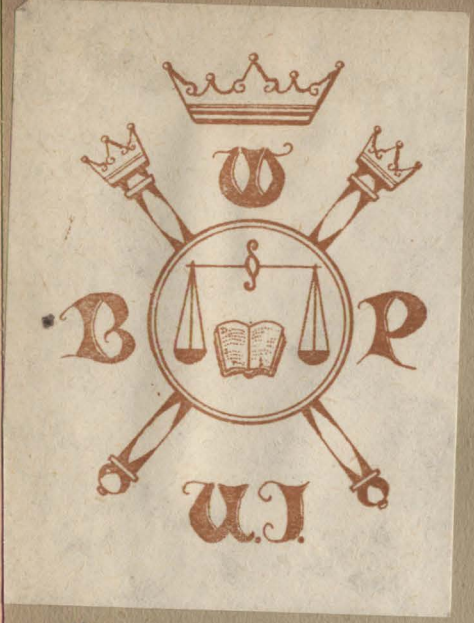
3387
VII



VII-1925-Lan



VII- 1925 -Lan

Wydz. Bibl. Prawnicza
1806137885

Liter. 3387 N

Jakie wielkiemu Panu Profesor
Dr. Michał Rostworowski
przyjaciel Autor

BIBLIOTEKA SZKOŁY NAUK POLITYCZNYCH W KRAKOWIE
96
11. II. 1925.
BIBLIOTEKA KATEDRY PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO PUBLICZNEGO
Rostworowski

JERZY LANDE.

Norma a zjawisko prawne.

Rozważania nad podstawami teorji prawa na tle krytyki systemu Kelsena.

Treść.

1. Wstęp. Nadzieje i niepowodzenia odrodzonej filozofji prawa. Błąd poniechania zagadnień. Zapowiedź przezwyciężenia go przez Kelsena. Zadanie pracy. Programowy dualizm stanowisk poznawczych. Istotna wyłączność stanowiska normatywnego jako przyczyna niepowodzenia.

2. Zjawisko prawne. Zjawisko społeczne czy psychiczne. Zjawisko etyczne jako psychiczny korelat normy. Zjawisko prawne jako odbicie normy obowiązującej i jako motyw strachu wobec sankcji. „Faktyczność prawna" jako społeczna realizacja systemu norm. Prawo dane w historji i w zwyczaju. Błąd normatywny w naukach etycznych: wyodrębnianie zjawiska za pomocą kryterjum oceny.

3. Metoda normatywna w dogmatyce. Dogmatyka prawa jako nauka normatywna, idealna i pozytywna. Zasługi Kelsena w oczyszczaniu jej od naleciałości naturalistycznych. Przekroczenie granic tej akcji. Źródła naiwnego realizmu w dogmatyce. T. zw. „psychologizm" prawniczy. Bierling. Konstruowanie rzeczywistości odpowiadającej treści norm. „Faktyczność prawa" Kelsena jako objaw błędu podobnego.

4. Prawo a moralność. Zaniechanie rozdziału stanowisk poznawczych w moralności. Identyczność popędu i normy. Autonomja i heteronomja. Motywy przyjęcia koncepcji autonomicznej. Norma jako objektywizacja popędu. Norma jako przepis obowiązujący. Źródło błędu w wyłączności stanowiska normatywnego. Przeżycie jako fakt normatywny. Metoda „eksplikatywna" jako środek normowania. Intuicjonizm w szacie pozytywnej.

5. Prawo pozytywne. Krok do uświadomienia w koncepcji tradycyjnej: „prawo pozytywne" oznacza nie prawo istniejące, lecz prawo obowiązujące. Granice wartości dogmatycznego pojęcia prawa. Wielość systemów i potrzeba kryterjum ogólnego. Niejednolitość wewnętrzna systemów państwowych. Dogmatyczne pojęcie prawa daje tylko system konkretny norm. Potrzeba teoretycznego („formalnego") pojęcia prawa i prawa pozytywnego jako klasy.

6. Kryterjum sankcji. Kryterjum sankcji jako uzupełnienie braków kryterjum heteronomji. Zdanie hypotetyczne, grożące sankcją państwową jako forma logiczna normy prawnej. Nieuniknione błędne koło w tej definicji. Dwie postacie teorji przymusu u Kelsena: norma prawna jako norma sankcjonowana i norma prawna jako norma sankcjonująca. Błędne koło w obu koncepcjach. Próba Rundsteina uniknięcia tego błędu. Odrzucenie kryterjum sankcji przez Kelsena.

7. Konstrukcja jedności systemu. Norma w znaczeniu formalnem (teoretycznem) i materjalnem (normatywnem). Przyjęcie stanowiska materjalnego prowadzi do jedności systemu, nie do jedności klasy. Dwie hypotezy jedności prawa. Ich znaczenie dogmatyczne. Błąd w uznaniu konstrukcji dogmatycznej za teorję prawa. Wyrzeczenie się specyficznego kryterjum prawa. Poszukiwanie jedności w systemie absolutnym. Nadużycia epistemologji. Bezwzględne zasady podstawowe. Zatracenie kryterjum pozytywności i prawa. Wynik braku kryterjum dla pojęcia prawa rzeczywistego.

8. Zakończenie. Prawo rzeczywiste a system obowiązujący. Stosunek zadań teorji prawa i dogmatyki. Błąd dogmatyczny u krytyków Petrażyckiego. Konieczność rozdziału stanowisk poznawczych. Podstawowe znaczenie teorji. Stosunek wzajemne pomiędzy prawem rzeczywistem a systemem obowiązującym.

1. Wstęp.

Najnowsza filozofja prawa, tak szybko i bujnie rozkwitła po dłuższym okresie przyćmienia i rezygnacji naukowej, miała, zdawałoby się, wszelkie dane do tego, aby spełnić swe zadanie naukowe lepiej niż dawne systemy i, nie powracając do postaci zbioru walczących ze sobą systemów indywidualnych, stać się wreszcie nauką we właściwem tego słowa znaczeniu, nauką, stanowiącą fundament szczegółowych nauk prawnych i ogniwo, łączące te nauki z całokształtem dzisiejszej wiedzy. Powołała ją nanowo do życia potrzeba rozstrzygnięcia zagadnień podstawowych, nasuwanych usilnie przez nauki szczegółowe, zabłąkane bez należytego kierownictwa ogólnego; doświadczenia i błędy systemów dawnych leżały przed nią, zebrane, rozważone i ocenione przez bogatą literaturę historyczną; sto lat pracy myśli nowożytnej, zbrojnej w ścisłe metody badania, nad zjawiskami życia duchowego człowieka i jego zbiorowości dawały jej materjał bogaty do wniosków i uogólnień; nawiązanie łączności z krytyką poznania i logiką, a zwłaszcza z najbliższą, sąsiednią, a zapoznawaną dotąd w tem pokrewieństwie dziedziną etyki, broniło od partykularyzmu i zapewniało wyższy i szerszy punkt widzenia na metodologję i systematykę zagadnień; słowem nowy wysiłek zbiorowy dzięki samym warunkom pracy zdawał się rokować powodzenie pewniejsze od tego, które mogło się stać udziałem myślicieli, choćby najbardziej genjalnych, z przed lat stu, a nawet pięćdziesięciu.

Rzeczywistość jednak daje obraz inny. Prawd teoretycznych o prawie, ustalonych i ogólnie uznanych, szukalibyśmy napróżno. Uczeni nietylko dzielą się na obozy, nawzajem się zwalczające, lecz występują w dalszym ciągu każdy ze swoją koncepcją indywidualną. I każda z tych koncepcyj pozostaje próbą powiązania w system materjału uparcie opornego, nie dając najsłabszej nawet podstawy dla badań szczegółowych. I każda z tych koncepcyj, jakkolwiekby się stroiła w nowe

zaty terminologiczne podług najświeższej mody, natrafia na krytykę dawna już ustaloną. Pod niejednym względem myśl najnowsza jest ardziej uświadomioną od dawnej, lecz naogół uderza wrażenie, jak ało się posunięto od lat stu; a po baczniejszem w rzeczy wejrzeniu udno nie dostrzec, jak myśl XX stulecia, mimo różnic powierzchowych, krąży wciąż w tem samem zamkniętem kole starych przeciwieństw od czasów sporu między Platonem, Arystotelesem i sofistami. Rzecz gorsza, wynikająca zresztą z warunków dzisiejszej pracy naukowej, ilościowo przerosłej i traktowanej jako obowiązek zawodowy: gdy dawne systemy były w swych przeciwieństwach konsekwentne i jednolite, dzisiejsze łączą w sobie najczęściej elementy różnolite i sprzeczne wewnętrznie — skutek to naturalny szukania dróg własnych na gruncie wórczości erudycyjnej.

Przyczyny tych niepowodzeń najnowszej filozofji prawa, wspólne resztą w znacznym stopniu tej nauce z sąsiednią dziedziną moralności, a nawet oddziaływające szerzej na t. zw. socjologje i wogóle na całość t. zw. nauk „humanistycznych" i „społecznych", poza imaniem się zagadnień do rozstrzygnięcia niemożliwych, dadzą się sprowadzić do jednego źródła głównego: jest niem nierozróżnianie w sposób należyty odrębnych stanowisk poznawczych, z których do prawa się zbliżamy, odrębnych zdań i nauk, jakie o prawie tworzymy. Możliwość i konieczność ujęcia prawa jako zjawiska realnego wysuwana była i jest programowo przez liczne kierunki naukowe ostatnich stu lat, przez historyzm, pozytywizm i wywodzące się z nich koncepcje psychologiczne i socjologiczne najnowsze. Z drugiej strony nie brak usiłowań, wysuwających w stosunku do prawa konieczność stanowiska „idealnego", bądź to pod hasłem oceny i udoskonalenia prawa, bądź pod hasłem „czystości" stanowiska normatywnego. Każdy z tych kierunków jest w zasadzie uprawniony przez samo narzucanie się myśli naukowej odpowiednich zagadnień odrębnych; mogłyby z nich powstać równie konieczne i uzupełniające się nawzajem nauki: realna teorja, teleologiczna polityka i normatywna dogmatyka prawa, a ogólna teorja i ogólna polityka prawa wypełniłyby łącznie zadanie naukowej filozofji prawa. Lecz powodzenia nie osiągnięto i poszczególnych dziedzin nie zdołano należycie ustosunkować wskutek tego, iż każdy z kierunków uznawał swoje stanowisko za wyłączne i zagadnienia, wiążące się ze stanowiskiem przeciwnem, bądź to ignorował, bądź, co gorsza, stłaczał w jedno ze swemi zagadnieniami, rozstrzygając je za pomocą metod niewłaściwych i osiągając w skutku jedynie zamęt. Szczególnie uporczywem i szkodliwem okazało się pomieszanie stanowisk teoretycznego i normatywnego; polityka prawa bowiem albo pozostaje igno-

rowaną zupełnie, albo pojawia się w postaci względnie uświadomionej wskutek oddziaływania niemieckich pism Petrażyckiego.

Objawy synkretyzmu metod z wytwarzanemi przezeń dziwolągami naukowemi, a z drugiej strony żywotność naukowa zagadnień, przez oba kierunki przeciwne wysuwanych, nie mogły nie obudzić zastanowienia. I oto widzimy stopniowe objawianie się zrozumienia, że w stosunku do prawa możliwe i konieczne są różne stanowiska poznawcze, że każde z nich powinno wytworzyć swoją odrębną naukę. Uświadomienie to objawia się przedewszystkiem w nauce niemieckiej, którą znamionuje tradycyjnie większa czujność metodologiczna. Już w obozie realistów zwolennicy „socjologji prawa" zaczynają ją świadomie wyodrębniać i przeciwstawiać normatywnej dogmatyce (Ehrlich, Kornfeld, Kantorowicz). I w obozie przeciwnym, broniącym „idealnego", „etycznego" charakteru prawa, coraz więcej głosów odzywa się za tem, że rozważanie prawa jako zjawiska empirycznego jest we właściwych granicach rzeczą dopuszczalną (Radbruch, Gény, Kistiakowski). Powołaną poniekąd z urzędu do sprecyzowania i wykonania programu paralelizmu nauk o prawie, jak i o moralności, stała się szkoła dzisiejszych kontynuatorów Kanta, która już w pismach swego mistrza miała wytknięte podstawowe odróżnienie poznania teoretycznego i praktycznego, a nawet zawiązki programu dwóch odrębnych nauk etycznych — „fizyki obyczajów" oraz ich „metafizyki" — , i sama probowała wykonać ten program z większem uwzględnieniem jego części teoretyczno-empirycznej niż czynił to sam Kant.

Gdy tedy kierunki jednostronne pozostały przy swoich beznadziejnych wysiłkach zamknięcia wszystkich zagadnień prawnych bądź w granicach wyłącznie poznania „empirycznego", realnego, lub wyłącznie „idealnego", a w rezultacie, wobec narzucania się zagadnień obu rodzajów, wytwarzały z obu stron konstrukcje, mimo pozornego przeciwieństwa punktów wyjścia, całkowicie sobie pokrewne w nieuniknionem pomieszaniu elementów rzeczywistości z elementami oceny, mogłoby się zdawać, że do ostatecznego przecięcia odwiecznego węzła gordyjskiego i do wyprowadzenia filozofji prawa z ciasnego koła starych przeciwieństw na drogę postępu powołane są przedewszystkiem te systemy, które uświadomiły sobie odrębność stanowisk poznawczych i umiały konsekwencje tej zasady do prawa zastosować.

Prób podobnych dziś nie brak. Między niemi wysuwa się niewątpliwie na czoło dzieło naukowe H. Kelsena. A wysuwa się nietylko dlatego, że prawnik wiedeński swem pierwszem dziełem podstawowem zdobył sobie niełatwy do osiągnięcia w literaturze naukowej niemieckiej rekord objętości książki, poświęcając za jednym

zamachem przeszło 700 stronic niemal wyłącznie zadaniu walki z synkretyzmem metod w nauce prawa [1]), lecz również dlatego, że zarówno w tem dziele, jak w następnych dał dowody uświadomienia metodologicznego, istotnie daleko posuniętego w stosunku do przeciętnego poziomu nauki. Kelsen, uznając słusznie pomieszanie metod za „chorobę zawodową prawników“ [2]), nie zaspokoił się rzuceniem jeszcze jednego bezpłodnego aktu samooskarżenia, od których roi się wprost nasza nauka, lecz potrafił wskazać pewne drogi naprawy i dał wzory krytyki niektórych objawów choroby metodycznej, osiągające poziom jasności i przenikliwości, rzadko spotykany w literaturze prawniczej i socjologicznej. Dlatego też dzieła jego byłyby godne uwagi przez to samo, że stanowią wynik najkrytyczniejszego przewartościowania rezultatów pracy ostatnich dziesięcioleci. Zainteresowanie, jakie budzi Kelsen, podnosi jeszcze okoliczność, że autor ten wywarł już silny wpływ u siebie na gruncie rodzimym, wytwarzając szkołę ruchliwą i płodną, która przybrała miano „szkoły młodo-austrjackiej“, a i u nas wpływem swym wywołał pojawienie się ciekawej książki S. Rundsteina [3]).

Jednak te dowody względnej wyższości nad przeciętny poziom nauki współczesnej nie usprawiedliwiłyby poświęcenia Kelsenowi uwagi specjalnej. Mniejszy lub większy krok, dokonany przez uczonego cudzoziemskiego w kierunku przezwyciężenia dziedzicznego cierpienia metodycznego nauk prawnych może zaledwie w sposób mierny zajwać naukę polską, która posiada w osobie Petrażyckiego myśliciela, co nietylko znalazł i zastosował środki radykalne do jego przezwyciężenia, lecz zarazem w jasnej djagnozie socjologicznej wykazał przyczyny i źródła choroby, sprowadzając ją do dążności naturalnych samego prawa [4]). Filozofja prawa Kelsena stanowi przedmiot godny uwagi z tego raczej względu, że posiadając względnie jasny i poprawny punkt wyjścia w swem założeniu metodologicznem, w wynikach swych ujawnia braki tradycyjnego myślenia prawniczego w sposób nawet spotęgowany. Dzieło jego, tak zdrowe w swych założeniach i ujawniające w krytyce tak piękne nieraz wyniki, w swych konstrukcjach własnych osiąga przeważnie próżnię lub błąd. Założenia zostały bądź nieprze-

---

[1]) Hans Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz. Tübingen, Mohr, 1911.

[2]) H. Kelsen, Die Rechtswissenschaft als Norm- oder Kulturwissenschaft (Schmollers Jahrbücher 40 Jahrg. 3 Heft, 1916), str. 132.

[3]) Szymon Rundstein, Zasady teorji prawa, Warszawa, Hösick 1924.

[4]) Petrażycki, Teorja prawa, Petersburg, wyd. I. 1907, wyd. II. 1910. Geneza i rola praktycznej nauki prawa została ujęta jako objaw i czynnik społecznej dążności unifikacyjnej prawa w rozdziale II., w szczególności §§ 14 i 15.

myślane do końca, bądź też przeciągnięte jednostronnie poza właściwe granice, siła myśli twórczej była za słabą, aby wytworzyć samodzielne koncepcje, odpowiadające trafnie ujętym zagadnieniom, i autor poddał się zbyt biernie suggestji tych koncepcyj gotowych, jakie zastał na rynku naukowym; nadewszystko zaś, pomimo uznania równorzędności odrębnych stanowisk poznawczych w stosunku do prawa, dał się pociągnąć typowej dla naszej nauki wyłączności stanowiska normatywno-dogmatycznego i, wyprowadzając tę wyłączność z dziedziny nawpół świadomego dziedzicznego popędu na poziom zupełnego uświadomienia, wykazał z tem większą jaskrawością nieuniknione skutki błędu dogmatycznego. Te to dowody działania złych narowów w umyśle wybitnym i mającym, zdawałoby się, środki własne do osiągnięcia wyników bardziej samodzielnych i płodnych, stanowić będą temat niniejszych rozważań.

Stosownie do tego praca niniejsza nie chce być monografją w zwykłem tego słowa znaczeniu, Kelsenowi poświęconą: nie ogarnia bowiem całości jego poglądów ani nie kreśli ich rozwoju, ograniczając się jedynie do podstawowego zagadnienia ujęcia przez niego prawa; nie podejmuje krytyki wszystkich dróg jego myśli, nieraz zawiłych i niespodzianych, i uwzględnia tylko w najmniejszym, ściśle koniecznym zakresie dość obficie dziś koło niego rozwiniętą literaturę krytyczną. Biorąc sobie za przedmiot raczej same zagadnienia, niż autora, traktuje Kelsena przedewszystkiem jako punkt przecięcia się pewnych dążeń filozofji prawa i etyki wogóle i pragnie wykazać, do czego te dążenia powinny były doprowadzić i dlaczego do właściwego wyniku nie doprowadziły. Stąd, z jednej strony, w przedstawieniu systemu założyciela szkoły normatywnej, dążenie do uwypuklenia najistotniejszych tendencyj z usunięciem w cień wielu szczegółów, ze względu na samego pisarza niepozbawionych interesu, a z drugiej — włączenie w dość znacznej ilości charakterystyk pewnych typowych dążeń w nauce moralności i prawa, które się w naszym autorce skrzyżowały lub załamały. Chęć zmniejszenia tego materjału porównawczego do minimum i uwzględnienia w miarę możności tylko myślicieli, którzy na Kelsena wpłynęli, tłumaczy, dlaczego wśród tego materjału nauka niemiecka zajmuje miejsce tak przeważające.

Punktem wyjścia metodologji Kelsena, ustalonym programowo na początku jego dzieła podstawowego *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* i zachowanym wiernie w pracach dalszych [1]) jest odróżnienie

[1]) Poza *Hauptprobleme* zasługują na uwagę, prócz prac pomniejszych, dwie książki: *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Beitrag zu einer reinen Rechtslehre (1920), oraz *Der soziologische und der juristische Staats-*

dwóch dziedzin poznania — bytu i powinności[1]) *(Sein-Sollen)* i odpowiedni podział nauk na eksplikatywne i normatywne. Podział ten, przejęty od szkoły kantowskiej, nie jest w tej postaci ani całkiem poprawny, ani wyczerpujący. Polega on bowiem na przeciwstawieniu zdań, stwierdzających t. zw. „prawa przyrody", t. j. wyjaśniających przyczynowo procesy realne, zdaniom, wyrażającym normę, jako przepis obowiązujący w postępowaniu (H. str. 1—7); a oba te typy są dowolnie wyodrębnionemi odmianami klas znacznie szerszych. Zdania eksplikatywne są tylko dość niejasno wyróżnioną odmianą zdań teoretycznych (objektywnie poznawczych) o tem, co realne; obok zdań o realnem trzeba jednak uwzględnić zdania teoretyczne o tem, co istnieje tylko idealnie (matematyka, t. zw. prawa logiczne i t. p.)[2]). I dopiero klasa najwyższa w tym szeregu — klasa zdań teoretycznych, może być przeciwstawiona poprawnie zdaniom, wyrażającym inny typ poznania; lecz i tu zdania normatywne znajdą się dopiero na jednem z niższych piątr klasyfikacji. Zdaniom teoretycznym przeciwstawiać należy klasę ogólną zdań, wyrażających ocenę; ich odmianą są zdania wyrażające ocenę postępowania, których jedną z odmian są zdania normatywne, zawierające przepisy zasadnicze w odróżnieniu od teleologicznych.

Zarówno więc dziedzina „bytu", jak dziedzina „powinności" są u Kelsena, jak wogóle w nauce dzisiejszej, koncepcjami dalekiemi od ścisłości. Mimo to, ponieważ w dziedzinie prawa wobec natury przedmiotu możliwe jest i konieczne, obok innych jeszcze stanowisk, poznanie realnego zjawiska prawnego oraz ustalanie przepisów obowiązujących, — jego punkt wyjścia pozwala z względną trafnością odgrodzić od siebie odrębne pola dwóch przynajmniej nauk: zadanie ustalania

---

begriff, kritische Untersuchungen des Verhältnisses von Staat und Recht (1922), obie wydane u Mohra w Tybindze. Dla skrócenia będę w dalszym ciągu cytował te trzy prace jako *H, Souv.* i *Stb.*

[1]) P. Rundstein używa dla oznaczania tych pojęć terminów „istniejące — być mające". Wyrazy „byt — powinność", — nie uznając ich za doskonałe — , uważam za bardziej dogodne ze względu na ich formę rzeczownikową. Pozatem termin „być mające" jest dwuznaczny: może być bowiem stosowany zarówno do przedmiotów ocenianych normatywnie, jak do przedmiotów, których istnienie przypuszczamy lub w przyszłości przewidujemy.

[2]) Kelsen ma stałą dążność do utożsamiania idealności z powinnością; np.: „w przeciwstawieniu powinności i bytu ujawnia się przeciwieństwo ducha i natury" (Stb. 75). O ile słusznem jest, że każde zdanie normatywne wyraża poznanie idealne, o tyle odwrócenie tej tezy stanowi błąd. I Kelsen, zarówno jak jego uczniowie, ciężko opłacają ten błąd, że w stosunku do normy prawnej nie uznają i nie umieją zająć stanowiska idealnego, któreby zarazem nie było normatywnem, lecz teoretycznem. Mętność jego koncepcji powinności *(Sollen)*, wynikająca z braku tego rozróżnienia, ujawnia się dobitnie w § 12 Stb.

norm wyznacza on trafnie jurysprudencji dogmatycznej, nauce normatywnej jak moralność, gramatyka i estetyka, zadanie stwierdzania i wyjaśniania realnych zjawisk prawnych — psychologji i socjologji. Że nauką normatywną o prawie może być tylko ta dyscyplina, którą Kelsen tu mianuje jurysprudencją dogmatyczną, i którą będę nazywał w dalszym tekście dogmatyką prawa, — nauka, systematyzująca normy prawa pozytywnego — i że na podstawie i w granicach poznania normatywnego w ścisłem znaczeniu nie może być nietylko zamknięta, lecz wogóle zbudowana żadna „filozofja" lub „czysta teorja prawa", jako uogólnienie dogmatyki, — że dalej badanie realnego zjawiska prawnego nie może być wyłączone z granic nauk prawnych, lecz przeciwnie, owa psychologja i socjologja zjawiska prawnego może dać jedynie poprawną teorję prawa, jako ogólną i konieczną podstawę wszelkiego naukowego badania prawa — te sprawy będą przedmiotem dalszych rozważań. Narazie uznać należy za rzecz cenną samo ustalenie tezy, że w dziedzinie prawa, jak wogóle w dziedzinie zagadnień etycznych, możliwe są i potrzebne te dwa stanowiska odrębne (H. 32).

W ten sposób długo i namiętnie toczony spór o to, czy „nauka prawa" ma być nauką „empiryczną, realną, teoretyczną" o zjawisku rzeczywistości, czy też „praktyczną, idealną, metafizyczną" o normach, prawach i obowiązkach, został tu zgodnie z nowem uświadomieniem rozstrzygnięty w jedynie słusznym kierunku, że obie nauki są jednakowo uprawnione. Przy całem swem nastawieniu normatywnem, dążącem przedewszystkiem do oczyszczenia dogmatyki od naleciałości realistycznych, Kelsen uznawał od pierwszej chwili i uznaje dotąd godziwość teoretycznego badania realnego zjawiska prawnego, a nawet przyznał, że „przedmiot jurysprudencji, społeczne zjawisko prawa, należąc do niej „tylko jedną stroną", pozatem „w znacznej, może nawet w większej swej części" stanowi przedmiot nauk eksplikatywnych, jak socjologja lub psychologja (H. V, 42, 343).

Takim jest program ogólny; w wykonaniu jednak, niestety, zapanowuje wbrew niemu jednostronność. Że zjawisko prawne, cała dziedzina „faktyczności prawa", jak lubi ją nasz autor nazywać w swych pracach późniejszych, oddana jest na pastwę psychologji i socjologji, nauk pozaprawnych, to mogłoby się wydać narazie sprawą tylko terminologiczną wobec zasadniczego uznania istnienia odrębnego zjawiska prawnego jako przedmiotu badania empirycznego. Tak jednak nie jest. „Prawność" została przez Kelsena związana najściślej ze stanowiskiem dogmatyczno normatywnem. Wbrew programowi, wbrew stałemu uznawaniu w terminologji zjawiska prawnego, Kelsen dąży do monopolu stanowiska normatywnego i w swoim systemie dla realnego

prawa nie zostawia miejsca. Czy to „filozofja prawa", której w roku 1911-ym przyznaje zadanie ustalenia podstawowych pojęć prawnych, a więc i samego pojęcia prawa (H. str. VII), czy to bardziej nowożytnie brzmiąca „czysta teorja prawa", której w r. 1920-ym powierza zadanie osiągnięcia najwyższej jedności poznania prawnego (Souv. str. III), rozumiane są jedynie jako uogólnienia na tle dogmatyki. I w tem świadomem, ale nieprzemyślanem przejściu od uznania równouprawnienia, a nawet przewagi stanowiska teoretycznego nad dogmatyczno-normatywnem, do wyłączności stanowiska normatywnego, tak słusznie uznanego skądinąd za jednostronne (H. 42) odbija się niewątpliwie działanie odwiecznej tradycji dogmatycznej, tkwiącej mocno w dążnościach psychicznych samego prawa.

Kelsen, obierając w przedmowie do *Hauptprobleme* za zadanie dzieła *actio finium regundorum* dla obrony dogmatyki od zakusów fałszywego realizmu, nasuwa myśl, że chodzi tu o wykonanie zadania świadomie jednostronnego: zdawałoby się, że nauka eksplikatywna o zjawisku prawnem może przy tem pozostać panią wyłączną na swojem polu badania i że obie nauki, sprowadzone do granic im właściwych, utworzą całość wzajemnie się uzupełniającą i harmonijną. Lecz identyfikacja stanowiska prawnego z normatywnem i żądanie roli kierowniczej dla dogmatyki, prowadzą Kelsena do wykroczenia poza granice właściwe. Bezstronny sąd naukowy może uznać jego powództwo za uzasadnione tylko w ciasnych granicach dogmatyki; odrzucić musi jego pretensje do rozciągnięcia stanowiska normatywnego na całość zagadnień prawa, a nawet przeciwnie, uzna za uzasadnione powództwo wzajemne ze strony teorji prawa o uznanie decydującego stanowiska jej koncepcji prawa dla całokształtu nauk prawnych. Kelsen, budując swoją „czystą teorję prawa" na gruncie normatywnym, uznając wyłącznie ujęcie normy prawnej jako normy o b o w i ą z u j ą c e j, przez to samo uniemożliwił wogóle uchwycenie istoty i zakresu owego uznawanego przez siebie w zasadzie prawa realnego, a w prawie ujętem normatywnie, w prawie obowiązującem, cechy ogólnej i specyficznej znaleźć nie mógł z samej natury zagadnienia, gdyby nawet nie uciekał się do szukania jej na niewłaściwych drogach. I wynikiem jasnym jego całej pracy jest zatracenie wszelkiego naukowego kryterjum prawa. Wynik to dla filozofji prawa wielce pouczający w kierunku, przez autora zgoła nieprzewidywanym; oto, jak się okazuje, wystarczyło jasno uświadomić sobie — co Kelsen właśnie uczynił, że pojęcie „prawa", poszukiwane napróżno przez pokolenia prawników, oparte jest na cesze normatywnej obowiązywania, aby wykazać, że pojęcie to ująć się naukowo nie daje.

2. Zjawisko prawne.

Prawo, widziane ze stanowiska jego istnienia i działania faktycznego, cała „faktyczność prawa", „społeczne zjawisko prawne w jego całokształcie" oddaje Kelsen naukom eksplikatywnym, psychologji i socjologji, jako przedmiot ich niezależnego badania. Otóż stwierdzić nietrudno, że żaden psycholog lub socjolog świadomy metod swej nauki nie wiedziałby, co z tym darem czynić. Albowiem „zjawisko prawne" takie, jak je rozumiał ofiarodawca, nie da się ująć jako klasa, określona za pomocą jakiejś cechy objektywnej: zakwalifikowanie danego zjawiska jako prawnego lub nieprawnego musiałoby za każdym razem wymagać ekspertyzy prawnika dogmatyka lub nawet wyroku sądowego. A gdy dogmatyk i sędzia przy swej kwalifikacji kierują się nie cechami realnemi zjawiska, lecz oceną jego ze stanowiska norm, przeto wewnątrz klasy znalazłyby się zjawiska, nie mające żadnych cech wspólnych, a zjawiska o cechach identycznych znalazłyby się jednocześnie w klasie i poza klasą. I psychologja czy socjologja nie mogłyby o takiej klasie żadnej tezy teoretycznej wypowiedzieć.

Pierwsza z licznych niejasności, otaczających kelsenowską koncepcję zjawiska prawnego, tkwi w stałem łączeniu socjologji i psychologji, jako nauk na tym terenie kompetentnych. Czy prawo jest ostatecznie zjawiskiem p s y c h i c z n e m czy s p o ł e c z n e m? Odpowiedzi bezpośredniej na to nie otrzymamy. I trzeba dojść do przekonania, że w *Hauptprobleme* Kelsen rozmyślnie, nie chcąc rozstrzygać sprawy granic i stosunku wzajemnego socjologji i psychologji, utrzymywał ten adres podwójny, dbając w gruncie rzeczy jedynie o to, aby rzecz wysyłana — realne zjawisko prawne — opuściła granice „czystej" czyli normatywnej nauki o prawie. Atoli w późniejszym *Staatsbegriff* znajdujemy obszerne i miejscami bardzo subtelne i cenne przyczynki do rozgraniczenia sfery psychicznej od społecznej. Szereg dokonywanych przez teorje socjologiczne prób ujęcia „zjawiska społecznego" jako mającego swój byt odrębny poza lub ponad psychiką indywidualną, w postaci czy to sumy psychik, czy odrębnej psychiki zbiorowej, czy wszelakiego rodzaju wytworów psychiki jednostkowej, jak organizacja i t. p., znalazło tu krytykę jasną i przekonywującą. Krytyka ta zaszła nawet za daleko: zamiast się zatrzymać na tezie, że zjawiska społeczne nie mogą mieć innego siedliska lub, innemi słowy, nie mogą nam się objawiać na innem podłożu, niż psychika jednostek ludzkich, tak samo np. jak zjawiska biologiczne objawiają się nam tylko w poszczególnych zwierzętach i roślinach, Kelsen dochodzi wprost do zaprzeczenia zjawiskom społecznym bytu realnego (Stb. rozdz. I, II). Nie jest mojem

zadaniem w tej chwili obrona realnego istnienia zjawiska społecznego wobec zachłanności psychologizmu. Wystarczy tu stwierdzić, że wywody Kelsena dążą całkiem niedwuznacznie do indentyfikacji tego, co krytykowane doktryny uważają (wadliwie) za „społeczne" z tem, co Kelsen kwalifikuje jako prawo w znaczeniu idealnem (normy prawa obowiązujące) i do upatrywania jedynej realności, odpowiadającej temu prawu — w psychice jednostek [1]). I temu zapatrywaniu odpowiada coraz bardziej stałe, w stosunku do dawnej chwiejności, charakteryzowanie realnego odpowiednika normy prawnej jako przeżycia lub przekonania prawnego: gdy norma prawna, jako przedmiot czysto myślowy, „istnieje" tylko przez swe obowiązywanie, jej realnym odpowiednikiem, tem, co działa, faktem rzeczywistym może być tylko psychiczne przeżywanie normy przez żywego człowieka: „wyobrażenie normy", „myślenie, odczuwanie, chcenie normy", t. j. czynienie normy treścią żywego aktu psychicznego. działającego jako motyw postępowania (np. Stb. 55 i nast.).

Chaotyczność samej kwalifikacji psychologicznej przeżycia normatywnego, jaka w tych wypowiedziach przed nami się roztacza, musi dotknąć niemile każdego czytelnika, traktującego poważnie psychologję: myślenie, odczuwanie, chcenie są procesami odrębnemi i nie mogą jednocześnie trafnie charakteryzować „przeżywania" normy. Lecz pamiętając, że autor badanie realnego zjawiska prawnego świadomie pozostawia fachowym psychologom, można mu tę zbytnią barwność wyrażeń darować i stwierdzić tylko fakt zasadniczy, że r e a l n y m o d p o w i e d n i k i e m n o r m y p r a w n e j nie jest już zjawisko społeczne (które wogóle teraz znikło ze świata rzeczywistości), lecz tylko z j a w i s k o p s y c h i c z n e p r z e ż y w a n i a n o r m y.

I bylibyśmy tu na gruncie jedynie trafnego ujęcia sprawy, tego

[1]) Gdy Kelsen wykazuje, że poszczególni socjologowie, zwłaszcza zaś Durkheim, dowodząc „objektywności" i niezależności od jednostki swoich „zjawisk społecznych", przechodzą niepostrzeżenie ze stanowiska teoretycznego konstatowania zjawisk na stanowisko uznania normatywnego obowiązywania przepisów (Stb. 55—56), daje dowód rzadko spotykanej i zasługującej na jak najszersze zrozumienie i uznanie umiejętności wykrywania objawów pomieszania metod naukowych; gdy udowadnia, że to, co Durkheim wysuwa tu jako „społeczne", jest w istocie prawem, ma też słuszność zupełną. Myli się jednak tam, gdzie — w swojem już imieniu — przyznaje prawu wyłącznie byt idealny w charakterze normy lub systemu norm, a nie uznaje realnego istnienia specyficznych przeżyć prawnych, oraz tam, gdzie identyfikując społeczne z prawnem, pozbawia je przez to realnego działania i istnienia. Te rozważania Kelsena o stosunku zjawiska psychicznego do społecznego i obu tych zjawisk do prawa, zawierające w swej części krytycznej wyniki równie wielkiej wartości, jak małą jest z drugiej strony wartość jego wniosków własnych, zasługują na uwzględnienie odrębne, na które nie pozwalają ramy i zadania pracy niniejszej.

ujęcia, które oddawna się utrwala w nauce moralności i wciąż się przebija, utrwalić się nie mogąc, w koncepcjach prawnych: że zjawisko prawne (lub moralne), to przeżycie ludzkie, którego treścią myślową jest norma prawna (lub moralna), że norma prawna (lub moralna), to ujęta idealnie treść myślowa przeżycia prawnego (lub moralnego). Tak też, ze stanowiska przeciwstawienia realnego procesu psychicznego i jego treści myślowej ujmuje Kelsen coraz częściej stosunek zjawiska prawnego do normy, gdy o nim mówi w sposób ogólny i — jak się okaże — dla siebie nieobowiązujący (Stb. 76, 79, 93, 203). Aby uzyskać definicje poszczególnych przeżyć i norm, pozostaje tylko określić cechy specyficzne składu i charakteru przeżycia prawnego i moralnego i odpowiednio ustalić cechy norm obu rodzajów. Przeżycie i norma ukazują wówczas te same cechy, rozważane tylko w dwóch różnych płaszczyznach: realnie psychologicznej i idealnie myślowej. Należy jednak w definicji ograniczyć się do cech objektywnych, nie wprowadzając w drodze kontrabandy cech normatywnych, zawierających w sobie ocenę. Tego dokonał Petrażycki, z prostotą, znamionującą genjalne posunięcia naukowe, uchwyciwszy tu cechy, znane poniekąd wszystkim, lecz niespożytkowane świadomie i konsekwentnie przez nikogo: norma etyczna wyróżnia się od innych przepisów zasadniczych tem, że ocenia dane postępowanie jako obowiązujące; jedna jej odmiana, norma moralną, ocenia postępowanie jako jednostronnie obowiązujące, wskazuje tylko obowiązek; druga odmiana, norma prawna, ocenia postępowanie jako obowiązujące jedną stronę, a uprawniające drugą.

Kelsen względnie konsekwentnie utrzymuje stanowisko korelatywności normy i zjawiska dla moralności, przyjmując koncepcję „moralności autonomicznej", podług której realnem zjawiskiem moralnem jest akt psychiczny, mający za treść normę moralną, a norma jest „objektywizacją" przeżycia moralnego; przy tem gotów jest uznać, że normę moralną mamy tam wszędzie, gdzie człowiek kieruje się poczuciem obowiązku, niezależnie od tego, czy norma ta posiada jakąś podstawę „objektywną". Koncepcja ta zresztą w formie mętnej i niejednolitej, w jakiej ją Kelsen znalazł na rynku naukowym, a tambardziej w zabarwieniu, jakie jej nadał on sam, ujawnia poważne wady, do których powrócić wypadnie na właściwem miejscu, i pozatem wykazuje brak podstawowy — brak kryterjum, określającego „moralność" przeżycia i normy i odróżniającego popęd i przepis moralny od innych. Z tym podstawowym brakiem bądź co bądź jednak samo ustosunkowanie zjawiska do normy jest tu poprawne.

Natomiast w prawie u Kelsena rzecz się ma zupełnie inaczej. Wobec stałego upatrywania „faktyczności prawa" w jego działaniu psychicznem, zdawałoby się, że zjawisko prawne mieści się w odpowiednich przekonaniach, w owem „myśleniu, odczuwaniu, chceniu normy", słowem w przeżyciu, mającem za treść normę prawną. Gdyby się Kelsen był zatrzymał na tej swojej ogólnej koncepcji przeciwstawienia treści myślowej do procesu, to ustosunkowanie zjawiska do normy byłoby w moralności i prawie jednolite. Przypuszczając, — co wolno uczynić z pewnością wobec przyjęcia przez Kelsena stanowiska relatywistycznego w moralności —, że treść myślowa: „nie wolno kłamać" — jest normą moralną, należy sądzić, że autor nasz uzna za zjawisko moralne każdy stan psychiczny każdego człowieka w każdej okoliczności, wyrażający się w takiem przekonaniu, a to niezależnie od tego, czy w danych okolicznościach zasada niekłamania wyda mu się objektywnie uzasadnioną lub nie: w dziedzinie bowiem moralnej Kelsen wątpi wogóle w możliwość objektywnego uzasadnienia obowiązku i gotów jest uznać za normę każdą zasadę, będącą objektywizacją czyjegokolwie i jakiegokolwiek przekonania o obowiązku. Odpowiednio do tego, gdyby uznać treść myślową zdania: „wierzycielowi należy się zwrot długu" — za normę prawną, to trzebaby uznać za zjawisko prawne każdy proces psychiczny, mający taką treść. Kelsen jednak możliwość stosowania podobnej koncepcji do prawa odrzuca w sposób kategoryczny: zachowując względem normy prawnej stanowisko dogmatyczne, którego nie zachowuje względem normy moralnej, uznaje za normę prawną tylko taki przepis, który ma o b j e k t y w n ą m o c o b o w i ą z u j ą c ą podług prawa pozytywnego [1]). Wobec tego treść myślowa: „wierzycielowi należy się zwrot długu" może być uznana za normę prawną tylko w takim razie, jeśli w danym wypadku zgodna jest z systemem prawa, uznanym za obowiązujący.

Konsekwencje takiego stanowiska dla samego pojęcia normy prawnej będą rozważone w dalszym ciągu na właściwem miejscu; obecnie obchodzą nas jego konsekwencje dla pojęcia zjawiska prawnego. „Zadaniem psychologa jest zbadać działanie, jakie wywiera norma prawna, przenikając do świadomości pojedynczego człowieka, na jego wolę

[1]) H. rozdz. III. Ta koncepcja normy prawnej będzie przedmiotem dalszych rozważań. Że zaś Kelsen swą „faktyczność prawa" definjuje ś w i a d o m i e za pomocą cechy normatywnej, upatrywanej w zgodności z systemem prawa obowiązującego, o tem świadczy ustęp następujący: „... nie można zaprzeczyć, że te procesy rzeczywiste, dane nam jako akty zachowania normy (*Befolgungsakten*), nie byłyby możliwe do uchwycenia ani do odróżnienia od pozostałych procesów naturalnych, gdyby ich treść nie mogła być zakwalifikowana jako treść pewnego okreslonego systemu norm" (Stb. 203).

i czyny, analizować wpływ motywacyjny normy..." (H. 40—41). Otóż skoro za normę prawną uznać można tylko taki przepis, który może być uznany za obowiązujący ze stanowiska dogmatyczno-prawnego, to psycholog znajdzie się wobec swego przedmiotu badania w pozycji szczególniejszej. Z pośród przekonań ludzkich, mających najzupełniej te same cechy realnie psychiczne, będzie mógł zakwalifikować jako zjawiska prawne tylko te, których treść zgodna jest z jakimś systemem norm obowiązujących, a inne przekonania pod względem psychicznym identyczne, będzie musiał z klasy zjawisk prawnych wyłączyć. Np. przekonanie osobnika A, że należy mu się od B wypłata sumy 100 złotych, będzie zjawiskiem prawnem, jeśli odpowiada przepisom ustawy obowiązującej. To samo zaś pod względem psychicznym przeżycie nie będzie zjawiskiem prawnem, jeśli wskutek błędu lub nieświadomości nie jest zgodne z ustawą. Jeżeli A utracił swoje prawo wskutek przedawnienia, o którego nastąpieniu nie wiedział, to dałby się nawet ściśle określić moment w czasie, w którym to samo przekonanie przestało być zjawiskiem prawnem. A gdyby o prawo to toczył się spór, to zapewne psycholog musiałby czekać z zakwalifikowaniem przekonania osobnika A jako prawnego lub nieprawnego do chwili zapadnięcia wyroku prawomocnego... Tak samo w razie sporu o własność majątku między osobnikami C i D, jeśli obie strony mają przekonanie o swoim prawnym tytule własności, psycholog musiałby zapewne czekać na wyrok prawomocny; przy tem kolejne wyroki instancyj sądowych, które, jak wiadomo, bywają nieraz sprzeczne, mogłyby mu to oczekiwanie uczynić denerwującem w wysokim stopniu. Gdyby w pewnym momencie psycholog zniecierpliwiony zwrócił się do wybitnego prawnika-dogmatyka i usłyszał opinję, że strona C ma sprawę „murowaną", gdyż jej pogląd jest zgodny z ustawą, a nieprzychylny dla niej wyrok sądu pierwszej instancji jest oczywiście błędny i zostanie z pewnością uchylony przez sąd apelacyjny, toby zapewne był gotów, nie czekając na wyrok, uznać przekonanie osobnika C za zjawisko prawne; lecz los mógłby mu zgotować niespodziankę: jakiś przypadek może spowodować przeoczenie przez C terminu apelacyjnego i uprawomocnienie się wyroku pierwszej instancji; wtedy przekonanie C, stojące na najlepszej drodze do stania się zjawiskiem prawnem, zostałoby brutalnie, lecz z niewątpliwą mocą obowiązującą wytrącone z klasy zjawisk prawnych i zakwalifikowane nieodwołalnie jako zjawisko „prawa naturalnego" czyli moralności (gdyż taką jest klasa, do której Kelsen zalicza przekonania o treści prawnej, nie mające swego odpowiednika i kryterjum w normach prawa obowiązującego).

Idąc tą drogą, możnaby snuć konsekwencje, im dalej, tem bardziej pełne humoru. Sądzę jednak, że przykłady powyższe wystarczają, aby uwydatnić, do czego prowadzi opieranie definicji realnego zjawiska etycznego na cechach, mających charakter praktyczno-normatywny. Klasa zatraca wszelkie cechy objektywne, gdyż kryterjum odróżniające zawiera w sobie o c e n ę, opartą na treści jakichś norm, przyjętych za obowiązujące. Psycholog nie mógłby się zgodzić na to, by mu z dwóch przeżyć o identycznej naturze psychicznej jedno kwalifikowano jako prawne, drugie jako nieprawne, i musiałby wybrać między uznaniem, że specyficznych zjawisk prawnych niema, a wytworzeniem sobie innego kryterjum „prawości" zjawiska, niezależnego od ekspertyzy dogmatycznej.

Tak utworzona klasa „zjawiska prawnego" nie nadaje się w sposób oczywisty do badania teoretycznego, gdyż obejmuje tylko część klasy, mającej wspólne cechy realne, część, wyodrębnioną przy pomocy kryterjum praktycznego zgodności z określonemi normami. Lecz wewnątrz swych granic jest przynajmniej jednolitą: bądź co bądź każde zjawisko prawne jest aktem psychicznym, mającym za treść normę, która ustala obowiązek i uprawnienie, choć nie każdy akt psychiczny o takiej treści jest zjawiskiem prawnem. Ustosunkowanie zjawiska do normy miałoby przy tem w moralności i prawie zasadę pozornie jednolitą, odpowiadając stosunkowi przeżycia do treści myślowej; tylko gdy w moralności za normę uznana zostaje treść każdego przekonania o obowiązku, w prawie tylko część treści identycznych zostaje do godności norm podniesiona. W *Hauptprobleme* jednak Kelsen, gdy mu wypada określić stosunek przekonania do normy w dziedzinie prawa, zatrzymuje się ostatecznie na koncepcji jeszcze gorszej, stojącej w związku z nieszczęsnem kryterjum sankcji. Oto wśród rozważań, które wykazują słusznie, że ze stanowiska dogmatycznej oceny postępowania („dla konstrukcji formalno prawniczej") jest rzeczą obojętną, jaki motyw skłania adresata do wykonywania przepisu normy, że obowiązany może spełniać i spełnia swój obowiązek z motywów moralnych, religijnych lub nawet oportunistycznych, dowiadujemy się, że jedynym s p e c y f i c z n y m motywem subjektywnym wykonywania norm prawnych jest s t r a c h w o b e c k a r y l u b e g z e k u c j i (H. 221 i n.). Gdy zaś człowiek poddaje się normie prawnej z przekonania, z poczucia obowiązku, to mamy przed sobą objaw moralności, a norma, będąca objektywizacją takiego motywu, jest normą „prawa naturalnego", mającą pretensje do prawności, a w istocie swej moralną[1]).

[1]) Podobnie rozumie sprawę Cz. Znamierowski, Podstawowe pojęcia teorji prawa (1924), gdy twierdzi, że człowiek, wykonywujący przepis prawny z przekona-

Ta koncepcja łącząc się z ujęciem normy prawnej jako wyłącznie normy sankcjonującej, usuwa całkowicie wszelki paralelizm zastosowania schematu „proces-treść" do moralności i prawa. Nie zawadzi tu gwoli wyjaśnienia konsekwencyj uplastycznić je sobie na przykładach. Gdy osobnik A ma przekonanie, że nie powinien kłamać, mamy przed sobą popęd moralny, a jako „wyabstrahowaną treść myślową" przeżycia — normę moralną; to Kelsen zaakceptuje, choć, jak już wskazałem, uzasadnić kwalifikacji przeżycia i normy jako moralnych nie zdoła, gdyż żadnego określonego kryterjum moralności nie posiada. Gdy natomiast osobnik B ma przekonanie, że powinien zwrócić osobnikowi C pożyczone odeń 100 złotych, i — zakładamy to dla uniknięcia mnożenia przykładów — przekonanie to jest całkowicie zgodne z prawem obowiązującem, jako oparte np. na fakcie należytego wystawienia wekslu i całej mocy obowiązującej kodeksu handlowego, wtedy w myśl koncepcji zjawiska prawnego jako „normy prawnej przenikającej do świadomości", jako „myślenia, odczuwania, chcenia normy" mogłoby się zdawać, że przekonanie B jest zjawiskiem prawnem. Tak jednak nie jest. Jeśli B działa pod wpływem poczucia obowiązku, to jego przekonanie jest moralne i sama norma, nakazująca zwrot długu, jest normą moralną. Zjawisko prawne mamy wtedy dopiero, gdy B przeżywa motyw: „trzeba oddać 100 złotych, bo w przeciwnym razie mnie zlicytują"; i normą prawną jest bynajmniej nie treść przepisu kodeksowego, nakazującego zwrot długu wekslowego i identyczna z nią treść myślowa przekonania dłużnika B, lecz tylko przepis procesowy, grożący egzekucją w razie niezachowania tamtego przepisu, który ze swojej strony stanowi tylko jeden z „warunków zastosowania" istotnej normy prawnej.

Nie czas tu jeszcze na rozwikłanie całego splotu odwiecznych nieporozumień, jakie się w tym poglądzie ujawniają; gra w nim rolę obranie za kryterjum prawa sankcji oraz istny węzeł gordyjski pomieszań metodologicznych, tkwiący w przeciwstawieniu „autonomji" i „heteronomji"; odkładając obrachunek z temi koncepcjami do miejsca właściwego, tu wystarczy stwierdzić, że „zjawisko prawne", pojęte jako realizacja działania norm prawnych w psychice ludzi, zatraca w tej koncepcji do reszty wszelkie ślady charakteru specyficznego. Jeśli bowiem nawet odbicie obowiązków i uprawnień, wyznaczanych przez system prawa obowiązującego, w przekonaniach poddanych stanowi

nania, „uznający normę", działa pod wpływem pobudki moralnej (str. 46), co nie przeszkadza autorowi uważać skądinąd znaczną liczbę członków grupy, aprobujących normy, za objaw utwierdzenia w niej poczucia prawnego i dowód bliskości faktycznego życia prawnego ustalonej normy (str. 36).

działanie moralności, a zjawisko prawne polega na poddawaniu się strachowi kary i egzekucji, to czemże ten strach kary i egzekucji, jako stan psychiczny, różni się od strachu wobec bandyty lub od obawy straty pieniężnej przy operacji handlowej? Przecież nie momentem jakiegoś poczucia słuszności tych sankcyj, gdyż toby było już „przekonanie", a więc motyw moralny...

Tak więc, którakolwiek z tych koncepcyj, przeplatających się wciąż u Kelsena, miałaby być uznana za decydującą, wypada dojść do przekonania, że nie istnieje żadne psychiczne zjawisko prawne o cechach możliwych do wyodrębnienia przez psychologa. „Rzeczywistość prawna" nie istnieje jako odrębna klasa zjawisk, którąby nauki eksplikatywne mogły wziąć za przedmiot do badania.

W dziełach nowszych Kelsena, zwłaszcza w *Staatsbegriff*, gdzie znacznie mocniej jest wysuwana wyłącznie psychiczna natura realnych odpowiedników normy, łącznie z zagadkową negacją realnego istnienia zjawisk społecznych, gdzie schemat „proces-treść" wydaje się konsekwentnie stosowany do prawa i moralności (por. zwłaszcza Stb. 75 i n.), pozory przemawiałyby za tem, że koncepcja pierwsza (zjawisko jako przekonanie o obowiązku) zwyciężyła niepodzielnie. Lecz są to tylko pozory; a raczej nie pozory, lecz objaw charakterystyczny przebijania się trafnej koncepcji naukowej wbrew innym poglądom autora. W istocie, mówiąc o swem „zjawisku prawnem", Kelsen bynajmniej nie ma na myśli jakiegokolwiek zjawiska o cechach specyficznych; jego „faktyczność prawa" nie chce się zamykać w granicach przeżyć, mających za treść to, co norma nakazuje, ani w granicach przeżyć strachu wobec sankcji, o których sam twierdzi, że wśród motywów zachowania się prawnego są bardzo rzadkie (H. 338 i n.); przeciwnie, różnolitość psychiczną przeżyć, składających się na „realne działanie prawa", uznaje on najzupełniej świadomie. Na owo „prawo, któremu można przyznać działanie realne", „prawo w znaczeniu faktycznem", przeciwstawiane „prawu, którego cechą jest obowiązywanie" (Souv. 100), składają się u niego istotnie wszystkie różnorodne motywy, jakie mogą skłaniać człowieka do zachowania się zgodnego z przepisami systemu norm obowiązujących, a więc motywy moralne, religijne, „poczucie honoru i uczciwości", „obawa złej opinji społecznej", „rachuba interesów", „potrzeba dalszego kredytu", wreszcie, jeśli chodzi o nieprzekraczanie zakazów, nieraz poprostu „brak popędu do popełniania przekroczeń" (H. 337—340); jednym z tych licznych motywów może być również „wyobrażenie lub chcenie, mające za treść normę" (Souv. 100). I tu docieramy do istotnego znaczenia kelsenowskiego „prawa w znaczeniu faktycznem": obrawszy sobie za podstawę „prawo obowiązu-

jące" jako system norm, to drugie prawo pojmuje on jako realizację tego systemu w motywach i postępowaniu ludzi niem związanych; przy tem, rzecz jasna, nie może być mowy o ograniczeniu się do jakiekolwiek typu motywów, specyficznego pod względem psychologicznym, i kryterjum zostaje przesuntęte z wewnętrznego motywu na zewnętrzny akt postępowania. Czytamy też wciąż o „działaniu aktu psychicznego, który wywołuje określone postępowanie (Stb. 55), o „wewnętrznem przeżyciu normy, wcielonem w czyn" (Stb. 203), Prawo w znaczeniu psychologiczno-socjologicznem, to zbiór zjawisk. który się składa na działania ludzkie, zgodne z systemem norm obowiązujących: „faktyczność" prawa (jest to) rzeczywiste zachowanie norm prawnych, osiągnięta przez najrozmaitsze przyczyny realizacja treści tego, co prawo jako powinność wskazuje" (Souv. 31).

I w tem ujawnia się z całą naocznością głębokie nieporozumienie, jakiego się autor dopuszcza, nazywając ten zbiór działań prawem. Czy ten zbiór zjawisk, nie wykazujący sam przez się żadnej jedności objektywnej, może otrzymać jedność kwalifikacji, zapożyczoną od jedności owego systemu norm, którego ma być odbiciem, to pytanie znaleźć będzie mogło odpowiedź po analizie pojęcia prawa w znaczeniu normatywnem; w tem miejscu stwierdzić tylko można, że zbiór ten ze stanowiska psychologicznego nie posiada żadnych kwalifikacji do stania się przedmiotem badania, wyodrębniony jest bowiem wyłącznie przez zastosowanie kryterjum oceny (zgodność z treścią norm), a skutki tej metody ujawniają się np. w zaliczeniu do „prawa realnego" zjawisk nieistniejących, takiemi bowiem są wspomniane przed chwilą nieobecne motywy postępowania przeciwnego zakazom (H. 336). Stanowiąc istny dziwoląg teoretyczny dla psychologa, ta koncepcja „prawa rzeczywistego" zbliża się jednak do pewnego zjawiska realnego, mogącego być przedmiotem badania naukowego, lecz leżącego w sferze innej nauki — socjologji; wykazuje mianowicie pewne podobieństwo do owego „systemu skoordynowanego postępowania masowego", w którem Petrażycki dostrzegł istotę ustroju społecznego[1]). Lecz zjawisko to ani nie może być nazwane prawem, ani w tej postaci, w jakiej jest nam dane w rzeczywistości, nie może być ujęte jako odbicie „systemu norm obowiązujacych", gdyż poza postępowaniem, będącem realizacją treści tych norm, składa się nań szereg czynników, tym normom obcych, a częściowo nawet z niemi sprzecznych. Na ustrój społeczny składają się czynniki realne, i podstawy jego kryterjum normatywne dać nam nie może.

---

[1]) Teorja prawa, t. I, §§ 11 i 12.

PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO PUBLICZNEGO U. J.

Tak więc oto dojść wypada do wniosku, że wbrew intencjom autora jego „prawo realne“ — nie bez gruntownego przekształcenia koncepcji — mogłoby się stać przedmiotem badania nie psychologa, lecz socjologa; z „procesem“, jako podłożem treści myślowej — normy, przedmiot ten nie ma oczywiście nic wspólnego. I jeśli brać owo „prawo realne“ w któremkolwiek ze znaczeń, tak odległych od siebie, jakie mu nadaje sam autor, to można tylko sumiennie potwierdzić, co stwierdziłem z góry: psycholog i socjolog tego daru z rąk prawnika nie przyjmą, gdyż jest dla nich bezwartościowy.

Kelsena, być może, ta niewdzięczność ze strony przedstawicieli nauk eksplikatywnych zbytnio nie zaboli: jemu wszak zależało jedynie na tem, aby realnego zjawiska prawnego pozbyć się ze sfery pracy jurysprudencji dogmatycznej. Lecz oto nasuwa się pytanie, czy takie potraktowanie „faktyczności prawa“ nie zemści się również na prawniku. Własne wypowiedzi Kelsena wzmacniają tę obawę. Albowiem już prawnik, uprawiający historję prawa, „gałąź wiedzy historycznej, jako nauka przyczynowa, spokrewnioną znacznie bliżej z naukami przyrodniczemi i psychologją, niż z jurysprudencją i etyką“ (H. str. VII, 39), już prawnik-historyk czy obejdzie się tak łatwo bez kryterjum realnego, któreby mu pozwoliło wyróżnić jego przedmiot badania tam, gdzie dogmatyczna metoda „ustalania normy obowiązującej“ z trudnością chyba towarzyszyć mu swą pomocą potrafi? Mniejsza zresztą o historyka, skoro został on tak wyraźnie z kasty prawdziwych prawników wyłączony; lecz co się stanie z prawnikiem-dogmatykiem, uczonym czy sędzią, gdy jego zadaniem staje się ustalenie normy prawa zwyczajowego? Wszak czytamy wyraźnie, że „skoro w tym wypadku niema sposobu objektywnego ustalenia normy (to znaczy poprostu — niema formalnego tekstu ustawy), to prawnik zmuszony jest skierować swój wzrok na zwyczaj prawny, podobnie jak gramatyk kieruje swój na mowę, t. j. na to, co w jego czasie jest stosowane jako prawo“ (H. 33). Po czem jednak ma prawnik poznać, że dany zwyczaj jest prawny? Rzecz jasna, że ten fakt, ten proces rzeczywisty ma już charakter prawa bez żadnej kwalifikacji z zewnątrz. Tak samemu Kelsenowi narzuca się z różnych stron, siłą faktów nieodpartych, konieczność uznania, że prawo jako zjawisko realne, ma już swą cechę specyficzną prawności, niezależnie od kwalifikacji danej normy jako obowiązującej.

Jeśli mimo to wyznaje uparcie, a nawet wysuwa jako fundament całej nauki prawnej tezę, że kryterjum prawa szukać należy tylko w dziedzinie „powinności“, to ulega tu głęboko zakorzenionemu w nauce etycznej błędowi normatywnemu, poddając się w tem wpły-

wowi zarówno odwiecznej tradycji prawniczej, jak też dążnościom moralności normatywnej, tak jaskrawo wyrażonym u Kanta i nieustającym działać nawet u przedstawicieli nauki moralnej o dążnościach pozornie całkowicie różnych.

Stanowisko normatywne jest najbardziej pierwotną i, rzecby można, „naturalną" postawą człowieka w zagadnieniach etycznych. Stoi na niem nasza potoczna świadomość moralna i prawna, stoi każdy dogmatyk i sędzia. Wyrazy „moralny" i „prawny" wytworzyły się pierwotnie na tej płaszczyźnie i z konieczności zawierają w sobie ocenę: „moralnem" lub „prawnem" (inaczej „sprawiedliwem") jest postępowanie czyjeś, o ile odpowiada normie, uznanej przez nas za obowiązującą; „moralną" lub „prawną" jest norma, o ile mieści się w systemie, przez nas za obowiązujący uznanym. I stanowisko to wraz ze swą terminologją jest w granicach swych właściwych zagadnień — mniej lub więcej — uprawnione, lecz wymaga, jako podstawy niezbędnej, uprzedniego przyjęcia jakiejś normy czy systemu norm za moralnie lub prawnie obowiązujący. Tę podstawę w życiu potocznem znajdujemy bezpośrednio w naszej intuicji (etyka autonomiczna) lub w jakichś faktach normatywnych — ustawach, wzorach, rozkazach (etyka heteronomiczna, pozytywna), nie badając zazwyczaj dalej, dlaczego te zasady mają być moralne lub prawne.

Myśl naukowa podjęła to właśnie zadanie znalezienia ogólnego i jednolitego kryterjum „dobra" czy „obowiązku", „prawa" czy „sprawiedliwości". Etyka normatywna, obejmująca przez czas dłuższy obie dziedziny etyczne łącznie, nieraz nawet z przewagą prawnej [1]), szukała tego kryterjum w bezwzględnej idei dobra, w formułach matematycznych i logicznych („miara" u Arystotelesa, powszechność zasady u Kanta), w zmyśle moralnym, w sympatji, w celu pożytku społecznego lub indywidualnego, w przyjemności i t. p. Nowożytne systemy prawa naturalnego i rozumowego dokonały stopniowej emancypacji etyki prawnej od moralnej i dla tej dziedziny szukały w dalszym ciągu jednego najwyższego kryterjum prawności normatywnej w jakiejś zasadzie racjonalnej. Zadanie to jednak okazało się, jak dotąd, niemożliwem do wykonania; dlaczego — nie będę tu rozstrzygał, dość, że niema jednej próby konstrukcji etyki normatywnej, którąby nie została przez krytykę obalona.

Etyka normatywna o charakterze heteronomicznym, pozytywnym, znacznie bujniej i systematyczniej niż w moralności rozwinięta w dzie-

---

[1]) Np. u Platona i Arystotelesa „sprawiedliwość" i „dobro polityczne", a więc zasady prawne, zajmują miejsce naczelne w ich systemach etycznych.

dzinie prawa w postaci niezliczonych dogmatyk, ma w swoim zakresie zadanie stosunkowo łatwiejsze i gwarantujące większą ścisłość i jednolitość. Odpowiedź na pytanie: co jest moralne, co jest prawne — znajduje w zbiorach norm, danych sobie z zewnątrz, np. w Ewangelji, w kodeksie. Trudność powstaje dopiero z chwilą, gdy się postawi dalsze pytanie, dlaczego owe przepisy nam dane mamy uważać za moralne lub prawne.

Sprawa najwyższego kryterjum narzuca się tedy w sposób nieunikniony nawet etyce pozytywnej. Czy rozstrzygnięcie jej na gruncie rozważania praktycznego, w dziedzinie „powinności" *(Sollen)*, jest możliwe, do tego pytania skieruje nas dalsza analiza myśli Kelsena. Tu będzie rzeczą pożyteczną zaznaczyć, łącznie ze sprawą definicji realnego zjawiska prawnego, że błąd Kelsena, polegający na szukaniu kryterjum dla tej klasy realnej w dziedzinie praktycznej, daje się zauważyć we wszystkich niemal systemach, które uznają możliwość ujmowania „moralnego" lub „prawnego" jako zjawiska rzeczywistego, niezależnie od tego, czy obok stanowiska teoretycznego uznają praktyczne, czy też wyznaczają etyce zadanie wyłącznie teoretyczne. Pytanie: co jest zjawiskiem moralnem? — zostaje świadomie czy nieświadomie, a nawet wbrew przeciwnym zamierzeniom, zastąpione przez pytanie: co jest moralnie dobre (inaczej: obowiązujące)? Jest to objaw niezmiernie charakterystyczny siły, z jaką trwa w umysłach myślicieli nastawienie normatywne.

Kierunki realistyczne XIX wieku: historyzm, pozytywizm — niepozbawione zresztą poprzedników w czasach dawnych i najdawniejszych, wysunęły możliwość i potrzebę zajęcia wobec moralności i prawa postawy z gruntu innej, niż normatywna. Zamiast normować w ich imieniu, można spojrzeć na to normowanie objektywnie, niejako ze strony. To, że ludzie wyznają jakieś zasady postępowania i kierują się niemi, jest przecie faktem, realnem zjawiskiem, odbywającem się w psychice, czy też tkwiącem w jakichś procesach społecznych. „Faktyczność" tego zjawiska jest tak wyraźna, że sam Kant uznał możliwość uprawiania „fizyki obyczajów", nauki teoretycznej, której przedmiot stanowi moralność, jako objaw empiryczny życia ludzkiego, ujawniający się w historji. Inna rzecz, że zadanie tego badania przypada u niego antropologji, a „moralne" pozostaje zagadnieniem czysto praktycznem i apriorycznem, tworząc zadanie „metafizyki obyczajów". Ale nowocześni następcy Kanta poddali się silniej wpływom realizmu. I oto np. Windelband pragnie przezwyciężyć dualizm kantowski i znaleźć dla „normy" miejsce w „królestwie przyrodzonej konieczności" [1]). Znajduje

[1]) W. Windelband, Präludien, artykuły: „Normy a prawa przyrody" oraz „O za-

to miejsce trafnie w psychice człowieka, pośród motywów jego postępowania: „wśród mnóstwa realnych postanowień woli są postanowienia, wywołane przez motywy „moralne“ (204). Jakaż jest cecha, odróżniająca ten motyw moralny? Windelband przesuwa się tuż obok definicji właściwej: uznaje, że motywem naszym może być „świadomość normy“, i to, przy poprawnem ujęciu teoretycznem normy, mogłoby mu dać rozstrzygnięcie trafne. Lecz autor nasz nie może przyjąć teoretycznego pojęcia normy, niezależnego od naszego stosunku do jej treści: dla niego normą jest to, co istotnie stanowi wartość ze stanowiska poszukiwanej przez niego etyki. Wskutek tego kryterjum „świadomości normy“ odrzuca: „nasz interes etyczny nie żąda, aby świadomość normy była konieczną przyczyną działań; żąda tylko, aby proces motywacji odpowiadał maksymie moralnej; pochwalamy zawsze wykonanie tego żądania, niezależnie od tego, czy było wykonane dzięki specyficznej świadomości normy, czy też wskutek instynktownej konieczności normy“ (213). Jak widzimy, wspólność punktu wyjścia prowadzi tu do zajęcia stanowiska identycznego ze stanowiskiem Kelsena w stosunku do zjawiska prawnego: motyw moralny (tam: prawny) nie ma swej cechy specyficznej pod względem psychologicznym, może nim być każdy motyw niezależnie od swego składu; moralnym (tam: prawnym) czyni go zgodność jego realizacji w czynie z maksymą moralną tych, którzy go oceniają (u Kelsena: zgodność z normą pozytywnie obowiązującą). Że sama ta maksyma u Windelbanda stanowi naiwną trzypiętrową tautologję, tkwiącą w kryterjum „powszechnej ważności“ *(Allgemeingültigkeit)* [1]), że utożsamienie normy z procesem realnym stanowi objaw niedopuszczalnego psychologizmu, te i inne zagadnienia nas w tej chwili nie interesują. Ważne jest to, że mając przed sobą tak łatwo uchwytne *specificum* motywu moralnego, które tkwi wyłącznie w „świadomości normy“, w specyficznych aktach o c e n y swego lub cudzego postępowania ze stanowiska obowiązku, i przeto tkwi w świadomości tego, kto pochwala, nie zaś tego, kto na pochwałę zasługuje — Windelband ujmuje motyw moralny jako ten, który powinniśmy pochwalić, niezależnie od tego, jaki jest jego charakter psychologiczny. Pod tym względem epigon pisze swój „psy-

sadzie moralności“. Cytuję podług rosyjskiego tłum. Franka, dokonanego z II wydania oryginału, Petersburg 1904. — Że umieszczanie samej n o r m y, nie zaś jej realizacji psychicznej, w dziedzinie rzeczywistości, stanowi już błąd kapitalny, niema potrzeby specjalnie podkreślać.

[1]) Definicja normy brzmi: „normy“ (t. j. wskazania p o w i n n o ś c i, bo tem się różnią od „praw natury“) są to formy realizacji praw natury, które p o w i n n y być aprobowane przez każdego, kto dąży do p o w s z e c h n e j w a ż n o ś c i sądu (t. j. do tego, aby sąd był o b o w i ą z u j ą c y m dla wszystkich).

chologizm" uczynił niewątpliwie krok wstecz w stosunku do trafniejszej koncepcji mistrza, uznającej za motyw moralny jedynie poczucie obowiązku, „uczucie szacunku dla ustawy".

Lecz Windelband świadomie szuka kryterjum moralności w dziedzinie praktycznej: wszak dla niego filozofja ma za zadanie ustalanie wartości, a etyka jest tą jej gałęzią, której przedmiotem wartość w dziedzinie postępowania. Z jego więc strony wyodrębnianie motywu moralnego za pomocą kryterjum oceny jest rzeczą dość naturalną, choć skądinąd pozbawia wartości całe jego „przezwyciężenie dualizmu kantowskiego". Gorzej jest, że tego samego błędu dopuszczają się masowo uczeni, którzy zasadniczo nie uznają możliwości etyki normatywnej i głoszą program wyłącznie etyki teoretycznej, jako nauki o realnych zjawiskach moralnych.

Z pośród licznego pocztu dowodów nasuwa się tu przedewszystkiem Simmel, który stanowi poniekąd dalsze ogniwo ewolucji po Windelbandzie i również nie pozostał bez wpływu na Kelsena [1]). Różnica stanowiska polega na tem, że Simmel — przynajmniej w swym okresie relatywistycznym, z którego pochodzą omawiane tu jego poglądy — stracił wiarę w możliwość ustalenia normy powinności, a przez to w rację bytu etyki normatywnej, i pozostało mu tylko badanie realnych zjawisk moralnych, co stanowi zadanie jego „nauki o moralności" *(Moralwissenschaft)*. I tu zjawisko moralne zostało umieszczone w psychice człowieka. Co je wyodrębnia? Odpowie nam na to z całą precyzją jedno zdanie programowe z przedmowy: „(nauka o moralności) ma za zadanie przedewszystkiem, jako część psychologji i stosując jej ustalone metody, analizować indywidualne akty woli, uczucia i sądy, których treść u c h o d z i za moralną lub niemoralną" (a l s s i t t l i c h e o d e r u n s i t t l i c h e g e l t e n — podkr. moje), — pozatem jako część socjologji i historji ma badać czynniki ich genezy i rozwoju. I tu więc znowu zjawiskiem moralnem nie jest to przeżycie, które zawiera w sobie ocenę, lecz to, które podlega ocenie. W formule Windelbanda dokonane zostało tylko to przesunięcie, że zamiast „motywu, który powinniśmy pochwalać", otrzymujemy „motyw, który ktośkolwiek pochwala". Klasa, o ile to możliwe, straciła jeszcze bardziej zarysy, bo gdy Windelband łudził się jeszcze częściowo co do możliwości naukowego ustalenia normy objektywnej, Simmel uznaje w całej pełni relatywizm ocen ludzkich i wskutek tego o zaliczeniu danego aktu psychicznego do klasy zjawisk moralnych decydowaćby musiało chyba głosowanie powszechne.

---

[1]) G e o r g S i m m e l, Einleitung in die Moralwissenschaft, 2 tomy, wyd. II, Stuttgard, Cotta, 1904.

Wreszcie, na zakończenie, jeszcze jeden przykład podobny z literatury naukowej polskiej. Z wielką przenikliwością i olbrzymią erudycją zwalcza dr. Ignacy Halpern w swej pracy „Stanowiska w etyce“ [1]) etykę „normatywną, praktyczną, spekulacyjną, metafizyczną“ i uzasadnia potrzebę etyki „naukowej, doświadczalnej, czyli teoretycznej“. Poddaje nieubłaganej analizie krytycznej i szczegółowej klasyfikacji różne objawy błędów, wynikających ze stanowiska normatywnego, i słusznie upatruje ich źródło główne w tem, że myśliciele „przemycają do nauki własne dążności moralizujące“ (15). Cóż jest owem zjawiskiem moralnem (w terminologji autora moralistycznem), które ma być przedmiotem etyki teoretycznej, doświadczalnej? Oto d z i a ł a n i a ludzkie, o ile są moralne lub niemoralne. A ponieważ wyznaczenie, co jest moralne, nie należy do etyki, więc fakt moralny lub niemoralny *sui generis* musi nam być dany, to znaczy za taki u c h o d z i ć w ż y c i u, skąd bierze go się do zbadania. Zmiana, jaka się dokonywa w etyce, gdy z metafizycznej staje się naukową, polega na tem, że etycy metafizyczni oceniali działania ludzkie moralistycznie i takie ocenianie uważali za swoje właściwe zadanie, gdy tymczasem etyka naukowa bierze działania jako już ocenione, albowiem wówczas tylko mogą one być jej przedmiotem (str. 9, 12, 64). Niezwykła precyzja myśli i jasność tych ustępów, wyjętych dosłownie z tekstu, uwydatniają tembardziej błąd w nich zawarty, zarówno jak jego genezę. Oto dawna etyka sama oceniała czyny ze stanowiska swoich norm, nowa tego zaniechała i przyjęła ocenę jako fakt dokonany. Lecz zamiast badać samo z j a w i s k o o c e n y m o r a l n e j, które posiada swoiste i jednolite cechy psychologiczne i daje możność zbudowania o niem bogatej i płodnej teorji naukowej, wzięła za przedmiot znowuż c z y n y o c e n i a n e, ulegając w tem nieświadomie wpływowi tegoż zwalczanego przez siebie myślenia normatywnego, którego przedmiotem były czyny, a zadaniem ich ocena. I w rezultacie nastąpiło w sposób nieunikniony jedynie wyraźne zubożenie treści nauki. Gdy dawna nauka mogła o swym przedmiocie bądź co bądź jakieś tezy wypowiedzieć — mniejsza o to, że tezy te jako normatywne, a roszczące sobie pretensje do objektywnej ważności, nie posiadały wartości naukowej — etyka nowa o tym samym przedmiocie nic wogóle wypowiedzieć nie zdoła. Dobitnym wyrazem tego ubóstwa „etyki teoretycznej“ mogą być zdobyte przez nią „prawa etyczne“, przytoczone przez Halperna na str. 87 i nast. Wynik ten tkwił, powtarzam, w sposób nieunikniony, w samem założeniu nowej etyki.

---

[1]) Dr I g n a c y H a l p e r n, Stanowiska w etyce, wstęp metodologiczny do etyki, Warszawa 1918.

Albowiem sam przedmiot jej nie może być ujęty jako klasa, gdyż nie posiada objektywnej cechy specyficznej i granic określonych. Cechą, wyodrębniającą go, jest ocena czynu jako moralnego lub niemoralnego, dokonana w „życiu". Lecz każde działanie ludzkie może być przez kogoś ocenione jako moralne, przez innego jako niemoralne, przez trzeciego jako moralnie obojętne, i badacz wobec tego w żadnym poszczególnym wypadku nie może mieć pewności, czy ma do czynienia z przedmiotem swego badania. Poza nieokreślonością, jaką tu wnosi relatywizm, cecha podstawowa nosi na sobie konsekwencje swego pochodzenia normatywnego: rzecz jasna, że o luźnym zbiorze czynów, które łączy w jedną grupę to, iż gdzieś i przez kogoś zostały ocenione jako moralnie dobre, nie da się wypowiedzieć żadna ogólna teza teoretyczna. Dla uniknięcia nieporozumień zastrzec się godzi, że przedmiot oceny moralnej nie jest dla etyki teoretycznej sprawą obojętną ani zakazaną: *wyobrażenia* postępków, ocenianych jako moralne lub niemoralne (lecz nie same postępki, oczywista), są elementem przeżyć moralnych i jako takie należą niewątpliwie do przedmiotów poprawnie pojętej teorji zjawiska moralnego. Lecz sama *treść* tych wyobrażeń, kwestja, jakie postępowanie uważane jest przez ludzi za moralne i niemoralne, może interesować jedynie badacza, biorącego za zadanie opis porównawczy moralności lub rozwój, jaki w niej zachodzi. To też pozytywistyczna etyka „naukowa", kierując wzrok swój, za wzorem etyki normatywnej, jedynie na treść przepisu, stała się w swej części pozytywnej zaledwie zawiązkiem opisu porównawczego lub historji przekonań moralnych, a w najlepszym razie, u niektórych pisarzy, mających pewną koncepcję rozwojową, zawiązkiem teorji ogólnej rozwoju tych zjawisk (Sutherland, Westermarck). Pozatem jednak nauka ta osiągnęła wyniki uderzająco nikłe — rzecz zrozumiała, skoro nie znała ona swego przedmiotu i zadania. Pozostała przeważnie programem metodologicznym, krytyką etyki normatywnej w jej przeróżnych systemach, a pozatem rozważaniem dość bezradnem sprzeczności, jakie zachodzą w poglądach różnych ludów i epok na sprawy moralne, słowem—pozostała budową naukową, kończącą się tam, gdzie powinna się zacząć.

Rozważenie tych kilku koncepcyj było rzeczą konieczną dla wykazania jednego z objawów nieustającego dziś jeszcze działania błędu normatywnego w nowszych systemach etycznych, tego mianowicie, który się wyraża w wyodrębnianiu klasy realnych zjawisk etycznych za pomocą kryterjum, zawierającego ocenę. Dopuszczają się go, jak widzieliśmy, nietylko etycy, świadomie utożsamiający „moralne" z „moralnie dobrem", „moralnie obowiązującem", lecz nawet realiści, nie-

uznający w zasadzie możności naukowego ustalenia obowiązku, odrzucający etykę normatywną i ograniczający zadanie etyki do teorji zjawisk moralnych. Koncepcje poddane analizie wybrane były rozmyślnie wyłącznie z dziedziny filozofji moralności, gdyż błąd, w istocie swej analogiczny, jaki popełnia tradycyjna filozofja prawa, komplikuje się przez włączenie nowych elementów, które wymagają odrębnego uwzględnienia: tam mianowicie realne zjawisko prawne utożsamiane bywa niemal powszechnie z faktem normatywnym, czyli ze zjawiskiem, stanowiącem podstawę obowiązywania normy. Koncepcje moralne miały dla nas wartość zarówno z tego względu, że ujawniają błąd normatywny w jego postaci najprostszej, jak z tego, że Kelsen ujawnia na sobie ich wpływ w dość znacznej mierze.

„Faktyczność prawa" Kelsena, pojęta jako całokształt motywów i czynów, wyodrębnionych przez cechę zgodności z pewnym systemem norm obowiązujących, stanowi całkowitą analogję do koncepcyj „zjawisk moralnych", jako motywów lub czynów, wyodrębnionych przez ocenę moralną. Że taka grupa zjawisk realnych, mająca za podstawę cechę normatywną, nie nadaje się jako przedmiot badania dla nauk „eksplikatywnych" — psychologji i socjologji, to powinnoby stanowić dla samego autora wniosek bezpośredni z jego podstawowego odróżnienia dwóch dziedzin poznania – powinności i bytu. Kelsen jednak, choć stale tem pojęciem prawa realnego operuje, usuwa również stale to prawo poza granicę badań nauk prawnych we właściwem tego słowa znaczeniu. Stanowisko naukowe prawne identyfikuje z dogmatyczno-normatywnem i cech specyficznych prawa szuka wyłącznie w dziedzinie powinności. Rozważyć więc należy, do czego prowadzi program ego w tej dziedzinie.

3. Metoda normatywna w dogmatyce.

Poznanie naukowe prawa mieści się całkowicie w płaszczyźnie idealnej powinności, nie zaś realnego bytu, stanowisko prawne jako takie jest stanowiskiem normatywnem — oto podstawowa zasada metodologiczna, którą Kelsen głosi wytrwale i konsekwentnie we wszystkich swych dziełach. Prawnik-teoretyk zajmuje wobec prawa tę samą postawę, co sędzia (H. 42). Dlatego też wszelkie traktowanie „eksplikatywne" prawa, jakie uprawia nietylko psycholog i socjolog, lecz nawet historyk prawa, aczkolwiek naukowo uzasadnione, jest już stanowiskiem nieprawniczem; między historją prawa a dogmatyką niema łączności i związek, jaki je łączy w jedną „naukę o prawie", jest zupełnie zewnętrzny (H. VII, 39).

Zanim zbadamy uzasadnienie tej tezy metodologicznej i poznamy jej konsekwencje w stosunku do naukowego badania prawa wogóle — a koncepcja zjawiska prawnego w swoich granicach nasunęła tu już wątpliwość zasadniczą — rozważmy ją przedtem w jej sformułowaniu ostrożniejszem, które charakter normatywny przypisuje dogmatyce prawa: „jurysprudencji dogmatycznej“ (H. str. VII), albo jeszcze dokładniej „jurysprudencji dogmatycznej prawa pozytywnego“ (H. 39). Tak sformułowanej podstawowej idei *Hauptprobleme* można tylko całkowicie przyklasnąć i wnioski wyciągnięte z niej konsekwentnie w tem dziele zarówno jak w dalszych pracach autora należy mu policzyć za zasługę niemałej wagi, nietylko wobec często wysuwanego poglądu na dogmatykę, jako na „naukę empiryczną o prawie istniejącem“, ale również wobec chwiejności i niekonsekwencji tych, którzy ją jako naukę normatywną w programie pojmują.

„Normy nie są wyjaśnieniami tego, co jest, co zachodzi, lecz wypowiadają żądania, stwierdzają, że coś zachodzić powinno... I gdy prawa przyrody traktują stwierdzane przez nie procesy jako coś rzeczywistego, zachodzącego faktycznie, a więc ze strony ich realności, dla norm fakty, stanowiące ich treść, stają się przedmiotem ich rozważania pod pewnym specjalnym kątem widzenia idealności, mianowicie pod kątem obowiązywania... Zdania prawne są normami, a przeto dogmatyka jest nauką normatywną narówni z logiką, gramatyką, estetyką i etyką. Specyficzne swoje pojęcia czerpie ona nie z życia rzeczywistego, lecz z norm, będących jej przedmiotem“. A norm tych nie wytwarza sama, jak chciał to czynić kierunek prawa naturalnego, lecz czerpie je z prawa pozytywnego (H. 6). Abstrahując od pewnych zastrzeżeń ogólnych, które uczyniłem już na początku z powodu samego przeciwstawienia „powinności“ i „bytu“, oraz pomijając nieścisłości w rodzaju zaliczenia do nauk normatywnych logiki[1]), można tę koncepcję dogmatyki całkowicie zaakceptować. Jest ona skutkiem wyodrębnienia i odgrodzenia normy jako treści myślowej, od procesu psychicznego, jakim jest przeżywanie tej treści przez człowieka, oraz obrania treści normy za treść odrębnego typu nauki. Odrębnym przedmiotem badania, mającym inne zadania i inne, właściwe sobie metody, jest proces psychiczny przeżywania normy, — odrębnym też ze swojej strony przedmiotem jest owa treść myślowa — prawny przepis postępowania. Nauka normatywna bierze za swój przedmiot tę idealną treść myślową — normę, bierze ją przytem w ten sposób, że czyni z niej

---

[1]) Kwalifikację logiki jako nauki normatywnej poddał sam autor wątpliwości w późniejszej pracy *Rechtswissenschaft und Recht*, Wiedeń 1922, str. 102.

treść swych wypowiedzi naukowych; sama więc normuje, wyznacza obowiązki i prawa. I jej specyficzne pojęcia i specyficzne tezy tworzone są istotnie „pod pewnym specyficznym kątem idealności", mianowicie „pod kątem obowiązywania" i — dodaćby należało — uprawniania, co stanowi odrębność gatunkową obowiązywania prawnego [1]). Jeśli Kelsen gdzieindziej niedość sobie uświadamia, że „kąt obowiązywania" czyli stanowisko normatywne jest tylko specyficznym, ale nie jedynym kątem widzenia w dziedzinie idealnej — co odbija się zabójczo na jego koncepcji normy prawnej, jako wyłącznie normy obowiązującej, — to w granicach dogmatyki jednostronność ta złego wpływu nie wywiera. Wreszcie prawdą jest, że dogmatyka prawa, jako nauka pozytywna, nie kusi się o „tworzenie" norm, t. j. o uzasadnienie norm obowiązujących bezwzględnie, lecz czerpie swe normy i pojęcia z materjału danego sobie w jakichś zbiorach, ustawach, zwyczajach i t. p., słowem w faktach normatywnych; a przeto wszystkie jej tezy muszą być bezpośredniem odbiciem tez zawartych w tekstach faktów normatywnych, albo pozostawać do nich w stosunku logicznej zależności.

Stwierdzenie programowe idealnego, normatywnego i pozytywnego charakteru dogmatyki prawa nie jest rzeczą nową. Lecz Kelsen potrafił z niego wysnuć konsekwencje, niedostrzegane lub niedość uświadamiane przez naukę tradycyjną. Jął się „oczyszczania" dogmatyki od całego szeregu koncepcyj, powstałych pod wpływem dążności naturalistyczno-psychologicznych i polegających na pomieszaniu myślenia idealno-normatywnego z realno-teoretycznem. W literaturze prawniczej niemieckiej, której pozostaje obcem dzieło Petrażyckiego, akcja ta Kelsena, jakkolwiek nieporównanie słabsza pod względem konsekwencji i uświadomienia, powołana jest do poważnej roli reformatorskiej [2]).

---

[1]) Podkreślam rozmyślnie ograniczenie tego twierdzenia do specyficznych tez i pojęć nauk normatywnych, gdyż Kelsen w wywodach szczegółowych wskutek swego rozpędu idealno-normatywnego o tem własnem ograniczeniu zapomina. Rzecz asna, że dogmatyk prawa poza pojęciami specyficznie normatywnemi, które nie mają wogóle odpowiednika w świecie realnym, jak obowiązek lub uprawnienie, posługuje się również pojęciami, które mogą mieć odpowiedniki realne, np. podmiot prawa, małżonek, przestępca, lecz wyodrębnione są przez cechy normatywne (zdolność prawna, kwalifikacje wypływające z prawnego aktu małżeństwa, z przestępstwa), a także pojęciami najzupełniej realnemi, jak mężczyzna, kobieta, morze, śmierć i t. p. I tak samo obok tez ściśle normatywnych, jak: „A winien jest B 100 złotych" lub „ustawa B obowiązuje", może i powinien dla osiągnięcia swych zadań poznawczych stwierdzić tezy ściśle teoretyczne i realne, ustalając np. fakt podpisania ustawy, dokonania zabójstwa ub wykonania umowy.

[2]) Niezależnie od błędów i nieporozumień, popełnianych przez Kelsena przy dokonywaniu „oczyszczania" dogmatyki (znajdą one należne uwzględnienie w dalszym

Przedewszystkiem sama norma prawna, jako wypowiedź o powinności, nie należy do świata bytu: nie można jej utożsamiać z „wolą", „chceniem", słowem z jakimkolwiek realnym stanem psychicznym czy to rozkazodawcy, czy obowiązanego (H. 10). Czy ktokolwiek kieruje się tą normą w swojem postępowaniu, czy ktoś istotnie popiera ją swą „siłą", to może interesować tylko badacza rzeczywistości i nie wpływa na obowiązywanie normy: norma obowiązuje niezależnie od tego, czy „działa" faktycznie; przepis, który nie działa, nie przestaje być normą i obowiązywać (H. 14); to samo dotyczy ustawy (H. 267). Wykrywaniu i obalaniu licznych błędów, popełnianych przez prawników współczesnych wskutek zapoznawania różnicy pomiędzy kategorjami realnego istnienia a obowiązywania, poświęca Kelsen nietylko wstępne rozważania, lecz bodaj większą część swej potężnej objętością książki. Całe trzy rozdziały (IV—VI) wypełnia krytyką tak drogiego prawnikom pojęcia „woli", dowodząc, że wola ta w znaczeniu, nadawanem jej w prawie państwowem, cywilnem czy karnem, nie ma nic wspólnego z realnem zjawiskiem woli, badanem przez psychologów, lecz stanowi tylko konstrukcję, oznaczającą zlokalizowany w danym podmiocie „punkt poczytania", czyli zastosowanie oceny prawnej. Identyfikacja „woli" prawnej z psychologiczną może tu tylko prowadzić do nieporozumień [1]). Dalsza serja rozważań podobnych koncentruje się dokoła „subjektywnych form objawiania się normy prawnej". Z łatwością, wychodząc z jasno ustalonego stanowiska, rozprawia się Kelsen ze wszystkiemi ustalonemi w nauce niemieckiej koncepcjami obowiązku prawnego, dążącemi do ujęcia go jako realnego stanu związania woli: procesy, jakie zachodzą w psychice człowieka, poddającego się prawu, mogą interesować psychologa, lecz nie prawnika, którego zadaniem jest stwierdzać obowiązek prawny wyłącznie na podstawie norm prawa pozytywnego, niezależnie, a nawet wbrew motywom psychicznym obowiązanego (H. rozdz. XI, XII i n.). Podobnież w stosunku do prawa

---

tekście), wytknąć należy, że akcja Petrażyckiego ma zakres znacznie szerszy: wykazał on trafnie, że „naiwny realizm", polegający na identyfikacji pojęć prawnych z realnemi stanami psychicznemi (obowiązek, uprawnienie) lub z realnemi przedmiotami fizycznemi (rzeczy jako przedmioty prawa), jest stanowiskiem błędnem nietylko w dogmatyce, lecz również w realnej psychologicznej teorji prawa; np. realny stan duchowy, odpowiadający pojęciu uprawnienia, istnieje nie w psychice tego, komu uprawnienie służy, jako jego „stan woli", „interes" lub t. p., lecz tylko w psychice tego, kto przeżywa realnie treść normy, a więc kto „uprawnionemu" jego uprawnienie przypisuje. Dlatego też „psychologizm" Petrażyckiego różni się tak biegunowo od „psychologizmu" Bierlinga, Rolina *e tutti quanti*.

[1]) Por. też Kelsena, Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen, Mohr, 1911.

podmiotowego zbija Kelsen szereg jego naturalistycznych koncepcyj, począwszy od klasycznych teoryj woli Windscheida i interesu Iheringa aż do ich najnowszych modyfikacyj, wykazując, że wszystkie one poszukują jakiegoś „materjalnego" zjawiska tam, gdzie konstrukcja prawna powinna uchwycić tylko ustosunkowanie normy do jej podmiotu (H. rozdz. XXII–XXIV). Narówni z obowiązkiem i uprawnieniem „oczyszczaniu" ulega też pojęcie podmiotu prawa, osoby: wykazana zostaje zbyteczność wysiłków do ujmowania „osoby" jako realnej jednostki organicznej, gdy dla prawnika osobą może być każdy „punkt poczytania", przedmiot myślowy, któremu norma udziela obowiązków lub praw (H. *passim*, w szczególności 12, 395 i n., 519 i n.). Obronie wyłącznie idealnej konstrukcji państwa poświęcony jest cały *Staatsbegriff*. Poza temi sprawami zasadniczemi ofiarą krytyki padają po drodze różne koncepcje popularne: teorja Jellinka o „normatywnej sile faktów", tegoż Jellinka i innych prawników koncepcje „gwarancji" lub „przymusu", upatrujące w normie prawnej, w przeciwstawieniu do innych norm, momenty realnej siły motywacyjnej lub zewnętrznej; koncepcje państwa i jego organów, oparte na operowaniu analogjami przyrodniczemi i t. p.

O ile cała ta akcja oczyszczania dogmatyki i jej konstrukcyj idealnych od naleciałości naiwnego realizmu zasługuje na uznanie w jej dążnościach ogólnych, o tyle musi obudzić poważne zastrzeżenia w wykonaniu szczegółowem. Zamiast się zatrzymać na stwierdzeniu, że pojęcia w rodzaju obowiązku, uprawnienia, podmiotu i t. p., mają charakter normatywny, i odpowiednio określić właściwe odrębne znaczenie każdego z nich, Kelsen dochodzi do identyfikacji każdego z tych pojęć z pojęciem normy: więc obowiązek jest normą, prawo podmiotowe jest normą, podmiot prawa jest normą uosobioną i t. d. Na tle tej dążności również państwo, początkowo pojęte względnie poprawnie jako konstrukcja osoby, będącej idealnym rozkazodawcą wszystkich norm prawnych (H.), później staje się u Kelsena pojęciem identycznem z normą lub systemem norm (Stb.); jako prosta konsekwencja tej identyfikacji narzuca się to, że pojęcie państwa, jako synonim prawa, staje się zgoła zbytecznem. I ta sama metoda, zastosowana do przedmiotów prawa, doprowadziłaby do wyników iście zdumiewających, gdyby nie została, zresztą zgoła bezzasadnie, ograniczona do jednej tylko przedmiotów odmiany. Oto uznając wszelką „władzę" i „siłę" za elementy wyłącznie „faktyczne", zaprzecza Kelsen możliwości normatywnego ujęcia władzy: „ze stanowiska prawnego niema żadnego „nad" ani „pod"... niema możliwości scharakteryzowania, czem się stosunki panowania *(Herrschaftsverhältnisse)* odróżniają

od innych... Konstrukcja prawna nie może i nie ma prawa kusić się o ujęcie politycznych elementów siły, tworzących treść tych stosunków..." (H. 703—704). Teza ta oznacza poprostu zakaz konstruowania przedmiotów prawa. Niewątpliwie wszelkie postępowanie ludzkie samo przez się, ujęte teoretycznie, jest zjawiskiem realnem, lecz to nie przeszkadza ujmować go z całą „czystością" normatywną, gdy norma przedstawia nam to postępowanie nie jako zachodzące realnie, lecz jako obowiązujące lub uprawnione. Nieuznawanie tego, że norma może uprawniać do rozkazywania i obowiązywać do posłuszeństwa, mści się dotkliwie na konstrukcjach Kelsena; ono to prowadzi między innemi do negacji państwa i jego suwerenności, do zastępowania stosunków władzy jednych podmiotów nad innymi przez stosunek zależności jednych norm od innych, co zniekształca w znacznej mierze subtelne skądinąd konstrukcje *Souveränität* i *Staatsbegriff*. I nie można zrozumieć, dlaczego autor tę swoją akcję niszczycielską ograniczył do stosunków władzy; z tego samego wychodząc założenia, należało wygnać z nauki normatywnej wszelkie inne przedmioty prawa, wszelkie wogóle *facere*, *accipere*, *pati* i t. p. wraz z ich elementami, t. j. rzeczami, a dalej narówni z przedmiotami prawa usunąć całkowicie podmioty, a także fakty prawne — bo wszakże wszystko to są elementy „faktyczności"; wtedy zapanowałaby w prawie idealnie „czysta", idealnie jednolita „powinność" — *Sollen*. Zachodzi tylko obawa, czy z tak „oczyszczonego" materjału pojęć nauka zdołałaby jeszcze chociaż jedną tezę normatywną spormułować..[1]).

---

[1]) P. Rundstein posuwa tę dążność znacznie dalej niż Kelsen i nadaje jej zabarwienie swoiste. Z pośród licznych przykładów jego swoistego pojmowania stanowiska „psychologicznego" i „eksplikacyjnego" można wskazać następujące: „psychologizmem" ma być kwalifikowanie jako podmiotów prawa wyłącznie osób posiadających t. zw. zdolność prawną (Zasady teorji prawa str. 125); hypoteza samozobowiązania państwa ma być interpretacją eksplikacyjną (164); pojęciami eksplikacyjnemi mają być obowiązek posłuszeństwa dla władzy (241), oraz pojęcie prawa podmiotowego wogóle (§§ 36 i 37). W tym ostatnim wypadku autor, słusznie kwalifikując zachowanie się uprawnionego jako pojęcie faktyczne, z powodów trudnych do wytłumaczenia u uczonego, odróżniającego dziedziny bytu i powinności, identyfikuje z tym faktem zachowania się prawo do takiego zachowania, i to prawo wraz z faktem z dziedziny normatywnej usuwa; w obrazowym zwrocie niemieckim metoda taka bywa nazywana „wylaniem dziecka wraz z kąpielą". Wogóle p. Rundstein wykazuje tendencje do rozszerzenia dziedziny „eksplikacyjności" na wszystko, co nie może być, zdaniem jego, objęte konstrukcją prawną i uczynienia z niej miejsca wiecznego potępienia dla wszystkiego, co się w jego „normatywności" nie mieści; a w dopuszczaniu do tego raju jest równie surowy jak św. Augustyn w szafowaniu łaski zbawienia. Pogląd Kelsena, że norma najwyższa (*Ursprungsnorm*) każdego systemu prawnego nie może być sprowadzona do żadnej dalszej normy prawnej, a więc na nie

Drugi skutek przesadnego rozpędu w zwalczaniu realizmu polega na tem, że Kelsen przeocza tu właściwe granice myślenia normatywnego i przenosi swą akcję do dziedziny nauk teoretyczno-realnych. Uznawszy np. (trafnie dla dogmatyki) państwo za konstrukcję idealną, dochodzi do konsekwencji szkodliwej i wręcz nieuzasadnionej przez własny punkt wyjścia, że państwo nie istnieje jako przedmiot realny nawet dla socjologji (Stb.). Łączy się to zresztą z odpowiednią ewolucją w jego poglądzie na prawo; wbrew bowiem powtarzanym w dalszym ciągu zapewnieniom o możliwości ujmowania prawa jako zjawiska faktycznego (Stb. § 17), jego krytyka teoryj socjologicznych wykazuje, że to, co teorje te pojmują — w sposób, którego mętność Kelsen im właśnie wytyka — jako czynnik „objektywny", „społeczny" w życiu ludzkiem, owa „psyche zbiorowa" w różnych jej postaciach, owa „grupa", „związek", „organizacja", podług Kelsena sprowadza się do prawa, przy tem nie do prawa jako zjawiska realnego, lecz do prawa w znaczeniu normy idealnej. Lecz przez to i zjawisko społeczne i zjawisko prawne zostają usunięte ze świata rzeczywistości, pozostaje w nim tylko psychika osobnika ludzkiego z jej motywami egoistyczno-hedonistycznemi (i ze strachem kary i egzekucji jako specyficznym motywem prawnym w tej liczbie) oraz z motywami altruistyczno-moralnemi. W stosunku do prawa to jego unicestwienie stanowi nieuniknioną konsekwencję sumiennego przemyślenia stanowiska, które szuka *specificum* prawa w dziedzinie normatywnej: „czysta", normatywna teorja prawa prowadzi prostą drogą do wykreślenia prawa zarówno ze świata realnego jak idealnego, ta konsekwencja ukaże się jasno na gruncie teorji Kelsena, która dostarcza do niej najlepszego dowodu.

---

konstrukcja prawna się kończy, w koncepcji p. Rundsteina otrzymuje postać taką, że norma najwyższa nie może być rozważana metodą normatywną, a „wyjaśniona" (?) i „zrozumiana" (?) może być tylko „w rozważaniu eksplikacyjnem", „jako faktyczność". W niektórych wypadkach p. Rundstein wręcz odwraca stosunek dziedziny normatywnej do faktycznej w pojmowaniu dotychczasowem aż do Kelsena włącznie: oto np. kwestja stosunku prawa obowiązującego do uchylonego i krajowego do obcokrajowego może być zdaniem jego postawiona tylko ze względu na (faktyczne) działanie normy i nie może być ujęta normatywnie (349). Jeśli tedy sądy kierować się powinny myśleniem normatywnem — jak to, mojem zdaniem, słusznie twierdzi Kelsen (poglądu na to p. Rundsteina nie jestem pewien), — to moglibyśmy mieć stosowane w Polsce, za aprobatą „czystej teorji prawa", współczesne prawo hotentockie lub kodeks Hamurabiego. Ta ostatnia sprawa, której konsekwencje z pewnością nie leżały w intencjach autora, wiąże się z jego dążeniem do odróżnienia pojęcia normy prawnej w znaczeniu formalnem (ogólno-teoretycznem) od pojęcia normy prawnej jako normy obowiązującej (w znaczeniu normatywnem). Dążenie to, samo przez się stanowiące niewątpliwy postęp w stosunku do Kelsena i zasługujące na uwzględnienie w dalszym tekście, ukrył jednak p. Rundstein pod terminologją, przedstawiająca omawiany stosunek odwrotnie.

Jakkolwiekbądź, w granicach dogmatyki walka Kelsena z realizmem posiada uzasadnienie zupełne i zasługi niewątpliwe. Wywołały ją i padły jej ofiarą koncepcje, przewijające się powszechnie we współczesnej nauce prawa, a skupiające się szczególniej w t. zw. kierunku „psychologicznym“ niemieckim (Zitelmann, Schlossmann, Bierling, Jellinek, Hold v. Ferneck i in.), a mające mimo różnych postaci i odcieni źródło jedno i to samo: narzucająca się każdemu świadomość, że prawo istnieje, „żyje“ jako zjawisko realne w psychice ludzkiej, wyrażając się w procesach przeżywania normy, w wyznaczaniu obowiązków i praw, zamiast prowadzić do stworzenia teorji zjawiska prawnego, odrębnej i niezależnej od dogmatyki, prowadzi, wskutek złego nałogu traktowania prawa w jednej płaszczyźnie, do podsuwania dogmatyce, która może mieć za przedmiot tylko idealną treść myślową norm, psychicznych odpowiedników tej treści. Zamiast budować z jednej strony teorję prawa, która ma za przedmiot realne zjawisko prawne, a więc przeżycie normy, poczucie obowiązku, poczucie uprawnienia, wyobrażenie podmiotu i t. p., a z drugiej strony dogmatykę, która ma za przedmiot treść myślową, a więc normę jako przepis obowiązujący, obowiązek, uprawnienie, podmiot i t. p., prawnicy, ulegając przeważnemu zawsze wpływowi nastawienia dogmatyczno-normatywnego, budują jedną naukę, dogmatykę, usiłując w dążeniu do połączenia obu stanowisk ująć normę jako przeżycie, obowiązek i uprawnienie jako stany duchowe i t. d.

Że prawo jako zjawisko rzeczywistości tkwi w psychice ludzkiej, do tego wniosku prowadziły prawników najróżniejszych szkół i kierunków najróżniejsze pobudki i drogi myślowe. Ze szczególną siłą kierowała myśl prawniczą w tę stronę każda próba spojrzenia na prawo jako na coś, tkwiącego w łańcuchu przyczynowości, będącego skutkiem jakichś realnych przyczyn i oddziaływającego ze swojej strony na zjawiska inne. To też — pomijając wszelkie doktryny dawniejsze — już u przedstawicieli szkoły historycznej niemieckiej widzimy, jak myśl ewolucyjna, choć daleka od istotnego zrozumienia procesu rozwoju, prowadzi niechybnie do stwierdzenia, że to prawo, które powstaje, rozwija się i ginie wraz z narodami, ma swój byt realny nie gdzieindziej, tylko w przekonaniach ludzkich, tak samo jak język i „obyczaje“. Jeśli Savigny i Puchta zatrzymali się na tej drodze na ogólnikach, bardzo dalekich od właściwej psychologicznej teorji prawa, a nawet swój embrjonalny takiej teorji początek całkowicie zniekształcili, temu winne było wspólne im z ogółem prawników nastawienie dogmatyczno-sądowe. Prawo pozostało bowiem dla nich „całokształtem norm obowiązujących“, do którego sędzia się zwraca, aby na niem

oprzeć wyrok. Dlatego to owo „przekonania prawne“ ujmują oni nie jako zjawisko realne w całej rozmaitości jego zmiennych objawów, lecz budują z niego jednolite „źródło prawa“, podstawę czy rację obowiązywania pewnego systemu norm. Dlatego też swoje „prawo żywe“, prawo działające w przekonaniach ludzkich, widzą oni tam tylko, gdzie go im nie zasłaniają inne „źródła“: widzą je jako prawo „narodowe“ *(Volksrecht)* czy zwyczajowe społeczeństw pierwotnych, w dzisiejszem zaś stadjum rozwoju Savigny widzi je przedewszystkiem w „prawie prawników“ *(Juristenrecht)*, a Puchta w prawie zwyczajowem — żywego prawa ustawowego, a tem bardziej wszelkich objawów prawa nieoficjalnego, niezgodnego z systemem popieranym przez organizację państwową, nie dostrzegają wcale. I dlatego owo „żywe prawo“ przedstawia się im jako system jednolity i całkowity, do którego stosunek ludzi, zarówno prawników, jak nawet owych ludzi pierwotnych, jest stosunkiem „wiedzy“, poznawania, i warunkiem uznania prawa za realnie istniejące jest dla Savigny'ego w prawie prawniczem „prawdziwość“ czyli zgodność z systemem, a dla Puchty w prawie zwyczajowem — niesprzeczność z zasadami ustroju.

Ten sam zasadniczy błąd pomieszania prawa istniejącego realnie z prawem jako systemem obowiązującym doprowadził później pozytywistów typu Bergbohma do odwrócenia się od psychicznych objawów prawa: skoncentrowawszy uwagę na ustawie, jako na klasycznym „fakcie ustanowienia“, przestali dostrzegać lub uznawali tylko na odległym planie inne „źródła“, jak zwyczaj, praktykę sądową i t. p.; ze stanowiska dogmatycznego, dla którego rzeczą istotną jest nie zjawisko prawne, lecz fakt normatywny, to odgrodzenie podstaw obowiązywania norm od ich odpowiedników psychicznych stanowiło postęp niewątpliwy, lecz w teorji prawa nastąpił krok wstecz, polegający na zupełnem utożsamieniu zjawiska prawnego z pozapsychicznym faktem normatywnym: „realnym“ w prawie stał się wyłącznie „akt ustanowienia“, „forma historyczna powstawania prawa“, słowem „źródło prawa“, nie zaś samo prawo [1]).

Atoli świadomość psychicznej natury prawa nie przestawała działać i objawiała się w coraz to nowych próbach koncepcyj „psychologicznych“. Jedne z nich są zakrojone na szerszą skalę (Bierling, Rolin), inne wprowadzają element psychologiczny tylko do definicji normy lub prawa podmiotowego, jedne są pomysłami względnie samodzielnemi, inne idą po linji zakreślonej przez szkołę historyczną [2]), jeszcze

[1]) K. Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, t. I, 1892. Tej koncepcji wypadnie dalej poświęcić uwagę w związku z pojęciem pozytywności prawa.

[2]) Uderzające jest np. pokrewieństwo między poglądami starej niemieckiej szkoły

inne są objawami częściowego przesiąkania i mniej lub więcej sztucznej i wadliwej asymilacji ułamków teorji Petrażyckiego, przedostających się na zachód drogami niepublicznemi; wszystkie stanowią istną kolekcję nieporozumień naukowych, połączonych cechą wspólną pomieszania stanowisk teoretycznego i praktyczno-normatywnego, a przedstawiających najróżnorodniejsze tego pomieszania objawy [1]). Szczegółowe rozważanie tych „teoryj psychologicznych" w ich różnych odcieniach przekraczałoby ramy niniejszego studjum [2]); rzeczą konieczną dla nas będzie tylko uchwycenie zasadniczej ich podstawy, w celu ustalenia, jakie stanowisko mógł zająć wobec nich Kelsen i jaką naukę z nich dla siebie wyciągnąć. Wystarczy nam tedy zbadanie w najogólniejszych zarysach koncepcji Bierlinga, jako najbardziej może świadomego i konsekwentnego między „psychologistami".

Bierling twierdzi, że prawo nie jest czemś objektywnem, samem w sobie, stojącem ponad ludźmi, choć taki pogląd ma swe znaczenie praktyczne. W rzeczywistości prawo, jak każdy inny produkt życia duchowego, istnieje tylko w psychice członków społeczności, mianowicie w psychice jednych jako stan psychiczny roszczenia, w psychice innych jako uznanie swego obowiązku. Norma z tego stanowiska stanowi tylko wyrażenie słowne stosunku prawnego, stosunku między kimś uprawnionym i kimś obowiązanym. I wszędzie, gdzie mamy taki stosunek, tam jego treść — uprawnienie i obowiązek — można wyabstrahować i wyrazić w postaci objektywnej normy, możemy więc tu mówić o prawie objektywnem [3]).

Pomijając pewne szczegóły tego sformułowania, kryjące w sobie już zaród błędów, mamy tu w zasadzie poprawny program budowy teorji prawa. Trafnie naogół został tu ujęty stosunek normy do przeżycia i, co rzadsze, trafnie uchwycona została cecha specyficzna przeżycia i normy prawnej, tkwiąca w wyznaczeniu dwustronnem uprawnienia i obowiązku [4]). I program ten prowadzi konsekwentnie do uzna-

---

historycznej a pozornie tak „nowoczesną" koncepcją Duguit'a, Traité de droit constitutionnel, 1921, t. I. Jego *droit objectif* stanowi niemal kopję *Volksrechtu* Savigny'ego, z odrzuceniem tylko wiary w odrębnego „ducha narodu".

[1]) Np. u Bierlinga realnem (psychicznem) jest prawo podmiotowe, norma zaś jest czemś idealno-myślowem; u Duguit'a odwrotnie realno-psychicznem jest prawo objektywne, czyli norma, a prawo podmiotowe stanowi metafizyczne złudzenie. W istocie zarówno norma jak prawo podmiotowe posiadają tę samą naturę idealną, a za realne uznać można tylko przeżycie, mające za treść normę z jej elementami — uprawnieniem i obowiązkiem.

[2]) Mam zamiar poświęcić im część innej, większej pracy.

[3]) E. R. Bierling, Juristische Prinzipienlehre, t. I, 1894, str. 145 i n.

[4]) Tę poprawną w pomyśle koncepcję zniekształca jednak autor przez utożsamie-

nia, że wszędzie, gdzie mamy przeżycie psychiczne, polegające na wyznaczaniu komuś obowiązku i uprawnienia, tam mamy zjawisko prawne, a słowne wyrażenie treści tego przeżycia jest normą prawną. A gdzie takiego przeżycia nie mamy, tam zjawiska prawnego niema.

Proces wykolejenia się myślowego, który prowadzi do zmarnowania tego programu, ma swe źródło w tem, że autor, wierny tradycji dogmatycznej, uznaje za normę prawną wyłącznie normę prawa obowiązującego ze stanowiska dogmatyki. Rozpoczyna się tedy szereg wysiłków, mających na celu skonstruowanie takiego obrazu realnych zjawisk prawnych („prawa subjektywnego", „stosunków prawnych"), któryby ściśle odpowiadał systemowi uprawnień i obowiązków, wyznaczonych przez normy prawa obowiązującego („prawo objektywne"). Pierwszym krokiem w tym kierunku jest wymaganie, aby „zjawisko prawne" odbywało się w psychice tych ludzi, którzy ze stanowiska normy obowiązującej są podmiotami stosunku, adresatami normy, i stąd konsekwencja, że w psychice obowiązanego ma działać poczucie obowiązku, a w psychice uprawnionego świadomość roszczenia. Niema potrzeby dowodzić, że podobne „zjawiska" dwupodmiotowe są dziwolągiem, nieznanym psychologji (co skądinąd nie oznacza zaprzeczenia, aby podobna koordynacja przekonań i nawet zgodność ich z treścią faktów normatywnych mogła zachodzić w rzeczywistości, stanowiąc wytwór rozwoju społecznego). I dalej nasuwa się cały szereg trudności: z jednej strony nie można uznać istnienia zjawiska prawnego tam, gdzie odpowiednie przekonanie nie byłoby zgodne z systemem norm obowiązujących (autor czyni tu jednak pewne wyłomy, uznając za prawne — lub niemal prawne — normy rządzące np. „stowarzyszeniem zakazanem", J. P. I, 190); z drugiej strony wypada stworzyć z niczego „zjawisko" tam wszędzie, gdzie mamy uprawnienia i obowiązki, wynikające z norm obowiązujących, a gdzie psychicznie nic nie zachodzi, np. gdy podmiot jest dzieckiem, umysłowo chorym, nieobecnym (I, 122). Zresztą poza temi jaskrawszemi przykładami jest dla samego autora rzeczą jasną, że systemowi uprawnień i obowiązków, zawartemu w normach prawa obowiązującego, nie odpowiada w rzeczywistości całkowity obraz odpowiednich aktualnych przeżyć u odpowiednich podmiotów. I oto Bierling ratuje się fikcją: aktualne przeżycie lub dyspozycja, jedynie ważne dla istotnego badania psychologicznego, zastępuje przez „akt uznania" normy, który może być uznaniem „pośredniem" (obywatel uznaje wszystkie normy zgodne

---

nie uprawnienia z rozkazem, władzą, a obowiązku z posłuszeństwem, zależnością, por. np. t. I, str. 45.

z konstytucją jego państwa) lub nawet uznaniem przez inne osoby (rodziców za dzieci, wreszcie większości innych współobywateli za obywatela nieświadomego lub opornego i t. p.). W ten sposób zamierzona teorja zjawisk realnych zmienia się w konstrukcję normatywną, zamierzone zjawisko — przeżycie prawne — w akt, będący podstawą obowiązywania, czyli faktem normatywnym, jakiemś ostatecznem i ogólnem „źródłem" wszystkich „źródeł" prawa, w konstrukcję, stojącą na jednej linji z „wolą powszechną" Rousseau'a, „duchem narodu" szkoły historycznej, a nawet odwiecznym „consensus populi" prawników rzymskich i średniowiecznych. Zjawisko prawne, dociągnięte do kryterjów normatywnych, zatraciło wraz z cechami realności wszelką zdatność do stania się przedmiotem badania teoretycznego, a konstrukcja normatywna została obciążona zgoła zbytecznym dla niej elementem pseudo-realnym.

Charakter fikcji normatywnej, jakiej się dopuszcza Bierling, usiłując budować obraz systemu stanów duchowych, mający odpowiadać systemowi norm obowiązujących, zrozumiał znakomicie Kelsen: „środkami jurysprudencji normatywnej buduje się tu coś, co ma istnieć jako fakt realny, choć w rzeczywistości nie istnieje... Przypisuje się fałszywie istnienie rzeczywiste konstrukcji, stworzonej dla potrzeb etyczno-prawniczych i mogącej znaleźć miejsce tylko w dziedzinie powinności, bo niczem innem nie jest „uznanie"... (H. 361, por. też 337—8). Wynikiem tego zrozumienia jest chwalebna dążność do wyznaczenia dogmatyce właściwego jej jako nauce normatywnej zadania ujmowania norm, obowiązków i uprawnień jako idealnych przedmiotów myślowych „pod kątem obowiązywania", niezależnie od stanów duchowych, w jakich mogą one być przeżywane przez ludzi. Niestety, kierunek jednostronnie normatywny jego dążności nie pozwolił mu dostrzec, że uwalniając poznanie normatywne od błędu pomieszania, skazuje własną koncepcję prawa realnego na skutki tegoż samego błędu. Albowiem klasa „zjawisk prawnych", jaką on sam uznaje, owa „faktyczność prawa", nie jest wprawdzie fikcją, skoro, jak widzieliśmy, obejmuje różnolite motywy, mogące istotnie działać w kierunku realizacji przepisów norm obowiązujących, lecz stanowi z tych samych powodów co fikcja Bierlinga narzędzie bezwartościowe do „przyczynowego badania rzeczywistości", skoro do jej wyodrębnienia służy kryterjum normatywne zgodności z normami obowiązującemi.

Tem większa zaś szkoda, że biorąc do serca program ścisłego rozdziału stanowisk teoretycznego i normatywnego i realizując go w „oczyszczaniu" dogmatyki prawa od elementów pseudo-realistycznych, sam w dziedzinie sąsiedniej i pod względem metod pracy zu-

pełnie analogicznej, w dziedzinie moralności — zaakceptował tę samą, zwalczaną przez siebie metodę pomieszania i oparte na niej stanowisko pseudo-psychologiczne; przytem samo przyjęcie tego stanowiska w moralności, a odrzucenie go w prawie wypływa u niego z błędu, najzupełniej analogicznego do tak trafnie przez niego samego uchwyconego błędu Bierlinga: w obu dziedzinach miesza Kelsen zjawisko z „podstawą obowiązywania" normy, czyli z faktem normatywnym, w moralności w tej roli je otwarcie przyjmuje, a w prawie odrzuca tylko dlatego, że znajduje na jego miejsce inne, bardziej „objektywne", mianowicie akt ustawodawczy.

4. Prawo a moralność.

Myśl Kelsena, natrafiwszy na poprawny schemat do odróżnienia zjawiska etycznego jako procesu realnego i normy jako treści idealnej, w wyprowadzeniu z niego konsekwencyj ujawnia jednak na każdym kroku bądź niedopuszczalne przeciągnięcia, bądź uleganie błędnym koncepcjom odziedziczonym, bądź też sprzeczności, nieraz zdumiewające swą jaskrawością. Tropienie tych błędów przekracza nietylko rozmiary, lecz samo zadanie niniejszej pracy, która obrała sobie dzieło Kelsena jedynie jako punkt przecięcia pewnych dróg myślowych w celu oświetlenia samych zagadnień. Podejmując obecnie analizę jednej z jaskrawszych niekonsekwencyj naszego autora, czynię to dlatego, że ujawnia ona z plastyką szczególną działanie jednostronnego nastawienia normatywnego; przy tem błąd normatywny występuje w tym wypadku w postaci szczególnie charakterystycznej dla myślenia prawniczego z jego nawyknieniami pozytywno-dogmatycznemi.

Czytelnika największej rozmiarem i, bądź co bądź, pomimo ewolucji ujawnionej w pracach następnych, najbardziej podstawowej książki Kelsena, *Hauptprobleme* — nie może nie uderzyć, gdy obok wciąż podkreślanej zasady metodologicznej koniecznego rozdziału stanowisk „eksplikatywnego" i normatywnego w zagadnieniach etycznych, obok zapewnień o „niezgłębionej przepaści", jaka dzieli te dwa stanowiska, obok tylu dowodów nietylko poprawnego wyzyskania tej zasady, ale nawet przeciągnięcia jej poza właściwe granice w dziedzinie prawa, spotka znów nieprzypadkowe, bo niejednokrotne zapewnienie, że w dziedzinie moralności ta zasada nie znajduje zastosowania. Tu, przeciwnie, „zaniechanie rozróżnienia, identyfikacja powinności i chcenia" ma być „dozwolona lub co najmniej nie stanowić szczególnego błędu", a „cał-

kowity rozdział między metodą eksplikatywną a normatywną, jeśli nie jest niemożliwy, to ma wątpliwą wartość" (H. 11. 32)[1]).

Mianowicie w dziedzinie moralności „autonomicznej", gdzie osobnik występuje w podwójnej roli podmiotu obowiązku i ustawodawcy, gdzie niema normy objektywnej, obowiązującej niezależnie od uznania (H. 11), w tej dziedzinie „biorąc ściśle, obowiązywać jako norma może tylko to, co jest subjektywnie przeżywane jako obowiązujące", a przeto „norma i subjektywne poczucie obowiązku są tem samem". Do podobnej identyfikacji powinności i bytu, normy i faktu rzeczywistego dochodzi też koncepcja moralności „socjologicznej": oto badanie socjologiczne wykazuje, że „norma moralna żąda od człowieka zawsze tylko takiego postępowania, które jest i było istotnie zachowywane przez członków społeczeństwa... Za miarę moralną dla osobnika służą czyny, dokonywane pod wpływem motywów altruistycznych, przeciwstawiające się egoizmowi i dodatnie dla życia społeczności... Z tego stanowiska powinność w znaczeniu objektywnem, norma, ukazuje się nam jako reguła rzeczywistego postępowania, a powinność w znaczeniu subjektywnem, obowiązek, jako popęd altruistyczny, kierunek woli, dążący do realizacji zewnętrznej i walczący z popędami egoistycznemi, — w każdym zaś razie jako proces faktyczny, stan realnie psychiczny osobnika, słowem jako byt" (H. 19—20). Tak samo gramatyk formułuje normy językowe na podstawie badania stałego użycia form językowych" (H. 33). W tych dziedzinach norma jest jednoznaczna z regułą rzeczywistego chcenia lub zachowania się, powinność jest tylko kwalifikowaną odmianą bytu. I to samo zachodzić może w dziedzinie prawa. W epoce panowania prawa zwyczajowego pomiędzy prawem a moralnością i gramatyką można było upatrywać podobieństwo. Ponieważ nie było sposobu stwierdzenia objektywnego, co obowiązuje, prawnik musiał się zwracać do obserwacji faktycznego zwyczaju, podobnie jak gramatyk do zwyczaju językowego. Pytanie, co prawnie obowiązuje, było w tej epoce jednoznaczne z pytaniem, co stale zachodzi. Dziedzina więc prawa zwyczajowego

[1]) „I to nieporozumienie jest tem bardziej niepojęte, że (autor).. odgradza naukę normatywną od nauk przyczynowych, wyjaśniających i opisowych...". W takich słowach nie kto inny niż Kelsen wylewa swe oburzenie na Jellinka za to, że ten „upatruje specyficzne istnienie norm, ich moc obowiązującą w ich działaniu faktycznem" (Stb. 119). Jak pogodzić tak surową ocenę błędu bliźniego z faktem, że zarzut powyższy wraz z jego uzasadnieniem daje się całkowicie zastosować do samego krytyka? Kwestję rozstrzyga to, że Jellinek stosuje do prawa to stanowisko, które Kelsen stosuje do moralności. Zaprawdę, taki objaw odwracania ogólnych zasad poznawczych przy przejściu z jednej dziedziny norm do drugiej jest czemś w poważnej nauce niepojętem!

podlega tym samym regułom poznawczym, co dziedzina moralności „zbiorowej“ (socjologicznej) i gramatyki. Dopiero gdy miejsce prawa zwyczajowego zastępuje świadome ustawodawstwo, postać rzeczy zmienia się całkowicie: odtąd treść norm prawnych ustala się bez względu na rzeczywiste zachowanie się społeczeństwa. Prawo pozytywne oparte jest na formalnym akcie ustawodawczym, który kładzie ostrą granicę między faktycznym rozwojem prawa a normami prawa obowiązującego. Przez to stworzyła się różnica zasadnicza pomiędzy jurysprudencją z jednej strony, a innemi naukami normatywnemi, jak gramatyka i etyka, z drugiej: połączenie i pomieszanie metody eksplikatywnej i normatywnej, trudne do uniknięcia w tych naukach, musi tu być usunięte całkowicie. Rozdział obu stanowisk i wyłączne przyjęcie stanowiska normatywnego w jurysprudencji stanowi naczelną zasadę metodyczną (H. 33—39).

W ten sposób „podstawowa zasada poznawcza“ odróżnienia nauk eksplikatywnych i normatywnych okazuje się w swem zastosowaniu ograniczona do jednej tylko odmiany norm prawnych, wszystkie pozostałe dziedziny norm nie dostępują zaszczytu traktowania normatywnego... Czysta metoda normatywna, polegająca na ustalaniu powinności niezależnie od bytu, stała się u Kelsena udziałem wyłącznym nawet nie dogmatyki prawa wogóle, lecz tylko dogmatyki prawa ustawowego, a to dlatego, że tylko w tej dziedzinie panuje czysta zasada „heteronomji“ w przeciwieństwie do autonomji, opierającej powinność na bycie[1]). Zachodzi tu dobra sposobność do wytknięcia dziwnych losów, jakim ulegają pewne popularne, a mętne koncepcje naukowe. Oto u Kanta autonomja oznacza dziedzinę normowania ściśle aprioryczną, idealną. Widzi on ją w wyznaczaniu sobie przez osobnika reguły postępowania wyłącznie na podstawie kategorycznego imperatywu; dlatego też imperatyw ten przenosi do świata ponadzmysłowego i nie uznaje żadnego pierwiastku empirycznego w motywacji moralnej. Za heteronomiczne zaś uważa wszelkie normowanie, w którem gra rolę jakikolwiek motyw lub wyobrażenie realne, a więc zarówno wszelką motywację teleologiczną, kierującą się popędem ku pewnemu celowi, jak prawną, opartą na wyobrażeniu czyjegoś rozkazu. Z tem stanowiskiem łączy się powstała nie bez wpływu Kanta i pokutująca dotąd w nauce koncepcja przeciwstawiania sobie „idealnej“, „apriorycznej“, „racjonalnej“, „indywidualnej“ moralności oraz

[1]) Wobec uznania heteronomicznego „obowiązywania bez względu na faktyczne zachowanie“ za cechę niezbędną prawa, prosta konsekwencja tego rozumowania prowadzi do zaprzeczenia charakteru prawnego prawa zwyczajowego. Sprawą tą wypadnie się zająć w związku z analizą definicji prawa zapomocą cechy heteronomji.

„realnego", „empirycznego", „względnego", „społecznego" prawa. Przy tem każdy uczony, zależnie od swej sympatji do „racjonalizmu" i „idealizmu" lub do „empiryzmu" i „realizmu", przypisuje charakter i wartość „objektywną" wyłącznie jednemu lub drugiemu typowi normowania. Nowsi kantyści, uznając charakter empiryczny motywu moralnego, pozbawili go przez to charakteru autonomicznego w pojmowaniu Kanta. Idąc za nimi, Kelsen identyfikuje już autonomję z dziedziną działania motywu realnego, włącza ją więc do dziedziny empirycznej, a „czyste", aprioryczne, idealne normowanie widzi wyłącznie w heteronomji prawnej, która ustala obowiązek bez względu na motyw obowiązanego. W ten sposób koncepcja Kanta zostaje radykalnie odwrócona: realną i empiryczną stała się moralność, idealnem i racjonalnem stało się prawo.

Już sama możliwość podobnego odwrócenia koncepcji daje dowód jej zasadniczej wadliwości. I istotnie, mówiąc o normowaniu i różnych jego odmianach, uczeni bez różnicy specjalności mieszają niemal powszechnie dwie dziedziny poznania. Rzecz jasna, że normowanie, pojęte jako proces psychiczny, stanowi zawsze zjawisko realne, a to niezależnie od swego charakteru autonomicznego (intuicyjnego) lub heteronomicznego (pozytywnego) i niezależnie od tego, czy jest normowaniem prawnem, moralnem czy estetycznem. Realny substrat każdej normy, każde przeżycie etyczne, jest zjawiskiem empirycznem, tak samo jak realny substrat psychiczny każdej wogóle treści myślowej, np. zasady matematycznej. I zdanie, stwierdzające jego zachodzenie, jest zdaniem teoretycznem („eksplikatywnem"), należy do zakresu realnej teorji psychologicznej. Nauka tradycyjna nie doszła do ustalenia tej prostej prawdy przez to, że nie umiała wyodrębnić ściśle i całkowicie stanowiska teoretycznego w naukach etycznych. Kant uznał charakter empiryczny wszelkich motywów postępowania ludzkiego, lecz uniesiony dążeniem do zapewnienia moralności autonomicznej charakteru apriorycznego, zamknął dowolnie oczy na to, że gdy ta moralność realizuje się w przeżyciu ludzkiem, nabiera charakteru empirycznego narówni z innemi motywami; Kelsen zaś przeciwnie, uznając charakter realny motywu autonomicznego, nie dostrzega wcale istnienia równie empirycznych motywów, będących realizacją norm heteronomicznych.

Z drugiej strony jest rzeczą równie jasną, że normowanie jako proces logiczny ma zawsze charakter idealny, znów niezależnie od swego charakteru autonomicznego lub heteronomicznego, a także moralnego lub prawnego, gdyż każde zdanie zawierające normę postępowania zawiera ocenę, nie zaś stwierdzenie faktu. Różnica mię-

BIBLIOTEKA SZKOŁY NAUK POLITYCZNYCH

dzy normowaniem autonomicznem a heteronomicznem polega na tem, że jednem z ogniw niezbędnych w uzasadnieniu normy pozytywnej jest stwierdzenie realnego istnienia faktu normatywnego — ogłoszenia ustawy, przykazania boskiego, wyroku sądowego lub t. p. Czy wskutek tego normowanie heteronomiczne może być nazwane „empirycznem" w odróżnientu od „apriorycznego" normowania autonomicznego, to stanowi kwestję interpretacji tych terminów; mnie osobiście rozciąganie przeciwstawienia poznania doświadczalnego i apriorycznego na dziedzinę zdań normatywnych wydaje się niewłaściwem. Jakkolwiekbądź, nauka tradycyjna dopuszcza się tu znowu wielce szkodliwego pomieszania zjawiska etycznego z faktem normatywnym: Kant, broniąc słusznie normowanie autonomiczne od włączania weń faktu normatywnego, bezzasadnie uznał normowanie heteronomiczne za empiryczne ze względu na element faktu normatywnego; Kelsen, odwracając sprawę, broni słusznie idealnego charakteru normowania heteronomicznego, lecz w zapędzie idealizacyjnym nie uznaje ani psychicznych substratów tego normowania, ani konieczności stwierdzenia faktu normatywnego dla uzasadnienia normy pozytywnej. A pomieszanie zjawiska etycznego z faktem normatywnym ujawnia się u niego dobitnie w ustaleniu najzupełniej wadliwej analogji między „moralnością socjologiczną" a prawem zwyczajowem. Moralność bowiem socjologiczna, jako teorja, stwierdza istnienie zjawisk etycznych i wyjaśnia ich genezę; analogją do niej byłaby podobna teorja rozwoju prawa. Natomiast dogmatyka prawa zwyczajowego ma za cel stwierdzanie nie zjawisk prawa zwyczajowego, lecz faktów normatywnych zwyczaju (które mogą nie być bynajmniej zjawiskami prawnemi), aby na nich oprzeć normy prawa; jej analogją byłaby podobna dogmatyka moralności zwyczajowej.

Całe przeciwstawienie autonomji i heteronomji zarówno w nauce tradycyjnej jak u Kelsena stanowi klasyczny przykład podziału, opartego na pomieszaniu dwóch odrębnych przedmiotów i dwóch odrębnych podstaw podziału [1]). I w stosunku do autonomji Kelsen to po-

[1]) Chcąc być całkowicie ścisłym, należałoby uwzględnić jeszcze trzeci element pomieszania, przyczyniający się do jeszcze większych powikłań. Oto nauka tradycyjna miesza nietylko zjawisko etyczne z faktem normatywnym, lecz często pozatem identyfikuje ten produkt mieszany z przedmiotem, mającym w istocie naturę odrębną od obu tamtych, mianowicie z realnym czynnikiem lub, inaczej, z przyczyną powstania danego przekonania: etykę autonomiczną uważa się za wytwór „indywidualny" lub „wolny" osobnika, pozytywną zaś za wytwór obcych nakazów „siły", „przymusu" i t. p. Poprawne pojmowanie psychologiczne zjawiska etycznego usuwa również z łatwością to nieporozumienie. Choć bezpośredni związek przyczynowy przeciętnego przekonania heteronomicznego z realnemi faktami normatywnemi istotnie więcej się narzuca bada-

mieszanie sobie zupełnie jasno uświadamia. Samo przyjęcie identyfikacji stanowisk teoretycznego i normatywnego we wszystkich dziedzinach prócz dogmatyki prawa ustawowego obstawione jest u niego zastrzeżeniami. Koncepcję „moralności autonomicznej" przytacza on w sformułowaniu przedstawicieli kierunku „subjektywno-psychologicznego" etyki, przeciwstawiającego się „formalistycznej" etyce Kanta i reprezentowanego przez Windelbanda, Simmla i starego Kirchmanna. Koncepcję moralności „socjologicznej" bierze również w stanie gotowym w jej sformułowaniach — różnego w istocie typu — u Simmla i Paulsena. I oba te stanowiska przytacza nie jako swoje własne, lecz wyraźnie jako obce, mające obieg w nauce. Prócz tego, wysuwając tezę o godziwości utożsamiania powinności i bytu, normy i popędu w moralności, zastrzega się również wyraźnie, że jedność polega tu tylko na „materjalnej zgodności treści", że rozdział stanowisk i w tej dziedzinie pozostaje „teoretycznie możliwym", a nawet obowiązującym dla rozważania „logicznego" albo „formalno-objektywnego", wreszcie, że „pomieszanie stanowisk nigdy nie jest całkowicie uzasadnione" (H. 11, 30—32, 34). Istotnie, gdy się zrozumiało stosunek popędu do normy jako stosunek substratu do treści wyślowej, można mówić o „materjalnej zgodności" substratu i treści, co nawet stanowi prostą tautologję, lecz trudno mówić o identyczności.

Możnaby tedy przypuszczać, że Kelsen przytoczył owe obce koncepcje, znalezione w stanie gotowym na rynku naukowym, sam zachowując wobec nich neutralność, ponieważ należą one do terytorjum sąsiedzkiego, a przytoczył je w tym wyraźnym celu, aby jaknajusilniej bronić im przystępu na terytorjum prawne. Pozatem z pewnych ustępów pism późniejszych, gdzie przeciwstawienie realnego procesu i treści myślowej znalazło wyraz bardziej konsekwentny i zastosowanie jednolite do wszystkich dziedzin normowania, a koncepcja autonomji moralnej już nie jest wysuwana — sądziłby można, że dziś Kelsen jużby programu pomieszania stanowisk i identyfikacji normy ze zjawiskiem nawet w moralności nie przyjął. W *Souveränität* znajdujemy stwierdzenie, że możliwa jest moralność pozytywna — zwyczajowa i stanowiona, a więc heteronomiczna (93), i że normy moralności i religji mogą obowiązywać „objektywnie" narówni z prawnemi (219). Stanowisko Somlò, który, wychodząc z przeciwstawienia powinności i bytu,

---

czowi, jednak pozostaje faktem zarówno to, że wszystkie przekonania autonomiczne są również wytworami procesów społecznych, jak to, że wielu przekonaniom pozytywnym nie odpowiadają wcale w świecie realnym rzeczywiste fakty normatywne, których wyobrażenia wchodzą w skład przeżyć. Ten trzeci czynnik pomieszania mógł być w tekście pominięty, gdyż nie gra większej roli w koncepcji Kelsena.

dopuszcza jednak ich łączenie się w „empirycznych" normach prawa, zostało poddane krytyce ostrej i konsekwentnej, która mogłaby być najściślej zastosowana do koncepcji „autonomji moralnej" z *Hauptprobleme* (Souv. 32 i n.). Tem bardziej znaczące są pewne ustępy z *Staatsbegriff*: „Właśnie dla odróżnienia od faktycznego działania wyobrażeń prawnych samo prawo (jako treść myślowa psychicznego aktu wyobrażenia) pojmujemy jako powinność... Nie normy etyki, lecz tylko procesy psychiczne, w których wyobrażenia moralne powstają i są faktycznie myślane, odczuwane, chciane, — tylko te procesy są wytworami rozwoju i jako takie mają byt realny. Moralność, jako to, co się myśli i chce, jako specyficzna treść myślowa wspomnianych procesów psychicznych, jako norma w znaczeniu właściwem, należy do dziedziny powinności" (Stb. 76—77). Tekst ten wyraźnie uznaje zarówno w moralności, jak w prawie przeżycie, mające za treść normę, za zjawisko realne, a treść myślową za normę i zdaje się zupełnie wyłączać możliwość trwania przy programie utożsamienia tych przedmiotów. Wypada jednak traktować ten wniosek tylko jako przypuszczenie, gdyż sprzeczności w poglądach naszego autora nie są rzadkie, a niewyzyskanie zawartej w zdaniach ostatnio przytoczonych koncepcji zjawiska prawnego jako przeżycia, mającego za treść normę, wypadło nam już poprzednio stwierdzić jako smutny, lecz niezaprzeczony fakt.

Stanowisko zajęte przez Kelsena w *Hauptprobleme* nie może budzić wątpliwości: koncepcję „moralności autonomicznej", zapożyczoną od moralistów, autor niewątpliwie przyjmuje za swoją. W tem samem zdaniu, w którem motywuje wysuwanie „autonomji moralnej" jako wzoru nie do naśladowania przez prawników, stwierdza bezpośrednio dalej, że wzór ten w moralności jest uzasadniony przez jej „naturę autonomiczną" (H. 19). I dalej wszędzie, gdzie we własnem już imieniu przeciwstawia normę moralną *(Sittengesetz)* normie prawnej (H. rozdz. II) oraz obowiązek moralny obowiązkowi prawnemu (rozdz. XI), przyjmuje już bez zastrzeżeń za swoją koncepcję normy moralnej identycznej z popędem i obowiązku identycznego z jego psychicznem odczuwaniem. Na kryterjum tak pojętej różnicy między autonomją i heteronomją opiera też stale samo rozróżnienie moralności i prawa [1]). Jakkolwiekbądź zresztą wątpliwość tę rozstrzygnąćby należało — czy w kierunku uznania sprzeczności za przezwyciężoną, czy

[1]) „Gdy wszelka moralność w samej swej istocie jest autonomiczna — a tylko dla moralności autonomicznej może być utrzymana bez zastrzeżeń koncepcja obowiązku jako stanu realnie psychicznego, polegającego na wewnętrznem związaniu woli — wszelkie prawo natomiast jest z konieczności heteronomiczne" (H. 346, podkr. moje).

za trwającą dalej —, koncepcja moralności autonomicznej w przeciwstawieniu do prawa heteronomicznego zasługuje na poświęcenie jej pewnej uwagi nie ze względu na rolę jej w rozwoju poglądów Kelsena, lecz przez to, że uwydatnia ona jaskrawo pewne typowe drogi, a raczej bezdroża myślowe etyki naukowej, oraz że u naszego autora nabrała ona pewnego zabarwienia specyficznego, zasługującego na jaśniejsze wydobycie.

Kelsenowska koncepcja „moralności autonomicznej", dająca w wyniku stwierdzenie identyczności popędu i normy, bytu i powinności, zawiera w sobie pomieszanie dwóch typów zdań: teoretycznego i normatywnego, pomieszanie nietylko niewątpliwe, co widzi sam autor, lecz także naukowo nieuzasadnione i szkodliwe. Prowadzi do niego wzięcie za punkt wyjścia momentu całkiem mechanicznego i przypadkowego, jakim jest „identyczność ustawodawcy z podmiotem obowiązku", t. j. przyjęcie, że oceny moralnej postępowania dokonywa osobnik, którego postępowanie jest zarazem przedmiotem oceny. Jeśli gwoli wyjaśnienia sprawy w sposób plastyczny weźmiemy jako podmiot osobnika imieniem Piotr, a jako treść popędu (normę) zasadę moralną „nie powinno się kłamać", — to „identyczność popędu i normy", głoszona przez Kelsena, wyrazi się w uznaniu za jednoznaczne dwóch zdań następujących: 1) „W psychice Piotra działa przekonanie, że nie powinien kłamać" i 2) „Piotr nie powinien kłamać". A przecież każde z tych zdań należy do innej dziedziny poznania, posiada inne kryterja wartości naukowej i łączy się, każde ze swej strony, z innym zupełnie systemem zagadnień. Pierwsze, będąc skonstatowaniem istnienia zjawiska psychicznego, należy do psychologicznej teorji moralności, ma za kryterjum prawdziwość, która zależy jedynie od trafnie dokonanej obserwacji, i nie przesądza w żaden sposób sprawy praktycznej, jak Piotr powinien postąpić. Drugie, wyrażając moralną normę postępowania, należy do etyki normatywnej i ma za kryterjum „moc obowiązującą", „słuszność" czy też „ważność". I w każdym z tych wypadków wartość poznawcza zdania, jakąkolwiek być może, nie zależy od tego, kto dane zdanie wypowiada, — sam podmiot zdania Piotr, czy ktokolwiek inny.

Weźmy na początek za punkt wyjścia stanowisko teoretyczne. Przedmiotem badania jest tu proces, zachodzący w psychice Piotra. Proces ten ma taki charakter, że Piotr — może wobec chęci zapewnienia jakiegoś dobra osobie blizkiej zapomocą kłamstwa — odczuwa jednocześnie w stosunku do takiego swego postępowania popęd, który mu się przedstawia jako kategoryczny zakaz: „(niezależnie od skutków,) kłamać mi nie wolno". Tu psychologowi, dla którego jedynie re-

alnem jest zjawisko psychiczne, — sam ten zakaz, norma, przedstawia się jako „objektywizacja popędu", „projekcja", „wyraz słowny przeżycia". I Kelsen zdaje się ten sposób ujęcia normy w zupełności rozumieć: „gdy psycholog lub socjolog podejmuje zadanie zbadania istoty normy, wynik tego badania z góry jest wyznaczony w tym kierunku, że istotą moralności okaże się coś istniejącego" (H .32); „realnym substratem normy jest wyłącznie dyspozycja moralna osobnika, wobec której samodzielna norma objektywna stanowi tylko konstrukcję, osiągniętą przez proces myślowy objektywizacji" (H. 24); „normę moralną rozważa się tu jako popęd moralny, zwracający się do człowieka w formie zobjektywizowanej" (H. 21). Przy takiem zrozumieniu wyłącznie teoretycznego nastawienia etyki rzecz wydawałaby się zupełnie jasną: badacz ma przed sobą pewien proces psychiczny, jako zjawisko realne, oraz normę, którą może z niego wyabstrahować jako jego idealną treść myślową, lecz wobec której zachowuje to samo stanowisko bezstronnego obserwatora, jakie stosuje do treści wszelkich badanych przez siebie ludzkich przeżyć (uznanie samej normy za coś realnego, do czego Kelsen zdradza tu pewną dążność, stanowi już oczywiście pomieszanie przedmiotów idealnych z realnemi). I skonstatowanie faktu, że w psychice jakiegoś Piotra „objektywizuje się" norma o pewnej treści, nie upoważnia bynajmniej do uznania jej za objektywnie obowiązującą, gdyż toby oznaczało przejście ze stanowiska badania teoretyczno - psychologicznego na stanowisko przyjęcia treści przekonania Piotra za swoją, a w tym wypadku — przejście na stanowisko normatywne. „Normą" jest treść przekonania Piotra, że nie powinien kłamać; i taką samą normą moralną jest treść jego przekonania, że skłamać powinien, jeśli takie przekonanie walczy w nim z tamtem (co jest możliwe np. w wypadku, gdy przez kłamstwo może oszczędzić komuś cierpienia). Słuszność, uzasadnienie, moc obowiązująca samej normy w grę tu nie wchodzi i wchodzić nie może. W ten sam sposób, jeśli badamy psychiczne procesy myślenia matematycznego, ujmujemy jako tezę matematyczną treść myślową każdego sądu o stosunku liczb, który zachodzi w psychice badanego przez nas osobnika, a więc zarówno tezę „dwa a dwa jest cztery", jak tezę „dwa a dwa jest pięć".

I takie stanowisko jest możliwe i konieczne przy badaniu psychiki etycznej w całym jej zakresie, a więc bynajmniej nietylko w granicach „autonomji moralnej". Jeśli nasz Piotr, wobec kolizji norm, podsuwanych mu przez intuicję, znalazł wreszcie oparcie w autorytecie i powziął przekonanie, że nie powinien kłamać, gdyż tak nakazuje przykazanie boskie, to stwierdzimy przeżycie moralności pozytywnej

i normę moralną heteronomiczną. Jeśli przeżywa przekonanie, że Paweł powinien mu oddać pożyczone 100 złotych (niezależnie od wszelkiej podstawy pozytywnej), to stwierdzimy przeżycie prawa intuicyjnego i normę prawną „autonomiczną". Jeśli przeżywa przekonanie, że Paweł powinien mu oddać 100 złotych na podstawie wyroku sądowego, to stwierdzimy przeżycie prawa pozytywnego i normę prawną „heteronomiczną".

Niestety, stanowisko psychologiczne, tak jasne i płodne w następstwa dla teorji zjawisk etycznych, zostało przemyślane w ten sposób, to znaczy konsekwentnie i bez przekroczenia właściwych granic, tylko przez Petrażyckiego. Znani Kelsenowi przedstawiciele tego kierunku albo pozostali w połowie drogi, albo skręcili odrazu w bok na tory pomieszania stanowisk teoretycznego i praktycznego. Kirchmann, autor sensacyjnego oskarżenia nauki prawa o bezwartościowość naukową, rzuconego w r. 1847 ku wielkiemu oburzeniu świata prawniczego, a dziś znów chętnie z pyłu zapomnienia odgrzebywanego, dał w innej swej pracy, w niezasłużonem zapomnieniu pogrążonej, zarys psychologicznej teorji prawa i moralności, której się z wielu względów należy miejsce poczesne w historji prób tego rodzaju[1]). Stanowisko jego jest jednak typowym przykładem naturalizmu etycznego: to samo prawo i moralność, które widzi jako zjawiska realne w uczuciach ludzkich, uznaje on zarazem za system norm obowiązujących ze stanowiska swojej nauki. Identyczność „bytu" i „powinności" jest tu zrealizowana z całą naiwną konsekwencją. U Windelbanda, drugiego cytowanego przez Kelsena „psychologisty", stosunek przeżycia do normy, jak się już wyżej wskazało, został ujęty najzupełniej wadliwie: z jednej strony normę (nie zaś jej substrat psychiczny — przeżycie etyczne) włącza on do procesów realnych, z drugiej — uznaje ją z góry za objektywnie obowiązującą. Stosunkowo najpoprawniej utrzymał się na stanowisku teoretycznem Simmel w swej fazie relatywistycznej, z której pochodzą koncepcje przejęte od niego przez Kelsena. Nie uznaje bowiem

[1]) J. H. v. Kirchmann, Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, odczyt wydany w formie broszury w r. 1847, świeżo przedrukowany w wydaniu Pythia (Wittenburg 1919). Omawianą próbę psychologicznej teorji porównawczej prawa i moralności zawierają jego Grundbegriffe des Rechts und der Moral, wyd. II, Berlin 1873. Niewielka ta praca z tego względu zasługuje na uwagę, że nie ogranicza się do ogólnego, programowego uznania moralności i prawa za zjawiska psychiczne, lecz próbuje dać analizę psychologiczną obu typów przeżyć. Spotkanie się wpływu Kanta z dążnościami historyczno-pozytywistycznemi dało tu pewne momenty niepozbawione wartości, np. uznanie charakteru zasadniczego przeżyć etycznych w odróżnieniu od motywów teleologicznych, łącznie z uznaniem ich działania empirycznego i genezy społeczno-rozwojowej.

wogóle możliwości naukowego ustalenia normy obowiązującej i nauce moralności wyznacza jedynie zadanie teorji opisowo-historycznej zjawiska moralnego. Jego więc formuła, charakteryzująca „powinność jako kwalifikowaną formę bytu“ przy ścisłem zachowaniu stanowiska teoretycznego może oznaczać to tylko, że w oczach psychologa poczucie obowiązku jest jednym z typów stanów duchowych człowieka. W przeniesieniu zaś do płaszczyzny normatywnej to stanowisko oznacza tylko zrzeczenie się przez naukę zadania normowania i pozostawienie ludziom kierowania się swemi subjektywnemi poglądami na obowiązki. Lecz, jak miałem już sposobność raz wytknąć poprzednio, autor ten nie ustrzegł się całkowicie błędu pomieszania stanowisk.

Kelsen, jak widać z przytoczonych dopiero co cytat, uświadamia sobie z zupełną jasnością, że ujęcie normy jako objektywizacji popędu jest wynikiem wyłącznie teoretycznego badania procesów normowania, i że „norma w tem znaczeniu“ (H. 22) posiada charakter zupełnie inny, niż norma, ustalana jako przepis obowiązujący postępowania przez nauki normatywne. Równie dobrze uświadamia też sobie wyłącznie teoretyczne zadanie moralności „socjologicznej“: socjolog, stwierdzając „normy“, zachowywane w społeczeństwie, nie stawia sobie zadania znalezienia przepisu obowiązującego, lecz tylko konstatuje procesy powstawania przekonań i ustalania się ich treści (H. 19, 30 i n.). Mimo to wszystko jednak dopuszcza się również z całą świadomością przesunięcia ze stanowiska teoretycznego na normatywne, czyniąc z normy „w tem znaczeniu“ — z normy jako objektywnie stwierdzonej treści myślowej popędu lub objektywnie stwierdzonego sposobu zachowania się ludzi, — normę w znaczeniu praktyczno-normatywnem, przepis uznany przez naukę za obowiązujący. I tej zmiany stanowiska dopuszcza się bez namysłu, w zdaniach bezpośrednio z tamtemi sąsiadujących, nieraz nawet w obrębie jednego zdania: „ze stanowiska historji naturalnej moralności, psychologji poczucia obowiązku, uznać należy, że żaden nakaz moralny nie żąda od człowieka czegoś, czego ten przedtem (?) nie chciał... Norma może być wywiedziona tylko z moralnego popędu podmiotu, z jego dyspozycji moralnej, jest tylko ich objektywizacją“ (H. 21). „Zasada, że norma może być za taką uważana o tyle jedynie, o ile nie tylko ustala powinność, lecz również określa pewien byt (to znaczy: działa jako motyw), opiera swe uzasadnienie na fakcie, że wszelka zasada moralna wyłania się z wnętrza człowieka jako popęd moralny i razem z nim ginie“ (H. 24, podkr. moje). I oto już stoimy całkowicie na stanowisku oceny. Norma, która była tylko obserwowaną z boku objektywizacją popędu, staje się normą obowiązującą, uznaną przez naukę za ważną, uzasa-

dnioną; „historja naturalna moralności“ już „żąda“, już „wywodzi“ normę jako nakaz, już pozwala jej obowiązywać tylko pod warunkiem działania w charakterze motywu. Psycholog, obserwujący przeżycia Piotra, zmienił się w ustawodawcę moralnego i pozwala Piotrowi w sprawach moralnych kierować się jego własnemi przekonaniami (dlaczego nie przekonaniami Pawła, jeśli te również mają za treść normy?), daje swą sankcję etyczną jego subjektywnej intuicji. Stwierdzenie zjawiska moralnego stało się środkiem do wskazania obowiązku.

Pomieszanie stanowisk poznawczych jest jaskrawe i, jak widzieliśmy, całkowicie świadome. Powstaje więc tylko pytanie, dlaczego Kelsen, zwalczając je tak konsekwentnie w dziedzinie prawa, sankcjonuje je w dziedzinie moralności, choć sam niejednokrotnie obok moralności „autonomicznej“ stwierdza możliwość „etyki formalnej“, „objektywnej“, która ustala swe normy niezależnie od popędu (H. 27, 43); dlaczego piękny program uznania w obu dziedzinach etycznych, t. j. w moralności i w prawie, obu metod, t. j. „formalistyczno-normatywnej i socjologiczno-psychologiczno-eksplikatywnej“ (H. 32), wynikający z podstawowego rozróżnienia powinności i bytu, został sprowadzony w wykonaniu do uznania w dziedzinie prawa wyłączności pozytywnej dogmatyki normatywnej, a w dziedzinie moralności do dziwnej koncepcji teoretyczno-normatywnej, pod którą się ukrywa udzielenie sankcji intuicjonizmowi?

Winę tu ponosi tkwiące głęboko w umyśle Kelsena nastawienie jednostronne prawnika-dogmatyka, nastawienie, przezwyciężające trafnie ustalony program. Jego dążeniem zasadniczem pozostaje uzasadnienie wyłączności stanowiska normatywnego w nauce prawa, kardynalnem i jedynie go obchodzącem zagadnieniem jest ustalenie normy jako objektywnie obowiązującego przepisu postępowania. Dla tego zagadnienia w dziedzinie prawa znajduje narzędzie pewne i wypróbowane w postaci dogmatyki, opartej dziś na kontynencie przeważnie na fakcie normatywnym ustawy, i to narzędzie stara się oczyścić i udoskonalić, osiągając wyniki niepozbawione wartości. W stosunku do innych dziedzin, mających do czynienia z normowaniem, jak moralność, język, — chciałby niewątpliwie uczynić to samo. Zdradzają to niejednokrotnie spotykane zwroty w rodzaju następującego: „w dziedzinie moralności autonomicznej do zaniechania formalnej różnicy między bytem a powinnością oraz wynikającej z niej wyłączności metody normatywnej w stosunku do eksplikatywnej upoważnia nas ten wzgląd...“ i t. d. (H. 34). A więc z uznania „formalnej różnicy między bytem a powinnością“ ma wynikać nie jedynie godziwy wniosek o konieczności budowania dwóch odrębnych i jednakowo „czystych“

nauk — teoretycznej i normatywnej, lecz tylko zasada wyłączności metody normatywnej! I z tego stanowiska dopiero staje się zrozumiałym jego stosunek do metody „eksplikacyjnej". Nie uświadamiając sobie całego znaczenia tej metody w jej istotnem zastosowaniu do teorji zjawiska moralnego i prawnego, traktuje on ją jako jeden ze sposobów uzasadnienia normy. Konstatowanie tego, co uważa za zjawisko moralne lub prawne, — popędu, rzeczywistego zachowania się ludzi w pewien sposób, nie stanowi dla niego samodzielnego zadania naukowego teorji, lecz tylko stwierdzenie podstawy obowiązywania normy, czyli faktu normatywnego.

To pomieszanie zjawiska etycznego z faktem normatywnym stanowi błąd odwieczny, wywołany przez nastawienie normatywne w obu gałęziach etyki, lecz szczególnie zakorzeniony w myśleniu prawniczem. Aby ustalić moc obowiązującą normy, dogmatyk prawa ustawowego musi stwierdzić istnienie faktu ogłoszenia ustawy, dogmatyk prawa zwyczajowego — istnienie zwyczaju, dogmatyk moralności — fakt umieszczenia danego przepisu w Ewangelji, Koranie, Talmudzie i t. p. I naiwne myślenie dogmatyczne utożsamia te „akty ustanowienia", te „historyczne formy ustalania norm" z realnemi zjawiskami prawnemi lub moralnemi. A gdy zachodzi mowa o zasadach, nie mających wyraźnego oparcia na zewnętrznych faktach normatywnych, lub gdy zaczyna przesiąkać świadomość, że istotne zjawisko etyczne tkwi jedynie w przeżywaniu normy przez ludzi, wtedy odpowiednie stany duchowe, „przekonania" jednostkowe lub zbiorowe, ujmuje się również jako „źródła", „podstawy" norm, słowem jako wewnętrzne fakty normatywne w analogji do tamtych zewnętrznych; tak myśl potoczna, wzór niezliczonych koncepcyj „filozoficznych", czyni z „sumienia" lub „przekonania" jednostki coś nakształt kodeksu moralności i „sprawiedliwości"; tak szkoła historyczna nagina przekonania prawne, pojęte w zasadzie jako jedyne realne objawy prawa, do roli jednego ze „źródeł" prawa obowiązującego obok ustawy; i nieinaczej postępuje Bierling, skręcając z trafnie obranej koncepcji psychicznego zjawiska prawnego na drogę przetworzenia go w fakt normatywny, w podstawę obowiązywania normy w postaci „aktu uznania".

Kelsen, jak widzieliśmy z jego krytyki Bierlinga, w pewnych granicach zdaje sobie sprawę dość jasno z niedopuszczalności takiego utożsamiania zjawiska etycznego z faktem normatywnym. Niestety, granice tego uświadomienia sięgają tylko tak daleko, jak interes dogmatyki prawa ustawowego, na której się wychował. Tu znajduje wyraźny fakt normatywny w postaci „formalnego aktu ustawodawczego", który pozwala prawnikowi formułować normę obowiązującą „bez

względu, a nawet wbrew woli zobowiązanych". I w walce o to, aby prawnik-dogmatyk czerpał swe normy i pojęcia naukowe wyłącznie z tekstu ustawy, wyczerpuje się cały jego wielki rozpęd, biorący punkt wyjścia z zasady poznawczej odróżnienia powinności i bytu. Już w dziedzinie prawa zwyczajowego dopuszcza się pomieszania zjawiska prawa zwyczajowego z faktem normatywnym zwyczaju. A w dziedzinie moralności następuje już wyraźne odwrócenie programu. Chcąc być konsekwentnym w obu dziedzinach, mógł tu Kelsen bronić tej samej „czystości normatywnej", której wcielenie widział przecie w postaci „etyki formalnej, objektywnej". Zamiast tego udzielił jednak swej sankcji naukowej intuicjonizmowi. Mamy tu z jego strony objaw biernego poddania się pewnym panującym dążnościom naukowym: jak w nauce prawa panuje dziś dogmatyka pozytywna, tak w nauce moralności, po zniechęceniu się do systemów etyki normatywnej absolutnej, po usunięciu się etyki normatywnej pozytywnej do ośrodków kościelnych, panuje „nauka moralności" biorąca za przedmiot analizy — sięgającej zresztą niegłęboko — przekonania indywidualne lub objawy przekonań zbiorowych. To nastawienie na zjawisko przekonania Kelsen od moralistów przejmuje, lecz na swój sposób dogmatyczno-prawniczy przekształca: w przeciwieństwie zasadniczem do swego stanowiska w dziedzinie prawa, przekonanie moralne jednostki pozwala uznać za podstawę dostateczną, a nawet nakazuje uznać za podstawę wyłączną i konieczną obowiązywania normy. Metodę „eksplikatywną" w moralności akceptuje Kelsen bynajmniej nie dla jej właściwego celu — objektywnego badania zjawiska moralnego, lecz tylko jako środek do ustalenia normy obowiązującej, przydatny w braku innych. Stąd owa identyfikacja popędu i normy, stąd uznanie, że „obowiązuje tylko to, co istnieje jako popęd".

Takie traktowanie „metody eksplikatywnej" jako środka zastępującego inne sposoby normowania w moralności, urąga w sposób oczywisty powadze właściwych zadań teorji, jakieby wynikały z jego własnego podstawowego programu. Lecz z drugiej strony, choć cała koncepcja moralności autonomicznej ma swe źródło w nastawieniu normatywnem i zadania normatywne ma wyłącznie na względzie, jest rzeczą niewątpliwą, że i tego zadania spełnić nie jest zdolna. „Moralność autonomiczna" Kelsena, uznawana przez niego w *Hauptprobleme* za jedyną moralność naukową, jest dziwolągiem metodycznym, nie mającym wartości ani dla rozważania naukowego, ani dla świadomości intuicyjnej, którą pragnie sankcjonować. Teza: „obowiązuje jako norma tylko to, co jest przeżywane jako popęd", stanowi w nauce objaw rezygnacji z zadań ustalenia normy obowiązującej. Jest ona

symptomem tego, że etyka naukowa, po zbadaniu krytycznem prób znalezienia jakiegoś objektywnego kryterjum obowiązywania, przekonała się o niemożliwości osiągnięcia tego zadania, uznając, iż obowiązywanie jest kategorją subjektywną, emocjonalną. Piotr uważa, że nie powinien kłamać — to sprawa jego przekonania, nauka mu jego normy uzasadnić nie potrafi, bo ten sam tytuł do mocy obowiązującej miałoby przekonanie tegoż Piotra, że w tym samym wypadku skłamać powinien. Skoro więc „obowiązywać" mogą zasady wprost sprzeczne ze sobą, tedy poprawniejby było nie mówić wcale o obowiązywaniu. Jest to stanowisko, sprowadzające się do zaprzeczenia etyki normatywnej jako nauki. I takie znaczenie ma relatywizm Simmla. Kelsen zaś, pozornie przyjmując to stanowisko, dokonywa w niem niedopuszczalnego przesunięcia pod wpływem swego dogmatycznego nawyknienia do identyfikacji normy z normą obowiązującą. Zamiast bowiem zgodzić się na kierowanie się przez człowieka jego subjektywnem poczuciem obowiązku bez nadawania temu popędowi sankcji naukowej, nadaje normie objektywną moc obowiązującą pod warunkiem, że realizuje się ona w formie popędu w psychice samego obowiązanego. Lecz taka interpretacja prowadzi do nieuniknionych absurdów: jeśli w sumieniu Piotra walczą ze sobą dwa przekonania moralne („nie wolno mi kłamać" — „powinienem kłamać"), to wypadnie uznać obie normy za obowiązujące; jeśli zaś Paweł, z którym Piotr się radzi, podziela jego przekonanie, że skłamać nie powinien, to ta sama pod względem logicznym norma obowiązuje Piotra, o ile realizuje się w jego przekonaniu, a nie obowiązuje go, o ile realizuje się w przekonaniu jego przyjaciela.

Jeżeli zaś moralność autonomiczna Kelsena kieruje się do osobników, rządzących się swoją intuicją, to chybia ona celu całkowicie. Formuła normowania: „powinienem postąpić tak a tak, gdyż tej treści przeżycie odbyło się w tej chwili w mojej psychice", — ani nie odpowiada realnemu procesowi psychicznemu normowania, ani nie dogodzi świadomości moralnej osobnika, poszukującego zasady postępowania. Konstatowanie objektywne swego przeżycia i uznawanie jakiegoś postępowania za obowiązujące są procesami odmiennemi nietylko logicznie, lecz również psychologicznie, i jednocześnie działać nie mogą. Przeciętna psychika intuicyjna, moralna i prawna, zawiera w sobie wiarę w normę jak najmocniej objektywną, bardziej objektywną niż wszelkie normy heteronomiczne, w normę, obowiązującą „sama przez się", „bezwzględnie". Tej to psychiki najbardziej naiwnem odbiciem były systemy etyki intuicjonistycznej Cycerona, angielskich głosicieli „zmysłu moralnego", Tomasza z Akwinu i jego następców — wszyst-

kie sankcjonujące głos sumienia jednostki, lecz w przekonaniu, że w tem sumieniu odbija się objektywne „prawo naturalne". Tej też psychiki odbiciem były koncepcje naukowe, upatrujące w intuicji ludzkiej odbicie „wiecznej i niezmiennej idei dobra" (Platon), „zasady rozumowej tak jasnej jak $2 \times 2 = 4$" (Grocjusz), „kategorycznego imperatywu" (Kant), „objektywnych wartości" i t. p. [1]). I nawet najkrytyczniejszy zwolennik dzisiejszej filozofji relatywistycznej, odrzucający możliwość naukową objektywnego ustalenia normy etycznej, wiedzący (teoretycznie), że jego własne zasady postępowania są tylko treścią jego popędów i wytworem rozwoju społecznego, i ten człowiek, w chwili działania w nim motywu moralnego, odczuwa normę jako zasadę objektywną, która go „wiąże", w razie wątpliwości stara się wyprowadzić ją z jakiejś zasady wyższej lub uzasadnić teleologicznie, lecz nigdy nie rozumuje w sposób podsuwany mu przez Kelsena: „powinienem, bo oto w psychice mojej zachodzi przeżycie takiej treści". Sam Kelsen w r. 1920 twierdzi: „Norma, powinność, której moc obowiązująca byłaby zależna od subjektywnego chcenia tego, do czyjego postępowania się stosuje, nie byłaby już wcale normą. W zdaniu: powinieneś, o ile chcesz i co chcesz — wraz z różnicą bytu i powinności została usunięta sama istota normy" (Souv. 207). Pogląd ten, pod niejednym względem idący za daleko, wykazuje jednak trafnie bezwartościowość „moralności autonomicznej" głoszonej przez samego autora w r. 1911. Czy oznacza on świadome wyrzeczenie się tej koncepcji, odgadnąć trudno, gdyż Kelsen ma tu na myśli dziedzinę prawa, a zupełne od-

---

[1]) Najzupełniej naturalnym i bardzo charakterystycznym jest też protest przeciwko koncepcji autonomji moralnej u Kelsena, podniesiony przez Cz. Znamierowskiego w obronie objektywnych wartości w intuicjach etycznych (Psychologistyczna teorja prawa, str. 62 i n.). P. Znamierowski wytknął trafnie sprzeczność między stanowiskami Kelsena w prawie i w moralności, choć w koncepcji moralności uderzyło go nie przekroczenie zasady rozdziału stanowisk, której wogóle nie uznaje, lecz tylko charakter „psychologistyczny" tej etyki. Stąd też stwierdzenie rzekomej analogji między stanowiskiem Kelsena w moralności, a stanowiskiem Petrażyckiego w prawie. Zachodzi tu oczywiste nieporozumienie. „Psychologizm" Petrażyckiego zamyka się całkowicie w teorji realnego zjawiska etycznego, analogja więc obejmuje uznanie przeżycia za zjawisko etyczne i jego treści myślowej („projekcji") za normę. Lecz Petrażycki daleki jest od pomieszania stanowisk poznawczych i nie przetwarza przeżycia jako substratu normy w rację jej obowiązywania, a normy w normę obowiązującą; w dziedzinie normatywnej nigdy nie głosił intuicjonizmu, i tu bliższy jest niewątpliwie stanowiska Kelsena względem prawa. Oskarżenie go o uznawanie objektywnej mocy obowiązującej każdej subjektywnej normy — projekcji, stanowiące główny argument krytyczny p. Znamierowskiego, oparte jest na błędnej interpretacji tekstu, niczem nie usprawiedliwionej, a mającej swe źródło w tem, że sam krytyk stoi na stanowisku uznania każdej normy jako takiej za obowiązującą („prawdziwą").

wracanie zasad logiki i epistemologji przy przejściu z jednej dziedziny normatywnej do innej stanowi u niego objaw dość zwykły.

Całe przeciwstawienie moralności i prawa u Kelsena polega na wyrwaniu i zestawieniu ze sobą jednego z pośród wielu możliwych stanowisk w prawie i jednego z pośród wielu możliwych stanowisk w moralności, mianowicie dogmatyki prawa ustawowego i normatywnej moralności intuicyjnej. Te same dwa stanowiska nauka tradycyjna przeciwstawiała sobie jako „realne, pozytywne, względne prawo" i „idealną, absolutną moralność". Kelsen słusznie dopatrzył się w dogmatyce prawa elementu idealnego, który cechuje każde normowanie, a w moralności — faktu realnego. Lecz zamiast konsekwentnie przeprowadzić oba stanowiska w każdej z tych dziedzin, przyjął znów przeciwstawienie jednostronne, polegające na odróceniu dawnego. Pozatem zjawisko moralne wprowadził w niewłaściwej mu roli faktu normatywnego do dziedziny normowania intuicyjnego, gdzie fakt normatywny nie gra żadnej roli, a zignorował fakt normatywny w normowaniu pozytywnem, gdzie stanowi element niezbędny. I całe to beznadziejne szamotanie się wśród jednakowo jednostronnych przeciwieństw czyni wrażenie tembardziej smutne, że autor posiada niemal wszystkie dane do ich przezwyciężenia: wszak do wytknięcia i zbicia błędów Kelsena w jego przeciwstawieniu moralności i prawa środków zupełnie dostatecznych dostarczyły nam w wywodach powyższych zasady poznawcze samego Kelsena [1]).

5. Prawo pozytywne.

Cały wysiłek Kelsena skierowany jest do wywyższenia, obrony, oczyszczenia, odgrodzenia od wpływów obcych nauki normatywnej o prawie. Że wysiłek ten jest jednostronny i przeciągnięty poza właściwe granice, starałem się to wykazać już w rozważaniach poprzednich. Program dualizmu metodycznego zbacza u niego w wykonaniu na tory wyłączności dogmatyki; koncepcja zjawiska prawnego, uzależniona od normy obowiązującej, okazała się pozbawioną wszelkiej cechy specyficznej; koncepcja moralności ujawniła wadliwość zupełną. Lecz przeprowadzenie konsekwentne stanowiska normatywnego w dogmatyce dało bądź co bądź pewne wyniki dodatnie. Czy wobec tego charakter i zakres tej przynajmniej nauki udało się Kelsenowi ująć

[1]) P. Rundstein słusznie odrzuca podział prawa i moralności, oparty przez Kelsena na przeciwstawieniu autonomji i. heteronomji i wypowiada niejedną trafną uwagę pod adresem teoryj, uzależniających charakter norm od różnych czynników faktycznych, jak pochodzenie ich od kogoś, działanie w psychice określonego osobnika i t. p. (Zasady teorji prawa § 18).

zupełnie jasno? Czy pojęcie prawa, którem ona operuje, udało mu się sprecyzować? A pamiętać należy, że to właśnie dogmatyczne pojęcie prawa ma pretensję do stania się ogólnem i podstawowem, jedynem naukowem pojęciem prawa. Nieporozumienia, jakich się nasz autor dopuszcza względem obu członów stosunku „proces — treść myślowa", tu mieszając zjawisko etyczne z faktem normatywnym, tam wtłaczając normę w ciasne granice normy obowiązującej, — nasuwają co do tego z góry wątpliwości.

Kelsen staje zdecydowanie ze swą filozofją prawa w szeregu systemów pozytywistycznych, trwając przy dogmacie wyłącznego uznania prawa pozytywnego, indentyfikacji prawa z prawem pozytywnem (H. 6—7), i nawiązując w tym względzie do najwybitniejszego przedstawiciela tego kierunku w Niemczech, Bergbohma, którego dzieło, mimo dalszych zastrzeżeń, uznaje za podstawowe i dotąd nieprześcignione (Souv. 87). Jakkolwiekby to mogło wydawać się paradoksalnem przy zestawieniu jego dążności idealistyczno-apriorycznych z hasłami empiryczno-realistycznemi Bergbohma, jednak w rzeczy samej pisarze ci nietylko stoją na jednej linji, lecz nawet nastawienie idealno-normatywne Kelsena pozwala mu klasyczną koncepcję pozytywistyczną uwolnić od zgubnego nieporozumienia i postawić w niej wyraźny krok naprzód. Rzecz inna, że ten właśnie krok, przyczyniając się do wyjaśnienia, czem jest „prawo pozytywne" prawników, wykazuje zarazem niezdatność tego pojęcia do dalszego uzurpowania sobie roli ogólnego pojęcia prawa.

Stanowisko pozytywizmu w etyce wyraża się najbardziej typowo w tezie: „nauka nie może tworzyć norm, lecz badać powinna tę moralność, to prawo, które istnieje w społeczeństwie". W tezie tej jednak ani moraliści, ani prawnicy nie rozróżnili należycie dwóch znaczeń, jakie mieć może wyraz b a d a n i e. Jeśli rozumiemy tu badanie objektywne zjawisk etycznych, to teza sprowadza się do negacji etyki normatywnej i programu budowania wyłącznie t e o r j i moralności i prawa; i to znaczenie wysuwali pozytywiści przeważnie w programie. Lecz w wykonaniu następowało najczęściej przesunięcie na tory innej zupełnie interpretacji: „badanie etyki rzeczywistej" sprowadzało się do ustalania norm o b o w i ą z u j ą c y c h postępowania z tą różnicą w stosunku do etyki normatywnej absolutnej, że norm nie „tworzono", to znaczy nie wysnuwano z jakichś zasad racjonalnych, lecz znajdowano je gotowe, opierano na pewnych danych pozytywnych: przekonaniach, zwyczajach, aktach ustanowienia i t. p.; budowano więc, świadomie czy nieświadomie, e t y k ę n o r m a t y w n ą p o z y t y w n ą. Przy tem, rzecz nieunikniona, zjawisko etyczne, zamierzony przedmiot badania

metodami podobnemi do przyrodniczych, bywał zastąpiony przez fakt normatywny — podstawę czy rację obowiązywania normy. Istotnego zjawiska etycznego nie znajdowano wogóle lub nie umiano ująć go należycie; „przekonania" traktowano narówni ze zwyczajami, „instytucjami" lub ustawami jako coś, w czem moralność lub prawo się „objawia".

U pozytywistów prawników to podstawienie pozytywnej etyki normatywnej na miejsce zamierzonej teorji przybrało charakter powszechny[1]). Program teoretycznego badania prawa istniejącego utonął całkowicie w odtwarzaniu i porządkowaniu systemów norm, obowiązujących w państwach współczesnych; rzecz to poniekąd usprawiedliwiona życiowo wobec tego, że w prawie, gdzie proces unifikacji i pozytywizacji jest znacznie dalej niż w moralności posunięty, potrzeba naukowej pracy dogmatyczno-systematyzującej znacznie silniej daje się odczuwać. Niemniej, ze szkodą dla swych własnych zadań samodzielnych, zamierzona teorja prawa rzeczywistego stała się wyłącznie dogmatyką prawa obowiązującego, będąc pojmowaną jako suma wszystkich nauk o prawie cywilnem, karnem, państwowem i t. p. poszczególnych państw, albo jako nauka uogólniająca o pojęciach i zasadach, wspólnych tym konkretnym systemom norm. Dogmatyka prawa miała zresztą swą tradycję odwieczną i metody wyrobione znacznie wcześniej od pojawienia się haseł pozytywizmu naukowego. Prawo pozytywne przeciwstawiano przecież od czasów filozofji greckiej prawu naturalnemu, i jego dogmatyczne opracowanie stało już na pewnej wysokości w starożytnym Rzymie; lecz cechę „pozytywności" upatrywano nie w realnem istnieniu tego prawa, tylko w jego dowolnem ustanowieniu w przeciwieństwie do „naturalnego" bytu i obowiązywania tamtego. Dopiero prąd historyczno pozytywistyczny XIX w. usuwa prawo przyrodzone pod pretekstem jego „nieistnienia" (pod którem się ukrywa istotna cecha niemożliwości normatywnego uzasadnienia takiego prawa), a pozostawia w dziedzinie bytu jedynie prawo pozytywne jako „istniejące realnie". W kierunku tym można przytem odróżnić dwa odłamy. Je-

[1]) U pozytywistów w dziedzinie moralności taką identyfikację moralności istniejącej i obowiązującej spotykamy rzadziej; w czystej formie objawia się ona u Kirchmanna, na czem zaważyło zapewne jego przygotowanie prawnicze. Zamknięciu się nauki moralności w granicach dogmatyki stoi na przeszkodzie większa płynność realnych jej objawów i mniej posunięty w nich proces pozytywizacji. To też pozytywizm moralny stawia sobie raczej za zadania szukanie uogólnień lub uzasadnienie norm zapomocą metody teleologicznej. Wpływ zaś nastawienia normatywnego odbija się tu przedewszystkiem w interesowaniu się wyłącznie treścią przepisów i w nieumiejętności stąd płynącej teoretycznego ujęcia zjawiska moralnego, czego dowody starałem się przedstawić w § 2 tej pracy.

den, trafniej odczuwając istotne znaczenie „istnienia" prawa, uznaje za prawo istniejące realnie prawo „działające", żyjące w społeczeństwie lub w psychice ludzkiej, i przeciwstawia to swoje prawo „żywe" martwej literze ustawy. Tak czynili już Savigny i jego uczniowie, prawnicy angielscy (Austin), „psychologiści" typu Bierlinga oraz cały nowy kierunek powstały z obrony wolnego orzecznictwa (Ehrlich, Kantorowicz, Gény, Duguit i in.). Odłam ten, bliższy uchwycenia istotnego zjawiska prawnego, nie umie jednak uczynić go przedmiotem należytego badania teoretycznego i zwraca się do swego „żywego prawa" jedynie w celu znalezienia w niem, w przeciwstawieniu do ustawy, uzupełniającego lub lepszego „źródła" czyli faktu normatywnego dla oparcia na nim norm i wyroków. Drugi, przeciwnie, biorąc za podstawę przedewszystkiem ustawę jako fakt normatywny, widzi „istnienie" prawa w realnem istnieniu formalnych aktów ustanowienia, a „przekonaniom" i nawet częściowo prawu zwyczajowemu odmawia wszelkiej objektywności. I dwa te prądy znów nam dają obraz wcale ucieszny wprost przeciwnego, a jednakowo niewłaściwego używania terminów epistemologicznych: o „spekulację", „subjektywizm", „aprioryzm", „dowolność metafizyczną" i błędy prawa naturalnego w przeciwstawieniu do poznania empirycznego, objektywnego, realnego — raz bywają oskarżani obrońcy ustawy i opartej na niej „jurysprudencji pojęciowej", to znów zwolennicy „świadomości" i „prawa żywego" [1]).

Pomieszanie realnego istnienia prawa z możliwością stwierdzenia formalnych faktów normatywnych objawia się z całą siłą u Bergbohma [2]). Wykład jego tryska od haseł realizmu, empiryzmu, indukcji: nauka ma badać prawo jako fakt objektywnie istniejący, jako rzecz, jako fakt rzeczywistości; ma postępować na gruncie doświadczenia, na podobieństwo nauk przyrodniczych (str. 64, 531 i n.). Prawo pozytywne, to prawo, które istnieje, w przeciwieństwie do prawa naturalnego, które nie istnieje, będąc tylko wymysłem filozofów lub naiwnej świadomości prostaczków. Lecz pod tem „istnieniem" ukrywa się w gruncie rzeczy normatywne kryterjum obowiązywania. Cały dowód „istnienia" prawa pozytywnego i „nieistnienia" naturalnego zostaje przeprowadzony na gruncie dogmatyczno-normatywnym: istnieć może tylko jeden system prawa, więc wszelkie normy z nim zgodne są prawem pozytywnem, wszelkie normy z nim sprzeczne nie istnieją. Rzecz jasna,

[1]) Por. np. typowe dla pierwszego kierunku hasła u Bozi, Die Weltanschauung der Jurisprudenz, wyd. II, 1911 (str. 12—13), w zestawieniu z przytoczonemi poniżej hasłami Bergbohma.

[2]) K. Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, t. I, Lipsk 1892. (Tomy następne nie ukazały się wcale).

że jesteśmy na gruncie obrony wyłącznego o b o w i ą z y w a n i a jednego systemu norm; żadna teorja pozytywna nie zaprzeczy wszakże istnienia różnych i sprzecznych ze sobą systemów moralności, religji lub reguł językowych [1]). I Bergbohm sam wciąż wysuwa obok kryterjum realnego istnienia prawa właściwe kryterjum obowiązywania (*Geltung*, str. 79, 367, 523). Cóż to więc ostatecznie istnieje w prawie? Oto tam, gdzie myśl autora sięga głębiej, okazuje się, że i prawo pozytywne jako takie jest tylko wytworem myślowym *(ein Gedankending)*, abstrakcją, że wyraża powinność *(ein Sollen)*, ale że w przeciwieństwie do prawa naturalnego, które opiera swą moc obowiązującą na subjektywnem przekonaniu lub na jakichś zasadach racjonalnych, ono opiera się na realnych faktach zewnętrznych, na procesach, wyrażających stę „w czynie, w pracy i wysiłku ustanowienia przez ludzi" (132, 383, 486). Więc, jak się okazuje, „istnieje" nie prawo jako takie, istnieją tylko fakty normatywne; samo prawo rozwiewa się w bycie idealnym, zmienia się w zasadę idealną, którą tylko z faktów wysnuwamy. Ale dlaczego prawem jest to tylko, co z t y c h właśnie faktów wysnuwamy i jakąż jest cecha, na której podstawie wyróżniamy te właśnie fakty, jako „formalnie obowiązujące źródła", od innych faktów, niemniej realnych, niemniej historycznych? Cały sumienny wysiłek Bergbohma dąży do rozstrzygnięcia tego pytania; widzi on jasno, że odpowiedzi nie można szukać w treści norm, tylko w samej „formie" prawa, że trzeba ustalić kryterjum, które decyduje o tem, że te właśnie „formy historycznego powstawania prawa" są formami prawnemi (536—544). Lecz dochodzi do sceptycznego wniosku, że choć prawnik rozpoznaje łatwo „prawo" od tego, co prawem nie jest, teorja jednolitego kryterjum dać mu nie może, i powtarza słynny aforyzm Augustyna: „gdy mnie nie pytacie, to wiem" (75).

Kelsenowi uświadomienie sobie normatywnego charakteru dogmatyki pozwala uczynić w tej sprawie znamienny krok naprzód, wyprowadzający z odwiecznego nieporozumienia. Dogmatyka jest nauką normatywną, ma za zadanie nie stwierdzanie tego, co jest, lecz sformułowanie normy obowiązującej. To więc „prawo", które ona ma za przedmiot, nie jest prawem i s t n i e j ą c e m jako zjawisko w świecie rzeczywistości, — takie prawo stanowi przedmiot nauk eksplikatywnych, — ale prawem obowiązującem jako norma, niezależnie od tego, czy odpowiadające mu zjawisko istnieje w świecie realnym. W ten sposób, w jednej przynajmniej dziedzinie zostaje usunięte odwieczne

---

[1]) Por. mój artykuł: Przedmiot i metody filozofji prawa (Przegląd filozoficzny, 1916, zesz. III, str. 207 i n.).

pomieszanie dwóch znaczeń, w jakich się używa terminów etycznych „prawny“ i „moralny“: znaczenia teoretycznego i znaczenia normatywnego. I dla dogmatyki prawa najzupełniej słusznie zostaje obrane znaczenie normatywne: dla niej „prawem“ jest norma obowiązująca ze stanowiska danego systema pozytywnego, „prawnem“ jest to, co z normami tego systemu zgodne. Gdy prawnik-dogmatyk stawia sobie pytanie, jakie normy są dla niego prawem, pytanie to brzmi: „jakie normy p o w i n n y być stosowane przez organy państwa, jakie normy p o w i n n y być zachowywane przez poddanych“ (H. 354).

I jeśli chodzi o „prawo pozytywne“ w tem znaczeniu, dla którego szukają definicji dogmatycy, — czy sam termin „prawo pozytywne“ jest tu właściwie użyty, można narazie pozostawić na stronie, — to Kelsen z całą słusznością wykazuje, że nie jest ono bynajmniej jednoznaczne z prawem realnie istniejącem w żadnej z obu interpretacyj, nadawanych mu przez pozytywistów. Ta „pozytywność“ prawa nie jest tem samem, co faktyczne działanie prawa w społeczeństwie, bo istnienie faktów psychicznego działania odpowiednich wyobrażeń i popędów nie decyduje o obowiązywaniu normy; nie jest też tem samem, co cecha „faktycznego ustanowienia“, jak chciał Bergbohm, bo owe fakty ustanowienia czy „historycznego powstania prawa“ nie noszą same w sobie żadnej cechy specyficznej, któraby pozwalała odróżnić normy przez nie ustanowione od norm nieprawnych: wszakże zwyczaj i ustanowienie bywają źródłem moralności, a państwo bez pomocy prawa samo nie może być zdefinjowane (Souv. 88—94).

Wobec chaosu, jaki panuje dokoła tej sprawy w naukach prawnych, sam ten wynik negatywny musi być Kelsenowi zapisany jako zasługa: pojęcie prawa, jakiem się posługuje dogmatyka, nie oznacza prawa istniejącego realnie, lecz prawo obowiązujące jako norma lub system norm. Lecz Kelsen, niestety, pragnie to dogmatyczne pojęcie prawa uznawać w dalszym ciągu za wzorem pozytywistów za jedyne ogólne, naukowe pojęcie prawa. I tu oto zachodzi sytuacja, jaka zwykle się przytrafia w nauce, gdy promień częściowego uświadomienia pada na zagadnienie, zawierające cały splot błędów: ten promień uświadomienia metodologicznego, niezależnie nawet od nowych błędów, jakie Kelsen wnosi do swego pojęcia prawa, przyczynia się znakomicie do wykazania, że „prawo“ w znaczeniu dogmatycznem ma do odegrania w nauce rolę niezmiernie skromną, zależną i pomocniczą, i ambicje jego muszą być zahamowane. To, co Kelsen i pozytywiści pojmują jako prawo pozytywne, nie może pełnić w nauce funkcji ani pojęcia prawa pozytywnego w istotnem znaczeniu, ani tem bardziej pojęcia prawa.

Używanie terminu „prawo", „prawny" (zarówno jak „moralność", „moralny") w znaczeniu praktycznem, jako „prawnie (moralnie) obowiązujący", „słuszny", „dobry" i t. p. — wymaga przyjęcia przez naukę jakiejś określonej normy czy systemu norm za swój, zsolidaryzowania się z jego treścią, przyjęcia jej za obowiązującą dla siebie. I kryterjum jednolite osiągamy tu tylko pod tym warunkiem, że uznajemy za swój tylko jeden system norm; wtedy wszystkie inne systemy stają się nieprawne, niemoralne, — trzeba im mocy obowiązującej zaprzeczyć. Tak właśnie czyniły wszystkie systemy moralności absolutnej i prawa przyrodzonego [1]). Przyjęcie zasady relatywizmu tę jedność rozbija: co obowiązuje ze stanowiska jednego systemu, to nie obowiązuje ze stanowiska drugiego. Każdy system obowiązuje wyłącznie widziany „z wewnątrz", ze stanowiska jego własnych norm, gdy zaś wzniesiemy się na stanowisko wyższe, spojrzymy na systemy „z zewnątrz", to zasada jednolitego obowiązywania znika. Aby tu znaleźć jedność, móc uznać sprzeczne systemy za prawne, trzeba się zrzec kryterjum obowiązywania, trzeba ustalić ogólną cechę normy prawnej, oraz jej odmiany, normy prawnej pozytywnej, niezależnie od jej obowiązywania, — a to oznacza potrzebę ustalenia teoretycznego pojęcia prawa.

Kelsen, wiedziony narzucającą się wprost nieodparcie jasnością tych myśli, natrafia na każdą z nich i każdą z nich w pewnym punkcie swych rozważań dość jasno wyraża. Uświadamia sobie zamknięcie w sobie i nieuniknioną wielość systemów pozytywnych. Szuka też, trafnie odczuwając jej potrzebę, ogólnej, „formalnej" cechy normy prawnej, jej „formy logicznej", lecz umieszcza tę cechę w kryterjach naukowo bezwartościowych. I niedostateczność tych kryterjów zapewne sobie uświadamia, gdyż w pismach nowszych już je w wyraźny cień usuwa, a w poszukiwaniu jedności prawa obowiązującego wchodzi na drogę absolutnych systemów etycznych i wbrew swym początkowym założeniom relatywistycznym buduje jedność systemu, nawiązując otwarcie do tradycji prawa naturalnego. Są to skutki nieuniknione poszukiwania jednolitego ogólnego kryterjum prawa przy zachowaniu mu znaczenia prawa obowiązującego.

Że prawo nie może być inaczej naukowo pojmowane, niż jako

---

[1]) X. Hieronim Stroynowski, Nauka prawa przyrodzonego, politycznego, ekonomiki politycznej i prawa narodów, Wilno 1785, str. 109: „Prawa zaś arbitralne, przyrodzeniu i sprawiedliwości przeciwne, choćby przez błąd i niewiadomość od całego Narodu były iednomyślnie uchwalone, nie są właściwie prawami: posłuszeństwo takowym prawom iest iedynie (póki pożądana nie nastąpi odmiana i poprawa) smutną ulegania potrzebą, dla uniknienia większego złego: lecz gdyby prawo oczywistą niesprawiedliwość popełniać nakazowało, nikt mu posłusznym bydź nie powinien".

prawo obowiązujące, że uznanie mocy obowiązującej danej normy jest warunkiem koniecznym uznania tej normy za normę prawną, to stanowi dla Kelsena zasadę podstawową badania naukowego. I ten punkt wyjścia przy zachowaniu stanowiska relatywizmu pozytywistycznego doprowadza go do tego, że w pewnym punkcie z konieczności łańcuch norm się urywa. „Zagadnienie istoty prawa jest jednoznaczne z zagadnieniem podstawy obowiązywania normy prawnej albo podstawy mocy obowiązującej porządku prawnego“ (H. 351). To obowiązywanie normy prawnej jest dla prawnika dane z góry, stanowi dla niego „założenie nieuniknione i stojące poza wszelką dyskusją“, „tkwi w samem pojęciu normy prawnej“; gdybyśmy go w ten sposób nie przyjęli, jako cechy samodzielnej, niezależnej i dalej niesprowadzalnej, wtedy moglibyśmy obowiązkowość normy prawnej oprzeć tylko na jakiejś normie wyższej, którąby nakazywała zachowanie się prawne. Lecz ta norma musiałaby już być normą moralną, religijną czy inną, — w każdym razie nie prawną: „pytanie o podstawę prawną porządku prawnego jest absurdem“ (H. 352—3). Usuńmy tu odrazu jedno nieporozumienie: „samodzielność“, „niezależność“, „niesprowadzalność“, wysunięta tu jako cecha prawa pozytywnego, nie jest cechą każdej n o r m y prawnej obowiązującej, lecz każdego s y s t e m u norm obowiązujących, jako całości. Charakter obowiązujący poszczególnej normy stwierdzamy właśnie przez „sprowadzenie“ jej do systemu; dopiero system ten kończy się gdzieś jakiemś najwyższem założeniem, które musi być przyjęte bez możności sprowadzenia go do zasad dalszych. W ten też sposób precyzuje autor sprawę w pismach późniejszych (por. np. Souv. 93).

Cóż stanowi zakończenie, ostateczną podstawę każdego pozytywnego systemu prawnego? W tej sprawie stał Kelsen jeszcze w *Hauptprobleme* na stanowisku tradycji naukowej, ustalonej przez Jellinka: konstrukcja prawna, idąc od norm niższych do wyższych, doprowadza do zasad podstawowych konstytucji, w monarchji absolutnej do woli monarchy, lecz tu znajduje swoją granicę, poza którą zaczyna się „przestrzeń pozaprawna“: zagadnienia powstania i końca prawa jako całości mają naturę „metajurydyczną“ (H. 51). Do tej samej sfery pozaprawnej doprowadzają wypadki rewolucji, aktów antykonstytucyjnych najwyższych władz państwowych, oraz zwyczaj ze swą mocą wytwarzania i usuwania (derogacji) norm. Słowem, konstrukcja prawa pozytywnego doprowadza zawsze do jakichś faktów, nie mających już kwalifikacji prawnej, i różne fakty dają początek różnym systemom. Jest to wynik zupełnie naturalny i nieunikniony: cechą każdego systemu pozytywnego jest oparcie norm na faktach normatywnych; niektóre fakty normatywne są przewidziane w samych normach, jak

umowy, rozporządzenia władz, wyroki sądowe, akty ustawodawcze, lecz ostateczna podstawa każdego systemu tkwi w jakimś fakcie czy faktach w żadnej normie nieprzewidzianych, a decydujących o ustaleniu się danego systemu.

To ostateczne oparcie systemu norm na fakcie nie dogadza jednak Kelsenowi, stając w sprzeczności z jego tezą metodologiczną (usuniętą dla moralności, a zachowaną dla prawa), że z tego, co jest, nie może wynikać to, co być powinno: „żadna logika nie może wyprowadzić zdania o powinności ze zdania o bycie“ (Souv. 33). W nowszych więc pismach wysuwa konstrukcję, która pozwala oprzeć każdy system prawa na zdaniu normatywnem. Na pytanie: dlaczego w Austrji zabójca ma być skazany na karę więzienia? — należy odpowiedzieć nie: bo tak nakazuje ustawa, — lecz: bo należy słuchać uchwał parlamentu. Takie to „normy podstawowe“ *(Ursprungsnormen)*, zdania normatywne, wyrzekające obowiązek uznania mocy obowiązującej danego systemu, mają stanowić niezbędne założenie, „hipotezę podstawową“ każdego systemu pozytywnego, „konstytucję w znaczeniu prawno-logicznem“ (Souv. 93 i n.). Dzięki tej konstrukcji poszukiwanie dalszej podstawy obowiązywania dla systemów prawnych w dziedzinie innych norm stało się zbyteczne. Zasadniczo, być może, nie byłoby powodu takiej konstrukcji dla dogmatyki odrzucać. Norma podstawowa zapewne dobrze formułuje założenie pozytywne systemu, jeżeli dochodzimy do niego na drodze pytania, dlaczego jego normy obowiązują. Lecz Kelsen popełnia wielką nieostrożność, gdy w możliwości oparcia systemu norm na podobnej normie podstawowej upatruje specyficzną cechę i pozytywności prawa i samego prawa (Souv. 33).

Pozytywność prawa ma teraz polegać na samodzielności, niesprowadzalności, „suwerenności“ danego systemu norm, osiągniętej przez oparcie go na hipotezie podstawowej (Souv. 85 i n.). Lecz oto, przedewszystkiem, jeśli chodzi o kryterjum prawa, to sam autor stwierdza, i słusznie, że tak samo „suwerenne“ są inne systemy norm, np. moralność; jeśli zaś chodzi o pozytywność, to uznaćby trzeba, że pozytywnym w tem znaczeniu byłby system norm, oparty na normie podstawowej: „obowiązuje mię to, co mi sprawia przyjemność“, albo „obowiązuje mię miłość bliźniego“, a więc systemy bynajmniej nie pozytywne. Dążenia Kelsena do „czystości normatywnej“ za wszelką cenę prowadzą go tu do krańcowości przeciwnej Bergbohmowi: zamiast usunąć jedynie pomieszanie prawa z faktami normatywnemi, usuwa całkowicie fakty normatywne, które jednak stanowią warunek pozytywności wszelkich norm. Suwerenność, niezależność nie jest bynajmniej cechą właściwą systemów pozytywnych. Jeśli przyjąć za funda-

ment systemu normę podstawową, to cechą pozytywności będzie nie jej niesprowadzalność do innych norm, lecz zawarte w niej przyjęcie za podstawę systemu określonych faktów normatywnych, mających swój punkt szczytowy w konstytucji, rozkazie monarchy i t. p. Pozytywność zawiera się w tem, że przyjmujemy za swoją nie samą zasadę, normę jako taką, lecz owo źródło heteronomiczne, uznając za obowiązującą dla siebie każdą zasadę, która z tego źródła płynie, niezależnie od jej treści. Tę cechę pozytywności, polegającą na oparciu norm na autorytecie jakichś faktów normatywnych, znacznie trafniej ujmowała tradycja prawnicza z Bergbohmem włącznie, i sam Kelsen był jej bliższy w *Hauptprobleme*[1]). Nowe dążności, zrodzone z chęci usunięcia z konstrukcji prawnej wszystkiego, co ma choćby pozory bytu realnego, prowadzą go do jej zupełnego zatracenia[2]).

Rzecz też prosta, i tym razem leżąca w samej naturze przedmiotu definjowanego, który wogóle żadnej definicji się nie poddaje, że ta domniemanie zbawcza cecha suwerenności nie jest zdolna dać kryterjum nietylko normy prawnej lub normy prawnej pozytywnej w znaczeniu ogólnem, lecz nawet owego „prawa pozytywnego" jako prawa obowiązującego, które ma wyłącznie na myśli Kelsen. Wyrazem wielkiego złudzenia jest, gdy mówi: „... ta cecha suwerenności, nadawana systemowi prawnemu przez oparcie go o normę podstawową, stanowi decydujący moment dla pozytywności prawa, moment, nadający prawu cechę samodzielnego systemu, odrębnego od innych systemów norm, niezależnego i w sobie zamkniętego" (Souv. 94).

Pozytywność w dziedzinie obowiązywania daje w wyniku nie jeden system norm, lecz nieskończoną ilość systemów możliwych i pod

---

[1]) W *Staatsbegriff*, gdzie rozpęd idealistyczny autora cokolwiek słabnie, mamy znów poprawniejsze w kierunku pozytywistycznym sformułowanie normy podstawowej: „Cechą specyficzną tej normy podstawowej jest to, że ustanawia ona najwyższą powagę, która przez to staje się upoważniona do stanowienia norm" (94).

[2]) Jeśli konstrukcja normy podstawowej jako taka nie daje gwarancji pozytywności systemu, to tem bardziej nie zapewnia jego „suwerenności": przeciwnie, samo sformułowanie podstawy systemu jako normy nasuwa myśl o szukaniu dalszej normy, jeszcze wyższej. Jeśli zestawimy dwie normy podstawowe Kelsena: „słuchaj rozkazów monarchy" oraz: „słuchaj rozkazów rodziców" (Souv. 93), (z których pierwsza ma być — niewiadomo dlaczego — podstawą prawa, a druga — również niewiadomo dlaczego — podstawą moralności), to sprowadzenie obu tych norm „podstawowych" do jednej ogólniejszej, nakazującej posłuszeństwo dla władzy wogóle lub jakiejś kategorji władz, narzuca się samo. Hipoteza prawa międzynarodowego w postaci zasady *pacta sunt servanda* również sama się domaga dalszego pytania: dlaczego? i dalszej odpowiedzi. Wogóle nowa koncepcja prowadzi Kelsena niechybnie do zatracenia wszelkich różnic między normami i do budowy jednego wszechogarniającego systemu norm w rodzaju konstrukcyj prawa naturalnego.

względem obowiązywania jednakowo ważnych. Weźmy za punkt wyjścia prawo obowiązujące wewnątrz danego państwa. Obierając za podstawę suwerenność państwa, „za prawo pozytywne uznajemy normę, którą można ująć jako część składową systemu wewnętrzno prawnego danego państwa. To się dokonywa przez sprowadzenie jej stopniowe do ostatecznego źródła..." (Souv. 93), którem jest podług koncepcji dawnej najwyższy fakt normatywny, podług nowej — norma podstawowa, ustalająca autorytet tegoż faktu. Cóż nas skłania do obrania tego właśnie, a nie innego faktu za źródło obowiązywania systemu? Pozytywiści typu Bergbohma łudzili się, że pewne fakty mają w sobie cechę specyficzną, czyniącą z nich, w odróżnieniu od innych, źródła prawa: wielu z nich uważało i uważa dotąd, że tę specyficzność nadaje im pochodzenie od faktycznej „siły", jaką jest organizacja państwowa. Kelsen w *Hauptprobleme* jeszcze się całkowicie od tego wpływu nie uwolnił, o czem świadczy niejednokrotne powoływanie się na „siłę państwa, stojącą poza prawem", na „faktyczne funkcjonowanie organów państwa (H. 40, 47 i w. in.), a nawet koncepcja, — ta już zgoła nie przypadkowa, lecz związana logicznie z jego pojmowaniem heteronomji prawnej, — związania *specificum* prawa z działalnością sądów, upatrywania właściwości normy prawnej w jej stosowaniu przez faktycznie istniejące sądy [1]). Te pozostałości „realizmu", mniej lub więcej przypadkowe, są w oczywistej sprzeczności z jego stanowiskiem idealno-normatywnem, które nietylko nie pozwala szukać w faktach kryterjum dla obowiązywania, a więc „istnienia" normy, lecz nawet nie uznaje realnego istnienia państwa i jego organów: wszakże państwo, zanim się w *Staatsbegriff* zidentyfikowało całkowicie z systemem norm, już w *Hauptprobleme* zostało uznane wyłącznie za „punkt poczytania", za idealne źródło norm, a więc — to w każdym razie słusznie — za pojęcie, możliwe do ujęcia i określenia przez normy prawa, a nie mogące przeto służyć do ujęcia i określenia tych norm. Niema więc faktu, któryby przesądzał o obowiązywaniu związanych

[1]) H. 235: „o istnieniu odrębnych norm prawnych obok norm moralności i obyczaju może być mowa odtąd dopiero, odkąd wytworzyła się organizacja sądów, czyli najpierwotniejsza forma organizacji państwowej". Ten swój pogląd dawniejszy Kelsen wyraźnie już usunął w Souv.: „z dziedziny poznania teoretyczno-prawnego musi być stanowczo usunięta koncepcja szeroko rozpowszechniona, która wobec faktycznego istnienia specjalnych organów ustawodawczych i wykonawczych dopatruje się istnienia faktycznej „siły", odrębnej od obowiązywania systemu prawa i uznaje tę siłę, stojącą „poza prawem", za element konieczny państwa i prawa" (Souv. 259). Por. też Stb. 91: „należy sobie uświadomić, że sędzia orzekający karę nie w innem znaczeniu jest „organem" systemu norm przymusowych (nazywanego państwem lub prawem), niż syn, wykonywający w myśl ustroju prawnego krwawą zemstę za zabitego ojca".

z nim norm. Kelsen stawia wyraźnie pytanie: „dlaczego ten jeden fakt... ustanawia powinność... inny zaś nie?“ i odpowiada: „tego, że coś obowiązuje jako norma... nie można wyjaśnić tak samo jak tego, że coś uznane zostaje za istniejące. Powinność jest narówni z bytem kategorją ostateczną, dalej niesprowadzalną... Tylko pozornie dostarcza kryterjum ten, kto jako podstawę poznania mocy obowiązującej normy podaje jej pochodzenie od kompetentnej powagi. Gdyż wtedy nasuwa się pytanie, po czem poznać tę powagę; a odpowiedź może brzmieć tylko w jeden sposób: po zdolności zobowiązywania, ustanawiania norm, ustalania powinności. Lecz przez to zostaje zamknięty *circulus vitiosus*“ (H. 70—71). Wyjąwszy niezbyt fortunną paralelę z poznaniem teoretycznem i biorąc sprawę nie w zbyt szerokich granicach „obowiązywania“ wogóle, lecz tylko w granicach obowiązywania pozytywnego, trzeba tu przyznać słuszność myśli zasadniczej: nie sam fakt jako taki, lecz normatywne jego ujęcie stanowi o obowiązywaniu normy; każdy fakt może być przyjęty za podstawę systemu pozytywnego, wybór więc pozytywnej podstawy obowiązywania jest naukowo dowolny. Stąd też wypływa cytowany już wyżej wniosek (niesłuszny dla normy prawnej w jej ujęciu teoretycznem, gdyż ta posiada swą cechę specyficzną, lecz słuszny dla tej z pomiędzy norm prawnych, którą przyjmujemy za obowiązującą dla nas), że przyjęcie danej normy i danego systemu za obowiązujący przez prawnika jest „założeniem stojącem poza dyskusją“, nieopartem na żadnem określonem kryterjum poznawczem. I zakończeniem tej drogi jest uznanie dowolności obrania „normy podstawowej“.

Sprawa jest w istocie swej jasna, a zaciemnia ją tylko dążenie do uczynienia z „prawa obowiązującego“ klasy w znaczeniu teoretycznem. Normując pozytywnie, nie wypowiadamy norm absolutnych, na których gruncie obowiązywać może tylko jedna zasada; wykładamy tylko treść norm nam danych, możemy więc bez obawy sprzeczności twierdzić jednocześnie: w myśl systemu A obowiązuje M, w myśl systemu B obowiązuje N, — chociażby M równało się non — N. Takiem jest stanowisko dogmatyczne nietylko w naukach praktycznych, ale i w teoretycznych. Jeśli nie chcemy rozstrzygać zagadnienia wzajemnego stosunku ziemi do słońca w jego istocie, lecz tylko stwierdzać tezy, wypowiedziane o nim przez poszczególnych uczonych, to możemy twierdzić: „podług Ptolemeusza słońce obraca się dokoła ziemi“ — „podług Kopernika ziemia się obraca dokoła słońca“, — i obie te tezy będą jednakowo i jednocześnie prawdziwe.

Stanowisko dogmatyczne, pozytywne, nie daje więc nam w prawie jedności: daje nam nieskończoną ilość systemów równouprawnionych,

zależnie od obranej dla każdego z nich podstawy. I kryterjum pozytywności nie daje nam cechy odróżniającej systemy prawne od nieprawnych. Aby poznać, czy dany system jest prawny, nie zaś moralny lub inny, trzeba posiadać jakieś kryterjum inne.

Sprowadzenie do jednej podstawy pozytywnej zapewnia tylko jedność wewnątrz jednego systemu, o którym musimy wiedzieć już skądinąd, czy jest prawnym lub nie, — pozwala nam ustalić, czy dana pojedyńcza norma obowiązuje w myśl danego systemu. Lecz i tu łudzi się Kelsen, sądząc, że system prawa obowiązującego w każdem państwie da się ująć jako jedność przez sprowadzenie do jednej podstawy, ustalonej jako „norma podstawowa". „Prawo obowiązujące" każdego państwa, z którem ma do czynienia dogmatyk, może do tego ideału konstrukcji mniej lub więcej się zbliżać, tem więcej, im dalej zaszedł w danem państwie społeczno-rozwojowy proces unifikacji, lecz sądzę, że niema realnego państwa, którego prawo tę jedność systemu całkowicie osiągnęło. Prawo każdego państwa (mówiąc ściśle: fakty normatywne, na których się opiera jego system norm obowiązujących) stanowi wytwór irracjonalny historji, nosi w sobie ślady uwarstwienia, będące wytworami zmieniających się ustrojów i ulega stałym zmianom pod wpływem żywych sił ewolucyjnych, ujawnia więc w sposób nieunikniony niejednolitość wewnętrzną. I wysiłki prawników-dogmatyków, aby je sprowadzić do jednego systemu, jakkolwiek godziwe i pożyteczne, a nawet stanowiące ze swej strony niepośledni czynnik realny procesu unifikacji, — nigdy całkowitego powodzenia osiągnąć nie mogą. Aby znaleźć na to dowody, nie trzeba sięgać do ustrojów, wykazujących tyle uwarstwień, wpływów obcych i sprzeczności, do ustrojów tak słabo zunifikowanych, jak dzisiejsze prawo polskie i inne podobne ustroje powojenne. Pęknięcia, luki, sprzeczności i sztuczne połączenie zasad różnolitych ujawnia każdy system państwowy. I Kelsen z tem się liczy w *Hauptprobleme*, uwzględniając przewroty państwowe, t. zw. derogację zwyczajową, antykonstytucyjne akty władzy i t. p.

Przypuśćmy nawet z Kelsenem, że derogacja normy ustawowej lub wytworzenie zwyczajowe nowej normy, sprzecznej z ustawą, przez poddanych, nie obchodzi prawnika, — choć i te fakty podpadają pod działanie zasady ogólnej; lecz oto mamy wypadki derogacji ustaw przez stałą praktykę organów państwowych. Oto dalej rozporządzenia antykonstytucyjne monarchów, oto akty władzy ustawodawczej, wydane z przekroczeniem konstytucji. Kelsen zwalcza próby uzasadnienia prawnego derogacji przez organy państwa: byłoby to tem samem, co uzasadniać prawność rewolucji, uznawać „prawo do łamania prawa"

(H. 50). Wypadków zaś łamania prawa obowiązującego przez władzę ustawodawczą wzbrania się uznać za „przekroczenie prawa przez państwo“ *(Staatsunrecht)*, ponieważ to, czego państwo chce, jest prawem *ex definitione* (H. 246 i n.). I w obu wypadkach stwierdza, że mamy do czynienia z aktami, wychodzącemi poza granice konstrukcji prawnej, z aktami „prawnie nieuchwytnemi“. Jest to zapewne słuszne ze stanowiska tego „prawa“, które się zawiera w systemie pogwałconym,— należałoby tu nawet szczerze stwierdzić pogwałcenie. Lecz każde takie pogwałcenie jednego systemu stanowi początek nowego systemu, nowego „prawa“, tak samo jak rewolucja. I jeśli to nowe prawo przyjmie się i utrwali w życiu obok dawnego lub wbrew dawnemu, to dogmatyk nie ma przed sobą innej drogi poza uznaniem dla siebie za „prawo“ obu systemów, jakkolwiek są ze sobą sprzeczne. Oczywista, czyni przytem słuszniej, jeśli zamiast sztucznego naciągania ich przez fałszywe konstrukcje do jedności, otwarcie uznaje odmienność źródeł i sprzeczność norm.

Tak więc kelsenowskie kryterjum pozytywności, gdy nawet wbrew intencjom autora wydobędziemy jego istotne znaczenie z pod narzuconych mu nowomodnych szat „suwerenności“, nie daje nam cechy odróżniającej prawo. Daje szereg nieskończony systemów, z których każdy może być z jednakową słusznością, ale zarazem z jednakową dowolnością, przyjęty za obowiązujący. Niedość na tem, to kryterjum nie odpowiada nawet pojęciu prawa obowiązującego wewnątrz jednego państwa, gdyż to prawo nie da się sprowadzić do jednego systemu, do jednej podstawy, lecz sprowadza się do źródeł różnolitych i często ze sobą sprzecznych. Jedności więc, poszukiwanej przez Kelsena, przy pomocy tego kryterjum nie osiągamy. I nic w tem dziwnego. Dogmatyczne pojęcie prawa pozytywnego, należycie zrozumiane, powołane jest do odgrywania roli niewątpliwie pożytecznej, lecz skromnie ograniczonej do zadań praktycznych normowania ze stanowiska danego systemu, do zadań, które zresztą ilościowo będą zawsze przeważały w pracy prawnika. Prawnik-dogmatyk posługuje się niem dla oznaczenia systemu, który mu służy za podstawę normowania, dla związania każdej normy z tym systemem w celu ustalenia jej mocy obowiązującej. Zupełnie podobnie teolog, stojący na gruncie określonego systemu religijnego, związuje poszczególne dogmaty z podstawami swojej religji, aby stwierdzić ich charakter wymagający wiary. Lecz zarówno każdy całkowity system prawa wewnątrz-państwowego lub międzynarodowego, jak każdy konkretny system religji „objawionej“, opiera się dążeniu dogmatyka do ujęcia go jako systemu wewnętrznie jednolitego, ujawniając w sposób nieunikniony różnolitość swych źródeł hi-

storycznych. Tu praca dogmatyka, dążąca do konstrukcji jedności wewnętrznej, uzasadniona jest godną uznania potrzebą praktyczną, lecz zarazem skazana z konieczności na kolizje z logiką. Gdy zaś wyjdziemy poza granice danego konkretnego systemu, zdatność naukowa dogmatycznego pojęcia prawa, zarówno jak takiegoż pojęcia religji, moralności, języka i t. p., rozwiewa się w nicość zupełną. Niema bowiem cechy ogólnej, którąby pozwalała ująć w jedną klasę wszystkie systemy prawa jako „obowiązujące", wszystkie systemy religijne, jako wymagające wiary i t. d.

Praca Kelsena przez usunięcie odwiecznego złudzenia, że „prawo pozytywne" w znaczeniu dogmatycznem oznacza klasę zjawisk, prawo rzeczywiste, będące wytworem rozwoju społecznego i działające realnie wkoło nas i w nas, i przez wykazanie, że to prawo oznacza tylko system norm, związanych jednością praktycznego kryterjum obowiązywania, przyczyniła się w sposób wydatny, choć całkowicie wbrew jego zamiarom, do wykazania niezdatności teoretycznej tego pojęcia, uzurpującego sobie od tak dawna rolę ogólnego pojęcia prawa. Bo skąd wiemy, że wszystkie te systemy, biorące początek w ciemnej krainie „metajurydycznej", obce sobie i sprzeczne ze sobą, są systemami p r a w n e m i? Dlaczego system, oparty na „normie podstawowej" posłuszeństwa dla monarchy ma być systemem prawnym, a drugi, oparty na normie podstawowej posłuszeństwa dla rodziców, — systemem moralnym? Kelsen ostatecznie odsuwa tę sprawę poza granice nauki, pozostawia ją jakiejś intuicji lub dowolnemu założeniu, czyniąc prawność cechą niemożliwą do zdefinjowania (H 70). Czyni to całkiem bezzasadnie, a zmusza go do tego jedynie nieumiejętność ujęcia normy prawnej inaczej niż jako normy obowiązującej. Obowiązywanie dla nas danego systemu norm pozytywnych wymaga istotnie podobnego dowolnego założenia, obrania sobie danego systemu z pośród wielu za swój, dogmatycznego zamknięcia się w jego granicach, podobnie jak teolog zamyka się w granicach swej religji. Lecz droga do jedności poznania, niedostępna dla dogmatyki, stoi otworem dla teorji. Wystarczy spojrzeć na normę prawną objektywnie, odrywając się od jej mocy obowiązującej dla kogokolwiek, nie szukając w niej przepisu, którego ważność ma głosić nasza nauka; wystarczy zbadać cechy objektywne wierzenia religijnego, odrywając się od wiary w ich treść. Do tego prowadzi badanie normy i wierzenia jako treści myślowych na tle ich żywych substratów — przeżyć psychicznych człowieka. Badając psychikę prawną, moralną, religijną i t. p. nie z nastawieniem na ważność treści tych przeżyć, lecz z bezstronnością wobec niej, znajdziemy z łatwością cechy specyficzne przeżyć i norm prawnych i mo-

ralnych, zarówno jak cechy specyficzne wierzeń religijnych. Uda nam się wtedy ustalić *specificum* wszelkiego prawa jako odmiany przeżycia etycznego (lub normy etycznej), zachowującego swą jednolitość niezależnie od tego, gdzie, kiedy i dla kogo te normy można uznać za obowiązujące. Uda się ustalić teoretyczną klasę „prawo" narówni z teoretycznemi klasami moralności, religji, języka, klasy obejmujące wszelkie systemy, gdziekolwiek i kiedykolwiek obejmowane przez konkretnych ludzi jednością obowiązywania, objawienia czy gramatyki szkolnej, a także wszelkie objawy „dzikie", których żadna dogmatyka swą pracą systematyzującą nie obejmowała. I jako odmiana klasy „prawo" da się uchwycić wtedy klasa niższa prawa pozytywnego, różniąca się od drugiej odmiany gatunkowej — prawa intuicyjnego, elementem faktu normatywnego. A oparcie definicji tych klas na cechach objektywnych i istotnych pozwoli stworzyć o każdej z nich teorję naukową, wykazującą ich cechy specyficzne w żywem działaniu psychicznem i w procesach społeczno-rozwojowych [1]).

Aby wejść na tę drogę, trzeba jednak się rozstać ze stanowiskiem, tak Kelsenowi drogiem, ujmowania normy wyłącznie „pod kątem obowiązywania". Uznawanie za normę tylko takiego przepisu, który sam badacz uznaje za obowiązujący, — co stanowi właśnie postawę normatywną, — może doprowadzić jedynie do jedności s y s t e m u norm, nie zaś do jedności k l a s y. I właściwy kierunek drogi Kelsen sobie częściowo uświadamiał, podobnie jak wielu prawników współczesnych [2]).

---

[1]) Patrz rewelacyjną w całem tego słowa znaczeniu teorję porównawczą prawa pozytywnego i intuicyjnego u P e t r a ż y c k i e g o, Teorja prawa, t. II, §§ 35, 39 i n. — P. R u n d s t e i n przejął od Petrażyckiego koncepcę prawa intuicyjnego, lecz nie jako odmianę prawa, przeciwstawianą prawu pozytywnemu. Przeciwnie, parokrotnie stwierdza, że i prawo intuicyjne jest prawem pozytywnem (Zasady t. pr., str. 102, 162). Wogóle koncepcja prawa pozytywnego jest u tego autora jedną z trudniejszych do rozwikłania. Początkowo można ulec złudzeniu, że „pozytywność" oznacza u niego cechę „rzeczywistego działania" albo „ustanowienia" (26, 34), lecz to pojmowanie autor odrzuca wraz z Kelsenem (34, 102). Na str. 162 pozytywność (tym razem wyraźnie już w swojem własnem imieniu, co nie zawsze jest u niego łatwe do stwierdzenia) utożsamia p. Rundstein z „ważnością" normy, i czyni ją przez to cechą konieczną k a ż d e g o prawa. Lecz obok, na str. 161, prawo „u r z ę d o w e c z y p o z y t y w n e" przeciwstawia znów prawu zwyczajowemu i intuicyjnemu. Ponieważ termin „prawo oficjalne" (urzędowe), zarówno zresztą jak „prawo intuicyjne" został stworzony przez Petrażyckiego i dotąd był używany wyłącznie przez jego szkołę, należy zaznaczyć, że „oficjalny" i „pozytywny" nie są u niego bynajmniej synonimami (por. dla pojęcia prawa oficjalnego Teorję prawa, t. II, § 44).

[2]) Dość trafnie odczuwa potrzebę ogólnej, „formalnej" cechy prawa, nieopartej na „treści" poszczególnych systemów, F. S o m l ò i z powodzeniem wykazuje jej brak w różnych dotychczasowych teorjach prawa w swej Juristische Grundlehre, Lipsk 1917,

Ten kierunek wyraźnie, choć niedość ściśle, odbija się w zasadzie ujęcia „formalnego", które Kelsen stale przeciwstawia ujęciu „materjalnemu" normy prawnej: „Obok ujęcia zagadnienia w sposób materjalno-normatywny (t. j. skierowanego na treść powinności), możliwe jest również ujęcie czysto formalne; skierowane jest ono nie na treść normy, ale na jej formę; pytamy przy tem, nie co obowiązuje, lecz jak obowiązuje, w jaki sposób, w jakiej postaci zewnętrznej norma ustanawia powinność. I dalej stwierdza Kelsen, że tylko tą formalną drogą możemy rozwiązać zagadnienie normy prawnej, znaleźć cechę, odróżniającą ją od norm moralności, obyczaju, religji, które przecież mogą zawierać tę samą treść co prawne. „Specjalnem zadaniem jurysprudencji jest przeto ustalenie specyficznej formy normy prawnej" (H. 69—70). Tu — choć w sposób niewątpliwie niedość jasny — dotknięte zostało jądro sprawy. Dopóki pytamy, co obowiązuje, — możemy odpowiedzi na to szukać tylko w treści norm systemu, z którą przez to identyfikujemy treść naszej wypowiedzi naukowej; to jest stanowisko normatywne we właściwem tego słowa znaczeniu. Gdy pytamy, jak obowiązuje, a to w znaczeniu „poszukiwania postaci zewnętrznej, w jakiej norma ustanawia powinność", wtedy nasze stanowisko naukowe nie solidaryzuje się już z normą, lecz na jej „obowiązywanie" patrzy objektywnie, ze strony, — bada sposób, w jaki norma zwraca się do swego adresata. Kelsen jednak tego stanowiska nie wytrzymuje. Już w *Hauptprobleme* podstawia na miejsce pytania „jak obowiązuje" — pytanie „dlaczego obowiązuje" (o czem niżej), i na tę drogę wchodzi już całkiem zdecydowanie w pismach późniejszych. W *Hauptprobleme* czyni jednak pewne wysiłki ku uzyskaniu odpowiedzi na to pytanie poprawnie postawione: są to jego właściwe próby definicji normy prawnej. Niezwykła słabość tych prób, zapożyczonych z bogatego ilościowo i przedziwnie różnobarwnego repertuaru błędów, jaki przedstawia zbiór dotychczasowych definicyj prawa, stanowi może jedną z przyczyn, dlaczego definicje prawa z *Hauptprobleme* nie grają już potem żadnej roli w pismach późniejszych, i autor wchodzi w nich otwarcie na drogę poszukiwania jedności systemu, topiąc w tej jedności prawo,

§§ 5—16. Krótkie uwagi krytyczne, poświęcone Kelsenowi (str. 24 - 26), wykazują zrozumienie, że konstrukcja normatywna nie może dać poprawnego pojęcia prawa, koniecznego jako ogólna podstawa nauk prawnych, i że szukać go należy w sferze zjawisk realnych, których dogmatyka normatywna nie obejmuje. Niestety autor ten, jak większość współczesnych filozofów prawa, łączy siłę w krytyce ze słabością w budowaniu własnej teorji, i jego własna definicja prawa, choć pozornie „realistyczna", niezależnie od innych wad wybitnych, wykazuje wadę przez samego autora innym tak trafnie wytykaną: usiłuje bowiem dostosować się do zakresu objętego przez systemy „prawa obowiązującego".

„prawo naturalne", moralność w jednej mgławicy nieokreślonej „powinności".

6. Kryterjum sankcji.

Tam wszędzie, gdzie Kelsen przeciwstawia prawo moralności, normę prawną *(Rechtssatz)* normie moralnej *(Sittengesetz)*, różnicę między niemi sprowadza do przeciwstawienia heteronomji i autonomji. Starałem się już wyżej wykazać, jak dalece to przeciwstawienie w jego ujęciu tradycyjnem jest mętne i szkodliwe wskutek pomieszania w niem elementów, zapożyczonych z różnych dziedzin poznania — teoretycznej i praktycznej —, i jak sam Kelsen, wnosząc do niego pewne, niestety tylko częściowe uświadomienie metodologiczne, dochodzi do ujęcia go wręcz odwrotnego w stosunku do tradycji, przez co przyczynia się tembardziej do udowodnienia, że podział tradycyjny ani sam nie jest poprawny, ani nie jest zdatny do oparcia na nim podziału moralności i prawa. Wzorem autonomji ma być sytuacja, określona przez „identyczność ustawodawcy z obowiązanym", co według Kelsena daje też „identyczność normy i popędu"; na koncepcję tę składa się teoretyczne stwierdzenie zjawiska etycznego i normatywne uznanie treści myślowej każdego subjektywnego popędu za objektywnie obowiązującą. Wzorem heteronomji jest sytuacja, określona przez „możność ustalenia normy niezależnie, a nawet wbrew woli obowiązanego"; tu znów punkt wyjścia jest ściśle normatywny, zjawiska etycznego, czy ono istnieje lub nie, nie uwzględnia się wcale. Przy tem w autonomji skonstatowanie zjawiska etycznego ujęte zostaje błędnie jako stwierdzenie faktu normatywnego, a w heteronomji stwierdzenie faktu normatywnego, stanowiące cechę istotną normowania pozytywego, zostało starannie w cień usunięte dla uratowania jej charakteru idealnego. I fakt przyjęcia tego zniekształconego intuicjonizmu za jedyny wzór stanowiska naukowego w moralności, a zniekształconego również stanowiska dogmatyki ustawowej za jedyny wzór stanowiska naukowego w prawie, tłumaczy się jedynie jako wynik dążenia do obrony wyłączności metody dogmatycznej w prawie przy pomocy źle zastosowanych modnych haseł „czystości idealnej", stając w rażącej sprzeczności z własnemi przesłankami autora, dającemi możność znacznie bardziej poprawnego rozstrzygnięcia sprawy.

Przeciwstawienie autonomji i heteronomji u Kelsena, prócz tych błędów podstawowych, które starałem się przedewszystkiem jasno wydobyć, i dzięki tych błędów nieuniknionym konsekwencjom, prowadzi go na każdym kroku do licznych chwiejności i sprzeczności i do ratowania się z nich przez wysuwanie nowych momentów, mających słu-

żyć za środki ratunku w kłopocie. Analiza i krytyka szczegółowa tych zabiegów mogłaby wypełnić spory tom lub dostarczyć niewyczerpanych tematów do paroletnich ćwiczeń seminaryjnych. Jeśli jednak chodzi o zdatność pojęcia heteronomji do dostarczenia kryterjum specyficznego dla norm prawa, to praca ta staje się, na szczęście, całkowicie zbyteczną: sam bowiem Kelsen już w *Hauptprobleme* stwierdza w sposób stanowczy, że heteronomicznemi w jego pojmowaniu własnem, a więc „objektywnemi" i „czysto" normatywnemi mogą być normy gramatyki (H. 7) i normy „konwencjonalne", t. j. przepisy przyzwoitości (H. 37—38), oraz napomyka dość wyraźnie o możliwości moralności „formalnej" i „objektywistycznej", ustalającej obowiązki „niezależnie, a nawet wbrew woli obowiązanego" (H. 43 - 44). A w *Souveränität* uznaje już otwarcie możliwość moralności pozytywnej, opartej na zwyczaju i ustanowieniu (Souv. 93) i mówi o „objektywnem obowiązywaniu" norm moralności i religji (219). Z drugiej zaś strony już w *Hauptprobleme* „normy prawa w znaczeniu szerszem", t. j. normy, obowiązujące państwo, wykazują cechę „identyczności woli z powinnością", odpowiadając w ten sposób koncepcji norm autonomicznych, a w *Souveränität* całe prawo przez sprowadzenie go do zasad prawa naturalnego, wymyka mu się z ram heteronomji całkowicie. Jeśli mimo to wszystko Kelsen spokojnie wysuwa w dalszym ciągu „heteronomiczny charakter prawa" i „autonomiczny charakter moralności" jako cechy specyficzne obu tych rodzajów norm, to daje przez to jedynie dowód zupełnej bezradności wobec tego podziału i jeszcze jedną ilustrację zasadniczo nieodpowiedzialnego charakteru myślenia, jaki się zakorzenił w filozofji prawa.

Jeden ze środków, jakiemi Kelsen stara się ratować beznadziejne dla prawa kryterjum heteronomji, zasługuje jednak na uwzględnienie specjalne, gdyż on to, jak się przynajmniej z budowy systematycznej *Hauptprobleme* zdawać może, ma dostarczyć ostatecznego kryterjum „formalnego" normy prawnej. Trudności, skupione dokoła heteronomji, prowadzą do tego, że w swej postaci właściwej prawu ma ona oznaczać nietylko „możność ustalenia normy objektywnej niezależnie od chęci obowiązanego", lecz coś więcej, mianowicie „możność zastosowania normy" do osobnika nieposłusznego. Na pomoc heteronomji przybywa w ten sposób element nowy — sankcja. I za właściwe rozstrzygnięcie sprawy „formalnej" istoty normy prawnej należy uważać u Kelsena nie koncepcję normy heteronomicznej, lecz nadanie jej postaci „zdania hipotetycznego", grożącego sankcją kary lub egzekucji w razie niezachowania się adresata w pewien sposób. Kelsen podejmuje rehabilitację „teorji przymusu", podług jego własnych słów

mocno zdyskredytowanej obecnie w nauce (H. 212 i n.); wznawia ją nawet w formie bardzo radykalnej, uznając, że „norma prawna ukaże się nam w swej specyficznej funkcji formalnej wogóle tylko wtedy, gdy nie wywarła wpływu motywacyjnego na podmiot, a więc właśnie w wypadku przekroczenia", że „norma prawna wtedy tylko może wypełnić swe zadanie prawne, gdy nie wypełnia swego zadania społecznego" [1]). Ten fakt — zgoła zresztą nie sporadyczny — wznawiania teorji przymusu przez prawnika współczesnego, nie należącego bynajmniej do niedbałych w stosunku do podstaw logicznych, stanowi wymowny dowód szkody, jaką przynosi filozofji prawa niedostępność dla nieznających języka rosyjskiego pism podstawowych Petrażyckiego. Albowiem w swej Teorji prawa, wydanej w r. 1907-ym (tom I, § 19) dał Petrażycki (wyłożoną zresztą już uprzednio w Zarysie filozofji prawa z r. 1900) krytykę teorji przymusu, krytykę nie opartą na przeciwstawieniu jej własnej teorji psychologicznej, lecz ściśle immanentną, a wykazującą w sposób nieodparty, że wszelkie próby określenia prawa przez cechę przymusu i sankcji, poza licznemi wadami dwuznaczności i niejasności, sprowadzają się zawsze i z konieczności do *definitio per idem* [2]). Koncepcja Kelsena wykazuje ten błąd w sposób bardziej widoczny od innych dzięki jego stanowisku świadomie normatywnemu, które usuwa interpretację realistyczną przymusu w sensie fizycznym czy psychicznym. Usunięcie to zresztą nie jest konsekwentne, jak wo-

---

[1]) Mamy tu do czynienia z ciekawą ilustracją tego, jak przeciągnięcie dążności „oczyszczania" dziedziny powinności od elementów realnych prowadzi do swej własnej negacji. Słuszna ze stanowiska rozdziału dziedzin poznania teza, że fakt działania normy nie stanowi podstawy do uznania normy za obowiązującą, zmieniła się tu w swą karykaturę: gdzie norma działa, tam nie obowiązuje, obowiązuje tam tylko, gdzie nie działa. I ta karykatura stanowi zaprzeczenie zasady rozdziału stanowisk: jeśli bowiem dla obowiązywania normy nie ma znaczenia fakt pozytywny zachowywania się ludzkiego, to nie może go mieć tak samo fakt negatywny zachowania się wbrew normie. Nie szkodzi zaznaczyć, że Kelsen do swego już omówionego pomieszania zjawiska prawnego z faktem normatywnym dodaje tu jeszcze pomieszanie tych obu z faktem prawnym (faktem o znaczeniu prawnem).

[2]) Krytyka ta jest stale spożytkowywana przez prawników, znających teorję Petrażyckiego, więc przedewszystkiem rosyjskich i polskich, a to niezależnie od ich stosunku do psychologicznej teorji prawa (por. np. Jarra, Ogólna teorja prawa §§ 17 i 18, Peretiatkowicz, Zarys encyklopedji prawa, str. 11 i n.). Natomiast p. Znamierowski, o którym przypuszczać należy, że czytał dzieło podstawowe Petrażyckiego w całości, skoro poświęcił mu większą rozprawę krytyczną, — przyjął moment sankcji w ujęciu podobnem do Kelsena jako jedną z cech charakteryzujących układ prawny (Podstawowe pojęcia teorji prawa, str. 122 i n.), nie uwzględniając wcale omawianej krytyki. — Koncepcja p. Rundsteina, choć również mająca Kelsena za źródło, została świadomie do tej krytyki ustosunkowana i zasługuje na odrębne omówienie.

góle nie jest konsekwentna cała koncepcja, wykazująca niemało chwiejności i sprzeczności wewnętrznych.

Kryterjum sankcji pojawia się w *Hauptprobleme* po raz pierwszy tam, gdzie chodzi o uratowanie prawnego charakteru normy prawa zwyczajowego (rozdz. II). Gdy bowiem w tej odmianie prawa, tak samo jak w moralności „socjologicznej", norma obowiązująca okazuje się „identyczną" z regułą rzeczywistego zachowania się ludzi, a więc „powinność identyczną z bytem", — prawu zwyczajowemu zdaje się grozić niechybnie los wygnania z dziedziny prawa do dziedziny norm „autonomicznych", a więc zapewne moralnych. Gdy zaś dla uratowania sytuacji autor wysuwa tezę, że jednak w każdym poszczególnym wypadku norma prawa zwyczajowego bywa stosowana „niezależnie, a nawet wbrew woli podmiotu", jej autonomiczność przeto jest tylko „rodzajowa" *(generell)*, nie zaś indywidualna, — wtedy wprawdzie charakter heteronomiczny prawa zwyczajowego zostaje uratowany, lecz zachodzi znów druga smutna konieczność uznania charakteru heteronomicznego nietylko „moralności socjologicznej", lecz każdej wogóle normy moralnej, stosowanej do cudzego czynu, jak również „normy konwencjonalnej", której „obowiązywanie" niezależnie od uznania jej przez podmiot autor wysuwa w polemice ze Stammlerem (H. 35 i 36, przypisek). W rezultacie więc pewne normy, a w ich liczbie normy prawa zwyczajowego, okazują się zarazem autonomiczne i heteronomiczne. Stanowi to wynik nieunikniony mętnej i niejednolitej podstawy podziału; Kelsen jednak, zamiast się zrzec kryterjum, które tak jaskrawo wykazało swą niezdatność, dodaje do swej heteronomji nową cechę, mającą specjalnie charakteryzować heteronomję prawną, mianowicie cechę „możności zastosowania"[1]). Specyficzna różnica między przepisami prawnemi a moralnemi i konwencjonalnemi ma teraz tkwić w „podwójnej zdolności działania normy prawnej", która polega, obok możności dobrowolnego zachowania, również na „indywidualnej reakcji normy przeciwko osobnikowi ją naruszającemu", na możności zastosowania normy przez sąd.

Dokoła tego „stosowania" normy skupiają się te same trudności, które byliśmy zmuszeni już rozważać z powodu zwykłego „ustalania" czy „stwierdzania" normy, innego jakoby w heteronomicznem prawie niż w autonomicznej moralności. W czem bowiem ma tkwić „logiczna" różnica między takiem stosowaniem normy prawnej a stosowaniem normy moralnej lub konwencjonalnej przez jakiegokolwiek osobnika

[1]) W języku niemieckim, nieporównanym pod względem zdolności tworzenia terminów, oddających w jednym wyrazie pojęcia złożone, brzmi to „Angewendetwerdenmöglichkeit".

przy ocenie cudzego postępowania, niezgodnego z normą? Tu Kelsen chwieje się wciąż między oparciem się o kryterjum „realistyczne" rzeczywistego stosowania normy przez faktycznie istniejącą organizację państwową, oraz o kryterjum normatywne obowiązku jej stosowania. Raz więc normą prawną jest ta, którą s t o s u j e (w rzeczywistości) nie osobnik prywatny, lecz sąd, organ państwowy, „organizacja do tego celu stworzona", „specjalny aparat zewnętrzny" (H. 35, 38, 47, 235), to znów jest nią ta, którą organy stosować p o w i n n y, gdyż istniejące faktycznie sądy stosują przecież w rzeczywistości obok norm prawnych normy różne od prawa, a nawet z niemi sprzeczne. Programowa zasada idealnej normatywności, nakazująca mu uważać samo państwo i jego organy wyłącznie za konstrukcje myślowe na tle norm, prowadzi go konsekwentnie do odrzucenia interpretacji realistycznej, lecz próżnia tautologiczna, czyhająca na końcu drogi normatywnej („norma prawna, to norma, którą stosować powinien ten, czyim to jest prawnym obowiązkiem") sprawia, że do kryterjów „faktu" i „siły" wciąż powraca. Jakkolwiekbądź, koncepcję normatywną należy tu uznać za ostateczną: normą prawną jest taka, którą organy państwa (t. j. uosobionego systemu prawa) stosować powinny, a specyficzność prawa polega na tem, że to „stosowanie" ma tu znaczenie swoiste, odróżniające je od stosowania norm nieprawnych.

Różnicę Kelsen upatruje w tem, że gdy ktoś stosuje do cudzego czynu normę moralną, to sam podlega działaniu t e j s a m e j n o r m y, którą stosuje. „Stosowanie" *(Anwendung)* oznacza tu to samo, co „zachowanie" normy *(Befolgung)*: „nie powinieneś kłamać" oznacza nietylko „wstrzymaj się sam od kłamstwa", lecz również „potępiaj kłamstwo innych". Gdy zaś sąd stosuje normę prawną, to wykonywa to na gruncie i n n e j n o r m y, która go do tej czynności stosowania specjalnie obowiązuje, na gruncie specyficznej normy-sankcji (H. 35, przyp.). Ustęp ten zawiera szereg twierdzeń zgoła nieuzasadnionych i ujawniających odrazu słabość całej koncepcji; np. fałszem jest, iżby każdy przepis moralny oznaczał zarazem nakaz potępiania cudzego postępowania, temuż przepisowi przeciwnego: obowiązek niekłamania i obowiązek potępiania cudzego kłamstwa stanowią treści zgoła odmienne i wymagają ujęcia w dwie normy odrębne i samodzielne; niedość na tem, znane historycznie systemy moralności, np. moralność Ewangelji, nietylko te obowiązki odróżniają, lecz nawet wyraźnie zakazują potępiania cudzych złych czynów: „nie sądźcie, abyście nie byli sądzeni" etc. Skądinąd, jeśli pozostawić na stronie sprawę o b o w i ą z k u potępiania lub chwalenia, można uznać za słuszne, że osobnik, który potępia lub chwali, wypowiada tu („zachowuje") tę samą

normę, którą „stosuje" do cudzego czynu; lecz ta prawda niewątpliwa (bo, niestety, tautologiczna), pozostaje prawdą również dla wyroków sądowych. Gdy sąd wyrokuje w sprawie długu z weksla, to przedewszystkiem stwierdza ważność zobowiązania i przekroczenie go przez dłużnika: „A winien jest B 100 złotych i naruszył zobowiązanie, nie płacąc w terminie"; i tu więc sąd „zachowuje" normę, obowiązującą A i „potępia" jego postępowanie w sposób zupełnie ten sam, w jaki to czyni osobnik, „potępiający" moralnie cudze kłamstwo. I w tem postępowaniu jako takiem niema jeszcze sankcji poszukiwanej przez Kelsena Ta zaczyna się dopiero z chwilą, gdy sąd, opierając się na fakcie przekroczenia, jako na stwierdzonej hipotezie, ustala nową normę, wyznaczającą obowiązki, wynikające już nie z samego zobowiązania, lecz z jego naruszenia: obowiązek zapłacenia sumy z procentem i kosztami, na wypadek jego niespełnienia dalszy obowiązek poddania się egzekucji i t. d. Te to dopiero normy rozpoczynają szereg sankcyj; lecz znowuż podobne normy mamy i w moralności i w dziedzinie t. zw. przepisów konwencjonalnych: w razie kłamstwa odwołać, odpokutować, w razie nieprzyzwoitego zachowania się przeprosić i t. p. Kelsen w swem dążeniu do zamknięcia wreszcie wymykającej się ciągle cechy specyficznej prawa w owem „stosowaniu normy bez względu, a nawet wbrew woli obowiązanego", — niezależnie od tego, że nie utrafia bynajmniej w *specificum* prawa, — miesza wciąż te dwa znaczenia „stosowania".

Bądź co bądź jednak mamy tu wreszcie wydobytą koncepcję sankcji, i to w jej formie najbardziej klasycznej: normą prawną jest taka norma, w razie przekroczenia której druga norma grozi jakiemiś ujemnemi konsekwencjami. Forma ta stanowi też najbardziej klasyczną *definitio per idem*: aby nadać charakter prawny normie sankcjonowanej, norma sankcjonująca musi być normą prawną, inaczej bowiem mielibyśmy do czynienia tylko z „przymusem faktycznym"; lecz norma sankcjonująca może być prawną tylko w takim razie, jeśli posiada z kolei sankcję prawną... i tak do nieskończoności. Urwanie się łańcucha sankcyj w pewnem miejscu pozbawia charakteru prawnego wszystkie ogniwa poprzednie aż do pierwszego.

Jednakże ta postać teorji przymusu nie jest u Kelsena bynajmniej ostateczną. W rozdziale VIII *Hauptprobleme*, poświęconym charakterystyce „zdania prawnego" *(Rechtssatz)*, a więc mającym tu znaczenie zasadnicze, dokonywa się modyfikacja od samej podstawy. Tu norma, wskazująca postępowanie poddanemu (norma sankcjonowana), nie jest już normą prawną; jest nią wyłącznie sama n o r m a s a n k c j o n u j ą c a, która się wyraża w formie zdania hipotetycznego o strukturze

następującej: gdy ktoś postąpi tak a tak, państwo zastosuje karę lub egzekucję [1]).

Sam pomysł nadania normie prawnej postaci zdania nie imperatywnego, nakazującego, lecz oznajmującego, w formie zapowiedzi mającej nastąpić sankcji, pomysł nie nowy, stanowi w istocie swej konsekwencję ostateczną dążeń tego odłamu „realizmu" prawnego, który chce prawo pozbawić charakteru etycznego i ująć je jako dziedzinę działania „siły"; to też przyjęcie tej koncepcji wraz z jej podstawą — teorją przymusu — przez Kelsena i jego szkołę stanowi przypadek w skutkach swych niepozbawiony pewnego humoru. „Realizm" przedstawiał sprawę mniej więcej w sposób taki: dla obowiązywania moralnego i t. p. wystarcza może sama zasada racjonalna lub jej działanie w przekonaniach ludzkich, lecz prawo nie zaspakaja się takiemi efemerydami; jeśli coś obowiązuje prawnie, to znaczy, że odpowiednie postępowanie jest zagwarantowane przez zewnętrzne środki przymusowe, że będzie wymuszone na podmiocie „niezależnie, lub nawet wbrew jego woli" przez zastosowanie sankcji [2]). Stosownie do tego za jedyny motyw specyficzny postępowania prawnego zostaje obwołany strach wobec sankcji; a w konsekwencji ostatecznej uznaje się, że wobec wyłącznego znaczenia sankcji w prawie, sam charakter obowiązku w normie prawnej jest zbyteczny, i wystarcza zapowiedź, że w danych warunkach sankcja nastąpi: kto ma rozsądek, ten sobie już sam wytknie drogę postępowania, zgodną ze swym interesem. „Państwo staje wobec poddanych w stosunku podobnym do tego, jaki łączy strony, prowadzące handel wymienny: „jeśli ty mi dasz tamto, ja ci dam to"..." (H. 228). Kelsen, jak wskazują rozważania poprzednie oraz cytata ostatnia, wpada na te tory w sposób nieunikniony przez samo przyjęcie swojej „heteronomji" i sankcji; z jego dążnościami idealno-normatywnemi zachodzi też na każdym kroku kolizja, dająca w wyniku chwiejność i ratowanie się sofistyką. W pismach późniejszych zdanie prawne z „zapowiedzi" przedzierzga się znów w zdanie normatywne: „jeżeli A, to p o w i n n o być B" (Stb. 75). A rozumowania, któremi

[1]) Sam Kelsen zdaje się tej modyfikacji zasadniczej wcale nie dostrzegać. Świadczy o tem fakt, że jeszcze w dalszym tekście wraca nieraz do koncepcji pierwotnej: na str. 235–6 czytamy znowu, że jakaś norma, np. zakaz zabójstwa, może być jednakowo normą prawną, moralną, obyczajową, a prawną staje się dopiero wskutek „możności zastosowania" przez sąd. Znowu więc za normę prawną została uznana nie norma sankcjonująca, lecz norma sankcjonowana.

[2]) Bardzo wyraźne odbicie tego typu rozumowania można widzieć u p. R u n d s t e i n a w jego skądinąd tak bardzo „idealistycznej" koncepcji „normatywności prawnej"; por. np. rozważania o braku sankcji dla obowiązków Zgromadzenia Narodowego, Zas. teorji pr., str. 158.

stara się usunąć charakter „imperatywny“ zdania prawnego (wszelki „rozkaz“ i „przewaga“ ma być elementem faktycznym, H. 228), lub obronić się od słusznego zarzutu, że z zapowiedzi sankcji logicznie nie wynika obowiązek, lecz tylko wskazanie oportunistyczne (polemika z Bindingiem, H. 229), — nie dają się wręcz poważnie traktować.

Lecz pozostawmy na stronie te poszczególne błędne kroki nauki prawa, którą sam Kelsen tak słusznie obdarza tytułem nauki bogatej w błąkania (H. 351). Pozostawmy też bez rozważania uznanie za istotne zbiory norm prawnych wyłącznie kodeksów karnych i proceduralnych, które zawierają same normy sankcjonujące, i niepozbawione śmiałości zakwalifikowanie kodeksów cywilnych jako szczegółowych katalogów „warunków zastosowania jednej jedynej normy prawnej, wyrażającej wolę państwa zastosowania egzekucji“ (H. 227 i n.); mniejsza o to, że i poprzednio i dalej te właśnie „warunki zastosowania“ są stale przeciwstawiane normom moralnym jako normy prawne, oraz że „prawo rzeczywiste“, „faktyczność prawa“ w istocie swej nigdzie nie jest pojmowana przez Kelsena jako realizacja w psychice lub czynach ludzkich norm sankcjonujących, lecz tylko norm sankcjonowanych. W danej chwili chodzi wyłącznie o to, czy nowa koncepcja sankcji zdolna jest dać jakiekolwiek kryterjum jednolite i określone.

Niewątpliwie, jeśli normą prawną ma być teraz nie norma sankcjonowana, lecz norma sankcjonująca, to nie mamy już do czynienia z odesłaniem nas do nieskończonego szeregu x'ów jako do dalszych sankcyj. Każde bowiem zdanie, zapowiadające karę lub egzekucję ze strony państwa, jest już normą prawną, nie wymagając dalszych sankcyj [1]). Niemniej *definitio per idem* i tu jest nieuniknione: drugie x tkwi wprawdzie nie w odesłaniu do dalszych norm sankcjonujących, lecz w odesłaniu do państwa. I o tem Kelsena niema potrzeby przeko-

---

[1]) Kelsen nie przewiduje nigdzie pytania, czy np. zdanie hipotetyczne, wypowiedziane przez bandytę: „jeśli nie oddasz pugilaresu, to cię zastrzelę“ — należy uważać za normę prawną. Ze stanowiska jego „idealnej“ koncepcji państwa jako punktu poczytania należałoby charakter prawny tej „normy“ uznać bez wahania, gdyż nic nie stoi na przeszkodzie do zakwalifikowania jej jako odrębnego systemu prawa pozytywnego na gruncie odpowiedniej „normy podstawowej“ („postępuj jak ci każe bandyta“) i konstruowania woli bandyty jako woli państwowej, skoro ani państwo ani prawo nie posiadają kryterjów realnych. — P. Znamierowski, blizki Kelsena w sprawie sankcji, lecz znacznie mniej skrępowany dogmatyzmem prawnym, nie waha się uznać rozkazu bandyty za akt stanowienia normy tetycznej (Podst. poj. teorji prawa, str. 40); o jej charakterze prawnym się nie wypowiada lecz, stosując definicję układu prawnego, naszkicowaną na str. 122 i n., należałoby układ przez ten rozkaz wytworzony uznać za prawny pod warunkiem jednak, że bandyta grozi dwóm conajmniej osobom naraz, gdyż inaczej sytuacja przymusowa nie istniałaby dla „większości“ grupy.

nywać, coby było konieczne w stosunku do innych prawników, uznających faktyczne istnienie państwa niezależnie od prawa. Albowiem, jakkolwiek stosunek państwa do prawa wyraża się u niego rozmaicie w pismach z różnych okresów, trwa on stale na stanowisku, że dla prawnika państwo da się ująć tylko na gruncie norm prawnych, przyjętych przez niego za obowiązujące. W *Hauptprobleme* państwo jest określone jako idealny „punkt poczytania" *(Zurechnungspunkt)* wszystkich norm prawnych danego systemu, jako osoba idealna, której wolę — w znaczeniu niepsychologicznem — widzimy w normach; w *Staatsbegriff* państwo staje się identycznem z systemem norm prawnych. Jakakolwiek jest wartość tych koncepcyj, słusznem w nich jest to, że państwo inaczej niż przez prawo określić się nie da. A przeto gdy norma prawna zdefinjowana zostaje jako zdanie hipotetyczne, zapowiadające sankcję ze strony państwa, oznacza to innemi słowy, że norma prawna, to zdanie, zapowiadające sankcję ze strony tego, kto do jej zastosowania jest przez prawo upoważniony (lub zobowiązany). „W ten sposób błędne koło jest zamknięte", — można zakończyć trafnemi słowami, które kieruje Kelsen do tych, co wysuwają „kompetentną powagę" tegoż państwa jako źródło prawa. Państwo jako organ stosowania norm — jako sędzia, komornik i kat, podlega tym samym zasadom logiki, co państwo jako organ tworzenia tych norm.

Gdy się sobie uświadomi, że wszelka próba oparcia definicji prawa na jakiejś specjalnej odmianie sankcji prowadzi z konieczności do *definitio per idem*, — gdyż cechę wyodrębniającą ten typ sankcji stanowi ta właśnie poszukiwana prawność, — wtedy, chcąc pozostać na gruncie teorji przymusu, ma się przed sobą jedną tylko drogę: uznanie za prawne wszelkich norm, związanych ze sobą stosunkiem dyspozycji i sankcji, jakakolwiek byłaby ich liczba i jakiekolwiek ich źródło, słowem, uznanie sankcji jako takiej, wszelkiej sankcji za cechę prawa. Krok stanowczy ku temu czyni z piękną konsekwencją w swych *Zasadach teorji prawa* p. Rundstein, który, będąc kelsenistą, odrzuca jednak kryterjum państwa, a znając Petrażyckiego, pragnie uniknąć *regressus ad infinitum* (str. 173—4). Podług niego „każda wypowiedź typu A-n, B-n_1, w formie dwuzespołowej, czy też w formie więcej zespołowej, jest normą prawną" (176 i n., 197; formułka logiczna oznacza „A powinien postąpić w sposób n, jeśli zaś nie czyni tego, to B powinien postąpić wobec niego w sposób n_1"). Ta definicja wolna jest całkowicie od wady tradycyjnej. Pojęciu prawa nadaje ona zakres swoisty i bardzo szeroki: za normę prawną uznać wypadnie wszelkie przykazanie, zaliczane tradycyjnie do moralności, religji, obyczajowości, o ile sankcją jest poparte, każdą groźbę bandyty, popartą rewolwerem, każdą

wypowiedź w rodzaju: „milcz, bo ci kości połamię", „przestań, bo powiem mamusi", „niech go szlag trafi, jeśli to zrobi..." i t. p. Takiego ujęcia prawa, jak żadnego innego logicznie jasnego, niema podstawy odrzucać *a limine*, choć z drugiej strony, jak każde inne, wymaga ono uzasadnienia teoretycznego. W tezach ogólnych p. Rundstein zdaje się ujawniać całkowita świadomość konsekwencyj co do zakresu przedmiotów, objętych definicją. Niestety, tezy szczegółowe wykazują już pewną niejasność lub niekonsekwencję. O normach religijnych, ustalających sankcje w życiu pozagrobowem, mówi autor, że „w swym wyglądzie strukturalnym nie różnią się od norm prawnych" (186); czy ma przytem na myśli tylko podobieństwo zewnętrzne, czy tożsamość istotną, — o tem terminologja jego, wymagająca wyjątkowej ostrożności, przesądzać nie pozwala. Co zaś do sankcyj „etycznych", „moralnych" i „konwencjonalnych" (używam terminów autora, nie wdając się w rozważanie ich znaczenia i wzajemnego stosunku, którego autor nigdzie nie wyjaśnił), to znajdujemy wyraźne stwierdzenie ich odrębności od prawnych: o sankcjach „etycznych" mówi autor, że „wykazują zupełnie odrębną strukturę formalną" (186), — czyni to jednak bez bliższego wskazania różnicy; sankcje zaś „moralne i konwencjonalne" wyodrębnia na tej zasadzie, że „częstokroć" (więc nie zawsze?) „pozbawione są możności oddziaływania" (zapewne faktycznego), „ażeby (zaś) oddziaływać mogły, muszą przypuszczać odpowiedni rezonans w psychice osoby, gwałcącej wskazanie etyczne i obyczajowe... dla reakcyj prawnych rezonans ten jest obojętny..." (160); opiera więc różnicę na tem samem kryterjum oddziaływania psychicznego, które tak słusznie odrzucił jako moment „eksplikacyjny" (faktyczny) wraz z opartym na nim podziałem moralności i prawa u Kelsena. Mam wrażenie, że na te trudności i na wywołaną przez nie zdradę swego programowego stanowiska „czystości" normatywnej naraził się p. Rundstein zupełnie zbytecznie: jego definicja ujmuje bowiem normę prawną wyraźnie jako sumę dwóch (conajmniej) wypowiedzi, jednej sankcjonowanej, drugiej sankcjonującej, każdą zaś poszczególną wypowiedź („ogniwo") wyraźnie kwalifikuje jako normę nie-prawną, lecz moralną, konwencjonalną, „gospodarczą" lub t. p. (177—179). Z tegoby wynikało, że „normą" prawną jest tylko połączenie dwóch lub kilku norm, będących same przez się zawsze normami nie-prawnemi, i że tak pojętej normy prawnej, jako wytworu złożonego, niema potrzeby ani nawet możności logicznej zestawiania klasyfikacyjnego z normami moralnemi i t. p., które stanowią przecież jej elementy zawsze konieczne: każde poszczególne ogniwo, a więc i każda norma sankcjonująca ($B\text{-}n_1$) jest zawsze nie-prawną, prawnem jest tylko „połączenie", „ze-

spół" jako całość. Gdzieindziej coprawda te same „ogniwa" otrzymują nazwę „zdań prawnych". Brak konsekwencji w każdym z tych kierunków osłabia znaczenie reformy, jakiej polski przedstawiciel szkoły Kelsena dokonał w teorji przymusu [1]).

U samego Kelsena definicja prawa, o ile się opiera na takiej lub innej odmianie koncepcji przymusu, jak widzieliśmy, nie da się obronić przeciwko tym zarzutom, które dyskwalifikują tradycyjne postacie tej koncepcji. Lecz, jeśli chodzi o zdatność sankcji jako kryterjum ogólnego norm prawnych, to wszelka interwencja krytyczna ze strony była tu właśnie zbyteczna. Kelsen, mimo niewątpliwą swą wyższość pod względem sumienności logicznej nad poziom przeciętny „filozofów prawa", wierny jest tradycji zawodowej, która pozwala zawsze, po ustaleniu nowej i przełomowej definicji prawa, gdy tylko się objawi jej niezgodność z zakresem objętego nią w programie pojęcia, ratować się podziałem prawa na część posłuszną i część nieposłuszną definicji, przy użyciu formułek: „prawo w znaczeniu *a*, prawo w znaczeniu *b*", „pod względem *c*, pod względem *d*" i t. d. Tak też się dzieje z naszem kryterjum sankcji. „Zdanie hipotetyczne, grożące karą lub egzekucją", uroczyście podane za definicję normy prawnej jako takiej *(der Rechtssatz)*, podług dalszego twierdzenia samego autora stosuje się tylko do „normy prawnej w znaczeniu ciaśniejszem" (H. rozdz. VII i VIII), a nie ma zastosowania do „normy prawnej w znaczeniu szerszem" (rozdz. IX i X). Kryterjum sankcji cechuje tylko część norm prawnych, te mianowicie, które obowiązują poddanych, a staje się niewłaściwem, gdy wypada rozciągnąć obowiązywanie norm na samo państwo (H. 245).

---

[1]) W uwagach powyższych rozważałem wyłącznie wartość logiczną koncepcji p. Rundsteina. Jaką wartość teoretyczną mogłaby mieć jego definicja prawa (w formie podstawowej, bez wskazanych przezemnie odchyleń), — o tem mogłoby przekonać jedynie zastosowanie jej do dalszej pracy naukowej. Czy stosunek sankcji, łączący zespoły norm różnego rodzaju, jest przedmiotem, przedstawiającym jakieś właściwości odrębne, które uzasadniłyby ujęcie go jako klasy „prawo"; czy wobec normatywnego nastawienia autora stanowiłoby istotny postęp naukowy rozszerzenie systematycznego badania normatywnego (dogmatycznego) na nowe dziedziny do prawa włączone (dziedziny sankcyj religijnych, moralnych, obyczajowych i t. p.), — na te ciekawe pytania mogłaby dać odpowiedź tylko dalsza rozbudowa nowej teorji prawa. Niestety, tak pokaźny tom „Zasad" zawiera tylko rozważania metodologiczne i wielokrotnie powtórzone oświadczenie, że podług autora prawo „jest" tem, co określa definicja, — czemś odrębnem od wszystkiego, co dotąd nazywano prawem. Żadnej tezy teoretycznej o tem prawie jako o przedmiocie badania tom nie zawiera. — Specjalnego umotywowania wymagałoby też — że potrącę o szczegół — objęcie definicją, opartą na kryterjum sankcji, prawa intuicyjnego (że nie nastąpiło to nieświadomie, o tem świadczy wyraźne stwierdzenie sankcyj w prawie intuicyjnem na str. 159): wyznaję, że w prawie intuicyjnem sankcja wydaje mi się elementem dość wyjątkowym.

Poddanych obowiązują tylko niektóre normy prawne, natomiast wszystkie normy prawne, zarówno te, które obowiązują poddanych, jak te, które ich nie obowiązują, obowiązują państwo i jego organy. I w stosunku do państwa w obu tych działach norm niema już mowy o sankcji, jako o własności niezbędnej. Wprost przeciwnie, gdy cechą normy prawnej w stosunku do poddanego jest reakcja na przekroczenie, owa „możność zastosowania wbrew woli", to przekroczenie ze strony państwa stanowi niemożliwość *ex definitione* (H. 246); w stosunku do państwa norma prawna obowiązująca jest objawem jego własnej woli, wszystko, czego państwo chce, jest prawem, gdyż wszystko, co jest prawem, konstruujemy jako wolę państwa. Państwo pozostaje więc do prawa w stosunku, który odpowiada najzupełniej koncepcji „autonomji moralnej" u jednostki: samo jest ustawodawcą i obowiązanym, jest obowiązane, o ile „chce". I prawo „w znaczeniu szerszem" pozostaje prawem, nie będąc ani normą sankcjonowaną, ani nawet „heteronomiczną" [1]).

Jeśli kryterjum sankcji wypadło Kelsenowi odrzucić dla norm prawa, obowiązujących samo państwo, — a jest w tem jeszcze jeden dowód pochodzenia tego kryterjum od koncepcji „realistycznej" państwa jako „siły", tworzącej prawo, lecz samej mu nie poddanej, — to w tem głębszy cień zapomnienia trzeba było je pogrążyć w nowych konstrukcjach, wysuniętych w *Souveränität*, gdzie właściwą podstawę wszelkiego prawa autor znalazł w ustroju międzynarodowym, który sam od wszelkiego związku z siłą i sankcją oczyszcza, sprowadzając go do „idealnej" Grocjuszowej zasady *pacta sunt servanda*. Gdy wśród tego świata idealnej i pacyfistycznej, oczyszczonej z wszelkiej zmazy empirycznej powinności pojawia się nagle wojna jako specyficzny środek sankcji w prawie międzynarodowem (Souv. 264 i n.), to przy najłagodniejszem traktowaniu tego surogatu możnaby tylko stwierdzić przeniesienie tej samej trudności na wyższe piętro: bo znów zajdzie potrzeba konstruowania norm prawnych „w znaczeniu szerszem", jako norm obowiązujących samą „społeczność międzynarodową", ową przejętą od Wolffa *civitas maxima*. — Gdy zaś w *Staatsbegriff*, gdzie po zapędach idealno-pacyfistycznych z przed dwóch lat znów się mocniej zaznaczają dążności „realistyczne", kryterjum sankcji wysuwa się

[1]) P. Rundstein słusznie odrzuca podział prawa na „prawo w znaczeniu ściślejszem" i „szerszem" i rozciąga kryterjum sankcji na normy obowiązujące państwo (Zasady t. p. str. 200). Przezwyciężając w ten sposób szczęśliwie jedno z załamań myśli swego mistrza, sam pozbawia się możności konstruowania prawnego takich obowiązków państwa, które, nie będąc sankcjami dla norm innych, same nie są sankcjonowane.

znowu silnie na czoło: przymusowość znów odróżnia normy prawne od moralnych, logicznych, gramatycznych (Stb. 57), państwo staje się systemem przymusu *(Zwangsordnung,* 82 i n.), a nawet norma podstawowa dla państwa monarchicznego otrzymuje nowe groźne sformułowanie: „powinien być zastosowany przymus pod warunkami i w sposób, jaki ustali monarcha" (94), — to niezależnie od narzucającego się usilnie pytania, jaką postać przybiorą stosownie do tego „moralne" i „naturalno-prawne" zasady prawa międzynarodowego, należy dojść do wniosku, że w tych momentach autor o swojej „normie prawnej w znaczeniu szerszem" bardzo wygodnie dla siebie zapomina.

Przez wyraźne uznanie za prawne norm, które nie odpowiadają definicji zdania hipotetycznego, sam autor zdyskwalifikował sankcję jako cechę prawa, dodając nowy dowód na uzasadnienie swego słusznego twierdzenia o „stanie niemożliwym do zniesienia, w jakim się znajdują podstawowe pojęcia jurysprudencji" (H. str. IX). I choć ta własnoręczna egzekucja czyniłaby zbędną wszelką krytykę merytoryczną teorji przymusu, jednak sądzę, iż nie było rzeczą bezużyteczną dla świata prawniczego polskiego przypomnieć, że kryterjum sankcji posiada wadę zasadniczą i nieuleczalną, a dla biegu niniejszych rozważań — wykazać, że owa „forma logiczna" norm prawa, owo im tylko właściwe „obowiązywanie", uznawane przez Kelsena za postulat podstawowy nauki prawa, pozostało dla niego samego w sferze wierzeń nieuchwytnych i marzeń nieosiągalnych, nie wcielając się w żadne ujęcie naukowe.

7. Konstrukcja jedności systemu.

Koncepcja zdania hipotetycznego, grożącego karą lub egzekucją, jakkolwiek w samej swej istocie chybiona i, za smutnym wzorem tradycji prawniczej, ograniczona przez samego autora do części tylko całkowitej klasy „prawo", była jednak wśród tylu prób i zapowiedzi Kelsena jedyną próbą rozstrzygnięcia względnie poprawnie postawionego zagadnienia istoty normy prawnej: właściwość tej normy miała się odsłonić w jej f o r m i e, w sposobie stanowienia przez nią obowiązku, mogła być ustalona tylko przez odpowiedź na pytanie, j a k ta norma obowiązuje, nie zaś na pytanie, c o w jej myśl obowiązuje. Przy jasnem zrozumieniu tego stanowiska jest rzeczą oczywistą, że za normy prawne uznać należy wszystkie wypowiedzi o pewnej specyficznej strukturze, a nietylko te z nich, których obowiązywanie skłonni jesteśmy przyjąć dla siebie.

Jednakże to półświadomie odczuwane stanowisko „formalne" nie zostało przez Kelsena utrzymane nawet w granicach tej koncepcji.

Kryterjum państwa wprowadza on już w tym celu, aby z klasy zdań hipotetycznych o jednakowej strukturze wyodrębnić te ich systemy które jako dogmatyk może obdarzyć mocą obowiązującą. I gdy po raz drugi powraca do charakterystyki swego stanowiska formalnego, już mu nadaje znaczenie poszukiwania nie „formy logicznej" lecz racji obowiązywania normy, a więc charakter materjalny. Zejście z drogi właściwej na niewłaściwą można widzieć na przestrzeni kilku wierszy. Pytanie, które prawnik ma prawo postawić, jest tylko pytaniem formalnem: nie rację, nie „dlaczego (obowiązuje norma)", lecz tylko „jak (obowiązuje)" — oto co prawnik ma do stwierdzenia". Dotąd stoimy na drodze, która może doprowadzić do określenia nie obowiązywania normy, lecz jej postaci myślowej niezależnie od obowiązywania; lecz oto bezpośrednio następuje skręt: „Jego pytanie brzmi: jakie są normy, które organy państwa powinny stosować, a poddani powinni zachowywać w charakterze norm prawnych? Po czem można te normy poznać?" I autor nie uświadamia sobie, że to pytanie nie jest wcale równoznaczne ani z poprzedniem, ani z następnem, którem kończy ustęp, a które znów stoi na stanowisku formalnem: „Jaka jest ich forma logiczna?" (H. 353).

Pytanie, „jakie normy powinny być stosowane przez organy państwa i zachowywane przez poddanych", jest poprawnie postawionem zagadnieniem dogmatycznego pojęcia prawa obowiązującego wewnątrz danego państwa. Zrozumienie i podkreślenie, że cechy tych norm szukać należy nie w kryterjum realnem działania, ale w kryterjum praktycznem mocy obowiązującej ze stanowiska przyjętej z góry w założeniu podstawy pozytywnej, stanowi zasługę Kelsena. Lecz błędem, wyrosłym na gruncie wyłączności myślenia dogmatycznego, jest narzucanie temu pojęciu dogmatycznemu roli ogólnego teoretycznego pojęcia prawa. Wszak własne jego wywody wykazują, że to stanowisko daje w najlepszym razie pewien konkretny system norm, któremu można przeciwstawić szereg innych systemów podobnych, i że normy, należące do systemów różnych i nawet sprzecznych ze sobą mają tę samą „formę logiczną"; a stąd wynika, że konieczność znalezienia owej „formy" ogólnej zachodzi nietylko dlatego, by móc objąć jednem pojęciem prawa normy należące do systemów różnych, ale i dlatego, by móc zakwalifikować normy danego systemu jako prawne, nie zaś moralne lub inne.

Kelsen jednak, odrzuciwszy pytanie „dlaczego?", pytanie o rację obowiązywania, zaraz obok to samo pytanie identyfikuje z zagadnieniem istoty prawa: „Pytanie o rację obowiązywania normy prawnej lub o podstawę mocy obowiązującej porządku prawnego... jest równo-

znaczne z pytaniem o istotę prawa wogóle..." (H. 351). Ta nieumiejętność utrzymania się na stanowisku „formalnem" stanowi skutek nieunikniony tego, że Kelsen nie umie i nie chce zbliżyć się do normy prawnej ze stanowiska innego niż sędzia i każdy inny dogmatyk, który szuka w normie przepisu dla siebie obowiązującego: jak już wskazywałem, „normatywna natura zdania prawnego" oznacza dla niego to samo, co charakter obowiązujący każdej normy prawnej; „w samem pojęciu normy prawnej tkwi z góry, że powinna ona być zachowana lub zastosowana" (H. 352). Lecz to już oznacza opuszczenie stanowiska „formalnego", jak je w pewnych momentach zanaczał sam autor: wszystkie zdania o tej samej formie logicznej nie mogą być uznane za obowiązujące, za ważne w swej treści. Podobna identyfikacja w dziedzinie religji oznaczałaby uznanie każdej tezy religijnej za godną wierzenia, w dziedzinie logiki uznanie każdego zdania teoretycznego za prawdziwe i t. p. A takie stanowisko jest nie „formalnem", lecz „materjalnem": jest ono w swoim zakresie uprawnione, gdy się jakiś system zdań — na podstawie takiego lub innego kryterjum — uznało za swój, aprobowało w jego treści, lecz prowadzi z konieczności do ograniczenia zakresu danego pojęcia wyłącznie do owego systemu przyjętego: tak czyni człowiek wierzący, dla którego „religją" jest tylko system obdarzany jego wiarą, a inne wierzenia sprzeczne stanowią zabobon lub herezję; tak czyni moralista, dla którego tylko normy przez niego uznawane są moralne, inne zaś przekonania są niemoralne; tak czyni każdy teoretyk, uznający swój system za prawdę, a inne za fałsz; tak czyni dogmatyk prawa, uznający za prawo tylko te normy, które się mieszczą w jego systemie. Lecz aby uzyskać ogólne, „formalne" czyli teoretyczne pojęcie religji, moralności, zdania teoretycznego, normy prawnej, trzeba się uwolnić od uznania za swój, od aprobowania w treści lub innego uznania ważności dla siebie danego systemu zdań.

Identyfikacja n o r m a t y w n e j natury zdania prawnego z jego charakterem o b o w i ą z u j ą c y m stanowi nieporozumienie szeroko rozpowszechnione w naukach etycznych pod wpływem ich nastawienia praktycznego: do normy moralnej czy prawnej zbliżają się uczeni tradycyjnie jako do poszukiwanego obowiązującego przepisu postępowania. Wadliwość tej identyfikacji okazuje się naocznie przez zestawienie zdania prawnego lub moralnego ze zdaniami innych typów. Każde zdanie moralne i prawne jest istotnie zdaniem normatywnem, bo przepisuje jakieś postępowanie jako obowiązujące: każda norma etyczna c h c e obowiązywać. Tak samo każde zdanie religijne podaje jakąś treść myślową do wiary, a każde zdanie teoretyczne ma pretensję do wygłoszenia jakiejś prawdy, chociażby brzmiało: „dwa razy dwa jest

pięć". Lecz norma obowiązuje, teza religijna wiąże, teza teoretyczna jest prawdą tylko dla tego, kto treść danego zdania przyjmuje za swoją. W naukach etycznych takie „materjalne" przyjęcie treści norm za swoją cechuje właśnie stanowisko normatywne.

Pojęcie prawa, moralności, religji, prawdy i t. p., jakie uzyskujemy, stojąc na stanowisku przyjęcia treści odpowiednich zdań, nie jest klasą, lecz systemem, jednym z wielu, jaki wyodrębnić można na tle treści niezliczonej ilości zdań, mających ten sam charakter formalny. Jedność osiąga się tu przez sprowadzenie poszczególnych zdań do pewnej całości, uznanej za ważną. I jedność całkowitą osiągnąć można tylko przez przyjęcie jakiegoś systemu za ważny, prawdziwy, obowiązujący bezwzględnie. Tak czyniła moralność absolutna i prawo naturalne. Lecz stojąc na gruncie relatywizmu, można uzyskać tylko jedność względną, obierając sobie dany system jako założenie i uznając możliwość innych systemów. Tę względność i wielość systemów dogmatycznych w prawie uznaje Kelsen całkowicie w *Hauptprobleme*. Ale dążenie do osiągnięcia jedności pojęcia prawa, dążenie, którego nie umiał zaspokoić na gruncie właściwym i przeniósł na płaszczyznę normatywną, — prowadzi go w pismach nowszych z konieczności do prób konstruowania systemu bezwzględnego i wyłącznego [1]).

---

[1]) P. Rundstein w sposób znacznie bardziej świadomy od Kelsena, a zapewne pod wpływem Petrażyckiego, poszukuje ogólnego (formalnego) pojęcia normy prawnej, niezależnego od kryterjum mocy obowiązującej, a zwłaszcza od kryterjów oficjalno-dogmatycznych. Stąd dążenie do objęcia pojęciem prawa norm niezgodnych ze sobą, które obowiązują lub obowiązywały w różnych czasach i miejscach, projektów ustaw, prawa intuicyjnego i t. p. (Zasady t. p. §§ 14, 28, str. 26, 223). Stąd też bardziej konsekwentne poszukiwanie ogólnej „logicznej struktury" normy prawnej, niezbyt fortunnie zresztą oparte na wspólnym z Kelsenem gruncie kryterjum sankcji. Lecz dziwnym trafem to właśnie stanowisko względem normy, stanowisko w istocie swej teoretyczne, kwalifikuje p. R. jako stanowisko normatywne, stanowisko zaś przeciwne, umieszczone w płaszczyźnie samej treści norm, nazywa eksplikacyjnem. Taką terminologję skłonny jestem uważać za szkodliwą nietylko dlatego, że odwraca ona ustalone już przyzwyczajenia (normatywnemi nazywamy zdania i nauki, które same normują, i należałoby dążyć do zamknięcia terminu w tych granicach, nie rozciągając go na zdania, wypowiadające o normach lub z powodu norm tezy teoretyczne), lecz również dlatego, że pomieszanie terminologiczne pociąga za sobą pomieszanie w pojęciach i tezach. Objawy tego widzę np. u p. Rundsteina, gdy wszystkim swoim normom, ujętym niezależnie od obowiązywania, przypisuje ważność, lub normy sprzeczne ze sobą ujmuje w jeden system (§ 14, 28), a z drugiej strony obowiązywanie norm, zależność ich od faktów normatywnych, sprzeczności między normami w treści swej niezgodnemi, derogację jednych norm przez drugie, — a więc zagadnienia, mogące powstać tylko w płaszczyźnie rozważania normatywnego (co się czynić powinno, co obowiązuje), — usuwa do dziedziny „faktycznej", „eksplikacyjnej", w której te zagadnienia nie istnieją (str. 34, 91, 161—2, 345). — Prace, zamykające się w dziedzinie tak umiłowanej dziś

Konstrukcji dogmatycznego pojęcia prawa poświęcona jest w całości książka Kelsena *Das Problem der Souveränität* (1920). Celem jej znalezienie stanowiska, z którego wszystkie stosunki wewnątrz państw i między państwami mogłyby być oceniane na gruncie jednego systemu prawa, lub przynajmniej systemów w sposób jednolity do siebie ustosunkowanych. To dążenie do jedności podstawy dogmatycznej jest konsekwencją naturalną i — z zastrzeżeniem świadomości stanowiska dogmatycznego — również godziwą, obrania sobie za punkt wyjścia prawa obowiązującego dla organizacji dzisiejszego ustroju państwowego i międzypaństwowego. Zarówno sędzia, jak każdy inny praktyk zmuszony jest dążyć do ujęcia wszystkich norm prawa, z których oficjalnem działaniem liczyć mu się wypada, jako systemu możliwie jednolitego. Trafnie też wykazuje Kelsen, że gdy obierzemy za podstawę prawo oficjalne jednego, naszego państwa, to inne systemy — prawo oficjalne każdego innego państwa, lecz również i prawo międzynarodowe — możemy uznać za obowiązujące jedynie o tyle, o ile prawo naszego państwa wyraźnie te systemy uznaje, udziela im ze swej strony mocy obowiązującej. Jest to stanowisko „prymatu prawa państwowego", — jedna z konstrukcyj, zapewniających jedność systemu. Druga konstrukcja uznaje za podstawę jeden system prawa nadpaństwowego — prawo międzynarodowe, a wszystkie systemy państwowe uważa za systemy autonomiczne, mające moc obowiązującą z tytułu delegacji przez system powszechny. Wywody te, przeprowadzone naogół śmiało i konsekwentnie, przecinają niejedno zagadnienie dotąd zawikłane i ciemne na pograniczu prawa państwowego i międzynarodowego, przyczyniając się do osiągnięcia jasności konstrukcyjnej przez wykazanie różnic, wynikających z obrania różnych punktów wyjścia i wydobycie tych podstaw, które do większej jedności prowadzą. Idą też te wywody niewątpliwie po linji rozwoju społecznego, gdy oddają pierwszeństwo hipotezie jednej społeczności wszechświatowej, obej-

---

„czystej teorji prawa" zyskałyby niewątpliwie na wartości, gdyby się liczyły z tem, że racja bytu teorji ogólnej tkwi nie w utworzeniu pewnego systemu pojęć i tez mniej lub więcej zharmonizowanych ze sobą i zamkniętych w książce, opatrzonej nazwiskiem autora jako wynalazcy, lecz w utworzeniu podstawy do dalszych badań teoretycznych i wniosków praktycznych. Otóż w mojem rozumieniu (być może błędnem, lecz opartem na sumiennem przestudjowaniu „Zasad teorji prawa"), uznanie prawnej ważności projektów ustaw ze stanowiska normatywnego rozważania prawa pozytywnego, — bo takiem jest stanowisko teorji p. Rundsteina, — prowadzi w konsekwencji do tego, że sądy mogą na podstawie projektów wyrokować; a usunięcie zagadnień sprzeczności między normami lub derogacji z rozważania pozytywnego do eksplikacyjnego oznacza skierowany do sądów zakaz zastanawiania się nad sprawą kolizji norm obowiązujących i narzucenie tych zagadnień psychologji i socjologji.

mującej swym ustrojem praworządnym wszystkie ustroje państwowe, równouprawnione między sobą.

Lecz nawet w tych swoich granicach świadomej konstrukcji dogmatycznej obie koncepcje Kelsena muszą być uznane w swoim całokształcie tylko za wskazanie drogi do pożądanego celu; realizacja ich całkowita wobec mnogości czynników realnych, oddziaływających na tworzenie się prawa, nie będzie bodaj nigdy zupełną, nietylko nie jest nią dziś, jak to sam autor przyznaje. Sam ustrój międzynarodowy daleki jest od osiągnięcia typu owej *civitas maxima*, wymarzonej przez Kelsena za wzorem ideałów myślicieli XVIII wieku oraz imperjum średniowiecznego (274): prawo międzynarodowe dziś jeszcze „kapituluje" (241) i długo jeszcze będzie kapitulowało wobec wojen i rewolucyj, narzucających mu siłą faktów nowe i nieprzewidziane ogniwa prawne. Jedność systemu ogólnego, łącząca w sobie wielość systemów pozytywnych, pozostanie zawsze ideałem, nawet przy użyciu środków myślowych najbardziej usłużnych w postaci danych pozytywnie czy tylko konstruowanych przez naukę wzajemnych „upoważnień" i „delegacyj", udzielanych przez jedne systemy innym. Niedość na tem: podobnym ideałem, niezdolnym do ujarzmienia opornego materjału żywego, pozostanie jedność prawa wewnątrz-państwowego. W *Hauptprobleme* Kelsen słusznie zwalczał próby konstrukcji prawnej derogacji zwyczajowej ustaw, uznając, że stoimy tu wobec faktów, wyłamujących się z systemu; w *Souveränität*, przejęty dążeniem do jedności, probuje osiągnąć ją i tu, proponując uznanie w „normie podstawowej", czyli hipotezie, przyjętej za podstawę systemu, obok ustawodawstwa, drugiego źródła równouprawnionego w postaci zwyczaju derogującego; sądzi przy tem, że jedność systemu zapewni tu zasada *„lex posterior derogat priori"*. Lecz podobne zabiegi logiczne graniczą już z sofistyką: taką samą „jedność" dałaby protagorasowa zasada „człowiek jest miarą wszech rzeczy", rozciągnięta nad rozbieżnemi opinjami ludzkiemi; — pod podobną jednością ukrywa się usankcjonowanie sprzeczności.

Jednakże dalsze zastrzeżenia w tym kierunku, poza niezbędnem wskazaniem przeciągnięć w rodzaju ostatnio przytoczonego, trąciłyby wyłamywaniem drzwi otwartych. Wszak Kelsen sam pojmuje trafnie swoje konstrukcje jako hipotezy stojące do wyboru i zalecające się mniej lub więcej wydatną zdolnością do wytworzenia jedności systemu na tle danej nam różnolitości prawa pozytywnego. I trzeba się zgodzić z tem, że prawnik-dogmatyk, któremu nie wolno odmówić odpowiedzi na pytanie: *quid juris?* — nie wolno za wzorem teoretyka odpowiedzieć: „nie wiem", — że prawnik-dogmatyk z urzędu swego skazany

jest na uciekanie się w trudniejszych wypadkach do sztucznych konstrukcyj, łączących tezy obce lub nawet sprzeczne między sobą w jedność wymaganą. Los jego podobny jest pod tym względem do losu scholastyków średniowiecznych, co się trudzili nad wyrozumowaniem jedności, łączącej Arystotelesa z Pismem Świętem i Ojcami Kościoła; tylko że nauki teoretyczne dziś wyszły z fazy dogmatycznej, a prawnik, pełniący dzieło interpretacji i stosowania prawa obowiązującego, jest skazany na dogmatyzm z tytułu samej swej funkcji, której wartość społeczna nie zanika, lecz owszem stale wzrasta.

Błąd Kelsena polega na tem, że poznanie dogmatyczne, służące jednostronnemu, choć szacownemu zadaniu wyjaśniania i porządkowania nakazów prawnych, popieranych przez rządzące narodami zmienne ustroje, utożsamia z poznaniem prawa wogóle, że dogmatyczne pojęcie systemu prawa obowiązującego uznaje za jedyne naukowe pojęcie prawa. — Kelsen w swych pismach nowszych przejął się ze szkodą dla wyników naukowych dążeniami o wysokim polocie „filozoficznym", które się wyrażają we wtłaczaniu rozumowań w obce im schematy „idealizmu transcendentalnego" i w pretensjonalnej terminologji, zapożyczonej od Kanta, a częściowo, ze względu na świeższą modę, od Husserla [1]). Wśród skutków tego zwrotu wybija się na pierwszy plan

---

[1]) Por. wyznania autobiograficzne o nawróceniu się na idealizm transcendentalny w § 35 Stb. Wynikiem tego przejęcia się duchem wysokiej „filozoficzności", zawinionego, jak się zdaje, bardziej przez uczniów Kelsena, niż przez samego mistrza, jest wytworzenie się w całej niemal szkole sztucznego schematyzmu i trudnego do strawienia żargonu naukowego, który nietylko zaciemnia kryjące się pod nim myśli, lecz, co gorsza, zniekształca je zasadniczo, przenosząc zagadnienia na płaszczyznę obcą i za wysoką. Gdy Kelsen upatruje w wyborze takiej lub innej podstawy dogmatycznej dla systemu prawa analogję do stanowisk epistemologicznych (Souv. rozdz. XI), lub z całą powagą przeprowadza paralelę między poglądami na stosunek państwa do prawa a teizmem, panteizmem i t. p. (Stb. rozdz. XII), trąci to istną manją wielkości. — Mistrz sam mimo to pozostał w formie wykładu dość jasnym i zrozumiałym; natomiast u niektórych uczniów jego manjera „filozoficzna" osiągnęła takie „wyżyny", że np. samo czytanie prac Sandera staje się istną męczarnią; mamy tu powrót do najgorszych wzorów metafizyki niemieckiej. Niestety, przedstawiciel szkoły normatywnej w Polsce, p. S. Rundstein nie pozostał bez wpływu tej manjery, nadając jej jednak swoje piętno indywidualne: odszukanie istotnego znaczenia jego myśli w gęstwinie umiłowanych przez niego „problematyzacyj", „ustaleń znaczeniowych", „odniesień charakterologicznych" i t. p. nie jest rzeczą łatwą. Przez nadanie swym *Zasadom teorji prawa* tego stylu autor zamknął przed swą ciekawą pracą wszelkie drogi do szerszego oddziaływania i dyskusji, ograniczając dobrowolnie koło jej czytelników do nielicznej grupy ludzi, mających specjalne przygotowanie i zdolnych a zarazem chętnych do zdobycia się na niemały wysiłek umysłowy. Trudno nie wyrazić z tego powodu żalu, gdy się zważy ubóstwo naszej oryginalnej twórczości w dziedzinie filozofji prawa i etyki wogóle, a z drugiej strony wielką erudycję i poważną pracę myśli własnej, włożoną w książkę przez autora.

pod względem szkodliwości typowe dla Kanta i opłacone już tyloma błąkaniami przez jego epigonów pomieszanie zdań logiki i epistemologji, zawierających ocenę poznania, ze zdaniami nauki, zawierającemi samo poznanie przez tamte oceniane. Stąd jego „czysta teorja prawa" ma raz za zadanie osiągnięcie „jedności poznania" w dziedzinie prawa na podobieństwo nauk przyrodniczych w dziedzinie natury (Souv. str. III, 9—10), gdzieindziej ma być teorją obowiązywania norm prawnych niezależnie od ich treści (275) i jako taka częścią „ogólnej teorji normatywnej" (104); raz ma być sama nauką normatywną, to znów — i to właśnie jako epistemologja! — nauką teoretyczną, przeciwstawianą stanowisku „etyczno-politycznemu" (317). Górnolotne te koncepcje nie wymagają krytyki, gdyż same się zbijają nawzajem; a cała sztuczność ich pretensyj epistemologicznych ujawnia się jaskrawo, gdy Kelsen na końcu książki podnosi do godności hipotez teorjopoznawczych, mających reprezentować w dziedzinie prawa „solipsyzm" i „objektywizm", swoje hipotezy suwerenności państwa i prymatu prawa międzynarodowego (314), które w samym tekście poprzednim traktował skromnie i sensownie jako założenia dogmatyczno-prawne i które stanowią analogję do założeń: „ze stanowiska Ewangelji" — „ze stanowiska Talmudu", — albo: „podług Ptolemeusza" — „podług Kopernika". Z poza wszystkich tych ozdób i strojów filozoficznych, z pod nazw, czcią przejmujących, „czystej teorji prawa", „logiki prawnej", „prawnej teorji poznania", — wygląda nauka, której istotnem zadaniem jest „osiągnąć jednolity system norm prawnych", przytem norm pozytywnych (przedmowa. str. III), — czyli poprostu stara, zasłużona ale skromna dogmatyka prawa pozytywnego. Rzecz to nieunikniona, gdyż innej dyscypliny normatywnej na gruncie prawa pozytywnego być nie może. I nie zdołałoby w tem nic zmienić nawet konsekwentne utrzymanie jej na poziomie „formalno-logicznej teorji obowiązywania", gdyż obowiązywanie jakichkolwiek norm dane jest wraz z temi normami, w nich samych lub w normach wyższych może być tylko odczytane, i stanowi kategorję poznawczą tejże nauki normatywnej.

Otóż ta to nauka ma nam dać jedność poznania prawnego, wytworzyć ogólne pojęcie prawa. Prawem jest przedmiot badania dogmatyki, norma, mieszcząca się w systemie przez jej pracę konstrukcyjną wytworzonym. Skierowywanie z tego powodu zarzutu specjalnie w stronę Kelsena byłoby rzeczą niesprawiedliwą, gdyż utożsamianie prawa z prawem w znaczeniu dogmatycznem stanowi dotąd tradycję w nauce prawniczej powszechną, przełamaną — poza słabemi początkami u innych — dopiero w sposób stanowczy przez Petrażyckiego. Podnieść więc tylko należy te tezy filozofji prawa Kelsena, które, rzu-

cając jaśniejsze światło na podstawy dogmatyki, powinny były nasunąć mu wątpliwości co do zdatności ogólno-naukowej dogmatycznego pojęcia prawa, oraz te wybiegi, jakich użył, aby się z trudności ratować.

Już tekst *Hauptprobleme* wykazał, że jeśli za prawo uznać system norm obowiązujących pozytywnie, to okaże się w wyniku tyle „pojęć" prawa, ile systemów; tych zaś możliwa jest liczba nieskończona, albowiem początkiem systemu może być każda konstytucja, każda rewolucja, każdy zwyczaj tworzący lub znoszący normy i t. p. W *Souveränität* świadomość wielości systemów i dowolności obrania każdego z nich nie zanika. Każda z hipotez, wziętych za podstawę pozytywnego systemu norm, daje swoje „pojęcie prawa" (w istocie swój odrębny system): inne daje hipoteza suwerenności państwa, inne hipoteza społeczności międzynarodowej (319), swoje własne „pojęcie prawa" ma nawet każdy związek państw (276). Zdawałoby się, że zadaniem owej „czystej teorji prawa", „logiki prawnej" etc. jest znalezienie wspólnej cechy, która łączy normy, należące do tych różnych systemów. I przez przeciąg kilku paragrafów (§§ 21—24) czytelnik ulega złudzeniu, że ta cecha tkwi w pozytywności norm; lecz, jak widzieliśmy, pozytywność podług samego autora może również cechować moralność, a prawu bynajmniej jedności nie zapewnia. I w rezultacie, tak samo jak w *Hauptprobleme*, ostateczną konkluzją autora jest i tu sceptyczne *ignorabimus:* „Definicja prawa, opierająca się na wyróżnieniu *differentiae specificae* pomiędzy prawem a innemi przedmiotami podobnemi, możliwa jest tylko pod warunkiem, który nie jest dany ze stanowiska immanentnego systemu prawa: mianowicie, że prawo możemy poznać jednocześnie [1]) a to przez porównanie z innemi przedmiotami. Lecz poznanie prawnicze zakłada sobie prawo jako system wyłączny, zamknięty w sobie, jako świat sam w sobie. Wewnątrz tego systemu pytanie: co to jest prawo? jako pytanie o *differentiam specificam*, nie ma sensu, gdyż wewnątrz tego systemu niema nic prócz prawa, wszystko jest prawem... Każda podobna próba, podjęta przez prawnika, jest beznadziejna" (Souv. 13—14, przyp.). Mimo pocieszających analogij w postaci takiej samej niemożności znalezienia kryterjum prawdy przez logika oraz kryterjum życia przez biologa, cały ten akt rezygnacji dziwnie brzmi ze strony głosiciela „prawnej teorji poznania". Przez jego wymowne zdania o zakroju „filozoficznym", przez zasadę „immanencji" przegląda istota rzeczy bardzo ordynarna:

---

[1]) To sformułowanie jest bardzo charakterystyczne: „poznać prawo" oznacza tu wyraźnie „uznać normę za obowiązującą".

prawnik-dogmatyk uznaje w pokorze ducha za prawo to wszystko, co znajduje w ustawie, w rozporządzeniu, w umowie międzynarodowej... Zadanie, przekraczające siły „czystej teorji parwa", rozstrzyga za nią — drukarnia państwowa. I Kelsen myli się głęboko, odmawiając prawnikowi prawa i potrzeby posługiwania się świadomem ogólno-teoretycznem kryterjum prawa: szukał go przecie sam i umieszczał w „logicznej formie" zdania hipotetycznego, grożącego sankcją państwową, i jeśli przy stwierdzaniu nieistnienia cechy specyficznej prawa o tej własnej swojej próbie zapomina, daje tylko dowód zrozumienia jej słabości. Prawnik nie obywa się bez kryterjum prawa, tylko używa — niezależnie od definicji, zdobiącej odpowiedni rozdział jego książki — kryterjum nieświadomego, naukowo niesprecyzowanego i nieuzasadnionego. Ma ukryte kryterjum i sam Kelsen, gdy na każdym kroku odróżnia — trafnie czy nietrafnie — prawo pozytywne, które prawem jest, od prawa naturalnego, które prawem nie jest, — od moralności, obyczajów i t. p. Musi je mieć, gdy stwierdza, wbrew poglądom przeciwnym, że prawo międzynarodowe jest prawem (Souv. 103 i n.), musi je mieć zresztą tam wszędzie, gdzie uznaje możliwość założenia „normy podstawowej" i rozpoczęcia budowy systemu pozytywnego [1]).

Rezygnacja ta nie jest dowodem wyrozumowanej słuszności naukowej, lecz objawem bezradności. A bezradność ta wynika z kolei w sposób nieunikniony z wyłącznego przyjęcia dla nauki prawa płaszczyzny normatywnej. Gdy chodzi o stwierdzenie charakteru obowiązującego normy, niema istotnie innego kryterjum poza sprowadzeniem jej do systemu norm, już uznanego za obowiązujący. I przy stanowisku relatywistyczno-pozytywnem, wobec uznania każdego systemu za jednakowo obowiązujący, niema istotnie żadnego ogólnego kryterjum obowiązywania. Jedność obowiązywania osiąga się jedynie przez uznanie

---

[1]) P. Rundstein (Zasady t. p., str. 6) przyjmuje za Kelsenem niemożliwość definicji prawa za pomocą cechy gatunkowej, popierając to, poza powołaniem się na Kelsena i Reinacha, jeszcze argumentem własnym, biorącym punkt wyjścia w syntetycznych sądach a priori. Wyznając szczerze, że argumentu nie zrozumiałem i skłaniając głowę w pokorze wobec przytoczonego tu zdania Reinacha, że żądanie definicji prawa stanowi „dowód braku wykształcenia naukowego", nie mogę jednak obronić się wrażeniu, że z zasadą niemożliwości określenia prawa sprzeczne są liczne dalsze twierdzenia p. Rundsteina, np. uznanie za prawo prawa intuicyjnego (str. 39), zdecydowane kwalifikowanie pewnych norm jako prawnych lub nieprawnych lecz moralnych na podstawie określonego kryterjum (178), a przedewszystkiem — ustalenie i obrona własnej definicji prawa na podstawie cechy sankcji (Rozdz. VII, w którym § 24 wykłada „istotne cechy normy prawnej"). Być może zresztą, że zasada sprzeczności nie ma zastosowania w obrębie normatywnej teorji prawa, skoro jako należąca do poziomej dziedziny „eksplikacyjnej„ została usunięta z konstrukcji systemu prawa (162, 345).

jakiegoś konkretnego systemu za obowiązujący wyłącznie. Prawnik-dogmatyk w swej pracy normalnej stoi na stanowisku wyłączności tego systemu, który go obowiązuje, lecz, jeśli jest świadomy swego stanowiska, wie, że ten jego system nie jest jedynym. Dążenie do ustalenia jedności zupełnej prowadzi z konieczności do szukania systemu, obowiązującego nie pozytywnie, t. j. względnie, lecz absolutnie. I oto — rzecz charakterystyczna — Kelsen, poddając się urokowi idei jedności systemu prawa obowiązującego, zwolna opuszcza stanowisko pozytywistyczne i wchodzi na linję dążenia do systemu absolutnego, do prawa naturalnego.

Niebezpieczeństwo zboczenia tkwi już w obraniu za kryterjum pozytywności prawa oparcia norm nie o fakty normatywne, lecz o „normę podstawową". Łatwo tu bowiem zejść ze stanowiska uznania takiej normy za „hipotezę", wyrażającą obranie sobie danego systemu pozytywnego za podstawę do normowania, na stanowisko przyjęcia samej tej normy za obowiązującą ze względu na jej treść. Sama norma podstawowa jako taka — Kelsen to sobie uświadamia — nie jest już normą pozytywną (Souv. 252), nie jest nawet normą prawną (98), chyba że się ją wywiedzie z przyjętego wyższego systemu prawa, np. międzynarodowego (101), wtedy jednak przestaje być podstawową. I tak oto sama koncepcja normy podstawowej, obrana za kryterjum i gwarancję pozytywności i prawności systemu norm, szeroko otwiera wrota do dziedziny absolutnej i pozaprawnej. Koncepcja normy podstawowej dopóty odpowiada swemu założeniu relatywistyczno-pozytywnemu, dopóki jest traktowana jako „hipoteza myślowo konieczna każdego systemu prawa pozytywnego, każdego konkretnego ustroju prawnego i państwowego" (Souv. 32, podkr. moje). Lecz hipotez takich może być tyle, ile owych danych nam systemów konkretnych, i wszystkie są pod względem wartości poznawczej równouprawnione, skoro odpowiednie systemy są samodzielne i „suwerenne". Prawnik może sobie zakładać równie dobrze „obowiązywanie" nietylko prawa oficjalnego danego państwa suwerennego lub prawa międzynarodowego dzisiejszych narodów kulturalnych, lecz również prawa jakiegoś stowarzyszenia rewolucyjnego lub prawa bandy rozbójniczej, a nawet prawa, zawartego w projekcie ustawy nieuchwalonej [1]). O wyż-

[1]) O braku granic pojęciowych między ustrojami „legalnemi" a „nielegalnemi" świadczy znakomicie przykład ustroju Rosji Sowieckiej, który z konspiracyjno-rewolucyjnego stał się najpierw oficjalnym na swojem terytorjum, a potem stopniowo zaczął uzyskiwać uznanie międzynarodowe. — Teza moja, dotycząca projektów ustaw nie jest równoznaczna z tezą p. Rundsteina o „ważności" tych projektów narówni z wszelkiemi normami prawa (por. przypisek na str. 320). Treść myślową artykułów projektu

szości jednego systemu nad drugim ze stanowiska normatywno-dogmatycznego nie może być mowy; ocenę względnej wartości każdego systemu mogą dać tylko kryterja polityczne. I otóż z tego poprawnego stanowiska Kelsen schodzi, a do wykolejenia się metodycznego prowadzą go dwie drogi odrębne.

Pragnąc za wszelką cenę wykazać wyższość hipotezy prymatu prawa międzynarodowego, dowodzi przedewszystkiem jej wyższości poznawczej: ta hipoteza jedynie ma zapewniać jedność objektywnego poznania prawa, poza nią możliwa jest tylko negacja prawa i zapanowanie zasady siły, jako nieuniknione konsekwencje „solipsyzmu", tkwiącego w idei suwerenności poszczególnych państw (Souv. 313—316). Poza jaskrawą sprzecznością z poprzedniem uznaniem systemów państwowych za prawne, mamy tu typowy objaw specyficznej choroby kantyzmu, polegającej na mieszaniu zdań logiki lub epistemologji ze zdaniami nauki, będącej przedmiotem ich oceny, i wogóle na mieszaniu nauki z jej przedmiotem. Jeśli oparcie się na prawie międzynarodowem zapewnia bardziej jednolite i uporządkowane ujęcie prawne stosunków między państwami i ich związkami niż wzięcie za punkt wyjścia prawa państwowego, to jest to prostym wynikiem przyjęcia zasad prawnych, regulujących te stosunki, które w prawie państwowem nie były uregulowane; i ocena wyższa należy się tu nie hypotezie ani nauce wogóle, lecz samemu prawu. I sama ocena nie jest tu poznawczą, lecz polityczną: niezależnie od szczegółów, wszelki ustrój, rozciągający normowanie prawne na stosunki międzypaństwowe na zasadach równouprawnienia, musi być uznany za wyższy, niż ustrój, uzależniający te stosunki od władzy poszczególnych państw. Analogja do hipotez teoretycznych, z pomiędzy których oddajemy pierwszeństwo tej, co lepiej wyjaśnia szerszą dziedzinę zjawisk, jest tu zupełnie błędnie zastosowana, gdyż owa większa „wydajność" hipotezy prawa

---

stanowią przeważnie normy prawne, — w tem się zgadzamy, lecz dalej następuje rozbieżność. P. Rundstein obdarza wszystkie normy prawne jako takie cechą ważności, której ja im odmawiam, używając dla niej terminu mocy obowiązującej lub obowiązywania (ten termin u p. R. oznacza faktyczne działanie lub faktyczne ustanowienie i poparcie przez jakąś siłę, por. Zasady t. p. str. 26, 261). W mojem rozumieniu normy te — ze stanowiska krytyki poznania dogmatycznego — mogą być uznane za taką samą podstawę normowania jak wszelkie inne. Na stanowisku ich obowiązywania stoi ten, kto na ich podstawie wygłasza zdania normatywne; za przykład może służyć — zjawisko dość częste przy kolejnych zmianach przepisów o ochronie lokatorów — gospodarz żądający od lokatora świadczeń w myśl projektu przed jego wejściem w życie. Lecz prawnik, przyzwyczajony do opierania mocy obowiązującej norm wyłącznie na faktach normatywnych swego systemu oficjalnego, operować będzie temi normami, świadomie odróżniając je jako projektowane od innych, obowiązujących.

międzynarodowego bynajmniej nie upoważnia do uznania samego systemu norm przez nią przyjętego za bardziej obowiązujący ani jej samej za bardziej prawdziwą: „obowiązywanie" — jak sam Kelsen to trafnie ujmował poprzednio — „jest kategorją ostateczną, irracjonalną, niesprowadzalną", i nie posiada stopniowania na lepsze i na gorsze. Wszelka ocena norm i ich systemów może się opierać tylko na kryterjach teleologicznych, pozanormatywnych.

Nie uświadamiając sobie zachodzącej tu różnicy, Kelsen stara się uzasadnić wyższość swej „hipotezy" w sposób jeszcze inny, mianowicie przedstawiając jej wyższość etyczną, wyższy walor jej zasad. I tu opuszcza już z konieczności stanowisko pozytywistyczne i niepostrzeżenie dla siebie zmienia charakter „normy podstawowej" z hipotezy, formułującej tylko moc obowiązującą norm pozytywnych, w zasadę, mającą moc obowiązywania sama w sobie lub czerpiącą ją z jakichś zasad jeszcze wyższych. Tak zwane „konieczne" zasady prawa międzynarodowego — prawa podstawowe państw i t. p., zasadę „*pacta sund servanda*" — uznaje tu już, idąc za mistrzami dawnego prawa naturalnego, za normy prawne aprioryczne, zasady niezależne od pozytywnego przyjęcia ich przez społeczność międzynarodową, za prawdy objektywne na podobieństwo aksjomatów matematycznych (Souv. 224 i n.). A gdy dochodzi do sformułowania swej hipotezy podstawowej prawa międzynarodowego, jako zasady równouprawnienia państw, to stwierdza już, że „charakter prawa naturalnego, jaki posiada podobna podstawa prawa międzynarodowego, nie może i nie powinien być zaprzeczany", a tuż obok uznaje tę samą zasadę za „wybitnie moralną" (205). Mniejsza o to, że przez to, ściśle w myśl jego własnej definicji prawa pozytywnego, zarówno prawo międzynarodowe, jak i prawo państw poszczególnych, które od tamtego zostało uzależnione (Souv. 251—253), przestają być prawem — błędne koła i własnoręczne obalanie własnych konstrukcyj nie jest dla nas u tego myśliciela rzeczą nieznaną —; w tej chwili chodzi mi tylko o podkreślenie, że rola „normy podstawowej" została tu zasadniczo zmieniona: z „hipotezy", formułującej tylko przyjęcie pewnych norm pozytywnych za obowiązujące, stała się ona zasadą, mającą własną określoną treść etyczną i własną moc obowiązującą.

Nietrudno sobie uświadomić, że całe to wyjście poza pozytywizm, obalające za jednym zamachem całą niemal poprzednią pracę myślową autora, jest nieuzasadnione i szkodliwe. Owe podstawowe zasady prawa międzynarodowego albo są w tem prawie wyraźnie wypowiedziane, lub też dadzą się z niego wydobyć przez konstrukcję uogólniającą, i wtedy są normami pozytywnego prawa międzynarodowego państw

współczesnych, — albo do tego systemu pozytywnego nie należą; sprawa ta, do której rozstrzygnięcia nie jestem kompetentny, należy do dogmatyki prawa międzynarodowego. Jakkolwiekbądź nie da się zaprzeczyć, że zasady te mogą należeć tylko do treści tego prawa, a więc są czemś całkowicie różnem od początkowej koncepcji „normy podstawowej". Taka norma dla prawa międzynarodowego, jeśli ma być skonstruowana za wzorem zasady: „postępuj tak, jak każe monarcha", — może brzmieć tylko: „postępuj tak, jak każe społeczność międzynarodowa". Cały ten skok w prawo naturalne wywołany został przez zapatrzenie się we wzory Wolffa i Grocjusza, a ułatwiony przez niejasną koncepcję „norm podstawowych". Symptomatyczne jednak jest w tym zwrocie przedewszystkiem to, że dążenie do jedności systemu norm obowiązujących prowadzi tu do swej konsekwencji nieuniknionej, do uznania jednego systemu za obowiązujący absolutnie i odmówienia mocy obowiązującej i charakteru prawnego innym.

Dla celów naszych rozważań te nowe i rozliczne wykolejenia się myśli Kelsena mają przedewszystkiem jedno znaczenie ogólne. Stanowią nowy a przekonywający dowód nieuniknionego bankructwa wszelkich prób uzyskania jednolitego naukowego pojęcia prawa na gruncie praktyczno-normatywnym. Albowiem jeśli koncepcja pozytywistyczna względności „norm podstawowych" dawała w rezultacie wielość systemów, niewiadomo dlaczego uznanych za prawne, to nowa koncepcja absolutna daje wprawdzie jedność (choć bardzo sztucznie naciąganą), lecz zatraca w zupełności wszelkie cechy specyficzne i pozytywności i prawności, czyniąc system prawa pozytywnego odgałęzieniem moralności lub prawa naturalnego. Czy jego ostateczna podstawa — zasada „*pacta sunt servanda*" [1]) — należy do dziedziny moralności czy prawa naturalnego; czy te dwie dziedziny w dalszym ciągu mają być identyfikowane, jak w *Hauptprobleme*, czy też może prawo naturalne zostało podniesione do godności prawa, — na to wszystko tekst nie daje odpowiedzi; sprawy to zresztą drugorzędne wobec zasadniczego faktu zburzenia granicy między prawem a innemi normami. I wymówka, że jesteśmy tu „wewnątrz systemu", a więc o różnicę specyficzną między normami prawnemi a nieprawnemi pytać nam nie wolno, traci tu wszel-

[1]) Przy sposobności godzi się zwrócić uwagę, że norma podstawowa prawa międzynarodowego przybiera u Kelsena coraz to inną treść, i niewiadomo, którą z formuł należy uznać za ostateczną, specjalnie zaś w stosunku do zasady *pacta sunt servanda* można wyrazić obawę, czy nie daje ona w wyniku zbyt już daleko posuniętej jedności systemu prawa: nie widzę, dlaczegoby miała ona uświęcać tylko prawo międzynarodowe, a nie łączyć z niem „w jeden system" również umów między bandytami, umów kupców z przemytnikami, statutów stowarzyszeń rewolucyjnych i t. p.

kie pozory uzasadnienia, skoro normy wyraźnie uznane za nieprawne zostały do wspólnego systemu włączone.

Rzecz jest jasna zupełnie: autor nie posiada żadnego kryterjum prawa. Zarówno bardzo stanowcze umieszczenie tego kryterjum w „pozytywności", pojętej jako niezależność od innych systemów norm (Souv. §§ 21—24), jak również stanowcze umieszczenie go w absolutnem obowiązywaniu jednego systemu (§ 63), zawodzą, stojąc w sprzeczności ze sobą i z licznemi innemi tezami książki. Dlaczego prawem ma być system, oparty na zasadzie *„pacta sunt servanda"*, albo na zasadzie „postępuj tak, jak ci każe król", — a nie ma być prawem system, oparty na zasadzie „postępuj, jak ci każą rodzice" (93), „Bóg" lub „sumienie" (95), — przykłady własne Kelsena — i, dodajmy od siebie: na zasadzie „jak ci to sprawia przyjemność", — na to autor nie daje i nie może dać odpowiedzi. Pozytywizm tradycyjny wysuwał tu bardziej naiwnie cechę faktyczną powagi normującej, uznając za „źródło prawa" tylko państwo lub też państwo i umowę międzynarodową; i jeśli chodzi nie o pojęcie ogólne prawa, lecz o wyodrębnienie tych systemów norm, które obiera za swój przedmiot dogmatyka współczesna, to był bliższy słuszności, gdyż ta dogmatyka z pomiędzy wielu możliwych systemów wyodrębnia istotnie te, które są ustanowione, uznawane lub popierane przez władze ustrojów publicznych faktycznie w danej chwili rządzących. Kelsen tę drogę sobie przeciął, widząc w niej słusznie — o ile na niej się szuka definicji prawa wogóle, nie zaś wyodrębnienia pewnych konkretnych systemów — nieuniknioną *definitio per idem*. Lecz ten częściowy postęp uświadomienia przyczynia się tem jaskrawiej do uwypuklenia beznadziejności poszukiwania pojęcia ogólnego prawa obowiązującego: u Kelsena tautologja przybiera, zamiast zamaskowanej, postać istotnie „idealnie czystą".

Do kryterjów faktycznych, z poznania normatywnego programowo usuniętych, Kelsen nie przestaje wciąż wracać po drodze. Przy krytyce dawnej koncepcji pozytywności, pojmowanej jako działanie faktyczne, tłumaczy, stojąc tu jeszcze na gruncie względności wyboru systemu, że wybór takiego systemu prawa, które w pewnej mierze przynajmniej jest zachowywane przez realnych ludzi, stanowi tylko zasadę „ekonomji poznania", która wymaga, aby „możliwie zmniejszyć napięcie między powinnością a bytem, to znaczy, uznać jak największą część bytu za zgodną z powinnością"; lecz ta zasada „minimum faktyczności" jest tylko postulatem, kierującym wyborem systemu, nie zaś teoretyczną podstawą kwalifikacji systemu jako prawnego (Souv. § 24). I tu, pomijając błędne operowanie „zasadami poznawczemi", autor znajduje się o mały krok od poprawnego zrozumienia sprawy: z po-

między różnych systemów norm prawnych, ze stanowiska naukowo-poznawczego całkowicie równouprawnionych, dogmatyk obiera sobie za podstawę te, które osiągają w życiu społecznem *maximum* siły i jedności, mając za sobą poparcie organizacyj społecznych, osiągających w danej chwili przewagę; dlatego to nauka dogmatyczna opracowuje prawo państwa N, nie zaś prawo organizacji bandyckiej w tem państwie grasującej, dlatego w czasie przewrotów państwowych przyjmuje to prawo — legalne czy rewolucyjne — które potrafiło zdobyć sobie przewagę realizacji, i tak spokojnie przechodzi od jednego systemu do innego, który dopiero co był w jej oczach „nieprawnym". — Ze stanowiska prymatu prawa międzynarodowego sprawa u Kelsena już się zmienia: uznanie za ustrój „prawny" tego ustroju, który odpowiada przekonaniom ludności i, co za tem idzie, uznanie identyczności danego państwa przed i po rewolucji, opiera się już na normie prawa międzynarodowego, która z temi momentami wiąże skutki prawne: w ten sposób owo „minimum faktyczności" staje się tu z zasady pozaprawnej zasadą prawną (§ 51); lecz prawność swą czerpie ona nie z tej faktyczności, ale z prawa międzynarodowego. Atoli w § 63, pod wpływem zapału dla świeżo zdobytej „objektywnej zasady poznania" kwalifikuje już autor oparcie się na idei państwa suwerennego (poprzednio uznawane za hipotezę równouprawnioną) — jako subjektywizm, prowadzący w sposób nieunikniony do „negacji idei prawa i obwołania idei siły na całej linji" (317), przekreślając przez to nietylko wszelkie swoje poprzednie próby oparcia prawa na fakcie, lecz zarazem przekreślając też uznawany przez siebie dotąd charakter prawny systemów prawa państwowego i samego państwa, o ile brane są bez oparcia ich o system prawa międzynarodowego.

Lecz dalsze tropienie błędów i sprzeczności w systemie Kelsena byłoby bezcelowe. Przywódca szkoły normatywnej pada ofiarą odwiecznego nieporozumienia, ciążącego nad teorją prawa, która stawia sobie beznadziejny cel uchwycenia jako klasy logicznej — przypadkowego zbioru systemów prawa, połączonego przez to, że jacyś dogmatycy, służąc jakiemuś konkretnemu ustrojowi, opracowują lub opracowywali te systemy jako obowiązujące. Teorje tradycyjne o odcieniu „realistycznym" szukały kryterjum dla norm tego prawa obowiązującego w ich pochodzeniu od państwa, w poparciu ich przymusem, w uznaniu ich przez społeczeństwo i t. p. I dość było postawić dalsze pytanie o kryterjum państwa, przymusu, uznania, — aby wykryć w tych elementach, mających określać prawo — tę samą niewiadomą określaną, to samo prawo: państwo tem się różni od innych organizacyj społecznych, że jest władzą, kompetentną do stanowienia prawa, przy-

mus nie jest przemocą faktyczną, lecz „uregulowaną“ (przez prawo), przekonania ludzkie mają moc stanowienia prawa nie wszystkie, lecz tylko te, które się wiążą w system prawny i t. d., i t. d. Kelsen dostrzegł, że te czynniki faktyczne nie są zdolne dać kryterjum prawa, lecz same muszą być przez normatywną prawność określone, choć sam nie ustrzegł się tegoż błędu w kryterjum sankcji. Odrzucił tedy te środki niezdatne i znalazł się wobec definicji, w której tautologja osiągnęła szczerość i jasność zupełną: norma prawna (obowiązująca), to norma, należąca do systemu norm obowiązujących. Subtelny myśliciel u kresu długiego procesu pracy osiągnął wynik zupełnie podobny do tego, który zdobył prostym odruchem niezapomniany sienkiewiczowski Roch Kowalski: jeśli tradycyjne określenia prawa wykazują budowę podobną do typu: „wuj to mąż wujenki“, — to zdobycz Kelsena staje godnie obok lapidarnej definicji Rocha: „wuj to wuj“.

A przecież, dla oka niezaćmionego dążnością normatywną do uznawania za prawo wyłacznie norm, które uznać trzeba zarazem za obowiązujące, — sprawa przedstawia się tak jasno: definicja prawa jako klasy (klasy realnej zjawisk czy klasy idealnej norm) może być tylko definicją teoretyczną, opartą na cechach objektywnych, ujawnianych przez wszystkie zjawiska i normy prawne niezależnie od ich obowiązywania, podobnie jak teoretyczne definicje moralności, religji, języka, zdania teoretycznego, tezy matematycznej muszą być niezależne od obowiązywania, ważności, poprawności, prawdziwości ich treści. A dogmatyk, powołany do normowania w imieniu pewnego konkretnego systemu prawa, zamyka się w granicach tego systemu, uznaje go dla siebie za obowiązujący, podobnie jak czynią moralista, teolog, gramatyk, logik lub matematyk, stając na gruncie treści pewnego systemu z pośród wielu możliwych, uznanego za swój jako wyłącznie ważny. Jak zdanie p r a w d z i w e należy do systemu wyodrębnionego zapomocą kryterjum oceny z ogólnej klasy z d a ń, tak norma prawna obowiązująca należy do systemu, wyodrębnionego również przez cechę praktyczną z ogólnej klasy norm prawnych (sprawy typów i wartości samych kryterjów oceny tu nie poruszam). Jakkolwiekbądź, normatywne pojęcie prawa obowiązującego zależne jest logicznie od teoretycznego pojęcia prawa.

W tradycji prawniczej, wytworzonej przez wielowiekowe zawodowe służenie praktycznej funkcji normowania, rzecz jest stawiania odwrotnie: klasę „norma prawna“ utożsamia się z systemem norm obowiązujących, a zjawisko prawne uznaje się tam tylko, gdzie jakiś proces realny odpowiada normie obowiązującej. Kelsen, jak widzieliśmy (p. § 2), doprowadza to uzależnienie logiczne zjawiska prawnego od

normy obowiązującej do zupełnego uświadomienia. I w rezultacie, rzecz zrozumiała, nieuchwytna w swej specyficzności norma prawna pociąga za sobą w tę samą dziedzinę nieuchwytności również i realne zjawisko prawne, owo „całkowite zjawisko", — przedmiot badania dla psychologa i socjologa. „Faktyczność prawa" u Kelsena, jak się to wyjaśniło z zestawienia różnych jego na ten temat wypowiedzi, oznacza realizację norm prawnych w postępowaniu ludzkiem. Lecz normy te muszą być normami dogmatycznie obowiązującemi. I oto przedstawia się nam obraz „rzeczywistości" dziwnie niespokojnej: faktyczne zjawiska życia prawnego skazane są w swem istnieniu i nieistnieniu na zależność od wszystkich losów, jakim podlega norma, aby wreszcie zatracić zupełnie swą odrębność, tonąc w morzu zjawisk moralności lub prawa naturalnego.

Początkowo rzecz pozornie wygląda dość prosto: oto państwo ma konstytucję i cały ustrój na niej oparty, więc zjawiskiem prawnem jest każdy motyw i czyn każdego człowieka, zachowującego normy tego ustroju. Wprawdzie, jak mieliśmy już możność się przekonać, tak pojęta rzeczywistość prawna nie może stanowić klasy, zawierając zjawiska pod względem cech realnych różnolite z wyłączeniem zjawisk z niemi identycznych poza jej granice, lecz zakwalifikowanie danego zjawiska jako prawnego lub nieprawnego pozostaje możliwem, jeśli nie przez socjologa i psychologa, to przy pomocy ekspertyzy prawno-dogmatycznej lub wyroku sądowego. Ale i ten pozorny spokój zostaje zakłócony: nietylko katastrofy w rodzaju rewolucji, lecz każdy krok niekonstytucyjny organów państwa, każdy objaw zwyczaju derogującego stwarza możliwość kwalifikacji sprzecznej; każde poszczególne „myślenie, odczuwanie i chcenie" normy może się okazać zjawiskiem prawnem i nieprawnem zależnie od obrania sobie przez danego prawnika jednej lub drugiej „hipotezy podstawowej". I jeśli w dziedzinie dogmatyki, gdzie chodzi o kwalifikację normatywną postępowania, wolno się zasłaniać argumentem o „granicach konstrukcji prawnej", to przy badaniu życia realnego na ten argument niema miejsca: zjawisko może daną cechę realną posiadać lub jej nie posiadać, może odbywać pewną ewolucję stopniową, lecz nie może odbywać nagłych skoków z jednej klasy do drugiej lub z bytu do nicości i z powrotem. Los „życia prawnego" jest niewątpliwy: rozwiewa się ono w chaos, w którym żadne kwalifikacje psychologiczne ani „prawa przyczynowe" rozwoju społecznego się nie ostoją. — W tym momencie przyjdzie nam na pomoc zbawcza hipoteza prymatu prawa międzynarodowego: oczywista, że przy uznaniu za prawo systemu państwowego realne życie prawne musi przedstawiać nie jedność i prawidłowość, lecz chaos walki

brutalnych sił, — takiż bowiem obraz przedstawia samo prawo ze stanowiska „solipsyzmu“ suwerenności państwowej; lecz gdy pojmiemy wszystkie systemy poszczególne jako uzależnione od jednego systemu społeczności międzynarodowej, to zapanuje jedność i ład, ba, nawet nasza faktyczna realizacja z czynnika kwalifikowanego biernie przez normy stanie się czynnikiem czynnym, kwalifikującym sam dany system jako prawny, skoro *civitas maxima* gotowa jest przyjmować pod swoją sankcję właśnie ustroje realizujące się w życiu. Mogłoby wprawdzie przytem zastanawiać badaczy przyczynowych, czego właściwie realizacją jest to życie prawne przed uznaniem odpowiednich norm za prawne; mogłoby ich razić uzależnienie ustroju jako (realnie) prawnego od międzynarodowego aktu uznania i dziwny stan zawieszenia, na jaki prawo realne byłoby skazane od chwili swej „realizacji“ do chwili uznania; lecz przecież psycholog i socjolog zostali już przez Kelsena dostatecznie zaprawieni w cierpliwości, aby się rzeczom dotąd w dziedzinie procesów społecznych nieznanym zbytnio nie dziwić. — Atoli cała ta zbawienna akcja hipotezy prawa międzynarodowego kryje w sobie katastrofę, i tym razem ostateczną. Wszak całe prawo pozytywne oparte tu zostało na zasadach bezwzględnych, których „charakter prawa naturalnego nie może być zaprzeczony“, a charakter „wybitnie moralny“ został mocno podkreślony. I gdy w ten sposób, w myśl podstawowych definicyj „pozytywności“ i „prawności“ same normy prawa straciły charakter prawny i utonęły w morzu nieokreślonej, choć wszechogarniającej „powinności“, nieszczęsna „rzeczywistość prawa“ jako odrębna grupa zjawisk, możliwych do badania „eksplikatywnego“, znikła wraz normami prawnemi z oblicza ziemi.

Którąkolwiek tedy z kilku niezgodnych ze sobą koncepcyj Kelsena weźmiemy za ostateczną, wynik zawsze pozostanie ten sam. Prawo, pojęte jako norma obowiązująca lub system takich norm, nie może wykazać żadnej cechy specyficznej; wszelkie próby definicji prowadzą do błędnego koła lub do szczerego wyznania braku kryterjum. A wraz z normą prawną znika w nieokreśloności uzależniona od niej pojęciowo całość zjawisk i procesów realnych, jaką ma być prawo dla badacza rzeczywistości [1]).

---

[1]) Krytykę Kelsena uprawia od lat kilku niejako zawodowo były jego uczeń, a obecnie najgorętszy przeciwnik, Fr. Sander, który prócz ustępów różnych swych prac o zakroju szerszym walce tej poświęcił w całości rozprawę *Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung* (Wiedeń 1921), obszerny artykuł *Das Recht als Sollen und das Recht als Sein* (w Archiv für Rechts u. Wirtschaftsphilosophie, t. XVII. z. 1), oraz pokaźną książkę *Kelsens Rechtslehre* (Tübingen 1923). Krytyka jego w wielu punktach dotyka błędów istotnych, jak np. jednostronność ujęcia normatywnego i wy-

8. Zakończenie. Prawo rzeczywiste a system obowiązujący.

Niemożność uchwycenia istoty i cech specyficznych prawa stanowi skutek nieunikniony obrania za ogólne pojęcie prawa jego koncepcji dogmatycznej jako „prawa obowiązującego pozytywnie". Skutek ten objawić się musi w każdej teorji czy filozofji prawa, stojącej na gruncie dogmatycznym, jest więc dotąd zjawiskiem w naszej nauce niemal powszechnem.

Dogmatyczna koncepcja prawa z samej swej natury nie jest zdolna dać pojęcia ogólnego w znaczeniu logicznem, nie daje bowiem klasy, wyodrębnionej przez cechy ogólne i specyficzne, lecz tylko system norm, wyróżniony od innych wielu systemów przez związanie go z pewnemi konkretnemi faktami normatywnemi, które też nie wykazują cech specyficznych. I każdy niemal system „prawa obowiązującego" — nietylko tak obszerny jak „prawo polskie", lecz nawet ciaśniejszy, jak „prawo cywilne b. Kongresówki", daleki jest od jednolitości w swej budowie. W każdym więc, przy stosowaniu ścisłej logiki, należałoby odróżnić normy „prawne" od „nieprawnych".

Dogmatyk prawa w swoim zakresie pracy jest na posługiwanie się tą niedoskonałą koncepcją systemu obowiązującego skazany. Nieunikniona prawie niejednolitość systemu, powodowana przez kolizję różnych „źródeł", czyli faktów normatywnych, nie stanowi dla niego przeszkody, niemożliwej do przezwyciężenia: myśl dogmatyczna wyrabia zasady rozstrzygania kolizyj, sankcjonowane z czasem przez same ustawy, ewolucja życia prawnego sama narzuca usuwanie jednych przepisów jako „przestarzałych", a tworzenie innych, dla zastąpienia tamtych lub zapełnienia luk, przez praktykę sądową, parlamentarną i t. p.

---

pływająca z niego, a wspólna dogmatyce z prawem naturalnem dążność do systemu absolutnego, kantowskie pomieszanie przedmiotu i nauki lub nauki i nauki o nauce i t. p. Lecz własne stanowisko Sandera, traktujące dogmatykę jako naukę teoretyczną o „doświadczeniu prawnem", nie pozwala mu tych zarzutów konsekwentnie wyzyskać, i Kelsen w swej replice (Rechtswissenschaft und Recht, Wiedeń 1922) ma przez to znacznie ułatwioną obronę. — Uwag krytycznych Sandera, zarówno jak innych autorów nie uwzględniam w tekście, gdyż mimo częściowej zbieżności w szczegółach różnice podstawowe między poglądami krytyków a mojemi wymagałyby obszernych omówień, któreby obciążały pracę balastem zbytecznym dla jej celu, a szkodliwym dla jasności wykładu. — Natomiast żałuję, że po zakończeniu rękopisu tej pracy przeczytałem krótkie, lecz bardzo interesujące i pełne głębszych myśli studjum p. Stan. Druksa: Z zagadnień filozofji prawa — Kelsen i jego szkoła (Przegląd współczesny z sierpnia 1924). Uwagi jego wymagałyby szerszego uwzględnienia w pracy niniejszej. Tu zaznaczę jedynie wątpliwość, czy autor, odrzucając koncepcję normatywną Kelsena, nie wprowadza jej pod innem mianem, uznając, że pojęcia prawne mają charakter „logoidów" i dając im za punkt wyjścia „cel" (t. j. „wartość").

Dogmatyk, mając za zadanie wykład treści przepisów, dąży przedewszystkiem do osiągnięcia w tej treści jednolitości wewnętrznej, przechodząc do porządku nad różnolitością „źródeł", a ewolucja społeczna prawa to dążenie popiera. I w ten sposób pewna płynność i elastyczność, tkwiąca dokoła określenia tego, co jest lub nie jest prawem w znaczeniu przepisu dogmatycznie obowiązującego, — o ile nie przekracza pewnych granic — nie przynosi szkody, a nawet daje pewną korzyść, umożliwiając w systemie pewną ewolucję, do której kierowania świadomego aparat ustawodawczy zwykle nie wykazuje zdolności, a nauka, wobec niewyrobienia metod polityki prawa, nie może dać wskazówek świadomych.

Postać rzeczy zmienia się jednak całkowicie, gdy się prawo bierze za przedmiot badania teoretycznego. Dogmatyka ma za zadanie wykładać treść norm obowiązujących w myśl danego systemu, ustalać, jakie przepisy obowiązują i co nakazują; to zadanie spełnia bez zarzutu, jeśli w danych granicach ma podstawę jednolitą, ale spełniać je też musi zawsze, niezależnie od niedomagań logicznych swych kryterjów podstawowych, — stąd w pewnych okresach charakterystyczne objawy walki z „logiką" i hasła jurysprudencji „żywej" i „praktycznej". Lecz słabość dogmatycznego pojęcia prawa ujawnia się dobitnie, gdy prawnik przekracza granice wykładu treści swoich norm, wychodzi sam ze sfery ich obowiązywania i chce o nich wypowiadać tezy teoretyczne. Jaką jest istota tych norm? czem się różnią od innych? co je łączy w jedną klasę? czem jest prawo, gdy o niem mówimy, że stanowi skutek pewnych przyczyn i samo oddziaływa przyczynowo? czem jest zjawisko prawne? Koncepcja prawa obowiązującego tu zawodzi. Niema cechy, któraby pozwoliła objąć jednem pojęciem wszystkie normy, uznawane w różnem miejscu i czasie za obowiązujące, bo te same cechy ujawniają normy nieobowiązujące, a nawet zbrodnicze; niema możności wyodrębnienia procesów realnych, któreby stanowiły odpowiednik tych norm: jeśli zjawiskiem specyficznem ma być „akt ustanowienia", to dlaczego akty identyczne raz są ważne, to znów nieważne; jeśli ma niem być odbicie normy w przekonaniu, to czem się różni przekonanie zgodne z prawem od przekonania niezgodnego, zwyczaj obowiązujący od nielegalnego lub karalnego?

Prawnicy, nie zrażając się szeregami niepowodzeń, budują jednak definicje i zdobią niemi stronice dzieł specjalnych lub rozdziały wstępne większych komentarzy. Ale te definicje w swej pstrocźnie nieprawdopodobnej same świadczą o tem, że do żadnej roli prócz ozdoby stronic i zadowolenia dumy wynalazcy autora nie są zdatne. Krytyka logiczna obala każdą z nich bez trudu. Żadna z nich nie da się dociąg-

nąć do zakresu norm, które ma objąć, — rzecz zrozumiała, gdy sobie uświadomić, że „prawo obowiązujące" nie jest klasą i zdefinjować się logicznie nie daje. Nie dziw też, że pomimo tylu wysiłków ze strony umysłów nieraz wybitnych, teorji prawa dotąd na tym gruncie nie stworzono. Teorja powinna być systemem twierdzeń o danej klasie, z tą klasą logicznie związanych. Lecz cóż można wypowiedzieć o prawie, jako systemie norm obowiązujących? Można wyłożyć, co te normy nakazują, – i to czyni dogmatyka. W tem też znaczeniu nazywano poszczególne dogmatyki „teorjami" prawa cywilnego, karnego i t. p., odróżniając „teoretyka", jako autora książki, od „praktyka", jako sędziego stosującego normy, choć obaj wykonywali funkcje logicznie te same. A cóż ma wykładać „ogólna" teorja prawa? Że nie może być sumą tez poszczególnych dogmatyk, to jasne; że nie może formułować norm jakiegoś prawa ogólnego, będących uogólnieniami przepisów szczegółowych, — to zrozumiano od czasu przezwyciężenia prawa naturalnego. I oto „ogólna teorja prawa" wytworzyła sobie schemat, świadczący o beznadziejności jej zadania: przyjmując zakres „prawa" jako dany sobie z góry w granicach prawa „pozytywnego" (obowiązującego), szuka, zapomocą abstrakcji i porównania z innemi przedmiotami, cech specyficznych, mających charakteryzować ten przedmiot, i łudząc się, że te cechy znajduje, buduje na nich definicję prawa. Na tem też zadania swe uważa za skończone. Tymczasem zadanie teorji tu dopiero się zaczyna: wyodrębnienie klasy zapomocą definicji, będące samo w sobie czynnością dowolną, hipotetyczną, stanowi tylko środek do tego, by o tej klasie wypowiedzieć szereg twierdzeń teoretycznych, a tych twierdzeń prawdziwość i wydajność naukowa, której warunkiem jest związanie ich z cechą obraną dla klasy, stanowi dopiero uzasadnienie definicji [1]).

Tak dogmatyczny punkt wyjścia, wyrażający się w ujmowaniu prawa jako systemu norm obowiązujących, stoi na drodze do wytworzenia naukowej teorji prawa. Od konsekwencyj jednostronnego dogmatyzmu nie jest jednak wolna nawet sama dogmatyka. I ona bowiem potrzebuje podstawy ogólnej w postaci teorji, i jej pojęcia są od teorji zapożyczone lub od pojęć teorji zależne; w szczególności od central-

---

[1]) Por. Petrażycki, Wstęp do nauki prawa i moralności (w języku rosyjskim), Petersburg 1905, II wyd. 1907, §§ 4–6. — Ten sam błąd niezależnie od Petrażyckiego, a opierając się na Schuppem, bardzo jasno wytyka St. Druks we wspomnianym artykule (Przegl. Współcz. 1924, str. 279—280). Czy jednak nie zbyt pospiesznie uznaje tenże autor za trafną definicję układu prawnego, zbudowaną oczywiście podług tejże metody przez Znamierowskiego, tem bardziej że sam dalej słusznie żąda udowodnienia jej przydatności teoretycznej?

nego pojęcia prawa zależne są wszystkie specyficzne pojęcia prawne, jako jego pochodne. Dlatego też cała praca naukowa prawnicza pozbawiona jest dotąd podstawy, i brak ten tem mocniej odczuwać się daje, im wyżej od rozważań szczegółowych sięgniemy ku uogólnieniom: myśl prawnicza, zwykle subtelna i ścisła w tezach dogmatycznych, staje się mętną i chwiejną, gdy dotyka zagadnień ogólniejszych, gdy buduje „teorje“ lub gdy o prawie „filozofuje.“ [1]). — Dogmatyczne rozważanie prawa i samo „pojęcie“ prawa obowiązującego wymagają jako niezbędnej podstawy teorji prawa i ustalonego przez nią ogólnego pojęcia prawa.

To ogólne pojęcie prawa, choć naukowo nieuświadomione, a nawet celowo odsuwane przez pojęcie „prawa w znaczeniu prawniczem“, nie przestaje działać podświadomie u samych prawników. Jego to intuicyjne odczucie, nie zaś formułki definicyj, pozwala prawnikom odróżniać (mniej lub więcej trafnie) prawo od moralności, ono to daje o sobie znać, gdy ciż prawnicy — z Kelsenem w tej liczbie — mówią o rozwoju prawa jako procesie społecznym stopniowym i przyczynowo uwarunkowanym, gdy przy zastosowaniu kryterjum dogmatycznego mieliby przed sobą ewolucyjnie niezrozumiałe ukazywanie się i znikanie całych systemów prawa na podobieństwo obrazów na ekranie kinematograficznym.

Wyłączność dogmatycznego pojmowania prawa, utrwalona w umysłach prawników przez wielowiekową ich służbę zawodową jako głosicieli systemów prawa obowiązującego, utrzymuje się w nich wskutek niejasności i nieświadomości co do przedmiotu i zadań nauk prawnych i natury samego prawa. Dlatego też każdy krok w kierunku uświadomienia metodologicznego, — o ile nie rozcina węzła gordyjskiego w sposób radykalny, — rozpraszając tę mgłę, przyczynia się

---

[1]) „O ileż to naogół przyjemniej czytać jakieś subtelnie ujęte dzieło z zakresu prawa cywilnego czy karnego, niż te mgliste i fałszywe ogólniki w różnych „filozofjach prawa“ “ — mówi słusznie p. Znamierowski, stwierdzając, że w poszczególnych działach dogmatyki „spotykamy wiele precyzyjnie i pomysłowo zbudowanych konstrukcyj prawniczych“, gdy w filozofji prawa „możliwe jest zupełne odwrócenie wszelkich wskazań zdrowego rozsądku“ (Psychologistyczna teorja prawa, str. 49). Autor nie próbuje wyjaśnić przyczyny tego trafnie zaobserwowanego objawu, choć ujawnia się ona u niego samego w następnem zdaniu tekstu. Czytamy tam mianowicie, że „możemy mówić jednym i tym samym językiem w ogólnej i szczegółowej teorji prawa“, a to bezpośrednio po ustaleniu, że przez „szczegółową teorję prawa“ rozumie dogmatykę. Otóż to właśnie pojmowanie teorji prawa jako uogólnienia dogmatyki, „mówiącego tym samym językiem“, i odpowiednie pojmowanie klasy prawo jako klasy rodzajowej dla klas gatunkowych w postaci „prawa cywilnego“, „karnego“ i t. p., stanowi źródło dotychczasowych niepowodzeń i „odwracania wskazań zdrowego rozsądku“.

tembardziej do ujawnienia osłanianego przez nią błędu. I dlatego filozofja prawa Kelsena, przynosząc niemałe, a niecałkowite jeszcze uświadomienie co do metod nauk prawnych, obnaża tradycyjny błąd dogmatyczny i jego skutki w sposób tak jaskrawy.

Kelsen obrał sobie punkt wyjścia, który mógł go wyprowadzić na drogę właściwą: zasadę, że wszelkie sprawy etyczne mogą być rozważane z dwóch stanowisk odrębnych, teoretycznego i normatywnego. Droga ta prowadziła do odgrodzenia od siebie teorji prawa, jako nauki o zjawisku prawnem, oraz dogmatyki, jako nauki opracowującej przepisy prawa dla ich praktycznego stosowania. Lecz Kelsen ten programowy dualizm zastąpił w wykonaniu przez wyłączność stanowiska normatywnego, badanie realnego zjawiska prawnego usunął do nauk pozaprawnych i szukał kryterjum prawa, zdatnego dla obu dziedzin, w płaszczyźnie normatywnej; identyfikacja prawa z prawem obowiązującem nietylko więc nie została usunięta, lecz przeciwnie, świadomie wprowadzona do programu. Wzór moralistów i własna praca nasunęły mu trafne ujęcie stosunku zjawiska etycznego do normy; zjawiskiem jest stan psychiczny realnego osobnika, normą treść myślowa tego przeżycia. Lecz dogmatyzm stanął na drodze do wyzyskania tej koncepcji podstawowej: prawnik-Kelsen nie rozumie normy inaczej niż jako normę, którą sam może uznać za „objektywnie" obowiązującą; więc w prawie, gdzie trzeba bronić wyłącznego obowiązywania normy ustawowej, przekreśla i normę jako treść przeżycia, i samo przeżycie, pozostawiając na arenie tylko ustawę, a w moralności, gdzie nie ma drogiego dogmatu do obrony, czyni z każdego przeżycia podstawę obowiązywania normy, z każdej normy subjektywnej normę obowiązującą objektywnie. W prawie cały swój wysiłek skupił na oczyszczaniu myślenia normatywnego od fałszywego realizmu; i tu w pewnych granicach, jak długo mianowicie chodziło o negację, osiągnął też najlepsze swe wyniki. Lecz rozpęd uniósł go zadaleko: jedno po drugiem wszystkie pojęcia, pozbawione swej treści specyficznej, sprowadzone zostają do identyczności z normą; obowiązek, uprawnienie, osoba, państwo toną w normie, fakt normatywny znika, a pojęcie prawa obowiązującego przez forsowne wyłuskiwanie ze wszystkich powłok kolejnych traci wszelką postać własną i roztapia się w czystem, ale pustem całkowicie „obowiązywaniu". Usilne „czyszczenie" wraz z brzydką plamą zniszczyło sam przedmiot oczyszczany.

Tak konsekwetne przeprowadzenie wyłączności stanowiska normatywnego przy nieświadomości *specifjcum* prawa wykazuje w całej pełni błąd tradycyjnego założenia. Dogmatyzm przygniótł i zniszczył dobre początki teorji, a sam okazany szczerze w swej własnej postaci, bez

stroju obcego, ujawnił całą swą niezdatność do rozstrzygania zadań mu niewłaściwych.

I można się obawiać, że nieraz jeszcze dobre początki będą w filozofji prawa ginęły pod działaniem dziedzicznego zarazka chorobotwórczego. Od stu lat bowiem — nie licząc przebłysków w doktrynach dawniejszych — filozofja prawa wygłasza tezy, w znacznej mierze słuszne i trafne, lecz prześlizguje się po nich bez należytego wyzyskania naukowego wciąż pod wpływem nieuleczalnego błędu dogmatycznego. Pierwszy Petrażycki umiał dzięki swej niezwykłej zdolności konsekwentnego a opanowanego przemyślenia każdej metody w jej właściwej dziedzinie, każdy z tych zawiązków naukowych rozwinąć w jego właściwych granicach i poszczególne dziedziny do siebie poprawnie ustosunkować. Lecz pisma jego pozostają nieznane nauce zachodnio-europejskiej, a w rezultacie możemy widzieć, jak wśród ruchu odrodzenia filozofji prawa umysły mniejszej i większej, lecz nie jego miary, wysuwają — zawsze dając za mało, a sięgając za daleko, — ułamki jednostronne tych idei, które u niego znalazły wyraz całkowity, harmonijny i tak dziwnie jasny i prosty. Wszystkie zdrowe dążności, wysuwane przez walczące ze sobą kierunki „psychologiczny", „socjologiczny", „logiczny" i „normatywny" znalazły już u niego zastosowanie, każda w granicach odpowiadających swym zadaniom poznawczym. I — rzecz charakterystyczna — ta krytyka, jaka spotkała jego poglądy w nauce rosyjskiej i polskiej, opiera się w dalszym ciągu na pomieszaniu stanowiska teoretycznego z dogmatyczno-normatywnem, których poprawny rozdział został u niego z całkowitą jasnością i konsekwencją przeprowadzony.

Gdy Petrażycki określa zjawisko prawne jako przeżycie psychiczne człowieka, to idzie po linji, wytkniętej w tym kierunku przez prawników nowoczesnych od Savigny'ego przez Bierlinga do Duguit'a i innych „psychologistów" najnowszych, oraz równolegle przez moralistów dla zjawiska moralnego. Gdy umieszcza cechę specyficzną przeżycia prawnego i normy prawnej w tem, że wyrażają one ocenę postępowania jako obowiązującego jedną stronę, a nadającego uprawnienie drugiej, — to precyzuje tylko cechę normy prawnej, znaną każdemu, a dla przeżycia prawnego również niejednokrotnie wysuwaną. Czyni to tylko konsekwentnie, ze świadomością skutków teoretycznych założenia: każde przeżycie etyczne imperatywno-atrybutywne jest zjawiskiem prawnem, tak jak każde przeżycie jednostronnie imperatywne jest przeżyciem moralnem. I czyni to zarazem, zachowując ściśle granice właściwe stanowiska psychologicznego: samą normę jako przedmiot idealny („projekcję" lub „fantazmat") wyodrębnia z naciskiem od jej

podłoża realnego — przeżycia, umożliwiając przez to zarówno badanie teoretyczne normy i jej elementów w płaszczyźnie idealnej, jak badanie normatywne treści jej nakazów.

I oto krytyka prawnicza, akceptując najczęściej samą teorję psychologiczną jako wartościowy rozdział psychologji, zawierającej badanie „poczucia prawnego", protestuje jednak zgodnie, niezależnie od kierunku teoretycznego samego krytyka, przeciwko uznaniu tego „rozdziału psychologji" za teorję prawa: jakżebo my, prawnicy, moglibyśmy się zgodzić na to, że każde przekonanie każdego człowieka o czyichś prawach i obowiązkach jest „prawem"! Oto osobnik A ma przekonanie, że jest właścicielem rzeczy R, gdy księga hipoteczna mówi co innego; oto sam Petrażycki z zimną krwią przewiduje, że A może być warjatem, a R może reprezentować księżyc: przecie w ten sposób prawo staje się łupem nieograniczonego subjektywizmu, zbiorem jakichś stanów „błyskawicowych", gdy my wiemy, że ono jest czemś objektywnem, jednolitem i trwałem [1]).

Odwieczna suggestja stanowiska dogmatycznego odbija się w tej krytyce w sposób wyjątkowo jasny. O jakiż bowiem chodzi tu „objektywizm"? Jeśli o objektywizm teoretyczny, to właśnie stanowisko psychologiczne, konsekwentnie przeprowadzone, daje jego zupełną gwarancję: uchwycenie cechy przeżycia prawnego, tkwiącej w jego specyficznym składzie psychicznym, pozwala zbadać jego działanie, jego elementy, jego odmiany, wytwarzanie przezeń złożonych wytworów społecznych, rządzące niem prawa rozwojowe, — słowem stworzyć psychologję i socjologję prawa jako realnego i odrębnego w swej istocie składnika rzeczywistości, co wszystko jest możliwe jedynie pod warunkiem oderwania się od kryterjów oceny, od kwalifikowania treści odpowiednich stanów duchowych jako prawdziwych lub fałszywych, słusznych lub niesłusznych. Na tem polega objektywizm teoretyczny.

---

[1]) W literaturze naukowej polskiej obok innych prawników, jak prof. Jarra (Ogólna teorja prawa § 19) i prof. Peretiatkowicz (Zarys encyklopedji prawa, str. 19), zarzut ten wytacza ze szczególną energją i popiera obszernym materjałem i argumentacją prof. Znamierowski (Psychologistyczna teorja prawa, str. 58, 65 i n.). Nieporozumienie zachodzące u tego krytyka jest tem dziwniejsze, że choć różnicy stanowisk teoretycznego i normatywnego nie uznaje on wcale (por. utożsamienie dogmatyki i socjologji), jednak w przeciwieństwie do krytyków poprzednio wymienionych, uznaje różnicę między treścią myślową a procesem psychicznym, który jej podłoże stanowi. — W nauce rosyjskiej zarzut podobny ze stanowiska „objektywizmu" wytaczają wszyscy znani mi krytycy niezależnie od różnicy własnych ich poglądów, począwszy od Trubeckoja przez Michajłowskiego i Kistiakowskiego aż do G. Landaua, w jego skądinąd wyjątkowo inteligentnym artykule o Petrażyckim w *Philosophie und Recht*, II Jahrg. 2 Heft str. 106 i n.

I nie co innego, jak wydajność naukowa tego stanowiska, usprawiedliwia uznanie go za podstawowe przy badaniu prawa i ustalenie pojęcia przeżycia prawnego w roli klasowego pojęcia prawa.

Rzecz jasna, że prawnikom chodzi o objektywizm innego rodzaju: oni się obawiają wstrząśnienia norm prawnych, które powinny o b j e k t y w n i e o b o w i ą z y w a ć. Przekonanie warjata, że jest właścicielem księżyca, nie może być uznane za prawo, bo jest absurdem patologicznym; przekonanie osobnika A, że jest właścicielem majątku R, może być uznane za prawne, jeśli jest zgodne z księgą hipoteczną, lecz nigdy, jeśli z nią zgodne nie jest. Albowiem prawo stanowi system jednolity i niezależny od poglądów jednostek; prawa i obowiązki muszą być w jeden objektywny sposób ludziom wyznaczane. Nieporozumienie w tej krytyce zawarte jest tak wyraźne, polega na tak jaskrawem pomieszaniu dwóch płaszczyzn poznania, że w dzisiejszym stanie nauki mogłoby się z trudnością objawić w innej dziedzinie niż w prawie z jego tradycją dogmatyczną. Kto jest właścicielem rzeczy R, innemi słowy, komu wolno nią dysponować wyłącznie, z obowiązkiem wszystkich innych ludzi znoszenia tego jego postępowania i wstrzymywania się od wszelkiej ingerencji do tego stosunku, — to jest pytanie normatywne, wymagające odpowiedzi normatywnej. Teorja prawa tego pytania nie stawia i odpowiedzi na nie nie posiada: o prawie do majątku R. nie przesądza żadne zjawisko prawne, a więc nietylko przekonania osobników B, C, D (zdrowych na umyśle i przekonanych błędnie, że tytuł własności posiadają), nietylko przekonanie osobnika E (warjata), ale również i „słuszne" przekonanie osobnika A (właściciela hipotecznego). Pytanie to stawia wprawdzie każdy z wymienionych osobników badanych, lecz teoretyk prawa bierze za przedmiot badania tylko sam proces przekonania; czy A lub którykolwiek inny osobnik ma słuszność lub nie, na to może odpowiedzieć tylko dogmatyk, opierając się na kodeksie i księdze hipotecznej. Pomieszania tych dwóch stanowisk nie dopuści się nigdy logik, który odróżni bez trudności skonstatowanie (psychologiczne) faktu, że A rozumuje, od oceny (logicznej), że A rozumuje poprawnie; nie dopuści go się językoznawca, który spokojnie zakwalifikuje każdy prowincjonalizm gwarowy, a nawet żargon warjata jako zjawisko językowe, nie bojąc się przez to zachwiać „objektywności" przepisów gramatycznych, jakie sam wykłada uczniom w szkole [1]).

[1]) Tę różnicę stanowisk K e l s e n pojmuje z całą jasnością i głosi często i z naciskiem, graniczącym z natarczywością, np.: „Na pytanie, czy ktoś jest obowiązany i do czego, nie można odpowiedzieć przez badanie empirycznego człowieka i jego woli, lecz tylko przez interpretację idealnego systemu norm". Natarczywość w głosze-

Dwa te pola pracy muszą być rozdzielone; stanowi to warunek konieczny należytego rozwoju nauk prawnych. Dogmatyk ma przed sobą zadanie uporządkowania norm obowiązujących w system, zdolny w możliwie najwyższym stopniu do udzielenia w każdym konkretnym wypadku odpowiedzi na pytania praktyczne: do czego ktoś jest uprawniony i do czego obowiązany. Wiedzę tę czerpać może tylko z faktów normatywnych (ustaw, zwyczajów i t. p.), stanowiących podstawę jego systemu pozytywnego; cała dziedzina realnych zjawisk prawnych leży poza granicą jego pola. Zadanie badania tych zjawisk realnych przypada natomiast teoretykowi prawa, który ze swej strony przy rozważaniu procesów psychicznych i społecznych wyłączyć musi wszelkie kryterja oceny normatywnej. I każde z tych stanowisk względem prawa wytwarza sobie inną koncepcję samego prawa. Dla dogmatyka prawem jest ów system norm obowiązujących; co się w jego budowie nie mieści, nie jest już prawem, j e g o prawem. Niema powodu odmawiać dogmatykowi przywileju tej dogodnej dla niego terminologji; lecz narzucanie tej koncepcji prawa teorji, jako ogólnego pojęcia klasy przez nią badanej, było, jak starałem się wykazać, główną przyczyną błąkań i bezpłodności dotychczasowych prób budowania tej nauki. Dla teoretyka prawem jest klasa zjawisk, wyróżniających się przez objektywne cechy psychologiczne; ona to, z jej bogatem życiem i wielorakiemi przejawami, stanowi przedmiot teorji prawa; rozważana zaś samodzielnie, w oderwaniu od swego podłoża psychicznego jego treść idealna daje normę prawną, — jeszcze jedną postać prawa, wytworzoną przez odrębne ujęcie — teoretyczne lecz nie realne. Wszystkie te koncepcje prawa mogą być stosowane z pożytkiem w pracy naukowej, pod warunkiem świadomego ujęcia ich charakteru i stosunku wzajemnego. — Jest jednak naiwnością naukową dochodzić do „pluralizmu" pojęć, jak to czyni np. Kistiakowski, wyodrębniając aż sześć pojęć prawa nawzajem od siebie niezależnych: państwowo-organizacyjne, socjologiczne, psychologiczne, normatywne, techniczno-dogmatyczne i polityczne [1]). Prawo jest nam dane przedewszystkiem jako zjawisko psychiczne i czynnik życia społecznego, i naukowe pojęcie jego jako klasy odrębnej jest jedno, — to pojęcie teoretyczne zjawiska prawnego; pojęcie normy, przydatne zarówno dla teorji jak dla dogmatyki, stanowi tylko wyodrębnioną idealnie treść wszelkiego prawa;

niu tej prostej zasady nie jest jednak, jak widać, zbyteczną, skoro niezrozumienie jej objawiają w dziedzinie prawa tak liczni prawnicy, a nawet filozofujący o prawie logicy, w dziedzinie zaś moralności zaprzeczenie jej całkowite głosił — przynajmniej w *Hauptprobleme* — sam Kelsen.

[1]) Kistiakowskij B. A. Socjalnyja nauki i prawo, Moskwa 1916, str. 317 i n.

dogmatyczne pojęcie „prawa obowiązującego" obejmuje konkretny system norm pewnego ustroju lub jego części, jest więc pojęciem pochodnem od zasadniczego [1]).

Czy i jaki zachodzi stosunek między prawem w znaczeniu teoretycznem a „prawem" dogmatyka poza konieczną zależnością logiczną drugiego od pierwszego? Czy i o ile „prawu" dogmatyka odpowiada stosowny kompleks zjawisk prawa realnego, żyjącego w społeczeństwie? Na to pytanie nie może być odpowiedzi ogólnej; możliwa jest tylko odpowiedź konkretna dla danego miejsca i chwili i zawsze tylko przybliżona, oparta na badaniu danego ustroju. Mamy bowiem z obu stron do czynienia z żywemi i złożonemi kompleksami: z jednej strony z kompleksem motywacyj zbiorowych z całem ich zmiennem bogactwem, z drugiej — z kompleksem, mającym podstawę w również płynnych faktach normatywnych, spojonych płynnym też cementem stosunków „obowiązywania".

Zbytnio upraszczają sprawę koncepcje „realistyczne", uznające system norm dogmatycznie obowiązujący w danem państwie za odbicie dorównane psychiki prawnej jego ludności (Niektóre teorje identyfikują całkowicie te dwa kompleksy, por. np. Duguit, Jarra). Choć zgodność pewna musi tu zachodzić i rozbieżność, posunięta poza pewną granicę, wywołuje zwykle przewrót i przystosowanie się systemu obo-

---

[1]) Ponieważ norma prawna stanowi klasę pod względem logicznym równie poprawną, jak zjawisko prawne, może powstać pytanie, czy właściwą teorją prawa nie byłaby t e o r j a n o r m y p r a w n e j. Zdaje mi się, że sprawę tę rozstrzyga w kierunku negatywnym zastosowanie sprawdzianu wydajności naukowej. Tezy teoretyczne, jakie można wypowiedzieć w sposób dorównany o normie prawnej, stanowią tylko transpozycję na język idealny tych tez, które mają zastosowanie do zjawiska prawnego; są przy tem bez porównania uboższe, gdyż bogate prawdy psychologiczne i socjologiczne, jakie teorja wypowiada o zjawisku na gruncie przyczynowości, nie mają tu zastosowania. Tezy zaś, mające zastosowanie równoległe w obu płaszczyznach (np. klasyfikacja przeżyć i norm, analiza elementów przeżycia i normy), wykazują w dziedzinie idealnej wartość swoistą nie dla celów poznania teoretycznego, lecz raczej tylko jako przygotowanie pewnych podstaw dla dogmatyki, podobnie jak dział t. zw. „analityczny" logiki (również równoległy do odpowiedniego działu psychologji) ma wartość materjału do ustalania przepisów logiki praktycznej. Sądzę więc, — oświadczając gotowość cofnięcia tej tezy w razie przedstawienia dowodów przeciwnych, — że wartość posiada budowanie pewnych tylko drugorzędnych działów teorji w „języku idealnym", i posiada ją tylko dla celów dalszej pracy praktyczno-dogmatycznej. — Dotychczasowe próby budowania teorji prawa jako teorji normy prawnej, do których należą prace polskie pp. Znamierowskiego i Rundsteina, nie dostarczają do tej sprawy dowodów ani za ani przeciw, gdyż wobec nieporozumień co do istoty normy prawnej i co do jej ujęcia (obie książki szukają wyłącznie normy obowiązującej i nie ujmują trafnie jej cechy specyficznej) nie zawierają wogóle tez teoretycznych o normie prawnej lub zawierają ich niezmiernie mało.

BIBLIOTEKA SZKO
NAUK POLI

wiązującego do stanu psychiki, lecz zgodność nigdy nie może być zupełna. W ustrojach dzisiejszych obowiązuje system, ustalony w ustawach i innych faktach normatywnych, i stosowaniu podlega to „prawo obowiązujące", przechodząc przez psychikę osobników je stosujących, nie zaś prawo działające w psychice mas. Normy zaś, dane w faktach normatywnych, tylko częściowo bywają bezpośredniem odbiciem przekonań masowych: ustawy powstają pod wpływem motywów najróżnorodniejszych — politycznych, kierowanych znowuż celami różnorodnemi, prawnych, odbijających przekonania intuicyjne ich twórców i t. p., nieraz zaś przejmowane są lub zlepiane z wzorów obcych; zależność ich od psychiki prawnej społeczeństwa jest przeważnie tylko pośrednia: treść ustaw bywa przyjmowana przez społeczeństwo dzięki temu, że to ma w sobie wytworzone dyspozycje prawne posłuszeństwa wobec władzy państwowej; często jednak i tu grają rolę motywy uległości nie mające cechy etycznej. Sam zwyczaj, uważany powszechnie niemal za bezpośrednie odbicie przekonań prawnych, polega często na czynnościach, wykonywanych z motywów bynajmniej nie prawnych: zjawisko prawa zwyczajowego zachodzi tam tylko, gdzie ktoś przeżywa przekonanie prawne, opierając się na wyobrażeniu zwyczaju jako faktu normatywnego.

Jeśli zaś weźmiemy sprawę z drugiej jej strony, pytając, jak system „prawa obowiązującego" wpływa na życie realne, to odpowiedź również nie może być prostą. Tam wszędzie, gdzie sędzia, urzędnik lub zwykły poddany „zachowuje" lub „stosuje" normy prawa obowiązującego, — mamy do czynienia ze zjawiskami prawnemi, będącemi istotnem odbiciem norm obowiązujących. Im bardziej skuteczne, powszechne i trwałe jest bezpośrednie działanie motywacyjne, tem ustrój zdrowszy. Lecz i tu mamy do czynienia z rzeczami płynnemi: przekonania prawne, oparte pierwotnie o fakty normatywne, zatracają stopniowo ten kontakt, przeżywane są już jako „prawo" poprostu, bez powołania się na źródło, — z pozytywnych przetwarzają się w intuicyjne; taki proces przyczynia się niewątpliwie do wzmocnienia ustroju, lecz skądinąd prawo intuicyjne podlega swoim własnym dążnościom rozwojowym, i wtedy powstają wytwory niezgodne z systemem. To samo przetwarzanie się przekonań z pozytywnych w intuicyjne zachodzi w psychice sędziów i prawników wogóle: zasady pozytywne nabierają cechy zasad absolutnych („*ratio scripta*" romanistów, kryterjum „prawdy" u Savigny'ego w jego „prawie prawniczem"), lecz znów w psychice intuicyjnej zachodzi ewolucja, i oto zasady intuicyjne nowe, różne od pozytywnych, wysuwane są jako źródła bądź uzupełniające, bądź reormujące ustawy (ruch wolnego orzecznictwa, odrodzenie „prawa na-

turalnego"). Ale „żywe prawo", będące odbiciem norm obowiązujących, bynajmniej nie jest jedynym motywem ich zachowania: rolę znaczną, tem większą, im większa jest w danej chwili obcość systemu psychice mas, im mniejsza tych mas „tresura" prawna, — grają tu motywy oportunistyczne obawy wobec sankcji w systemie przewidzianej, te motywy o znaczeniu wielkiem dla funkcjonowania ustroju, z prawem jako ich wytwór społecznie wtórny związane, lecz całkiem błędnie przez Kelsena — za innych wzorem — uznane za jedynie specyficzne odbicie norm prawnych. Wreszcie działanie systemu utrwalonego w faktach normatywnych objawia się w pobudkach do postępowania, wcale przez normy jego nie nakazanego, wytwarza całe dalsze systemy postępowania celowego, stanowiące np. istotę zjawisk ekonomicznych [1]). — Taki obraz różnolity przedstawia się nam już, gdy badamy sferę zjawisk, od ustroju oficjalnego bezpośrednio lub pośrednio zależnych. Lecz poza tą sferą — możliwą tylko do sztucznego wyodrębnienia przez analizę — rozciąga się szeroki obszar zjawisk, w których działają wszystkie różnorodne czynniki i dążności rozwoju prawnego. W każdem społeczeństwie żyją i działają pozostałości ustrojów przez system oficjalny usuwanych i zwalczanych — zabytki okresów minionych, prawo narodowości podbitych i t. p.; w każdem psychika prawna, obok i wbrew działaniu dążności jednoczących, płynie wieloma korytami, z których jedne prowadzą do przekształcania ustroju jako całości, inne wytwarzają psychikę prawną poszczególnych grup i klas społecznych, tak nieraz różną od siebie, trzecie krystalizują się w całe odrębne drobne ustroje, raz tolerowane lub nawet otaczane opieką przez państwo, jak ustroje stowarzyszeń, rodzin, to znów przez państwo zwalczane, jak ustroje grup bandyckich, przemytnickich, rewolucyjnych i t. p. „Rzeczywistość prawna" przedstawia obraz znacznie bogatszy i zawilszy, niż o tem sądzi tradycyjna filozofja prawa, i ma się do systemu dogmatycznego tak mniej więcej, jak stan językowy ludności z jego bogactwem objawów do schematu gramatyki szkolnej.

Sprawa czynników, wpływających na wytwarzanie się systemów pozytywnych, i z drugiej strony wpływu tego systemu na życie realne wyprowadza badacza poza izolowane zjawisko prawne i otwiera drogę do badania ustroju społecznego, który stanowi mechanizm wielce zawiły, będąc wytworem działania prawa w części znacznej, lecz nie całkowicie, a w żadnym razie nie mechanicznem „odbiciem w rzeczywistości" systemu norm, w danem społeczeństwie i w danej chwili dog-

---

[1]) Por. przekrój systemów postępowania masowego w analizie ustroju gospodarczego u Petrażyckiego, Teorja prawa, t. I, § 11.

matycznie obowiązującego. Psychologiczna teorja prawa przez uch[illegible]-cenie realnego zjawiska prawnego w jego odrębnej, swoistej ist[illegible]e, oraz procesów społecznych jego powstawania i działania, już w pi[illegible]v-szem swem ujęciu u Petrażyckiego zdołała rzucić na zagadnienie ust[illegible]ju światło dotąd nieznane, spożytkować i skorygować wiele twierd[illegible]eń tradycyjnych o jądrze słusznem a postaci wadliwej, i wskazała pole do dalszego płodnego badania. Natomiast umieszczanie kryterjum pr[illegible]va w dogmatycznem obowiązywaniu i sztuczne dociąganie „rzeczywist[illegible]ści prawnej" do systemu norm obowiązujących i odwrotnie, które stan[illegible]wi stały wynik błędu dogmatycznego zarówno u idealistów typu Kels[illegible]na, jak u realistów typu Duguit'a, skazuje naukę na nieuniknioną bezp[illegible]od-ność dowolnych konstrukcyj, obcych życiu, i na beznadziejne koło[illegible]va-nie w tautologji bez wyjścia.

BIBLIOTEKA SZKOŁY NAUK POLITYCZNYCH W KRAKOWIE