest najgłówniejszą podstawą ujednialającą zdania prawotwórczości sędziowskiej, jako pochodne systemu, z systemem tym zgodne, aczkolwiek prima facie wydawać by się mogło, że częstokroć odbiegają one od linji zamierzeń i celów, danemu systemowi właściwych. W takiem rozumieniu zasadą jedności systemu jest jego „poznanie naukowe“. Różnorodność ogniw norm i norm samych dlatego zostaje sprowadzona do jednego mianownika, iż ich ujęcie kieruje się pewną ustaloną i nieodmienną zasadą lub takich zasad zespołem. Zasady te same w sobie mogą być najróżnorodniejsze: może nią być idea logicznej subsumcji i bezwzględnej prawozgodności każdego „wyniku“ prawnego z normą abstrakcyjną; może nią być sprawdzian wartościujący: rozsądna „przeciętność“, idea „słuszności“, rozgraniczenie „interesów“, tendencje „przeważającego“ interesu, wskazania etyczne, harmonja współżycia społecznego, pewność oraz stałość stosunków życiowych **).

Na takiej podstawie powstaje wyobrażenie „organicznej“ jedności norm prawnych — i, rzecz oczywista, sędzia, czy też ogólnie mówiąc, „poznający“ prawo, musi operować domniemaniem, iż twórca normy świadom był tej jedności.

„Delegacja“ prowadzić musi do kwalifikowania osoby delegującej — i nic dziwnego przeto, że wszelkie tego rodzaju

---

*) GÉNY, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif II wyd. T. II, 1919 Nr. 156 str. 78: „recherche s c i e n t i f i q u e, en même temps, parce qu'elle ne peut rencontrer ses bases solides, que dans les éléments objectifs que la science peut seule lui révéler“.

**) Specimen takiej problematyzacji — zob. u BAUMGARTENA j. wyż. T. I. str. 162. „Es entsteht das Vorlangen nach einer Wissenschaft, die auf dem Boden der Positivität verharrend, nach dem allgemeinen ethischen Grundsatz der Erstrebung des grössten Glückes der Menscheit die geltende Lebensordnung zu einem widerspruchlosen harmonischen System von Regeln fortenwickelt, wodurch sie sie aus der Sphäre der reinen Tatsächlichkeit in die der Idealität erhebt“.

uzasadnienia są personifikacjami systemu oraz najoczywistszemi fikcjami, w połączeniu z charakterystyką „domniemania", jako niedopuszczającego dowodu przeciwnego o możliwej omylności, a najogólniej mówiąc, o możliwych „ułomnościach" idealnego in hypothesi ustawodawcy *). A nawet odrzucenie tego domniemania — powoduje jego przeniesienie do innej dziedziny: przypuszcza się wówczas, że prawo, jako wykładnik „układu społecznego", jako krystalizacja punktu stałego w starciach, walkach i sprzecznościach sił społecznych — jest wyrazem jedności tendencji i intencji społeczeństwa. Określone pojęcie „ustawodawcy" zostaje sprowadzone do jakiejś przedustanowionej harmonji, przejawiającej się w krystalizacji i ustaleniu stałych punktów ocen i wartościowań. Tak przenikliwy badacz, jakim jest E. EHRLICH stwierdza np., że zasadzie jedności prawa nie odpowiadają ukształtowania rzeczywistości. Prawo zawarte w ustawach (a to samo należałoby powiedzieć o prawie zwyczajowem) jest kruchem, niedoskonałem, mizernem dziełem ludzkiem **). W mniemaniu EHRLICHA mylnym jest pogląd, jakoby jedność norm mogła być domniemywana jako dana. Jedności tej nie „wykrywa" wykładnia — w rzeczywistości jedność nie może być uważana za wynik wykładni, jeno za wytwór prawotwórczości sędziowskiej ***).

I jeśli należy uważać prawo za jedność w systemie — nie można twierdzić, że zachodzi jedność zdań prawnych. Przypisywanie „logicznej ekspansji" zdań prawnych, przypuszczenie „logicznie zamkniętego obwodu prawa" (t. zw. „logische Geschlossenheit des Rechts") polegałoby na mylnem przypuszczeniu, że treści norm znajdują się w wzajemnem powiązaniu logicznem ****).

*) Por. przykład takiej metafizycznej personifikacji w wywodzie BAUMGARTENA j. wyż. str. 295: „Hierbei (t. j. przy wykładni normy) vergegenwärtigt man sich, dass die Person welche im einzelnen auszulegenden Gesetz spricht, nicht nur in abstracto verständiger Mensch ist, sondern uns in der Gesamtheit der übrigen Sätze hinsichtlich ihrer Bestrebungen, ihrer Gedanken über die besten Mittel sie zu verwirklichen und ihrer Ausdrucksweise eine Reihe individueller Züge erkennen lässt".

**) EHRLICH, Die juristische Logik j. wyż. str. 261 „Das Recht, das die Gesetze verkünden, ist rissiges, brüchiges, armseliges Menschenwerk".

***) EHRLICH j. w. str. 266: „Der Irrtum, auf dem die Vorstellung von der Einheit des Rechts beruht, liegt nur darin, dass die Einheit als bereits gegeben vorausgesetzt wird, so dass sie die Jurisprudenz durch ihre Auslegung nur aufdecke. In Wirklichkeit ist die Einheit nicht Ergebnis einer Auslegung, sondern einer Rechtsschöpfung".

****) Zasada jedności jest postulatem — zob. uwagi RUMPFA, Gesetz und Richter, Versuch einer Methodik der Rechtsanwendung 1906 str. 139 (ein „Sollenszusammenhang") „Es ist nun von vorneherein schon anzunehmen, dass dieser zunächst rein logische Einordnungsgegensatz des allgemeinen und besonderen sich bald an dem nicht rein logischen Wesen des Zusammenhanges aller Rechtsregeln stossen und Risse und Löcher ins System bringen wird".

Jedność polega — zdaniem EHRLICHA — na zasadzie, którą należałoby określić, jako zasadę socjologiczna. Zdania prawne tworzą jedność ze względu na ich powiązanie w tem środowisku społecznem, w którem działają *). Zgodnie z swą teorją o koniecznem odróżnieniu zdań prawnych od organizacyjnych ustaleń układu społecznego — twierdzi EHRLICH, iż należałoby jedność tę rozumieć w związku z samym układem społecznym. Wszakże układ ten nie jest czemś stałem („keine gewordene Ordnung"), lecz czemś wciąż „stającem się"; jedność jego może być rozumiana w ten tylko sposób, że sprzeczne w ustosunkowaniach społecznych interesy uobecniają się w uporządkowaniach prawnych. Dlategoteż należy powiedzieć, że zasadą jedności systemu jest społeczeństwo.

Teorja EHRLICHA, przypisując wykładni funkcje prawotwórcze celem podporządkowania jedności systemu norm w tej drodze tworzonych, i eliminując fikcję woli ustawodawcy **), ucieka się w gruncie rzeczy do personifikacji, aczkolwiek o podstawie odmiennej. Zasadą jedności jest mityczny zespół sił społecznych, wyobrażany punkt krystalizacji interesów. Zamiast „ustawodawcy" czy „sędziego" (recte: zamiast „państwa") mamy „społeczeństwo".

W takiem rozumieniu jedność nie byłaby dana w samych wypowiedziach normatywnych, lecz w czemś, co poza niemi lub ponad niemi stoi i co jedność tę tworzy (prawotwórczość sędziowska, nauka prawa, siły układu społecznego). Jedność rozumiana jest wówczas, jako pewien postulat logiczny, który powinien być założeniem zbioru norm prawnych; z ustalenia takiego postulatu nie wynika wszakże, ażeby jedność ta istniała, jako dana w rzeczywistości. Jeśli zbiór norm w rozumieniu pewnej ilości wypowiedzi o najróżnorodniejszych treściach ma być systemem — znaczy to, że wszystkim tym wypowiedziom właściwe być muszą takie wspólne cechy, które w każdej z nich bez jakiegokolwiek wyjątku mogą być skonstatowane. Twierdzenie, że te normy są tylko disjecta membra, że mogą być sprzeczne i niezgodne, i że istnieje „coś" w specyficzny sposób je ujmujące — musiałoby prowadzić do wniosku, że norma prawna nie może być normą prawną. Albowiem wypowiedź, która wyobraża pewne ustalenie o być mającem i odpowiednią kwalifikcję prawną (ze względu na powiązanie sankcjonujące) musiałaby być pozbawiona tej kwalifikacji; a to ze względu, że

---

*) EHRLICH j. w. str. 270 „Das Recht ist in Wahrheit wohl eine Einheit, aber keine Einheit von Rechtssätzen. Die Rechtssätze bilden eine Einheit nur im Zusammenhange der Gesellschaft, in der sie wirken".

** (Podstawienie „sędziego" na miejsce „ustawodawcy" nie usuwa fikcyjnego podłoża tej teorji. Słusznie zauważył PILLET: „En réalité, législateur et juge sont, l'un et l'autre, des interprètes". (Le droit de la guerre T. I. 1892 str. 11).

znajduje się ona w sprzeczności z wypowiedzią mną. Jeśli dane są dwie wypowiedzi, z których jedna ustala, że A powinien zachować się n, druga zaś, że A powinien zachować się m, i gdy okazuje się, że m w rzeczywistości jest niczem innem, jak non n — cóż wówczas zachodzi? Jedna z tych dwóch wypowiedzi musi być nieważna — w imię jedności systemu, rozumianego, jako „ingerencja", stosująca czy tworząca prawo (sędzia, responsa prudentium). Ale czy przez tę „ingerencję" jedna z dwóch — sprzecznych jakoby norm — traci w rzeczywistości swą ważność idealną? Czyż można byłoby powiedzieć, że prawo, które ongi obowiązywało, nie jest dziś takiem samem (w swym układzie strukturalnym) prawem, jak normy obecnie działające? Wszak pomiędzy poszczególną normą prawa obecnego a prawa dawnego, dziś nie obowiązującego, może nie zachodzić żadna sprzeczność. Różnice i eliminacje polegają na przypuszczeniu o rozstrzygającej mocy „działania" normy; i wyłączenie współczesnych już norm w imię zasady sprzeczności logicznej polega, w istocie rzeczy, na podstawieniu pojęcia „działania" na miejsce pojęcia „ważności". Dlaczego w zestawieniu dwóch norm A — n i A — m (przyczem m znaczy non n) orzeka się, że np. norma A — m powinna być uznaną za „działającą", a norma A — n charakteru tego mieć nie może? Normy te mogą pochodzić z jednego źródła, „prawość" ich pochodzenia najmniejszej może nie ulegać watpliwości — jednakże jedna z nich nie „działa". Dlaczego nie działa właśnie norma A — n, nie zaś norma A — m? Odpowiedzieć na to może tylko ujęcie eksplikacyjne, które, pod pozorem wyjaśnień normatywnych o t. zw. funkcjach prawotwórczych czy interpretacyjnych, przypisuje samoistne znaczenie samej „treści", względnie przewidywanym skutkom działania „sprzecznych" treści. Jeśli akt, oznaczony przez symbol n, jest normatywnie dozwolony, jednocześnie zaś akt oznaczony przez m, a sprzeczny z aktem n, jest również dozwolony — wówczas ze względu na istotę tych treści stanowi się, że tylko jedna z nich „działać" może. Psychologiczne i socjologiczne uzasadnienie takiego rozwiązania jest zrozumiałe (możliwy jest również sposób „przecięcia węzła gordyjskiego" — przez ustalenie, że ani jedna, ani druga norma nie działa i zachodzi „vacuum" normatywne). Wszakże, zasada ważności obu wypowiedzi, sprzecznych jakoby w „treści" lub w „sankcji", nie może uledz zaprzeczeniu *).

Rzecz oczywista, że w takiem ujęciu zasada jedności logicznej zostaje swoiście przekształcona ze względu na motywacje polityczne czy etyczne. Zaznaczam najwyraźniej, że zasada jedności i niesprzeczności jest zasadą logiczną, wynikającą

*) Por. SANDER, Staat und Recht j. w. T. II str. 973 „Wenn EHRLICH behauptet, dass das Recht keine Einheit sei, so läuft diese Behauptung in folgerichtiger Durchführung auf den baren Unsinn hinaus, dass es Recht gebe, welches Nicht-Recht ist".

z strukturalnej tożsamości wypowiedzi normatywnych, zupełnie niezależnie od możliwych (i zresztą wcale nie rzadkich) sprzeczności w samych „treściach", niezależnie od konfliktów w działaniu tych treści. Sprzeczności te i konflikty mogą zarówno dotyczyć składu czynu, jakoteż t. zw. skutku prawnego lub t. zw. sankcji w ogniwach łącznych. Tę zasadę logicznej tożsamości i niesprzeczności ustalić należy wbrew teorji SANDERA, dla którego wszelka „logika" jest „metajurysprudencją". Ujęcie logiczne jest dlań tylko ujęciem analityczno - refleksyjnem, nie zaś syntetyczno - prawnem (odróżnienie „sądów w prawie" od „sądów prawa") *). W tem rozumieniu ujęcie „logiczne" odgrywa rolę tylko wtórną i pomocniczą **).

Rozumiejąc „utrzymanie" (Erhaltung) postępowania prawnego (w przeciwstawieniu do mylnej hipotezy „substancjalności" państwa), jako imanentną jedność prawa ***) — wpada SANDER w oczywistą niekonsekwencję. Operuje bowiem pojęciem „sprzeczności", któremu nie można nadać innej kwalifikacji poza logiczną. Cóż bowiem znaczyć może „sprzeczność prawna", jeśli uznamy ją za zupełnie różną od pojęcia sprzeczności logicznej? Odrzucając jakoby analityczne tylko sądy nauki o prawie, powiada SANDER, że w prawie, jako takiem, t. j. w prawnym materjale wypowiedzi ustawowych, zwyczajowych,

---

*) KELSEN, Rechtswissenschaft und Recht j. w. str. 94 w krytyce teorji SANDERA ujmuje jego zasadniczą tezę w sposób następujący: „...dass es keine Rechtswissenschaft, keine Rechtserkenntnis gebe, sondern dass das als reiner Wille charakterisierte Recht selbst das Bezugsfaktum für die durch die Rechtsphilosophie zu entwickelnden Kategorien und das System der synthetischen Grundsätze sei".

**) Por. charakterystyczny wywód SANDERA, Staat und Recht j. w. T. I str. 83 uw. I „Die logischen Prinzipien der Theorie der Rechtserfahrung als bloss sekundäre (sic!) Sphäre der Darstellung des Rechtes setzen durchgängig die transzedental rechtlichen Prinzipien in der primären Sphäre des Rechtes voraus. So setzt das logische Prinzip der systematischen Einheit des Rechtes, welches die wirkliche Rechtserfahrung regulativ mit der möglichen Rechtserfahrung zu verbinden sucht, das rechtliche Prinzip der Einheit des Rechtes, den konstitutiven Grundsatz der Erhaltung des Rechtsverfahrens, also der logische Begriff vom Staate den rechtlichen Begriff vom Staate heraus". Tak, jakgdyby „sądy prawa" mogły być odczuwane czy widziane! I czy można mówić o „logicznem" pojęciu państwa, które jest jakoby „ujęciem" (wtórnem) prawnego pojęcia państwa?

***) (SANDER, Die transzedentale Methode j. w. str. 505. SANDER zaznacza, że pojęcie prawa i jedności prawa są identyczne: „Dass Recht „Einheit des Rechtes" bedeutet, weiss die Rechtsphilosophie kraft jenes invarianten methodischen Postulates, das erst Erfahrungszusammenhänge ermöglicht!". Jak to pogodzić z wywodem SANDERA, Staat und Recht II, 973: „Denn das blosse logische Postulat der Einheit des Rechtes sagt uns noch gar nichts darüber, ob das Recht eine Einheit ist, vermag vielmehr jene Einheit bloss in einer Hypostase ethisch-politischer Postulate in einer metarechtlichen Substanz - Person - zu setzen".

sądowych i t. p. („innerhalb des Rechtes") niema znaczeń sprzecznych („gibt es keine widerspruchsvollen Bedeutungen"). I to twierdzenie motywuje SANDER w sposób następujący: „weil alle Bedeutungen in der Einheit des Rechtsverfahrens, in der Erhaltung des Rechtsverfahrens konstituiert werden" *). Na czem więc właściwie polega owa „egzystencjalna" jedność? Czy na jakichś nieznanych własnościach „materjału" prawnego, ujawniającego się w „postępowaniu prawnem", w odniesieniu pojęć do faktyczności? Wszak zasada „utrzymania postępowania prawnego" (Erhaltung des Rechtsverfahrens) wymaga ujęcia logicznego przez założenie stałości i ciągłości. Gdybyśmy nie postulowali jedności — postępowanie to byłoby jakimś chaosem, jakąś „rudis indigestaque moles". Wszak szkoła normatywna celem uwydatnienia eksplikacyjnego momentu „sprzeczności" w kwalifikacjach normy najwyższej — charakteryzuje „przewroty" prawne czyli t. zw. pierwotne powstawanie prawa, jako „zerwanie ciągłości prawnej" („Bruch der Rechtskontinuität").

§ 30.

Znaczenie jedności systemu.

Podstawą jedności pewnej kategorji wypowiedzi normatywnych jest tożsamość ich układu strukturalnego i ich specyficznych powiązań. Dogmatyka prawa, w potocznem tego terminu rozumieniu, może, oczywiście, kierować się sprawdzianem jedności ze względu na przypuszczalną aktualizację w zastosowaniu normy do zawartych w niej czynności, zdarzeń, przebiegów, ustosunkowań. Idzie wówczas o to, czy i jakie „ane" treści ujęte są w normie zgodnie z jej znaczeniem „odpowiedniem" czy „słusznem", któremu to znaczeniu przypisuje się częstokroć cechę „logiczności". Norma, w której wyrażone zostało pewne i określone „odniesienie" treści, jest podstawą postulowanej jedności ze względu na to, że z ujęcia normatywnego wynika bądź bezpośrednia jakoby subsumcja treści, bądź też stwierdzenie, iż dana treść nie jest „równoważna". Takie rozumienie, oparte,

*) SANDER, Staat und Recht II str. 975 i również sformułowanie str. 977 „Die Einheit des Rechts bedeutet die Einheit der rechtlichen Synthesis, die Einheit des Bezuges der Rechtsbegriffe auf rechtserhebliche Tatsachen". E. HUBER rozumie jedność prawa, jako pewnik — nie tylko jako postulat; elementy prawa są, w rozumieniu HUBERA, siłami, które działają abstrakcyjnie (?) w każdem prawie j. w. str. 28 („Kräfte, die abstrakt in jedem Rechte wirken"). Z tem łączy się jakoby konieczność absolutyzacji pewnych „logicznie koniecznych" pojęć prawnych str. 54 (np. własności, umowy i t. d.). Stąd płynie wniosek o wyłączeniu wszelkich luk w prawie: spoistość systemu prawnego jest aksjomatem, str. 352. Rzecz oczywista, że takie uzasadnienie nic wspólnego nie ma z ujęciem normatywnem.

rzecz oczywista, na uwzględnieniu czynników eksplikacyjnych, nie może przesądzać stanowiska, zajmowanego przez teorję prawa. W potocznem ujęciu dogmatycznem, czy to związanem z klasyczną szkołą interpretacji prawa, czy też z prądami t. zw. wolnej wykładni, subsumcja logiczna jest bądź symulacyjnem niejako stosowaniem wartościowań etycznych, politycznych, czy gospodarczych, bądź otwartem zerwaniem z syllogistyką hermeneutyki i jawnem wprowadzeniem ocen teleologicznych. Wówczas jako „primum“ uważać należy treść normy. Nie dlatego dana treść uważana jest za zgodną z wypowiedzią normatywną, że „odniesienie“ w wypowiedzi jest czemś niezmiennem i logicznie „ważnem“; lecz dlatego, że ze względu na przypuszczalną „ekspansję“ czy „restrykcję“ treści, ustalonej w wypowiedzi — przypuszcza się równoważność odniesienia do treści nieustalonych, nieprzewidzianych lub wątpliwych. Motywem takiej „ujednniającej“ operacji — jest częstokroć wzgląd na uzgodnienie „działania“ normy *).

Ze względu na harmonję „działania“ postuluje się jedność normy. Dlategoteż w ujęciu t. zw. systematyki dogmatycznej momenty eksplikacyjne odgrywają rolę zasadniczą. Jak już niejednokrotnie zaznaczałem, działanie normy nie ma nic wspólnego z jej idealną ważnością. Przeto ujęcie eksplikacyjne nic wspólnego mieć nie może z rozumieniem normatywnem. Punkt styczny dany będzie wówczas, jeśli ową „idealną ważność“ („das ideelle Geltensollen“—w terminologji M. WEBERA) przetłomaczymy przez „ważność empiryczną“ — czyli „przez działanie w rzeczywistości“. W takiej transpozycji zmieni się zasadniczo pojęcie systemu prawnego **).

Znaczenie systemu polega nie na jedności działania norm, zawartych w systemie, ani też na wpływie, wywieranym jakoby przez treść na ukształtowanie normatywności. Różnicowania w treści powodują mylne ujęcie jedności normatywnej, przez przeciwstawienie jednej normy—mnogości norm, tak jakgdyby t. zw. porządek prawny mógł istnieć jedynie przy przypuszczeniu mnogości norm. Poprzednio już zaznaczyłem, że układ prawny w jego rozumieniu idealnem możliwy jest przy istnieniu jednej, jedynej wypowiedzi, ustalającej powiązanie „powinności“. Byłoby obojętnem, że ta jedna norma w jej stosowaniu powoduje

*) W ten sposób charakteryzuje zadania rozważań dogmatyczno-prawnych M. WEBER j. w. str. 368: „Dabei verfährt sie (scilicet: die rechtsdogmatische Betrachtung) dergestalt, dass sie die verschiedenen einzelnen Sätze jener Art, ausgehend von ihrer unbezweifelten empirischen Geltung (podkr. moje), ihren logisch richtigen Sinn dergestalt zu bestimmen trachtet, dass sie dadurch in ein logisch in sich widerspruchloses System gebracht werden“.

**) M. WEBER j. w. str. 369 „Sie (scil. die Rechtsordnung) bedeutet dann nicht einen Kosmos logisch als „richtig“ erschliessbaren Normen, sondern einen Komplex von faktischen Bestimmungsgründen realen menschlichen Handelns“.

powstanie całego szeregu nowych wypowiedzi normatywnych (każde rozstrzygnięcie na podstawie takiej normy byłoby nową normą, niekoniecznie implikowaną w owej jedynej wypowiedzi). Można byłoby ustalić nieskończenie krótki moment, w którym norma ta byłaby rzeczywiście jedyną. Przy przypuszczeniu mnogości norm nie mogłoby być mowy o ich różnicowaniu zależnie od momentu powstania. Ze względu na to, że jedna norma powstała wcześniej, inna zaś później, nie można byłoby powiedzieć, że norma późniejsza wywodzi się l o g i c z n i e z normy wcześniejszej. Takie postawienie kwestji musiałoby być oparte na wartościowaniach treści — byłoby więc ujęciem eksplikacyjnem. Przeciwstawienie jedynej normy — mnogości norm, przy przypuszczeniu, że tylko taka mnogość może być uważana za „porządek prawny", jest transpozycją stwierdzenia o dziejącem się zwykle w rzeczywistości, jako dziejącem się koniecznie — i w następstwie jako o czemś być mającem *). Tak, jakgdyby ilość norm była jakimś czynnikiem samoistnym, przekształcającym strukturalne cechy wypowiedzi ze względu na ich pluralizm. W istocie rzeczy, znaczenie jedności polega na stwierdzeniu, że w każdej wypowiedzi, kwalifikowanej jako norma prawna, dany jest specyficzny układ strukturalny i specyficzne cechy powiązań; jeśli jest dana jedyna wypowiedź — stwierdzenie to będzie jednorazowe. Powtarzalność stwierdzenia, jako probierza krytycznego, ustalającego „wygląd" wypowiedzi, nie jest czemś „nowem" i „nieznanem"; cecha tożsamości nie jest nowym elementem, uzasadniającym jakąś odrębność i zróżnicowanie jedynej normy i zbioru norm, w tem znaczeniu, że zbiór ten posiada takie własności strukturalne, których nie może posiadać jedyna norma. Rzecz jasna, że takie różnice, ustalone w trybie eksplikacyjnym, miałyby bardzo poważne znaczenie pod względem psychologicznym, etycznym, socjologicznym. Co innego bowiem znaczy w takich aspektach jedna, jedyna niedoskonała norma prawna, rządząca motywacjami zachowania się i całym układem współżycia ludzkiego, a co innego kompleks norm, ustalających odniesienie do najróżnorodniejszych treści, wartościowanych odpowiednio do ich znaczenia w życiu społecznem. W rozumieniu socjologicznem — pierwszy tryb byłby jednoznaczny z możnością niepewności i dowolności, drugi zaś byłby wyrazem mniej lub więcej zaktualizowanej organizacji i pewności w stosunkach wzajemnych.

---

*) Na tej podstawie odróżnia F. SOMLO „normę prawną" od „porządku prawnego", jako zbioru norm. Odróżnienie to jest eksplikacyjne, jako oparte na socjologicznem rozumieniu „mocy prawnej" (Rechtsmacht), posiadającej jakoby „zdolność" systematycznego ujmowania zbioru norm w jedności. Por. j. w. str. 98 „Aus dem hier entwickelten Begriff der Rechtsmacht folgt zugleich, dass es eine Rechtsnorm als isolierte Einheit, ohne dass sie zugleich einer Vielheit von Schwestern angehörte, nicht geben kann".

Znaczenie systemu polega jedynie na stwierdzeniu tożsamości struktury i powiązań norm, nazwanych, ze względu na pewne cechy tej struktury i tych powiązań, normami prawnemi.

Takie postawienie kwestji wyłączać musi również ewentualność przypisywania jakiegokolwiek znaczenia następstwu norm w czasie oraz redukcji norm ze względu na pokrewieństwo ich „treści“ i przeto na logiczny jakoby ich „wywód“.

Te dwa przypuszczenia nie mogą, moim zdaniem, uchodzić za zasadę, ujedniającą szeregi najróżnorodniejszych wypowiedzi bądź ze względu na ich następstwo w czasie, bądź ze względu na ich wzajemną współzależność przy założeniu, eliminującem moment przebiegu w czasie (a to ze względu na przypuszczenie, że wszystkie one w „danej chwili“ są jednakowo ważne).

I.

Co się tyczy ujedniającego jakoby względu na następstwo w czasie, należy zauważyć, iż w takiem rozumieniu przypisuje się specjalne znaczenie nie normie jako takiej, lecz jej d z i a ł a n i u. Okoliczność, że pewien zbiór norm działa w określonym czasie, powoduje uznanie jedności takiego zbioru. Nie ulega wątpieniu, że takie ujęcie, operujące momentem „czasu“, zbliżone jest do rozumienia, ustalającego jedność działania na podstawie r o z c i ą g ł o ś c i normy w odniesieniu do określonego o b s z a r u, na którym działa dany zespół norm. To ostatnie rozumienie odpowiada przypuszczeniu j e d n e g o władcy, „panującego“ na określonym obszarze. Teorja t. zw. elementów państwa, uwzględniając moment terytorjalny (obok momentu „władzy“ i „ludności“) pomija moment „czasu“, wychodząc, oczywiście, z pojęcia „wieczności władzy“ („debet enim constituta sic esse civitas, ut aeterna sit“). Zaznaczenie tego momentu byłoby zbyteczne ze względu na pojęciową „nieprzemijalność“ i „wieczną ciągłość“ władzy, jak czynnika ujednijającego. Norma najwyższa i jej końcowy punkt poczytania, jako odpowiednik pojęcia „władzy“, uważanej za suwerenną, nie mogłaby zawierać w sobie ustalenia co do czasu, którego przebiegiem jest ona „ograniczona“. Wszystkie normy i ogniwa norm, zbiegające się w normie najwyższej, mogą, oczywiście, w odniesieniach swych treści, kierować się określeniami w czasie. Gdyby wszakże norma najwyższa właściwe jej ujęcie o tem „co być powinno“ ograniczała dla samej siebie (a eo ipso dla wszystkich norm pochodnych) określonym przebiegiem czasu — nie byłaby wówczas normą najwyższą. Albowiem, zawisłość od przebiegu w czasie musiałaby się wywodzić z normy nadporządkowanej. W stosunku do niej norma uważana za najwyższą byłaby w istocie rzeczy podporządkowaną, albowiem

określenie jej „trwałości“ byłoby treścią w normie nadporządkowanej, rozumianej jako treść być mająca. Przeto norma nadporządkowana mogłaby określać byt ważności normy, nazywanej najwyższą; rozumie się, że wówczas kwalifikacja ta w całości winna byłaby być odniesiona do owej normy nadporządkowanej, już co do jej trwania, nieograniczonej w czasie. Gdy zaś cechę „czasu“ ściąga się wyłącznie do treści normy, nie zaś normatywności samej (por. wyżej, str. 230 n.), norma, kwalifikująca swą ważność w zależności od przebiegów w czasie, musiałaby istotę swą uzależnić od czynników eksplikacyjnych. Jeśli normy pochodne w odniesieniach swych treści zawierają momenty „ograniczające“ treść ich w czasie, norma najwyższa oparta być musi na przypuszczeniu jej „wieczności“. Eksplikacyjnie można określić moment jej „powstania“; z chwilą wszakże, gdy powstała, jest i pozostaje zawsze i wiecznie bezwzględnie ważną. I tylko eksplikacyjnie może być określony moment, w którym przestała „istnieć“, jako niedziałająca; jej ważność wszakże w rozumieniu normatywnem nigdy nie może uledz zaprzeczeniu *). Poszczególne normy danego układu mogą być ograniczone pewnym przebiegiem czasowym. Niema systemu, jeśli niema normy najwyższej, do której wszystkie poszczególne normy nie mogłyby być sprowadzone. I ważność takiej normy najwyższej nie podlega ograniczeniu w czasie **), niezależność zaś norm pochodnych od ograniczeń tego rodzaju wynika jedynie z tego, że normy te są etapami przejściowemi do końcowego punktu poczytania. W układzie między-

*) KELSEN, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff j. w. str. 85, zwracając uwagę, iż moment czasu niesłusznie bywa pomijany w rozważaniu normatywnem, nie uwzględnia tej okoliczności, że odnosi się on wyłącznie do treści norm poszczególnych, lecz nie do ważności normy najwyższej. Zaznacza wszakże: „allerdings scheint es nicht zum Wesen der staatlichen Ordnung zu gehören, dass sie ihre eigene Totalgeltung zeitlich begronzt, so wie ihre Geltung räumlich fest begrenzt ist“. Co się tyczy momentu „przestrzeni“, należy zauważyć, że nie odgrywa on zasadniczej roli przy hipotezie prymatu normy międzynarodowej. Przy hipotezie prymatu suwerenności państwowej teorja „absorpcji“ wyjaśnia „współistnienie“ odrębnych obszarów o odmiennych najwyższych punktach poczytania. Cecha „przestrzeni“ jest jedynie momentem eksplikacyjnym, jak to słusznie KELSEN w innem miejscu podkreśla, kwalifikując ją jako składnik treści: „...dass damit ein inhaltliches Moment in den Begriff aufgenommen wurde und dass mit demselben Rechte irgend ein anderes inhaltliches Moment für den Begriff den Staates als massgebend angesehen werden könnte“ (Das Problem der Souveränität, j. wyż. str. 72). Jeśli współczesna nauka o państwie uważa „terytorjum“ za element państwa—dziwnem jest, dlaczego wyłącza element „czasu“ (Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, j. w. str. 85).

**) Por. RAUSCHENBERGER j. wyż. str. 20: „Keine Zeit kann ohne Staat leben. Der einzelne Staat stirbt und vergeht. Aber der Staat als solcher und die Idee des Staates sie leben!“.

narodowo-prawnym norma „pacta sunt servanda“ uważana jest za normę najwyższą. Jeśli poszczególne normy i konwencje w treści swej ograniczone są pewnemi czasokresami, nie znaczy to, ażeby norma najwyższa, do której sprowadza się ważność tych poszczególnych umów, miała być również ważną w tak zakreślonych granicach. Jest ona od nich niezależna i dzięki zasadzie jej nieodmienności, może być normatywnie oceniana umowa poszczególna. Nawet akceptacja, wątpliwej zresztą, klauzuli „rebus sic stantibus“ nie byłaby w sprzeczności z zasadą ważności normy najwyższej; przeciwnie, klauzula ta, stanowiąc pewne podmiotowe i przedmiotowe wyjątki, jest bezpośredniem uznaniem jej bezwzględnej ważności. Dawniej praktykowane klauzule traktatowe, ustalające wzajemne, przyjacielskie, czy sąsiedzkie stosunki międzypaństwowe „na wieczne czasy“, lub proklamujące po zakończeniu wojny „wieczny i niewzruszony pokój“—są transpozycją bezwzględnej ważności normy najwyższej w jej zastosowaniu do poszczególnych norm pochodnych. Rzecz oczywista, że te normy poszczególne, aczkolwiek domniemywane, jako wieczne — wiecznemi nie są, albowiem pewne zmiany w układzie treści powodować mogą zanik ich „działania“ *). Pakt o „nie-agresji“, zawarty na określony przeciąg czasu, nie znaczy, iżby po upływie tego czasu ważność układu międzynarodowego uledz miała zaprzeczeniu. Pakt taki świadczyć może jedynie, że poza danym systemem norm międzynarodowych istnieją „punkty poczytania“, przez ten system nie uznawane i reciprociter tego systemu nie uznające. Pakt taki może być uważany, jako „stan przejściowy“, nie ujmowany w zupełności przez kwalifikacje normatywne; jest więc czemś, znajdującem się na pograniczu faktu i normy. W dawniejszych stosunkach z Portą otomańską nieznane były klauzule o „wiecznym pokoju“; traktaty pokojowe mogły być kwalifikowane—wobec ich ograniczenia przeciągiem czasu—jako rozejmy. Świadczyło to o braku wspólnej „normy najwyższej“ w stosunkach między państwami chrześcijańskiemi a Portą. Norma „pacta sunt servanda“ zawierała treść (ograniczenie w czasie), która pozbawiała ją ważności bezwzględnej, albowiem dana była o tyle, o ile istniał układ, kwalifikowany swoiście ze względu na czasokres, jako essentiale treści. Dziś w traktatach pokojowych klauzule takie uważane są za zbędne; świad-

*) O znaczeniu takich klauzul w traktatach pokojowych (dziś zresztą już nie praktykowanych, jako zrozumiałych same przez się) zob. wywód STRISOWERA, Der Krieg und die Völkerrechtsordnung, 1919, str. 40: „Vielmehr beweisen gerade solche Vertragsbestimmungen, dass diese Staaten davon ausgehen, dass jeder Friede, und daher auch der von ihnen vertragsmässig zugesagte, aus gewissen besonderen Gründen nicht zugehalten zu werden braucht, die eben damit vorbehalten sind, dass aber auch nur solche besondere Gründe massgeblich sein können“.

czy to, iż dla państw, jako „przejściowych punktów poczytania", w odniesieniu do najwyższej normy międzynarodowej, bezwzględna i nieograniczona żadnym terminem ad quem ważność tej normy jest założeniem koniecznem *). Rzecz oczywista, że z normy tej wywodzą się wypowiedzi pochodne, które w zastosowaniu do treści konkretnych umów międzynarodowych uznają ich ekspirację z przyczyn, również normatywnie ujmowanych.

Należy pozatem mieć na względzie, że w stosunku pomiędzy normą najwyższą, a wszystkiemi innemi wypowiedziami, które się do niej sprowadzają—niema znaczenia zasada nieodwracalności w czasie. Nieodwracalność w połączeniach norm, w ich odniesieniu do normy najwyższej, świadczyłaby o konieczności ich następstwa: to znaczy, że ważność każdej poszczególnej wypowiedzi normatywnej, czy też każdego ich ogniwa musiałaby być dana o tyle, o ile dana wypowiedź w przebiegu następstwa w czasie daje się wyprowadzić z normy najwyższej. Byłoby to ujęcie eksplikacyjne: każda poszczególna norma jest jakoby dlatego ważną, że ważność tę „nadał" jej „końcowy punkt poczytania". Ważność jej nie wynikałaby z tego, że układ strukturalny daje się sprowadzić do powszechnego schematu normatywności prawnej. Zasadą ważności byłoby tedy ustalenie, że przedtem istnieć musi norma najwyższa, a z niej w następstwie wywodzą się normy poszczególne, które tylko jako poniej powstające rozumiane być mają. W ujęciu normatywnem mówić można wyłącznie o przedmiotowej jednoczesności. W tem ujęciu „ważność" dana jest niezawiśle od działania, aktualizacji normy, czy możności takiej aktualizacji. Normy, które w rozumieniu eksplikacyjnem dawno już istnieć przestały, są takiemi samemi normami, jak te, które dziś obowiązują, lub które kiedyś w nieznanej przyszłości obowiązywać będą. Jak to już niejednokrotnie zaznaczałem, norma najwyższa nie różni się w układzie strukturalnym od innych wypowiedzi prawnych. Moment różnicujący wywodzi się jedynie z aspektu pozanormatywnego (norma najwyższa, jako zamknięcie ogniw normatywnych). Wszelkie więc odróżnienia norm „pochodnych" na podstawie zarówno subsumcji logicznej, jako też następstwa w czasie, nie mogą być miarodajne **). Zdarza się częstokroć, iż norma poszczególna pochodzi

*) Por. HEFFTER, Das europäische Völkerrecht der Gegenwart auf den bisherigen Grundlagen, 5-te wyd. 1867, str. 324. FAUCHILLE-BONFILS,Traité do droit international public, T. II 1921, Nr. 1698, str. 1037: „La cessation des hostilités est stipulée définitive et, en principe, perpétuelle; sinon, la paix ne serait qu'un armistice à terme incertain".

**) Por. słuszną uwagę F. KAUFMANNA, Theorie der Rechtserfahrung oder reine Rechslehre j. w. str. 249: „Der Tatbestand „ensteht" nicht mit dem Faktum des Judikats, ebensowenig wie ein Rechtssatz enstehen, im zeitlichen Sinne „erzeugt" werden kann, sondern er ist als Rechtsrelation aller Zeitlichkeit entrückt".

w rozumieniu eksplikacyjnem z swoiście kwalifikowanej normy najwyższej: np. normy niemieckiego kodeksu cywilnego wywodziły się z pewnego, eksplikacyjnie rozumianego końcowego punktu poczytania: władza najwyższa w przedwojennej Rzeszy Niemieckiej. Te normy „dane" były w czasie przed tem, nim wskrzeszoną została państwowość polska. Czyż należałoby powiedzieć, że „działanie" tych norm w Wielkopolsce np. oparte jest na tytule, wynikającym z nieistniejącego na tym obszarze końcowego punktu poczytania, skoro najwyższa władza państwowa polska „powstała później"? KELSEN, krytykując przeprowadzoną przez SANDERA analogję pomiędzy pojęciem państwa, a kategorją substancji w naukach przyrodniczych, słusznie zauważył, że przypuszczenie substancji powoduje ustalenie jedności systemu na podstawie następstwa w czasie. W ujęciu normatywnem taka sekwencja nie posiada znaczenia. „Określające" nie musi być koniecznie poprzednikiem „określonego" i powiązanie normatywne nie jest jakimś specjalnym przypadkiem powiązania przyczynowego *). KELSEN przytacza przykład współczesnej Austrji. Austrja republikańska rządzi się ustawami, wydanemi za czasów monarchji. Ustawy te są wcześniejsze w czasie w porównaniu z konstytucją republikańską, która w chwili obecnej stanowi zasadę ich mocy obowiązującej. Istnieją takie ustawy, które ani na chwilę nie przestały obowiązywać, aczkolwiek w rozumieniu eksplikacyjnem zmieniły się zasadniczo kwalifikacje końcowego punktu poczytania. Przy przypuszczeniu nieodwracalności w czasie należałoby powiedzieć, że norma, stanowiąca jedynie etap przejściowy w szeregu wypowiedzi, prowadzących do normy najwyższej, jest od niej wcześniejszą; co, oczywiście, byłoby sprzecznością, albowiem „pochodne" nie może być wcześniejsze od tego, z czego się wywodzi. W rozumieniu normatywnem stosunek nieodwracalności nie posiada żadnego znaczenia. T. zw. „moc obowiązująca" normy jest równoznaczna z kwalifikacją jej zdolności „działania"; jest więc pojęciem z ważnością niewspółmiernem. Ze względu na kwalifikacje normy najwyższej, jako zamknięcia ogniw poczytania, pewne wypowiedzi normatywne pozostają poza szeregiem połączeń; wynika to właśnie z owej kwalifikacji, która w normie najwyższej „łączy" normatywność z eksplikacyjnie rozumianym przebiegiem faktyczności. Niemniej wszakże normy, z szeregu połączeń wyłączone, nie przestają być ważnemi, jeśli wogóle były wypowiedziami normatywnie prawnemi i jeśli posiadały „zdolność" takich połą-

*) KELSEN, Rechtswissenschaft und Recht j. w. str. 60. Stosunek „nieodwracalności" zachodzi, oczywiście, w samych treściach normy—por. F. KAUFMANN, Logik und Rechtswissenschaft j. w. str. 133: „Die zeitliche Stellenordnung im Verhältnisse der Tatsachen zueinander kommt im Rechtssatz in der Unumkehrbarkeiit der Aufeinanderfolge von Tatbestandsmomenten zum Ausdruck".

czeń z jakimkolwiek końcowym punktem poczytania. W rozumieniu socjologicznem normy powstają i zanikają; te aspekty są wyłączone w rozumieniu normatywnem. Dlategoteż w tem rozumieniu wypowiedź eksplikacyjnie „wcześniejsza“ może być normatywnie późniejszą. Jeśli końcowy punkt poczytania w normie najwyższej, socjologicznie czy politycznie zupełnie różny od swego „poprzednika“ (np. w wypadku rewolucyjnego przekształcenia ustroju), u z n a j e normy poszczególne, które istniały przed nim, takie ukształtowanie jest najzupełniej obojętne w rozumieniu normatywnem. Albowiem uznanie (czy zaprzeczenie) nie dotyczy w a ż n o ś c i, ściąga się jedynie do d z i a ł a n i a (t. j. do czynnika eksplikacyjnego). Włączenie danej normy w poczet powiązań, prowadzących do końcowego punktu poczytania, niczego do tej normy w przedmiocie jej ważności nie dodaje; taksamo, jak jej wyłączenie (t. j. zaprzeczenie mocy obowiązującej) niczego jej nie ujmuje, albowiem jej idealna ważność (i jej eksplikacyjnie nie istniejące połączenie z nieistniejącym de facto końcowym punktem poczytania) pozostaje przedmiotowo niezmienna.

W naszych ukształtowaniach prawnych mamy bardzo często do czynienia z tym charakterystycznym przejawem, że normy, odnoszone poprzednio do nieistniejących (wobec wskrzeszenia Rzeczypospolitej) końcowych punktów poczytania, mieszczą się w systemie, którego ogniwem zamykającem jest Konstytucja z dnia 17 marca 1921 roku. Normy te są (eksplikcyjnie) wcześniejsze od Konstytucji, czy też od aktów, które przed jej promulgacją ustalały normę najwyższą. W rozumieniu normatywnem należałoby je uważać za „późniejsze“, gdyby takie rozumienie operowało powiązaniami przyczyn i skutków w przebiegach czasowych. Gdy zaś takie ujęcie następstwa jest niedopuszczalne — znaczenie systemu polega na tem jedynie, że normy poszczególne dają się s p r o w a d z i ć do normy najwyższej; obojętne jest, czy dają się z niej w y p r o w a d z i ć, bądź w rozumieniu genezy, bądź w rozumieniu subsumcji logicznej. W rozumieniu idealnem norma wówczas jest normą prawną, jeśli jako wypowiedź o tem, co być powinno, prowadzi przez połączenia bezpośrednie lub pośrednie do związanej z nią wypowiedzi, poza którą dziedzina „być mającego“ zamyka się i kończy. Jakie są kwalifikacje (socjologiczne lub polityczne) tej ostatniej wypowiedzi, jest dla rozumienia normatywnego obojętne. Z chwilą wszakże, gdy ta norma „ostatnia“, „końcowa“, „najwyższa“ styczna jest z dziedziną eksplikacji, z sferą przebiegów faktycznych—zrozumiałem się staje wprowadzenie eksplikacyjnego pojęcia „działania normy“.

Jeśli w normie najwyższej dana jest treść, wyrażająca powinność w odniesieniu np. do „woli narodu“—treść ta może być niezgodna z ujęciem, odmiennem w „innej“ normie najwyższej,

która treść tę ujmuje np. jako „wolę monarchy“. Wszakże w obu odmiennych co do treści kompleksach układ strukturalny jest zupełnie identyczny. Uznanie lub odrzucenie „normy obcej“ przez daną normę najwyższą jest bez znaczenia, jeśli przedmiotem badania będzie ważność, nie zaś działanie normy*).

Gdy wyłączamy momenty pozanormatywne, wynikające z zaznaczonej wyżej styczności końcowego punktu poczytania z dziedziną faktyczności, norma najwyższa uważana być winna jako hipoteza, uzasadniająca jedność systemu. Znaczenie tej jedności polega na możności sprowadzenia każdej wypowiedzi o odrębnej strukturze prawnej do idealnej normy najwyższej**). W takiem rozważaniu „działanie“ normy pozostaje bez znaczenia i rzeczywistość istnienia pozytywnych systemów prawnych, ich stosunek do elementów w systemach uchylonych, zmienionych czy uznawanych, nie ma wpływu na ujęcie normatywne, pozostające poza powiązaniami „następstw“ w czasie. System jest sprowadzeniem tej różnorodności do typowych układów strukturalnych, przyczem cechą charakterystyczną tych układów jest ich „zamknięcie“ w normie najwyższej i w jej końcowym punkcie poczytania.

System jest przeto najdoskonalszym wyrazem objektywacji wypowiedzi. Są one w swych powiązaniach i układzie strukturalnym niezmienne i niezależne od zmienności treści. Jakiekolwiek będą treści, jakiekolwiek będzie etyczne, polityczne czy gospodarcze podłoże układu, w którym następuje „od-

*) W ukształtowaniach współczesnego prawa polskiego widzimy, że „działanie“ norm państw zaborczych ustala się na podstawie bądź wyraźnej, bądź domyślnej (milczącej) „woli“ państwa polskiego. Wyłączenie z tytułu „sprzeczności“ tych dawnych norm zarządza się ex re niezgodności ich treści z treściami bądź najwyższej normy polskiej, bądź norm poszczególnych, wydanych na jej podstawie. Zob. np. art. 2, 3 ustawy z dn. 1 sierpnia 1919 r. o tymczasowej organizacji zarządu b. dzielnicy pruskiej, Dz. Pr. 1919 Nr. 64, poz. 385. W praktyce sądowej ten punkt widzenia jest ustalony: por. np. orzeczenie Izby piątej Sądu Najwyższego z dn. 25 czerwca 1921 r. (Orzecz. Sąd. Polsk. T. I, Nr. 200): wolę w przedmiocie uznania mocy obowiązującej ustaw niemieckich może Państwo Polskie „ujawnić“ milcząco: „szczególnie przez stosowanie ustaw dawnego państwa, a taką wolę należy przyjąć mianowicie przy wszystkich tych ustawach, które mają na celu utrzymanie ładu wewnętrznego, o ile z samej swej istoty nie godzą w jestestwo nowego podmiotu“. Por. również orzeczenie Izby pierwszej Sądu Najw. z dn. 14 października 1920 r., Zbiór Orzecz. S. N. Rok 1920, Nr. 48.

**) Tak rozumie KELSEN pojęcie konstytucji w znaczeniu „logiczno-prawnem“ (Verfassung im rechtslogischen Sinne): „als eine die Einheit des positiven Rechtssystems begründende Hypothese der Rechtserkenntnis“ (Rechtswissenschaft und Recht j. w. str. 56). Twierdzenie KELSENA: alle Akte sind Rechts-Akte, Akte eines und desselben Rechtes, das in verschiedenen, sich ändernden Formen auftritt (j. w. str. 59)— winno być rozumiane nie tylko w odniesieniu do danego pozytywnego (hoc tempore et loco) systemu prawa.

niesienie“ treści w wypowiedzi o tem, co być powinno — wypowiedź ta będzie zawsze jedna. Będzie charakteryzowana jako normatywność prawna ze względu na jej specyficzne cechy strukturalne. Jej „stała typowość“ (KELSEN) jest momentem ujednniającym. Jakkolwiek charakteryzować będziemy przeżywanie normy, jej „odbicie“ w psychice ludzkiej — istota jej nie może być rozumiana, jako coś przemijającego, zmiennego *). Wypowiedź o być mającem jest istnieniem w płaszczyźnie normatywnej, różnem, oczywiście, od istnienia w rozumieniu eksplikacyjnem. To istnienie niezależne jest od kwalifikacji, kierowanych względami na następstwo w czasie.

II.

Znaczenie systemu nie polega na możności „wyprowadzenia“ danej normy z normy nadporządkowanej i na ustaleniu logicznej współzależności norm w ich „stosunkach wzajemnych“. W dziedzinie czystej normatywności prawnej—z wypowiedzi „A powinien zachować się n“ nie wynika wypowiedź, że „B powinien zachować się n“, lub, że ten sam A „powinien postąpić m“. Dlaczego z istnienia A—n wynika, czy nie wynika łączne ustalenie B—n_1, i dlaczego kwalifikacja zachowania się A pod postacią symbolu m jest, czy nie jest pochodną symbolu n—tego nie wyjaśnia ujęcie normatywne. Jeśli każda poszczególna wypowiedź jest ogniwem łącznem i „etapem“ w kontynuacji norm, prowadzącej do normy najwyższej — nie wynika z tego, iżby znaczeniowa ważność tych członów była poszczególnym wywodem logicznym z przesłanki normy najwyższej. Jeśli przebieg poczytań kończy się w pewnym określonym punkcie, nie znaczy to, że wszystkie stadja i etapy tego przebiegu są zawarte in nuce w owym punkcie końcowym, rozumianym, jako najwyższy. W istocie rzeczy, rozchodzi się o ustosunkowanie t r e ś c i, zawartych w normach, nie zaś o współzależność norm, jako specyficznych odniesień do treści. Normy czy ogniwa są zawsze w swym wyglądzie strukturalnym i w swym trybie powiązań identyczne. I norma, nazywana najwyższą, nie różni się od żadnych poszczególnych wypowiedzi,

*) Zob. w tym przedmiocie krytyczny wywód KELSENA o t. zw. „błyskawicowej“ teorji normy HOLD v. FERNECKA: „Diese „blitzartige“ Existenz des objektiven Rechtes muss jeden seltsam berühren, der gewohnt ist, das Recht im objektiven Sinne, die Rechtsordnung als ein Dauerndes, ja Ewiges zu betrachten, als ein Sollen, das unabhängig von allen Wechselfällen und Veränderungen des Lebens besteht“ (Hauptprobleme str. 265, 266). Por. również ZNAMIEROWSKI, Psychologistyczna teorja prawa j. w. str. 38 n. Nie wydaje się wszakże słusznem przeciwstawienie „permanencji“ normy objektywnej w stosunku do przejściowego i ograniczonego w czasie prawa podmiotowego (jak przypuszcza KELSEN, j. w. str. 626). Nad kwestją tą wypadnie zastanowić się bliżej przy rozważaniu teorji subjektywizacji normy.

które w stosunku do niej są przejściowemi stadjami poczytań. Istota systemu w rozumieniu normatywnem polega na tem, że wszystkie poszczególne wypowiedzi, o ile kwalifikowane są jako „prawne", dają się s p r o w a d z i ć do jednego i zawsze identycznego wyglądu strukturalnego. Tem samem dają się s p r o w a d z i ć do wypowiedzi najwyższej, która w aspekcie normatywnym niczem od innych norm (przejściowych) różnić się nie może. W ujęciu normy treść zostaje swoiście przekształcona przez jej odniesienie do „powinności". I jakąkolwiek będzie owa treść, normatywny proces jej przekształcenia zawsze będzie identyczny. Otóż, rozumienie, oparte na przypuszczalnej zdolności subsumcyjnej norm w ich stosunku wzajemnym, abstrahuje „treść" od jej „odniesienia", zdając sobie wszakże sprawę, że ma do czynienia nie z treścią etyczną, polityczną, czy jakąkolwiek inną, lecz z treścią prawną. Przy tym procesie abstrakcji zapomina się częstokroć, że treść posiada znaczenie normatywne tylko dzięki operacji „odniesienia do powinności" *) — w swem znaczeniu i w swej ważności zawsze identycznej, zupełnie niezależnie od faktycznej, czy pozaprawnie wartościowanej treści. Zapomina się, że kwalifikacja odniesienia, jako „wypowiedzi prawdziwej" (por. wyżej str. 83 n.), jest niewspółmierna z idealną ważnością normy. Kierując się wszakże momentem specyficznego związku odniesienia z treścią i zważywszy, że „czystość" pojęcia o tem, co być powinno, nie przejawia się w oderwaniu od „czegoś", do którego jest odniesiona (por. wyż. str. 85 n.)—przypisuje się wyeliminowanej treści znaczenie samoistne. Wówczas „przekształcona" treść występuje jako pewne „quid", które może być zestawiane, porównywane, przeciwstawiane, oceniane w stosunku do innych przejawów faktyczności. Suponuje się wówczas, że te „inne" przejawy bądź są implicite zawarte w treściach już unormowanych, bądź są z niemi zasadniczo sprzeczne: na tle takich supozycji, kierowanych już nie ujęciem normatywnem, lecz wartościowaniami i motywacjami pozanormatywnemi, powstają tendencje: bądź zbliżenia (ewentualnie rozciągnięcia) treści uporządkowanych na przejawy „nie uporządkowane", a przezto podniesienia ich do godności „normatywnych", bądź do stworzenia „nowych" wypowiedzi normatywnych, w których treść dotych-

*) Por. KELSEN, Das Problem der Souveränität j. w. str. 99 uw. 1: „Obgleich Sein und Sollen zwei voneinander gänzlich verschiedene, aufeinander nicht rückführbare Denkformen sind, können sie doch gleiche I n h a l t e aufnehmen. Menschliches Handeln ist vorstellbar als Inhalt des Seins; als ein Stück Natur oder Geschichte, d. h. als Gegenstand der Natur—oder Geschichtswissenschaft, oder als gesollt, als Inhalt von Normen und sohin als Gegenstand der Rechtswissenschaft. Nur wegen dieses gemeinsamen—an sich indifferenten und in dieser Abstraktion gar nicht vorstellbaren—Substrates lässt sich ein tatsächliches Geschehen bewerten, speziell rechtlich beurteilen". Por. również KELSEN, Rechtswissenschaft und Recht j. w. str. 111, 112.

czas nieuporządkowana figuruje nie jako quid pochodne, logicznie „wyprowadzone“, lecz jako quid pierwsze, spontanicznie „stworzone“. W istocie rzeczy, zarówno „wnioskowanie“ z normy, jako też „stworzenie“ normy są zawsze—w rozumieniu eksplikacyjnem—normami „nowemi“, albowiem przy odniesieniu powinności do pewnego „n“ nie można powiedzieć, że jakakolwiek pochodna n jest bezwzględnie z symbolem n identyczna. Nawet gdy n rozumiane jest jako pewne abstractum (szczególnie, gdy odniesienie do powinności ujawnia się w t. zw. „konstrukcji“, recypowanej w danem zdaniu prawnem)—subsumcja nie jest „odbiciem“ w identycznej treści, lecz zawsze samoistną „prawotwórczością“ *). Nie można powiedzieć, iż z czynności, normatywnie kwalifikowanej jako „pożyczka“, wynika z nieodbitą koniecznością obowiązek uiszczania „odsetek“. „Wyprowadzenie“, czy „naprowadzenie“ takiego wniosku znajduje się poza dziedziną ujęcia normatywnego: pewne oceny gospodarcze czy etyczne, mogą prowadzić zarówno do konieczności uznania, jakoteż do odrzucenia podobnych wniosków. I rozważając normatywność z punktu widzenia genetycznego, z punktu widzenia „tworzenia“ normy—można ustalić zarówno normę, nakazującą oprocentowanie pożyczki, jakoteż kwalifikującą to oprocentowanie, jako nieważne lub nawet pod rygorem kary wzbronione. Z ustalenia „A powinien zachować się n“ (t. j. zwrócić sumę dłużną) normatywnie nie wynika, że suma ta winna być zwrócona z odsetkami, czy też bez odsetek. Ustalenie „wtórne“ (w drodze wykładni, czy w drodze nowej prawotwórczości), zawierające odnośne rozstrzygnięcie (bądź affirmative, bądź negative), będzie jednakowo ważne, o ile w swym układzie i w swych powiązaniach daje się sprowadzić do „wyglądu“ prawnego. W okresie przedwojennym stosowanie klauzuli „rebus sic stantibus“ w zakresie stosunków prywatno-prawnych było ograniczone do nielicznych wyjątków, przez ustawę „wyraźnie“ przewidzianych. W okresie wojennym i powojennym rozciągliwa i analogiczna wykładnia oraz w pewnym zakresie wyraźne ustalenia ustawodawcze rozszerzyły zakres stosowania tej klauzuli. Znaczy to: że normatywnie odniesiona treść została „przewartościowana“ ze względu na przewrót w stosunkach gospodarczych i w pojmowaniu dobrej wiary; nie znaczy to wszakże, ażeby sama „normatywność“ uległa jakiemuś prze-

*) Por. uwagi EHRLICHA, Die juristische Logik j. w. str. 390: „Die Begriffe von den mit Rechtssätzen versehenen konkreten Rechtsverhältnissen und Interessengegensätzen werden als besonderer Fall des abstrakten juristischen Begriffs aufgefasst, der ihnen den Platz im Systeme anweist... Dadurch wird erreicht, dass das neue Verhältnis oder der neue Interessengegensatz durch den alten gesetzlichen Rechtssatz geregelt scheint, ohne jede neue Interessenabwägung, bloss mit Hilfe der deduktiven Logik“.

kształceniu (byłoby to możliwe, gdyby pewne quid, uważane w danym czasie za normatywność prawną, stało się normatywnością etyczną lub vice versa). Odmienne rozumienie treści nie jest odmiennem rozumieniem normatywności—i z punktu widzenia struktury oraz powiązań norm nie zachodzi żadna sprzeczność pomiędzy ujęciami z okresu przedwojennego, a rozumieniem czasów obecnych

Mylną byłaby tedy redukcja każdej poszczególnej normy do normy, kwalifikowanej jako norma najwyższa. Normy poszczególne nie dedukują się z normy najwyższej, która w swej strukturze niczem się od nich nie różni. Mogą się do niej „sprowadzać", t. j. możliwe jest stwierdzenie, że dana wypowiedź jest identyczna w strukturze swej z normą najwyższą. Jedynie z punktu widzenia „danego" systemu, w„danym" czasie i w „danych" warunkach można byłoby powiedzieć, że wszystkie normy poszczególne mają swój punkt wyjścia w normie najwyższej. Ale wówczas przedmiotem rozważań byłby nie system jako taki, jako ujęcie wszystkich norm w jedności strukturalnej. Wówczas rozważania zamykałyby się w obrębie określonego p o z y t y w n e g o systemu w jego d z i a ł a n i u i mielibyśmy do czynienia z ujęciem dogmatycznem w potocznem tego słowa rozumieniu. Można byłoby dynamicznie określić ustosunkowanie poszczególnych norm do normy najwyższej, jako tendencję w kierunku wchłonięcia tych norm przez końcowy punkt poczytania. Byłoby to wszakże znów wprowadzenie momentu „działania" posiadającego, jak wiadomo, znaczenie tylko eksplikacyjne *).

Ze względu właśnie na moment „działania" można byłoby się spierać, czy norma najwyższa jest punktem, w którym zbiegają się wszystkie poszczególne wypowiedzi (w kierunku „do niej") — czy też jest ona punktem, z którego one się wywodzą (w kierunku „z niej") **). Tego rodzaju problematyzacja nie posiada żadnego znaczenia dla ujęcia normatywnego.

---

*) Dlategoż niemogę zgodzić się z poglądem SANDERA, który odróżniając kontynuację regresyjną od progresyjnej, konkluduje: „Auch die Zurechnungsgrundreihe ist also nicht etwa der „gemeinsame Treffpunkt aller Zurechnungslinien", weil eben die progressiv von der Zurechnungsgrundreihe ausgehenden Zurechnungsreihen nicht in der Richtung zu ihr tendieren, vielmehr von ihr ausstrahlen" (Staat und Recht j. w. T. II str. 1132). Ta teorja „emanacji" oparta jest na mylnem rozumieniu sądów prawa, jako „istniejących" w doświadczeniu, nie pojmowanych zaś jako „być mające".

**) Jeśli SANDER j. w. str. 1132 uznaje normę najwyższą za „punkt wyjścia"—znajduje się to w sprzeczności z jego własnem twierdzeniem, że „die Elemente der Zurechnungsgrundreihen erhalten sich in allen Zurechnungen". Jeśli „postępowanie prawne" jest „jednością wszystkich funkcji zdań prawnych, w których tworzą się składy czynu prawa materjalnego" (str. 1135) — jedność ta nie może być niczem innem, jak tożsamością układu strukturalnego wszystkich poszczególnych relacji.

Ani „pionowa“ hierarchiczność, ani „genetyczna“ pochodność (por. wyżej str. 88) nie są momentami, które w jakikolwiek sposób mogłyby wpływać na idealnie rozumianą strukturę wypowiedzi zawsze jedną, jedyną i niezmiennie ważną.

W tem znaczeniu rozumiemy zasadniczą jedność systemu. Założeniem jej jest zasada tożsamości. I z tego punktu widzenia wyjaśnione być mogą objawy t. zw. s p r z e c z n o ś c i w wypowiedziach normatywnych. Wyżej zaznaczyłem (por. str. 251), że stwierdzenie tej sprzeczności może być w istocie rzeczy tylko eksplikacyjne; że zestawienie dwuch wypowiedzi według wzoru A — n, A — m (przyczem symbol m znaczy to samo co „non n“) nie jest sprzecznością obu tych wypowiedzi. Wywody poprzednie w tym przedmiocie należy dopełnić zaznaczeniem, że „sprzeczność“ (nawet w rozumieniu eksplikacyjnem) winna być bezwzględnie wyłączona, jeśli zwrócimy uwagę na dalsze powiązania łączne tych ogniw normatywnych. Wypowiedziom A - n i A - m mogą odpowiadać odrębne i różne powiązania łączne (sankcje); w wypadku „nisi n“ B powinien zachować się x; w wypadku „nisi m“ (co, wobec tego, iż m jest non n, znaczy „si n“)—B powinien zachować się y; przyczem y nie jest non x. Sprzeczności w treściach, odniesionych do powinności w t. zw. wyjściowych punktach poczytania, nie koniecznie musi odpowiadać sprzeczność w przejściowych lub końcowych punktach poczytania. W normatywnem pojęciu „ważności“ nie mógłby zachodzić stosunek przeciwieństwa lub podprzeciwieństwa; nie można byłoby powiedzieć: że gdy A—n, B—x jest prawdziwe, wzór A — m, B — y jest fałszywy, czyli, że oba połączenia (A — n, B — x, A — m, B — y) są bądź równocześnie fałszywemi, nie mogąc stać się równocześnie prawdziwemi, bądź też są równocześnie prawdziwemi, nie mogąc równocześnie stać się fałszywemi. Wyjaśniłem wyżej, że norma, jako wypowiedź o tem, co być powinno — nie jest stwierdzeniem prawdziwości (względnie fałszu) takiej wypowiedzi (zob. str. 83 n.). Przy eksplikacyjnej analizie sprzeczności i przewieństw należy mieć na względzie, że symbole „n“ „non n“ nie są czemś „niezależnem oderwanem od „antecedencji“ (zob. wyż. str. 86 n.) A powinien postąpić n, czy non n — jeśli dany jest układ, „poprzedzający“ tryb zachowania się. Otóż, jeśli w tym

---

Twierdzenie więc, że norma najwyższa jest „wspólnym początkiem“ („gemeinsamer Ursprung“) oznacza—jak to zresztą SANDER uznaje — nie jakieś „wyodrębnienie“, lecz stałą korelację pochodnych do wspólnego początku: „...also kein aus den Relationen der Rechtserfahrung hervorgehobener Ursprung, sondern „Ursprung“ nur in strenger Korrelation zum „Entsprungenen“, als kraft der Erhaltung des Rechtsverfahrens im „Entsprungenen“ beharrender Ursprung“ (j. w. str. 1132). W wyniku ostatecznym—taki pogląd prowadzi do zaprzeczenia genezy, a więc, nie bacząc na odmienny, eksplikacyjny punkt widzenia SANDERA, jego ujęcie nie różni się od założeń szkoły normatywnej.

układzie zachodzą różnice faktyczne, oczywiście nie takie, bez których n lub non n nie mogą być pomyślane—sprzeczności pomiędzy n a non n będą przypadkowe. Antecedens n lub non n jest ich współczynnikiem i bardzo często przypuszcza „non n", jako daną normatywną, gdy w istocie rzeczy to „non n" nie jest negacją n, lecz posiada samoistną istotę znaczeniową. Powiadamy: A powinien wstrzymać się od zabójstwa (zachować się n); jeśli się do tego wskazania nie zastosuje—będzie ukarany. Jednocześnie powiadamy: A powinien nie wstrzymać się od zabójstwa (zachowywać się non n); jeśli się do tego wskazania nie zastosuje—będzie ukarany. Obie wypowiedzi są ważne; ich sprzeczność logiczna jest zresztą tylko pozorną, jeśli uwzględnimy antecedentia zarówno w normatywnej kwalifikacji A, jakoteż w układzie, związanym z n i z non n. Zabójstwo jest wzbronione w odpowiednim artykule kod. karnego. Natomiast zabójstwo może być nakazane, jeśli idzie o wykonanie prawomocnego wyroku śmierci. Żołnierz, należący do plutonu, któremu rozkazano rozstrzelać skazańca, „powinien nie wstrzymać się" od udziału w egzekucji. W tym ostatnim wypadku normatywna kwalifikacja A i antecedentia układu są odmienne (ten sam A—żołnierz — będzie ukarany za wstrzymanie się od zabójstwa). Może nie zachodzić nawet różnica w sankcjach i zarówno zabójstwo, jak i wstrzymanie się od zabójstwa (np. odmowa ze strony żołnierzy wykonania wyroku sądu polowego w czasie wojny) może być karane śmiercią.

Ale ten aspekt eksplikacyjny nie wyłącza możności, iż w danym systemie pozytywnym istnieją wypowiedzi, oparte na identycznych kwalifikacjach podmiotu poczytania i wynikające z najzupełniej identycznych antecedencji (jeśli jest x—A powinien zachować się n i jednocześnie zachować się non n)—przyczem samo odniesienie powinności do treści jest sprzeczne (n i non n). W rozumieniu normatywnem sprzeczność taka nie posiadałaby żadnego znaczenia, gdyż nie ujmujemy ważności norm w znaczeniu logicznej równoważności, t. j. w tem znaczeniu, że dwie wypowiedzi stają się równocześnie prawdziwemi, lub równocześnie fałszywemi. W rozważaniu poza czasem i poza przestrzenią nie zachodzi sprzeczność pomiędzy wypowiedziami „A powinien zabić swych rodziców" i „A powinien wstrzymać się od zabójstwa swych rodziców". Pierwsza wypowiedź właściwa jest pierwotnym okresom rozwoju kulturalnego, gdy zabójstwo niezdolnych do życia rodziców było „nakazem" *); druga wypowiedź uwydatnia kwalifikację tego rodzaju zbrodni ze względu na specyficzne wartościowania religijne i moralne. Obie wszakże wypowiedzi są normatywnie jed-

*) Por. W. MAKOWSKI, Podstawy filozofji prawa karnego 1917 str. 262: „...ludy pierwotne wskażą nam wypadki ojcobójstwa obrzędowo przez religję wymagalnego i moralnego".

nakowo „ważne". Ale w rozważaniu eksplikacyjnem, ograniczonem „danemi" systemu pozytywnego, nie mamy do czynienia z przejawami i stosunkami poza czasem i przestrzenią. I jeśli w takiem rozważaniu dają się ustalić niewątpliwe sprzeczności w normatywnie ważnych wypowiedziach—wyjście z sytuacji nie będzie skomplikowane. Oczywista sprzeczność (nie bacząc na tożsamość kwalifikacji podmiotów i antecedencji odniesienia do powinności) może powodować uchylenie jednej wypowiedzi, lub w pewnych wypadkach uchylenie obu wypowiedzi (w tej ostatniej konfiguracji zachodzi vacuum normatywne). „Uchylenie", czyli „zanik" normatywności jest wtedy równoważne z wyłączeniem „działania". Możliwe jest również odmienne wyjście z takiej sytuacji przez usunięcie „sprzeczności" w drodze interpretacji normy. Interpretacja normy, w istocie rzeczy, niczem innem nie jest, jak „stworzeniem nowej wypowiedzi", a więc procesem, który normatywnie ujęty być nie może. W tym procesie ustalenia „logiczne" są tylko operacjami pozornemi *). I ta pozorność zachodzi nietylko w stosowaniu, opartem na zasadach t. zw. „słuszności" **), specjalnie wskazanej w wypadkach „oczywistej" sprzeczności—lecz wszędzie i zawsze, gdy norma aktualizuje się i działa. Ustalenie wskazań o trybie interpretacji (t. zw. Auslegungsnormen) jest przeszkodą niewielkiej wagi, albowiem i te wskazania—koleją rzeczy — podlegać mogą wykładni prawotwórczej ***). System

---

*) Por. moją pracę: Wykładnia prawa i orzecznictwa 1916 str. 113 n. Por. również C. SCHMITT j. wyż. str. 22 uw. 1 i słuszny wywód STERNBERGA, Allgemeine Rechtslehre, I: Die Methode 1904 str. 138: „so fest wir den formalen Unterschied von Gesetzgebung und Interpretation halten und bewahren müssen, ein materialer Unterschied zwischen Interpretation und Gesetzgebung existiert nicht". O niesamoistności funkcji logicznej w interpretacji pozytywnego systemu prawa powiada STERNBEG, Einführung in die Rechtswissenschaft, I: Methoden und Quellenlehre 1912 „Die othische Richtigkeit wird vom Bewusstsein der Menschen stark der logischen Riichtigkeit, die ethischen Zusammenhänge den logischen angeähnelt". W plastycznem ujęciu VAN DER EYCKEN'A j. w. str. 250 teza ta brzmi: „Le droit est donc une téléologie réduite en logique". Zadania interpretacji scharakteryzowane są w sposób następujący: „...le procédé qui s'impose à lui (scil. à l'inteprète) est de remettre en téléologie ce qu'il reçoit sous la forme logique".

**) Por. M. RÜMELIN, Die Biligkeit im Recht 1921 str. 56 „Unter billigem Recht versteht man... ein Doppeltes: einmal das dem Rechtsgefühl des Urteilers und des Volkes entsprechende Recht und ferner das Recht, das der richterlichen Rechtsfindung, der Würdigung der Umstände des Falls, Spielraum gibt".

***) Słusznie zaznacza SANDER, Staat und Recht j. w. T II str. 934 (w przypisie): „Und sind nicht auch diese Auslegungsrechtssätze kein starres „An sich", sondern muss nicht schliesslich auch eine Auslegung der Auslegungsrechtssätze stattfinden? Und welche Normen regeln die „Auslegung der Auslegung"?" Tej kwestji nie rozwiązuje F. LEON-

prawa pozytywnego posiada „autotoksyny“, leczące wszelkie sprzeczności w wzajemnych ustosunkowaniach wypowiedzi. W idealnie rozumianej normatywności sprzeczności te nie są „dane“, albowiem wszystkie wypowiedzi są bezwzględnie ważne. W tem rozumieniu nie istnieje problemat sprzeczności.

ROZDZIAŁ DZIESIĄTY.

ANALIZA NORMY PRAWNEJ.

§ 31.

Elementy normy.

Rozważania o charakterze normy prawnej prowadzą do wniosku, iż pewna specyficzność połączeń wypowiedzi o tem, co być powinno, stanowi jej cechę istotną (zob. wyż. str. 185 n.). Norma prawna jest ujęciem relacji, w której orzeczenie powinności jest pojęciowo połączone z orzeczeniem „powinności sankcjonującej“. Relacja ta jest rozumiana, jako quid objektywne, niezależne od aktów „twórczych“, niezależne również od procesów psychicznych, zachodzących w podmiotach, znajdujących się w tym czy innym stosunku do orzeczeń w normie.

Operując pojęciem normy, winniśmy zastanowić się nad zagadnieniem tych sądów hipotetycznych, które są „wyrazami“ normatywności prawnej. Zgodnie z poprzedniemi ustaleniami, wyrazem tej normatywności byłby sąd wyrażający: „jeśli dane jest pewne x—A powinien zachować się n i jeśli nie zachowa się n (nisi n), B powinien zachować się n_1“.

Takim jest typowy wyraz objektywacji wypowiedzi o tem, co być powinno, w płaszczyźnie rozumienia normatywności prawnej. Przyczem, jak to z poprzednich wywodów o strukturze i dynamice normy prawnej wynika, symbole „warunkujące“ (antecedentia), punkty poczytania i kwalifikacje treści, odniesionych do powinności, nie są „faktycznością“. Symbole te ujęte są normatywnie i tylko w takiem ujęciu stanowią składowe części normy. Gdy mówimy: „jeśli jest dane pewne x—A powinien zachować się n“—powinność, przypisywana A, polega na uprzedniem normatywnem orzeczeniu o kwalifikacjach „pewnego x“. „Danem“ może być wszystko: jakieś wydarzenie w świecie zewnętrznym, jakiś czyn lub zaniechanie osoby,

---

HARD, Auslegung und Auslegungsnormen 1917. Błędne jest rozstrzygnięcie: „So muss auf die Frage, ob der Richter unter Umständen gegen das Gesetz urteilen dürfe, die Antwort lauten: gegen die Sachnorm ja, gegen die Anwendungsnorm niemals“ (str. 19). Praktyka wykładni jest dowodem, że to „rozgraniczenie“ nie posiada znaczenia istotnego.

wspólne działania, lub sprzeczne działania dwóch, czy więcej osób, zachowanie się jednej osoby, zależne od zachowania się innej, lub przez to zachowanie spowodowane. Ale nie wszystko, co jest „dane"—jest odpowiednikiem czy poprzednikiem poczytania. To powiązanie następuje tylko wówczas, gdy „antecedentia" ustalone są normatywnie. Pewien zespół czynności jest kwalifikowany, jako „umowa", lub jako „przestępstwo". Ażeby ten zespół był normatywnie dany—należy ustalić: A powinien postąpić tak, ażeby z tego postępowania wynikać mogła powinność zachowania się n. Konsekwentnie znaczy to: A powinien w określonym trybie napisać, czy wypowiedzieć pewne słowa, ażeby z tego mogła wynikać „powinność" wykonania „umowy"; cofając się w analizie regressyjnej dalej wstecz, należy określić, co normatywnie znaczy „określony tryb" — np. kwalifikacje „objawienia woli", jej ważności, zgody stron i t. d. Lub też można powiedzieć: postępowanie A winno być kwalifikowane odpowiednio do pewnych wskazań; nie każde pozbawienie życa jest normatywnie zabójstwem, nie każde zabranie cudzej rzeczy jest normatywnie kradzieżą. Zachowanie się A tylko wtedy będzie współmierne z symbolem n (zaniechanie pozbawienia życia, zaniechanie zabrania cudzej rzeczy), jeśli n odpowiada uprzednio ustalonej, czy współdanej kwalifikacji normatywnej. Częstokroć już w samem określeniu „n" zawarte jest implicite uprzednie odniesienie treści do powinności. W pewnych wypadkach może się zdawać, że „antecedentia" normy są identyczne z normą, ustalającą poczytanie. Np. A zawsze i wszędzie powinien wstrzymywać się od pewnych określonych czynów lub wykonywać pewne określone czynności („kategoryczność" norm karnych); aczkolwiek i w tych wypadkach muszą być uprzednie kwalifikacje normatywne; zabójstwo „człowieka", zabranie „cudzej rzeczy" przypuszcza uprzednią kwalifikację objektu przestępstwa. Nie można wszakże powiedzieć, ażeby były w odniesieniu do punktu poczytania jakąś powinnością. Niema wskazań normatywnych, które ustalałyby, że C, D, E powinni być właścicielami rzeczy i że wobec tego A powinien wstrzymywać się od zaboru cudzej własności; niema też wskazań normatywnych, które ustalałyby, że C, D, E powinni szanować własne życie i że wobec tego A powinien wstrzymywać się od zabójstwa (obowiązek szanowania własnego życia może być obowiązkiem religijnym lub moralnym, chyba, że w systemie prawnym dana jest karalność samobójstwa). Niema wskaznia normatywnego, które ustalałoby, że A powinien zawierać umowy z C, D, E, lub, że powinien sporządzić testament, zeznać akt darowizny i t. d. Antecedentia wypowiedzi A—n, które nie są faktycznością, lecz ukształtowaniem normatywnem, korelatywnem do A—n, znaczą tedy: jeśli istnieją ludzie żyjący, jeśli są właściciele rzeczy, jeśli są

osoby, z któremi zawiera się umowę i umowę tę się zawiera, jeśli są osoby, na których rzecz można rozporządzić się swym majątkiem i rozporządzenia te zachodzą—w tych warunkach A powinien zachować się n. Czy te warunki „być powinny"—okoliczność ta niema istotnego znaczenia. Jeśli A powinien zastosować się do danej ustawy podatkowej, czy też do wskazań ustawy o powszechnym obowiązku służby wojskowej—nie znaczy to, że wogóle powinny istnieć normy w tych materjach, lub w szczególności takie, a nie inne normy. Taka „powinność" byłaby obowiązkiem politycznym, czy gospodarczym, nie zaś prawnym, chyba że wynikałaby z nadrzędnej normy prawnej.

Niema zasady, która ustalałaby, że A p o w i n i e n zawierać umowy; zasada ta może istnieć w wypadkach uprzednio normatywnie ustalonego „przymusu kontraktowania" (np. obowiązek instytucji posiadających monopol; specjalne stanowisko prawne poczty, kolei żelaznej i t .d.). Ale z takiego ukształtowania bynajmniej nie wynika, ażeby ten obowiązek p o w i n i e n był istnieć. Jeśli norma międzynarodowa stanowi pewien obowiązek państwa w zakresie jego wewnętrznej legislacji—nie znaczy to, iż takie wskazanie, jako antecedens normy państwowej być p o w i n n o. Może zarówno dobrze być, jak i nie być. Prawo wyborcze do ciał ustawodawczych, ustalające pewne obowiązki organów państwa w stosunku do wyborców, może być kwalifikowane, jako „przymus wyborczy" *): to znaczy, że A powinien dokonać pewnych czynności, jeśli się zaś do tego wskazania nie zastosuje — nastąpią określone sankcje (według schematu B — n,); w tym wypadku t. zw. prawo podmiotowe przeistacza się na obowiązek w przedmiocie jego wykonania. Z tej zasady bynajmniej nie wynika, ażeby p o w i n n o było nastąpić uregulowanie w przedmiocie takiego „vote obligatoire". Wskazanie tego rodzaju mogłoby być normatywnością polityczną, nie zaś prawną.

Idąc dalej, należy zaznaczyć, że jedynie ustalenia co do „n" (w łącznym zaś schemacie „B—n_1—co do „n".) są istotną „zawartością" wypowiedzi normatywnej. Mogą być one „pochodne" w tem znaczeniu, że inna jakaś wypowiedź ustaliła już pewną powinność, a dana wypowiedź do tego ustalenia bezpośrednio „odsyła" lub je odpowiednio modyfikuje. Przez podstawienie lub wyprowadzenie wyrazów z innej wypowiedzi —otrzy-

*) Por. w tym względzie konstrukcję KELSENA, Hauptprobleme str. 679: „...Rechtspflicht zur Geltendmachung eines subjektiven Rechtes". Konstrukcja DUGUIT, Traité j. w. I. II str. 447, 448 jest ujęciem „politycznem", aczkolwiek DUGUIT uzasadnia ją na podstawie (pozornej) konstrukcji prawnej: „La conséquence principale qui résulte de ce que l'électorat est une fonction, c'est que l'électeur est o b l i g é de voter comme tout fonctionnaire est obligé de remplir la fonction dont il est investi".

muje się ustalenie miarodajne dla danej wypowiedzi. Mamy wówczas do czynienia z procesem „równoważności“ lub „substytucji“ ustaleń *). Nie jest to, oczywiście, stosunek antecedencji, o którym mówiłem poprzednio.

Punkty poczytania w wypowiedziach, ustalających to, co być powinno — są, oczywiście, pojęciami normatywnemi. Podmiot wypowiedzi — jak to zaznaczyłem wyżej — niema nic wspólnego z fizyczno - psychicznem pojęciem „człowieka“. W symbolu „A“ mogą być dane cechy, od których będzie zależne postępowanie n. Określenie „A“ jest zawsze ujęciem normatywnem, swoiście przekształcającem jego „cechy“ fizyczne, psychiczne, moralne. Cechy te stają się wówczas cechami prawnemi. Jeśli np. art. 428 kod. cyw. polsk. stanowi, że gdy się opiekunowi co od małoletniego należy, powinien to oświadczyć do inwentarza pod utratą należytości — pojęcie „opiekuna“ niema nic wspólnego z faktycznem wykonywaniem pieczy, ani z jakiemiś fizyczno - psychicznemi kwalifikacjami danej osoby, lecz mieści się w uprzednich ustaleniach normatywnych o tej swoistej kategorji „punktów poczytania“. Te ustalenia zostają podstawione w wypowiedzi o obowiązku opiekuna co do oświadczeń o jego należytościach. Opiekunem niekoniecznie musi być osoba fizyczna, może nim być instytucja, zakład; przełożony „szpitala publicznego“, sprawujący opiekę w myśl art. 481 n. kod. cyw. polsk., jest „konstrukcją normatywną“, opartą na pojęciu „instytucji publicznej“, posiadającej osobowość „prawną“. Zachowanie się A, wyrażone w symbolu n, mieści w sobie zachowanie się względem kogoś lub czegoś; element normatywnie ujętej treści „n“ zawiera w sobie cechy „podmiotowe“, które również nie są dane w faktyczności, lecz przekształcone są normatywnie. Jeśli A winien w pewnych wypadkach zachować się „n“ względem małoletniego, bezwłasnowolnego lub mężatki i w razie „nisi n“ powinien być skazany na przywrócenie rzeczy do stanu pierwotnego (art. 1312 kod. cyw. franc.) — pojęcia „małoletniego“, „bezwłasnowolnego“, „mężatki“ (jako elementy treści „n“) są „kategorjami“ normatywnemi. Nie każdy osobnik faktycznie pozbawiony zdrowych zmysłów jest bezwłasnowolnym — i ażeby, ktoś mógł być kwalifikowany jako „mężatka“ nie wystarcza, ażeby był kobietą i mieszkał w najprzykładniejszej zgodzie i przez chociażby długi okres czasu z jednym i tym samym mężczyzną pod wspólnym dachem.

Te same obserwacje nasuwają się również przy analizie łącznika, wiążącego wypowiedź o powinności z konsekwencjami jej nieaktualizacji (nisi n). Zachowanie się „niezgodne“ z normą,

*) W innem znaczeniu mówi F. KAUFMANN, Logik und Rechtswissenschaft j. w. str. 132 n. o „Aequivalenz“ i „Substituierbarkeit“ i łącznych z tem ustaleniach nadporządkowania, podporządkowania i przyporządkowania.

powodujące pewne skutki względem A i sankcjonowane przez obowiązek innego podmiotu B (co do zachowania się n, względem A), nie jest faktycznością. Nieaktualizacja może nie wywoływać żadnych zmian w świecie zewnętrznym (np. zaniechanie A) — jednakże posiadać będzie w kwalifikacji normatywnej znaczenie samoistne *). Ażeby wyraz „nisi n" posiadać mógł znaczenie łącznika, wiążącego n z sankcją n, — konieczne jest jego ustalenie normatywne. W skład tego wyrazu wchodzi bowiem już uprzednio ustalone pojęcie n — w jego aspekcie negatywnym. W wypowiedzi „A powinien zapłacić sprzedawcy za rzecz kupioną" — ujęcie „negatywne" będzie wyrażone: „jeśli A nie zapłaci sprzedawcy za rzecz kupioną — to...". Pojęcia „zapłaty", „ceny", „umowy kupna — sprzedaży", „sprzedawcy", „rzeczy" — są w obu aspektach identycznie — normatywne. Jeśli zachodzą spory co do niezaktualizowania obowiązku A — podłożem tych sporów mogą być jedynie podstawowe lub pochodne wyrazy ustaleń normatywnych. A twierdzi np., że uiścił cenę czy też zaofiarował ją i złożył do depozytu z powodu odmowy przyjęcia przez sprzedawcę, wobec czego nie zachodzi ukształtowanie „nisi n". W tym wypadku pojęcie „uiszczenia ceny" jest normatywne; nie wystarczałoby np. stwierdzenie, że A zaniósł sumę dłużną do mieszkania sprzedawcy i wrzucił ją do jego skrzynki do listów. Taka „faktyczność" nie jest normatywnie rozumianem uiszczeniem (art. 1239 ust. 1 kod cyw. franc.). A może twierdzić, że sprzedawca jest jego dłużnikiem sumy, odpowiadającej cenie sprzedażnej; aczkolwiek nie nastąpił żaden „fakt" wypłaty sumy dłużnej — zobowiązanie A gaśnie przez „potrącenie", ipso jure i — jak mówi art. 1290 kod. cyw. franc. „de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs...". Ukształtowanie „nisi n" uzależnia się od normatywnej kwalifikacji „sprzedawcy", zawartej w ujęciu treści „n". A nie wypełnia swego obowiązku zapłaty ceny sprzedażnej, gdy zapłaty tej odmawia nie sprzedawcy, lecz jakiemuś X, na którego rzecz sprzedawca przelał swą wierzytelność, gdy ten X jako nabywca wierzytelności został wwiązany względem A w skutku doręczenia przelewu do rąk A (art. 1690 kod. cyw. franc.). W tym ostatnim wypadku mamy do czynienia z pochodnym wyrazem treści „n". X mógł faktycznie nabyć wierzytelność sprzedawcy i gdyby A przed doręczeniem przelewu uiścił cenę sprzedażną do rąk sprzedawcy, nie byłby zobowiązany względem X (art. 1691 k. c. franc.). Faktyczność zdarzenia (doręczenie sumy dłużnej) uległaby wówczas swoistemu przekształceniu normatywnemu.

Zastosowanie tej analizy do dalszych i łącznych wypowie-

*) Por. SAUER j. w. str. 244: „ein natürliches Nichts (Nichttun, Nichtwissen) gewinnt für die rechtliche Wertung die Bedeutung eines juristischen Etwas, eines Wertungsobjekts...".

dzi (B — n_1 i ewentualnie w dalszem powiązaniu z nisi n_1 — C — n_2 i t. d.) prowadzi mutatis mutandis do wyników identycznych. B jako podmiot sankcjonujący może być kwalifikowany tylko normatywnie. Tryb jego zachowania się — przyczem wyraz nisi n jest koniecznym poprzednikiem obowiązku wyrażonego w treści n_1 — nie jest czemś, co może być rozumiane faktycznie. Nawet, gdyby przypuścić, że zachowanie się n_1 jest równoważne z „uznaniem", z „dyskrecjonalnością" B — należy mieć na względzie, że „uznanie" to nie jest dowolnością czy samowolą. Zakres uznania czy dyskrecjonalności zawsze rozumiany jest normatywnie (chociażby przez wskazanie i zakreślenie najbardziej nawet elastycznych „granic"). Wypowiedź: „A winien zachować się n, w przeciwnym razie B m o ż e postąpić tak, jak mu się spodoba" — nie jest normą prawną. Albowiem, jeśli B m o ż e postąpić, jak mu się spodoba — znaczy, że B władny jest wogóle wcale nie „postąpić". Gdyby łączne ogniwo głosiło: „B p o w i n i e n postąpić jak mu się spodoba" — wówczas normatywny charakter powiązań nie ulegałby wątpliwości (oczywiście, wyraz B — n_1, w którem n_1 może znaczyć wszystko i nic — byłby ogniwem normy najwyższej, B zaś końcowym punktem poczytania). Albowiem B powinien postąpić („jak mu się spodoba") w tym jedynie wypadku, gdy „dane" jest normatywne ukształtowanie „nisi n". Współzależność ogniw normy jest wówczas zachowana. Niewątpliwie, takie ukształtowanie jest niedoskonałe: jeśli bowiem B powinien postąpić, jak mu się spodoba — znaczyć to również może, że B powinien wszelkiego „zachowania się" zaniechać. Jasnem jest, że tego rodzaju powiązanie—ze względu na odniesienie do najwyższej normy, zamykającej kontynuację sankcji — styka się z dziedziną eksplikacji.

Ze względu na normatywne kwalifikacje podmiotów poczytania i treści zachowania się w jej objektywnych ustaleniach i hipotetycznych przypuszczeniach ewentualnej nieaktualizacji, łączność i powiązanie elementów normy wymaga w wypadkach jej konkretyzacji w stosowaniu — określeń, podstawień, wyjaśnień tych elementów. Ustalenia podmiotów i treści mogą być samoistne, mogą być również „odesłaniem" do ustaleń kwalifikowanych w innych powiązaniach. W rozważaniach niniejszych nie poruszam kwestji stosowania prawa i jego wykładni. Kwestja ta — jak już poprzednio zaznaczyłem — nie może być przedmiotem dociekań normatywnych. Badając jedynie strukturę normy i tryb jej powiązań, nie poruszam zagadnienia „prawotwórczości" — tem bowiem zagadnieniem jest problemat stosowania i wykładni prawa. Jakkolwiek „powstaje" norma, w jakimkolwiek trybie zachodzi „podstawienie", „rozwinięcie" lub „stworzenie" elementów normy — procesy te nie posiadają istotnego znaczenia w ujęciu normatywnem. W tem ujęciu idzie wyłącznie o stwierdzenie „charakteru" wypowiedzi, ze względu na jej specyficzny układ strukturalny. Nie odgrywa

przeto żadnej roli przeciwstawienie „abstrakcyjno - hipotetycznego“ i „konkretnie - rzeczywistego“ prawa. Albowiem w jednym i w drugim „wyrazie“ prawa zawsze jest dane bądź ogniwo normy, bądź powiązanie tych ogniw *). Obojętne będzie, w jaki sposób to ogniwo, lub to powiązanie powstało, czy jest ono „subsumcją“ na podstawie danych ustaleń, czy też jakiemś „novum“. Wystarczy stwierdzenie, iż in casu dana jest możność s p r o w a d z e n i a konkretnej wypowiedzi do idealnego wzoru normatywnego.

Przedmiotem rozważań teorji normatywnej winno być natomiast zagadnienie „wyrazów“, w których przejawiają się przedmiotowo ujmowane wypowiedzi o tem, co być powinno. Należy więc zastanowić się bliżej nad zagadnieniem t. zw. zdań prawnych, jako wyrazów normy.

§ 32.

Zdania prawne.

Jeśli rozważamy „uzewnętrznienia“ prawa, nazywane ustawą, zwyczajem, jurysprudencją — łatwo przekonać się możemy, że zawarte w nich wypowiedzi nie odpowiadają schematowi normy. Gdybyśmy uważali schemat ten za rozstrzygający wobec konkretnych sformułowań „tekstów“, okazałoby się, że o ujawnionych i uzewnętrznionych normach prawnych w takiem znaczeniu mowy być nie może. Należałoby wówczas zająć stanowisko, zgodnie z którem tylko takie „zdanie“ mogłoby być kwalifikowane, jako norma prawna, które wyraża conajmniej dwuczłonowe powiązanie łącznych „powinności“, odniesione do conajmniej dwóch odrębnych punktów poczytania.

Powiązania o większej ilości członów (przy przypuszczeniu przejściowych punktów poczytania) byłyby wówczas „kwalifikowanemi“ wyrazami normy, nie różniącemi się istotnie od zwykłego wyrazu dwuczłonowego. W takiem rozumieniu, utożsamiającem znaczeniową ważność normy z jej skonkretyzowa-

*) Dlategoteż teorja normatywna nie może uznać różnicy pomiędzy t. zw. prawem materjalnem i formalnem (procesowem). Mylność tego przeciwstawienia zaznaczył już BERGBOHM, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie 1892, str. 343. Sztuczność przeciwstawienia t. zw. „praw przedprocesowych“ (vorprozessuale Prozessrechte) i praw procesowych, podniesioną przez BÜLOWA, uwydatnia SANDER, Das Faktum der Revolution j. w. str. 147: „Die reine Rechtswissenschaft hebt den Gegensatz formellen und materiellen Rechtes, welch ersteres nur das letztere schützen und durchsetzen soll, auf“. Por. również Staat und Recht j. w. T. II, str. 936 n. Por. wywód R. SCHMIDTA, Prozessrecht und Staatsrecht 1904, str. 30: „Der Rechtsschutzanspruch ist nur eine Formel, geeignet auszudrücken, dass ein Zusammenhang zwischen Prozessrecht und Staatsrecht besteht“. O pojęciu „stosowania normy“, zob. wywód KELSENA, Hauptprobleme str. 15 n.

niem w uzewnętrznionej wypowiedzi — nie znaleźlibyśmy w tekstach ani jednej normy prawnej.

W tekstach tych mamy bowiem do czynienia:

1) bądź z jednem ogniwem normy (wraz z jego antecedencjami), ustalającem poczytanie w pewnym układzie, odniesionym do „wyjściowego“ punktu poczytania;
2) bądź z jednem ogniwem normy, ustalającem poczytanie w układzie t. zw. sankcji;
3) bądź z jednem ogniwem normy, przewidującem ustalenia w wypadkach nieaktualizacji (nisi n) i ewentualnych dalszych usankcjonowań poprzednio ustalonych sankcji;
4) bądź z końcowemi ogniwami normy (wraz z ich antecedencjami), które ze względu na swoiste właściwości końcowego punktu poczytania przecinają łączność powiązań;
5) bądź z „oderwanemi“ kwalifikacjami normatywnemi, które nie posiadają znaczenia samoistnego; otrzymują je dopiero przez podstawienie, będąc tylko określeniami, czy wyjaśnieniami podmiotów, treści lub sposobu powiązań norm;
6) bądź wreszcie z ustaleniami w przedmiocie treści innych wypowiedzi, gdy ustalenia te dotyczą czasu, miejsca „działania“, lub sposobu stosowania norm.

Norma, ujęta idealnie, nie przejawia się w wypowiedzianej uno actu ciągłości zdań i w łącznem ich powiązaniu. Przepisy kodeksu cywilnego nie zawierają wskazań o przypisywanym i poczytywanym sędziemu obowiązku w przedmiocie zmuszenia do wykonania, uiszczenia, odszkodowania, restytucji i t. d. Przepisy kodeksu karnego, ustalające konsekwencje pewnego zachowania się, sprzecznego z normatywnie ustalonem postępowaniem, nie zawierają wskazań o przewodzie, który winien je urzeczywistnić. A nawet te ostatnie wskazania proceduralne mogą nie zawierać przepisów o „obowiązkach“ organów, jako przejściowych punktów poczytania, „stosujących“ prawo — zawierają one bowiem „opis“ tego, jak się te organy in casu zachowywać powinny. O dalszych konsekwencjach, odpowiadających schematowi „nisi n_1“, mówią inne znowu ustawy, czy też inaczej technicznie kwalifikowane wypowiedzi. Jeśli zwrócimy się do t. zw. końcowych ogniw normy, zawierających wskazania o końcowym punkcie poczytania, przekonamy się, że nie zawierają one wszystkich „linji łącznych“, wiążących je bądź bezpośrednio, bądź pośrednio z poczytaniami, przypisywanemi określonym poprzednio podmiotom. To, że cały szereg wypowiedzi daje się sprowadzić do normy najwyższej, nie jest explicite w normie najwyższej wypowiedziane.

Niemniej wszakże znaczeniowa ważność normy prawnej w rozumieniu swoistości jej struktury i specyficznego trybu

połączenia oddzielnych jej ogniw jest dana, nie bacząc na brak gramatycznej i logicznej konkretyzacji w wypowiedziach poszczególnych, włączonych do jej zespołu. Wskazania kodeksów cywilnych czy karnych byłyby tylko normami etycznemi, społecznemi, gospodarczemi, technicznemi, gdyby zawarte w nich wypowiedzi nie były fragmentem, lecz samoistną całością. Gdyby wskazania te były czemś zamkniętem w sobie samem, nie moglibyśmy przypisać im cech normatywności prawnej. Miałyby one swoistą ważność i swoiste cechy znaczeniowe, ale ani ta ważność, ani te cechy nie byłyby prawnością. Wskazania kodeksów procesowych, jako charakterystyczne ujęcia obowiązków, przypisywanych t. zw. przejściowym punktom poczytania, byłyby pozbawione znaczenia, gdyby nie były w nich zawarte powiązania z poczytaniami, odniesionemi do podmiotów, uznawanych za punkty poczytania w kodeksach „prawa materjalnego", ustalającego normatywną treść zachowania się tych podmiotów. Bez przypuszczenia tych powiązań nie mogłyby być wogóle normami; przepisy o „postępowaniu", jego trybie i warunkach byłyby pozbawione znaczenia, gdyby ich „poprzednikiem" nie były wskazania o t e m, względem c z e g o „postępowanie" ma być stosowane.

Jeśli więc w uzewnętrznieniach normatywności prawnej nie ujawnia się charakterystyczna strukturalność i powiązanie normy w całości konkretnej wypowiedzi — nie znaczy to, ażeby te „konkretyzacje", jako części składowe idealnej całości, pozbawione były znaczenia prawnego. Posiadają je właśnie dlatego, że są wypowiedziami, bądź dotyczącemi części składowych normy, bądź też pomocniczemi ustaleniami, skracającemi wypowiedź przez podstawienie uprzednio ustalonych elementów. Oczywiście, że w tem rozumieniu nie rozchodzi się o gramatyczne ujęcie wypowiedzi, jako danej części składowej normy. Takie ujęcie jest dla istoty normy w jej rozumieniu idealnem najzupełniej obojętne. „Ważność" normy jest niezależna od tego, czy została ona wyrażona, ustalona, wypowiedziana w zdaniu *). Nie rozważając w tem miejscu stosunku zdania gramatycznego do zdania logicznego **) — zaznaczę, że w zakresie analizy zdań pod kątem widzenia ich znaczenia zdania, wyrażające powinność („Sollensbedeutung"), niezależne są od trybu

*) Por. WENZEL j. w. str. 124 uw. 2: „Denn die Existenz von nur im Innern des Menschen sich auswirkenden Normen neben den Handlungsnormen scheint uns unableugbar, evident zu sein, möge man sie im einzelnen erklären und benennen, wie man will; nur ihre Annahme ermöglicht es uns, zweifellose Rechtserscheinungen zu begreifen". ZNANIECKI j. w. str. 143: „Od normy odróżniać należy, oczywiście, formułę, przez którą norma może być, lub nie być oznaczona; norma jest czynnością idealną, formuła (np. nakaz słowny)—nazwą tej czynności, ujętej w regulatywnym jej charakterze".

**) F. SOMLÓ j. w. str. 179.

ich wyrażenia w formie gramatycznej *). I ta forma gramatyczna w rozważaniu poszczególnych zdań, rozumianych, jako ogniwa normy, lub jej powiązania (czy też jako określenia i ustalenia, podstawione następnie w innych ogniwach), jest obojętna przy badaniu normy, jako „przedmiotu idealnego". Z struktury zdania gramatycznego nie koniecznie wynika jego znaczenie logiczne, jako wypowiedzi o tem, co być powinno. Nie wynika z niej również ów charakterystyczny moment związku, właściwy zdaniom logicznym. F. SOMLÓ słusznie podkreśla ową znamienną przeciwstawność: izolację zdań gramatycznych i znaczeniowo łączny charakter zdań logicznych („der Satz im Zusammenhang"). Zdania logiczne posiadają znaczenie, zależne nie tylko od ich formy gramatycznej, która jest jedną z wielu okoliczności, znaczenie ich wyjaśniających. Pozatem, w grę wchodzi cały szereg innych okoliczności, dopełniających zdanie w jego związku szczególnym. Takiemi okolicznościami będą np. inne zdania **). W zakresie normatywności prawnej zasadą łączącą będzie założenie o swoistej strukturalności i specyficznym trybie połączeń, właściwych poszczególnym zdaniom logicznym i tworzących wypowiedź normatywną w jedności idealnej. Poszczególne zdanie ustawy, rozporządzenia, orzeczenia, wskazania zwyczajowego, czy intuicyjnego, posiada specyficzną ważność znaczeniową, jeśli znajduje się w związku z łącznem zdaniem, lub z łącznemi zdaniami, przyczem idealne ich powiązanie będzie wyrazem normatywności prawnej. To powiązanie nie koniecznie musi być wyrażone konkretnie — i in forma producta przeważnie nie bywa wyrażane. Niemniej wszakże, jego byt idealny nie ulega zaprzeczeniu.

Zdaniem prawnem nazywamy każdą wypowiedź, posiadającą znaczeniowy charakter, właściwy bądź ogniwom (członom) normy prawnej, bądź ich antecedencjom i powiązaniom („nisi n"). Zdaniem prawnem będzie również wypowiedź, ustalająca „oderwane" kwalifikacje normatywne, lub „zakres" normatywności, stosownie do określeń „działania", czy „stosowania" poszczególnych treści w danym zbiorze wypowiedzi. Zdania prawne tej drugiej kategorji są ustaleniami co do ewentualnych podstawień, wprowadzanych do wypowiedzi, operujących pewnemi treściami, jako już danemi w systemie. Jeśli np. zdanie prawne określa, co należy normatywnie rozumieć przez „własność", „służebność", „władzę administracyjną", „sąd", „urzed-

*) Por. analizę F. SOMLÓ j. w. str. 180 n.: „Der grammatische Satz: „du wirst das nicht tun" kann sowohl die Seinsbedeutung haben, nach welcher über das zukünftige Eintreten einer Tatsache etwas ausgesagt wird, oder er kann auch die Sollensbedeutung haben: „tu das nicht". Słusznie uważa SOMLÓ, że forma „imperatywu" nie jest wyłączną dla zdań, wyrażających „powinność".

**) F. SOMLÓ j. w. str. 181.

nika" — te określenia, podstawiane w innych wypowiedziach, które przyjmują je jako już dane — będą w nich zawsze suponowane. Te „terminologiczne" wyjaśnienia (np.: „za przedsiębiorstwo w rozumieniu niniejszej ustawy uważa się...", „urzędnikiem w rozumieniu przepisów pragmatyki służbowej— kodeksu karnego—ustawy o odpowiedzialności karnej za pewnego rodzaju przestępstwa — jest...")—są zdaniami prawnemi nie ze względu na ich samoistny charakter normatywny. Cecha „prawności" właściwa im jest dlatego, że są one wyjaśnieniem „skrótów", które w innych zdaniach prawnych ujmują w trybie normatywnym czy to treść, czy to punkt poczytania. Jeśli więc w danem zdaniu zawarta jest np. wypowiedź: „właściciel nieruchomości, obciążonej służebnością, winien zachowywać się n" — pojęcia „właściciela", „nieruchomości", „służebności", określone w innych zdaniach (które mogą, koleją rzeczy, „odsyłać" do ustaleń alio loco), zostają podstawione w wypowiedzi powyższej. Nie zachodzi tedy potrzeba formułowania: „A, posiadający cechy x (właściciel) odnośnie do y (ustalenie pojęcia rzeczy nieruchomej) w jego ukształtowaniu v (pojęcie obciążenia służebnością), winien zachować się n". Te „skróty" istnieją nie tylko w t. zw. „antecedencjach", jak to widzieliśmy w przytoczonym przykładzie (jeśli istnieje układ, w którym A jest kwalifikowany normatywnie, jako „właściciel" „nieruchomości", „obciążonej służebnością" — A winien zachować się n); mogą istnieć również w zakresie ujęcia treści samej. Jeśli zdanie prawne powiada: „A winien uiścić cenę kupna" — pojęcia „uiszczenia" „ceny" „kupna-sprzedaży", zawarte w innych wypowiedziach, podstawione zostają w wyrazie „n" („uiszczenie ceny kupna"). Jak zaznaczyłem wyżej (str. 278 p. 6), mogą być dane w zdaniach prawnych samoistne ustalenia w przedmiocie treści innych wypowiedzi, ściągające się do czasu lub miejsca „działania" normy, lub do sposobu jej „stosowania". Te „przedwstępne" kwalifikacje są normatywne dlatego, że odnoszą się do zespołu wypowiedzi, ustalających pewne „powinności", i tylko ze względu na ten związek są „normami w drugiej potędze", aczkolwiek same przez się — bez uwzględnienia tego związku — nie miałyby charakteru normatywnego. Jakie bowiem posiadać może znaczenie wskazanie: „lex posterior derogat legi priori", „prawem właściwem dla umowy jest lex contractus", „ustawa obowiązuje z chwilą jej ogłoszenia", „ustawa obowiązuje wyłącznie w danej dzielnicy, lub w danym okręgu sądowym" — gdyby wskazania te nie były wyraźnym, czy domyślnym składnikiem innych norm, w których otrzymują dopiero znaczenie właściwe i istotne przez podstawienie w poszczególnych treściach (por. wyż. str. 175). Wówczas znaczą one, że treść „n" jest określoną w czasie, przestrzeni, lub sposobie jej wykonania czy ziszczenia; i jeśli zdanie prawne głosi: „A powinien zachować się n", zdania, orzekające o „rozciągło-

ści“ i „jakości“ n są w tej wypowiedzi odpowiednio substytuowane.

Zdanie prawne w rozumieniu powyższem nie koniecznie musi być uwydatnieniem „słownem“, odpowiadającem formule „b y ć p o w i n n o“. Formuła gramatyczna może być najróżnorodniejsza; idzie jedynie o stwierdzenie, że dane zdanie, aczkolwiek nie jest ogniwem normy, rozumianej w jej znaczeniu idealnem, może być do tego ogniwa odniesione (domyślnie, czy przez wyraźne każdorazowe podstawienie) *).

Wiadomo wszakże, że i zdania, stanowiące istotne wyrazy ogniw i powiązań norm, niekoniecznie muszą uwydatniać powinność w odpowiedniej formie słownej; imperatywny charakter wypowiedzi, niewspółmierny zresztą z hipotetyczną strukturą zdania prawnego, nic o jego istocie nie mówi; zresztą taka forma nie jest w użyciu. Ustalenie „powinności“ możliwe jest w trybie oznajmiającym — i ta formuła bynajmniej nie przesądza znaczeniowej istoty wypowiedzi **). Pozatem warunkowy charakter zdań prawnych (hipoteza i dyspozycja) nie zawsze jest uwidoczniony w stylizacji przepisu ***).

Jeśli więc wypowiedziom, które są „określeniami“, przypisujemy charakter zdań prawnych, czynimy to ze względu

---

*) BAUMGARTEN j. w. T. II, str. 517 uw. 1 mylnie przypisuje wypowiedziom o wskazaniach interpretacyjnych jakiś charakter normatywnie niezależny. Są one jakoby „konstytutywnemi zasadami prawa“ (konstitutive Rechtsprinzipien)—istnieje przeto różnica logiczna pomiędzy normami interpretacyjnemi, a zdaniami prawnemi. Ustalenie wskazań o trybie interpretacji nie nadaje wskazaniom tym żadnych cech „ponad-normatywnych“. Nie są one „prawem nad prawem“ („Recht über Recht“), według terminologji BERGBOHMA. Gdyby posiadały taką kwalifikację, nie byłyby normatywnością prawną, albowiem quid ponadprawne nie może posiadać kwalifikacji prawnych. Zasady, rządzące wykładnią, nie są od normatywności różne (por. mylny pogląd WURZEL'A, Das juristische Denken 1904, str. 14: „Die Gesetze, welche die Auslegung beherrschen, sind Naturgesetze und keine Rechtsnormen“). Inaczej bowiem wskazania te winny byłyby być wyłączone z systemu zdań prawnych; mielibyśmy wówczas do czynienia z „oceną“ tego systemu według zasad, w systemie tym nie zawartych. Tylko w ujęciu eksplikacyjnem powstać może kwestja, czy wskazania interpretacyjne mogą być „skuteczne“, czy „nakaz“ interpretacyjny, nawet sprzeczny z logiką i z życiem, może się ostać wobec nakazów logiki i życia? Por. GÉNY, Méthode d'interprétation j. w. T. I, str. 233 n.

**) IHERING, Geist des römischen Rechts II[2], cz. II, str. 341, GUTHERZ, Studien zur Gesetzestechnik II Teil. Phänomenologie und Lehren der allgemeinen Gesetzestechnik 1909, str. 42: „Jeder Satz, der den Bestandteil eines Gesetzes bildet, ist ein Ausspruch. Seine Form ist diesbezüglich vollkommen gleichgültig“. F. SOMLÓ j. w. str. 183: „Ob ein grammatischer Satz ein Seinssatz oder ein Sollenssatz ist, lässt sich nicht einfach seinem Wortlaute entnehmen, sondern es kommt auf seinen besonderen Sinn an“.

***) Por. o tych „formach stylistycznych“—JARRA, Ogólna teorja prawa 1920, str. 201 n. O „imperatywno-atrybutywnej“ formie redakcji i jej skrótach—zob. PETRAŻYCKI, Teorja j. w. T. I, str. 57, 58.

na znaczenie tych zdań, jako elementów, podstawionych w inne zdania prawne. W tem oświetleniu nie nasuwa wątpliwości kwestja t. zw. „niewiążącej treści ustawy“ (unverbindlicher Gesetzesinhalt).

Jeśli wypowiedź, zawierająca t. zw. definicję, czy też t. zw. konstrukcję legalną, jest wyrazem, który może być podstawiony w inne zdania prawne, będące istotnym ogniwem normy, nie ulega wątpieniu, że wypowiedź taka, jako „pośrednio“ normatywna, posiada wszelkie kwalifikacje zdania prawnego. Rzecz inna, czy tego rodzaju „zdania prawne“ są celowe i wskazane *); rzecz inna również, czy i w jakim stopniu wiążą one organy, stosujące przepisy prawa, i o ile one wogóle mogą być miarodajne w naukowem i systematycznem ujęciu materji prawnej — ujęciu, oczywiście, niezależnem od wszelkich „pouczeń“ ustawodawcy **). Norma, „stworzona“ na podstawie takiego wskazania konstrukcyjnego, czy też wbrew temu wskazaniu ustalona — zawsze będzie normą „nową“. W rozumieniu normatywnem nie istnieje zagadnienie „niewiążącej treści ustawy“ (EISELE), czyli, dokładniej mówiąc, niewiążących zdań prawnych ***). Zdanie tylko wówczas posiada kwalifikację „prawności“, gdy jest wyrazem ogniwa lub powiązania normy. Bezpośredniość czy pośredniość wyrazu nie posiada znaczenia istotnego. Każde bowiem ogniwo czy powiązanie jest znaczeniowo ważne.

I bez znaczenia będzie, czy w wypowiedzi dany jest bezpośredni, czy też pośredni wyraz prawności. Jeśli wypowiedź, ujmująca ogniwo, czy powiązanie normy w rozumieniu idealnem, będzie wyrazem jej „elementu“ — wypowiedzi pośrednie o tyle posiadają znaczenie prawne, o ile są elementami tych elementów. I tylko ze względu na tę kwalifikację („elementy elementów normy“) dany jest charakter prawny wypowiedzi „podstawiających się“ (substytuowanych) i przeto pośrednich.

Z drugiej zaś strony, nie można uważać za zdania prawne wypowiedzi sformułowanych w „formie prawnej“, t. j. ustalonych w uzewnętrznieniach dla normy zwykle przyjętych

---

*) Zob. w tym względzie pogląd GÉNY'EGO, La technique législative dans la codification civile moderne. Le Code civil, Livre du Centenaire 1904. T. II, str. 1037: „Les définitions légales ne seront plus justifiées par leur caractére d'exactitude dogmatique, mais par leur aptitude à fixer les contours des notions juridiques, visées par la loi, et en vue de préciser la portée des dispositions légales“.

**) EHRLICH, Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft 1903 str. 23 „Durch den Lehrsatz, dass das Gesetz über die Fragen, deren Lösung Sache der Wissenschaft ist, nichts bestimmen könne, ist zweifellos ein gutes Stück des Juristenrechts für die freie Rechtsfindung zurückerobert worden“. Por. również RUMPF j. w. str. 194.

***) W tej kwestji zob. obszerny wywód F. SOMLÓ j. w. str. 185 n.

(ustawa, rozporządzenie, orzeczenie i t. p.), jeśli wypowiedź ta nie jest ani poprzednikiem elementów normy, ani jej elementem. Poprzednio zaznaczyłem, że sposób wypowiedzi, uważany za wyłącznie miarodajny dla bytu normy, nie nadaje wszystkiemu, co w tym sposobie zostało wypowiedziane, charakteru normatywności prawnej (zob. wyżej str. 150 n.). Dlatego też o kwalifikacji danej wypowiedzi nie rozstrzyga jej ujęcie, odpowiadające tej formie, w której uzewnętrzniają się zwykle normy prawne. Zresztą, forma ta bynajmniej nie przesądza istoty normatywności prawnej. Dana wypowiedź może nie być sformułowana ani w ustawie, ani w rozporządzeniu, czy orzeczeniu, ani wreszcie w ustaleniu „zwyczajowem". Może być ustaleniem intuicyjnem, lub naukowem, czy nawet wewnętrznem przekonaniem o idealnie wyobrażanej normie; niemniej wszakże będzie typowem zdaniem prawnem i nie staje się niem dopiero z tytułu następnego ujawnienia czy uzewnętrznienia w ustawie lub w orzeczeniu. Takie zaś ujawnienie nie jest samo przez się probierzem, stwierdzającym byt normatywności prawnej.

Można przeto ustalić zasadę, że specjalny tryb „uzewnętrznienia" wypowiedzi nie przesądza jej istoty prawnej. Dlatego też nie każde „zdanie", w takim trybie wypowiedziane, musi być zdaniem prawnem, ani też nie wszystkie zdania prawne zawarte są w wypowiedziach hoc modo sformułowanych.

Twierdzenie powyższe stanie się zrozumiałe, jeśli usuniemy zwykłe w teorji prawa ekwiwokacje, wynikające: 1) bądź z mylnego utożsamienia zdania prawnego z normą prawną, 2) bądź z eksplikacyjnego ujmowania norm prawnych, czy ze względu na ich jakoby specyficzną wartość, czy też na specyficzny zakres ich działania.

I.

Norma prawna nie jest identyczna ze zdaniem prawnem. Pojmując normę prawną, jako charakterystyczny zespół dwóch (czy więcej) członów, twierdzimy, że jej konkretne ustalenia nie przebiegają w jednorazowem ustaleniu owego dwuczłonowego zespołu. Oczywiście, nie jest wyłączone (aczkolwiek ze względów technicznych ewentualność ta nie zachodzi), że ciągłość i powiązanie wypowiedzi będą ustalone w „jednorazowym" zespole zdań. Takie ujęcie normy w trybie „nierozłożonym" brzmiałoby w sposób następujący: „jeśli zawarta została umowa pożyczki, A powinien zwrócić sumę dłużną, w przeciwnym razie B powinien skazać go na uiszczenie". (W powiązaniu „nisi n" zawarte będzie przypuszczenie: „na żądanie wierzyciela"). Lub też: „A powinien zaniechać czynu, nazwanego kradzieżą, w przeciwnym razie B powinien go ukarać". Pomijam dalsze możliwe komplikacje normatywności prawnej, związane

z dalszemi usankcjonowaniami sankcji („B powinien...“). Taki „jednorazowy“ zespół ogniw i powiązań może być dany in hypothesi; in thesi nie spotyka się wszakże. Gdyby zespół taki był ustalonym wyrazem „uzewnętrznienia“ normatywności — mielibyśmy do czynienia z zespołem oddzielnych zdań o odrębnem znaczeniu: np. zdanie o normatywnie pojętej istocie pożyczki, o trybie zachowania się A w tak ustalonym układzie, o powiązaniu, odpowiadającem schematowi „nisi n“, o trybie zachowania się B odnośnie do ustalonej sankcji, itd. Wszakże ze względów technicznych, znaczeniowo nie istotnych, lecz praktycznie uzasadnionych—powyższe „ zespolenie“ effective nie jest uwydatnione. Zdania,ustalające powinność A w wyżej przytoczonym przykładzie, znajdują się w takim zespole, który nie jest technicznie połączony ze zdaniem, wyrażającem powinność B, zawartem w zespole odrębnym. Oczywiście, przytoczony przykład, jest symplifikacją, gdyż ustalenia normatywne co do ważności umów mogą być zawarte w konstytucji i w kodeksie cywilnym, co do umowy pożyczki — w kodeksie cywilnym i w kodeksie handlowym, co do ukształtowań „nisi n“ — w ustawie postępowania cywilnego, co do obowiązku sędziego—w przepisach o organizacji sądownictwa, o postępowaniu cywilnem, ordynacji egzekucyjnej, kodeksie karnym i w ustawie o służbie sędziowskiej.

Połączenie tych wszystkich zdań w jedności znaczeniowej nie jest dane ani w ich sformułowaniu, ani przez ich sformułowanie. Połączenie to jest immanentne ze względu na założenie specyficznego strukturalnego układu normatywności prawnej, ze względu oraz na hipotezę „normy najwyższej“ i zasadę jedności systemu. Znaczy to, że ważność poszczególnego zdania nie jest dana przez jego w y ł ą c z n e znaczenie logiczne (nie mówię już o tem, że poszczególne zdanie prawne może być rozumiane tylko w łączności z innemi zdaniami, w tem samem „źródle“ zawartemi; „d e r S a t z i m Z u s a m m e n h a n g“, według terminologji F. SOMLÓ). Jest ono tylko wówczas zdaniem prawnem, gdy uważane będzie za ogniwo czy powiązanie (względnie, za element elementu) idealnie rozumianej normy prawnej. I gdy w uzewnętrznieniach normatywności nie spotykamy zespołu w s z y s t k i c h ogniw i powiązań, nie należy mówić o poszczególnych wyrazach elementów normy, jako jednoznacznych z wyrazem normy w jej „całości“ idealnej. Odmienny punkt widzenia prowadziłby do zaciemniających istotę rzeczy ekwiwokacji. I n i e m o ż n a p r z e t o u t o ż s a m i a ć n o r m y p r a w n e j z z d a n i e m p r a w n e m*).

*) Tę niedokładność spotykamy u KELSENA, Hauptprobleme str. 6, str. 275: „Rechtsnorm und Rechtssatz ist daher dasselbe“; str. 566. Mylnem jest mniemanie KELSENA o „obowiązku“ A i „obowiązku“ B (organu państwa, orzekającego „egzekucję“), jako „nicht

Ten w teorji prawa rozpowszechniony pogląd powoduje liczne — nie tylko terminologiczne—powikłania *).

---

durch zwei solbständige, von einander unabhängige, unverbunden nebeneinander stehende Normen, sondern durch einen einzigen Rechtssatz statuiert" (str. 625). Obowiązki te objęte są w j e d n e j normatywności wszakże mogą być wyrażone w kilku zdaniach prawnych, nie koniecznie w jednem zdaniu. Jeśli KELSEN, Rechtswissenschaft und Recht j. w. str. 102, powiada, że prawo jest systemem norm, czyli systemem zdań prawnych, sformułowanych w zdaniach o „powinności" („als System von in Soll-Sätzen formulierten Rechtssätzen"), pogląd ten nie uwidocznił różnicy pomiędzy normatywnością, jako zasadą systemu, a jej uzewnętrznieniami. Stąd płynie dalszy błędny wywód: poszczególne zdania prawne, ujawnione w ustawie, rozporządzeniu, orzeczeniu, nie są „zdaniami prawnemi"; tworzą się one tylko na podstawie ujęcia naukowego. Nauka prawa tworzy jakoby „sądy prawa" (por. Rechtswissenschaft und Recht j. w. str. 80 n.). Czyżby np. ustalenia, zawarte w kodeksie cywilnym, nie były typowemi zdaniami prawnemi? W odmiennem ujęciu BINDERA „zdanie prawne" odniesione jest do normy ze względu na to, iż posiada ono charakter ujęcia „systematycznego", Rechtsbegriff und Rechtsidee j. w. str. 125, 126 „Lehrsatz", „jeder juristische Lehrsatz ist ein Urteil". str. 137 uw. 2: „Die Rechtssätze sind keine Urteile, die Rechtsbegriffe verbinden, sondern Gebote, aus denen wir Lehrsätze und Begriffe des Rechts ableiten". Pogląd ten łączy się z mylnem ujęciem zdania prawnego, jako hipotetycznego imperatywu, który nie może być sądem (zob. str. 259). Krytykę tego poglądu—zob. KELSEN, Hauptprobleme str. 259, 260.

*) Por. np. F. SOMLÓ j. w. str. 182: „Der Begriff des Rechtssatzes ist mit dem Begriff der Rechtsnorm identisch". Zbyt wązkie określenie daje STAMMLER, Lehrbuch j. w. § 121: „Der Rechtssatz ist ein hypothetisches Urteil. Er besteht aus Voraussetzung und Folge, indem sich ein rechtliches Wollen an einen Tatbestand als Rechtsgrund folgeweise anknüpft". Elementy elementów norm mogą nie zawierać wypowiedzi o składzie czynu i o skutku prawnym—są jednakże zdaniami prawnemi. Por. definicję M. WEBERA j. w. str. 412: „Juristisch angesehen besteht ein modernes Recht aus „R e c h t s s ä t z e n" d. h.: abstrakten Normen mit dem Inhalt, dass ein bestimmter Sachverhalt bestimmte Rechtsfolgen nach sich ziehen sollte". Jednakże zdaniami prawnemi są również wypowiedzi, określające b ą d ź skład czynu, b ą d ź skutek prawny, aczkolwiek połączenie tych czynników w jednej wypowiedzi nie zachodzi. O panującem pomieszaniu pojęć świadczą sprzeczne definicje BAUMGARTENA. Z jednej strony uważa on (j. w. T. I, str. 304), że „die Rechtssätze sind die einzelnen gesetzgeberischen Aussprüche, aus denen die Rechtsordnung besteht"—z drugiej zaś strony zaznacza, że z pojęciem zdania prawnego identyczne jest pojęcie normy prawnej (str. 340). Jeśli nie jest wskazane używanie terminu „norma"—dzieje się to dlatego, że nie wszystkie zdania prawne są wyrazami powinności (Sollensregel); przyczem już w zupełnej sprzeczności z wywodem o „ustawodawczym charakterze wypowiedzi" („gesetzgeberische Aussprüche") podkreśla „Es wäre nun aber durchaus irrig anzunehmen, dass die Rechtssätze stets in Gesetzesform ergehen müssen". Niedokładnem byłoby odróżnienie pojęcia normy od pojęcia zdania prawnego, polegającego na ustaleniu, że zdania prawne są „treściami" normy (por. np. BRÜTT j. w. str. 32 „die Rechtsnorm ist ein soziales Imperativ, also eine Handlung (?), dagegen sind die Rechtssätze als Inhalt der Normen Urteile, welche regelmässig einen hypothetischen Charakter an sich tragen"). W tym względzie charakterystyczną jest definicja IHERINGA, Der Zweck im

Przy rozważaniu teoretycznem nie powinna wprowadzać w błąd terminologja urzędowa, która przypisuje niekiedy pojęciu „normy“ znaczenie bądź utożsamiające ją ze zdaniem prawnem, bądź uzależniające jej istotę od jakoby specyficznej treści. W ustawie zaprowadzającej do niemieckiego kodeksu cywilnego znajdujemy określenie ustalające, że ustawą w rozumieniu kodeksu cywilnego i ustawy zaprowadzającej do niemieckiego kodeksu cywilnego jest „każda norma prawna“ („jede Rechtsnorm“ — artykuł 2 ustawy zapr.; identyczne ustalenie znajduje się również w art. 12 ust. zapr. do ust. post. cyw., art. 2 ust. zapr. do ordynacji upadłościowej, art. 7 ust. zapr. do ust. post. karn.; § 550 niem. ust. post. cyw.: „Das Gesetz ist verletzt, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist“.) To pojęcie normy prawnej nie jest identyczne z normatywnością idealną. Wprawdzie, komentatorzy przepisu przyjętego w ustawie zaprowadzającej do niemieckiego kodeksu cywilnego twierdzą, że pojęcie normy prawnej winno być ustalone na podstawie wskazań nauki prawa i że należy przeto przez normę prawną rozumieć „każde prawidło ustalone przez prawo w znaczeniu przedmiotowem“ *). Takiem „prawidłem“ będzie, oczywiście, każde poszczególne zdanie prawne. W tem rozumieniu należy uważać za równoznaczne z ustawą — prawo zwyczajowe, czyli norma nie koniecznie musi być uzewnętrzniona w jakoby wyłącznej formie ustawy. Dlategoteż normą prawną — a raczej zdaniem prawnem — będą wypowiedzi zawarte w rozporządzeniach zastępczych, wynikających z delegacji ustawowej (Rechtsverordnungen). Z drugiej zaś strony, wykładnia art. 2, operując mylnem przypuszczeniem charakterystycznych cech treści, jakoby zawsze i wszędzie właściwych normie (np. zasada ogólności i powszechności, wskazania materjalne w rodzaju rozgraniczenia sfer woli i t. p.), uważa, że nie może być mowy o pojęciu normy (recte: zdania prawnego) w tych wypadkach, w których cechy te ustalone być nie mogą. Wobec tego pewne ustawy, charakteryzowane jako ustawy tylko pod względem formalnym i nie zawierające cech, przypisywanych prawu przedmiotowemu, nie są „zdaniami prawnemi“ **). Takie

---

Recht j. w. T. I str. 256 „Der Inhalt der Norm ist ein Gedanke, ein Satz (Rechtssatz), aber ein Satz praktischer Art. d. h. eine Anweisung für das menschliche Handeln, die Norm ist also eine Regel, nach der man sich richten soll“.

*) Por. komentarz PLANCKA do niemieckiego kodeksu cywilnego T. VI (wyd. III) 1905 str. 15 „Der Begriff der Rechtsnorm ist aus der Rechtswissenschaft zu entnehmen. Er umfast jede von dem Rechte im objektiven Sinne aufgestellte Regel“.

**) Por. NIEDNER, Das Einführungsgesetz vom 18 August 1896 str. 4 „es gehören also hierher zwar regelmässig Gesetze im technischen Sinne (t. zn. ustawy w znaczeniu formalnem). Diese aber dann nicht, wenn sie inhaltlich reine Verwaltungsakte sind (Aufstellung des Etats, Aufnahme einer Anleihe)“. Por. również STRANZ-UNZNER,

ujęcie jest, oczywiście, odgłosem pewnych teorji, opartych na rozgraniczeniu ustawy w znaczeniu materjalnem i w znaczeniu formalnem oraz prowadzących, przez przypuszczenie kryterjum „celu“ (zupełnie obojętnego w dziedzinie rozważań normatywnych), do błędnego rozróżniania pomiędzy zdaniem prawnem a normą prawną. Rozróżnienie to wynika z charakterystyki normy, jako imperatywu. Zgodnie z wywodami G. JELLINKA i ANSCHÜTZA zdaniem prawnem będzie taka tylko norma, która wykazuje specjalne cechy, charakteryzowane, oczywiście, eksplikacyjnie, jak np. „Abgrenzung der Willenssphären“, „soziale Schrankenziehung“; normą zaś in generali będzie wszelki, pochodzący od legislatywy lub egzekutywy „rozkaz“ — gdy za zdanie prawne uważać należy rozkaz, specjalnie charakteryzowany. Rzecz oczywista, że te odróżnienia nie posiadają żadnego znaczenia w płaszczyźnie ujęcia normatywnego; ani sposób „tworzenia“ normy, ani cel i podmiotowe kwalifikacje, które jakoby nadają pewnym wypowiedziom charakter zdania prawnego — nie mogą mieć znaczenia rozstrzygającego. Wypowiedź, ustalająca obowiązek pewnego, konkretnie określonego A i kształtująca jego zachowanie, jako odniesione do „powinności“, jest zdaniem prawnem, jeśli jest powiązana z nim dalsza wypowiedź, według schematu „nisi n“. Jest obojętne, czy wypowiedź dotyczy jednego konkretnego A, czy też „typu A“, pod który może być podciągnięty cały szereg konkretnych punktów poczytania. Niema również znaczenia okoliczność, czy treści „odniesione“ są rozumiane typowo - abstrakcyjnie, czy też indywidualnie - konkretnie. Powszechność i t. zw. „generalność“ zdania prawnego nie jest jego cechą istotną — i nie jest jego cechą istotną forma, w której zostaje ono ustalone *). Z tego względu nie można się zgodzić z teza KELSENA, iż adekwatną i konieczną formą, w której wyraża się zdanie prawne, jest tylko

---

Verhältnis des Reichsprivatrechts zum Landesprivatrecht (HOLTZENDORFF - KOHLER, Enzyklopädie Wyd. VII T. II. 1914, str. 205).

*) W tej kwestji por. F. SOMLÓ j. w. str. 64, 65. Twierdzenie W. JELLINKA j. w. str. 155 „Danach besteht das wesentliche Merkmal eines Rechtssatzes in der begrifflichen Allgemeinheit der von ihm betroffenen Personen“ wprowadza do pojęcia zdania prawnego cechę zupełnie przypadkową; nie widzę zasady, dla której „indywidualne“ unormowania nie mogłyby być normatywnością prawną. Błędne jest również ujęcie GIESKER-ZELLERA j. w. str. 66, operującego przeciwstawnością konkretności i abstrakcyjności — skąd płynie wywód: generelle Rechtsanordnungen sind immer Rechtssätze (str. 67). Słusznie wszakże zaznacza GIESKER - ZELLER, że ustawa niekoniecznie musi zawierać „normy“, albowiem możliwe są ustalenia „indywidualne“. To stwierdzenie nie upoważnia wszakże do wywodu, iż „indywidualna“ wypowiedź nie jest zdaniem prawnem. Ustawa może nie być normatywnością prawną, ale unormowanie konkretnie - indywidualne niemniej jest zdaniem prawnem. W innej, oczywiście, płaszczyźnie leży zagadnienie t. zw. generalności ustawy („théorie de la généralité de la loi“)—por. CARRE DE MALBERG T. I j. w. Nr. 95 n., DUGUIT, Traité T. II j. w. str. 145 n.

ustawa *). Jakąkolwiek będzie forma wypowiedzi, ustalającej „powinność“ w idealnej łączności z „sankcją“ — wypowiedź ta nie może być inaczej kwalifikowana, jak zdanie prawne **).

Przypisywanie specyficznego znaczenia formie „prawotwórczej“ jest taksamo błędne, jak przypisywanie działaniu czy treści cech, jakoby charakteryzujących zdanie prawne w zestawieniu z wypowiedziami odmiennemi.

II.

Mylnem jest przypisywanie pewnym wypowiedziom charakteru norm prawnych bądź ze względu na jakoby właściwą tylko tym normom treść, bądź ze względu na jakoby specyficzny ich zakres działania.

Nie dlatego nie uznajemy w pewnych wypowiedziach zdań prawnych, że, aczkolwiek znajdują się w zespole już niewątpliwie zdań prawnych, nie posiadają „treści“, jakoby wypowiedziom prawnym jedynie właściwych. Jak wiadomo, treści takich niema. Odmawiamy im tej kwalifikacji jedynie dlatego, że ich struktura nie wykazuje charakterystycznego o d n i e s i e n i a powinności do treści i że nie są one ogniwami, które mogłyby wykazywać „zdolność“ powiązania czy to z „poprzedzającemi“, czy to z „następnemi“ wypowiedziami.

Przypuśćmy, że pewna treść, która w rozumieniu potocznem uważana jest za niewątpliwie prawną, nie będzie ujęta w trybie struktury, charakterystycznej dla normatywności. Wówczas, nie bacząc na jej znaczenie jakoby prawne, zdanie, w którem została ujęta, nie będzie mogło być kwalifikowane jako zdanie prawne. Przypuśćmy, że treść, odpowiadająca stosunkom, wynikającym np. z kupna - sprzedaży, będzie wyrażona w wypowiedziach następujących: jeśli A sprzedaje pewną rzecz C, C zaś tę rzecz od A kupuje — A może, jeśli zechce, rzecz dostarczyć, C zaś może, jeśli zechce, cenę sprzedażną zapłacić. Zdania te, nie zawierające żadnej wypowiedzi, w której zachowanie sie A lub C byłoby odniesione do „powinności“ tych pod-

*) KELSEN, Hauptprobleme str. 554 „dass das Gesetz die notwendige Form des Rechtssatzes sei“. Przy rozważaniu t. zw. „postanowień organizacyjnych“, którym KELSEN odmawia cech zdań prawnych — przyznaje jednakże, że są one bądź „niedoskonałemi“ zdaniami prawnemi, bądź elementami (Bestandteile) zdań prawnych — j. w. str. 566. Co ma znaczyć „niedoskonała“ zdanie prawne („unvollständiger Rechtssatz“) — tego KELSEN nie wyjaśnia. Jednakże, twierdząc, że łącznie z wypowiedziami o dyscyplinarnej odpowiedzialności organów tworzą one zdania prawne (i stanowią obowiązki) — uznaje tem samem, iż są one elementami elementów normy prawnej.

**) Słusznie przeto powiada GIESKER - ZELLER j. w. str. 68 Nichts ist bei der Begriffsbestimmung des objektiven Rechtes so verwirrend, wie die Identifizierung von Gesetz und Rechtssatz, Rechtsnorm“.

miotów—nie byłyby zdaniami prawnemi, aczkolwiek „kupno-sprzedaż", jako treść swoista, jest w rozumieniu potocznem uważana za quid „specyficznie" prawne. I to samo rzecby należało o tych wypowiedziach, które w swej strukturze wskazują na niewątpliwe odniesienie pewnej treści do powinności, lecz które nie wykazują dalszej łączności z wypowiedziami o obowiązku t. zw. sankcji. To zerwanie ciągłości, jako charakterystyczna cecha wypowiedzi niedoskonałych (leges imperfectae), wyłącza możność kwalifikowania pewnych zdań, jako zdań prawnych.

Należy więc odróżniać „zdania prawne" od „zdań w prawie" *). To odróżnienie nie ma nic wspólnego z kwalifikacjami treści.

Określenie zdania prawnego na tej podstawie, iż taka kwalifikacja przysługuje jedynie wypowiedziom, „chroniącym interesy przeciwko naruszeniu" (EHRLICH), byłoby przypisywaniem cech prawności tylko „treściom"; stąd płynąłby wywód, iż „zdanie", które nie broni interesu przeciwko naruszeniu, nie byłoby zdaniem prawnem, względnie byłoby niezupełnem zdaniem prawnem. Takie pojmowanie wprowadzałoby teleologiczne oceny treści, jako z pewnych, oczywiście, pozaprawnych względów „nadających się do obrony prawnej"; wprowadzałoby również ocenę motywacji społecznych, etycznych, politycznych, stanowiących zasadę, dla której takie, a nie inne stanowisko ma czy musi być zajęte względem danej treści. Pozostałoby pozatem niewyjaśnione, co ma właściwie znaczyć „niezupełne zdanie prawne". Nie mogłoby ono oznaczać t. zw. elementów normy, gdyż ten współczynnik, aczkolwiek wtórny, posiada znaczenie samoistne, dzięki wyjaśnionej poprzednio „możności substytuowania". Wszelka przeto charakterystyka zdania prawnego na

---

*) Por. KELSEN, Rechtswissenschaft und Recht, j. w. str. 38, gdzie to odróżnienie („Rechtssätze" i „Sätze des Rechts") użyte zostało w znaczeniu odmiennem. Wszakże KELSEN, utożsamiając zdanie prawne z normą prawna, chce widzieć w każdej wypowiedzi, stanowiącej w istocie rzeczy tylko ogniwo normy, „całkowitą" normatywność idealną. Zaznacza, iż byłoby błędne utożsamianie zdania, które może być „skonstruowane" i „wyprowadzone" z ustawy konkretnej, ze zdaniami gramatycznemi, z których ustawa się składa. Jeśli słusznem jest, że zdanie prawne może być tylko „zdaniem wiążącem" (verpflichtender Satz), nie znaczy to — jak chce KELSEN — że jest ono „normą idealną" (por. Hauptprobleme str. 238 uw. 1 „Sache der juristischen Konstruktion ist es, die ideale Norm aus diesen Teilen zusammenzusetzen"). Zdanie wiążące, t. j. wyrażające powinność czy to w ogniwie wyjściowem, czy to w przejściowem lub końcowem, nie jest idealną normą prawną, rozumianą jako całość znaczeniowa. Jeśli KELSEN uznaje t. zw. elementy elementu („Bestandteile eines Rechtssatzes"), nie mógłby przypisywać im samoistnego znaczenia normatywności idealnej, albowiem nie są one normą, lecz jej częścią składową, która może być zrozumiana w postulowanej całości idealnej, t. j. w jedności systemu. Jak słusznie powiada HENRICH j. w. str. 35 „Ein Rechtssatz allein kommt nicht vor".

podstawie jemu tylko właściwej treści *) jest założeniem zasad pozanormatywnych, mających wyjaśniać istotę normatywności. Co, oczywiście, bez uwzględnienia metody eksplikacyjnej jest niemożliwe **).

Błędnem byłoby również kwalifikowanie zdania prawnego w przeciwstawieniu do normy prawnej, przyczem przeciwstawienie to nie dotyczyłoby tylko trybu „sformułowania“ czy „uzewnętrznienia“, lecz potencjalnej zdolności „działania“. W tym względzie charakterystyczne są fluktuacje obu — jakoby przeciwstawionych — pojęć w rozumieniu socjologicznej szkoły prawa. EHRLICH uważa, że należy odróżniać pojęcia „normy prawnej“ i „zdania prawnego“. Zdanie prawne jest to przypadkowe, ogólnie wiążące ujęcie przepisu prawnego w ustawie. Norma prawna jest natomiast zaktualizowanym nakazem prawnym, nawet nie ujętym w sformułowaniu słownem ***). Ze zdań prawnych wynikać mogą normy i w każdem społeczeństwie więcej jest norm, niż zdań prawnych. W sprzeczności z tem ustaleniem znajduje się inna definicja EHRLICHA, zgodnie z którą należy rozumieć przez zdanie prawne—ujętą w słowa normę prawną, obowiązującą sędziego ****). W tej ostatniej koncepcji zdanie prawne byłoby aktualizującą się lub zaktualizowaną normą prawną *****), gdy w rozumieniu poprzedniem można byłoby scharakteryzować je tylko jako „ujęcie słowne“, z którego bynajmniej jego charakter dynamiczny nie wynika.

Dowolność powyższej klasyfikacji, opartej na przypuszczeniu aktualizacji i na odróżnieniu ujęcia (forma ujęcia słownego jako minimum), jest oczywista. Zarówno norma prawna, jakoteż zdanie prawne są w rozumieniu idealnem niezależne od ich ziszczalności. Przypisywanie normie prawnej niezależności od jakiegokolwiek sformułowania (sformułowanie celem ustalenia „mocy obowiązującej“) nie jest zasadą różnicowania. Nie wszystkie bowiem zdania prawne są expresse ujawnione w systemie norm prawnych; i aczkolwiek nie są ujawnione — nie można im

---

*) Por. np. EHRLICH, Die juristische Logik j. w. str. 356: „Wenn man unter einem Rechtssatze eine Rechtsvorschrift versteht, die eine Interessenabwägung und Schutzgewährung enthält, so sind diese Rechtsvorschriften, die Interessen nicht abwägen, und das Interesse das geschützt werden soll, nicht angeben, soweit keine Rechtssätze“.

**) SANDER, Staat und Recht j. w. T. II str. 948.

***) EHRLICH, Grundlegung der Soziologie der Rechts j w. str. 29, 30 „Der Rechtssatz ist die zufällige allgemeinverbindliche Fassung einer Rechtsvorschrift in einem Gesetze oder einem Rechtsbuch, Rechtsnorm ist dagegen der ins Handeln umgesetzte Rechtsbefehl, wie er in einem bestimmten, vielleicht ganz kleinen Verbande herrscht, auch ohne jede wörtliche Fassung“.

****) EHRLICH, Die juristische Logik j. w. str. 127, str. 312.

*****) Uwydatnienie momentu „sformułowania“—zob. w wywodach E. HUBERA j. w. str. 205 i momentu „aktualizacji“ przez „sformułowanie“ („Aufstellung der Rechtssätze“) str. 254.

odmówić kwalifikacji prawnej (zob. wyżej str. 159 n.). T. zw. interpretacja prawa, nie mówiąc już o dogmatyce, operującej założeniami powszechności prawa w danym systemie, polega na „wykrywaniu“ nieznanych zdań prawnych. Procesy te są upozorowaniem jakoby „logicznej“ prawotwórczości“ *); niemniej wszakże w rozumieniu normatywnem zdanie prawne dane jest przed jego „wykryciem“.

§ 33.

Skład czynu i skutek prawny.

Według powszechnie przyjętego poglądu elementy normatywności prawnej w jej rozumieniu idealnem (zdania prawne) zawierają w sobie t. zw. skład czynu (zeskład faktyczny, Tatbestand) i łączący się z nim skutek prawny. Skład czynu jest, jak to już sama nazwa wskazuje, czemś faktycznem, oddzielnym faktem lub zespołem faktów, którym przypisywana jest zdolność „wywoływania“ skutków prawnych. Skutek prawny nie ma w sobie nic „faktycznego“, aczkolwiek w rozumieniu eksplikacyjnem niczem innem nie jest, jak zdarzeniem, działaniem, zaniechaniem, stanem. Czynność wyrażona w działaniu ludzkiem (np. oddanie rzeczy) jest składem czynu; czynność, również w działaniu ludzkiem wyrażona (np. wyzucie dłużnika z posiadanej przezeń rzeczy przez komornika sądowego), jest skutkiem prawnym, jeśli dłużnik nie płaci za rzecz ceny umówionej. Ani „faktyczność“ składu czynu, ani negacja tej faktyczności w t. zw. skutku prawnym nie ma nic wspólnego z rzeczywistością, rozumianą eksplikacyjnie. Sama bowiem faktyczność, przypuszczana jako „założenie“ skutku prawnego, nie jest tem, co w przypuszczalnem powiązaniu mogłoby uchodzić za przyczynę owego skutku. Z faktu, że A wypowiedział czy napisał pewne słowa, że A ma w swem posiadaniu określony przedmiot, że A urodził się, czy umarł, czy też wyjechał z Warszawy i zamieszkał we Lwowie, że na drzewach w ogrodzie owocowym A rosną jabłka i gruszki — nie wynikają bynajmniej następujące skutki: że A musi wykonać to, co słownie czy piśmiennie przyobiecał, że A po upływie X lat będzie właścicielem rzeczy na podstawie przedawnienia czy też bezpośrednio — wobec równoważności tytułu i posiadania — już jest jej właścicielem, że urodzenie nadaje mu zdolność prawną, śmierć powoduje sezynę jego zstępnych, zmiana zamieszkania--obowiązek płacenia podatków w nowem miejscu osiedlenia, że gruszki i jabłka, które na jego drze-

*) Por. np. typowy wywód KOHLERA, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts T. I, 1906 str. 140 „Unter Rechtssätzen sind hier aber nicht nur die durch das Gesetz oder Gewohnheitsrecht gegebenen Rechtssätze zu verstehen, sondern auch alle Rechtssätze, welche die Wissenschaft kraft ihrer Hilfsmittel aus den Rechtsprinzipien ableitet“.

wach wyrosły, należą do niego tytułem własności. W rozważaniu powiązania przyczyn i skutków w wymienionych wyżej czynnościach, zdarzeniach, stanach można byłoby powiedzieć, że nieodbicie i koniecznie z pewnych wyrazów wypowiedzianych lub napisanych przez A — nic innego nie wynika, jak to, że wyrazy te zostały wypowiedziane lub napisane, i że ta czynność powodować może (lecz nie musi) pewne motywacje A, względnie pewne reakcje osoby, w stosunku do której wyrazy te posiadały określone znaczenie. Jaki będzie dalszy skutek tych motywacji lub reakcji, spowodowanych przez ową czynność A — zależy to od całego szeregu przyczyn, które w samej czynności nie są dane. Z tego, że A się urodził, nie wynika jako konieczny i „musowy" skutek, że A posiadać musi zdolność prawną w określonym zakresie. W Rosji współczesnej nikt nie posiadał zdolności prawnej w zakresie prywatno - prawnym, aczkolwiek wszyscy obywatele rosyjscy rodzili się, rodzą i przypuszczalnie rodzić się będą tak samo, jak rodzą się obywatele w innych państwach. Tę zdolność prawną n a d a ł dopiero rosyjski kodeks cywilny z dn. 11 listopada 1922 r., obowiązujący od dn. 1 stycznia 1923 (art. 4 ust. 1 — w rozwinięciu dekretu o zasadniczych prawach prywatno - majątkowych, uznawanych przez RSFSR z dnia 18 czerwca 1922 r. Zb. pr. i rozp. 1922 Nr. 36 poz. 423). Z faktu, że A umarł nie wynika koniecznie, że rzeczy, które były jego własnością, stają się własnością jego dzieci; negacja prawa spadkowego nie znajdowałaby się w sprzeczności z „prawami przyczynowości". Byłoby pod względem logicznym zarówno prawdą, gdybyśmy powiedzieli "śmierć A powoduje przejście majątku na jego zstępnych" — jak „śmierć A nie powoduje przejścia majątku na jego zstępnych". Dogmatyka prawa nazywa zdarzeniami prawnemi w ściślejszem znaczeniu („wydarzenia prawne") te fakty, które nie są psychicznemi (dokładniej powiedziawszy: świadomemi) czynnościami ludzkiemi; „wydarzenia" powodują „skutki prawne", których logiczne powiązania czy to w rozumieniu przyczynowem, czy teleologicznem bynajmniej nie są dane, jako konieczne. Z faktu, że utworzyło się przymulenie lub że drzewa owocowe obrodziły — nie wynika, iżby przymulenie należeć musiało do właściciela nadbrzeżnego, a owoce do właściciela drzew. Jeśli tym wydarzeniom (do nich należy również upływ czasu) przypisuje się znaczenie „a-logiczne" *) — nie znaczy to bynajmniej, ażeby w wydarzeniach czy stanach, wynikających z ukształtowań świadomości ludzkiej, miał być zawarty moment logicznych powiązań (przyczynowych czy teleologicznych). W rozumieniu normatywnem: powiązanie składu czynu i skutku prawnego nie jest wyrazem ujęcia: „jeśli dane jest pewne X — A musi zachować się n"; lub

*) Por. KOHLER, Lehrbuch j. w. T. I str. 231 n. „alogische Elemente im Rechtsleben".

„jeśli dane jest pewne X — wynika z tego, że przy ustaleniu lub powstaniu tego X, jako zamiaru A, celem A było zachowania się n“ (lub: „jeśli X było ustalone przez B—celem tego ustalenia było ażeby A zachował się n“). Takie ujęcie może posiadać znaczenie w rozważaniach socjologicznych i psychologicznych. W tych aspektach można powiedzieć, że jeśli dany jest pewien układ społeczny, w którym życie ludzkie jest szanowane, wówczas A musi zachowywać się odpowiednio do wartości tego układu; np. A musi wstrzymywać się od pozbawiania życia członków społeczności; jeśli zaś A zabije — wówczas „logiczną“ konsekwencją tego czynu będzie fakt ukarania A. Tej logicznej konsekwencji nie będzie, jeśli wartość życia rozumie się tylko w odniesieniu do członków danej społeczności. Gdy przeto A zabije obcego, cudzoziemca — wówczas nie wynika z tego faktu, iż będzie ukarany. Można również powiedzieć, że A zamierza dokonać pewnej czynności, której cel zostaje przezeń określony; lub że B, C, D, E zamierzają gwoli osiągnięcia pewnego celu wpłynąć na postępowanie A, czy też spowodować odpowiednie zachowanie się A. Wówczas osiągnięcie celu przez A lub przez B, C, D,E będzie skutkiem ich zamierzeń. B, C, D, E dają A pewną rzecz w tym celu, ażeby ją na inną przerobił i przyrzekają mu za to odpowiednie wynagrodzenie czy też prawo współwłasności do przerobionej rzeczy. Wówczas można powiedzieć: z faktu dania rzeczy w pewnym celu wynika, iż A będzie odpowiednio postępować (motywacyjne znaczenie przyrzeczenia, interes A) i że B, C, D, E zapłacą A wynagrodzenie lub uznają jego prawo współwłasności (ze względu na osiągnięcie zamierzonego celu). W rozumieniu normatywnem takie ukształtowania pozostają bez znaczenia. Albowiem ujęcie normatywne nie jest stwierdzeniem powiązań przyczyn i skutków lub analizą motywacji celowych. Z tego, że dane jest pewne X—w ujęciu normatywnem nie wynika, że A powinien zachować się n. Dla ujęcia normatywnego wyraz A — n jest d a n y bez względu na jego genezę i motywację.

I to ujęcie przy ustaleniu przypuszczalnych „antecedencji“ („jeśli dane jest X...“) jest zupełnie niezależne od tego, czy wyraz normatywny będzie uzewnętrzniony w postępowaniu A, określonem, jako n, czy jako m, czy jako o. Niema żadnego przyporządkowania „składu faktycznego“ do skutku prawnego, który przy poprzedniku X brzmieć by musiał tylko n, gdy pari passu zarówno dobrze brzmieć może m, czy o, czy jakkolwiek inaczej. W tem rozumieniu można zarówno dobrze powiedzieć, że obowiązek zapłaty za rzecz kupioną powinien następować przed jej tradycją, jak i po jej tradycji — lub że czynsz dzierżawny powinien być płacony praenumerando czy postnumerando. W obu tych wypadkach, „antecedencje“ są identyczne — jednakże odniesienia treści odmienne. Socjologicznie czy psychologicznie można zapytać, dlaczego z danym układem wiąże

się taki a nie inny skutek, jaka jest geneza i celowość tej lub innej współzależności składu czynu z skutkiem normatywnym. Te zagadnienia nie mogłyby być przedmiotem dociekań normatywnych, dla których odniesienie treści do powinności jest już dane w połączeniu dyspozycji zdania prawnego z jego hipotezą.

Stosunek składu czynu do skutku prawnego nie jest powiązaniem przyczynowem. Nie można powiedzieć, że w skutku istnienia pewnego układu (lub dokładniej powiedziawszy, pewnych zdarzeń czy stanów, albowiem w pojęciu „układu" już zawarty jest moment normatywny) powstają pewne następstwa prawne. W takiem rozumieniu skład czynu byłby faktycznością, przez którą zostaje „spowodowana" normatywność. Jedność zdania prawnego, jako elementu normy, nie mogłaby być wówczas ustalona, skoro w takiem zdaniu miałyby być zawarte dwa przeciwstawne czynniki, z których jeden jest czystą faktycznością, drugi zaś czystą normatywnością. W istocie rzeczy, skład czynu i skutek prawny tworzą w ujęciu normatywnem jedność, której spojeniem jest poczytanie. I skład czynu występuje w tem powiązaniu przez poczytanie nie jako dowolna faktyczność, lecz jako jej przekształcenie normatywne ze względu na skutek prawny. Tylko w takiem ukształtowaniu mogą być rozumiane części składowe zdania prawnego *). Zasadą ich jedności jest punkt poczytania, do którego są normatywnie odniesione. Jeśli ze względu na A dany jest układ X, wówczas A powinien zachować się n; symbole X i n są połączone ze względu na punkt poczytania A. Nie można przeto powiedzieć, że skład czynu stanowi „przejście" od faktyczności do normatywności. Mylnem jest przypuszczenie NICOL-SPEYERA, który uważa, iż „prawidło prawne" składa się z 3-ch odrębnych części: casus positio, normy i sankcji. W istocie rzeczy, normatywność nie jest częścią składową prawidła postępowania **), lecz tą zasadą, która nadaje wypowiedzi o powinności zachowania się i jej powiązaniom we wszystkich jej częściach składowych charakter swoisty. To samo powiedzieć należy o t. zw. sankcji, która niczem odrębnem i róż-

*) O mylności odmiennego poglądu zob. słuszny wywód HENRICHA j. w. str. 27 „Damit wird nicht nur die Einheit des Rechtssatzes zerrissen, sondern auch der Schein erweckt, als ob nur die zweite, als Rechtsfolge bezeichnete Hälfte der Rechtssatzes in Wirklichkeit Sollenscharakter besitze. Davon ist natürlich keine Rede. Die Welt des Rechtes ist in allem und jedem eine Welt des Sollens und wer Seinselemente hineinträgt, verfälscht sie".

**) NICOL-SPEYER j. w. str. 37: „Freilich wird mit diesem Worte „Norm" gewöhnlich die ganze Betragensregel gemeint; zum richtigen Verständnisse ist es aber weit besser, den Gebrauch des Wortes „Norm" auf die Bezeichnung des sog. „normativen Teils" der Betragensregel zu beschränken gegenüber dem andern Teil „der Kasusposition", mit welchem die Regel gleichsam in der Wirklichkeit wurzelt"; por. również str. 124 n.

niącem się w układzie normatywności nie jest; jeśli jej wyrazem będzie jeden z członów normy (jako następstwo ukształtowania „nisi n") i jeśli to następstwo urzeczywistnione zostaje w samoistnem zdaniu prawnem — istotna ważność tej „częściowej wypowiedzi" polega jedynie na tem, że w aspekcie pojęciowej jedności normy stanowi ona część całości. Błędnem byłoby uważanie jej nie za część składową normy (ujawnioną w zdaniu prawnem), lecz za specjalny rodzaj normy (w terminologji NICOL-SPEYERA: „Abart der Norm"). Nie zachodzi tutaj stosunek „pomocniczy", skoro, jak sam NICOL-SPEYER uznaje, sankcja m u s i się łączyć z ustaleniem o pewnej „pierwszej" powinności (primäre Rechtsregel) *). Zasadnicze założenie jedności zarówno w zdaniach prawnych, jak i w idealnej całości normy, przez której połączenie uwydatnia się znaczeniowa ważność tych poszczególnych wypowiedzi, wyłącza wszelkie przypuszczenia powiązania przyczynowego. Gdybyśmy uważali sankcję za końcowe zamknięcie odniesień powinności — co, oczywiście, nie jest wyłączone w aspekcie normy najwyższej — sankcja ta, jako „skutek", nie mogłaby być ogniwem dalszych i łącznych powiązań. Sankcja normy najwyższej zamyka, oczywiście, ogniwa poczytań; nie znaczy to wszakże, ażeby ta sankcja była czemś koniecznem, nieodzownem, musowem, jakąś nieodmienną prawidłowością. Już zresztą samo przypuszczenie sankcji wyłącza aspekt skutku wywołanego przez pewne przyczyny **). Albowiem z pojęcia sankcji „najwyższej" nie wynika, iżby musiała ona być taką zawsze i nieodmiennie. Skoro następuje (normatywnie ująć się nie dające) przesunięcie końcowego ogniwa, uważanego dotychczas za najwyższe, końcowy punkt poczytania staje się przejściowym (przemiana dość częsta w stosunku norm państwowych do norm ponadpaństwowych, gdy najwyższa norma państwowa ustąpić musi przed wyższą normą międzynarodową). Ale, pomijając te ukształtowania, widzimy, że w szeregach ogniw normy i ich powiązań (w zdaniach prawnych) to, co w jednem ogniwie było „skutkiem" („sankcją") — w łącznem ogniwie staje się „składem czynu". Jeśli dany jest układ X — A powinien zwrócić zaciągnięty dług. Obowiązek A do zwrotu długu, rozumiany jako

*) NICOL-SPEYER j. w. str. 162: „Auf diese Weise bildet die Sanktion allerdings nicht so sehr einen irgendwie selbständigen dritten Bestandteil der Rechtsregel, sondern sie stellt vielmehr eine Abart der Norm dar... Somit ist die Sanktion zu bezeichnen als die N o r m e i n e r s u b s i d j ä r e n R e c h t s r e g e l, welche sich immer an eine jedesmal vorauszusetzende primäre Rechtsregel anlehnen muss".

**) Tę różnicę, wyodrębniającą powiązania normatywne w porównaniu z skutkami przyczynowemi, uwydatnia NICOL-SPEYER j. w. str. 161, 162: „...weil dieser dritte Regelteil (scil. sankcja) an Stelle der Norm einzutreten hat, wenn diese „versagt", d. h. falls dieselbe nicht befolgt wird, ein Umstand, der bei der „Folge" eines kausalen Naturgesetzes seinem Wesen nach ein für allemal ausgeschlossen ist".

zachowania się A (nisi n) nastąpić ma skazanie go na zapłatę czy też skazanie go na karę, jeśli np. w poprzedzającym „nisi n“ składzie czynu X zawarte są cechy karalnego oszustwa. Nawet w technicznem rozumieniu dogmatyki prawnej skład czynu nie jest faktycznością, pojmowaną jako dana rzeczywistość w jej „skutek prawny“ układu X, rozważany jest, jako skład czynu; skoro A długu nie zwróci i B, odpowiednio do przypisywanej mu normatywnie powinności postępowania, rozważa, czy w skutku bezpośredniości i że — tak powiem — naoczności. Dogmatyka prawna rozumie przez skład czynu nie tylko zdarzenia czy stany, czyny i zaniechania, jako wyrazy „faktycznego“ zachowywania się ludzi (np. detencję rzeczy, zawłaszczenie w drodze okupacji, przenoszenie się z miejsca na miejsca, śmierć, przypłodek zwierząt, położenie nieruchomości); rozumie przez to nie tylko „fakty“, lecz także „prawa“; np. własność jako przypisana osobie przewłaszczającej przy przelewie własności będzie uważana jako skład czynu przewłaszczenia; nabycie nieruchomości (a więc układ typowo prawny) jest składem czynu odnośnie do stosunku nowonabywcy do osoby, która od zbywcy nieruchomości najmowała w nieruchomości tej pewnej pomieszczenie. W konfiguracji art. 1743 kod. cyw. franc. „sprzedaż rzeczy najętej“ jest składem czynu w stosunku pomiędzy nowonabywcą, a dzierżawcą lub lokatorem. „Sprzedaż rzeczy najętej“ nie jest żadną „faktycznością“, żadnem „wydarzeniem“, które mogłoby być wyjaśnione pozanormatywnie. Jednakże ten sam układ normatywny, rozważany w pomienionej konfiguracji, jako skład czynu, będzie w rozważaniu odmiennem samoistnym skutkiem prawnym. Powiadamy, że przy istnieniu pewnego układu X (nieruchomość, kontrahenci, ich zgoda, forma tej zgody, zachowanie formalności hipotecznych) następuje zbycie i nabycie nieruchomości t. j. ukształtowanie całego szeregu skomplikowanych powinności zbywcy i nabywcy; wówczas zbycie i nabycie nieruchomości jest skutkiem tego układu (składu czynu), a skutek w innem ukształtowaniu (w odniesieniu do innych punktów poczytania np. lokatora, władzy administracyjnej, podatkowej, sędziego) będzie samoistnym znowu składem czynu. Pojęcie „składu czynu“ nie jest tedy adekwatne do rzeczywistości, jak ją widzimy, odczuwamy i na nią reagujemy *). W poj-

*) Dogmatyka uznaje moment „prawności“, czyli „normatywność“ w pojęciu składu czynu. Por. np. ENNECCERUS, Lehrbruch des bürgerlichen Rechts, T. I 1909, str. 314, 315: „Sie (scil. die einzelnen Tatbestandsmomente) sind nicht immer Tatsachen, sondern können auch Rechte sein z. B. das Eigentum des Tradenten als Tatbestandsmoment der Uebereignung, der Eigentumserwerb an dem (vermieteten) Grundstück als Tatbestandsmoment für den Uebergang des Mietverhältnisses (§ 571)“. Dogmatyka, mówiąc o „faktach“, charakteryzuje je, jako fakty prawne (juristische Tatsachen)—por. wywód DERNBURGA, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens, T. I 1902, str. 312.

mowaniu normatywnem, uwzględniającem ciągłość powiązań wypowiedzi — to, co w danem zdaniu jest składem czynu, w połączeniu odmiennem będzie skutkiem prawnym *). Takie ukształtowania wyłączają możność stosowania pojęć o powiązaniu przyczynowem.

Takie powiązanie nie zachodzi zarówno pomiędzy tem, co nazywamy „poprzednikiem“ (antecedencją) zdania prawnego, a odniesioną w samem zdaniu treścią, jakoteż pomiędzy ową treścią, a następstwami, odpowiadającemi jej nieaktualizacji (nisi n). Nie dlatego odrzucamy dopuszczalność powiązania przyczynowego, że pewnym normom prawnym właściwa jest „kategoryczność“ w tem rozumieniu, iż jakoby zupełnie zbędne byłoby przypuszczenie jakichś „poprzedników“ zachowania się zgodnego z normą, która obowiązuje bezwzględnie, bezwarunkowo, zupełnie niezależnie od ukształtowania konkretnych okoliczności. Taka kategoryczność w rozumieniu niezależności od warunkujących przypuszczeń byłaby np. właściwa pewnym normom prawa karnego. Wszakże, jeśli rozważamy zdanie prawne, rozumiane jako człon normy w jego oderwaniu od zespołu, w którym uwydatnia się całkowite, nie zaś fragmentaryczne znaczenie normy — kwestja bezwarunkowości czy warunkowości ogniwa nie posiada znaczenia istotnego. Spór, czy w pewnych wypowiedziach dany jest „skład czynu“ (przyczem należy zaznaczyć, iż pojęcie „składu czynu“ różne jest w dogmatycznem ujęciu prawa prywatnego i prawa karnego **)—nie dotyczy istoty zagadnienia normy samej. Jakkolwiekbądź, czy uznajemy, czy też nie uznajemy zdań prawnych bezwzględnych i kategorycznych — sama norma prawna może być tylko warunkową ***);

O ekwiwokacjach pojęcia składu czynu—zob. F. KAUFMANN, Logik und Rechtswissenschaft j. w. str. 105.

*) W teorji SANDERA stosunek zdania prawnego do składu czynu jest stosunkiem zdania prawnego wyższego stopnia do zdania prawnego niższego stopnia (Das Faktum der Revolution j. w. str. 145—147). Por. również wywód SANDERA: „Der Rechtssatz kann nicht auf den Tatbestand „angewendet“ werden, weil kein Tatbestand vor oder ausser dem Rechtssatze vorhanden ist“. KELSEN, Rechtswissenschaft und Recht j. w. str. 24 zaznacza, że paradoks SANDERA „der Tatbestand ist die spezifische Rechtssatzfunktion“ jest powtórzeniem zasady normatywnej teorji prawa, zasady, głoszącej, że prawo może być pojmowane tylko sub specie zdania prawnego, a przeto treść prawna (ein rechtliches „Etwas“) może być rozumiana tylko, jako treść zdania prawnego.

**) Stąd wywodzi się odmienna nomenklatura elementów normy w prawie prywatnem i w prawie karnem. Gdy w prawie karnem mamy do czynienia z t. zw. dyspozycją i sankcją, w prawie prywatnem zasadniczemi elementami są: hipoteza i dyspozycja. Odmienna nomenklatura prawa karnego świadczy o „kategoryczności“ wskazań. Por. w tym przedmiocie KORKUNOW j. w. str. 129, JARRA, j. w. str. 202.

***) KELSEN, Hauptprobleme str. 262 zaznacza, że pewne obowiązki (szczególnie, zaniechania) nie dają się powiązać z pewnemi uprzedniemi przypuszczeniami: „Zu einem Nicht-Morden, Nicht-Stehlen, Nicht-Ehrverletzen etc. ist der Untertan unter allen Umständen und bedingung

niema bowiem normy prawnej, skoro nie będzie w niej dany element „nisi n“ w pierwszych lub w dalszych (nisi n_1, nisi n_2...) jego połączeniach. Ta „hipotetyczność“ normy nie zasadza się — jak powiedziano — na powązaniach przyczynowych. Przypisanie pewnego zachowania się, połączenie poczytania w wypadku negacji ustalonego zachowania się, jako być mającego, z poczytaniem, odniesionem do innej treści i innego punktu (konsekwencje „nisi n“), nie są czemś ani zamierzonem i wykonanem (w dążeniu do pewnego celu), ani też zmianą w świecie zewnętrznym. To „postępowanie“ scharakteryzował BINDER jako proces myślowy: „es ist ein Denkprozess, nichts weiter“ *). Skutki prawne nie są takiem odniesieniem do składu czynu, iżby można było powiedzieć, że są przez skład czynu uzasadnione. Skutki prawne nie „powstają“ przez skład czynu, nie są przezeń „do życia powołane“; są one dane w normie prawnej—i faktyczność ważna jest nie dlatego, że z niej m u s z ą wypływać takie, a nie inne skutki, lecz dlatego, że w normie powiązana została w ustalonem odniesieniu pewnych powinności i sankcji **). W tem ujęciu zrozumiałe się staje ustalenie KELSENA, który, analizując skutki t. zw. czynności prawnych, powiada: nie dlatego czyn-

---

slos verpflichtet, diese Rechtspflicht ist eine permanente, sie entsteht nicht etwa unter bestimmten Voraussetzungen und endet nicht bei Wegfall derselben wie diejenigen Rechtspflichten, die ein positives Handeln zum Inhalte haben“ (por. również str. 436). PETRAŻYCKI, Teorja j. w. T. II, str. 323 n., str. 456 uzasadnia kategoryczność pewnych wskazań normatywnych na podstawie analizy psychologicznej, uważając, że w tych wypadkach nie zachodzi uzależnienie normy od jakichś „warunkujących“ ją interesów czy celów. Pomijając tę okoliczność, że PETRAŻYCKI operuje sprawdzianami i ocenami norm, właściwych pewnej epoce historycznej, należy zaznaczyć, że możliwa jest konstrukcja wszystkich bez wyjątku zdań prawnych, jako warunkowych. Konstrukcję taką konsekwentnie uzasadnia BAUMGARTEN j. w. T. I, str. 343, 344. (Por. również WEIGELIN j. w. str. 45 uw. 22). Wszakże nawet przy przypuszczeniu kategoryczności p e w n y c h elementów normy, sama norma jest zawsze hipotetyczna. Zaznacza to najwyraźniej KELSEN, aczkolwiek uznaje niezależność (Voraussetzungslosigkeit) pewnej kategorji obowiązków, str. 263: „Darum ist der Rechtssatz auch in jenen Fällen hypothetisch, in denen die korrespondierende Rechtspflicht der Untertanen unbedingt ist“. Por. również str. 626: „Kein Unrecht ist bedingungslos möglich“.

*) BINDER, Rechtsbegriff und Rechtsidee j. w. str. 135: „Die ganze sog. „Rechtsfolge“, die man sehr mit Unrecht auch „Rechtswirkung“ genannt hat—besteht in der Subsumtibilität des Tatbestandes, der als solcher natürlich der Wirklichkeit angehört und kausal betrachtet werden kann, unter eine Rechtsnorm. Ob diese Subsumtion von irgendwem vollzogen wird und wann dies geschieht, ist für das Verhältnis von Grund und Folge vollkommen gleichgültig“.

**) Por. I. KORNFELD, Allgemeine Rechtslehre und Jurisprudenz j. w. str. 104, 105: „In Wahrheit werden die Rechtsfolgen nicht durch die T a t s a c h e n a n s i c h, sondern durch die R e c h t s r e g e l n, welche die Tatsachen zu „juristischen“ machen, begründet“. KELSEN, Rechtswissenschaft und Recht j. w. str. 60: „Die spezifische juristische Verknüpfung ist kein Spezialfall des Kausalnexus“.

ność prawna jest ważna, że była wypływem woli (w rozumieniu psychologicznem), lecz czynność prawna uważana jest za skutek objawień woli dlatego, że normatywnie kwalifikowana jest jako ważna *).

§ 34.

Ukształtowania skutku prawnego.

Pozostaje do wyjaśnienia zagadnienie ukształtowania powiązań sankcji. Z umowy, zawartej przez A, wynika przypisywany mu obowiązek wykonania. Niewykonanie tego obowiązku pociąga za sobą sankcję pod postacią egzekucji sądowej. W rozważaniu nieaktualizacji zachowania się A, poczytywanego mu jako „być mające", mamy do czynienia z symbolem „nisi n". Zapytać należy, jaka jest zasada, dla której konsekwencje dalszych powinności i poczytań (B—n_1 i t. d.) nieodzownie jakoby łączyć się muszą z „negatywnem" zachowaniem się A. Dlaczego jedynie w tym wypadku dane jest powiązanie, ustalające dalsze obowiązki (t. j. odmienne odniesienia treści) innych niż A punktów poczytania? I dlaczego, rozważając te dalsze powiązania, należy w nich — koleją rzeczy — przypuścić identyczne ukształtowania „negatywnego" zachowania się B, C, D i t. d. — w tem przypuszczeniu, że tylko negatywne zachowanie się B („nisi n_1) wiąże się dalszemi obowiązkami C, który, odpowiednio do nisi n_1, postąpić powinien? Czyżby normatywność prawna tylko w takich ukształtowaniach miała być dana i czyż nie byłyby możliwy układ w odmiennym wyglądzie strukturalnym, w którym byłoby ustalone: jeśli jest dany pewien układ X, A powinien zachować się n; jeśli A zachowa się n (a więc nie „nisi n", lecz „si n"), jakiś B winien względem A, postępującego zgodnie z wskazaniem normatywnem, zachować się n_1. Nie będziemy kontynuować dalszej ciągłości tych wypowiedzi, pomijając możność najróżnorodniejszych połączeń: np. obowiązek zachowania się B pociąga za sobą „sankcję" bądź w wypadku zgodności (si n_1), bądź niezgodności jego postępowania (nisi n_1). Możliwe jest również przypuszczenie, że w ukształtowaniu normatywnem (nisi n) — dalsze konsekwencje stosować się będą do wzorów nie negatywnych; obowiązek B odpowiada nie układowi nisi n_1, lecz si n_1.

Zastanówmy się nad ukształtowaniem najprostszem. A powinien zachować się n, jeśli się odpowiednio do tego wskazania zachowa, B powinien względem niego postąpić n_1. Takie ukształtowanie byłoby przeciwstawieniem uważanego za normalne powiązania ogniw wypowiedzi (nisi n) i musiałoby znaleźć odpo-

*) KELSEN, Hauptprobleme str. 133: „Ein Geschäft ist gewollt, sofern oder weil es gültig ist, wobei die Qualität der Gültigkeit der Erkenntnisgrund für die Qualität der Gewolltheit ist".

wiedni wyraz w dalszej sankcji (B—n_1); to znaczy, że gdy w „normalnem“ ukształtowaniu n i e z a s t o s o w a n i e się do wskazania powinno pociągać za sobą pewien skutek „ujemny“ (egzekucja, kara) — w ukształtowaniu, odpowiadającem wyrazowi „si n“, zastosowanie się do wskazania powinno być czemś „dodatniem“ (wynagrodzenie, pochwała, wyróżnienie, odznaczenie). Taka charakterystyka sankcji wkracza, oczywiście, w dziedzinę rozważań eksplikacyjnych, albowiem, jak to już poprzednio zaznaczyłem „ujemność“ egzekucji czy kary, może być odczuwana, jako coś dodatniego lub obojętnego. Naodwrót, sankcja rozumiana, jako dodatnia może być odczuwana jako coś przykrego, sprzecznego z wewnętrznem przekonaniem jednostki lub coś nawet jej godności uwłaczającego. I nie byłoby również wyjaśnieniem zagadnienia stwierdzenie, że w sferze normatywności prawnej f a k t y c z n i e stosowany jest jeden tylko rodzaj sankcji: mianowicie, sankcja ujemna *). Nie miałby również znaczenia i ten wzgląd, że „reakcja ujemna“ jest w swem działaniu bardziej skuteczna, niż reakcja dodatnia **). Te stwierdzenia faktyczne nie wyjaśniają, dlaczego w układzie prawnym nie mógłby być dany układ strukturalny, w którym ogniwem łącznem byłoby nie zachowanie się, sprzeczne z wskazaniem, lecz zachowanie się z wskazaniem tem zgodne.

KELSEN, stwierdzając, iż układ strukturalny, oparty na przeciwstawieniu wypowiedzi o sankcji w stosunku do zachowania się punktu poczytania ***), jest powszechnie przyjęty, nie zaprzecza jednakże, że możliwy byłby układ prawny, oparty na ukształtowaniu sankcji w jej rozumieniu dodatniem, t .j. jako nagrody, wyróżnienia, odznaczenia, współmiernego z zachowaniem, odpowiadającem wskazaniu. Nie ulega wątpieniu, że taki strukturalny układ normy nie tylko jest do pomyślenia, lecz istnieje w rzeczywistości faktycznej. W prawodawstwach typu sakralnego wskazania normatywne operują nie tylko „zagrożeniami“, lecz również obietnicami i przyrzeczeniami. Dekalog Mojżesza grozi zemstą Pana temu, „który imię Jego nadaremnie bierze“ i nakazuje cześć dla rodziców „aby przedłużone były dni twoje na ziemi, którą Pan Bóg twój da tobie“. Motywacja, oparta na „premjowaniu“, odgrywa pewną rolę w prawodawstwie

*) KELSEN, Hauptprobleme str. 205: „Von den beiden möglichen Garantien des in Aussicht gestellten Vorteiles oder zu vermeidenden Nachteiles bedient sich der Staat im Rechtssatze tatsächlich nur des letzteren“.

**) KELSEN, Hauptprobleme str. 217, 218: „Dieses mag seinen Grund darin haben, dass die Vorstellung eines zu gewinnenden Vorteiles im Prinzipe zwar die gleiche Motivationsmöglichkeit hat wie die Vorstellung eines zu vermeidenden Nachteiles, dass die erstere jedoch zweifellos quantitativ eine geringere Wirkung ausübt indem man leichter einen Nachteil vermeiden als einen Vorteil zu erwerben strebt“.

***) KELSEN, Hauptprobleme str. 251, str. 435: „der dem pflichtmässigen kontradiktorisch entgegengesetzte Tatbestand“.

rzymskiem: „bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes". Również i ustawodawstwom współczesnym bynajmniej nie jest obcy moment „wynagrodzenia" in casu zastosowania się do wskazania normatywnego *). Jeśli w ukształtowaniach współczesnych tego rodzaju przyrzeczenia „nagrody" nie odpowiadają obowiązkowi w rozumieniu prawnem, i wyraz „si n" w istocie rzeczy nie jest powiązaniem w prawnem rozumieniu tego elementu, nie znaczy to bynajmniej, iżby w przyszłości normatywność prawna in toto na takiej już „wyłącznej" zasadzie nie mogła być ugruntowana **). Możliwe byłyby również ukształtowania kombinacyjne, t. j. równolegle z wypowiedziami, odpwiadającemi wzorowi „nisi n", dane byłyby wypowiedzi według wzoru „si n".

Nie można byłoby wszakże uzasadniać pojęciowej wyłączności norm „nisi n" na tej jakoby zasadzie, że pojęciu obowiązku prawnego nie odpowiada układ, przewidujący pewien „plus", pewne wynagrodzenie w wypadku „zgodnego" z normą zachowania się i że przeto pojęcie obowiązku związane jest koniecznie z konsekwencjami „ujemnemi". KELSEN twierdzi, że nie można byłoby mówić o „obowiązku" w znaczeniu prawnem w tym wypadku, gdyby pewne wskazanie ustalało premję dla tych rodziców, którzy mieć będą więcej niż dwoje dzieci. Z tego wskazania nie wynikałby dla nikogo żaden obowiązek prokreacji większej ilości dzieci niż dwoje. Przeciwnie, gdyby fakt, że ktoś ma mniej niż dwoje dzieci był zagrożony rygorem jakichś skutków ujemnych, należałoby układ taki charakteryzować, jako normatywnie ustalony obowiązek. Nie wydaje mi się możliwem uzależnienie pojęcia obowiązku od potocznego jego pojmowania

---

*) KELSEN, Hauptprobleme str. 217, E. HUBER j. w. str. 359, 360; IHERING, Zweck im Recht j. w. T. I str. 140 n.

**) WEIGELIN j. w. str. 141: „Es mag mit dem Wesen des Rechts immerhin vereinbar sein, die Erfüllung einer Pflicht zu belohnen; tatsächlich dienen aber die hier in Betracht kommenden Belohnungen, insbesondere die Orden, durchaus nicht der Erfüllung von rechtlichen, sondern ebenso von sittlichen Pflichten, sowie der Anregung von freiwilligen Leistungen, für welche überhaupt keine irgend wie geartete Pflicht besteht". Por. również BAUMGARTEN j. w. T. I str. 332 n. i charakterystyczny wywód IHERINGA j. w. str. 142, który przypuszcza, że system „wynagrodzeń państwowych" (der staatliche Lohnsystem), nie ujęty dotychczas w ramy normatywności prawnej, w przyszłości zostanie odpowiednio przekształcony („der Fortschritt von dem subjektiven Belieben zu festen Regeln, d. h. zum Recht"). O konieczności „kodeksu nagród", odpowiadającego „kodeksowi kar" — zob. ciekawy wywód DE LA GRASSERIE, Des principes sociologiques de la criminologie 1901, str. 30: „Nul part on n'a organisé un code des recompenses, comme on a établi un code des peines". Przeciwstawieniem prawa karzącego byłoby prawo wynagradzające (droit prémial): „si j'ai le devoir d'être puni, j'ai le droit d'être recompensé". Takie prawo „wynagradzające'. miałoby swe sankcje (str. 31 „...l'application de la récompense à l'acte méritoire").

i powszechnie używanej terminologji. W rozumieniu potocznem częstokroć to, co prawnicy kwalifikują jako obowiązek prawny, uważane jest za obowiązek moralny, lub odwrotnie temu, co przez prawo nie jest kwalifikowane normatywnie, opinja nadaje znaczenie prawne *).

Takie postawienie zagadnienia nie prowadzi do jego rozwiązania. Jakkolwiek nazwiemy to, co być powinno i jego dalsze konsekwencje — moment „zastosowania się“ czy „niezastosowania się“ do wskazania nie odgrywa roli decydującej. Istnieją całe szeregi wskazań, które ustalają powinność pewnego A z łącznemi konsekwencjami tej powinności, a które nie wykazują cech struktury prawnej. W tych szeregach dane być mogą zarówno wyrazy „nisi n“, jakoteż „si n“. Jedno i to samo odniesienie treści jest w nich „oceniane“ zarówno pod kątem widzenia zgodności, jakoteż niezgodności: „jeśli będziesz (nie będziesz) miłować bliźniego swego, jak siebie samego — nie będziesz (będziesz) mieć wyrzutów (y) sumienia, nie poniesiesz (poniesiesz) kary (ę) w życiu przyszłem“. Swoista struktura normy prawnej nie zna takich połączeń: pewnej pozycji — odpowiada negacja, pewnej negacji — pozycja i połączenia tych przeciwstawień (o ile nie idzie o normę najwyższą) przechodzą przez dalsze szeregi ogniw. Jeśli powiadamy, że A powinien zachować się n, a w wypadku zastosowania się A do tego wskazania, B powinien względem A zachować się n_1 — przypuszcza się wówczas, jeśli tej wypowiedzi nie uznamy za normę najwyższą, że powinność B kształtuje się odpowiednio do wyrazu nisi n_1 (inaczej bowiem wyraz A—n nie mógłby być ogniwem normatywności prawnej). Gdyby B nie przyznał nagrody i gdyby ten obowiązek nie miał odpowiednika w dalszej powinności C—w razie „nisi n_1“—sankcja „dodatnia“ nie byłaby elementem normy.

W wypowiedziach normatywnych, nie wykazujących stru-

---

*) KELSEN, Hauptprobleme str. 218. Mylnie F. SOMLÓ j. w. str. 438, który, krytykując pogląd KELSENA, wywodzi: „Auch wenn der Staat jedem, der nicht mehr zwei eheliche Kinder erzeugt, eine jährliche Steuer oder sonst welche Lasten auferlegt, so ist damit noch Niemand verpflichtet mehr als zwei Kinder zu haben“. To twierdzenie polega na mylnem przypuszczeniu, że źródłem obowiązku jest nakaz władzy, „tworzącej normę“. Zaznacza wszakże SOMLÓ j. w.: „Ob in einem gegebenen Falle hinter einer Nachtcilsverhängung ein Befehlswille steht oder nicht, ist eine Interpretationsfrage“. A więc możliwe jest, że tak sformułowany nakaz tworzyłby obowiązek prokreacji, według ustanowionego wskazania o minimalnej ilości dzieci. W komunistycznem państwie Paragwaju, rządzonem ongi przez jezuitów, „debitum conjugale“ było regulowane prawnie; o „obowiązku prokreacji“ przypominały porą nocną dzwony „propter notam indolem desidiosam Indiorum“. Tylko tym mężom. którzy mieli potomstwo, przysługiwało prawo noszenia długich włosów (typowy przykład „premjowania“). Por. G. ADLER Geschichte des Sozialismus und Kommunismus von Plato bis zur Gegenwart. Cz. I 1899 str. 191.

kturalności prawnej, ustalenie powinności, odniesionej do określonego trybu zachowania się, nie musi wiązać się z dalszą i łączną wypowiedzią o powinności innego podmiotu poczytania. Oczywiście, dają się ustalić takie wypowiedzi, kwalifikowane, jako normy konwencjonalne, moralne, religijne, w których z powinnością A łączy się powinność B, jako z poprzednią w jedności powiązana. Nie bacząc na terminologję, uwarunkowaną głównie względem na jakoby swoiste właściwości treści, tego rodzaju wypowiedzi są normatywnością prawną. Skoro wszakże w danem ukształtowaniu taka specyficzność struktury i trybu powiązań nie da się ustalić — rzeczą jest niewątpliwą, że wypowiedzi, w których tryb zachowania się n (w pewnych wypadkach odstępstw lub zastosowania się do n) nie łączy się z trybem zachowania się jakiegoś B — nie są normatywnością prawną. Nie poruszając kwestji różnicowania norm nie — prawnych (klasyfikacja norm konwencjonalnych, moralnych, religijnych), zaznaczę tylko, że w tych właśnie normach nie zachodzi ów swoisty dla normatywności prawnej tryb powiązań.

W tych odmiennych ukształtowaniach, jeśli A ma się zachować n, nie wynika, iżby w wypadku „nisi n“ czy „si n“ — istniała powinność jakiegoś B. Jeśli te „skutki“ odniesione są do sfery jakiegoś innego B, nie znaczy to, że skutki te być powinny, jak również przypuszczenie skutków in foro interno A nie oznacza, że w tej już nie „obco-osobowej“ dziedzinie skutki te być mają. Jeśli instancją sankcjonującą w tych ukształtowaniach jest własne sumienie, opinja publiczna, Istota najwyższa — z ustalenia tych konsekwencji nie wynika, że one „być powinny“. Sankcje te rozumiane są jako potencjonalnie możliwe lub aktualnie ziszczające się. Nie są one pozatem ogniwami przejściowemi, charakterystycznemi dla normatywności prawnej, a tworzą odrazu — hinc et nunc — zamknięcie łącznego z pierwszą wypowiedzią powiązania. Jeśli więc w normatywności nie-prawnej skutek, związany z konfiguracją si n czy też nisi n, nie jest sam normatywnością — w strukturze prawnej rzecz przedstawia się zgoła odmiennie. Jeśli z zastosowania się czy niezastosowania się do obowiązku miłości bliźniego — nie musi pojęciowo wynikać powinność „wyrzutów sumienia“ lub powinność „zadowolenia“ (odniesienie do tego samego punktu A), jeśli „sankcje“ (kary i nagrody) w t. zw. życiu przyszłem bynajmniej nie są konstrukcyjnem ujęciem powinności Istoty, sankcje te wymierzającej (odniesienie do innego punktu: B) — w normatywności prawnej ukształtowania tego rodzaju są wyłączone. Powiedzmy, że A powinien zachowywać się n i przypuśćmy możliwość sankcji bądź w wypadku si n, bądź w wypadku nisi n. W pierwszym wypadku si n, będzie jakiś skutek n_1; cóż wszakże będzie w wypadku niezastosowania się do tego wskazania? Skutki te nie wiążą się z jakimikolwiek dalszemi wypowiedziami łącznemi — tak samo, jak w ukształtowaniu, opartem na przypuszczeniu „nisi

n" zastosowanie się do wskazania zamyka ogniwa możliwych przypuszczalnych konsekwencji. Jeśli normatywnie zobowiązany jestem do zwrotu długów, płacenia podatków i t. p. — w wypadku, gdy się do tych wskazań stosuję, dalsze ogniwa, odpowiadające wzorowi „nisi n", nie aktualizują się. Jeśli jestem zobowiązany do pewnego postępowania, które w wypadku mojego zachowania się, zgodnego z wskazaniem („si n"), jest premjowane, wynagradzane, wyróżniane, wówczas niezastosowanie się nie pociągałoby za sobą żadnych sankcji i dalsze ogniwa, odpowiadające wzorowi „si n", nie aktualizują się. W obu ukształtowaniach mielibyśmy typową normatywność prawną; wszakże nie dlatego, że wzory si n i i nisi n są znaczeniowojednakie, jeno z tego względu, że normatywność prawna polega nie na aktualizacji unormowanego zachowania się, lecz na ustaleniu konsekwencji, wiążących się z zachodzącą w jakiemkolwiek ogniwie połączeń możnością nieaktualizacji. To twierdzenie w wypadku sankcji, opartej na wyrazie nisi n, nie wymaga dowodu. W wypadku zaś sankcji, odpowiadającej wyrazowi si n, postępowanie innego podmiotu (B), wymierzającego „nagrodę", tylko wówczas może być kwalifikowane, jako prawne, jeśli postępowanie B (B — n_1) jest powinnością, sankcjonowaną w wypadku jej nie aktualizacji. Nie byłby normatywnie prawnym taki rząd wypowiedzi, w których B „mający" wynagrodzić, związany jest przyrzeczeniem „premji" (nagrody w drugiej potędze), jeśli nagrody tej (jako skutku wyrazu si n) udzieli. Gdyby nieudzielenie nagrody było momentem, zamykającym ogniwa powiązań, nagroda, rozumiana, jako sankcja wyrazu A — n, nie byłaby sankcją prawną. Jeśli np. w ustawie ustalono, iż osoby, które wykryły lub przyczyniły się do wykrycia pewnych przestępstw, powinny otrzymać nagrodę, nie znaczy to, że nieudzielenie przyrzeczonej nagrody nie pociąga za sobą dalszych konsekwencji (jak nie przyczynienie się do wykrycia przestępstwa jest prawnie obojętne *). Przeciwnie, istnieje obowiązek państwa do udzielenia tej nagrody i, jeśli organ państwa zachowuje się wbrew temu wskazaniu, osoba „uprawniona" posiada prawo skargi, urzędnik zaś, który wbrew wskazaniu postąpił (B—n_1), odpowiada dyscyplinarnie czy karnie („nisi n_1").

W ustaleniach, operujących powiązaniem, odpowiadającem wzorowi „si n", zachowanie się A nie jest rozumiane, jako wskazujące na „powinność" jego aktualizacji. Jest ono raczej nor-

*) W odmiennej konstrukcji KELSENA, operującego pojęciem „woli państwa" moment sankcji, odpowiadający wyrazowi „si n", interpretowany jest w sposób następujący: „Der Satz, der die Existenz eines derartigen Staatswillens aussagt, wäre jedenfals ein Rechtssatz, da er den Willen des Staates zu eigenem Verhalten beinhaltet". (Hauptprobleme str. 218).

matywnie ukształtowanym składem czynu, rozumianym jako „antecedencja“ istotnego już obowiązku jakiegoś B w przedmiocie pozytywnej sankcji (udzielenie nagrody). Wzór A — n nie jest wyrazem powinności, odniesionej do postępowania A; wypowiedź nie stwierdza, że A powinien np. przyczyniać się do wykrywania pewnych przestępstw („pod rygorem nagrody“). W tych wypadkach, w których ustawa nakazuje doniesienie (np. o zbrodni zdrady stanu), powinność A jest niewątpliwą, albowiem niezastosowanie się do tego nakazu powoduje karę, gdy tymczasem niedoniesienie o przemytnictwie wyłącza jedynie wynagrodzenie A i jest pozatem prawnie zupełnie obojętne. Przyrzeczenie nagrody jest tylko składem czynu w wypowiedzi: B (określony organ państwowy) p o w i n i e n udzielić nagrody, jeśli A wykryje lub przyczyni się do wykrycia pewnego przestępstwa; ale to nie znaczy, że A p o w i n i e n postępować zgodnie z wskazaniem o wykrywaniu pewnej kategorji przestępstw *). Ten punkt widzenia uwydatniony został w naszej ustawie z d. 26 września 1922 r. o przyznawaniu nagród za zwalczanie przemytnictwa (Dz. Ust. 1922 Nr. 104, poz. 950). Art. 1 tej ustawy wyraźnie powiada, że osoby, przyczyniające się do zwalczania przemytnictwa, otrzymują ze Skarbu Państwa nagrody pieniężne bez względu na to, „czy miały bezpośredni obowiązek zwalczania przemytnictwa, czy też takiego obowiązku nie miały“ (por. również art. 2). W istocie rzeczy, czy idzie o osobę, która miała obowiązek zwalczania przemytnictwa (urzędnik skarbowy, policyjny), czy o osobę prywatną, która tego obowiązku nie miała — postępowanie, odpowiadające wskazaniu, jest tylko składem czynu, antecedencją „powinności“ specjalnych Komisji czy Ministra Skarbu (art. 10 — 12 ustawy); czyli — należy powiedzieć, że j e ś l i A zachowuje się n (nie zaś: jeśli A wie o przemytnictwie, powinien zachować się n) — wówczas organ państwowy p o w i n i e n orzec w przedmiocie wynagrodzenia. Ogniwem wyjściowem będzie nie powinność A, lecz powinność organu państwowego (B); przypuszczeniem i założeniem tej powinności jest zachowanie się A (faktyczność normatywnie przekształcona w określeniach ustawy i rozporządzenia wykonawczego z dn. 24 listopada 1922 r. Dz. Ust. 1922 Nr. 104, poz. 968 — np. § 2, § 3). Odmienną jest sytuacja urzędnika skarbowego lub policyjnego, który p o w i n i e n zachowywać się „n“ t.j. wykrywać i przyczyniać się do wykrywania przemytnictwa, albowiem jeśli zachowa się wbrew wskazaniom (nisi n), odpowiada dyscyplinarnie lub karnie. Nagroda jest tylko superadditum, kwalifikowanem prawnie, o ile zachodzi obowiązek organu państwa do jej przyznania **).

*) Inne przykłady z zakresu praktyki ustawodawczej zob. u E. HUBERA j. w. str. 299, 300.

**) Por. wywód SZERSZENIEWICZA, Obszczaja teorja prawa I 1910, str. 282, 283.

Jeśli ustawa ustala, że „prawo“ do wyróżnienia (nadanie tytułu, orderu i t. p.) uzależnione jest od pewnego zachowania się danej osoby (census, zasługi) — nie znaczy to, iż dane osoby, powinny były zachowywać się odpowiednio do sankcji, wyrażonej w symbolu „si n“. Istotną prawną sankcją zachowywania się urzędnika, żołnierza i t. d. nie jest przyrzeczenie nagrody i wyróżnienia; urzędnik powinien zachowywać się odpowiednio do wskazań pragmatyki służbowej, żołnierz powinien być odważny — nie ze względu na obowiązek państwa wynagrodzenia go za to tytułem, wyróżnieniem lub orderem; powinności tej odpowiada jedynie wyraz „nisi n“, albowiem za pogwałcenie obowiązku służbowego ustalone są rygory odpowiedzialności cywilnej, karnej i dyscyplinarnej, a tchórzostwo żołnierza jest przestępstwem. „Prawność“ tego rodzaju przyrzeczeń uwydatnia się w wyjściowem ogniwie tych powinności t. j. organów władzy, które „powinny“ przyznawać „nagrodę“, skoro dany jest odpowiedni skład czynu. W tym zakresie obowiązkowi organu odpowiadają prawomocnictwa osób uprawnionych do nagród i wyróżnień *). Rozumie się, że ustalenia w tym przedmiocie mogą tworzyć obowiązki samoistne — np. w zakresie trybu używania, korzystania i pozbawiania odznaczeń, w zakresie stosunków do osób trzecich. W tej dziedzinie wyraz „nisi n“ dany jest niewątpliwie **). I tylko wówczas można mówić o normatywności prawnej, gdy w szeregu ogniw normy dana jest chociażby jedna wypowiedź, ustalająca skutki niezachowania się zgodnie z wskazaniem normatywnem.

ROZDZIAŁ JEDENASTY.

SUBJEKTYWIZACJA NORMY PRAWNEJ.

§ 35.

Założenia subjektywizacji.

W rozważaniach dotychczasowych nad normą prawną nie zachodziła kwestja analizy pojęcia „prawa“, skoro norma praw-

*) Por. w tym względzie wywód G. JELLINKA, System der subjektiven öffentlichen Rechte 1905 str. 189—192 (Rudimente des aktiven Status) i wyczerpującą analizę NEUMAYERA, Internationales Verwaltungsrecht T. I 1910 str. 280 n.

**) T. zw. „znaleźne“ (Finderlohn) nie jest samoistną powinnością, odpowiadającą wyrazowi „si n“. Nikt nie jest obowiązany do poszukiwania rzeczy zgubionych. Znalezienie rzeczy jest tylko „antecedencją“ w stosunku do zobowiązań jej właściciela. Jeśli ktoś znajdzie rzecz — A powinien postąpić n, t. j. wypłacić znaleźne. Jeśli A znaleźnego nie wypłaci, B (sędzia) powinien skazać go na uiszczenie. Pozatem, istnieje niewątpliwy obowiązek oddania rzeczy znalezionej, z którym, oczywiście, łączy się sankcja ujemna (odpowiedzialność za zatrzymanie i przywłaszczenie rzeczy znalezionej).

na i prawo są pojęciami jednoznacznemi. Ustalenie pojęcia normy prawnej jest jednocześnie ustaleniem pojęcia prawa. W wypowiedzi o tem, co być powinno, wykazującej specyficzną strukturę i specyficzny tryb powiązań z wypowiedzeniami łącznemi, dane jest pojęcie „prawności". Czy w takiem ujęciu możliwe i dopuszczalne jest przypuszczenie takiej kwalifikacji normy, które ma być ugruntowane na elementach, w samej normie nie zawartych? Jak wiadomo, w każdem ogniwie normy dana jest treść, odniesiona do pewnej powinności t. j. do pewnego zachowania się, przypisywanego czy poczytywanego określonemu normatywnie punktowi poczytania, który nazwany być może „podmiotem" normy. Podmiot ten niema nic wspólnego z jakiemikolwiek kwalifikacjami faktyczności. Można byłoby powiedzieć, że jest on zbędnem określeniem pewnego momentu treści i że, w istocie rzeczy, w normie dane jest tylko odniesienie powinności do treści, przyczem kwalifikacje niektórych momentów treści są „skrótami" technicznemi. Jeśli się mówi: powinno być n, można w owej treści „n" odróżnić elementy zachowania się, różnicując je zgodnie z kwalifikacją podmiotu, który „ma" się tak, a nie inaczej zachować. W wypowiedzi „A powinien zachować się n" — pojęcie A już dane jest w pojęciu n. Jeśli dłużnik ma zwrócić sumę pieniężną, kontrybuent ma zapłacić podatek, sędzia rozważać konsekwencje przestępstwa, urzędnik wykonać rozporządzenie administracyjne — podmioty tych wypowiedzi dane są w orzeczeniach. Kontrybuent nie jest wykonawcą rozporządzeń administracyjnych, dłużnik nie sądzi przestępcy, urzędnik nie jest dłużnikiem i t. d. Jeśli „powinność", która jest normatywnem ukształtowaniem treści we wszystkich jej częściach składowych, nazwiemy „obowiązkiem", normatywność prawna będzie wówczas objektywizacją obowiązków. I gdy w ujęciu normatywnem niema takich elementów treści, które nie byłyby normatywnemi, kwalifikacja podmiotu obowiązków jest tylko „wyodrębnieniem" pewnej części składowej treści, celem dokładniejszego unaocznienia zachodzących w niej procesów odniesienia do „powinności". To wyodrębnienie, jako pewien zabieg techniczny, ułatwiający i udostępniający poznanie normy*), prowadzi wszakże do błędnych konsekwencji, gdy (niesamoistnemu) elementowi przypisywane są kwalifikacje, jakoby wyodrębniające go z pośród innych elementów. Normatywnie rozu-

*) DEMOGUE, Les notions fondamentales du droit privé 1911, nie odrzucając pojęcia prawa podmiotowego, dobitnie podkreśla ten moment „techniczności" w rozumieniu podmiotu prawa. Podmiot prawa jest „ośrodkiem praw" (centre des droits), użyteczną przenośnią i terminem technicznym. Por. str. 361: „Mais conçue (scil. la notion de sujet de droit) comme notion technique souple, comme procédé de connaissance, c'est à-dire comme moyen d'adaptation aussi parfait que possible de notre esprit aux choses extérieures, c'est un instrument utile, malgré ses dangers".

miane zachowanie się jest „przypisywane“ pewnemu punktowi. Niema takiego normatywnego zachowania się, które nie byłoby przypisywane i poczytywane; wyłączenie bowiem momentu poczytania jest negacją normatywności. Punkt poczytania posiada pozatem znaczenie samoistne nie ze względu na jakoby właściwe mu kwalifikacje faktyczne, lecz ze względu na swoistą strukturę normy prawnej: albowiem w charakterystycznych dla tej normy powiązaniach łącznych odmienność zachowania się (n, w wypadku nisi n) pojęciowo łączy się z odmienną kwalifikacją podmiotu (w wypowiedzi łącznej z „nisi n“ punkt poczytania nie może być identyczny z podmiotem w schemacie „A — n“). Wreszcie, w ukształtowaniu nisi n—punkt poczytania, postępujący wbrew wskazaniu o „być mającem“, musi być identyczny z podmiotem, do którego stosuje się schemat „A — n“. Jeśli A powinien uiścić dług — nieuiszczenie długu nie może być poczytywane jakiemuś C, D lub E, albowiem w ustaleniu obowiązku uiszczenia długu określenie treści dotyczy eo ipso A, jako dłużnika i tylko jako dłużnika. Ażeby wzór „nisi n“ mógł być zastosowany do jakiegoś C, D, E musi być ustalone takie ukształtowanie normatywne, na którego podstawie treść n tak została przekształcona, że nie odnosi się do A, lecz do jakiegoś punktu innego; żadna faktyczność dokonać nie jest władna tej przemiany i przeistoczenia. Jeśli w wypadku śmierci A, dług jego przechodzi na spadkobierców, przeistoczenie to nie wynika ze śmierci A, jako faktu, lecz z tego ustalenia normatywnego, które stanowi „obowiązek“ odpowiedniego zachowania się spadkobierców w wypadku śmierci A.

Uwzględniając z motywów „technicznych“ konieczność wyodrębnienia punktu poczytania, jako części składowej normatywnie przekształconej treści, moglibyśmy powiedzieć, że normatywność prawna ma do czynienia wyłącznie z obowiązkami podmiotowemi. To wyodrębnienie nie byłoby, oczywiście, równoznaczne z subjektywizacją normy, czyli, inaczej mówiąc, z jej przypadkowością i dowolnością. Nie byłoby równoznaczne z przeciwstawnością objektywnie ustalonej treści i zachowania się podmiotu, który, ze względu na te właśnie treści, w jakikolwiek sposób mógłby wpływać na jej przekształcenie i przeistoczenie.

W rozumieniu schematu „nisi n“ podmiot odgrywałby wówczas rolę poniekąd twórczą; dzięki (psychologicznie rozumianym) aktom podmiotu „następuje“ ukształtowanie, kwalifikowane jako „nisi n“ z wszelkiemi dalszemi i łącznemi konsekwencjami. Takie „tłomaczenie“ byłoby skrzywieniem linji pojmowania normatywnego, byłoby oraz zmianą już zajętego stanowiska. W rozumieniu normatywnem jest bowiem obojętne, czy następuje, czy też nie następuje aktualizacja ustalonego wskazania. W tym aspekcie ustalona jest tylko „hipotetyczność“: jeśli jest X—powinno być n, jeśli nie będzie n — powinno być n_1. Pozatem

ukształtowania nisi n nie muszą być zawisłe od aktów woli (czy jakkolwiek inaczej akty te nazwiemy) punktów poczytania. I jeśli norma uzależnia ukształtowania nisi n od pewnych procesów świadomych, przypisywanych osobie w rozumieniu fizyczno-psychicznem *) — faktyczność tych procesów, ich przebiegi i formy rozumiane być mogą tylko normatywnie.

§ 36.

Pojęcie prawa podmiotowego.

Teorja prawa, operując ekwiwokacjami, związanemi z pojęciem „prawa", przypuszcza, że wskazaniom prawnym—wszystko jedno, czy będziemy je rozumieć jako nakazy, czy jako sądy hipotetyczne — właściwy jest element swoisty, różniący się od pojęcia „obowiązku". W ukształtowaniach prawnych dany jest jakoby element „prawa podmiotowego", nie zawsze uważany za „pochodny" prawa przedmiotowego, albowiem—jak wiadomo—scholastyczne dissensiones dominorum dotyczyły tak subtelnej kwestji, jak zagadnienia o tem, co było wcześniejsze: prawo podmiotowe czy prawo przedmiotowe.

Ten element „prawa podmiotowego" uważany jest, jeśli nie za coś „przeciwstawionego" normie, to w każdym razie za coś od normy odrębnego. Nie wchodzi w zakres rozważań niniejszych analiza najrozmaitszych teorji prawa podmiotowego. Zaznaczę tylko, że wszystkim tym teorjom właściwe jest pewne założenie „pozanormatywne": osobom, jako podmiotom prawa, właściwe są określone cechy, ściągające się bądź do nich samych, bądź do pewnych dóbr z e w z g l ę d u na nich samych; te cechy, odniesione do normy, jako pewnego quid, znajdującego się „nazewnątrz" osób, ich działań i interesów, pozostają w pewnych ustosunkowaniach do normy. Ustosunkowania te mogą być najzupełniej luźne, jeśli nie zupełnie „obce". Osobie w rozumieniu fizyczno-psychicznem właściwe są takie cechy,

*) Zresztą, pojęcie „podmiotu obowiązku" nie jest dane w doświadczeniu. Charakterystyczne są w tym względzie poglądy autorów, przeciwstawiających świat rzeczywisty — światu konstrukcji prawnych („donnée" — „construit"), aczkolwiek to przeciwstawienie nie wynika bynajmniej z koncepcji pojmowania normatywnego. Por. np. GÉNY, Science et technique en droit privé positif T. III Nr. 224 str. 221: „De fait, les concepts de sujet de droit, de droit subjectif, de personne morale, ne se rencontrent pas directement dans la nature des choses , et ne sont même pas indispensables pour traduire les réalités de la vie juridique". Te koncepcje posiadają znaczenie wyłącznie techniczne; por. str. 225: „On voit comment ce concept du s u j e t d e d r o i t, contraînant avec lui l e d r o i t s u b j e c t i f et la p e r s o n n a l i t é m o r a l e, bien que non indispensable pour la mise en oeuvre des solutions juridiques, présente une véritable utilité, qui le recommande comme un bon moyen de la technique du droit".

które od wszelkiego uregulowania prawnego są niezależne. Stąd wywodzi się teorja praw przyrodzonych, takich praw, które „muszą“ istnieć, jakiemkolwiek byłoby unormowanie prawne; i unormowanie, nie uwzględniające tych cech, nie mogłoby być uważane, jako posiadające atrybut „prawności“. Prawo podmiotowe jednostki, dane ze względu na jej cechy fizyczne i psychiczne, wykazuje pewne minimum, konieczne celem ustalenia współżycia społecznego; nie jest tedy elementem, „stworzonym“ przez normę, lecz taką zasadą, dzięki której norma osiąga dostojeństwo „prawności“. Jak wiadomo, teorje te są transpozycją pewnych poglądów politycznych na język konstrukcji prawniczej.

Ta „nadrzędność“ ustosunkowań prawa podmiotowego jest modyfikowana przez konstrukcje, oparte na zasadzie uporządkowań „współrzędnych“ i „podrzędnych“. Prawo podmiotowe jest wówczas pojęciem korelatywnem do normatywności, jako ustalającej „obowiązki“, których aktualizacja wywodzi się z przysługującego podmiotowi „prawa“. Odróżnia się wszakże ukształtowania w których aktualizacja obowiązku nie wynika z urzeczywistnienia prawa do wykonania danego obowiązku w danym kierunku. Mówi się wówczas o „prawach odblaskowych“ (refleksyjnych), o „kompetencjach“, które nie są uważane za istotne prawa podmiotowe. To odróżnienie ma wszakże na celu jedynie „uwypuklenie“ kategorji istotnych i prawdziwych praw podmiotowych; ukształtowania odmienne ustalane są w celu uwydatnienia „kontrastu“. Prawo podmiotowe jest wówczas tym motorem, który wprawia w ruch i nadaje życie „martwemu“ układowi normy.

W rozumieniu ustosunkowań „podrzędności“ pojęcie prawa podmiotowego jest czemś pochodnem; nie jest ono dane, jako założone „ponad“ normą, nie jest ono rozumiane, jako quid, zawarte „w“ normie i z nią w pewnych, acz nie wszystkich wypadkach współrzędne (albowiem — jak powiedziano — możliwe są ukształtowania, w których normie nie odpowiada żadne prawo podmiotowe). Teorje „subordynacyjne“ rozumieją prawo podmiotowe, jako element nie tylko wywodzący się z normy, ale przez nią „stworzony“, przez nią expresse czy domyślnie „nadany“.

Wszakże, zarówno w teorjach koordynacyjnych, jak i subordynacyjnych „punktem oparcia“ prawa podmiotowego nie są elementy, dane w samej normie t. j. treść normatywnie przekształcona ze względu na jej odniesienie do powinności. Temi „punktami oparcia“ są bądź pewne cechy osoby (przyczem w założeniu tych cech momenty normatywne pomieszane są z momentami pozanormatywnemi), bądź pewne uzewnętrznienia pożądań, dążeń, celów, interesów osoby z e w z g l ę d u na nią pomyślane. Te cechy osób samych i, najogólniej mówiąc, interesów tych osób są założeniami, z e w z g l ę d u na które dana jest

norma. Ten stosunek rozumie się nie jako stosunek przyczynowy; nie z każdego bowiem założenia normatywnego musi wynikać prawo podmiotowe, aczkolwiek nie może być pomyślane, prawo podmiotowe bez współistnienia normy. Wszakże owe cechy są czemś z normy wyodrębnionem, poza nią znajdującem się. Norma jest do nich „przystosowana“ i w pewnej mierze od nich zależna, aczkolwiek sformułowanie normy, ustalającej pewne „prawa“ („wierzyciel ma prawo żądaniu zwrotu długu“, „obywatel ma prawo wybierania posłów“), przemawia — zdawałoby się — za normatywnem ujęciem elementów, do których odnoszą się „prawa“. Teorje współrzędności i podporządkowania prawa podmiotowego operują jednakże nietylko ujęciem normatywnem; przypuszczają bowiem w cechach osoby i jej interesów pewne własności, od normatywności niezależne. Charakterystyczne składniki „woli“ i „interesu“, jako podstawy teorji WINDSCHEIDA i IHERINGA oraz kombinacji obu tych teorji, są ujmowane jako pewne wartości psychiczne, gospodarcze i społeczne. Prawo podmiotowe rozumiane jest wówczas, jako konieczność (moment celu, moment „wartości“, przypisywanej osobom lub ich zespołom), w stosunku do której kształtują się ustalenia normatywne. I już w samej tak charakterystycznej dychotomji prawa przedmiotowego i podmiotowego uwydatnia się n i e tożsamość elementów, lecz ich przyporządkowanie czy podporządkowanie *).

Jakieś quid, które jest „wolą“ w rozumieniu faktycznem lub które uważane jest jako pewien „interes“, „dobro“, godne obrony czy gwarancji, występuje samoistnie; i samoistność ta nie może być zaprzeczona ani przez przyporządkowanie, ani przez podporządkowanie „prawa“ podmiotowego — „normie“ przedmiotowej. Można się o tem przekonać, zastanawiając się nad ujęciami prawa podmiotowego w t. zw. teorjach kombinacyjnych, które uwzględniają oba elementy („wewnętrzne“ cechy osoby i jej „zewnętrzne“ interesy). W sformułowaniu SALEILLES'A np. „Allerdings beruht der übliche Begriff des subjektiven Rechtes überhaupt (und nicht bloss der eines angeborenen Persönlichkeitsrechtes) auf einem unzulässigen Dualismus, wenn man ihn als „rechtlich geschütztes

---

Interesse“ u. dgl., also als etwas substantiell von dem objektiven Rechte,

*) KELSEN, Das Problem der Souveränität j. w. str. 46 uw. 1: der Norm verschiedenes definiert.“ W obrębie systemu może istnieć tylko przeciwstawność czegoś abstrakcyjnego do czegoś konkretnego; dlatego też — jak twierdzi KELSEN, „soll das s u b j e k t i v e Recht noch R e c h t sein, muss es — wie das objektive — N o r m sein“. Teorje, oparte na założeniu „podporządkowania“ i wywodzące prawo podmiotowe z prawa przedmiotowego, częstokroć zapominają o tem założeniu. Nie wydaje mi się wszakże słuszną konstrukcja prawa podmiotowego, jako „konkretności“ w stosunku do „abstrakcyjności“ normy. Istota normatywności nie jest zależna ani od ogólnego czy specjalnego (ad hoc) odniesienia powinności do treści, ani od samego ustalenia treści w tej czy innej formie (ogólnej lub specjalnej).

definicja prawa podmiotowego brzmi j. n. „Nous dirons donc que le droit subjectif est un pouvoir mis au service d'intérêts de caractère social, et exercé par une volonté autonome" *). Pojęcie „pouvoir" i „volonté autonome" są kategorjami psychologicznemi (używany przez niektórych autorów niemieckich termin „Rechtsmacht" jest ekwiwokacją), a pojęcie interesów o walorze społecznym jest kategorją socjologiczną **).

Dlatego też nie można uważać kwalifikacji prawa podmiotowego, jako elementu nie samoistnego, lecz istniejącego tylko dzięki „nadaniu" czy „uznaniu" przez normę, za wyjaśnienie zagadnienia. W takiem rozumieniu wypowiedź normatywna nie byłaby dana per se, lecz kształtowałaby się w zależności od „wchłaniania" pewnych elementów pozanormatywnych, które — koleją rzeczy—otrzymują samoistne znaczenie w stosunku do normatywności przedmiotowej. Pozatem, takie ujęcie byłoby oparte na „personifikacji" normy, na przypuszczeniu, że norma jest jakąś „mocą" coś tworzącą, coś uznającą lub nadającą pewnej faktyczności takie cechy, których faktyczność ta „poprzednio" nie posiadała. Norma nie posiada żadnych „zdolności" twórczych: dana jest jedynie wypowiedź o pewnem quid, które „być powinno". I gdyby to quid posiadało jakieś cechy — poza temi, które są ujęte w jego odniesieniu do powinności — cechy te, oczywiście, nie mogłyby być równoważne z powinnością. W wypowiedzi normatywnej nic więcej nie jest zawarte, jak przedmiotowe ustalenie, że powinno być n, przyczem „wyodrębnienie" z zespołu przekształconej treści t. zw. punktów poczytania nie jest stworzeniem jakiegoś nowego elementu, który w treści n nie byłby dany. I aczkolwiek w teorji „podporządkowania" najdobitniej podkreślona jest zależność prawa podmiotowego od owej mitycznej „woli" normy ***)—jednakże pewne kwalifikacje tych czyn-

*) SALEILLES, De la personnalité juridique j. w. str. 543. Por. również ujęcie BINDERA, Das Problem der juristischen Persönlichkeit j. w. str. 40: „Das subjektive Recht ist rechtliche Macht um des Interessenschutzes willen".

**) Por. dalsze wyjaśnienia SALEILLES'A j. w. str. 575 n., kwalifikujące elementy jego definicji.

***) Jak np. w definicji G. JELLINKA, System j. w. str. 44: „Das subjektive Recht ist daher die von der Rechtsordnung anerkannte und geschützte auf ein Gut oder Interesse gerichtete menschliche Willensmacht"; lub w definicji HAFFA j. w. str. 35: „Das subjektive Recht ist ein zum Rechtssubjektsbegriffe in einem Bedingungsverhältnisse stehender Beziehungsbegriff, dessen Willensgrundlagen von der Rechtsordnung zu einem rechtlich geschützten Machtverhältnisse entweder des Rechtssubjektes oder der hinter demselben stehenden Zweckwillersbildner erweitert werden". Stworzenie, uznanie i w konsekwencji obrona „woli" ludzkiej i związanych z nią interesów czy dóbr przez normę jest metaforą, uwydatniającą działanie normy, jest również wprowadzeniem elementów pozanormatywnych. Cóż innego znaczy sformułowanie G. JELLINKA, który uważając, iż założeniem prawa podmiotowego jest „ustrój prawny", konkluduje: „Alles Wollen, Können, Haben der Menschen wird aus der Sphäre

ników, które dostąpiły „godności“ uznania lub które „byt“ swój normie zawdzięczają, nie tracą swej istoty pozanormatywnej; absorpcja przeto przez normę nie jest doskonałą i pozostają pewne residua, które jedynie z punktu widzenia eksplikacyjnego mogą być rozumiane i oceniane *).

Takie ujęcie, które, zdawałoby się, jaknajbardziej zbliża sfery prawa przedmiotowego i podmiotowego (przez przypuszczenie pochodności tego ostatniego) nie jest, bynajmniej, sprowadzeniem wyrazu pochodnego do tej zasady, z której wyraz ten jakoby się wywodzi. Nie byłoby wyjaśnieniem problematu stwierdzenie, że taka konstrukcja prowadzi do zatarcia wszelkich różnic pomiędzy sferami prawa przedmiotowego i podmiotowego i że „prewalencja“ ustroju prawnego, jako wyłącznego „twórcy“ praw podmiotowych, jest równoznaczna z absorpcją tych ostatnich przez normę objektywną. Przeciwnie: ustalenie pochodności świadczyłoby o tem, że do zespołów ujęcia normatywnego wprowadzone zostały elementy, których ujęcie to poprzednio nie wykazywało.

Istoty tych elementów nie można byłoby określić z punktu widzenia normatywnego, albowiem byłyby czemś, co w normie samej nie jest dane, lecz przez nią dopiero „stworzone“, „uznane“, „bronione“. Przypisywanie normie takich własności jest jej personifikacją. Norma nie jest żadną lex animata; nie można o niej powiedzieć:

Tu lex viva potes dare, solvere, condere leges.
Stantque caduntque duces, regnant te judice reges,
Nam quocunque velis lex animata geris.

Przypuszczenie pochodności prawa podmiotowego nie jest, jak powiedziano, wyłączeniem elementów pozanormatywnych i sprowadzeniem tego pojęcia do jakoby identycznej z nim normy objektywnej **). Nie należy uważać pojęcia powyższego za „logiczny refleks“ prawa przedmiotowego ***); znaczyłoby to, że w rozważaniu normy z jakiegoś nie normatywnego

---

natürlicher Lebensvorgänge in die rechtlicher Aktionen und Zustände erhoben durch das objektive Recht“ (System j. w. str. 8, 9).

*) Jak np. w definicji BAUMGARTENA j. w. T. II str. 15: prawo podmiotowe uważane jest jako: „die Rechtsstellung, die jemand in Achtung seiner Persönlichkeit zugewiesen wird“ — por. również str. 18: prawo podmiotowe, jako „moc prawna“ koncedowana („zugebilligt“) przez ustrój prawny i ściśle związana z osobą jednostki.

**) Na tej podstawie zbudowana jest teorja STAMMLERA, Theorie j. w. str. 379: „So gibt es also einen sachlich festen, allgemeingültigen Begriff des subjektiven Rechtes. Es ist ein verbindendes Wollen, das mit dem Grundbegriffe der Rechtsunterstelltheit gekennzeichnet wird, kurz gesagt: ein rechtsunterstelltes Wollen“; również Lehrbuch, j. w. § 133 uw. 5. Krytykę tego poglądu zob. u BINDERA, Rechtsbegriff und Rechtsidee j. w. str. 166 n.

***) BINDER j. w. str. 167: „ein bloss logisches Reflex des objektiven Rechts“.

punktu widzenia jej elementy, jej struktura i jej tryb powiązań występują w aspekcie „nie przedmiotowym". Aspekt ten, oczywiście, nie mógłby uchybiać pojęciu ważności normy. Ale subjektywizacja musiałaby przypuszczać tryb urzeczywistnienia normy — a więc jej działanie. „Logiczny" refleks normy byłby właściwie nie wyrazem pewnych konsekwencji, wynikających z ustaleń o znaczeniu odniesienia powinności do treści, lecz byłby wywodem z ukształtowań, które właściwe są „urzeczywistnieniu" normy, a więc byłby badaniem tych czynników, które — dzięki przypisywanym czy gwarantowanym cechom — zdolne są do „wprowadzenia w życie" normy. Byłoby to tak, jak gdybyśmy powiedzieli, że „logicznym refleksem" ustalenia matematycznego—jest możność zbudowania maszyny parowej *).

Wprowadzenie do zespołów wypowiedzi normatywnych elementów „podmiotowości" musiałoby (nie bacząc na uzależnienie i podporządkowanie tych elementów) prowadzić do wyłączenia „czystości" pojmowania prawnego — przez konieczne postulowanie założeń psychologicznych i socjologicznych. Jeśli poczytanie treści normatywnie przekształconej, wyrażone przez t. zw. obowiązek prawny, nie wykazuje tych cech w ujęciu normatywnie prawnem, byłoby niekonsekwencją nadawanie powyższych cech pozanormatywnych „odwróceniu" tego pojęcia (korelacja obowiązku i prawa). Konstrukcja normy nie wymaga wprowadzenia elementu „obowiązku", skoro poczytanie niczem innem nie jest, jak normatywnie przekształconą treścią; w istocie rzeczy, obowiązek jest normatywnością. Subjektywizacja normy ze względu na obowiązek A czy prawo A (aczkolwiek są takie obowiązki, którym nie odpowiadają żadne „prawa"), jest operacją myślową, przebiegającą poza ustaleniem normatywnem. KELSEN słusznie powiada: „mojem prawem" jest „moja norma". Ale „ustosunkowanie" normy do jakiegoś A w niczem normy tej znaczeniowo nie zmienia — i ta subjektywizacja (zarówno w czynnem pojmowaniu „prawa", jako też biernem pojmowaniu „obowiązku"), jest jedynie wyrazem „działania", nie zaś ważności normy. Że to działanie, ze względu na „czynny" charakter temu pojęciu właściwy, uwydatniło się w konstrukcji „prawa podmiotowego", a nie „obowiązku podmiotowego" (jako pojęcia „biernego")—nie jest rzeczą dziwną.

Jedynie przy rozważaniu normy z punktu widzenia jej działania — pojęcie „podmiotu" posiada znaczenie elementu, bądź wpływającego na byt normy, bądź na jej przekształcenie w rzeczywistości, bądź na uzależnienie jej aktualizacji od pewnych

*) SANDER, Das Faktum der Revolution j. w. str. 143: „Die reine Rechtswissenschaft kennt weder Person noch subjektives Recht, sondern nur objektives Recht, d. h. Rechtssätze und deren Funktionen. Sie untersucht nicht die Beziehung von Rechtssätzen zu Menschen, d. h. zu menschlichen Verhalten, sondern nur funktionale Beziehungen zwischen Rechtssätzen".

aktów, które znajdują się „w stosunku“ do normatywności, lecz w samej normatywności nie są dane. Element „obowiązku“ nie jest takim „punktem“, wyróżniającym normę prawną z kompleksu innych norm, nie posiadających w życiowem czy „urzędowem“ ujęciu cech prawności. Obowiązek w rozumieniu psychologicznem jest dany zarówno w normie moralnej, jakoteż w normie prawnej. W normatywności prawnej przypuszcza się, że „ ktoś“ może tak działać, iż jego działania powodują postępowanie innych podmiotów, odpowiednie i współmierne z zamierzeniami w jego własnem postępowaniu założonemi; lub że na skutek prawnych jego czynów nastąpić może takie ukształtowanie, w którem postępowaniu innych podmiotów nadany będzie inny kierunek. W znanej teorji WINDSCHEIDA nadana przez ustrój prawny „moc woli“ (Willensmacht) jest wyrazem 1) bądź takich „aktów“, które na podstawie objektywnego unormowania tworzą, przekształcają lub uchylają pewne ukształtowania, 2) bądź takich „aktów“, które dają możność urzeczywistnienia pewnych ukształtowań w drodze prawem przepisanej („prawo do określonego zachowania się“ innych podmiotów). Tym właśnie „aktom“ przypisuje się znaczenie samoistne ze względu na to, iż bądź tworzą one (przekształcają, uchylają) obowiązki, bądź są sposobem, prowadzącym do realizacji tych obowiązków, a więc do urzeczywistnienia „własnego“ prawa. Stąd więc wywodzi się t. zw. „atrybutywny“ charakter norm prawnych, w których z „imperatywem“ (z jakiego „korzysta“ podmiot w stosunkach z innymi podmiotami) łączy się koniecznie roszczenie, przysługujące i uznane po stronie czynnej w przeciwstawieniu do obowiązku, włożonego na stronę bierną*). Takie ujęcie znajduje —jak wiadomo—charakterystyczne odbicie w psychologistycznej teorji prawa. Pojęcie prawa podmiotowego (i obowiązku podmiotowego), zbudowane na tych przesłankach, musi prowadzić do eksplikacji „motywów“ i „działania“ normy, a więc momentów, które nie są normą. Jeśli ktoś posiada daną mu przez normę „moc“ stworzenia takiej sytuacji, w której z faktyczności wypływają pewne jego prawa — znaczyłoby to, że norma z czyjejś woli, motywującej ją, powoduje powstanie obowiązku. Zapomina się wówczas, że „akt“ w stosunku do normy jest jako faktyczność czemś zupełnie nie współmiernem; norma nie daje „prawa“ do aktu, lecz ujmuje akt (w charakterze antecedencji), jako quid już normatywne, zupełnie niezależnie od jego kwalifikacji psychicznych **). Pojęcie „panowania woli“, pewnej „wyż-

*) WINDSCHEID - KIPP j. w. I str. 138 uw. 4: „Ich sehe den Gegensatz zwischen dem Rechtsgesetz und dem Sittengesetz darin, dass die Gebote des Sittengesetzes Gebote schlechthin sind, die Gebote des Rechtsgesetzes Gebote um eines Anderen willen, und also in dem dargelegten Sinne s e i n e Gebote. Bei dem Sittengesetz ist nichts da, als die Pflicht, bei dem Rechtsgesetz ist die Pflicht da kraft des gewährten Rechts“.

**) KELSEN, Hauptprobleme str. 592: „Das subjektive Recht, das

szości“ woli podmiotu czynnego w stosunku do woli podmiotu biernego wprowadza kwalifikacje, które nakazywałyby przypuszczać jakiś stosunek przyczynowy pomiędzy normą a wolą *). Nie można zaś przypuścić, że „urzeczywistnienie“ normy jako podmiotowe prawo do „działania“ normy, jest (nawet w rozumieniu eksplikacyjnem) „stosowaniem“ normy; zresztą stosowanie normy nie tworzy żadnego novum, albowiem w układzie normatywnym dane jest zawsze ogniwo, ujmujące ukształtowania, wiążące się z wyrazem „nisi n“ **).

W rozumieniu socjologicznem, które bada poszczególne fazy „tworzenia się“ prawa i które przeciwstawia układy współczesne, oparte na doskonałej, wszechobejmującej i ogólnej regulacji, uporządkowaniom okresów dawniejszych i odpowiadających im układom „przywilejów“ — uwydatnienie momentu podmiotowego może odgrywać pewną rolę. Ale nie należy zapominać, iż na ujęcie normatywne nie wpływa geneza i sposób ustalenia normy. Doskonałość układu normatywnego jest cechą, która może być uprzytomniona jedynie przez eksplikacyjne porównanie norm w różnych okresach rozwoju historycznego; znaczeniowe zaś pojęcie normy jest jedno i to samo, niezależnie zupełnie od tego, jaki z a k r e s treści został przez normę ujęty i jakie punkty poczytania (kwalifikowane politycznie, społecznie, gospodarczo) były wyrazem redukcji do normy najwyższej. W ujęciu socjologicznem można powiedzieć: istniały takie okresy historyczne, w których unormowanie prawne było związane z kwalifikacjami pewnych osób lub przedmiotów, okresy, w których, jak to określił M. WEBER, prawo było „przywilejem“. Istniała wówczas taka dziedzina normatywności, w której „korzystanie“ z takiej dziedziny wyłącznie specjalnego uregulowania wiązało się z ustalonemi kwalifikacjami określonych osób lub przedmiotów. Normatywność była uzgodniona z temi kwalifikacjami w ten sposób, iż dany „punkt poczytania“ uważał, jako przysługuje mu „podmiotowe prawo“ na podstawie prawa przedmiotowego współmiernego do ustalonych kwalifikacji. Prawo subjektywne i normy ob-

---

sich an die H a n d l u n g e n knüpft, die WINDSCHEID in der zweiten Kategorie seiner Rechte erfasst, ist nicht das Recht z u dieser Handlung, sondern ein Recht a u s dieser Handlung“.

*) Na tej podstawie opiera DUGUIT swoją krytykę pojęcia prawa podmiotowego. Zob. Traité j. w. T. I str. 127 n., str. 130: ...on n'a jamais démontré et on ne pourra jamais démontrer humainement le passage de droit objectif au droit subjectif et comme d'un autre côte il est impossible d'admettre l'anteriorité du droit subjectif au droit objectif ,le droit subjectif est une chimère. Il n'ya pas de droit subjectif“; por. również str. 199 n.

**) DUGUIT odrzuca przypuszczenie, jakoby „akcja“ („la possibilité de mettre en mouvement une voie de droit“) tworzyła prawo podmiotowe. Por. Traité T. I str. 159 n., str. 203. T. II str. 322: „L'action n'est qu'une apparence; il y a un droit, rien qu'un droit; mais il est mis en oeuvre“.

ktywne tworzyły przeto jedność *). Ten „personalny“ charakter norm prawnych przeciwstawia się współczesnemu układowi, opartemu na bezwzględnem „panowaniu“ normy, w którem jej charakter przedmiotowy nie ulega najmniejszemu wątpieniu**) i w którem roszczenia indywidualne uwydatniają się najwyraźniej, jako coś od „normy“ odrębnego.

To odróżnienie ukształtowań „partykularnych“ od „generalnych“ nie odgrywa w rozumieniu normatywnem żadnej roli, aczkolwiek socjologicznie jest ważne i dla rozwoju prawa charakterystyczne. Unormowania, oparte na zasadzie „przywileju“, nie różnią się w zasadzie od unormowań, opartych na powszechności i równości. Volumen normatywności posiada znaczenie jedynie przez porównanie ze sferą „nie unormowanej“ faktyczności. W normatywnie zakreślonej dziedzinie regulacji, opartej na „przywileju“, struktura normy nie różni się od układu, opartego na „powszechności“. Charakterystyczne utożsamienie prawa przedmiotowego i podmiotowego w układach „partykularnych“ świadczyć może, co najwyżej, o tem, że pewne postulaty polityczne i gospodarcze przemawiają za odróżnieniem tych pojęć w dziedzinie socjologicznie odmiennej od układu, opartego na przewadze pewnych klas i związków społecznych. Ale takie wyodrębnienie wynika jedynie z pewnych postulatów politycznych i gospodarczych, których odpowiednikiem mogą być „przyrodzone prawa jednostki“; w ujęciu normatywnem winno być ono pominięte.

§ 37.

Negacja prawa podmiotowego.

W układzie normatywności prawnej t. zw. „prawo podmiotowe“ nie jest ani samoistnym elementem, ani elementem, wy-

*) M. WEBER j. w. str. 433: „In diesem Fall aber fielen „subjektive“ Rechte und „objektive“ Normen praktisch in eins; der individuell Privilegierte kann als sein s u b j e k t i v e s Recht die Behandlung nach der ihm zuständigen o b j e k t i v e n Bestimmung verlangen... Der Gedanke generell „geltender“ Normen fehlt zwar nicht, aber er bleibt unvermeidlich unentwickelt; alles „Recht“ erscheint als „Privileg“ von einzelnen Personen oder Sachen oder individuellen Komplexen solcher“. Jednakże i te okresy odróżniały „autonomję“ (Satzung), jako przejaw prawa przedmiotowego, od „umowy“, jako przejawu prawa podmiotowego (zob. str. 434, 438). O ukształtowaniach, w których dane jest bądź wyłączne pojęcie prawa przedmiotowego, lub w których prawo podmiotowe utożsamia się z przedmiotowem, lub wreszcie, w których żadne z tych pojęć nie jest dane—zob. str. 484. Wątpliwe jest, czy w tym ostatnim wypadku wogóle o normatywności mówić można.

**) Wszakże i układom współczesnym nie jest obca dziedzina unormowań partykularnych. Zaznacza to M. WEBER j. w. str. 502: „Im Gegenteil hat gerade die Rechtsentwicklung der neuesten Zeit eine zunehmende Partikularisierung des Rechts gezeitigt“. Wszakże ta „specjalność“ unormowania istnieje równoważnie z jego ogólnością.

nikającym z trybu powiązań ogniw normy. Pojęcie prawa podmiotowego nie jest pozbawione znaczenia; uważane jako fikcja personifikująca może być przydatne celem ułatwienia ujęcia (dogmatycznego i systematycznego) całokształtu norm z punktu widzenia „ośrodka", względem którego norma „stanowi prawa i obowiązki". Jeśli prawo podmiotowe jest fikcją, którą — jak mówi prof. JAWORSKI — tworzymy, aby łatwiej i prędzej dojść do poznania prawa, nie znaczy to, ażeby należało je przeciwstawiać przedmiotowemu porządkowi prawnemu, uważając je tylko za wytwór naszego myślenia, a więc jako quid nie realne *). Przeciwstawienie realności prawa przedmiotowego — nierealności prawa podmiotowego („wytwór myślenia") byłoby przypuszczeniem, że norma jest czemś eksplikacyjnie danem, prawo zaś podmiotowe jakimś idealnym aspektem „realnej" normy. Twierdzenie, że prawo podmiotowe jest naszym własnym wytworem i że „istnienie jego od nas samych i tylko od nas zależy" i że przeto możemy je „stworzyć", jeżeli to będzie korzystne **) — charakteryzowałoby prawo podmiotowe, jako przedmiot idealny; nie różniłoby się ono tedy od normy, która nie jest wszak przedmiotem doświadczenia, czemś danem w „zewnętrzności" i ujmowanem eksplikacyjnie.

Przez to przeciwstawienie można tylko powiedzieć, że dogmatyczne pojęcie prawa podmiotowego jest ułatwieniem poznania systemu i sprowadzeniem jego danych do pewnych aspektów, które same przez się nie są normatywne; a więc ta „nierealność" prawa podmiotowego byłaby nierealnością w odniesieniu do normatywności, czyli, innemi słowy, czemś pojmowanem tylko eksplikacyjnie. Jakąkolwiek wartość metodologiczną przedstawia pojęcie prawa podmiotowego ***)—ułatwienia i uproszczenia w pojmowaniu normy nie są tej normy ujęciem. „Pedagogiczne" znaczenie przypuszczanego w normie elementu „podmiotowości" nie jest przekonywującym argumentem, że element ten dany jest w idealnem rozumieniu normy, skoro wszelkie aspekty eksplikacyjne zostały ze względu na to właśnie rozumienie wyłączone. Obojętną jest tedy kwestja, czy w myśleniu prawniczem pojęcie prawa podmiotowego jest koniecznością, bez której jakoby obejść się nie można. Z chwilą uznania tego pojęcia za „fikcję" pomocniczą, z chwilą wykazania, iż nawet przy przypuszczeniu jego pochodności w od-

*) JAWORSKI, Prawo cywilne na ziemiach polskich T. II cz. I, str. 112. Również, Publiczne prawo podmiotowe (Czasopismo prawnicze i ekonomiczne 1923 T. XXI, str. 7 n.).

**) JAWORSKI j. w. str. 117.

***) Por. np. charakterystyczny wywód BAUMGARTENA j. w. T. II, str. 29: „Der Begriff des subjektiven Rechts bietet ein beträchtliches methodologisches Interesse. Insofern sich aus der sein wichtigstes Merkmal bildenden Idee der Persönlichkeitsachtung in normaler Weise eine ganze Reihe von Rechtssätzen entwickeln lässt, erweist er sich als brauchbares Hilfsmittel der systematischen Darstellung".

niesieniu do normy, wprowadza ono czynniki w rozumieniu normatywnem nie współmierne — samoistne znaczenie tego pojęcia jest co najmniej problematyczne. Dla celów systematyki pozytywnej, dla ułatwienia i uproszczenia poznania — hypostazy i fikcje prawa podmiotowego mogą być pomocne i pożyteczne *); skoro wszakże — jak powiada VAIHINGER — fikcje są rusztowaniami, usuwanemi po skończonej budowie, nie zachodzi bynajmniej potrzeba uznawania ich imanencji w normie. Zgodnie z znanem wyrzeczeniem VAIHINGERA, że pojęcia abstrakcyjne są „sługami, zwalnianemi z chwilą, gdy obowiązek swój spełnili", należałoby powiedzieć, że pomocnicze pojęcie prawa podmiotowego winno być usunięte, gdy cel (ułatwienie poznania) został osiągnięty. Byłoby błędem, gdybyśmy tego rodzaju fikcjom nadawali znaczenie elementów istotnych; prowizoryczne i „pośredniczące" pojęcia logiczne nie są ani czemś ostatecznem, ani czemś samoistnem**). Skoro—jak to prof. JAWORSKI uznaje — systemy prawa pozytywnego w zupełności obejść się mogą bez konstrukcyjnych fikcji prawa podmiotowego ***)—element ten w ujęciu normatywnem najzupełniej jest zbędny. Charakterystyczne w tym względzie konstrukcje podmiotowych praw publicznych są przekonywującym argumentem, jak zawodne i niepewne jest pojęcie powyższe, skoro niemożna ustalić żadnych cech różnicujących pomiędzy t. zw. prawami odblaskowemi (refleksyjnemi), a istotnemi prawami podmiotowemi ****). Jeśli odróżnienie to istnieje tylko „de lege lata" — należy w pojęciu prawa podmiotowego widzieć jedynie pewne ukształtowania treści, ujmowane przez normę i dane w normie — nie można wszakże kwalifikować ich, jako czegoś od normy odrębnego; ich przypuszczalna pochodność nie jest podstawą ich samoistności. Zdarza się, że norma bezpośrednio ustala, czy w jej ukształtowaniach dane jest „prawo podmiotowe": czyli, innemi słowy, w ujęciu treści dane jest wskazanie, iż pewne antecedentia poczytania w wyrazie A — n są momentem równoważnym tego poczytania (jeśli dany jest układ X względem jakiegoś Y, ustala się przypisane jakiemuś A zachowanie się n); lub też, iż w wypadku niezastosowania się A do ustalonego wskazania (nisi n) — łączne postępowanie B (B—n_1) dane jest w tym jedynie wypadku, gdy jakiś Y za-

*) Ten argument odrzuca DUGUIT, Traité j. w. T. I, str. 178: „La notion de droit subjectif n'est qu'un développement de la notion de l'âme... Le droit subjectif est une hyposthase de l'âme humaine, c'est-à-dire une substantialisation d'un des prétendus attributs".

**) Por. MALLACHOW, Rechtserkenntnistheorie und Fiktionslehre. Das Als-Ob im Jus. 1922, str. 25.

***) JAWORSKI j. w. str. 115; również DUGUIT, Traité j w. T. II, str. 323.

****) Por. WŁ. MALINIAK, Tytuł do indemnizacji strat wojennych. Przyczynek do teorji publicznych praw praw podmiotowych, 1917, str. 34 n. JAWORSKI, Publiczne prawo podmiotowe j. w. str. 12.

chowuje się w trybie, przewidywanym gwoli ustalenia powinności B; czyli zachowanie się Y jest antecedencją postępowania B. Takie ukształtowania, które w niczem nie zmieniają układu strukturalnego normy i jej powiązań, nie są elementami, które pojęciowo muszą być dane w wypowiedziach normatywnych i w ich ogniwach. Mogą zarówno dobrze być, jak i nie być. Jeśli zachowanie się A według wskazania „n" jest konsekwencją poprzedzającego układu, nie znaczy to, że momenty dane w „antecedencjach" są takimi czynnikami względem A, iż „obowiązek" A jest nieodzownym odpowiednikiem prawa jakiegoś Y. Zachowanie się B odpowiednio do wskazania n_1 nie jest koniecznie zawisłe od antecedencji postępowania jakiegoś Y — i z struktury normatywnej wcale nie wynika, iż B tylko wtedy powinien zachować się n_1, gdy komuś przysługuje „prawo" do ewokacji takiego postępowania. Znane i częste są ukształtowania, w których B powinien postąpić n_1 sua sponte, bez czyjejś „inicjatywy". Norma prawna, która w swych częstokroć skomplikowanych ustaleniach operuje specjalną terminologją techniczną, może uciekać się do skrótów, wyrażonych w pojęciu „prawa podmiotowego". I pojęcie to uzależnia się w zupełności od ustaleń normy, która w takich kompleksach widzi treść; tak samo, jak norma, operująca np. pojęciem „umowy", „spadku", „zdolności prawnej" i t. d., włącza do swych ustaleń dane, skądinąd i poprzednio normatywnie ukształtowane. Są to, oczywiście, dane już z normatywnością współrzędne, w niej przekształcone, nigdy zaś jakieś samoistne elementy, od normatywności różne. Jeśli, zależnie od ustaleń normy, pewne jej „antecedencje" mogą być, lub nie być dane w pewnych ukształtowaniach i taki ich byt, lub niebyt w niczem samej istoty normy nie przesądza, trudno byłoby powiedzieć, że ta „przypadkowość" jest czemś samoistnem, a tem bardziej jakimś nowym elementem w stosunku do normy.

Prawo subjektywne może być dowolnie w normie przewidziane; i jeśli norma pojęciem tem operuje — nie znaczy, bynajmniej, że nadaje mu „samoistność", bez której układ normatywny nie mógłby być pomyślany *).

Normatywna teorja prawa, uznając „przypadkowość" pojęcia prawa podmiotowego i zasadniczo negując „subjektywizację" normy, wyeliminowała to pojęcie, jako zupełnie zbędne w ujęciu teoretycznem. Oczywiście, ze względu na swe stano-

*) Charakterystyczny przykład w tym względzie daje polsko-niemiecka konwencja górnośląska, zawarta w Genewie dnia 15 maja 1922 r., która w art. 4 § 2, § 3 operuje pojęciem „praw podmiotowych", jednocześnie normatywnie ustalając zakres i rozciągłość tego pojęcia, o czem dowodnie świadczy art. V protokółu końcowego: „patenty i inne prawa, dotyczące własności przemysłowej, wchodzą w zakres pojęcia o prawach subjektywnych w sensie l. 3 § 2 art. 4-go".

wisko zasadnicze, nie operowała argumentacją psychologiczną, rozstrzygającą w wywodach polemicznych DUGUIT'A.

W teorji KELSENA prawo podmiotowe nie jest czemś, różniącem się od prawa przedmiotowego. W poszukiwaniu istoty prawa podmiotowego mniemano, iż zawiera ono moment „substancjalny", odnosi się do tego, co—jak się zwykle mówi—przez prawo jest „bronione", czy „gwarantowane". Gdy zaś w aspekcie normatywnym prawo jest rozumiane nie jako „treść", lecz jako ujęcie „treści", moment substancjalny pozbawiony jest jakiegokolwiek znaczenia i przypuszczalna różnica na tej zasadzie nie może być oparta. Różnica nie wynika z odmienności elementów normy, którym, ze względu jakoby na ich skład odrębny, nadaje się znamię podmiotowe. Różnica ta, zdaniem KELSENA, polega jedynie na relacji normy do podmiotu: zdanie prawne (według terminologji KELSENA, identyczne z normą prawną) jest niezmienne; odmienność jego ujęcia w płaszczyźnie pojmowania subjektywnego polega na tem, że jako odniesione do podmiotu, ze względu na taką relację, „wydaje się" tylko czemś odrębnem od objektywacji *). Podmiotową formą przejawu normy, jej relacją do podmiotu, jest wszakże w pierwszym rzędzie uwydatnienie strony „biernej", t. j. „obowiązku". Obowiązek jednego podmiotu jest prawem podmiotu innego; te dwie formy przejawów normy (Erscheinungsformen) znajdują się w takim stosunku, że „prawu" jednego podmiotu odpowiada „obowiązek" podmiotu innego. Stosunek ten nie daje się wszakże „odwrócić": albowiem każde zdanie prawne ustalać musi „obowiązek", wszakże nie z każdego zdania prawnego wynika „prawo". Obowiązek jest przeto konieczną, prawo zaś tylko możliwą podmiotową formą „przejawiania się" zdania prawnego **).

Ze względu na odrębne w teorji KELSENA ujęcie normy prawnej, w jej rozumieniu szerszem i węższem, i wprowadzenie „normatywnej" woli państwa — prawo podmiotowe (gdy rzecz dotyczy stosunku jednostki do jednostki i łącznej w tem ukształtowaniu „woli" państwa w zakresie egzekucji i kary) przejawia się w dwóch relacjach: wierzyciel ma prawo żądania zwrotu pożyczki od dłużnika, ma również prawo domagania się, ażeby państwo zastosowało przymus względem opornego dłużnika. Nie są to wszakże dwa „odrębne" prawa; podmiot po-

*) KELSEN, Hauptprobleme str. 619: „Damit wird das subjektive Recht nicht als „Wille" oder „Interesse" oder als „Gut" oder wie sonst die von der Rechtsordnung geschützten Objekte benannt werden mögen, sondern selbst als Schutz, als Bestandteil der Rechtsordnung, nämlich als der Rechtssatz erkannt und zwar als der Rechtssatz in einer besonderen Beziehung auf ein Subjekt".

**) KELSEN j. w. str. 620: „Die Pflicht ist daher eine notwendige, das Recht aber nur eine mögliche subjektive Erscheinungsform des Rechtssatzes".

siada jedno z nich tylko wówczas, gdy posiada drugie. Jest to, jak powiada KELSEN, „derselbe Rechtssatz und somit dasselbe Recht in zwei verschiedenen Relationen". Prawa te nie wynikają z dwóch samoistnych, wzajemnie niezależnych norm; są konstytuowane przez jedno zdanie prawne (należy mieć na względzie terminologję KELSENA, który utożsamia normę prawną ze zdaniem prawnem). W takiem rozumieniu: prawem podmiotowem jest zdanie prawne w jego stosunku do tej osoby, od której rozporządzenia („Verfügung") zależna jest realizacja wypowiedzianej w zdaniu prawnem woli państwa w przedmiocie skutków niezastosowania się do prawa („Unrechtsfolge") *).

Jeśli—jak powiada KELSEN—obowiązek jest „konieczną formą" indywidualnej relacji do normy, prawo zaś (w znaczeniu podmiotowem) tylko przejawem „możliwym", należałoby wówczas to ostatnie pojęcie wyłączyć, jako przypadkowe i nieistotne.

Jeśli coś może, lub nie może być elementem normy, nie jest wówczas jej istotną częścią składową, albowiem brak takiego przypadkowego i możliwego elementu w niczem struktury normy zmieniać nie będzie. Należałoby wtedy uwydatnić pojęcie „obowiązku", jako koniecznego elementu, jako takiego elementu, bez którego normatywność wogóle nie może być pojmowana. KELSEN niejednokrotnie ten moment podkreśla: możność „zastosowania" normy do podmiotu jest właśnie „zdolnością subjektywizacji" normy ze względu na obowiązek podmiotu: wówczas zdanie prawne może być zrozumiane, jako obowiązek prawny **). Takie określenie jest niczem innem, jak stwierdzeniem, że „poczytanie" jest koniecznym momentem w strukturalnym układzie wypowiedzi normatywnej. Jeśli w rozumieniu KELSENA obowiązek — i co za tem idzie, podmiot prawa ***) — jest identyczny z normą, wyodrębnienie tego ele-

*) Por. definicję, podaną u KELSENA j. w. str. 625 i zastosowanie jej do podmiotowych praw jednostek w stosunku do państwa oraz subjektywnych praw państwa, str. 663.

**) KELSEN j. w. str. 348, 349, str. 435: „Die Rechtspflicht ist nichts anderes als der Rechtssatz in seiner Subjektivierung"; str. 448: „Nicht weil der Rechtssatz eine zwingende Drohung enthält, statuiert er juristisch eine Pflicht, sondern weil er durch seine Anwendung auf den unrecht Handelnden s u b j e k t i v i e r t werden kann".

***) KELSEN j. w. str. 405: „...dass die Rechtspflicht nicht eine von der Rechtsnorm verschiedene, selbständige Tatsache, sondern die Rechtsnorm selbst im Verhältnis der Subjektivierung ist"; również, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff j. w. str. 73: „Der Gruppenwille ist ein Normsystem, eine Ordnung, das Gruppenmitglied—die physische Person—eine Teilordnung". Por. słuszną konkluzję LÖBLA w jego krytyce teorji F. KAUFMANNA (Zum Problem der reinen Rechtslehre, Zeitschrift für öffentliches Recht T. III, 1922, str. 440): „Die Rechtspflicht ist, wenn wir an dem Rechtssatze in der von KAUFMANN angewendeten Form der Doppelnorm festhalten, nichts anderes

mentu musiałoby przypuszczać momenty eksplikacyjne, izolując go ze względu na własności, które „w samej normie“ nie byłyby dane. Subjektywizacja byłaby — jeśli tak powiedzieć można — „interpretacją“ normy z „indywidualnego“, a więc zawsze przypadkowego, punktu widzenia *). W żadnym wszakże wypadku nie można byłoby wyodrębniać elementu „prawa podmiotowego“, które, jak wiadomo, korelacją obowiązku być nie musi **). Ujęcie normy prawnej jest najzupełniej możliwe bez przypuszczenia subjektywizacji „po stronie czynnej“. Ta subjektywizacja wprowadza zupełnie zbędne czynniki psychologiczne, aczkolwiek KELSEN takiej ingerencji najbardziej jest wrogi. Jednakże, w dalszej swej analizie pojęcia prawa podmiotowego uznaje, że pomiędzy tem pojęciem, a istotą normy w rozumieniu przedmiotowem zachodzi zasadnicza różnica: norma prawna jest stałą, permanentną, trwanie zaś prawa podmiotowego jest ograniczone w czasie ***).

Istnienie prawa podmiotowego, zależne od urzeczywistnienia składu czynu, przeciwstawia się, jako potencjonalność—jego aktualizacji; przyczem należy odróżniać ukształtowania, w których napięcie pomiędzy potencjalnością i aktualizacją jest stałe, od ukształtowań, w których napięcie to normalnie nie istnieje, o ile nie jest przejściowem, uwarunkowanem upływem pewnego czasokresu (np. prawo do żądania uiszczenia długu, którego zwrot winien nastąpić po upływie określonego czasu od chwili zawarcia umowy; wówczas prawo podmiotowe jest związane w swym „stanie potencjalnym“ — i dopiero upływ czasu powoduje, iż przechodzi w stan aktualny) ****).

W tem ujęciu tkwi, niewątpliwie, ten sam błąd, który KELSEN zarzucał teorjom „woli“ i „interesu“, jako wykład-

---

als die Hypostasierung des Inhaltes der primären Norm, die Rechtswidrigkeit die Negation der Rechtspflicht“.

*) SANDER, Staat und Recht j. w. T. II, str. 1143 zaznacza: „Die „Verpflichtung von Rechtssubjekten“, also auch die „Verpflichtung des Staates“ ist aber ein subjektivistischer Ausdruck für gewisse Tatbestände, für gewisse progressive Synthesen der Urteile des Rechtes. Mylne jest wszakże dalsze twierdzenie: „Aber eine folgerichtige o b j e k t i v e Rechtsanschauung müsste vor allem mit dem Dogma von der Normativität des Rechtes brechen, den Begriff der Verpflichtung eines Subjektes durch den Rechtssatz aufgeben“ (str. 1144).

**) W ujęciu eksplikacyjnem można rozumieć „urzeczywistnienie prawa podmiotowego“, jako odpowiednika obowiązku etycznego („walka o prawo“). Por. w tym względzie charakterystyczny wywód RADBRUCHA, Ueber das Rechtsgefühl (w czasopiśmie „Die Tat“ 1914, zesz. 4, str. 342): „Das Recht bezweckt die Pflichterfüllung zu ermöglichen. Unser Recht ist ein Recht auf die Möglichkeit der Pflichterfüllung, ein Recht, unsere Pflicht zu tun—und deshalb ist es umgekehrt Pflicht unser Recht zu wahren. Unsere Pflicht ist unser Recht—und deshalb unser Recht unsere Pflicht“. Odmiennie: RIEZLER, Das Rechtsgefühl 1921, str. 101 n.

***) KELSEN, Hauptprobleme str. 626.

****) KELSEN, Hauptprobleme, str. 628, 629.

nikom prawa podmiotowego. Już przeciwstawienie normy, jako pewnego quid „in permanentia", prawu podmiotowemu, jako przejawowi w czasie ograniczonemu, wskazuje, iż podstawą zróżnicowania są momenty, w ujęciu normatywnem niewspółmierne. Wprowadzenie czynnika „realizacji", ustalonej w zdaniu prawnem o „woli" państwa (w kierunku skutków prawnych), jest jednoznaczne z przypuszczeniem tożsamości prawa podmiotowego i urzeczywistnienia tego prawa. „Urzeczywistnienie" prawa jest działaniem normy, czyli pojęciem w rozumieniu normatywnem „niemożliwem", skoro rozumienie to ma jedynie z „ważnością" normy do czynienia. Jak słusznie powiada F. KAUFMANN: „die wirkende Norm ist ein Nonsens". Wprowadzenie tego momentu eksplikacyjnego uzależnia przypuszczenie prawa podmiotowego od aktualizacji, jakgdyby „actio", urzeczywistniająca prawo podmiotowe, tworzyła je dopiero, jakgdyby przedtem nie było ono dane *). Przeciwstawienie prawa subjektywnego (w „związanym stanie jego potencjonalności") —jego aktualizacji wprowadza pojęcia, które nie mogą posiadać znaczenia normatywnego **). Uzależnienie zaś urzeczywistnienia prawa podmiotowego od zarządzenia (Verfügung) osoby, która władna jest wywołać „skutki prawne" — wprowadza czynnik podmiotowej woli, rozumianej już nie normatywnie, lecz psychologicznie; mogą być więc dane takie ukształtowania, w których zależnie od indywidualnej przypadkowości dane będą, lub nie będą dane konfiguracje prawa podmiotowego ***). Decyzja „uprawnionego" rozstrzyga o bycie lub niebycie „subjektywizowanej" normy; a — jak wiadomo — nie zawsze w ujęciu normatywnem dany jest „obowiązek" aktualizacji praw podmiotowych. Gdy zaś taki obowiązek uważany być może jedynie jako accidentale normatywności (por. KELSEN j. w. str. 679 „Rechtspflicht zur Geltendmachung eines subjektiven Rechtes") — niemożliwem staje się ustalenie „istotności" elementu, którego byt czy nie byt dla strukturalnego ukształtowania normy najzupełniej jest obojętny.

Nie można również zaprzeczyć, że wprowadzenie w teorji KELSENA czynników różnicowania „w czasie", zależnie od skutków prawnych „potencjonalnych" (bezprawie, czyli wyraz

*) Por. słuszne uwagi krytyczne WIELIKOWSKIEGO j. w. str. 171, 172.

**) Słusznie WIELIKOWSKI j. w. str. 172: „Uebrigens sind die Begriffe des „Potentiellen" und „Aktuellen" vieldeutig und dazu rein explikativer Natur; es frägt sich daher: wie sind diese in eine rein-normative Konstruktion hineingedrungen?".

***) F. SOMLÓ j. w. str. 481: „...ist zu bemerken, dass KELSEN, in dem er von einer Verfügung der betreffenden Person spricht, damit bis auf ein Haar dasselbe meint, was die übrigen Theorien mit der Bezugnahme auf den Willen der betreffenden Person im Sinne haben".

„nisi n“ in commisione) i skutków „aktualnych“ (bezprawie in ommissione przy możności pewnego uwarunkowania, w zależności od terminu), oparte jest na rozróżnieniach eksplikacyjnych. „Przekrój“ w czasie jest jednoznaczny z uzależnieniem ważności normy od przebiegów faktycznych *).

Przyczem, zważyć należy, że, jeśli czyjaś „dyspozycja“, od której zależne jest urzeczywistnienie lub nieurzeczywistnienie skutku prawnego, nie ma być czemś faktycznem, sposób jej aktualizacji czy nieaktualizacji musiałby być rozumiany tylko normatywnie. To znaczy, że wypowiedź o prawie subjektywnem musiałaby być treścią, normatywnie ustaloną. Wówczas rzecz oczywista, owa treść, nie bacząc na jej swoistość w rozumieniu eksplikacyjnem, posiadałaby znaczenie, gdyby była ujęta normatywnie. Jej eksplikacyjnie rozumiany moment „podmiotowy“ byłby najzupełniej obojętny. Innemi słowy: ustalenie owej „mocy“ wywoływania skutków prawnych, imanentność pewnego ustosunkowania obowiązku do prawa, jako wynikającego z danego „składu czynu“ — byłaby takiem samem zdaniem prawnem, jak każde inne. Owe „osobliwości“ ukształtowania, w których urzeczywistnienie skutku pozostawia się czyjejś dowolności, lub w których skutki te od żadnej dowolności nie są zależne, lub wreszcie te wyjątkowe ukształtowania, w których „prawo“ jest bezwzględnym obowiązkiem podmiotu — byłyby niczem innem, jak normatywnemi przekształceniami pewnych treści. Oczywiście, jeśli rozumieć będziemy „możność dyspozycji“ (Verfügung), jako moment faktyczny— konstrukcja prawa podmiotowego byłaby niedopuszczalną ingerencją czynników eksplikacyjnych, rozważaniem prawa nie jako quid być mającego, lecz jako quid istniejącego.

Ten moment nie jest uwydatniony w teorji KELSENA. Ekwiwokacje, związane z pojęciem „rozporządzenia“, „dyspozycji“ (Verfügung), prowadzą do tautologji w określeniu prawa podmiotowego, skoro „rozporządzenie“ takie ma być zgodne z normą, a więc prawozgodne. Jeśli prawo podmiotowe jest zdaniem prawnem w jego relacji do osoby „prawnie umocowanej“, znaczy to, że owo umocowanie prawne jest wyrazem normatywnym, a więc zdaniem prawnem, jako elementem normy prawnej, w rozumieniu moich wywodów poprzednich **).

---

*) WIELIKOWSKI j. w. str. 173: „es kann nicht eine zeitliche Zäsur, ein rein-tatsächlicher Vorgang, als ein juristisch-unterscheidendes Merkmal in Betracht kommen“.

**) Ten moment uwydatnia KELSEN w definicji publicznych praw podmiotowych, j. w. str. 663: „Das subjektive Recht der Untertanen ist der Rechtssatz in seinem Verhältnis zu derjenigen Person, von deren Anspruch der im Rechtssatze erklärte Wille des Staates an irgendeinem Handeln abhängig gemacht ist“. Jeśli STARK, Die Analyse des Rechts, 1916 str. 161 uważa, iż definicja ta jest błędnem kołem — myli się, albowiem każdy wyraz czy element normy może być rozumiany tylko normatywnie.

Niesłusznym byłby wszakże zarzut, podnoszony przez niektórych autorów przeciwko teorji KELSENA, iż, przez uwydatnie w prawie podmiotowem skutków bezprawia („Unrechtsfolge"), uniemożliwione zostało odróżnienie prawa od bezprawia. Zagadnienie genezy prawa podmiotowego, jako pochodnego „przekroczenia normy" i kwestja prymatu bezprawia, jako momentu, tworzącego prawo — nie mogą być wyjaśnione normatywnie. „Negatywność" idei prawa, która przemawiałaby za korelacją pojęcia prawa podmiotowego z pojęciem bezprawia—mogłaby być rozważana w płaszczyźnie ogólnej nauki o normach przez porównanie ukształtowań normatywnych, wykazujących odrębne układy struktualne. Teorja normy prawnej tych zagadnień rozstrzygać nie może.*).

Teorja KELSENA została w pewnym względzie skorygowana w pracy F. KAUFMANNA o logice i nauce prawa.

F. KAUFMANN uważa, iż ujęcie „prawa podmiotowego" jest jednoznaczne z ujęciem treści norm prawnych, co może być osiągnięte, jeśli da się ono skonstruować na podstawie elementów prostego zdania prawnego, jako czyste pojęcie prawne **). Przez proste zdanie prawne rozumie F. KAUFMANN normę prawną, ujętą w wypowiedzi: A powinien zachować się n, w przeciwnym razie w stosunku do A winno nastąpić zachowanie się n_1, przyczem to zachowanie się n_1 jest poczytywane w stosunku do odmiennego podmiotu B. O prawie podmiotowem jednej osoby w stosunku do osoby drugiej należy mówić wówczas, gdy od zachowania się tej osoby zależy, czy powstaje obowiązek prawny osoby drugiej ***). Stosując tę definicję do poprzedniego ustalonego przezemnie pojęcia normy, należałoby powiedzieć: A powinien zachować się n, w przeciwnym

---

*) Tę „negatywność" idei prawa uwydatnił HUGO GROCJUSZ, De jure belli ac pacis lib. cap. I, III. 1: „Nam jus hic nihil aliud quam quod justum est significat, idque negante magis sensu, quam ajente, ut jus sit, quod injustum non est". SCHOPENHAUER powiada „Der Begriff des Unrechts ist der ursprüngliche und positive, der ihm entgegengesetzte des Rechts ist der abgeleitete und negative". Por. KELSEN, Hauptprobleme j. w. str. 53. Odmiennie WIELIKOWSKI j. w. str. 168; należy zaznaczyć, że „pozytywne" funkcje prawa mogą być rozumiane jako skutki jego „działania" in thesi (a więc, socjologicznie), nie zaś jako jego ważność in hypothesi.

**) F. KAUFMANN j. w. str. 112: „es gilt, den Begriff des subjektiven Rechtes juristisch zu erfassen. d. h. ihn durch Rechtsnorminhalte zu erfassen, und zwar wird er sich dann als reiner Rechtsbegriff darstellen, wenn es gelingt, ihn allein aus den Elementen des reinen, einfachen Rechtssatzes zu konstruieren".

***) Definicja ta brzmi jak następuje: „Man hat dann vom subjektiven Rechte einer Person gegenüber einer anderen zu sprechen, wenn es von ihrem Verhalten abhängt, ob der anderen Person eine Rechtspflicht erwächst", str. 112, 113.

razie w skutku zachowania się C, B powinien względem A zachować się n_1 *).

Słusznie ustala F. KAUFMANN, że punktem wyjścia prawa podmiotowego jest pojęcie obowiązku **). Wszakże element prawa podmiotowego, uważanego za czyste pojęcie prawne, nie jest w definicji F. KAUFMANA czemś normatywnie danem. Jeśli zachowanie się C „powoduje" konsekwencje, wynikające z wyrazu „nisi n", nie znaczy to, ażeby to zachowanie się musiało być rozumiane, jako być mające. Jeśli A powinien „n" — to w skutku zachowania się C (w wypadku „nisi n") — B powinien zachować się n_1. W tym wyrazie bynajmniej nie jest zawarta— jak mniema F. KAUFMANN — treść normatywnie prawna („Rechtsnorminhalt"). Nie jest w niej bowiem powiedziane, że zachowanie się C jest jego „prawną powinnością". Zachowanie się C nie posiada znaczenia samoistnego; nie jest ono, rzecz oczywista, faktycznością, czy będziemy je rozumieć, jako składnik w antecedencji zdania prawnego (zob. wyżej str. 271 n.), czy też, jako moment „powodujący pewne skutki" prawne wobec ukształtowań odpowiadających wyrazowi „nisi n" (zob.wyżej str. 274, 275). W rozważaniach poprzednich o t. zw. „składzie czynu" wyjaśniłem, że tworzy on, łącznie z t. zw. skutkiem prawnym, jedność, której spojeniem jest poczytanie (zob. wyżej str.295 n.). Wszakże, jeśli antecedencje i układy, odpowiadające wyrazowi „nisi n", posiadają znaczenie normatywne, jako łączące się z ustaleniami o „być mającem", nie jest dana w nich samych wypowiedź, iż one „być powinny". Są one warunkami z e w z g l ę d u na które A powinien zachować się n lub B zachować się n_1 (zob. wyżej str. 272 n.). Te składniki są normatywne jedynie ze względu na momenty, dane w wypowiedziach A—n, B—n_1. Niemożna przeto powiedzieć, że np. „umowy powinny być zawierane", można jedynie w rozumieniu normatywności prawnej powiedzieć, że „jeśli umowy są zawierane — A powinien zachować się...".

W takiem rozumieniu zachowanie się pewnej osoby, które może zarówno dobrze być, jak i nie być, nie jest czynnikiem samoistnie normatywnym. Jest ono: 1) bądź czemś danem w antecedencji zdania prawnego: np. jeśli dana jest możność zawie-

---

*) Ujęcie F. KAUFMANNA różni się od naszego: nie jest uwydatniony podmiot zdania łącznego (B — n_1) i symbol B oznacza w jego wywodach osobę, bądź figurującą w „antecedencji" zdania prawnego, bądź osobę, od której zachowania się zależą skutki wyrazu nisi n. Por. np. jego formułę: „A hat dann ein Recht gegenüber B, wenn auf Grund eines Verhaltnes V, des A, B ein Verhalten V^2 an den Tag legen soll, widrigenfalls ihm gegenüber ein Verhalten V^3 platzgreifen soll" str. 113: „Verhalten V^1 des A" nie jest w tem symbolicznem ujęciu czemś, co nastąpić „powinno".

**) W powołaniu się na wywód HOLD v. FERNECKA: „Nur wer den Weg über die Pflicht nimmt, gelangt zum subjektiven Recht".

rania umów—X może zawrzeć umowę i wówczas tej możności, o ile ona zachodzi, odpowiada obowiązek jakiegoś A,2) bądź czemś łączącem się z wyrazem nisi n; jeśli A zachował się nieodpowiednio do wskazania n—X może (wszakże nie jest to jego obowiązkiem) wywołać skutek prawny (B—n_1) *). Ale ta „możność“ czy „umocowanie“ X jest dane o tyle tylko, o ile wyrazem ich jest obowiązek A lub obowiązek B. F. KAUFMANN popełnia, moim zdaniem, znamienny błąd, przypisując pewnemu „uwarunkowaniu“ znaczenie samoistnego pojęcia prawnego, skoro to uwarunkowanie bynajmniej nie znajduje się w stosunku koniecznym do normatywności, jako wyrazu tego, co być powinno. Tylko dlatego, że w normie dane jest poczytanie A lub B odnośnie do postępowania n lub n_1 — jakiś X posiada pewną „możność“, nie samoistną, lecz ugruntowaną na „obowiązku“ A lub B. Gdyby prawo podmiotowe było pojęciem koniecznem, bez którego nie można byłoby „skonstruować“ normatywności prawnej — musiałoby być dane w samym układzie strukturalnym normy i w powiązaniach jej ogniw. Z chwilą wszakże, gdy jedynie ustalenia co do wyrazów n, n_1, n_2,... są istoty normatywności—momenty, które mogą być uwarunkowaniem tych wyrazów, lecz które, jako uwarunkowania „być mające“ nie są pomyślane, musiałyby prowadzić do rozważań eksplikacyjnych, związanych z „działaniem“ normy, a nie tylko z jej ważnością. Odróżnianie przez F. KAUFMANNA obowiązków absolutnych i względnych jest infiltracją pewnych momentów, właściwych składowi czynu (w rozumieniu antecedencji lub wyrazu nisi n odnośnie do wtórnego obowiązku B—n_1). Jeśli prawo podmiotowe jest „odbiciem“ obowiązku **), —musiałoby być jego wiernem zwierciadłem. Ale takiej „konieczności“ odbicia — teorja normatywna stwierdzić nie może, albowiem układ strukturalny normy i jej ogniw łącznych bynajmniej nie odpowiada korelatywnym do obowiązków prawom.

---

*) Pomijam ustalone przez F. KAUMANNA j. w. str. 114 odróżnienie obowiązków absolutnych i obowiązków względnych; nie wyjaśnia ono bowiem struktury prawa podmiotowego i jego rodzajów. Podział ten wynika z odmiennego ujęcia „czystego zdania prawnego“ i różnicowania „norm wtórnych“ (Sekundäre Normen) zależnie od „cywilnego czy „karnego“ charakteru zdania prawnego. LÖBL, Zum Problem der reinen Rechtslehre, Zeitschrift für öffentliches Recht T. III 122, str. 412: słusznie krytykuje ten podział: „KAUFMANN denkt sich die Doppelnorm so gegliedert, dass im Strafrechtsatze ihrem ersten Teil das Gebot, den strafbaren Tatbestand nicht zu verwirklichen ,ihrem zweiten Gliede das die Strafeaussprechende Urteil entspricht. Im Zivilrecht dagegen soll das verurteilende Urteil die primäre Norm, die Exekutionsbewilligung die sekundäre ausfüllen“. Słuszną jest konkluzja krytycznych wywodów LÖBLA j. w. str. 413: „Die blosse Zweiteilung der Norm ist also nur gerechtfertigt, wenn ihr erstes Glied auch im Zivilrechte der Gesetzesstufe, ihr zweites Glied dem Verfahren der Gesetzesanwendung schlechthin entsprechen soll“.

**) F. KAUFMANN j. w. str. 114: „Das subjektive Recht ist also... das Widerspiel einer Rechtspflicht“.

Jeśli „niekiedy“ odpowiada — jest to objaw przypadkowy, wywołany przez nieistotne dla normatywności ukształtowania w składzie czynu. Te ukształtowania, niejednokrotnie w tekstach prawnych wyrażane, powodują, iż „uwarunkowaniom“ przypadkowym przypisuje się znaczenie istotne. Normatywna teorja prawa nie ma potrzeby uciekania się do konstrukcji praw podmiotowych.

ROZDZIAŁ DWUNASTY.

FAKT A NORMA PRAWNA.

§ 38.

Teorja dwóch płaszczyzn.

Norma została określona, jako wypowiedź, która w odniesieniu do jakiejkolwiek dziedziny faktycznej, stanowi pewne żądanie, postuluje to, co ma być (zob. wyżej str. 68 n.). Norma nie jest wypowiedzią o tem, że coś dzieje lub nie dzieje, lecz o tem, że coś powinno się dziać lub nie dziać. W takiem ujęciu normatywność rozumiana jest w stosunku do „czegoś“, danego w faktyczności. Faktyczność tę nazywamy treścią normy, przekształconą ze względu na odniesienie do niej pewnej powinności.

W wywodach poprzednich zaznaczyłem podstawowe i zasadnicze rozróżnienie dwóch płaszczyzn: normatywnej i faktycznej. Rozróżnienie to odgrywa zasadniczą rolę przy ustaleniu dychotomji pojęć: w a ż n o ś c i i d z i a ł a n i a normy. Teorja normatywna bada wyłącznie ważność wypowiedzi prawnych, uważając, iż kwestja ich działania leży w zupełnie odmiennej płaszczyźnie i że może być rozumiana jedynie przez poznanie eksplikacyjne, in specie przez zastosowanie metodologicznych aspektów psychologji i socjologji. Badanie wszakże „ważności“ normy w oderwaniu od dynamiki jej substratu faktycznego — nie może pomijać specyficzności tego substratu. T o, c o być powinno, jest j a k i e m ś quid; nie może być „niczem“. Odniesienie powinności do takiej treści, która byłaby czemś „nie—danem“, nie byłoby odniesieniem, nie byłoby więc tą zasadniczą „operacją“ normatywną, przeciwstawianą faktyczności. Jeśli w wypowiedziach normatywnych mamy do czynienia z ustaleniami, zgodnie z któremi p o w i n n y być pewne „negativa“ — odniesienie takie bynajmniej nie jest puste. Charakterystyczne w ujęciach prawnych „zaniechania“ i „tolerancje“ (ommissio, non facere, pati), są odniesieniem nie do jakiegoś „nie istnienia“, lecz są przeciwstawieniem najdokładniej określonego istnienia. Obowiązki zaniechania, dopuszczenia, nieczynienia, znoszenia,

jako wyrazy normatywnie ukształtowanego „biernego“ zachowania się, są obowiązkami zaniechania, dopuszczenia, nie czynienia, znoszenia c z e g o ś.

Zachowanie się A w wypadkach „negatywnych“ ukształtowań treści powinno być takiem, ażeby treść, uznana za sprzeczną z wskazaniem normatywnem, nie ziszczała się. Jeśli wyraz „n“ jest ukształtowany odmiennie w ujęciach pozytywnych i negatywnych — ukształtowanie to nie wpływa ani na strukturę normy, ani na charakterystyczny tryb jej powiązań. Czy A powinien zwrócić dług, czy zaniechać prowadzenia konkurencyjnego przedsiębiorstwa, czy znosić wykonywanie sąsiedzkiej służebności (identyczne przykłady można przytoczyć z zakresu prawa karnego, państwowego i międzynarodowego) — strukturalny układ normy pozostaje bez zmiany. Non facere czy pati, jako wyrażonej w wypowiedzi „A—n“— jest przeciwstawieniem wyobrażanego „facere“ czy „non pati“; i gdy następstwo powiązania, odpowiadającego wyrazowi—„nisi n“ w wypowiedziach typu „facere“, jest zaktualizowanem przeciwstawieniem n, w wypowiedziach typy non facere jest zaktualizowanem n. W jednym i drugim wypadku zachowanie się przeciwne do wskazania — jest ogniwem, łączącem wyraz A—n z „sankcją“ B—n_1. Jeśli A powinien zwrócić dług i długu n i e z w r a c a, wówczas sędzia powinien skazać go na zapłatę. Jeśli A powinien zaniechać prowadzenia konkurencyjnego przedsiębiorstwa i przedsiębiorstwo to p r o w a d z i, sędzia powinien skazać go na wynagrodzenie szkód i strat *). Zarówno w jednym, jak i w drugim wypadku istnieje pewne „quid“, do którego odniesiona jest powinność.

Jeśli to, co być powinno—jest j a k i e m ś q u i d i nie może być „nie—quid“, zachodzi kwestja, jak wpływa odniesienie powinności do danej treści na samą istotę tej powinności? W rozważaniach poprzednich wyjaśniłem, że zachodzi ustosunkowanie pomiędzy idealną ważnością normy a rzeczywistością (conditio sine qua non normy); bez przypuszczenia takiego ustosunkowanie pojęcie normy byłoby tylko fantazmatem. Nie znaczy to, oczywiście, ażeby wyrazem tego ustosunkowania miało być „działanie“ normy. Ustosunkowanie to zachodzi jedynie ze względu na „substrat“ normy. Jeśli substrat ten jest dany — ewentualność działania jest normatywnie najzupełniej obojętna. Obchodzi nas wyłącznie substrat, jako taki; i właśnie co do niego zachodzić mogą ewentualności, iż „może być oceniany

*) Odróżnienia tych ukształtowań mogą mieć znaczenie zarówno z punktu widzenia różnorodności skutków prawnych (rozważania konstrukcyjno-dogmatyczne), jakoteż pod kątem widzenia analizy psychologicznej. Por. systematykę PETRAŻYCKIEGO j. w. T. str. 69, T. II str. 328: facere—accipere; non facere — non pati; pati—facere.

kontrolowany, korygowany, uznawany za prawdę lub fałsz, wartość lub bezwartość" (zob. wyżej str. 85). Poprzednio wyjaśniłem, że jeśli istota znaczeniowa treści jest bezsensowna i pusta —normatywność niemniej pozostałaby ważną, chociażby proces jej odniesienia do takiej treści pozbawiony był znaczenia. Relacja powinności do takiej treści nie dlatego jest nieważną, że w ujęciu normatywnem tkwi moment „nieważności", lecz dlatego jedynie, że proces połączenia staje się znaczeniowo pusty lub bezsensowny (zob. wyżej str. 86). W tym procesie połączenia przez przekształcenie treści, jako odniesionej do powinności, substrat normy posiada znaczenie samoistne. Rzecz oczywista, że w tem przekształceniu nie jest żadną faktycznością, ani jej zwykłem odbiciem i odpowiednikiem. Jest on — właśnie ze względu na normatywne przekształcenie —czemś od faktyczności zasadniczo różnem; niemniej jest „czemś", takim elementem, bez którego norma pomyślana być nie może.

W ujęciu normatywnem rzeczywistość jest „przekształconą" rzeczywistością. W tem znaczeniu można mówić o „bycie", o „istnieniu" tego, co „być powinno". Jest to, rzecz oczywista, istnienie zupełnie odmienne, w zupełnie odrębnej pozostające płaszczyźnie w porównaniu z przebiegami w rzeczywistości doświadczalnej. Jeśli rzeczywistość „realna" ma być oceniana „normatywnie", możliwe to jest jedynie w tem znaczeniu, że substrat „istniejącego" jest porównywany w odniesieniu do substratu „powinności"; są to wówczas dwa byty zupełnie odrębne.

Dla tego „substratu", który w jednej płaszczyźnie pojmowania występuje, jako treść „rzeczywistości", w drugiej zaś, jako treść „powinności" — nie mamy w terminologji odpowiednich rozróżnień *); i w samej wypowiedzi, głoszącej, że „coś powinno być" kryje się sprzeczność, albowiem o owem quid jednocześnie

*) Por. KELSEN, Das Problem der Souveränität j. w. str. 99 uw. 1: „Wenn eine Wirklichkeit bewertet werden kann, so ist das eben nur in dem Sinne möglich, dass der Inhalt des Seins mit dem Inhalt des Sollens in Vergleich gesetzt wird". W odrębnej płaszczyźnie „tego, co być powinno" można mówić o „bycie" powinności. Por. KELSEN, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff j. w. str. 76: „Man kann dann von einem Sein des Sollens sprechen". Oczywiście, że to istnienie nie jest równoznaczne z istnieniem w rozumieniu rzeczywistości doświadczalnej. Nie odróżnianie tych dwóch płaszczyzn prowadzi do mylnych wyników, jak to widzimy np. w krytycznych rozważaniach SANDERA. SANDER zarzuca KELSENOWI, że przypuszczenie „bytu" normatywności sprzeczne jest z założeniem normatywnej „idealności" tego, co być powinno („normative Idealität des Sollens") — por. Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung j. w. str. 537, 538, Staat und Recht j. w. T. II str. 1179, 1189. KELSEN słusznie replikuje SANDEROWI: „SANDER, scheint also nicht zu wissen, dass der Begriff eines dem Natur—Sein, dem Sein, das die Urteile der Naturwissenschaft aussagen, gegenüber weiterer Begriff des Seins, als des urteilsmässigen Gesetzt—Seins überhaupt, gerade in der Literatur der Transzedentalphilosophie durchaus geläufig ist?" (Rechtswissenschaft und Recht j. w. str. 109).

się mówi pod kątem rozważania „istnienia“ i „powinności“ istnienia *).

Normatywne przekształcenie „substratu“ powodować może pewne ekwiwokacje, jeśli uważać będziemy układ normatywny, jako „wywodzący“ się z faktyczności, czy na niej „ugruntowany“. Stąd płynąć by musiał wywód, że dziedzina normatywności prawnej „oparta“ jest na pewnej „faktyczności“ (przez psychologicznie czy socjologiczne przypuszczenie działania „nakazu“ czy przejawów „mocy faktycznej“). Błędne odróżnienie KELSENA, w którego mniemaniu kryterja „heteronomji“ i „autonomji“ są zasadami różnicowania norm prawnych i moralnych, może poniekąd do takiego wniosku prowadzić**). Z chwilą wszakże, gdy ta zasada zostaje odrzucona, upada zarzut, iż pojęcie „czystości“ normatywnej jest tylko pozorne, albowiem eksplikacyjny moment pochodzenia i genezy normy nie jest z tem pojęciem współmierny. Pozatem, ekwiwokacje mogą powstać z tego względu, że przekształcenie normatywne uważa się, jako zależne od treści. Że w „operacji“, łączącej odniesienie powinności do treści, moment treści nie jest obojętny — rozumie się samo przez się; zaznaczyłem to już poprzednio. Wszakże należy mieć na względzie, że właściwie proces „przekształcenia“ nadaje tej treści „wygląd“ zupełnie odmienny i że o jej adekwatności z dziedziną faktyczności nie może być mowy. NATORP słusznie powiada, że wszelka wypowiedź o tem, co być powinno zawiera w sobie trojakie ustalenia o istnieniu. Popierwsze: „powinność“

---

*) KELSEN, Die Rechtswissenschaft als Norm oder als Kulturwissenschaft j. w. str. 124: „Wert und Wirklichkeit sind eben nur verschiedene Anschauungsformen eines und desselben Substrates... Der irreführende vulgäre Sprachgebrauch identifiziert die Wirklichkeit, somit eine Anschauungsform mit ihrem I n h a l t, wenn er die Realität als Substrat des Wertes, d. h. wiederum eine Anschauungsform, erscheinen lässt, welche diejenige der Wirklichkeit a u s s c h l i e s s t. Dieser logische Fehlr zeigt sich am schärfsten in dem Ausdruck, den die Sprache dafür hat, dass irgendein Inhalt als gesollt vorgestellt wird. Man sagt: etwas soll sein, obgleich es widerspruchsvoll ist, von etwas zugleich ein Sollen und ein Sein auszusagen“. Należy mieć na względzie, że znaczenie sądu wypowiadającego iż coś być powinno, jest zupełnie niezależne od znaczenia sądu o tem, że owo „coś“ jest, było, będzie lub być może. KELSEN słusznie powiada: „Diese Unabhängigkeit der Soll — von den Seins—, d. h. Naturseins-Geltung muss notwendigerweise jeden Bezug auf das tatsächliche Wollen, Wünschen, Anerkennen oder Handeln des gesollten Inhalts von seiten eines Menschen, an den das Sollen „gerichtet“ ist, ausschliessen“ (Rechtswissenschaft und Recht j. w. str. 106, 107).

**) WIELIKOWSKI j. w. str. 153, 154: „Denn was die Ethik von der Logik, was das Recht von der Ethik und die letztere von der Aesthetik unterscheidet, liegt nicht mehr in der reinen Soll-Sphäre, sondern wird aus den Elementes des S e i n s herangezogen. Schon die Einteilung in a u t o n o m e und h e t e r o n o m e Normen geschieht nicht mehr auf der Basis der rein—normativen Betrachtungsweise. Denn die letztere besagt doch nur eine reines Sollen und sieht gänzich von der Frage ab, v o n w e m die Norm ausgehe“.

dotyczy jakiegoś „bytu“: o tem, co jest—wypowiada się sąd, że powinno być lub nie powinno być; o tem, co nie jest—wypowiada się sąd, że powinno być lub nie być. Powtóre: to, co być powinno jest, „żądaniem“, (Forderung), odniesionem do pewnego istnienia lub nieistnienia. Potrzecie: to, że coś powinno być lub nie być jest rozważane, jako coś istniejącego *). Z tych trzech znaczeń jedynie drugie wchodzi w grę przy rozważaniu normatywności prawnej. Pierwsze bowiem znaczenie ściąga się wyłącznie do ustalenia czy stwierdzenia pewnego istnienia lub nieistnienia; i w tem pierwszem znaczeniu nie jest ważne „żądanie“ normatywne, jako takie, lecz t o, c o jest żądane. Mamy wówczas do czynienia z aspektem psychologicznym, socjologicznym, politycznym, czy jakimkolwiek innym, lecz nie prawnym. W trzecim zaś znaczeniu jest mowa o i s t n i e n i u powinności, czyli o tem ujęciu, które KELSEN nazywa „ein Sein des Sollens“**). Oczywiście, że w tem ostatniem pojmowaniu znaczenie zasady idealnej, nie jest jednoznaczne z przypuszczeniem zasady „realnej“ w rozumieniu rzeczywistości doświadczalnej ***).

Jedynie w drugiem przez NATORPA ustalonem znaczeniu ujęcie normatywne, jako żądanie pewnej treści, wymaga dla jego zrozumienia — również zrozumienia znaczenia danej w normie treści ****). Wszakże to zrozumienie nie jest dane p r z e z t r e ś ć, lecz ze względu na o d n i e s i e n i e treści. I właśnie w tym procesie odniesienia treść staje się czemś zupełnie odmiennem, nie posiada ona znaczenia ze względu na „d z i a ł a n i e“, jedynie miarodajną jest jej „ważność *****).

Negacja samoistnej dziedziny „być mającego“ nie może wynikać z przypuszczeń, stwierdzających egzystencję elemen-

*) NATORP, Philosophie, ihr Problem und ihre Probleme 1911 str. 32 — cyt. przez WIELIKOWSKIEGO, j. w. str. 153, 154 uw. 1.

**) Czwarte znaczenie „powinności“ może być dane przez przeciwstawienie normy prawnej postulatom o jej idealnem ukształtowaniu w rozumieniu wymagań etycznych, politycznych i t. p. (dentologja normy prawnej). To znaczenie nie obchodzi nas bliżej, przekracza ono zakres poznania prawnego i wkracza w zakres ujęcia, odpowiadającego normatywności, która jako prawna uważana być nie może. O tem czwartem znaczeniu zob. KELSEN Der soziologische und der juristische Staatsbegriff j. w. str. 76 uw. 1: „Betrachtet man das positive Recht als Norm, so tritt es als ein von Ethik oder Politik gänzlich verschiedenes und unabhängiges System auf, das mit dem Normsystem der Ethik oder Politik nicht zugleich als gültig angenommen werden kann“.

***) Mylnie SANDER, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung j. w. str. 606 („Idealgesetz“ i „Realgesetz“).

****) NATORP j. w. „Zweitens ist das Sollen selbst Forderung eines Seins oder Nichtseins, setzt also insofern, um selber verstanden werden zu können, den Sinn des Seins als verstanden voraus“.

*****) Por. przeciwstawienie WINDELBANDA: „Geltung an sich“ i „Geltung für uns“ (KELSEN, Rechtswissenschaft und Recht j. w. str. 108).

tów „istniejącego“, jako koniecznie dla tej właśnie odrębnej dziedziny właściwych. Twierdzenie, że „być mające“ jest tylko „modalnością istniejącego“ („Modalität des Seins“) nie znaczy bynajmniej, że pomiędzy temi dwiema płaszczyznami ujęcia żadna nie zachodzi różnica *). Właśnie: dane jest takie przekształcenie istniejącego, w którem „faktyczność“ jest wprawdzie warunkiem koniecznym, ale w którem jej relacje są od faktyczności zupełnie niezawisłe. „Substratu“ relacji nie należy utożsamiać z relacją samą. W normatywności prawnej nie posiada przeto znaczenia „interes“, „dobro“, jako treść samoistna, lecz jako treść znaczeniowa ze względu na jej odniesienie np. co do t r y b u obrony interesów, s p o s o b u ich urzeczywistnienia i t. p.

Nie idzie więc wówczas o „faktyczność“ obrony, gwarancji, urzeczywistnienia, lecz o jej j a k o ś ć. Stwierdzenie modalności nie jest przeto zaprzeczeniem samoistnego znaczenia odrębnej dziedziny „być mającego“. I prawa tą dziedziną rządzące nie dają się zredukować i sprowadzić do praw, właściwych dziedzinie faktyczności **). Ustalenie, że w skutku wskazania normatywnego nastąpiła zmiana w dziedzinie istniejącego—nie jest momentem stwierdzającym podstawność zasady „być mającego“. Albowiem fakt zmiany tak samo jest dla „być mającego“ obojętny, jak i ta ewentualna okoliczność, że zmiana taka wcale nie nastąpiła. Urzeczywistnienie czy nieurzeczywistnienie być mającego nie jest „być mającem“. Że w obu ewentualnościach dane jest odniesienie do treści, okoliczność ta nie wyłącza samoistności odrębnych dziedzin. Wspólny moment treści (treść, jako faktyczność—treść, jako przekształcenie pewnego quid w odniesieniu do powinności) wskazuje tylko na możność rozważania stosunku pomiędzy dziedziną faktyczności i powinności; wszakże możność takiego aspektu

---

*) Jak np. przypuszcza BRODMANN, Recht und Gewalt 1921, str. 28: „Man muss also genauer statt Sein und Sollen sagen Sein und Sein-Sollen. Und so ist es denn unmöglich, zwischen explikativen und normativen Wissenschaften so zu scheiden, dass letztere mit einem Sein sich überhaupt nicht zu befassen haben“.

**) Por. SCHWABE, Das Rechtsgebilde als Person. Grundlinien einer juristischen Erkenntnistheorie 1911, str. 17: „Dieses Gesetz der Abgenzung und Zuteilung, welches jedem Rechte immanent ist, bezeichnen wir als Modalität, weil es das allgemeine formale Wie betrifft, durch das sich das Recht als geistige Macht offenbart“; str. 18: „Die kritische Betrachtungsweise beschränkt sich darauf, das allgemeine jedem bedingten Rechte anhaftende Wie, eben die Abgrenzung und Teilung als solche zum formalen Gesetz zu erheben, ohne sich auf ihren veränderlichen Inhalt einzulassen“. Słusznie znaznacza NELSON, System j. w. str. 22: „Die praktische Metaphysik kann nicht auf die spekulative als eine Folgewissenschaft von dieser zurückgeführt werden; denn ein Gesetz des Sollens lässt sich nicht logisch zurückführen auf ein solches des Seins“.

nie jest stwierdzeniem tożsamości tych dziedzin *). Nie jest również wyjaśnieniem przemiany faktyczności na normatywność (problemat G. JELLINKA: normatywna moc faktyczności, „die normative Kraft des Faktischen"). Ten problemat jest tylko przypuszczeniem „prewalencji" faktyczności, tworzącej jakoby relację normatywną. Już samo postawienie tego zagadnienia wyłącza wszelką możność samoistnego aspektu normatywnego i stanowi próbę sprowadzenia tego aspektu do zwykłej eksplikacji **).

Mylnem byłoby również uzasadnienie negacji samoistnej dziedziny być mającego z tej zasady, że z przeciwstawienia abstrakcyjności i konkretności wynika w sferze normatywności prawnej zróżnicowanie norm istniejących i norm nie istniejących. Mówiąc o normach prawnych, ma się na myśli normy „rzeczywiste" i normy „pomyślane". Norma, która nie jest dana w rzeczywistości konkretnej, jest normą, która bądź istnienia swego nie „rozpoczęła", bądź istnienie swe „zakończyła". Z tych względów nie można—jak mniema BRODMANN—ustalić samoistności dziedziny normatywnej.

Przeciwstawienie „abstrakcyjności" i „„konkretności" jest w takiem ujęciu zupełnie dowolne; w istocie rzeczy, idzie o przeciwstawienie „ważności" i „działania", a w konsekwencji, wobec odmówienia normie in concreto nie istniejącej charakteru normy — o wyłączenie wogóle pojęcia ważności ***). W takiem ujęciu normatywne rozumienie prawne staje się wogóle niemożliwe.

*) KELSEN, Das Problem der Souveränität j. w. str 97, uw. 1: „Nur so scheint mir das Problem lösbar: Dass das Sollen des Rechts und das Sein der historisch-sozialen Wirklichkeit sich zwar logisch ausschliessen, dennoch aber in einer nicht zu leugnenden inhaltlichen Beziehung stehen".

**) Słusznie NELSON, Die Rechtswissenschaft ohne Recht j. w. str. 21: „Die Lehre von den rechtserzeugenden—Nichtrecht in Recht verwandelnden—Kräften ist also nur durch eine Verkennung des von allem Faktischen unabhängigen Rechtgesetzes enstanden; sie beruht auf einer Verwechslung der rechtserheblichen Tatsachen unter dem Rechtsgesetz mit einer angeblichen Erzeugungsquelle des Rechts selber". Nie jest również wyjaśnieniem psychologiczna hipoteza E. HUBERA j. w. str. 257, 258: „In dem Augenblick, wo die tatsächliche Gemeinschaft derart auf der Grundlage des Rechtsbewusstseins ihrer Mitglieder als rechtliche empfunden wird, ist die rechtliche Gewalt geschaffen".

***) Por. w tym względzie pogląd MANIGK'A, Savigny und der Modernismus im Recht 1914 str. 118 uw. 267: „Das Wesen der materiellen Geltung des Rechts kann nicht so sehr aus dem Begriff des Rechts, als aus der exakten Beobachtung des rechtlichen Wirkens gewonnen werden, nicht aus normativen Gesichtpunkten des Sollens, sondern aus festzustellenden des Seins". Słusznie OERTMANN j. w. str. 19: „So folgt in der Regel aus dem Sollen ein ihm entsprechendes Sein. Wie aber umgekehrt auch dem bloss s o z i a l e n Sein das s t a a t l i c h e Seinsollen ohne weiteres folgen soll, leuchtet um so weniger ein als sich aus jenem meistens gar nicht sicher entnehmen lässt, ob man es in Befolgung einer vorgestellten Rechtspflicht oder nur in Befolgung des Sitten—oder Moralgesetzes so gehalten habe".

BRODMANN nie zaprzecza bynajmniej, że pewnym kategorjom norm, które nie są normami prawnemi, nie można odmówić „bytu“ niezależnego od istnienia in concreto. O „nieodmiennych“ prawach rozumowych logiki, etyki, estetyki (przez co BRODMANN właściwie rozumie normy logiczne, etyczne, estetyczne) nie można powiedzieć, że mogą one nie istnieć. Są one dla nas zawsze rzeczywiste *). Znaczyłoby to, że normatywność prawna nie może mieć nic wspólnego z pojęciem normatywności wogóle, skoro istnieją układy normatywne, w których kwestja działania (konkretności) jest najzupełniej obojętna. A więc, sfera prawności nie byłaby normatywną w właściwem tego słowa znaczeniu, gdy zaś jakiejś pośredniej sfery „pomiędzy“ normatywnością, a eksplikacją pomyśleć nie można, wynikałoby, iż prawo rozumiane być może tylko eksplikacyjnie. Takie rozumienie przypomina ów stale przez SANDERA powtarzany argument, skierowany przeciwko konstrukcjom KELSENA: iż założenie, oparte na przypuszczeniu samoistnej sfery normatywnej, jest równoznaczne z wprowadzeniem ocen etycznych, a nawet postulatów etyczno-politycznych; i że przeto pojęcie „być mającego“ jest pojęciem etycznem i nigdy pojęciem prawnem stać się nie może. Czyli: pojęcie normy byłoby równoznaczne z pojęciem normy etycznej **).

Przypuszczenie normatywnej płaszczyzny prawnej, które niekoniecznie musi prowadzić do utożsamienia normy prawnej z normą etyczną, nie wyłącza aspektu eksplikacyjnego. Założenie takiego aspektu nie jest bynajmniej niedopuszczalnym synkretyzmem metodologicznym, sprzecznym z „czystością“ ujęcia. Albowiem ujęcie eksplikacyjne nie dotyczy ani struktury normy prawnej, ani trybu powiązań jej ogniw. Rozważanie struktury i trybu powiązań normy nie jest możliwe z punktu widzenia eksplikacyjnego, dla którego są jedynie ważne momenty genezy, motywacji i działania normy. Eksplikacyjnie można byłoby wyjaśnić, dlaczego ze względu na daną strukturę normatywności, przepisy prawa wykazują pewne charakterystyczne właściwo-

*) BRODMANN j. w. str. 30: „Auch von den letzten unverbrüchlichen Vernunftgesetzen der Logik, Ethik, Aesthetik gilt grundsätzlich nichts anderes. Nur kommt bei ihnen, weil sie das sind, ein Nichtsein gar nicht in Frage. Sie sind für uns immer wirklich“.

**) Por. replikę KELSENA Rechtswissenschaft und Recht j. w. str. 102: „Dass es andere als ethische Normen geben könne, hält SANDER nicht einmal einer Erörterung für würdig“ i str. 103: „Denn akzeptiert man selbst die unmögliche Erweiterung des Begriffes der Ethik zum Begriff der Norm überhaupt, dann ist der Sinn meiner reinen Rechtslehre der, dass die „ethischen“ Normen, die ich als Normen des positiven Rechts darstelle, grundsätzlich auseinander zu halten sind von jenen ethischen Normen, die bisher allein als solche bezeichnet wurden (so wie man diese ethischen Normen auch von jenen ethischen Normen auseinander halten muss, die bisher als logische bezeichnet wurden)“.

ści i typowe tendencje. Wszakże ani te właściwości, ani te tendencje, skonstatowane, jako „przeciętne“ obserwacji czy doświadczenia historycznego, w niczem nie zmieniałyby samoistnie znaczeniowej strukturalności prawnej. Gdyby te właściwości i tendencje nie dały się skonstatować in casu—niemniej wszakże istota normatywności prawnej nie uległaby zaprzeczeniu. PETRAŻYCKI np. stwierdza, że reakcjom prawnym, w odróżnieniu od reakcji etycznych, właściwe są tendencje (wszakże nie cechy konieczne), wyrażone w „przymusowem“ urzeczywistnieniu prawa i w „represyjnym“ charakterze psychiki prawnej (w odróżnieniu od „pokojowych“ reakcji moralności) *). Z atrybutywnej istoty prawa wynika pozatem, że właściwa mu jest tendencja „szablonowości“ norm, ich dokładnej „pozytywizacji“, kontroli i konieczności udowodnienia „faktów relewantnych“ (przejaw, który GENY nazywa „la substitution du quantitatif au qualitatif dans l'expression des règles juridiques“), „unifikacji“ przez nadanie mocy obowiązującej orzeczeniom, zapobiegającym „sporom“ i spory te rozstrzygającym (funkcja sądowa) **) Stąd wynikają dystrybucyjne i organizacyjne funkcje prawa. Jednakże ze stwierdzenia, że normatywności prawnej właściwe są pewne tendencje, że dane są w niej określone funkcje, nie wynika, iż te tendencje są równoważne z samą normą; t. j. że norma nie mogłaby być dana w płaszczyźnie tego, co „być powinno“, gdyby tych tendencji i funkcji nie było. W istocie rzeczy, ani w strukturze, ani w trybie powiązań normy nie jest dana np. właściwość „przymusu“ i „represji“; jedynie charakterystyczna dla normatywności prawnej odmienność punktów poczytań w zdaniach prawnych, jako w ogniwach normy, wskazuje na to, iż odniesienie powinności do różnych podmiotów może powodować ukształtowania, różniące się od ukształtowań w dziedzinie normatywności etycznej lub religijnej. W żadnym wszakże wypadku pojęcie przymusu i represji nie jest faktycznością; może być ono rozumiane, jako specyficznie przekształcona treść normy***).Cechy „szablonu“, „unifikacji“, „pozytywizacji“, „kwantyfikacji“—bynajmniej dla pojęcia normy nie są miarodajne; albowiem zarówno struktura, jak i tryb jej powiązań mogą być rozumiane w odniesieniu do treści przez nią ujmowanych (t. j. w rozważaniu tych treści), jako jednorazowe, do treści tej ad hoc przystosowane, uwzględniające jej osobliwości i t. p.

---

*) PETRAŻYCKI, Teorja j. w. T. I § 9 str. 157 n.

**) PETRAŻYCKI, Teorja j. w. T. I § 10 str. 164 n.

***) KELSEN, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff j. w. str. 82: „Nur dass es nicht die Faktizität des Zwanges ist, die als Begriffsmerkmal akzeptiert wird, vielmehr erscheint hier der Zwang—und zwar der sogenannte physische, äussere Zwang—als Inhalt der Sollordnung, als Norm-Inhalt. Der Staat erscheint als die Einheit eines Systems von Normen, die regeln, unter welchen Bedingungen ein bestimmter Zwang von Mensch zu Mensch geübt werden solle“.

Stosowanie metody eksplikacyjnej, jako trybu ustalania pewnych tendencji konkretnych wypowiedzi normatywnych, stwierdzenie uogólnień, ich funkcji i działania byłoby, oczywiście, sprzeczne z „czystością“ ujęcia. Metoda ta wstępuje w swoje prawa na tej rubieży, na której kończy się możność pojmowania normatywnego. Jak wiadomo, typowe powiązania wypowiedzi o tem, co być powinno, nie są „łańcuchem bez końca“. W systemie normatywności prawnej dany jest punkt, w którym „kończą“ się powiązania „powinności“. Tak zwana norma najwyższa kwalifikowana jest z tego punktu widzenia, że zawarta w niej wypowiedź nie łączy się z żadnem ogniwem następnem; z chwilą bowiem, gdy takie dalsze powiązanie jest ustalone, przestaje być uważana za normę najwyższą, i ta kwalifikacja przysługiwać będzie dalszemu „nadrzędnemu“ powiązaniu. I właśnie in puncto takiej normy najwyższej dana jest możność poznania eksplikacyjnego. Normatywne ujęcie takiej wypowiedzi „najwyższej“ czy „końcowej“ możliwe jest jedynie ze względu na jej powiązania poprzedzające, na „sprowadzalność“ wszystkich zdań prawnych do niej, jako wspólnego „źródła“ (jeśli użyjemy właściwego dogmatyce prawnej terminu technicznego). Z chwilą wszakże, gdy izolujemy tę normę najwyższą, gdy wyodrębniamy ją z zespołu powiązań poprzedzających, gdy rozważamy ją „samą w sobie“ — wówczas pojmowanie jej może być bądź eksplikacją (socjologiczną czy psychologiczną), bądź jej odniesieniem do jakiejś innej „nadrzędnej“ normatywności. W rozważaniu, przypuszczającem odniesienie normy najwyższej do „innej“ normatywności—nie może być, rzecz oczywista, mowy o tem, że ta „nadrzędna“ normatywność jest normatywnością prawną. Rozważamy ją wówczas z punktu widzenia normatywności, już uprzednio uznanej za odrębną i z normatywnością prawną nie współmiernej. Jeśli mówi się, że „powinność“ wyrażona w normie najwyższej jest takiem quid, które „być powinno“, ustalenie takie świadczy o tem, że „obowiązek“, nakazujący takie „żądanie“, odniesione do bytu normy najwyższej, nie jest obowiązkiem prawnym. Gdyby nim był, musiałaby być zawarta w nim łączność wypowiedzi o tem, co stać się p o w i n n o w wypadku „nieaktualizacji“ i jakim jest ten podmiot, któremu przypisana będzie „powinność“ odpowiedniego zachowania się — właśnie w wypadku takiej nieaktualizacji. Odmienne ujęcie musiałoby prowadzić do problematyzacji, przypuszczającej t. zw. „prawo prawa“. Że taka problematyzacja jest błędna — wykazałem już poprzednio.

Zagadnienie, dlaczego „powinna“ być dana norma najwyższa, może być wyjaśnione przez postulowanie wskazań etycznych, religijnych, politycznych, a nawet technicznych — nigdy zaś prawnych. Postulowanie wskazań normatywnie prawnych byłoby w tym wypadku tylko przesunięciem kwestji, t. j. przypisaniem innej (nadrzędnej) normie charakteru prawnego (stąd naj-

rozmaitsze hipotezy prawa naturalnego); byłoby uznaniem, że wypowiedź „dotychczas" uważana za normę końcową nie posiada tej kwalifikacji „najwyższej". Ratio essendi (dokładniej: „ratio debendi") normy najwyższej w systemie prawnym nie może być zasadą normatywnie-prawną. Byłoby np. kwalifikacją normatywnie-etyczną ustalenie, że układ prawny powinien być dany i że przeto norma najwyższa jest stwierdzeniem takiej powinności.

Należałoby wówczas rozumieć ustalenie normy najwyższej w znaczeniu czynnika, p o w o d u j ą c e g o istnienie układu prawnego — w odniesieniu tego ustalenia do zupełnie samoistnej „powinności". Należałoby wówczas powiedzieć, że norma najwyższa „być powinna" z tego względu, iż jest ona koniecznym warunkiem „wartości" współżycia społecznego *). Mogłaby powstać kwestja, czy, rzeczywiście, wartość współżycia społecznego powinna być uwarunkowana ustaleniem konieczności układu prawnego. W koncepcji STAMMLERA taka konieczność nie ulega wątpieniu; jego idealna „czysta wspólnota" (reine Gemeinschaft) jest wyrazem ideału prawa; prawo jest koniecznym środkiem gwoli możliwej prawidłowości życia społecznego (a więc: „być powinno")**). Wszakże konstrukcja współżycia społecznego, które nie musiałoby koniecznie (a więc nie powinno być) układem prawnym, nie jest konstrukcją niemożliwą. Ustalenie: ubi societas—ibi jus jest jedynie stwierdzeniem pewnej prawidłowości, danej w dotychczasowem doświadczeniu historycznem. Z tego, że pewna cecha współżycia istnieje obecnie i nieprzerwanie istniała dotychczas („ustrój" jest niemożliwy w anarchji i w bezładzie) — nie wynika, iż cecha ta bezwzględnie „być powinna". Możliwy jest taki układ prawny, w którym ustalone są wyłącznie „obowiązki" i pojęcie „praw podmiotowych" pozbawione będzie wszelkiego znaczenia; niemożliwy byłby układ prawny bez przypuszczenia „obowiązków", albowiem wyłączenie tego przypuszczenia jest negacją „prawnego" punktu poczytania ***). Może być wszakże skonstruowany taki układ

---

*) Taką jest np. konstrukcja NELSONA, System j. w. str. 29, 30: „Der Rechtszustand s o l l in der Gesellschaft bestehen: das ist ein abgekürzter Ausdruck dafür, das er die notwendige Bedingung ist, die erfüllt sein muss, damit der Gesellschaft überhaupt ein Wert zukommen kann". NELSON zaznacza, że w takiem ujęciu pojęcie „powinności" nie jest identyczne z pojęciem „obowiązku" indywidualnego. „Aber dieses Sollen bedeutet darum nicht eine Pflicht für den Einzelnen, den Rechtszustand herbeizuführen; das Wort „sollen" ist hier in einer weiteren Bedeutung gebraucht, in der es eine Aufforderung bedeutet, deren Erfüllung die notwendige Bedingung jedes Wertes überhaupt ist".

**) STAMMLER, Lehrbuch j. w. § 107 str. 231: „Darum ist das R e c h t, in seiner begrifflichen Eigenart, ein unentbehrliches Mittel zu m ö g l i c h e r Gesetzmässigkeit des sozialen Lebens, und es vollendet sich hierin seine allgemeingültige Begründung".

***) KELSEN, Hauptprobleme str. 312: „Der sozialistische Zukunfts-

współżycia, w którym obowiązki nie będą kwalifikowane jako prawne; w formie niedoskonałej może życie społeczne „orjentować się“ nie według wskazań normatywnych, lecz z uwzględnieniem pewnych konieczności faktycznych *). Można przypuścić wyłączne „sprawowanie rządów“ przez obowiązki moralne, religijne, „metafizyczne“, t. j. taki ustrój, w którym z wypowiedzią o powinności pewnego A wcale nie łączy się możność jej nieaktualizacji i przypuszczenie dalszych obowiązków innych podmiotów n a w y p a d e k takiej właśnie nieaktualizacji **). A nawet przy przypuszczeniu nieaktualizacji zakłada się, że jej skutki „powstają“ w sferze poczytania jednego i tego samego podmiotu. Czyli, że dane byłoby wówczas jedynie „forum internum“, „sankcja“ nigdy nie byłaby „obco-osobową“ i każdy byłby swoim własnym sędzią***). Gdyby taki układ miał być wartościowany, jako idealny, pożądany i in hypothesi ziszczalny, wówczas nie można byłoby powiedzieć, że normatywność prawna jest tem, co „być powinno“. Przeciwnie, będzie ona wówczas oceniana odmiennie, ze względu na negację wartości prawa, opartą na motywacjach etycznych, gospodarczych i t. p. ****).

---

staat mag in seiner anti-individualistischen Tendenz so weit gehen, dass er alle Subjekte verpflichtet und keines subjektiv berechtigt,—aber niemals und unter keinen Umständen wird eine Rechtsordnung ohne Rechtspflichten denkbar sein“; por. również str. 515.

*) Por. M. WEBER j. w. 17: „Tatsächlich orientiert sich z B. das (primär) wirtschaftliche Handeln an der Vorstellung von der Knappheit bestimmter verfürgbarer Mittel der Bedarfsbefriedigung im Verhältnis zum (vorgestellten) Bedarf und an dem gegenwärtigen und für künftig vorausgesehenen Handeln Dritter, die auf die gleichen Mittel refliektieren“; por. str. 614 — możność „anarchji“, którą M. WEBER charakteryzuje, jako „die Koexistenz und das Gemeinschaftshandeln der ein Gebiet bevölkernden Menschen in Gestalt eines rein faktischen gegenseitigen Respektierens der gewohnten Wirtschaftssphäre ,ohne Bereithaltung irgendwelchen Zwanges nach „aussen“ oder „innen“, abläuft“.

**) Por. SAUER j. w. str. 65: „Das Ziel darf, soll es das höchste und allgemeingültige für den Menschen sein, keinen logischen Widerspruch enthalten, ein solcher ist aber zweifellos gelegen in der beliebten Wendung Gemeinschaft individual moralisch wollender Menschen. Die strenge Wissenschaft ist in der Tat ausserstande, diesen Widerspruch zu überwinden. Und doch lässt sich weder eine Gemeinschaft moralisch n i c h t vollkommener Menschen, noch das einzelne moralische Wollen o h n e Rücksicht auf die Gemeinschaft als letztes Endziel denken“.

***) Układ taki określa TH. LESSING, Studien zur Wertaxiomatik. Untersuchungen über reine Ethik und reines Recht 1914, w sposób następujący: „Man könnte sich eine Zukunft denken (sie wäre die volle Ethisierung des Rechtslebens), in welcher alle Rechtsmittel, sogar die Hinrichtung, dem Staat und der Gesellschaft entzogen und ausschliesslich der Ethik, das heisst dem E i n z e l n e n ausgeliefert sind; damit erst wäre der Mensch-Persönlichkeit, Träger reinen Gewissens geworden... Der Sinn der Rechtshandlungen wäre jetzt diese: die Einsicht des Missetäters zu befähigen, für jede Verschuldung sich die angemessene Sühne zu finden“.

****) Na tem założeniu oparte są teorje komunistyczne, operujące pojęciem bezwartości prawa, jako „zasady nierówności“ (por. KELSEN, Sozialismus und Staat 1920 str. 46 n.) i uznające państwo oraz jego „osta-

W tej drodze zagadnienie normy najwyższej rozwiązane być nie może.

Z chwilą, gdy przez skonstatowanie braku dalszych powiązań (konsekwencje: „nisi n") ustalamy, że dana wypowiedź jest normą najwyższą—rozważanie prawne musi być wyłączone. Norma najwyższa nie może być związana z żadnym „elementem" prawnym. Może być wyjaśniona tylko jako faktyczność; w tym trybie może być wyjaśniona t y l k o ona—nie zaś te poszczególne zdania prawne, poszczególne ogniwa łączne i — najogólniej — cały kompleks normatywny, który się do tej wypowiedzi najwyższej i jej końcowego punktu poczytania sprowadza. Z chwilą bowiem, gdy ujmujemy eksplikacyjnie ogniwa i „etapy", prowadzące do normy najwyższej — normatywne ich rozważanie jest wyłączone. W rozważaniu eksplikacyjnem mogą być zrozumiane wszystkie zdania prawne, łącznie z wypowiedzią, kwalifikowaną, jako najwyższa; w rozważaniu normatywnem — zrozumiane być mogą wszystkie zdania prawne, w y j ą w s z y wypowiedź najwyższą. Nie można wszakże uzgodnić tych dwóch aspektów; i właśnie przez zaznaczenie, że do tej granicy, w której urywa się łączność zdań prawnych, jedynie możliwe jest rozważanie normatywne, zachowana będzie czystość ujęcia metodologicznego. Wypowiedź najwyższa jest linją demarkacyjną; jej przypuszczenie jest postulatem, którego podstawność sub specie normatywności nie może być uzasadnioną. Tę zasadę podstawową kwalifikuje KELSEN, jako „hipotezę prawną". Nie jest ona—jak mylnie przypuszcza SANDER — postulowaniem „ponadprawnego państwa"*) ; albowiem metoda normatywna winna być w jej rozważaniu wyłączona, zaś jej eksplikacja przebiega w ujęciu odmiennem i nie wpływającem na normatywne rozumienie wszystkich innych zdań prawnych — poza wypowiedzią najwyższą. SPIEGEL zarzuca tej hipotezie KELSENA („Ursprungsnorm"), że w jej ustaleniu nie jest dany ani moment „początku"

---

tnią" fazę (dyktaturę proletarjatu), jako formę skazaną na wymarcie i jako etap prowadzący do idealnej nie-państwowej wspólnoty (por. KELSEN j. w. str. 68 n.: „staatsfreie kommunistische Gesellschaft"). Pogląd ten powtarza się stale, jako motyw przewodni w pismach teoretyków komunizmu. Exempli gratia przytaczam sformułowanie BUCHARINA w jego pracy „Oekonomik der Transformationsperiode", 1922; mówiąc o państwie, zaznacza BUCHARIN: „Es ist der Apparat, der v e r s c h w i n d e n **w i r d**, zusammen mit dem Verschwinden der Klassen und letzten Form der Klassenherrschaft, der Diktatur des Proletariats" (str. 21). W „idealnej" społeczności komunistycznej nie istnieje pojęcie „prawa". „In der kommunistischen Geselschaft wird eine absolute Freiheit der „Persönlichkeit" sein und irgendwelche äussere Regelung der Beziehungen zwischen den Menschen fehlen, also Selbstaktivität ohne Zwang bestehen" str. 179; str. 183: „...werden die äusseren Normen des menschlichen Verhaltens jeden Sinn verlieren. Der Zwang wird in welcher Form auch, ein für allemal verschwinden".

*) SANDER, Staat und Recht j. w. T. II str. 1176: „Sie bedeutet den metarechtlichen Staat".

(Ursprung), ani moment „normy". Co się tyczy pierwszego zarzutu, że ustalenia normy najwyższej nie są „najwyższemi" (pierwszemi), albowiem konieczne są pewne „uprzednie" kwalifikacje normy najwyższej—należy wyjaśnić: jeśli w wypowiedzi jest ustalone, że „powinność" punktu poczytania uchodzi za ostatnią (nie łączy się bowiem z nią żadna dalsza wypowiedź) — to wszak uprzednie kwalifikacje końcowego punktu poczytania nie są czemś ponad tę normę „wyższem". Przeciwnie, są one w niej implicite zawarte. Jeśli np. monarcha jest „końcowym punktem poczytania" i jego obowiązki nie łączą się z żadnemi dalszemi sankcjami — uprzednie ustalenia, kto jest monarchą, jak ktoś staje się monarchą i t. d. są domyślnemi podstawieniami w ustaleniu pojęcia monarchy, jako końcowego punktu poczytania. Natomiast, gdyby wykonywanie funkcji monarchy było zależne np. od przyzwolenia jakiegoś państwa opiekuńczego, sprawującego protektorat, wówczas, rzecz oczywista, norma ustalająca obowiązki takiego monarchy nie mogłaby być uważana za normę najwyższą.

Co się tyczy drugiego zarzutu — argumentacja SPIEGLA oparta jest na przesłankach następujących. Norma najwyższa nie jest normą prawną, albowiem uważana jest za niewymagające uzasadnienia przypuszczenie (Voraussetzung) ustroju prawnego; nie jest również normą moralną, albowiem mogą zachodzić okoliczności, w których posłuszeństwo dla nakazów „władzy najwyższej" nie jest obowiązkiem moralnym; nie jest również normą religijną, ważniejsze jest bowiem posłuszeństwo winne prawom boskim, niż posłuszeństwo prawom ludzkim („obedire oportet Deo magis quam hominibus"); nie jest wreszcie normą celową w rozumieniu technicznem, albowiem niekiedy przekroczenie normy jest korzystniejsze, niż jej zachowanie. Hipoteza normy najwyższej nie jest wreszcie przypuszczeniem logicznem; jest ona bowiem tworem subjektywnych pomysłów KELSENA; może być w niej zawarte tylko to, co KELSEN uprzednio, jako jej zasadę, założył *).

Nie ulega wątpieniu, że norma najwyższa niekoniecznie musi być normą etyczną, religijną czy techniczną. Wszakże nie daje się zaprzeczyć, iż może należyć do norm tej kategorji. Znamienną jest rzeczą, że kwalifikowanie tej normy, jako wskazania e w e n t u a l n i e sprzecznego z nakazami moralności, religji lub własnego interesu (subjektywna ocena „utylitarno-techniczna"), wskazuje, że w z a s a d z i e normie najwyższej przypisywane są takie właściwości; jednakże ze względu na pewne ukształtowania

*) SPIEGEL, Kelsens Rechtslehre, Prager Juristische Zeitschrift T. I 1921 str. 13, 14 (cyt. według SANDERA, Staat und Recht j. w. T. II str. 1176, 1177 uw. 1): „Denn wer ist der Urheber dieser Ursprungshypothese? Doch niemand anderer als KELSEN und folglich kann er ja in sie hineinnehmen, was ihm beliebt".

indywidualne (w zakresie danego „wypadku“) konstatowana jest negacja tych cech. Gdyby można było powiedzieć, że „posłuszeństwo“ dla nakazów normy najwyższej n i g d y nie jest równoważne z nakazem moralnym, religijnym, technicznym — wówczas nie można byłoby odmówić słuszności argumentacji SPIEGLA. I tylko wówczas można byłoby powiedzieć, że norma najwyższa „powinna“ nie istnieć. Wszakże, nawet przy przypuszczeniu społeczności idealnej, nie rządzącej się żadnemi wskazaniami prawa, dana jest w niej określona i ustalona normatywność, oczywiście wyłączająca „powiązanie“ powinności podmiotu w odniesieniu do konieczności łącznej z nią powinności podmiotu innego. Argumentacja SPIEGLA oparta jest pozatem na założeniach psychologicznych, operujących pojęciami „posłuszeństwa“ dla normy i—co zatem idzie—„uznania“ normy. W rozważaniu normatywnem należałoby udowodnić, że norma najwyższa ze względu na jej strukturę, nie może być taką wypowiedzią, która, odpowiednio do struktury odnośnych norm innej kategorji, nie może być uznana za równoważną z niemi. Nawet nie analizując odrębnej natury i struktury norm etycznych i religijnych, stwierdzić należy: jeśli norma najwyższa w jej izolacji i oderwaniu od „antecendencji“ nie może być uważana za normę prawną, niemniej wszakże jest „normą“. Jeśli nie jest normą etyczną, niemniej wszakże w istocie swej wykazuje charakterystyczne cechy odniesienia pewnej treści do powinności. Kwestja terminologji byłaby w tym wypadku obojętną. Gdy taka wypowiedź wykazuje cechy strukturalne normy etycznej np.—nie posiadałaby znaczenia okoliczność, że w pewnych wypadkach kwalifikowana jest odmiennie. W istocie rzeczy, ta odmienność kwalifikacji nie jest zaprzeczeniem istoty wypowiedzi. Nie dlatego wypowiedź najwyższa w systemie normatywności prawnej uważana jest za wskazanie sprzeczne z moralnością, że ustalenia o pewnem zachowaniu się „końcowych punktów poczytania“ w zasadzie są amoralne czy też moralnie obojętne; sprzeczność ta zachodzi jedynie ze względu, że pewna konkretna treść uchodzi za sprzeczną z równoważną jej treścią danej normy etycznej. Nie jest to wszakże dowodem, ażeby wypowiedź najwyższa w jej ujęciu metaprawnem nie mogła być normą etyczną. Zresztą, SPIEGEL rozważa ukształtowania, na których tle sprzeczność taka może wynikać, z punktu widzenia t. zw. adresata normy; jest to, jak już zaznaczyłem, psychologiczny punkt widzenia. Ażeby można było ustalić samoistną, metaprawną ocenę normy najwyższej, uważanej jako „ostatnie ogniwo“ w łańcuchu zdań prawnych i ich powiązań, należałoby przekroczyć granice poznania prawnego. Zasadą zaś poznania każdego systemu normatywnego jest założenie jego jedności i wyłączności. W takim aspekcie jest nie do pomyślenia t. zw. „konflikt“ norm różnych kategorji *). Może on

*) Por. wywód KELSENA, Das Problem der Souveränität j. w.

być zrozumiany jedynie w ujęciu pozanormatywnem, socjologicznem lub psychologicznem.

Co się tyczy zarzutu SPIEGLA, że logiczne przypuszczenie normy najwyższej jest tylko „indywidualną dowolnością", zarzut ten byłby słuszny, gdyby w dziedzinie normatywnej wyłączone były „prawa logiki". SANDER próbował wyłączenia tego dokonać, jednakże próba ta doprowadziła do sprzeczności i do uznania tych praw, jako koniecznych warunków poznania *).

KELSEN zaznacza zresztą najwyraźniej, że przypuszczenie hipotezy normy najwyższej nie jest „indywidualną dowolnością", założeniem, wynikającem z „jego osobistej, empiryczno-psychicznej podmiotowości"; założenie to jest „prawno-teoretyczną, poznającą świadomością" („das rechtstheoretische, das erkennende Bewusstsein") **).

Takie założenie nie jest bynajmniej wyrazem „sceptycyzmu prawnego", jak to błędnie przypuszcza SANDER (Staat und Recht j. w. T. II, str. 1141). Właśnie przez zaznaczenie, że norma najwyższa nie może być w jej wyodrębnieniu rozważana normatywnie, upada zarzut sceptycyzmu i dowolności, a to dzięki zakreśleniu właściwej granicy metodologicznej.

§ 39.

Stosunek dwóch płaszczyzn.

Rozważanie stosunku płaszczyzn „istniejącego" i „być mającego" dotyczy zagadnienia, jakie znaczenie posiada ziszczalność czy możliwość ziszczalności normy w porównaniu z jej ważnością. Analiza tego zagadnienia nie jest możliwa z punktu

---

§ 27, str. 107 n. i jego konkluzję: „Die Einheit der Ordnung ist das Grundaxiom aller normativen Erkenntnis. Niemals kann z. B. der Jurist als solcher neben der Gültigkeit einer Rechtsordnung des Inhalts a eine gültige Moralnorm des Inhalts non a behaupten. Er kann nur sagen: wäre ich Moralist—was ich aber nicht bin—dann müsste ich die Geltung von non a annehmen. Innerhalb einer speziellen normativen Betrachtung ist ein echter objektiver Normenkonflikt undenkbar".

*) SANDER, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung j. w. str. 621: „KELSEN übersieht ferner immer, dass nicht nur „Vernunft, Moral, Natur", sondern auch „Logik" Metajurisprudenz ist, dass übrigens die Metajurisprudenz der „Logik" immer nur eine Metajurisprudenz der „Vernunft, Moral, Natur" verbirgt". Por. krytyczny wywód KELSENA, Rechtswissenschaft und Recht j. w. str. 88 n., str. 98.

**) KELSEN j. w. str. 135: „Zumal zur Genüge bekannt ist, was KANT gegen jene bemerkte, die seinen objektiven, logischen Idealismus immer wieder mit dem psychologischen Idealismus, dem Subjektivismus BERKELEYS... verwechselten, indem sie in dem Subjekt, von dem die transzedentale Betrachtung ihren Ausgang nimmt, statt die Vernunft selbst das empirisch-psychologische Ich des zufällig philosophierenden Menschen suchten".

widzenia, właściwego ujęciu normatywnie prawnemu. Problemat, dlaczego wymaganiom, żądaniom, postulatom w zakresie tego, co być powinno, odpowiadać powinno ukształtowanie faktyczne, ziszczające treść normatywną, mógłby być wyjaśniony przez przypuszczenie wskazania normatywnego, które, oczywiście, jako wskazanie „prawne“ kwalifikowane być nie może. Stwierdzenie zaś, że postulatom, ujętym w wypowiedziach prawnych, odpowiada czy nie odpowiada równoległe ukształtowanie rzeczywistości — pozostawałoby w zupełności w dziedzinie ujęcia eksplikacyjnego: wówczas przedmiotem analizy byłaby nie norma, lecz jej działanie, czy też defekty jej działania.

Rozważanie więc stosunku powyższego przekracza granice poznania prawnego. Norma najwyższa nie może być poznana „prawnie“, tak samo, jak nie można wyjaśnić prawnie (normatywnie) ani powstania, ani zaniku normy, ani też gwałtownych rewolucyjnych zmian w jej ukształtowaniach *).

Jeśli powiadamy, że „skutkiem istnienia“ normy najwyższej, zlokalizowanej w danem miejscu, jest jej urzeczywistnienie, czy też możność urzeczywistnienia — ujęcie takie wynikać może z dwóch przesłanek:

1) Bądź przypuszcza się taka moc działania tej normy, że obejmuje ona wszystkie z niej wywodzące się i sprowadzone do jednego systemu treści, ukształtowane w samej normie i wszystkich jej pochodnych.

2) Bądź też zakłada się w niej zasadę, zgodnie z którą „ważności“ powinno odpowiadać działanie, i że przeto tylko „prawo działające“ może być uważane, jako prawo pozytywne.

Pierwsza przesłanka byłaby odesłaniem do rozważania psychologicznego i socjologicznego; musiałaby przeto, jako eksplikacyjna, wyłączać wszelkie rozważania normatywne wogóle, nie tylko rozważania prawne **).

Druga przesłanka byłaby postulatem normatywnym,

---

*) Zgodnie z takiem postawieniem kwestji, uważa KELSEN, że proces tworzenia prawa w drodze ustawodawstwa może być zrozumiany tylko jako „funkcja społeczna“, nie zaś „prawna“. Hauptprobleme str. 410, 411: „Es muss einen Punkt geben, an dem der Strom sozialen Lebens immer wieder in den Staatskörper eindringt, eine Uebergangsstelle, wo die amorphen Elemente der Gesellschaft in die festen Formen des Staates und Rechtes übergehen... Es ist das grosse Mysterium von Recht und Staat, das sich in dem Gesetzgebungsakte vollzieht“.

**) Por. np. SANDER j. w. str. 266: „Denn Sein und Sollen, Wirklichkeit und Wert sind gedanklich unüberbrückbare Gegensätze; aber für die geschichtliche und psychologische Anschauung ergibt sich, dass gewisse Normen sich aus dem Tatsächlichen entwickeln und von dort ihre verbindliche Kraft empfangen“.

wszakże nie postulatem prawnym *). Przesłanka ta, dążąca do „usprawiedliwienia", a więc do „wartościowania" zasady, zgodnie z którą normie ważnej powinno odpowiadać działanie normy, jest dążeniem do „zminimalizowania" tego napięcia („Spannung" według terminologji KELSENA), które istnieje pomiędzy normatywnością, a faktycznością. Treść, rozumiana w aspekcie „powinności", ma być możliwie uzgodniona z kompleksami treści „istniejących", rzeczywistych **). KELSEN nazywa tę zasadę — zasadą „ekonomji myślenia" („Prinzip der Denk-oder Erklärungsökonomie"), dążącą do osiągnięcia „maksymalnej" wartości („ein wertökonomisches Prinzip, ein Prinzip der erkenntnismässigen Erzielung eines Wertmaximums").

Rzecz oczywista — i KELSEN dobitnie to podkreśla — zasada ta niema nic wspólnego z uzasadnieniem ważności normy prawnej, jako takiej. Z zasady „maksymalnej" wartości poznawczej nie może być dedukowana ważność normy prawnej***). Wyrażony w tej zasadzie postulat „możliwego uzgodnienia" dziedziny „istniejącego" i dziedziny „być mającego" jest wskazaniem poznawczem; jego logiczne założenia nie zawierają bynajmniej postulatów etyczno- politycznych, jak mylnie przypuszcza SANDER ****).

Nie jest to również umyślne „podstawienie" takiej zasady, która umożliwia „przejście" z dziedziny normatywnej do dziedziny faktycznej, a przeto uznanie niewystarczalności poznania normatywnego, które w pewnych punktach (chociażby był to punkt „normy najwyższej") prowadzić musi do uznania faktyczności, jako właściwej materji poznania prawnego*****). Nie moż-

*) KELSEN, Das Problem der Souveränität j. w. str. 98: „Dass als positiv geltendes Recht eine in der Regel wirksame Ordnung vorausgesetzt wird, ist nicht bloss Tatsache, ist auch Postulat, ist in irgendeinem Sinne gesollt, geboten. Es hat aber dieses Postulat mit dem Begriffe des Rechts nichts zu tun".

**) KELSEN, Das Problem j. w. str. 99: „...dass der Inhalt der als gültig vorausgesetzten Ordnung sich mit dem Inhalt des nach dieser Ordnung zu beurteilenden tatsächlichen Geschehens möglichst deckt, sei es, weil dieses Geschehen durch die Vorstellung dieser Ordnung motiviert ist, sei es, dass es dadurch als motiviert gedacht werden kann".

***) KELSEN, Das Problem j. w. str. 100: „ Die Gültigkeit der Rechtsordnung kann ebensowenig aus dem Prinzip des Wertmaximums abgeleitet werden, wie die Richtigkeit der physikalischen Gesetze aus dem Prinzip der Denk—oder Erklärungsökonomie".

****) SANDER, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung j. w. str. 552: „Die Sollform des Rechtes, welche ja nach KELSEN allein die Geltung des Rechtes ausmacht, entpuppt sich eben immer wieder nicht als der Ausdruck für die spezifische Wirklichkeit des Rechttes, für den funktionalen Zusammenhang der Rechtselemente, sondern als ein logisches Postulat, welches ein ethisch-politisches Postulat in sich birgt".

***** Por. zarzuty ERICHA KAUFMANNA, Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie 1921 str. 25, 26, str. 30: „Die grundsätzlich von

na również w takiem postawieniu kwestji dopatrywać się postulowania jakiegoś „przedustanowionej harmonji“ faktyczności i ukształtowań normatywnych *). Tej równoległości nie „tworzy“ pojęcie systemu i normy; pojęcia te nie są jakiemiś „mocami metafizycznemi“, ani też „dowolnościami konstrukcyjnemi“, dzięki którym może być „stworzona“ jedność systemu.

Postulat, ustalający możliwość (względnie: pożądany charakter) równoległości dziedziny faktycznej i normatywnej, postulat, uznawany za pewną normatywność, nic wspólnego wszakże z normatywnością prawną nie mający—jest zabiegiem „techniki“ poznawczej, pewnem ułatwieniem orjentacyjnem. Właściwa mu tendencja „teleologiczna“ nie jest bynajmniej równoważna z „koniecznością“ **). Aspekt normatywny może być zrozumiany bez przypuszczenia konieczności jego rozważania w stosunku do aspektu eksplikacyjnego. Trudność zagadnienia polega na tem: że gdy eksplikacyjnie nie można nie stwierdzić równoległości tego co istniało, co istnieje lub istnieć będzie do dziedziny „być mającego“—ta dziedzina, rozważana w jej właściwym aspekcie, nie jest współmierna z rzeczywistością.

Wszelka równoległość treści normatywnie prawnej i treści przebiegów faktycznych nie usuwa samoistności naczelnych założeń wypowiedzi prawnej, która nie może być empirycznością „istniejącego“, lecz która wywodzi się z normatywności „być mającego“ ***).

KELSEN für die „juristische“ Betrachtung abgelehnte. weil mit dem „unüberbrückbaren Gegensatz von Sein und Sollen“ unvereinbare Verbindung des „Normlogischen“ mit einem bloss „Faktischen“ muss an der obersten Stufe doch wieder geknüpft werden“. Zapomina wszakże E. KAUFMANN, że to „odwrócenie“ („Umkippung“), które stosuje KELSEN celem wyjaśnienia powstania państwa z punktu widzenia prawnego, dotyczy granicznego punktu poznania normatywnego. Por. Das Problem j. w. str. 241: „Freilich gerät hier das Völkerrecht an die äusserste Grenze des Bereichs normativer Erkenntnis, an die äusserste Grenze des Rechts“ (podkr. moje).

*) Por. np. C. SCHMITT, Politische Theologie 1922 str. 22: „Als wäre es die selbstverständlichste Sache von der Welt, wird immer wieder von der durchgehenden Einheit, Ordnung gesprochen; als bestände eine prästabilierte Harmonie zwischen dem Resultat einer freien juristischen Erkenntnis und einem nur in der politischen Wirklichkeit zu einer Einheit verbundenen Komplex, wird von einer Stufenleiter höherer und niederer Ordnungen gesprochen, die sich in allem finden lassen soll, was der Jurisprudenz an positiven Anordnungen auf den Tisch geworfen wird“.

**) Por. C. SCHMITT j. w. str. 24: „Es besteht die Tendenz, dass Recht und Macht sich finden und dadurch der sonst unerträgliche „Spannungszustand“ beseitigt wird“.

***) KELSEN, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff j. w. str. 102 w przypisie: „Aber alle Korrespondenz zwischen dem Inhalt des rechtlichen Sollens und dem des natürlichen Seins kann die Tatsache nicht verdunkeln, dass die Frage nich dem Warum eines rechtlichen Sollens, nach dem Grunde eines konkreten Rechtssatzes immer wieder nur zu einem Sollen, niemals zu einem Sein, stets nur zu einer Norm, niemals zu einem Naturgesetz führen kann“.

W „doświadczeniu“ dane jest „działanie“ normy i określona jej „rozciągłość“ w czasie i w przestrzeni. Te określenia są elementami składowemi treści normy; nie wpływają bynajmniej na istotę tego procesu, który nazywamy „normatywnem przekształceniem treści“. Jedynie ze względu na „działanie“ normy może być postawiona kwestja stosunku „prawa obowiązującego“ do „prawa uchylonego“, „prawa krajowego“ do „prawa obcokrajowego“ — najogólniej „stanowienia“ do „uchylenia“ prawa (każda „zmiana“ w prawie jest bądź „„stanowieniem“, bądź „uchyleniem“ norm, czy też połączeniem obu tych procesów). Nieznana nam dzisiaj przyszłość kryje w sobie szereg zdań prawnych; i przypuszczalne nasze wyobrażenia o nich nie są, oczywiście, współmierne z możliwemi in futuro ich ukształtowaniami. W płaszczyźnie eksplikacyjnie rozumianego działania normy możliwa jest przeciwstawność prawa i s t n i e j ą c e g o i prawa j u ż nie istniejącego lub j e s z c z e nie istniejącego. Te dwie ostatnie kategorje możemy nazwać „prawem wyobrażanem“. W ujęciu normatywnem powyższa przeciwstawność jest wyłączona. Staje się ona „normatywnie“ zrozumiałą, jeśli, uwzględniając pojęcie normy najwyższej, jako „ostatniego“ ogniwa w łańcuchu wypowiedzi o „być mającem“, to założenie hipotetyczne (i umożliwiające redukcję wszystkich w systemie zawartych wypowiedzi do normy najwyższej) rozważamy pod kątem widzenia jego działania w rzeczywistości *). Wówczas, staje się możliwe zrozumienie być mającego („powinność“ zawarta w normie najwyższej), zależnie od tego, czy odpowiadają mu actualiter pewne ukształtowania istniejącego, czy też ukształtowania te kiedyś mu odpowiadały lub w przyszłości odpowiadać mu będą. Oczywiście, ta „równoległość“ w teraźniejszości, przeszłości i przyszłości nie jest bezwzględną zgodnością. Rozumienie eksplikacyjne nie wyłącza bowiem najróżnorodniejszych stopniowań w dynamice „stosowania“ i „urzeczywistnienia“ prawa. Przypuszczenie, że wyraz „„nisi n“ zdarzać się nie będzie — nie uchyla zasadniczej możności stosowania sankcji łącznej w wypadku, gdyby „nisi n“ zdarzyło się w rzeczywistości. Przypuszczenie, że wyrazy sankcji $B—n_1$, $C—n_2$ i t. d. będą w stosowaniu rzeczywistem niedoskonałe — nie zmienia postaci rzeczy, jeśli stwierdzamy, że w prawie „przeszłem“ były one takiemi, że w prawie „istniejącem“ takiemi są i że w ukształtowaniach juris constituendi wykazywać będą takie niedoskonałości czy braki.

---

*) KELSEN, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff j. w. str. 102, 103 w przypisie: „Und diese Grundnorm tritt in der spezifischen Aussageform der juristischen, Rechtliches aussagenden Urteile auf, stellt sich als ein Sollsatz dar. Ueber diese Grundnorm kann man j u r i s t i s c h nicht mehr fragen, denn erst mit der Grundnorm beginnt das System des Rechts. Indem die juristische Betrachtung von der individuellsten, konkretesten Norm zur Grundnorm, nicht aber über sie hinausdringt, bleibt sie in der Sphäre der Normen des Sollens und somit „rein“.

W zakresie systemu działającego, w zakresie redukcji do normy najwyższej, o której eksplikacyjnie powiedzieć należy, że posiada ona „zdolność“ urzeczywistniania sprowadzanych do niej wskazań, zagadnienie uchylenia i zmiany norm, zagadnienie stanowienia norm nowych znajduje wyjaśnienie w wypowiedziach normatywnie ustalających przebiegi procesu tych zmian i ustaleń. Porównanie i przeciwstawienie w zakresie jednego systemu norm uchylonych i działających jest eksplikacyjnem „wprowadzeniem“ funkcji czasu, która w rozumieniu normatywnem winna być pominięta. To samo powiedzieć należy o normach najwyższych, przeciwstawianych ze względu na różnice czasu i przestrzeni. Albowiem ważność normy prawnej, jako swoiście ukształtowanej wypowiedzi w jej charakterystycznych powiązaniach, jest niezmienna, bez względu na czas i miejsce działania, bez względu na tylko eksplikacyjnie rozumianą możność odniesienia poszczególnego zdania prawnego do tej—konkretnie ujmowanej — normy najwyższej, która nadaje mu „moc działania“.

Niejednokrotnie zaznaczałem, że pojęcie „ważności“ normy nie ma nic wspólnego z jej „działaniem“; przeto analiza ewentualnej równoległości „ważności“ i „działania“ nie jest probierzem, który mógłby orzec o zależności normy od jej faktycznej ziszczalności. W pojęciu normy nie muszą więc być dane takie wskaźniki, które byłyby gwarancją bezwzględności jej urzeczywistnienia. Żaden „element“ treści nie może być uważany za taką „konieczność“, bez której istota normy nie daje się pomyśleć. Do czasów ostatnich w teorji prawa państwowego i międzynarodowego przeważał pogląd, że w pojęciu państwa muszą być dane trzy składniki zasadnicze (terytorjum — ludność — władza najwyższa) *). Te trzy elementy uważane były za taką zasadniczą treść normy, bez której ani uznanie państwa, jako podmiotu prawa międzynarodowego, ani jego istnienie „wewnętrzne“ pomyślane być nie mogą. Doświadczenia wojny światowej pogląd ten zmodyfikowały. Uznanie i byt narodu, jako podstawowego elementu państwa, zostało uniezależnione od elementu „terytorjalnego“, a więc od możności urzeczywistnienia norm, pochodzących od „władzy najwyższej“ na określonem terytorjum. Owa „władza“, ze względu na brak terytorjum, nie mogła, oczywiście, wykazać się tą „plenitudo potestatis“, która właściwą jest „normalnym“ organizmom państwowym. Jednakże problematyczność działania normy w takiem, niezwykłem dotychczas ukształtowaniu nie stała na przeszkodzie uznaniu jej ważności**). W sformułowaniu

*) Por. zestawienie odnośnych teorji w monografji HENRICHA, Theorie des Staatsgebietes 1922 str. 1—8 (§ 1 Das Dogma vom Staatsbegriff).

**) Por. charakterystyczne ujęcie w orzeczeniu pierwszego kompletu izby drugiej Sądu Najwyższego z dnia 29—30 września 1922 r. (Orzecznictwo Sądów Polskich T. II Nr. 348 str. 284): „Cechy pojęcia państwa— ludność, terytorjum i władza — niekoniecznie muszą być zawsze nieprze-

teorji francuskiej (DE LAPRADELLE) ustalona została zasada „Du moment que des populations affirment leur volonté d'avoir une patrie commune et qu'elles soient ou non distinctes de race et de langue, se réclament de la même nationalité, elles constituent, avant même de former un Etat, une Nation qui peut être reconnue et investie de tous les attributs de la souveraineté".

Zasada „terytorjalna" została zastąpiona przez zasadę „narodową". Element treści, który, zapewniając możność działania normy, był uznawany za konieczny warunek „ważności" normy, mógł być usunięty i zastąpiony przez element inny, w znaczeniu aktualizacji mniej „realny" *).

Okazuje się więc, że to, co w aspekcie działania normy posiada znaczenie istotne, bynajmniej nie wpływa na jej ważność, skoro może być wyeliminowane i uznane za element zbędny.

Z drugiej zaś strony, należy zaznaczyć, iż używane w potocznem wyrazownictwie zwroty „państwo sądzi, karze, nakazuje", „prawo obowiązuje" i t. p. wywołują wrażenie, iż dla pojęcia normy rozstrzygające znaczenie posiada jej działanie. Stąd wynikają zarzuty przeciw teorji KELSENA, oparte na argumentacji, że norma („wola państwa" według terminologji KELSENA) jest konstrukcją prawną, gdy jednocześnie najrozmaitsze „działania" przypisywane są państwu, uważanemu za „idealny" (konstrukcyjny) punkt końcowego poczytania. Byłby to typowy przykład „błędnego koła"**). Jeśli państwo, czyli układ prawny, jest „ideologją" — jakże można w takiem pojmowaniu mówić o obowiązkach państwa? Zarzut ten formułuje ZNAMIEROWSKI (w recenzji książki KELSENA o socjologicznem i prawnem pojęciu państwa—Ruch prawniczy i ekonomiczny 1923 zesz. 1)

---

rwanie ze sobą zespolone... Rzeczpospolita Piastów, Jagiellonów i królów elekcyjnych nie przestała istnieć pomimo gwałtów, uczynionych przez trzy mocarstwa zaborcze... Rzeczpospolita i po rozbiorach istniała jako państwo, aczkolwiek w stanie potencjalnym, z chwilą zaś zerwania pęt najeźdźców... nastąpił tylko powrót rodzimych, swoistych organów władzy..."

*) Por. SCELLE, Le Pacte des Nations et sa liaison avec le Traité de Paix 1919 str. 96: „La reconnaissance de la belligérance et, ce que l'on vient de voir au Congrès de la Paix, la reconnaissance des nationalités non encore pourvues de frontières, est précisément basée sur l'existence de pouvoirs politiques de fait, ayant la possibilité de se faire obéir, c'est-à-dire souverains, quoique sans territoire". Por. również FAUCHILLE-BONFILS, Traité de droit international public T. I 1922 Nr. 220. 2. (reconnaissance comme nation).

**) Por. np. KORNFELD, Allgemeine Rechtslehre und Jurisprudenz 1920 str. 43: „Der Staat wird also als Zurechnungsprodukt der Gesetze und die Gesetze werden als Zurechnungsprodukte des Staates hingestellt". HAFF, Grundlagen einer Körperschaftslehre 1915 str. 51, 52. Pojęcie „woli państwa" charakteryzuje KELSEN (Hauptprobleme str. 184) w sposób następujący: „Er ist ausschliesslich als Produkt der juristischen Konstruktion zu betrachten, und zwar einer zum Zwecke der Zurechnung vollzogenen Konstruktion".

w sposób następujący: czy system norm może mieć jakie obowiązki? Czy o systemie tym mówić można, nie tworząc najniedorzeczniejszych hypostaz, że system ten wykonywa czynności, że państwo sądzi, karze i t. p.

Przypuszczenie więc działania normy byłoby uzasadnieniem jej ważności, skoro konstrukcja dopuszcza poczytanie,odniesione do „państwa", jako do ośrodka i zbiegu wszystkich wyjściowych i przejściowych punktów poczytania. F. KAUFMANN koryguje teorję KELSENA, twierdząc, iż państwu nie może być poczytywane żadne zachowanie się, albowiem punktem poczytania musi być zawsze „osoba" *). Argument ten nie wyjaśnia zagadnienia: „osobą" bowiem niekoniecznie musi być podmiot fizyczno-psychiczny. Zresztą, pojęcie „osobowości" państwa nie jest wyrazem jego „zdolności działania"; jest wyłącznie „poglądową personifikacją", ułatwiającą pojmowanie normy i trybu jej powiązań **). Słusznie wszakże w toku dalszych swych rozważań twierdzi F. KAUFMANN, że poczytanie nie jest odniesione do państwa t. j. ustroju prawnego ***), lecz odbywa się w zakresie, w granicach ustroju prawnego („in der Rechtsordnung") ****). Konstrukcja „wtórnych" zdań w normie prawnej (według mojej terminologji: konsekwencje wyrazu nisi n, ujęte w zdaniu B—n,)odbywa się w zespole zdań prawnych, objętych jednością systemu. „Konkretyzacja" ta nie jest wszakże jednoznaczna z „działaniem" faktycznem. Albowiem pojęcie normy, ustroju prawnego, utożsamianego z „państwem", jest założeniem, które-

---

*) F. KAUFMANN j. w. str. 96: „Nun ist aber für KELSEN Staat im juristischen Sinne identisch mit Rechtsordnung und es kann daher nicht davon gesprochen werden, dass dem Staate ein Verhalten zugerechnet wird, da ein Zurechnungspunkt für ein Verhalten stets eine Person sein muss".

**) KELSEN, Das Problem der Souveränität j. w. str. 270: „...eine veranschaulichende Personifikation, in der die Objektivität der Ordnungsgeltung sinnfälligen Ausdruck erhält"; por. również str. 292: „Sieht man freilich in der juristischen Person eine im Ermessen des Juristen stehende Konstruktion, mittels deren man j e d e s Rechtsverhältnis d.h. jede Gesamt—oder Teilrechtsordnung personifizieren kann aber nich muss, — dann steht freilich nichts im Wege, ein und dasselbe Rechtsverhältnis bald zu personifizieren, bald auf seine Personifikation zu verzichten, das Rechtsverhältnis nur in der einen, nicht aber in einer anderen Richtung als Person zu behandeln".

***) Mylnie wszakże przypuszcza F. KAUFMANN, że proces poczytania w odniesieniu do państwa może być dany jedynie w ujęciu t. zw. zdania wtórnego (nisi n, B—n_1); możliwe są bowiem sytuacje, w których wyjściowym punktem poczytania są organy państwa, t. j. państwo jako takie.

****) F. KAUFMANN j. w. str. 96: „Zwar kann nicht der R e c h t s o r d n u n g das gegenüber dem Uebertreter der primären Norm angeordnete Verhalten zugerechnet werden, aber diese Zurechnung erfolgt in der Rechtsordnung, und erst im Hinblick auf diesen Zussammenhang gewinnt man den vollen Sinn des Begriffes der Rechtsordnung".

go istota nie może być udowodniona przez właściwą każdemu ziszczeniu czy nie ziszczeniu się przypadkowość *).

Upada przeto zarzut WIELIKOWSKIEGO (j. w. str. 162, 163), który, charakteryzując rozumowanie KELSENA, jako „błędne koło", powiada: że jeśli logicznem przypuszczeniem „woli państwa" jest konstrukcja prawna, nie można woli tej, jako pojęcia, które powinno być skonstruowane p r a w n i e, uważać za logiczne przypuszczenie metody prawniczej. Sprzeczność ta— zdaniem WIELIKOWSKIEGO — mogłaby być usunięta bądź przez przypuszczenie woli państwa, jako jednostki metaprawnej („als eine metajuristische Einheit"), bądź przez uznanie państwa, jako części, determinowanej przez całość ustroju prawnego („als ein durch das Ganze der Rechtsordnung determinierter Teil derselben"). Jedno i drugie przypuszczenie byłoby zasadniczem zaprzeczeniem dualizmu „istniejącego" i „być mającego". Gdy wszakże dalsze ustalenia teorji KELSENA oparte są na założeniu tożsamości państwa i prawa, przeto ów „zasadniczy dualizm" nie może uledz zaprzeczeniu.

„Personifikacja" normy nie jest ustaleniem, że norma (ustrój prawny) posiada pewne „obowiązki", „działa" w najróżnorodniej kwalifikowanym trybie. Jest ona — jak powiada KELSEN — „pomocniczem przedstawieniem wejrzenia prawnego" („eine Hilfsvorstellung der juristischen Anschauung"), które zarówno może być użyte, jak i nie użyte. W normie prawnej zawarte jest odniesienie pewnej treści do powinności. Treścią tą jest „zachowanie się" (KELSEN mówi o zachowaniu się ludzi „menschliches Verhalten" — ta wszakże kwalifikacja nie jest istotną). Jednakże norma nie tworzy pojęcia osoby**)—pojęcie to jest wytworem „poznania prawnego". Norma prawna ustala, że pewien organ państwowy wypowiada wojnę i zawiera pokój, że minister nadaje koncesję, że sędzia sądzi i t. d. — ale w żadnej normie nie są zawarte ustalenia, że te normatywnie ukształtowane treści powinny być przypisywane państwu. Gdyby—powiada KELSEN — ustalenia takie znalazły się, rzeczywiście, w normie prawnej byłyby one nie posiadającemi znaczenia teoretycznemi poglądami „twórcy" ustawy. Nie należy utożsamiać postulatów poznania prawnego z istotą normy ***).

*) F. KAUFMANN j. w. str. 96: „... denn für den Juristen, der Rechtsdogmatik in dem hier festgelegten Sinne treibt, ist der Begriff der Rechtsordnung in ähnlicher Weise transzendent, wie für den dogmatischen Physiker die Einheit des Weltbildes".

**) KELSEN, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff j. w. str. 199: „Die Rechtsordnung statuiert unter bestimmten Bedingungen ein bestimmtes menschliches Verhalten. Nicht sie schafft die P e r s o n, sondern die juristische Erkenntnis, die bald die ganze Rechtsordnung, bald Teilkomplexe von Rechtsnormen unter gewissen Gesichtspunkten als Einheit begreift und diese Einheit im Bilde der Person veranschaulicht".

***) KELSEN j. w. str. 200: „In welcher Rechtsordnung findet sich

Jeśli jest przeto mowa o „obowiązkach państwa“, nie znaczy to, że przypisuje się samoistne znaczenie „działaniu“ normy. Nie zachodzi żadna ekwiwokacja w przypuszczeniu „zobowiązań“ końcowego punktu poczytania *). Obowiązki państwa są obowiązkami ustalonemi w systemie norm **). W takiem rozumieniu musi być, oczywiście, uważana za błędną teorja t. zw. „samozobowiązania“ państwa, jako wykładnika prawności pewnych działań państwa ***).

§ 40.

Teorja „napięcia“.

Zasadą ważności normy nie jest ten, zwykle za charakterystyczny uważany, objaw, że ważności odpowiada faktyczność działania. Pewnemi względami „pragmatycznemi“, praktyczną celowością poznania kieruje się KELSEN, gdy zakłada, że uporządkowanie prawne przypuszcza się, jako ważne tylko wówczas, jeśli wyobrażone jest, jako „działanie“ ****).

---

ein solcher Rechtssatz?... Und wenn er sich fände, so bedeutet er eine rechtlich gänzlich irrelevante theoretische Anschauung des Verfassers des Gesetzes. Die Rechtsordnung kann die Menschen zu Handlungen verpflichten, nicht aber die juristische Erkenntnis zu bestimmten Denkakten“. KELSEN w swej pierwszej pracy (Hauptprobleme str. 434) stał na stanowisku odmiennym: „..muss auch die Staatsperson ideell stets von der Rechtsordnung geschieden werden“; h. l. również odmienny pogląd na istotę „personifikacji“. „Man hat es bei einer solchen Auffassung eigentlich mit einer doppelten Staatspersönlichkeit zu tun: einmal mit dem Staate als Rechts—und Pflichtsubjekt und das andere Mal mit dem Staate als Rechtsordnung!“

*) SANDER, Staat und Recht j. w. T. II, str. 1143: „Zunächst ist nicht einzusehen, wie der Staat als „Zurechnungsendpunkt“ durch seine eigene Rechtsordnung verpflichtet werden kann“.

**) KELSEN, Das Problem der Souveränität j. w. str. 169: „Denn Pflichten des Staates sind nichts anderes als in der Staats—oder Rechtsordnung statuierte Pflichten. Es handelt sich bei der Vorstellung von Pflichten des Rechtssubjektes Staat nur um die veranschaulichende Personifikation des Einheitsbezuges, in dem die Pflichten, d. h. die Normen desselben einheitlichen Systems, derselben Rechtsordnung stehen“.

***) SANDER, j. w. T. II, str. 1146. Teorja „samozobowiązania“ państwa (którą starałem się uzasadnić w m o j e j pracy „Idea prawa narodów“ 1917—ipse peccavi!) możliwa byłaby przy przypuszczeniu zasadniczego odróżnienia pojęcia prawa od pojęcia państwa. SANDER j. w. T. I, str. 118, trafnie charakteryzuje tę teorję: „Die Kategorie der Selbstverpflichtung des Staates zum Rechte, welche die gesamte Staatsrechtslehre beherrscht, ist eben nur der Ausdruck ihres Grunddogmas: der Zufälligkeit des Verhältnisses von Staat und Recht“.

****) KELSEN, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff j. w. str. 93: „Es muss vor allem die unleugbare Tatsache festgestellt werden, dass eine staatliche Ordnung als gültig nur dann vorausgesetzt wird, wenn sie—genauer: wenn die Tatsache, dass sie von den Menschen vorgestellt wird — auch wirksam ist“.

Przyczem działanie to nie rozumie się w znaczeniu bezwzględnej koincydencji; wystarczający będzie pewien — dokładnie nie dający się określić — stopień działania („Grad von Wirksamkeit"). Przypuszcza tedy KELSEN pewne „minimum" działania, jako konieczny odpowiednik ważności. Takie postawienie kwestji przekracza, oczywiście, zakres poznania normatywnego, skoro przypuszczenie pewnego (chociażby minimalnego) stopnia koincydencji kierowane jest względem na „celowość" i „użyteczność" poznania *). Miarodajnym jest wówczas postulat, „gwarantujący" określony stosunek pomiędzy treścią ustalonej przez normę najwyższą „powinności" (Sollen) i odpowiadającą jej treścią „istniejącego". „Napięcie" pomiędzy „być mającem", a „istniejącem" nie jest wyeliminowane; przypuszczenie bowiem takiego napięcia jest zasadą, różnicującą obie płaszczyzny; jednakże stopień tego „napięcia" nie powinien przekraczać pewnego określonego maximum **).

Zakreślenie tego stosunku, jako pożądanego — przy zaznaczeniu granic samego napięcia (wahania pomiędzy maximum, a minimum)—jest założeniem eksplikacyjnem. Pewne motywacje celowe wykazują konieczność—bliżej nie określonej—koincydencji pomiędzy płaszczyznami ważności i działania. Te motywacje łączą się z ocenami wartościującemi: ważność, której nie odpowiada żadne działanie, będzie oceniana ujemnie (ze względu na pewne postulaty praktyczne); w samym zaś stopniu działania odróżniane są najrozmaitsze stopnie napięcia: hipoteza maksymalności i minimalności jest tych ocen wyrazem.

Maximum i minimum, jako bliżej nieokreślone punkty graniczne, wymagałyby dokładniejszego ustalenia. Wszak i przy rozumieniu najściślej eksplikacyjnem określa się stopień „działania" prawa, gdy działanie to nie spada poniżej przypuszczalnego punktu minimalnego. W wartościowaniach politycznych i socjologicznych częstokroć zachodzi mowa o „słabem", „połowicznem" działaniu prawa, gdy normy charakteryzowane są, jako przez przemoc narzucone, lub nie znajdujące „oddźwięku"

*) Ten moment przejawia się w następującem sformułowaniu KELSENA j. w. str. 95: „...ist die Ursprungshypothese, die gesetzt werden muss, um den Staat, einen konkreten Staat zu erfassen, doch inhaltlich dahin bestimmt, dass die aus ihr ableitbare ideelle Ordnung sich als ein in der Regel brauchbares Deutungsschema für das tatsächliche Verhalten der Menschen erweist, dass die nach der Regel der Ursprungsnorm erzeugte Staats—und Rechtsordnung, sofern sie zum Inhalt des Vorstellens und Wollens der Menschen wird, über ein gewisses Mindestmass von Wirksamkeit verfügt".

**) KELSEN j. w. str. 96: „Die Spannung zwischen dem Sollen und dem Sein, die als Möglichkeit einer inhaltlichen Differenz—dem Wesen jeder normativen Ordnung entsprechend—grundsätzlich bestehen bleiben muss, darf andererseits wieder nicht über ein bestimmtes Höchstmass hinausgehen".

w psychice ludzkiej. Mówi się również o prawie, które się „przeżyło", którego stosowanie jest zarzucone, które nawet w wypadku aktualizacji nie posiada istotnego znaczenia *).

Gdybyśmy w tych ukształtowaniach chcieli mówić o „równoległości" i „koincydencji", należałoby wówczas przeprowadzić analizę w sferze działania; i problematyczne punkty graniczne nie mogłyby być probierzem istotnym.

Można byłoby uznać zakreślenie granicy przez aprobatę postulatu, wyłączającego pojęcie „napięcia", gdy stosunek pomiędzy dziedziną istniejącego i być mającego przekracza pewne „maximum". Można byłoby wówczas powiedzieć, że napięcie równa się zeru — czyli wcale nie istnieje; działanie normy byłoby równoznaczne z jej ważnością; działanie to posiadałoby „moc nieskończenie wielką" i stałoby się czemś przymusowo-koniecznem. Norma nie byłaby „żądaniem" jakiegoś ziszczenia, lecz posiadałaby znaczenie samego ziszczenia. Być mające staje się „prawidłowością" **). Wyłączenie napięcia, rozważane pod kątem widzenia „maximum ziszczalności", byłoby wyłączeniem dziedziny normatywności wogóle. Mielibyśmy wówczas do czynienia z układem, pozbawionym normatywności prawnej, z „czystą społecznością" w rozumieniu STAMMLERA. „Ideał prawa" byłby wówczas unicestwieniem idei prawa.

Stąd wynikałoby, że normatywność, a w szczególności normatywność prawna, może być dana tylko wówczas, gdy istnieje „odskok" pomiędzy dynamicznem urzeczywistnieniem prawa, a normą, jako „ideologją"; czyli, że bez istnienia faktycznej „nie-prawności" nie mogłaby być dana idealna „prawność". Idealne urzeczywistnienie postulatu unicestwia ideę, która była jego założeniem.

Inaczej wszakże rzecz się przedstawia w odniesieniu do owego punktu „minimalnego", poza którym o postulowanej koincydencji istniejącego i być mającego nie może być mowy. Jaki bowiem stopień „ziszczalności" winien być uznany za minimalny, ażeby kwalifikacja napięcia nie odpowiadała przypuszczanej koincydencji dziedziny istniejącego i być mającego? Należałoby wówczas ustalić pewną przeciętną ziszczalność, która byłaby wskaźnikiem i probierzem postulowanej równoległości „przejawów" w obu dziedzinach. Rzecz oczywista, że ustalenie takiej przeciętnej byłoby rzeczą niemożliwą, musiałaby być ona odmienną w zależności od pewnego zespołu przyczyn

*) Por. WIESER, Recht und Macht 1910 str. 80 („überlebtes Recht"), str. 81 („schwaches Recht", „halbes Recht").

**) Por. KELSEN, Hauptprobleme str. 48: „...dass eine Norm dann aufhörte Norm zu sein, wenn sie unter allen Umständen ausnahmslos befolgt würde. Denn es wäre sinnlos zu gebieten, was immer und ausnahmslos, was also geschehen muss", WEIGELIN j. w. str. 42 uw. 14: „Die ausnahmslose und allgemeine Befolgung würde die Vorstellung einer Verpflichtung gar nicht entstehen lassen".

warunkujących. Przeto w każdym poszczególnym wypadku należałoby orzec, czy zachodzą warunki równoległości i koincydencji, uzależnione od jakiejś konkretnie wypośrodkowanej przeciętnej.

Trudno byłoby wskazać instancję, która może ustalić taki objektywny indeks; zresztą, metody badania w zakresie t. zw. żywego prawa, jurysprudencyjnych i intuicyjnych jego fluktuacji zbyt są niedoskonałe, ażeby to zadanie chociaż w przybliżeniu mogło być rozwiązane. W braku więc objektywnej instancji, oceny przeciętne, ustalenia punktu minimalnego byłyby, z natury rzeczy, indywidualne, a więc tylko przypadkowe.

Wskazania KELSENA *) nie mogłyby być uważane za postulat—są one raczej ustaleniem pewnej „tendencji", nie zaś wytyczną, która w czemkolwiek mogłaby zmienić zasadnicze założenia teorji normatywnej. Wywody KELSENA dotyczą właściwie p o r ó w n a n i a dwóch dziedzin**) — ustalenie jakiegokolwiek pomiędzy niemi stosunku z punktu widzenia teorji normatywnej jest wyłączone. Nie może być zresztą inaczej, skoro z punktu widzenia formalno-logicznego nie można sobie wyobrazić punktu stycznego, dla tych dwóch dziedzin wspólnego ***). W zakresie „być mającego" pojęcie „napięcia" nie może być dane, albowiem urzeczywistnienie czy nieurzeczywistnienie—niezależnie od „stopnia"—nie wpływa na ważność „być mającego", a tembardziej ważności tej uchylić czy zmienić nie jest władne. Przeto w konkluzji swych wywodów uznaje KELSEN, że rozważanie omawianego stosunku (a właściwie: porównanie dwóch dziedzin) nie mieści się w ramach „ideologji" prawnej****), czyli, nie może być zrozumiane normatywnie

*) Por. sformułowanie: „...dass zwischen dem Inhalt des Systems „Recht" (oder „Staat") und jenem des zugeordneten Stücks des Systems „Natur" eine gewisse Uebereinstimmung (jaka to koincydencja, tego KELSEN nie określa!) bestehen muss, die ein gewisses Maximum nicht überschreiten, aber auch nicht unter ein bestimmtes Minimum sinken darf". (Der soziologische und der juristische Staatsbegriff s. 96). „Skala" nieokreślona („p e w n e maximum, p e w n e minimum") nie jest skalą.

**) Por. KELSEN, Rechtswissenschaft und Recht j. w. str. 115: „...so habe ich die Geltungssphäre der Rechtssätze im Verhältnis zur Faktizität des Materials—den parallelen Fakten der Gesetzesbeschlüsse, richterlichen Urteilsakten usw.—mit der logischen Geltung im Verhältnis zur psychologischen Faktizität der Empfindung offenbar nur v e r g l i c h e n".

***) KELSEN, Hauptprobleme str. 8: „Der Gegensatz von Sein und Sollen ist ein formal-logischer und insolange man sich in den Grenzen formal-logischer Betrachtung hält, führt kein Weg von dem einen zum andern, stehen beide Welten durch eine unüberbrückbare Kluft getrennt einander gegenüber".

****) KELSEN, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff j. w. str. 104: „Ja, diese ganze auf die inhaltliche Gestaltung der Ursprungsnorm und das Verhältnis zwischen dem Inhalt der Staats—oder Rechtsordnung und dem des korrespondierenden Seins gerichtete Betrach-

Jeśli w tej ideologji zachodzą t. zw. „zmiany gwałtowne“ (zagadnienie prawotwórczości przewrotowej, rewolucyjnej) — ujęcie metamorfoz „faktyczności“, wyrażonych w „odmienności“ końcowego punktu poczytania *), przekracza granice poznania normatywnego.

---

tung fällt bereits ausserhalb der auf die Staats—oder Rechtsideologie als einem spezifischen Sinngehalt abzielenden Erkenntnis“.

*) KELSEN, Das Problem der Souveränität j. w. str. 239, str. 241, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff str. 98: „Die Macht ist zum Recht geworden“, str. 105: „Das Völkerrecht anerkennt eine „Macht“ als staatliche unter anderem nur dann, wenn diese Macht ihre Normen in der Regel durchzusetzen imstande ist“.

SKOROWIDZ.

(Liczby oznaczają strony).

Accidentalia normy prawnej — 121 n.
Adresat normy — 109, 111 — 112.
Antecedencje normy — 269, 294, 298, 321, 328 n.
Aprioryczne ujęcie prawa — 6 n., 17, 22, 44 n.

Bezprawie — 327.
Budowa zdań prawnych, jej stopniowanie — 197 n.

Casus positio — 295.
Cel normy prawnej — 32 n.
Ciągłość norm prawnych — 192 n., 278 n.
Czas i przestrzeń w treści normy — 230 n., 257 n., 349 n.
Czystość ujęcia normatywnego — 16, 18, 65 n., 339 n.
Czysta wspólnota — 340.
Czyste zdanie prawne — 178, 187.

Dogmatyka prawa — 60.
Dowolność a prawność — 37 n.
Dynamika normy prawnej — 192 n.
Dyskrecjonalność — 276.
Działanie normy — 91 n., 95 n., 102 n., 236 n., 255 n., 270, 291, 325, 330 n. 336 n., 345 n., 350 n.

Egzystencjonalność prawa — 5, 6, 102.
Eksplikacyjne ujęcie prawa — 132 n.
Elementy normy prawnej — 59, 169, 271 n., 290.
Elementy państwa — 350 n.

Fakty prawne — 12 n., 96.
Fakt w stosunku do normy — 330 n.
Forma czysta — 6 n., 34.
Forma i materja — 11 n., 25 — 26.
Formalizm prawny — 182 n.
Formalne ujęcie prawa — 11, 12, 18.

Geneza prawa — 8 n., 36 n., 122, 161 n.
Generalność zdania prawnego — 288 n.

Heterogonja celów — 128.
Hierarchja norm — 195 n., 199 n.
Hipoteza prawna — 342 n.

Idea prawa — 64 n., 113 n.
Ideacje normatywne — 133.
Imperatyw — 79, 241, 282, 288.
Istota normy prawnej — 150 n., 185 n.
Izolacja ogniw normy — 180.

Jedność prawa i jedność systemu — 190 n., 229 n., 243 n., 254 n., 268 n.

Kategoryczność norm prawnych — 272 n., 298, 299.
Koncentracja i kontynuacja norm — 198 n.
Konstrukcja — 181 n.

Lex imperfecta — 152 n., 154, 155 n.
Lokalizacja normy prawnej — 29.

Meritum i demeritum — 127.
Moc prawna — 26.
Modus aspiciendi — 1 n.
Moralność i prawo — 108, 110, 119, 160, 178, 186, 187.

Nakaz najwyższy — 238 n.
Napięcie (w stosunku faktyczności do normy) — 354 n.
Negatywne ukształtowanie treści — 330, 331.
Negacja normatywności prawnej — 104 n.
Nieaktualizacja 274 n.
Nieodwracalność w połączeniach norm — 260—263.
Niesprzeczność systemu — 244 n., 252 n.
Niewiążąca treść ustaw — 283 n.
Neokantyzm — 20 n.
Normatywność prawna — 116 n., 179, 216 n.
Normatywne przekształcenie treści — 129 n.
Normatywne ujęcie prawa — 15 n., 18 n., 60 n., 64, 67, 76.
Normy autonomiczne i heteronomiczne — 114 n., 120 n., 333.
Normy blankietowe — 170.
Normy w drugiej potędze — 175 n.
Normy interpretacyjne — 270, 271, 282.
Normy konwencjonalne — 160.
Normy kulturalne — 106 n.
Normy międzynarodowe — 204 n., 213 n., 259 n.
Normy prawne i normy pokrewne — 45, 62 n., 303 n., 337 n., 343 n.
Normy prawne i zdania prawne — 284 n.
Normy transcedentalne i normy empiryczne — 113 n., 118.

Objektywizacja normy prawnej — 68 n.
Obowiązek prawny — 109, 302 n., 308, 323 n., 328 n., 340 n.
Odpowiedzialność prawna — 109, 147 n.
Odpowiedzialność zwierząt i rzeczy — 148 n.
Ogniwa normy — 187 n.
Opinio necessitatis — 35.
Organy państwa i ich osobowość — 201 n.
Orzecznictwo — 23.
Osoba i osobowość — 137 n., 353 n.
Osoba prawna — 140 n.

Państwo i prawo — 163 n., 167 n., 189 n., 208, 212.
Państwo i poczytanie — 352 n.
Personifikacja — 145 n., 250, 351 n.
Pluralizm systemów — 233.
Poczucie prawne — 41 n.
Poczytanie w stosunku do podmiotu — 133 n., 139 n., 147 n.
Podmiot normy prawnej — 76, 133 n., 136 n., 141 n., 274, 276, 308 n.
Ponadpaństwowe ustroje — 167 n.
Porządek prawny i jego definicje — 49 n., 54 n.
Potencjalność i aktualizacja — 324 n.
Powiązania ogniw normy — 178 n., 183 n., 186, 188 n.
Pozytywność normy prawnej — 102, 338.
Prawidło prawne — 28.
Prawidłowość pozanormatywna — 99, 100.
Prawdziwość normy prawnej — 77 n., 240 n., 268.
Prawo bezpodmiotowe — 142 n.
Prawo intuicyjne — 39 n., 99, 159, 162 n., 214 n.
Prawo kościelne — 168.
Prawo materjalne i formalne — 277.
Prawo natury — 17, 18.
Prawo podmiotowe — 310, stosunek do prawa przedmiotowego — 311 n., jego negacja — 318 n.
Prawo pomyślane i prawo rzeczywiste — 21 — 29.
Prawo przyrodnicze — 82, 83.
Prawo zwyczajowe — 23 n., 159, 162, 214 n.
Przedwstępne kwalifikacje normy — 174.
Przejawy normy prawnej — 22 n.
Premjowanie — 301 n.
Progressus ad infinitum — 173 n.
Prymat normy międzynarodowej i prymat normy państwowej — 205 n., 234 n.
Przyczynowość prawna — 73, 293 n.
Przyczynowość i normatywność — 70 n.
Przymus — 122 n.
Psychologiczne pojmowanie prawa — 4 n., 15 n., 59 n., 69 n., 98, 128 n.
Punkty poczytania — 165 n., 173 n., 214, 222.
Punkt poczytania końcowy — 71, 177 n., 188 n., 193 n., 197 n. 204 n. 213 n. 225 n., 231 n., 257 n., 263, 267 n., 339 n., 346 n.
Punkt poczytania przejściowy — 177 n., 203, 221, 279.
Punkt poczytania wyjściowy — 207, 217, 221.

Reakcja normy — 123 n., 125 n.
Realizacja prawa — 27 n., 46 n.
Redukcje i progresje normy — 169 n., 264 n.
Regressus ad infinitum — 90, 173 n.
Relacja prawna — 13 n., 16, 30, 44.
Rewizja konstytucji — 157 n.
Równoległość faktyczności i normatywności — 348 n.
Różnorodność normy w czasie — 22 — 29, 80 n.
Ruchomości i nieruchomości — 131 n.

Samozobowiązanie — 164 n.
Sankcje dodatnie — 300 n., 307.
Sankcja prawna — 27, 124 n., 152 n., 223, 295 n., 341.
Skład czynu — 73, 227, 292 n.
Skutek prawny — 73, 171 n., 217 n., 292 n., 300 n.
Socjologiczne pojmowanie prawa — 4 n., 15 n., 59 n., 98, 101.
Społeczeństwo, jako zasada jedności systemu — 251 n.

Sprowadzalność do normy najwyższej — 232 n., 267 n.
Sprzeczności w wypowiedziach normatywnych — 268 n.
Statyka prawa — 197 n.
Stosowanie normy — 247 n., 276.
Struktura normy prawnej — 168 n., 223 n., 285 n.
Subjektywizacja normy — 307 n.
Subsumcja a normatywność — 265 n.
Substrat normy — 332 n.
Substytuowanie wyrazów normy — 273 n.
Synkretyzm metodologiczny — 65 n.
Synteza — 8.
System prawny — 216 n.

Technika prawna — 180 n.
Traktaty pokojowe — 259, 260.
Treść normy prawnej — 29 n., 31 n., 63, 86 n., 184 n., 186, 216 n., 218 n., 221 n., 237 n., 246 n., 256, 264 n., 289 n., 330 n.
Twórca normy prawnej — 94 n., 99, 122, 163 n.

Ujęcie normy prawnej: bezpośrednie — 40 n., intuicyjne — 48, sposób ujęcia — 58 n.
Ujęcie treści prawnej — 219 n.
Usprawiedliwienie prawa — 98.
Ustalanie normy prawnej — 150 n.
Ustawa i norma prawna — 151 n., 198 n., 287 n.
Ustawa w znaczeniu formalnem i materjalnem — 288.

Wartościowanie normy prawnej — 74 n., 115, 119 — 120, 218, 252 n.
Ważność normy — 82 n., 84 n., 86, 88 — 90, 93, 96, 255, 330 n., 336 n., 345 n., 350 n.
Wola w pojęciu psychologicznem i normatywnem — 71 n.
Wola ustawodawcy i wola ustawy — 245 n.
Wtórność normy prawnej — 106 n.

Założenia normy prawnej — 68 n.
Zdania gramatyczne i zdania logiczne — 279 n.
Zdanie prawne — 28, 277 n., 280 n.
Zespoły w przebiegach norm — 200 n., 221 n., 225.

Źródła normy prawnej — 34 n., 161 n., 244 n.

SPIS NAZWISK.

Adler G. — 303.
d'Aguesseau — 25.
Anschütz — 288.
Austin — 167.

Baudry-Lacantinerie — 131.
Baumgarten — 7, 31, 33, 51, 57, 70, 103, 162, 249, 250, 282, 286, 299, 302, 314, 319.
Bekker — 221.
Bergbohm — 277, 282.
Bierling — 28, 62.
Binder — 55, 64, 90, 92, 108—114, 120, 137—138, 142, 167, 286, 299, 313—314.
Binding — 72, 105—106.
Boccaccio — 41.
Bonfils — 260, 351.
Brinz — 36.
Brissot — 21.
Brodmann — 79, 335—337.
Brütt — 29, 74, 286.
Bucharin — 342.
Bülow — 277.

Carré de Malberg — 40, 66, 158, 239, 288.
Cathrein — 21.
Chauveau — 131.
Cruet — 131.
Cybichowski — 207.

Dahn — 186.
Dąbkowski — 131.
De la Grasserie — 302.
Demogue — 308.
Dernburg — 297.
Deslinières — 27.
Djuvara — 90.
Donellus — 122.
Duguit — 31—32, 112, 233, 235, 273, 288, 317, 320, 322.

Ehrlich — 15, 23—25, 29—30, 45, 54 n., 73, 94, 213, 250—251, 266, 283, 290—291.

Eisele — 283.
Emge — 63, 117, 119.
Enneccerus — 297.
Esmein — 158.

Fauchille — 260, 351.
Fischer R. — 154.
Friedrichs — 130, 132.

Gareis — 56, 96.
Gény — 18, 23, 25, 32, 48, 168, 180—182, 249, 282—283, 310, 338.
Gierke — 43, 142, 145—146.
Giesker-Zeller — 175—176, 288—289.
Glass J. — 131.
Gmür — 248.
Gołąb — 138.
Grocjusz — 186, 327.
Günther — 25.
Gumplowicz — 209.
Gutherz — 282.

Haff — 145—146, 313, 351.
Hauriou — 66, 158, 168.
Heck — 246, 248.
Hedemann — 138.
Heffter — 260.
Hegel — 21.
Hellwig — 142.
Henrich — 58, 70, 166, 209—211, 230, 235, 290, 295, 350.
Herrnritt — 164.
Hölder — 137, 145.
Hold v. Ferneck — 60, 264, 328.
Holland — 117.
Holmes — 149.
Huber E. — 3, 86, 90, 108, 233, 248, 254, 291, 302, 306.
Husserl — 9, 91, 190.

Ihering — 29, 32, 111, 142, 180, 282, 286, 302, 312.

Janet — 21.
Jarra — 282, 298.
Jaworski — 319—320.
Jellinek G. — 14, 24, 28, 32, 96, 103, 146, 156, 164, 288, 307, 313, 336.
Jellinek W. — 151, 238—242, 288.
Jung — 184, 203.

Kahl — 129, 130.
Kant — 22, 64, 96, 108, 113, 118, 124, 127, 189, 345.
Kantorowicz — 47, 95.
Kaufmann E. — 20 n., 26, 67, 108, 347—348.
Kaufmann F. — 2, 9, 10, 16, 20, 36, 53, 62, 68, 71—72, 75, 78—79, 88, 92—93, 126, 134—135, 148, 168, 178, 185, 187, 227, 260—261, 274, 298, 323, 325, 327—329, 352—353.
Kelsen — 3, 4, 6, 11—12, 25, 28, 31, 40, 44, 48, 53, 55—59, 61—64, 66, 68, 71—72, 75—76, 79, 82—83, 89—92, 97, 101—103, 107, 116—117, 121, 126, 134, 137—141, 148, 150, 154, 157, 160, 162, 164, 166, 189, 196—197, 199—206, 209, 211, 213, 215, 224, 227—228, 233—235, 242, 253, 258, 261, 263—265, 273, 277, 285—286, 288—290, 298—303, 305, 312, 315, 316, 322—327, 332—334, 336—338, 340—349, 351—358.

Kipp — 95, 142, 316.
Klein F. — 47.
Knapp — 22.
Kohler — 129, 146, 149, 292—293.
Komarnicki — 156.
Konic — 248.
Korkunow — 83, 298.
Kornfeld — 28, 52, 147, 299, 351.
Krabbe — 211.

Laband — 27.
Lambert — 23, 25.
Lammasch — 168.
Lapradelle — 351.
Lenz F. — 21.
Leonhard F. — 270, 271.
Leonhard R. — 149.
Leroy — 15.
Lessing Th. — 341.
Levy-Ullmann — 33.
Löbl — 323, 329.
Löwenstein — 115, 119, 120.
Longchamps de Berier — 220.
Lotmar — 15.

Makowski J. — 207.
Makowski W. — 269.
Maliniak Wł. — 181, 320.
Mallachow — 320.
Manigk — 45, 336.
Massé — 48.
Mayer M. E. — 106—107, 110, 185.
Mayer O. — 164.
Meijers — 16.
Merkel — 4.
Merkl — 197—199.
Müller G. — 142.

Natorp — 333—334.
Nelson — 6, 8, 12, 36, 62, 96, 102—103, 110—111, 143, 185, 335—336, 340.
Nicol-Speyer — 3, 295—296.
Neumayer — 307.
Niedner — 287.
Nussbaum — 15, 25.

Oertmann — 110, 336.
Olshausen — 129.
Oppenheim — 208.

Pagel — 81.
Pascal — 33.
Petrażycki — 15, 28, 39, 56, 132—134, 143, 165, 215, 233, 282, 299, 331, 338.
Picard — 32.
Pillet — 251.
Planck — 287.
Planiol — 131, 147, 148.
Pohorecki — 163.
Posner — 122.

Preuss — 146.
Proudhon — 21.

Radbruch — 4, 7, 160, 184—185, 324.
Ravà — 36.
Rauschenberger — 156, 258.
Redslob — 165.
Rehm H. — 165.
Reinach — 5, 6, 8—9, 13, 17—18, 35, 42—43, 51, 135, 136.
Renner (Karner) — 15.
Riezler — 41, 324.
Rümelin M. — 270.
Rumpf — 250, 283.

Saleilles — 138, 145, 312, 313.
Salomon — 187.
Sander — 1, 10—11, 17, 21—22, 37, 58, 61, 97—98, 105, 138—141, 157, 189—190, 192, 196—199, 204, 207, 211, 227, 234, 238, 240, 243, 252—254, 261, 267—268, 270, 277, 291, 298, 315, 324, 332, 334, 337, 342—343, 345—347, 354.
Sauer — 3, 82, 107, 275, 341.
Savigny —2.
Scelle — 351.
Schäffle — 186.
Schiller F.— 124.
Schmidt R. — 277.
Schmitt — 245, 270, 348.
Schopenhauer—327.
Schreier — 63, 71.
Schwabe — 335.
Seidler — 164.
Sienkiewicz — 48.
Sigwart — 57, 79.
Simmel — 67, 70.
Sinzheimer — 104.
Somló — 8, 28, 38, 47, 62, 65, 72—73, 95, 116—117, 120, 133, 167—168, 243—245, 256, 279—280, 282—283, 285—286, 288, 303, 325.
Sourdat — 148.
Spiegel — 57, 343—345.
Stammler — 6—9, 11—12, 16—17, 21, 25, 33, 36—37, 48, 55—57, 65, 75—77, 90, 95, 102—103, 142, 146, 163, 286, 314, 340, 356.
Stark — 155, 326.
Sternberg — 270.
Stranz — 287.
Strisower — 259.
Szerszeniewicz — 306.

Tanon — 32.
Triepel — 205.

Unzner — 287.

Vaihinger — 320.
Van der Eycken — 181, 270.
Verdross — 205, 207.
Vergé — 48.
Vermond — 131, 132.
Vierkandt — 215.

Wagner R. — 141, 142.
Weber M.—24—25, 50, 53—54, 100—102, 165—166, 255, 286, 317—318, 341.
Weigelin — 155, 160, 299, 302, 356.
Wenzel — 81, 144, 230, 235, 244, 279.
Weyr — 1, 17.
Wielikowski — 11, 57, 77, 120, 325—327, 333—334, 353.
Wieser — 356.
Windelband — 334.
Windscheid — 95, 142, 162, 312, 316—317.
Winiarski — 31.
Wundt — 57, 106.
Wurzel — 282.

Zachariae — 48.
Zitelmann — 73, 230.
Znamierowski — 4, 13, 121, 264, 351.
Znaniecki — 190, 214, 279.
Zoll — 39.
Zorn Ph. — 205.

Żeromski — 31.

3.6.
345/1786

WAŻNIEJSZE OMYŁKI DRUKU.

	zamiast:	*powinno być:*
str. 5 w. 12 z góry	sprawdizanem	sprawdzianem
str. 39 w. 15 „	wzajemnego zwalczanie się	wzajemnego zwalczania się
str. 48 w. 4 z dołu	dann die	dass die
str. 79 w. 10 „	dychotomję	dychotomją
str. 117 w. 4 „	normą wewnętrznych	norm wewnętrznych
str. 131 w. 22 „	on si l'on	ou si l'on
str. 147 w. 7 z góry	niezależnie	niezależne
str. 147 w. 21 „	kwalikujących	kwalifikujących
str. 160 w. 12 z dołu	Vertezung	Verletzung
str. 177 w. 7 i 8 z góry	poczytana	poczytania
str. 200 w. 24 z góry	do zachowania	od zachowania
str. 209 w. 4 „	są więc czemś	nie są więc czemś
str. 209 w. 17 „	o tożsamość	o tożsamości
str. 223 w. 24 „	pogwałcenie	pogwałcenia
str. 226 w. 17 „	„uosposobienie“	„uosobienie“
str. 227 w. 21 z dołu	hoc casui	hoc casu
str. 246 w. 11 z góry	wowóczas	wówczas
str. 271 w. 1 „	autotoksyny	antytoksyny

str. 297 wiersze 1—9 z góry należy przestawić; *powinno być:*

w. 1 „skutek prawny“ układu X, rozważany jest jako skład czynu;
w. 2 skoro A długu nie zwróci i B, odpowiednio do przypisywanej mu
w. 3 normatywnie powinności postępowania, rozważa, czy w skutku
w. 4 zachowania się A (nisi n) nastąpić ma skazanie go na zapłatę
w. 5 czy też skazanie go na karę, jeśli np. w poprzedzającym „nisi n“
w. 6 składzie czynu X zawarte są cechy karalnego oszustwa. Nawet
w. 7 w technicznem rozumieniu dogmatyki prawnej skład czynu nie
w. 8 jest faktycznością, pojmowaną jako dana rzeczywistość w jej
w. 9 bezpośredności i że — tak powiem — naoczności. Dogmatyka

str. 312, przypis należy czytać j. n.: po słowach (wiersz 2-gi przypisu) *) KELSEN, Das Problem der Souveränität j. w. str. 46 u w. 1 iść powinny wiersze pomieszczone omyłkowo w tekście, następnie zaś wiersz 1-szy przypisu: „Interesse u. dgl....“, po nim zaś wiersz 3-ci i dalsze przypisu: der Norm verschiedenes....

str. 329 w. 19 z góry	istoty	istotą
str. 331 w. 19 „	typy	typu

Biblioteka
WAP
39299/2
Naukowa