

Prof. JERZY LANDE

Sprawa teorji prawa



VII-1934-Las

3026

1934



VII-1934-Las

ODBITKA Z „GŁOSU PRAWA“

WPS-1.419

r. 7 do 11 z r. 1933

e Lwowie, ul. Sykstuska 49.

Wydz. Bibl. Prawnicza



1806147511

O Niekonie pomyśle proo.
autn

JERZY LANDE
Prof. U. J.

BIBL. ZAKŁ. NAUK ADM.		
I PRAWA ADMINISTR. U. J.		
Data X. Nr.: 3026		
W.	t.	ogz.

Sprawa teorii prawa.

1. Akt oskarżenia.

W roku 1847 prokurator berliński J. H. von Kirchmann wytoczył najsłynniejsze w swej karierze oskarżenie. Wszystkie inne jego działania sądowe utonęły już dawno w zapomnieniu, podobnie jak umarli przestępcy, przeciwko którym były skierowane. W tym jednym wypadku oskarżenie wciąż jeszcze jest aktualne, proces nie może się doczekać zakończenia, wyrok dotąd nie zapadł, oskarżona żyje i chodzi na wolności. Jest nią bowiem nauka prawa. A prokurator, który tej swojej nauce przez całe życie wiernie służył, zarzucił jej, nie bez głębszego bólu, bezwartościowość naukową. Tytuł głośnego odczytu brzmiał: „Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft”. Wobec wielkiej wrzawy, jaką odczyt wśród prawników wywołał, autor ogłosił go zaraz drukiem w dwóch kolejnych wydaniach. Odtąd myśl naukowa prawnicza wraca do oskarżenia Kirchmanna; wraca doń, ilekroć przystępuje do rachunku sumienia z wyników osiągniętych i do wytykania dróg na przyszłość, — a wiadomo, że takie „przełomy” zachodzą w naszej nauce częściej niż w innych, lecz żaden z nich, wbrew zapowiedziom, nie

okazał się ostatecznym. Wracają do oskarżenia Kirchmanna kierunki najróżniejsze i, rzecz ciekawa, każdy znajduje w nim dla siebie punkt oparcia. Ostatnio wznowiono nawet dwukrotnie wydanie broszury.

Kirchmann w swym odczycie dał niewątpliwie wyraz pewnym nastrojom i dążnościom, ściśle związanym z epoką i dziś tracącym nieco myszką; do nich należy chociażby odziedziczone po romantyzującym historyzmie pojęcie „prawa naturalnego“, żyjącego w ludzie i przeciwstawianego „martwej“ ustawie i sądownictwu zawodowemu; stąd ostatni wybuch entuzjazmu dla Kirchmanna w szeregach niemieckiej „szkoły wolnego orzecznictwa“. Lecz są też u naszego autora rzeczy głębsze; potrafił on dojrzeć przenikliwie i wyrazić w formie niezwykle dobitnej pewną tragedję prawoznawstwa o cechach bynajmniej nie sezonowych. Stoi mu wciąż przed oczyma wzór nauk przyrodniczych z ich wynikami trwałymi i nieprzemijającymi; przedmiotem ich jest tylko to, co naturalne, wieczne, konieczne. Jakże nędzny jest wobec tego los nauki prawa! Bada ona przedmiot z natury swej przemijający, — prawo w danej chwili obowiązujące; wystarczy kilka słów ustawodawcy, i całe biblioteki stają się makulaturą. Niedosć tego: nawet w tym zmiennym materiale prawoznawstwo skupia swą uwagę nie na tem, co ważne i zdrowe, lecz na tem, co chore i przypadkowe. O zasadach ogólnych nie mówi się niemal nic, natomiast 9/10 rozpraw poświęca się temu, co sporne i niejasne, — lukom, dwuznacznościom, sprzecznościom w ustawie. „Juryści... stali się robakami, co żyją zgniłem drzewem; odwracając się od tego, co zdrowe, gnieźdzą się i przędą swe włókna w tem co chore“. Nauka staje się „służebnicą przypadku, błędu, namiętności, niezrozumienia“.

Gdy tak się ma rzecz z wartością teoretyczną naszej nauki, nie dziw, że jej wartość praktyczna przedstawia się też opłakanie. Nauki przyrodnicze, matematyczne, psychologja, dając zrozumienie procesów rzeczywistości, kierują naszym opanowaniem przyrody dla dobra ludzkości. Nauka prawa i w tym kierunku jest bezsilna: zapatrzona jedynie w przeszłość, reprezentowaną przez ustawy obowiązujące, skupiona wokół przypadkowych kontrowersyj, jest konserwatywna, nie umie ująć w swe dłonie zadania postępowego przekształcenia prawa, założyć nowych fundamentów, dźwignąć wgórę całei budowy; nie wybiega poza matnię drobnych szczegółów.

Oto w krótkości treść aktu oskarżenia. — Jakie stanowisko możemy zająć wobec niego dziś? Jaki wyrok wydamy, gdy się podejmiemy roli sędziów? Sprawa nie jest prosta. Wyrok zależy przede wszystkim od tego, jak sprecyzujemy osobę oskarżonej, jak zrozumiemy ową „*Jurisprudenz*“, „naukę prawa“, w którą prokurator mierzy.

Sam Kirchmann, oczywiście, miał tu na myśli całokształt pracy naukowej prawnika, lecz niemniej oczywiście utożsamiał go z dogmatyką prawa; metodę dogmatyki uznawał za typową metodę myślenia prawniczego. Nie odbiegał w tem od tradycji panującej za jego czasów i nie przestającej panować, z małemi bardzo wyjątkami, aż po czasy nasze. Bo przecież, wyjąwszy jedynie historję prawa, która stanowi dyscyplinę wyraźnie odrębną, lecz zajmującą stanowisko uboczne, pomocnicze, — i dotąd jeszcze, jak było od wieków, przez „prawnika” rozumie się znawcę paragrafów, uczonego, który wyklada treść przepisów obowiązujących, przez „myślenie prawnicze” — procesy interpretacji i systematyzacji t. zw. źródeł, przez „naukę prawa” czy „prawoznawstwo” — dogmatykę prawa, która dalej dzieli się już tylko na działy: prawo polityczne, cywilne, karne, administracyjne, skarbowe itd., itd.

I otóż, gdyby w naszym procesie na ławie oskarżonych zasiadła dogmatyka prawa, to byłoby rzeczą łatwą uzyskać dla niej wyrok uniewinniający. Zachodziłby tu t. zw. „osobisty powód wykluczający bezprawność”. Albowiem ani teoretyczne zadanie wykrywania tego, co „trwałe” czy „konieczne”, ani praktyczne zadanie postępowego przekształcania prawa do dogmatyki nie należy; zadania jej ograniczone są do pewnego zakresu, który odpowiada istotnie sarkastycznemu obrazowi, naskicowanemu przez Kirchmanna, lecz w tym zakresie dogmatyka ma do spełnienia rolę szanowną i cenną, i zbrodnie jej zarzucane uznane być muszą za cnoty. Inaczej zupełnie rzecz się będzie miała, jeśli proces wytoczymy „nauce prawa” czy „prawoznawstwu” jako całokształtowi. Nauka prawa w tem szerszem ujęciu istotnie ma obowiązek uchwycić teoretycznie nie tylko to co zmienne i przemijające, lecz także to, co „wieczne” i „konieczne” w prawie; ma też obowiązek wytykania dróg ku udoskonaleniu prawa; i do spełnienia obu tych zadań ma odpowiednie środki. Jeżeli jednak, zamykając się siłą odwiecznej bezwładności na terenie i w metodach dogmatyki, tych zadań nie spełnia, to wydaje się zasługiwać w pełni na wyrok skazujący.

2. Dogmatyka prawa.

Przeprowadźmy sobie przedewszystkiem, w trybie możliwie uproszczonym, proces pierwszego typu, proces z oskarżenia dogmatyki prawa. Zarzuty Kirchmanna okażą się tu w swej treści przeważnie trafne, lecz nie będą zarzutami.

Jakież bowiem jest zadanie dogmatyki? Wykladać treść norm prawnych, obowiązujących oficjalnie w danem miejscu i w danym czasie. A skoro treść tych norm, zwłaszcza w okresach przewagi ustawodawstwa, zmienia się w zależności od każdego aktu ustawodawczego, skoro ustawodawstwa poszczególnych krajów różnią się pomiędzy sobą, tedy nic dziwnego, że

„prawdy“ głoszone przez dogmatykę nie mogą być podobne do prawd „trwałych“, wypowiedzianych przez fizykę, biologję lub psychologję, lecz są i muszą być „prawdami“ o charakterze lokalnym i sezonowym, i jedno pociągnięcie pióra ustawodawcy składa je nieraz na spoczynek wieczny.

Niema też winy dogmatyki w tem, co Kirchmann nazywa drwiąco „gnieźdzeniem się w zgniłym drzewie“, — przeciwnie, jest w tem zasługa, jest celowe przystosowanie się do swej właściwej funkcji społecznej. Obserwacja oskarżyciela jest zresztą zupełnie trafna, powiedzmy więcej — świadczy o rzadkiej przenikliwości spojrzenia. Istotnie, dogmatyka załatwia się krótko z zasadami ogólnymi, które są dla wszystkich jasne, skupia natomiast swe wysiłki na tych szczegółach, które budzą wątpliwości, spory lub sprzeczności. Nic w tem dziwnego. Prawo jest podstawowym czynnikiem życia społecznego, gdyż swemi przepisami wyznacza zachowanie się wzajemne członków społeczności. Jest rzeczą ważną dla zdrowia ustroju, aby to zachowanie się było jednolite, nie dochodząc do konfliktów; gdyby zaś zaszedł konflikt, aby był on rozstrzygnięty jasno i podany do wiadomości ogółu w taki sposób, by uniknąć powtarzania się go na przyszłość.

I otóż już same ustawy w redakcji swojej — w sposób poważnie nieświadomy, lecz celowy — przystosowują się do tego zadania. Prócz może ustaw konstytucyjnych, które od czasu rewolucji francuskiej lubią głosić uroczyste podstawowe zasady ustroju, ustawy nasze mało miejsca poświęcają normom podstawowym, a rozwijają szczegółowo przepisy, dotyczące drobiazgów formalnych. Ktoby zechciał na podstawie naszych kodeksów cywilnych wytworzyć sobie obraz obecnego ustroju prawnoprywatnego, miałby trudność z wyszukaniem jego zasad podstawowych, musiałby ich przeważnie szukać „między wierszami“, gdy znaczną część tekstu wypełniają przepisy dotyczące warunków ważności poszczególnych aktów oraz skutków naruszenia poszczególnych obowiązków. Wszystko jest skierowane ku temu, by stworzyć dla poszczególnych wypadków niewątpliwą praw i obowiązków między stronami, by uniknąć niejasności i kolizji. Otóż dogmatyka uzupełnia tę funkcję ustaw i idzie w tym kierunku jeszcze dalej. Wyjaśnia to wszystko, co pozostaje niejasne w poszczególnych ustawach, wypełnia w nich luki, stara się ustalić zgodność między różnemi ustawami, stara się o to tam nawet, gdzie to się osiągnąć obiektywnie nie da wobec ich sprzeczności. I całe to „grzebanie się w zgniłym drzewie“ bynajmniej nie zasługuje na pogardę, nawet wówczas, gdy ucieka się z konieczności do naciągnięć i kolizyj z logiką, — przeciwnie, w ten sposób dogmatyka pełni swą doniosłą rolę społeczną dodatkowego czynnika unifikacji prawa obowiązującego, uzupełnia funkcję unifikacyjną ustaw, przyczyniając się do jednolitego działania prawa w społeczeństwie.

Gdy tak się zrozumie charakter i funkcję dogmatyki, zarzuty Kirchmanna upadną same przez się. Nie można wyznaczać praktycznego zadania przekształcania prawa obowiązującego nauce, której praktycznym zadaniem jest właśnie głoszenie, strzeżenie, jednolite tłumaczenie i jednolite stosowanie tego prawa. O zadaniach zaś „teoretycznych” dogmatyki lepiejby było nie mówić. Kelsen ustalił w sposób dostatecznie przekonujący, nawet nie bez pewnej przesady w konsekwencjach¹⁾, że myślenie dogmatyczno-prawnicze zamyka się w dziedzinie powinności, że więc dogmatyka jest nauką praktyczną i normatywną. Znacznie wcześniej od Kelsena i bez jego jednostronności ustalił to zresztą Petrażycki, wyjaśniając zarazem na gruncie swej teorii prawa rolę społeczną dogmatyki. Jakkolwiek bądź, nazwę „teoretycznych” należy zachować raczej dla nauk mówiących „o tem co jest”, gdy dogmatyka, wykładająca treść norm obowiązujących, mówi o tem, „co według tych norm być powinno”. Nauką praktyczną w tem znaczeniu jest ona także w całej swej budowie myślowej.

Wprawdzie pozytywizm dawnego typu, jako kierunek naukowy, uznający za jedyne źródło poznania obserwację i doświadczenie, znalazł także swe echo w świecie prawniczym i u Kirchmanna właśnie echo to się odzywa, gdy marzy o podstawie „doświadczalnej” dla prawoznawstwa. Lecz zachodzi tu, przynajmniej w stosunku do dogmatyki, głębokie nieporozumienie. Normowanie uprawiane przez dogmatykę jest wprawdzie pozytywne, gdyż opiera się na faktach normatywnych (źródłach) w przeciwstawieniu do normowania absolutnego, uprawianego przez prawo naturalne; lecz jeśli nawet się zgodzić na uznanie takiego normowania za „empiryczne” w przeciwstawieniu do normowania „racjonalistycznego” prawa naturalnego, co stanowi sprawę wielce wątpliwą, — to w każdym razie taki „empiryzm” w normowaniu będzie czemś zupełnie odmiennem od empiryzmu teoretycznego nauk przyrodniczych, które badają metodami doświadczalnemi zjawiska i ich związki wzajemne.

3. W poszukiwaniu ogólnej nauki o prawie.

Tak więc, gdy się ściśle oznaczy naturę i zadanie dogmatyki, okaże się, że Kirchmann wprawdzie trafnie ujął jej charakter jako nauki o tem co „przypadkowe” i „przemijające”, lecz

¹⁾ Szczegółową krytykę tej i innych koncepcyj Kelsena przeprowadziłem w rozprawie *Norma a zjawisko prawne* (Czasopismo Pr. i Ekon., Kraków 1925). Obecnie można stwierdzić z zadowoleniem, że uczeni, grupujący się dokoła Kelsena, zaczynają przezwyciężać niektóre jego jednostronności; por. książkę zbiorową p. t. *Gesellschaft, Staat und Recht*, wydaną przez Verdrossa, Wiedeń 1931, a w szczególności artykuł Moora.

niesłusznie żądał od niej spełnienia zadań, które do niej nie należą. Czy mielibyśmy jednak wobec tego wyrzec się w dziedzinie prawa szukania tego co „trwałe” i „konieczne”, a także pracy nad udoskonaleniem prawa obowiązującego? — Taki pesymistyczny wniosek nasuwałby się tylko w tym wypadku, gdybyśmy całe naukowe myślenie prawnicze zamknęli w granicach dogmatyki. Wówczas zaszłaby druga ewentualność procesowa, jaką przewidzieliśmy wyżej, i oskarżenie Kirchmanna z trudnością dałoby się odeprzeć. Lecz dzieje prawoznawstwa, od czasów najdawniejszych po dzień dzisiejszy, wykazują niezliczone próby wyjścia poza dogmatykę i znalezienia w prawie czegoś „trwałego” i „pewnego”. Obrona w naszym procesie będzie mogła na nie się powołać, a rzeczą naszą będzie wydać orzeczenie, czy któraś z tych prób nie dała wyników przekonujących.

Z tytułu wieku skierujmy wzrok przede wszystkim na koncepcję t. zw. „prawa naturalnego”. Chce ona rozwiązać sporne zadanie w sposób bardzo prosty. Oto istnieje prawo pozytywne różnych narodów i czasów, oparte na takich czy innych faktach ustanowienia, a więc względne i zmienne; ale istnieje obok niego inne prawo, obowiązujące niezależnie od czyjegokolwiek ustanowienia, samo przez się, i to prawo ma charakter absolutny, niezmienny i konieczny. Gdy więc dogmatyka wykląda normy prawa względnego, nauka prawa naturalnego wykląda normy owego prawa bezwzględnego. Długo wierzone w możliwość spełnienia tego zadania, największe głowy od Arystotelesa przez Grocjusza do Kanta udzielały swej pomocy, prawnicy układali całe kodyfikacje owego prawa wiecznego, a jednak wyniki wypadły mało przekonująco. Okazało się, że za prawo naturalne podawano normy, historycznie uwarunkowane przez tło ustrojowe, i „najświętsze” jego zasady wydawały się innym autorom już w tym samym czasie, a ogółowi w każdej następnej epoce — zasadami wręcz „przeciwnymi naturze”: wszak z prawa naturalnego miało wypływać i niewolnictwo, i wolność z równością, i własność prywatna i zbiorowa... To też w w. XIX-ym zapanował relatywizm: nie można ustalić naukowo zasad normatywnych o ważności bezwzględnej, wszelkie normy są wytworami pewnych stanów społecznych i muszą się wraz z ewolucją zmieniać. W ostatnich czasach podnoszą się wprawdzie odosobnione głosy w obronie możliwości ustalenia norm bezwzględnych (w Polsce np. Bitner, *Pewniki prawa*, Warszawa 1952), lecz trudno im przyznać moc przekonującą. To też dopóki koncepcja prawa naturalnego nie będzie poparta dowodami mocniejszymi, wypadnie pozostać przy relatywizmie.

Pozostaje wówczas drugi kierunek poszukiwań. Jeśli nie można w prawie znaleźć treści o charakterze niezmiennym, jeśli treść przepisów prawnych zmienia się w sposób nieunik-

niony, to może jednak sama istota prawa jest czemś stałym. Prawo, choć przepisy jego się zmieniają, pozostaje jednak prawem, posiada jakąś strukturę swoistą, odróżnia się czemś od innych norm, jak np. moralność, pełni jakąś funkcję w życiu społecznym, powstaje w pewien sposób, zmienia się i ginie. Takie tematy narzucają się w sposób naturalny, z chwilą gdy wiemy, że istnieje jakiś przedmiot odpowiadający naszemu wyrazowi „prawo“, i stąd koncepcja jakiejś nauki ogólnej o prawie, nauki już nie głoszącej normy, lecz mówiącej o normach niezależnie od ich treści. Taka nauka ogólna istnieje od niepamiętnych czasów; uprawiali ją nawet zwolennicy prawa naturalnego, o ile przed przystąpieniem do kodyfikacji norm bezwzględnych stawiali sobie pytanie „czem jest prawo“, i uprawia się ją w czasach nowszych coraz usilniej, czy to jako przedmiot osobnych rozdziałów, czy jako temat dzieł specjalnych, czy nawet jako przedmiot nauczania uniwersyteckiego.

Nosiła ona i nosi bardzo różne nazwy: od skromnych, jak „Wstęp do prawoznawstwa“ lub „Encyklopedia prawa“, poprzez spokojne, ale pełne godności, jak „Ogólna nauka o prawie“ lub „Teoria prawa“ aż do wzniosłych, jak „Filozofia prawa“. Jaki uczynić tu wybór? Wypada przedewszystkiem zaznaczyć, że gdy chodzi o literaturę istniejącą, to wybór etykiety umieszczonej na dziele o niczem jeszcze nie przesądza. Zależy on nie tylko od dążności (nie mówiąc już o kwalifikacjach) naukowych autora, lecz także od tradycji miejscowej, od nazwy użytej w oficjalnym programie studjów uniwersyteckich, od upodobań, od mody, od przypadku. Dlatego też można napotkać niejedną „teorię“ o poziomie skromniejszym od niejednego „wstępu“, i niejedną „filozofję“ o słabszem uzasadnieniu filozoficznym od jakiejś „teorii“. Gdy się więc przystępuje do porównania i wyboru, trzeba sobie wziąć za podstawę bądź to pewien typ przeciętny nauki, jaki się wytworzył, bądź też rozumny sens, jaki można odpowiednim wyrazom nadać. Z tego stanowiska wybór nie nastrecza zbytniego kłopotu.

Nazwa „wstęp do prawoznawstwa“, „wstęp do nauk prawnych“ itp. rozpowszechniona jest przedewszystkiem w Niemczech (*Einleitung in die Rechtswissenschaft* lub tp.). Rzuca się w oczy odrazu, że nazwa ta ma na celu nie charakterystykę samej nauki, ale raczej oznaczenie jej roli w systemie nauczania; jest to nietylko nauka, co przedmiot nauczania; czem ten wstęp ma być wypełniony, niewiadomo. Jeśli zaś chodzi o poziom naukowy, to nasuwa się podejrzenie, że ma on być raczej elementarny, propedeutyczny, przeznaczony dla początkujących. Koncepcją tą możemy więc bliżej się nie zajmować.

Encyklopedia prawa ma za sobą długą tradycję, począwszy od dzieła Huniusa — *Encyclopaedia juris universi*, wydanego w r. 1638; była do niedawna ulubionym tytu-

lem autorów niemieckich, że wspomnimy popularne książeczki Merkla i Gareisa; figurowała jako przedmiot nauczania w Rosji przedwojennej, w Austrii i w Niemczech. Książki pod tym tytułem w przeważającym swym typie zawierały krótkie wiadomości z poszczególnych dziedzin prawa — politycznego, cywilnego, karnego itp., — oraz na początku krótkie „wiadomości ogólne” o prawie. Znowuż jest rzeczą jasną, że mamy tu do czynienia raczej z przedmiotem nauczania, niż z samodzielną nauką; przecież owe wiadomości z poszczególnych działów są zaczerpnięte z odpowiednich dogmatyk, i encyklopedia podaje z nich tylko pewien wybór, aby w sposób łatwy w nie wprowadzić i dać pewną orientację przedwstępną. Inaczej rzecz się ma z owymi wiadomościami ogólnymi o prawie: tu niewątpliwie jest miejsce na tezy ogólne, które nas zajmują. Lecz skoro te tezy ogólne mogą wystąpić samodzielnie w postaci odrębnej dyscypliny, jako „ogólna nauka” czy „teorja prawa”, to pocóżbyśmy ich szukali w encyklopedjach z ich charakterem popularyzatorsko - propedeutycznym? Lepiej skierować się odrazu do pierwszego źródła.

Tak dochodzimy do „ogólnej nauki o prawie” i do „teorji prawa”. Gdy chodzi o wybór między temi dwiema formułkami, zaważyć już mogą tylko wyłącznie względy celowości naukowej. *Allgemeine Rechtslehre* jako nazwa nauki posiada prawo obywatelstwa w Niemczech; ale, rzecz ciekawa, żadne dzieło, o ile mi wiadomo, nie nosi tego tytułu: autorowie, których ambicje sięgają wyżej od „encyklopedyj” i „wstępów”, a nie dosiegają lub nie chcą dosięgać wyżyn „filozoficzności”, obierają sobie inne tytuły, np. *Juristische Prinzipienlehre* (Bierling), *Juristische Grundlehre* (Somló). Teorja natomiast zrodziła się, jak się zdaje, w Rosji; wprowadził ją Korkunow, utrwalił swemi dziełami nasz Petrażycki, — i to w czasie, gdy przedmiot wykładowy nosił urzędową nazwę encyklopedji. Z Rosji zapewne przeszła ta nazwa do Polski, gdzie znalazła się w obowiązującym planie studjów prawnych. W Europie zachodniej pojawia się tylko sporadycznie; napotkamy ją w pojedynczych wypadkach w Anglii (Salmond, *Jurisprudence or the theory of law*), w Niemczech (Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*); programowo wysunął ją w swym tytule kwartalnik międzynarodowy, wychodzący od r. 1926 w Brnie Morawskiem — *Revue internationale de la théorie du droit*, a programowość tkwi w tem, że teorja chce tu pozostać na gruncie ściśle naukowym i prawniczym w przeciwstawieniu do „filozofji prawa”. O tradycjach więc co do tych dwóch terminów trudno jeszcze mówić. Cóż mówią względy celowości? „Ogólna nauka o prawie” jest nazwą bardzo ogólnikową i nieokreśloną. Poza cechą ogólności nie mówi nic wyraźnego o charakterze nauki. Natomiast wyraz „teorja” (aczkolwiek dosyć wieloznaczny) nasuwa dwa momenty wyraźne: 1) odcina się od

praktyki — nietylko w znaczeniu zastosowań życiowych, lecz także w znaczeniu nauk o powinności — i wskazuje na naukę „o tem co jest“; 2) oznacza zwykle naukę o ścisłej, systematycznej budowie. A te właśnie cechy odpowiadają wymaganiom, jakie stawiamy nauce przez nas poszukiwanej.

Pozostawałaby jeszcze kandydatura filozofji prawa. Nazwa ta ma swoje dzieje odrębne, ma pewien urok, lecz także pewne niebezpieczeństwa. Zaczęto ją nadawać — retrospektywnie, — oznaczając nią poglądy na prawo, jakie wypowiadali w swoich systemach ludzie zwani filozofami, od Platona i Arystotelesa, przez św. Tomasza z Akwinu, Hobbesa i Spinozę, aż do idealistów niemieckich XIX wieku. Do swoich własnych poglądów na prawo zastosował ją bodaj po raz pierwszy Hegel (*Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821). W tem zastosowaniu termin mówi tylko tyle, że poglądy na prawo są tu związane z pewną całością „poglądu na świat“, nie przesądza jednak charakteru omawianej nauki. To też istotnie u poszczególnych autorów znajdziemy w ich „filozofjach prawa“ zarówno pewne elementy teorii prawa (złej czy dobrej), jak również, i to przeważnie, tezy praktyczne, dotyczące urządzenia państwa i nadania prawu odpowiedniej treści, tezy ubrane przytem najczęściej w formę norm „prawa naturalnego“. Po pewnym okresie zaniku, spowodowanym przez panowanie kierunku historyczno - pozytywistycznego, obecnie zaznacza się dość silnie, zwłaszcza w Niemczech, powrót do filozofji prawa, która znów zaczyna zdobić swą nazwą karty tytułowe dzieł, poważnych już choćby przez swą grubość (por. J. Binder, *Philosophie des Rechts*, 1925). Szeroki zakres tematów nie przestaje się i tu zaznaczać; tenże Binder np. rozważa obok pojęcia prawa (*Rechtsbegriff*) także „ideę prawa“ (*Rechtsidee*), która zawiera już pewne tendencje praktyczne, ponieważ ma wyznaczać pewną treść prawa, uznaną przez autora za pożądaną.

Już więc ta szerokość zakresu zagadnień, obejmowanie zagadnień nietylko o tem, czym prawo jest, lecz także o tem, czym prawo być powinno, — nasunąć nam musi pewną ostrożność: w „filozofji prawa“ mielibyśmy do czynienia nietylko z dyscypliną o ścisłe określonym zakresie zagadnień, co ze zbiorem różnych myśli uogólniających na temat prawa, głoszonych przez wyznawców pewnego „poglądu na świat“ ze stanowiska tegoż poglądu. Potrzebę takiej filozofji prawa i powagę jej w przeciwstawieniu do zwykłej, poziomej teorii lub innej nauki ogólnej o prawie, głosi się dziś wymownie, — przykładem choćby książka K. Larenza, *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart* (Berlin 1931), która pogardliwie odsuwa wszelkie uogólnienia na temat prawa, nie łączące się bezpośrednio z takim czy innym „izmem“ filozoficznym. Spróbujmyż zorjentować się w tej sprawie.

Otwierają się tu przed nami dwie alternatywy. Owa filozofja, wywieszająca sztandar takiego czy innego „izmu“, bywa pojmowana albo jako twórczość pozanaukowa, od nauki wyraźnie się odgradzająca lub nawet jej się przeciwstawiająca, albo też jako dziedzina nauki, może najwyższa i najdostojniejsza, lecz mieszcząca się w systemie myślenia naukowego. Otóż w pierwszym wypadku filozofja prawa wychodziłaby poza zakres naszych rozważań. Niema powodu zakazywać komukolwiek wypowiedzania jakichś przekonań o prawie, wykraczających poza granice uzasadnienia naukowego; w poszczególnych wypadkach przekonania takie mogą być nawet ciekawe, lecz przez to samo, że stanowią wzloty w dziedzinę pozanaukową, należą do dziedziny twórczości indywidualnej, która przemawia jedynie do „gustu“ i usuwa się zpod dyskusji naukowej. Jednym z pouczających objawów dążności w takim kierunku jest pogląd, jakoby mogły istnieć obok siebie (czy też raczej jedna nad drugą) zarówno teoria prawa, jak filozofja prawa, będąca „zastosowaniem filozofji do dziedziny prawa“. W literaturze polskiej daje jej wyraz ś. p. Edmund Krzymuski (*Historja filozofji prawa*, 1923, § 1), oraz zdaje się ją akceptować E. Jarra (*Ogólna teoria prawa*, 1920, str. 9 i 23). Wynikałoby z tego, że najwyższe zagadnienia z dziedziny prawa mogą otrzymać dwojakie rozwiązanie; skoro zaś teoria prawa rozwiązuje je naukowo, to filozofja prawa, rozwiązując je inaczej, może je rozwiązywać chyba tylko nienaukowo.

Inaczej nieco rzecz się przedstawia, gdy się pragnie samej filozofji nadać charakter nauki w ścisłym znaczeniu, pojmując ją nie jako nadbudówkę ponad naukami, lecz jako dyscyplinę o własnym przedmiocie. Takie dążenia zaznaczają się dziś dość silnie, niestety jednak obóz filozoficzny daleki jest jeszcze od porozumienia, czy ma to być zespół pewnych dyscyplin (logika, teoria poznania, ontologja...), czy jedna dyscyplina samodzielna, a w takim razie jaka. Jakkolwiekby się sprawa rozwikłała — a kłopot ten na szczęście na nas prawników nie spada — losy teorii prawa nie byłyby zagrożone. Taka filozofja lub takie nauki filozoficzne mogą mieć zapewne mniejszy lub większy wpływ na teorię prawa, jak na każdą naukę **specjalną**, i **przez to** zabarwić ją mniej lub więcej takim czy innym swym „izmem“. Lecz logika, teoria poznania, czy ontologja są naukami o zakresie znacznie szerszym, nadrzędnym w stosunku do teorii prawa, tak samo jak w stosunku do psychologii, socjologii, biologji itp. Można tedy przy tej koncepcji mówić o zależności teorii prawa od filozofji, nie można jednak już mówić, na szczęście, o odrębnej „filozofji prawa“ tak samo jak o odrębnej „filozofji duszy“, „filozofji społeczeństwa“, „filozofji pieniądza“ lub tp. W ten sposób znikłoby źródło wielkiego bałamuctwa, jakie wprowadza wiara w odrębne, a wyższe od naukowego, poznanie „filozoficzne“, i konsekwencje tej wiary: dwie płaszczyzny poznania

rozciągające się na te same przedmioty, albo inaczej — „filje“ filozofji, zakładane przez nią na terenach poszczególnych nauk.

4. Dzisiejsza teoria prawa.

Zarysowała się tedy przed nami możliwość ogólnej nauki o prawie. Przedmiotem jej byłoby prawo, — prawo w znaczeniu najogólniejszem, a więc wszelkie prawo, jakie było, jest i będzie, tak samo np. jak przedmiotem biologji są procesy życia organicznego, niezależnie od tego, w jakim zachodzą gatunku czy osobniku roślinnym czy zwierzęcym, jak przedmiotem psychologji są wszelkie zjawiska psychiki. Zadaniem jej byłoby wypowiedzieć o prawie pewne prawdy teoretyczne, stwierdzić, czym jest owo prawo, jakie są jego właściwości. Dlatego właśnie obraliśmy dla niej nazwę teorii prawa i na tem oparliśmy jej odgródenie od dogmatyki, jako nauki o tem, co się dzieć powinno w myśl obowiązujących w danem miejscu i czasie norm pozytywnych; z tego też stanowiska odgradzamy ją od zagadnień, jakim prawo być powinno, od zagadnień oceny i udoskonalenia prawa obowiązującego, — do czego wrócimy na końcu.

Ta właśnie nauka byłaby powołana do spełnienia żądań, wysuniętych przez Kirchmanna, — do wypowiedzenia o prawie prawd stałych i pewnych, jakich nie może z samej swej natury wypowiedzieć dogmatyka, wykładająca tylko treść norm, względną i zmienną. Im więcej takich prawd trwałych wypowiedziećby zdołała, tem większą byłaby jej wartość naukowa. I taka nauka o prawie, jak się zdaje, mogłaby też spełnić inne marzenie Kirchmanna: mogłaby być oparta na obserwacji i doświadczeniu, bo wszakże sądzimy dziś, że prawo jest zjawiskiem rzeczywistości i może być badane metodami doświadczalnemi. Wypada więc rozejrzeć się w naszym dorobku naukowym i zbadać, czy groźne oskarżenie o bezpłodność da się dziś jeszcze w stosunku do teorii prawa utrzymać. A badanie nasze rozciągnać możemy, z powodów wyłuszczonych w ustępie poprzednim, nietylko na książki noszące tytuł „teorii prawa“, lecz na wszelkie prace, niezależnie od ich tytułów, a nawet na wszelkie ustępy prac prawniczych, któreby tylko zakreślonemu zagadnieniu odpowiadały.

Od czasu, gdy Kirchmann rzucił swoje oskarżenie, minęło lat zgórą 80. Przeszliśmy okres pozytywizmu, który się szczycił jaknajściślejszą „naukowością“ w swych dążeniach, przeszliśmy okres „odrodzenia filozofji prawa“, który ożywił znacznie zainteresowania w kierunku zagadnień ogólnych, wywołał silny ruch umysłowy, pogłębił poszukiwania krytyczno-poznawcze. Mimo to jednak obraz ogólny, jaki daje literatura przedmiotu, nie wygląda pocieszająco.

Miejmy odwagę stwierdzić to uczciwie: dorobkiem trwałym, stanowiącym kapitał wspólny nauki, teoria prawa pochwa-

lic się nie może. Niema dziś, nawet w zączątku, jakiejś teorii prawa, powszechnie uznanej. Wprost przeciwnie, jest tyle niemal teoryj prawa, ilu autorów. I na nic by się nie zdało powoływać, w poszukiwaniu pociechy, na spory i niejasności, jakie panują dziś w fizyce, biologji czy psychologii. Tam mogą budzić spory pewne zagadnienia najgłębsze, dotyczące „istoty materji” lub „istoty życia” — zagadnienia, być może, nie dopuszczające jednoznacznego rozstrzygnięcia, lecz mimo to każdy podręcznik ma do wyłożenia pewien kapitał pojęć jednoznacznie ustalonych i prawd, stwierdzających jednoznacznie pewne stałe ustosunkowanie zjawisk. Nic podobnego w dzisiejszej teorii prawa. Definicje pojęcia centralnego — prawa — są wytworami dowolnej pomysłowości autorów i przedstawiają taką różnorodność, że trudno nieraz uwierzyć, aby dotyczyły tego samego pojęcia.

Porównajmy chociażby dla przykładu formuły następujące: „Normy społeczne, uznane przez państwo za obowiązujące” (Peretiatkowicz); — „Normy dwustronne, urządzające zewętrznie, pod powagą zbiorowego poczucia ładu, podstawowe stosunki społeczne” (Jarra); „Wola niezłomnie i samowładnie wiążąca” (*unverletztbar selbstherrlich bindender Wille*, — Stammler). Niezależnie od różnych zastrzeżeń ze stanowiska logiki, rzuca się w oczy odrazu, że formuły te nie mogą spełnić najelementarniejszej funkcji, jaka przypada definicji naukowej, t. j. wyodrębnić jasno przedmiot okreśłany od innych przedmiotów; odróżnić w każdym danym wypadku normę prawną od innych norm. Formuła Stammlera jest wogóle rebusiem nie do odgadnięcia; prawnik zaś, któryby chciał rozstrzygnąć przy pomocy formuły Jarra elementarne pytanie, czy dana norma (np. norma nakazująca wsiadanie do tramwaju z tyłu, a wysiadanie przodem) jest czy nie jest normą prawną, zasługiwałby na gorące współczucie: jakież bowiem mogłoby być kryterjum „zbiorowego poczucia ładu” — może plebiscyt wśród ludności? a dalej, gdzież granica między „podstawowymi” a mniej „podstawowymi” stosunkami społecznymi? Zresztą już dawno zauważył wybitny pozytywista niemiecki Bergbohm (*Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, 1892), że prawnik przy okreśłaniu, co jest prawem, a co niem nie jest, posługuje się jakimś innem, bardziej praktycznem środkiem, lecz bynajmniej nie swoją definicją. A Węgier Somló (*Juristische Grundlehre*, 1917), ujął rzecz obrazowo, porównywając definicje prawa do karjatyd, jakie widzimy na fasadach ozdobnych budowli: zdawałoby się, że te herkulesowe postacie dźwigają na sobie cały ciężar gmachu, a w rzeczywistości są tylko ozdobami, które można bez szkody dla budynku usunąć.

A poza definicją prawa cóż nam dzisiejsza teoria potrafi powiedzieć o prawie? — Wszak jej zadaniem, jako teorii ogólnej, jest wypowiedzieć jakieś tezy ogólne, mające za podmiot

logiczny „prawo“, pouczyć nas o jakichś stałych właściwościach prawa. Niestety, twierdzeń takich niemal się nie spotyka. Jedy-
nem bodaj, powtarzanem mniej więcej stale, jest twierdzenie,
że prawo „działa zewnętrznie“, to znaczy reguluje tylko zachowanie się zewnętrzne człowieka, nie wkraczając w dziedzinę wewnętrzną pobudek, co znowu ma być właściwością moralności. Lecz u autorów ostrożniejszych zaraz następuje zastrzeżenie, że nie obchodzi się tu bez wyjątków (prawo karne, zakaz szyskany itp.), czyli prawda ogólna okazuje się nieprawdziwą.

Jeżeli zajrzymy do rozdziałów szczegółowych, powita nas tam również obraz mało pocieszający. Pod tytułami „prawo podmiotowe“, „prawo publiczne i prywatne“, „osoba prawna“ itd. znajdziemy przedstawienie licznych i bardzo różnorodnych „teorii“ na temat danego pojęcia (teorie woli, interesu itp. w prawie podmiotowym, teorie fikcji, majątku celowego, organiczną itp. co do osób prawnych...). Autor nasz zwykle w sposób łatwy i przekonywający zbija je wszystkie pokolei, ustalając wkońcu swoją, oryginalną lub zapożyczoną; lecz wystarczy zajrzeć do podręcznika innego autora, by zobaczyć, że i ta teoria zwycięska daje się obalić równie przekonywająco. W rezultacie pole zagadnień szczegółowych teorii prawa nasuwa obraz pobojujowskiego, na którym armie różnych narodów wymordowały się nawzajem bez reszty, pozostawiając same trupy.

Nie trzeba było metodycznej, spokojnej a nieubłaganej krytyki Petrażyckiego (*Teoria prawa*, rozdz. III), aby dostrzec, że w naszej nauce dzieje się niedobrze. Skargi na niski poziom naukowy teorii prawa rozlegają się niemal bez przerwy, a w ustach uczonych o bardziej zaostrzonym krytycyzmie nabierają nawet zabarwienia wcale soczystego. Wspomniany już Bergbohm, najlepszy wyraziciel dążeń pozytywistycznych, stwierdza np. „najbeznadziejniejszą anarchję... przypadkowość..., sprzeczność określeń..., bezkrytyczne wleczenie za sobą twierdzeń przekazanych przez tradycję..., dzikie rozprzężenie w wyrażeniach..., niechlujstwo pojęciowe“... Tak wygląda skromny bukiet epitetów, zebranych na stronicach jego książki.

Może jednak czasy ostatnie przyniosły pewien postęp? Nie, raczej tylko zapowiedź postępu. Zapewne, okres „odrodzenia filozofji prawa“, którego początek można odnieść do połowy lat 90-ych minionego wieku, nie minął bezpłodnie. Rozbudził krytycyzm w stosunku do podstaw samej nauki, nawiązał łączność z naukami filozoficznymi, zapoczątkował ożywioną wymianę i walkę zdań, — lecz wszystko to się ogranicza do spraw przedwstępnych. Wysunięto mnóstwo koncepcyj teorii prawa: idealistycznych i realistycznych, psychologicznych i socjologicznych, apriorycznych i empirycznych, fenomenologicznych i logistycznych... — lecz mówi się tu jeszcze niemal wyłącznie o tem, czem powinna być przyszła teoria prawa, a jeszcze więcej o tem, czem być nie powinna, czyli krytykuje

się inne koncepcje. Wysuwa się, z bardzo nielicznymi wyjątkami, dopiero programy. Dorobku pozytywnego, owego kapitału zbiorowego, nie widać jeszcze w dalszym ciągu. Gdy chodzi o istotę prawa, czy prawa podmiotowego lub t. p., podręczniki miały wciąż jeszcze cierpliwie, jak dawniej, te same niezliczone „teorie” i teoryjki.

Czyżby tedy dziś nawet, po latach, gdy z ogólnego zakresu „prawoznawstwa” wyodrębniła się osobna nauka ogólna, mająca spełnić te zadania, jakie wysuwał Kirchmann, — nie można było nic przeciwstawić jego oskarżeniu? Czyżbyśmy jako prawnicy byli skazani na życie owych robaków, gnieźdzących się w zgniłym drzewie i żerujących na tem, co chore, dowolne i przypadkowe?

Badźmy jednak ostrożni z wyrokowaniem. W takich zawiłych okolicznościach trzeba dokładnie zbadać, na kogo i w jakim stopniu może spadać odpowiedzialność. Jeżeli tą odpowiedzialnością obarczymy zbiorową całość nauki dzisiejszej, całość współczesnej literatury teorii prawa, to obrona będzie trudna. Zdobyćby wspólnie uznanych niema, obowiązek nie jest spełniony. I możnaby tylko wskazywać, że oskarżona jest zbyt młoda, aby ją za poczytalną uważać. Bo wszakże program ogólnej nauki o prawie, nie jako nauki „filozoficznej”, lecz jako nauki opartej na podstawach i metodach naukowych, powstał nie tak dawno.

Sam stan dzisiejszy, stan walki programów i starcia różnych pomysłów metodologicznych, świadczy wyraźnie o tem, że mamy tu do czynienia nieomal z niemowlęciem. Teoria prawa, to istota młoda; nie można jej uważać za nowe wcielenie dawnej filozofii prawa, gdyż wznosi się na innym poziomie, niższym być może, lecz pewniejszym. Nie można jej też wyprowadzać z rozważań wstępnych, uogólniających, dawnych jurystów, gdyż oni byli dogmatykami i chcieli budować fundament do swych rozważań nad przepisami dziś u nas obowiązującymi, a my chcemy naszą naukę od dogmatyki odgrodzić. Całe dążenie do ściśle naukowego ujęcia zagadnień humanistycznych datuje może zaledwie od stulecia. Wtedy wszak rzucił Comte program socjologii naukowej; a jeśli ta starsza siostrzyca naszej teorii prawa dziś jeszcze przedstawia obraz podobny, obraz walki programów i pomysłów indywidualnych, i tak samo daleka jest od posiadania gotowego dorobku, — to jakżebyśmy mogli winić o to siostrę o tyle młodszą?

Zdaje się, że wypadnie wobec tego przesunąć nieco płaszczyznę oceny: zamiast wyrokować o winie i karze, trzeba będzie raczej rozważyć rzecz ze stanowiska wychowawczego, co czyni właśnie współczesne prawo karne względem win nieletnich, i zbadać, jakie zadatki psychiczne posiada oskarżona, jakie wpływy na siebie dźwiga, oraz czy nie da się pewnych zadatków jej wyzyskać w kierunku zdrowego rozwoju, innych

przytłumić, a w ten sposób rozwinąć z niej zdrowego i użytecznego członka społeczności naukowej. Z takiego stanowiska obraz tego, cośmy ujeli jako dzisiejszą teorię prawa, ukaże nam się może w świetle nieco odmiennem.

Walki programów, pomysłów na temat, czem ma być ogólna nauka o prawie, nie zakończyły się wprawdzie jeszcze uznaniem zwycięstwem żadnego z nich, i zwycięstwem takim zakończyć się nie mogły wobec jednostronności poszczególnych dążeń. Lecz niewątpliwie w walkach tych stopniowo wykuwa się świadomość, jakie metody właściwe są pewnym określonym zagadnieniom. I niewątpliwie postęp będzie polegał na stopniowym usunięciu programów jednostronnych i zastosowaniu każdej metody w granicach jej właściwych. Trafne tu się okażą programy empiryczne różnych realizmów, zarówno psychologicznych, jak socjologicznych, — w zastosowaniu do odpowiednio wyodrębnionych zagadnień; trafne też się okażą, w pewnych granicach, programy różnych idealizmów, normatywistycznych i innych. Rzecz cała zależy jedynie od poprawnego rozróżnienia i odgródnienia zagadnień.

A pozatem autor niniejszych uwag ma przekonanie, że pośród różnych prób istnieje jedna, którą uznać należy już nie za program trafny, lecz conajmniej za bardzo poważny zaczątek naukowej teorii prawa, — takiej, której w przyszłości przypadnie rola owego kapitału zbiorowego, dorobku pozytywnego. Że ta teoria prawa dotąd jest mało znana i pozbawiona szerszego oddziaływania i dyskusji, to wina pewnych okoliczności zewnętrznych: twórcą jej był Polak, Petrażycki, a ukazała się w języku rosyjskim, niedostępnym dla Europy zachodniej. Że dotąd nietrafnie jest rozumiana nawet przez tych, co ją znają, — to wina pewnych nałogów myślenia, zbyt mocno zakorzenionych.

5. Próba diagnozy niedomagań.

Dzisiejsza teoria prawa, jakkolwiek nosi nazwę, jakkolwiek wywiesza sztandar programowy, wykazuje cały splot niedomagań, wspólnych różnym jej kierunkom. Jedne z nich stanowią choroby typowo niemowlęce, inne są cierpieniami dziedzicznymi. Szczegółowa ich diagnoza mogłaby wypełnić spore dzieło; tu spróbujemy dotknąć tylko najważniejszych. Wśród nich wysuwa się na pierwsze miejsce pewna choroba dziedziczna, związana z pochodzeniem naszej nauki.

Teoria prawa tworzyli dogmatycy i przeznaczali ją, jako przedmiot nauczania, do tego, by służyła za wstęp ogólny do studjów dogmatycznych. Jak każda z poszczególnych dogmatyk miała swoją „część ogólną“, obejmującą „najogólniejsze pojęcia i zasady“ danego działu prawa obowiązującego, tak owa najogólniejsza nauka o prawie miała być „częścią ogólną“ względem całości prawa obowiązującego, miała omawiać jego najogólniejsze pojęcia i zasady. Stąd nieunik-

nione nastawienie dogmatyczno-normatywne naszej nauki, nastawienie, ujawniające się i w wyborze, i w ujęciu tematów.

Dzisiejsze podręczniki teorii prawa, za wzorem „encyklopedyj” i „wstępów”, z których powstały, pełne są tematów, należących całkowicie i wyłącznie do zakresu dogmatyki. Weźmy np. tak zwaną naukę o kolizji norm (w czasie i przestrzeni). Samo zagadnienie polega tu na tem, jaką normę z dwóch kolidujących *należy* zastosować w danym wypadku, ma więc charakter nie teoretyczny, lecz ściśle praktyczny, powinnościowy. A cóż tu rozstrzyga? Albo normy ustawowe danego państwa, czy to będą przepisy poszczególnych ustaw, czy też specjalne ustawy, jak nasze z r. 1926 o prawie międzynarodowym i międzydzielnicowym, — albo normy międzynarodowe; w obu wypadkach rozstrzygnięć dostarczają normy pozytywnie obowiązujące, rozstrzygnięcia te zatem w treści swej są zmienne i zależne od treści odpowiednich źródeł. I tylko w braku postanowień rozstrzygających prawnicy kierują się pewnymi zasadami, wytworzonymi przez tradycję, np. zasadami o *lex prior* i *posterior*, o „statutach” personalnych i terytorjalnych, i t. p. Zasady te były wytworzone przez dogmatykę i praktykę sądową i dziś stopniowo tracą znaczenie wobec oficjalnego unormowania sprawy; same przez się mają zresztą także charakter i zadanie praktyczne. Jakkolwiekby więc, cały temat kolizji norm ma charakter pozytywno-normatywny i powinien być rozważany przez dogmatykę lokalną na podstawie źródeł lokalnych; do teorii prawa zaś zupełnie nie należy.

Drugim przykładem niech będą zagadnienia interpretacji, krytyki, analogji, systematyki prawa i t. p. Znowuż każdy podręcznik teorii prawa zajmuje się temi zagadnieniami, najczęściej w dziale poświęconym normie prawnej. I znowuż trzeba stwierdzić, że zagadnienia te nie należą do teorii prawa. Wspomniane i podobne im zabiegi są czynnościami umysłowymi, mającemi na celu wydobyć z tekstów źródeł obowiązujących ścisłego brzmienia normy dla jej zastosowania; służą więc praktycznej funkcji stosowania prawa obowiązującego. I podobnie jak w sprawie kolizji norm, choć w mniejszym zakresie, ustawy obowiązujące w poszczególnych krajach rozstrzygają te zagadnienia w sposób rozmaity, a obowiązujący dla sędziów i obywateli, np. słynny art. 1 kodeksu cywilnego szwajcarskiego z r. 1907. Rzecz jasna więc, że właściwą nauką jest tu znowu dogmatyka, w szczególności dogmatyka tego działu prawa obowiązującego, który w swoich źródłach właściwych zawiera odpowiednie przepisy, więc np. dogmatyka prawa cywilnego, karnego, czasem politycznego. Oczywiście, można w tej dziedzinie wypowiedzieć pewne tezy ogólniejsze, wybiegające poza zakres obowiązywania poszcze-

gólnych kodeksów; tezy te z natury swej będą należały do metodologii dogmatyki. Uzasadnione tedy będzie uwzględnienie tych tematów w każdym „wstępie” metodologicznym do nauk prawnych, który to wstęp można też łączyć celowo, ze względów pedagogicznych, z wykładem teorii prawa. Nie budzi więc np. zastrzeżeń zasadniczych umieszczenie tych tematów we *Wstępie do nauk prawnych* Peretiatkowicza, który je rozważa w rozdziale poświęconym „zadaniom nauk prawnych”; pragnęłoby się tylko dodać, że chodzi tu o zadania nauk *dogmatycznych*, gdyż przecie interpretacja norm obowiązujących i t. p. nie są metodami ani teorii prawa, ani nauk historycznych, ani polityki prawa, lecz właśnie tylko dogmatyki.

Dokonywając w ten sposób przeglądu tematów, rozważanych przez teorię prawa, możemy w wielu wypadkach natknąć się na zagadnienia, które w całości właściwe są tylko dogmatyce. Z dziedziny teorii prawa powinny być bezwarunkowo wyłączone. Lecz obok takich znajdziemy inną kategorię tematów, która nastreczy bodaj większe trudności. Są to te, które z natury swej należą do teorii prawa, obecnie jednak są omawiane nie w sposób właściwy tej nauce, lecz w sposób odpowiadający nastawieniu dogmatyczno-normatywnemu. Liczba takich tematów jest olbrzymia; możnaby niemal powiedzieć, że obejmuje ona wszystko, czem się zajmuje dzisiejsza teoria prawa.

Weźmy dla przykładu sprawę tak zwanych „źródeł prawa”, dla których Petrażycki wprowadził termin szczęśliwszy, bo mniej dwuznaczny, „faktów normatywnych”. Są to pewne czynniki faktyczne, (teksty, czyjeś rozkazy, zwyczaje, wzory, akty sądowe i t. p.), z których czerpią swą treść i moc obowiązującą normy prawa pozytywnego. Fakt normatywny (np. „w myśl art. n ustawy U...”) jest elementem logicznym normy prawnej pozytywnej, poszczególne fakty normatywne mogą służyć za podstawę do podziału prawa pozytywnego na gatunki (prawo zwyczajowe, ustawowe, umowne...), które wykazują różnice w swych właściwościach, działaniu, rozwoju i t. p. Bezsprzecznie więc mamy tu do czynienia z tematem, właściwym teorii prawa.

Istniejąca jednak nauka o źródłach prawa jest całkowicie spaczona pod wpływem dążeń dogmatycznych. Biorąc rzecz całą ze stanowiska pytania „co obowiązuje”, nauka prawnicza szuka przede wszystkim kryteriów praktycznych, umożliwiających rozpoznanie, na tle prawa dziś oficjalnie obowiązującego, poszczególnych „źródeł” i ich stosunku wzajemnego; stąd ustalanie — niewątpliwie niezbędne dla dogmatyki, lecz niemiarodajne dla teorii — cech „ustawy obowiązującej” (uchwalenie przez parlament, sankcja, ogłoszenie w wydawnictwie urzędowym...), co oczywiście zależy od ustroju danego

państwa i treści jego konstytucji; stąd zagadnienie — tak samo dogmatyczne — dotyczące pierwszeństwa ustaw wobec prawa zwyczajowego, derogacji zwyczajowej i t. p. Nastawienie dogmatyczne ujawnia się dalej w dążności do jaknajdalej posuniętego ograniczenia ilości źródeł; wypływa to z dążności praktycznej do unifikacji prawa. Stara tradycja wymienia szereg czterocłonowy: ustawa, zwyczaj, praktyka sądowa i nauka; dziś odrzuca się już naukę, usuwa się nawet prawo sądowe (Peretiatkowicz); tymczasem badania Petrażyckiego wykazują, że odmian faktów normatywnych jest w rzeczywistości prawnej, dawnej i obecnej, znacznie więcej: samo „prawo sądowe” np. rozdzielić wypada na prawo tradycji sądowej (pokrewne zwyczajowemu), prawo pojedynczych prejudykatów oraz prawo wyroków, obowiązujące dla stron.*).

Niewątpliwie nauka dzisiejsza wypowiada też w sprawie „źródeł” pewne tezy teoretyczne, lecz wskutek zrozumiałego braku pogłębienia, a zwłaszcza wobec lekkomyślnego traktowania zjawisk rzeczywistości, wartość ich jest przeważnie bardzo wątpliwa. Oto np. wszelkie prawo powstające i żyjące „w społeczeństwie”, niezależnie od jakichś aktów oficjalnych, zaliczane bywa tradycyjnie do rubryki prawa zwyczajowego, a za tem idzie uznawanie tego prawa za czynnik giętki i postępowy w przeciwstawieniu do prawa ustawowego. Tymczasem w rzeczywistości prawo zwyczajowe, jako szukające oparcia na tradycji postępowania, ustalonej w przeszłości, jest właśnie z samej swej natury konserwatywne; owo prawo „żywe”, tworzące się i zmieniające w społeczeństwie, jest czemś innem, przeważnie zaś prawem intuicyjnym.

Jeszcze jeden przykład. W rozdziale poświęconym podmiotom prawa podręczniki dzisiejsze stawiają sobie pytanie, kto może być podmiotem, i odpowiadają zwykle: osoba fizyczna (człowiek od urodzenia do śmierci) oraz osoba prawna. Gdy Petrażycki (O pobudkach postępowania § 5) zwrócił uwagę, na podstawie znanych materiałów historycznych i etnograficznych, że podmiotami prawnymi bywają także zwierzęta i przedmioty materialne (prawo średniowieczne), bogowie, święci i djabły oraz inne jeszcze byty, — jednomyślna niemal krytyka zaprotestowała, mówiąc że mamy tu do czynienia z objawami barbarzyństwa lub fetyszyzmu mitologicznego, których nauka dzisiejsza poważnie traktować nie może. Tu

*) Jest rzeczą zmienną, że przedstawiciele szkoły Kelsena, w szczególności A. Merkl, wychodząc ze stanowiska analizy normatywnej, a więc z innego zupełnie punktu wyjścia niż realizm psychologiczny - społeczny Petrażyckiego, doszli jednak do wyników bardzo podobnych w swej koncepcji „hierarchicznej budowy prawa” (*Stufenbau des Rechts*): przełamano tu także tradycyjne ciasne ramy, uznano kilka typów „źródeł” dotąd nieuznawanych.

właśnie ujawnia się jaskrawo różnica stanowisk. Jeżeli chodzi o to, kto może posiadać zdolność prawną według prawa obowiązującego dziś u nas, to odpowiedź naszych podręczników będzie naogół trafna (wątpliwości szczegółowe, wiążące się z momentami początku i końca zdolności prawnej osoby fizycznej możemy zostawić na boku), lecz będzie to odpowiedź typowo dogmatyczna; inaczej już będzie brzmiała odpowiedź dogmatyczna na to samo pytanie według prawa rzymskiego, które wyłączało zdolność prawną niewolników; inaczej jeszcze — według prawa średniowiecznego, i t. d. Jeżeli zaś chodzi o teorię prawa, która nie zajmuje się tem, co obowiązuje według pewnego konkretnego systemu norm, lecz stwierdza obiektywnie, co zachodzi we wszelkiem i każdym prawie, to ta nauka nie może się w swych twierdzeniach ograniczać do ram jakiegoś jednego systemu lub pewnej grupy pokrewnych systemów prawa, choćbyśmy te systemy z naszego stanowiska uważali za bardziej racjonalne od innych.

Dzisiejsza teoria prawa ujawnia jeszcze jaskrawo swoje pochodzenie od dawnej „encyklopedji” czy innej propedeutyki, która była pojęta jako wstęp uogólniający do studjów nad dogmatyką prawa aktualnie obowiązującego. Stąd ograniczenie materiału doświadczalnego do pewnej grupy współczesnych systemów prawa, z wyłączeniem całego bogactwa zjawisk dostarczanych przez inne kultury, stąd swoiste nastawienie wyłącznie na to co obowiązuje i stąd zamykanie oczu nawet na to wszystko, co się dzieje w dzisiejszem życiu prawem poza granicami tekstów obowiązujących. Nic tedy dziwnego, że ta teoria prawa w dalszym ciągu, jak za czasów Kirchmana, wypowiada tylko tezy, mające walor względny, przemijający, i nie potrafiła zdobyć jakichś prawd ogólnych, a więc trwałych. Cóżbyśmy powiedzieli o „teorii” czy „socjologii religji”, która by przystępowała do charakterystyki zjawisk religijnych, ograniczając swe pole widzenia wyłącznie do kilku współczesnych odmian chrześcijaństwa i uznając jedynie te systemy za „prawdziwe”, a wyłączała wszelkie formy wierzeń „pogańskich”, fetyszystycznych czy totemistycznych? Albo o „teorii języka”, która by uwzględniała jedynie języki gramatyczne grupy indoeuropejskiej, uznając je za „prawidłowe”, a wyłączała zarówno wszelkie dialekty tychże języków, jak języki innych kultur?

6. Definicja prawa.

Porównania ostatnio przytoczone kierują naszą uwagę ku punktowi centralnemu teorii prawa, jakim jest definicja prawa. Niedomagania naszej nauki skupiają się tu jak w soczewce. Widzieliśmy już, że definicja ta, kamień węgielny całej nauki, przedstawia się nam dzisiaj w stanie oplakany. W czym szukać przyczyny tego zjawiska? — Sądzić, że praw-

nicy, a w szczególności teoretycy prawa, stanowią jakiś typ pracowników naukowych, upośledzonych umysłowo w porównaniu z specjalistami innych gałęzi nauki, byłoby chyba rzeczą krzywdzącą i z pewnością nieuzasadnioną. Przyczyny więc szukać wypada w czemś innem. I znaleźć ją nietrudno. Tkwi ona w tem poproście, że pod wpływem głęboko zakorzonego nastawienia dogmatyczno-normatywnego dąży się do określenia czegoś, co się naukowo określić nie da.

Liczne pokolenia myślicieli trudziły się nad definicjami „dobra moralnego“, „cnoty“, „sprawiedliwości“, „piękna“ itp., ze skutkiem równie żalonym, jak prawnicy dotąd nad definicją prawa. Myśl krytyczna czasów najnowszych wykazała jasno, dlaczego te wysiłki były beznadziejne: mamy tu do czynienia z pewnemi kryterjami normatywnemi, które są odbiciem pewnych ocen subiektywnych i obiektywnie ująć się nie dadzą. „Dobro“ czy „piękno“ upatruje człowiek w tych przedmiotach, które w nim *budzą pewne emocje* (etyczne lub estetyczne), ale sposób reagowania jest tu subiektywny i kryterjów jednolitego dobra lub piękna tak samo nie można ustalić naukowo, jak nie można ustalić naukowo kryterjum „smaczności“, zależnej od osobistego smaku gastronomicznego. Otóż tradycyjne pojęcie prawa — jawnie lub ukrycie — mieści w sobie podobny element kryterjum normatywnego.

U prawników francuskich, którzy mniej odbiegli od dawnych szablonów i mniej przesłaniają swe naturalne, naiwne tendencje rusztowaniami pseudokrytycznej metodologii, rzecz się ujawnia zupełnie jasno. Weźmy do ręki dwie prace, zbierające syntetycznie poglądy różnych współczesnych kierunków i autorów francuskich na „*Notion de droit*“, — jedną obszerniejszą J. Bonnetcase'a, wypełniającą całą książkę, a drugą krótszą wielkiego Génys, stanowiącą artykuł wstępny zeszytu 1-go „*Archives de philosophie de droit*“ z r. 1931. Czemże jest ta „*notion de droit*“? Bynajmniej nie *pojęciem* prawa w znaczeniu logicznem, a więc formułą, ustalającą obiektywne cechy, przy pomocy których możnaby prawo odróżnić od innych przedmiotów badania. Chce być kryterjum praktycznem, oznaczaniem wartości i powagi prawa, podstawy jego obowiązywania, miarą oceny jego wartości. Kierunki są tu rozbieżne, od sceptycyzmu nihilistycznego (prawo jest tylko przemocą jednych nad drugimi), przez pozytywizm psychologizyczny (prawo wypływa z naszych własnych przekonań), do „idealizmu“ różnych odcieni (prawo wypływa z zasad „wyższych“, absolutnych: z „natury“, z moralności, z „idei sprawiedliwości“...). We wszystkich tych kierunkach rzecz jest tak ujęta, że owa „*notion de droit*“ nie jest odpowiedzią na pytanie „czem jest prawo“, jakie są jego cechy odróżniające, lecz na pytanie „czy i dlaczego powinniśmy prawu być posłuszni“. Dlatego też możliwa staje się u tych autorów dy-

skusja, czy dana „*notion*“ jest „słuszną“, i możliwe staje się wyciąganie z niej wniosków, o „słusznosci“ lub „niesłusznosci“ określonych ustrojów prawnych lub kierunków społeczno-politycznych, — demokracji wolnościowej i socjalizmu, przewagi jednostki lub państwa.

U autorów niemieckich pewnego odłamu rolę tej francuskiej „*notion*“ gra „idea prawa“ (*Rechtsidee*), która także ma przesądzać o walorze prawa (*Geltung*); lecz wyższe naogół uświadomienie metodologiczne Niemców wyraża się w tem, że tę ideę odgraniczają logicznie od pojęcia prawa (*Rechtsbegriff*), odróżniając funkcje obu tych pojęć; typowo odbija się to u przytoczonych już autorów, Bindera i Larenza.

Jednakże i te doktryny, które odgradzają „pojęcie prawa“ od jego „idei“, a nawet te, które wogóle takiej „idei“ nie uznają, nie są wolne od wpływu normatywnego. To prawo, które ma być określone, pojmuję się bowiem powszechnie jako „prawo obowiązujące“, prawo mające walor, moc obowiązującą w oczach tego, kto je definjuje. U olbrzymiej większości autorów występuje to nieświadomie, a nawet program świadomy wysuwa stanowisko wręcz odwrotne. Pozytywizm prawniczy XIX wieku głosił wszak tezę, że „prawo pozytywne“ (innego zaś prawa niema) jest prawem „istniejącem w rzeczywistości“, i teza ta znajduje jeszcze szerokie echo po dziś dzień. Jednym z pierwszych, którzy sobie właściwy stan rzeczy uświadomili, jest Kelsen: rozumiał on, że „prawo istniejące w rzeczywistości“ jest czemś zupełnie innem niż „prawo obowiązujące“ i że „prawo pozytywne“, o którym się mówi w nauce, jest w istocie swej właśnie „prawem obowiązującym“; są to normy, które „*powinny* być stosowane przez organy państwa“ i „*powinny* być zachowywane przez poddanych“. To obowiązywanie normy prawnej ma być dla prawnika „dane zgóry“, stanowić dla niego „założenie nieuniknione i stojące poza wszelką dyskusją“, „tkwić w samym pojęciu normy prawnej“. Samo uświadomienie sobie tego „powinnościowego“ charakteru tradycyjnego pojęcia prawa trzeba uznać za zasługę Kelsena*).

Otóż ta cecha „obowiązywania“ jest cechą normatywną, która, dochodząc do innych cech normy prawnej, cech teoretycznych, pozbawionych elementu oceny, — zacieśnia zakres prawa do granic pewnego systemu lub pewnych systemów, które ktoś tą mocą obowiązującą obdarza. „Prawo obowiązujące“ jest wycinkiem całkowitego zakresu prawa, wycinkiem, wykrojonym z zakresu prawa w znaczeniu ogólnem przez uznanie go za obowiązujący dla nas, tak samo jak „religia

*) Szczegółową analizę i krytykę dogmatycznego pojęcia prawa dałem w przytoczonej już pracy: *Norma a zjawisko prawne*, biorąc za punkt wyjścia koncepcję Kelsena. Tu ograniczę się do możliwie najprostszego ujęcia sprawy.

prawdziwa“ jest jednym systemem wyodrębnionym z niezliczonych religij na tej podstawie, że w nią wierzymy, albo „poprawny język“ jest wycinkiem z szerokiego zakresu zjawisk językowych, wyodrębnionym na tej podstawie, że go uznajemy za wzór dla siebie obowiązujący.

Ten charakter „wycinkowy“ prawa w znaczeniu dogmatycznym wystąpi może jaśniej na prostym przykładzie. Oto dogmatyk ma przed sobą tekst drukowany pewnego zbioru norm, zatytułowany „ustawa o...“, ale nie opatrzony datą publikacji. Stawia sobie pytanie: czy ta ustawa jest prawem? Jeżeli poszukiwania wykażą, że tekst ten jest tylko drukiem sejmowym, zawierającym projekt, to odpowie sobie: „nie, ta ustawa jeszcze nie jest prawem“. Jeśli się okaże, że projekt był uchwalony bez zmian i ogłoszony w Dzienniku Ustaw, to odpowie: „tak, ta ustawa jest prawem“. Jeśli zaś się okaże, że ustawa ta wprawdzie obowiązywała, lecz potem została przez inną uchylona, to odpowie: „nie, ta ustawa już nie jest prawem“. Normy pozostają tu te same (bo jakieżby to miały być normy przed okresem obowiązywania i po nim?), a moc obowiązująca jest czemś, co do nich chwilowo dochodzi, aby je znów opuścić.

Jak się tworzą takie wycinki ze świata norm, obdarzane mocą obowiązującą? — Weźmy na początek dziedzinę języka, a dla unaocznienia sprawy, dziedzinę naszego języka polskiego. Przedstawia on, jako twór żywy, wielką różnorodność na obszarze Rzeczypospolitej. Tak zwana inteligencja mówi wprawdzie w sposób wszędzie dosyć podobny, niemniej jednak w różnych dzielnicach — porównajmy Warszawę, Wilno, Lwów i Poznań — ujawniający sporo właściwości miejscowych. Język mas ludowych przedstawia już odrębności znacznie głębsze, które się odbijają w narzeczach i gwarach, nieraz bardzo swoistych, jak kaszubska, podhalańska, śląska. Małe dzieci tworzą sobie nieraz gwary własne, indywidualne, różniące się tak pod względem słowotwórstwa jak odmian. Andrusy, batiary, złodzieje i bandyci mają swoje żargony odmienne. A na tle całej tej różnorodności wytwarza się pewien szablon wybrany, oparty przedewszystkiem na wzorach literackich, i ten właśnie tylko wycinek bierze pod swoją opiekę gramatyka, uznaje go za jedyny język „prawidłowy“, naucza go w szkołach i ze stanowiska jego prawideł wyrokuje o poprawności i niepoprawności wypracowań uczniowskich. I oto mamy dwa pojęcia „języka polskiego“: jedno szerokie, którem się posługuje językoznawca-teoretyk, włączając do niego wszystko, co jako forma językowa istnieje w rzeczywistości, a wykazuje zarazem pewne wspólne cechy „polskości“, — i drugie, węższe, oparte na wzorach wybranych. Faktami normatywnymi dla przepisów tego języka gramatycznego są przedewszystkiem zwyczaje, następnie wzory pisarzy-klasyków

i poglądy uczonych-gramatyków; czasem jednak mamy tu do czynienia z ustawodawstwem w ścisłym znaczeniu: przykładem jego są choćby najnowsze przepisy Akademji o pisowni, przepisy, które wzniciły tak gorącą polemikę.

Bardzo podobnie, jak w dziedzinie języka, dzieje się w dziedzinie prawa. I tu rzeczywistość przedstawia obraz bardzo urozmaicony. W każdym państwie działa mnóstwo praw zwyczajowych, niezależnych od oficjalnego; poszczególni ludzie w wielu stosunkach między sobą rządzą się normami intuicyjnymi lub pozytywnymi (np. umownymi), nie licząc się z kodeksami; w dziedzinie tak zwanych „stosunków honorowych” działają nawet ścisłe kodyfikacje, choć państwo je mniej lub więcej konsekwentnie zwalcza; dzieci kierują się między sobą i likwidują swe zataragi, w trybie administracyjnym, cywilnym lub karnym, na podstawie ustawodawstwa mamusi lub własnej „umowy społecznej”; bandyci, np. gangsterzy amerykańscy, mają swoje normy organizacyjne i kodeksy karne, które nie tylko zachowują w stosunkach między sobą, lecz nawet narzucają społeczeństwu. I na tle całej tej różnorodności wyrasta pewien system prawa, rozwijany i chroniony przez władze oficjalne, a oparty dziś przeważnie na ustawodawstwie państwowem.

Mamy więc, podobnie jak w języku, dwa obrazy: jeden, różnorodny i bogaty w odcienie, stanowi prawo rzeczywistości działające w społeczeństwie, drugi jest tylko wycinkiem pierwszego. I jak gramatyka szkolna, uznawszy swój język za jedyne poprawny, kodyfikuje go, zaszczerpia w szkołach i ze stanowiska jego przepisów ocenia ćwiczenia uczniowskie (a krytyka literacka — język utworów literatury), tak dogmatyka prawa bierze sobie za wyłączną podstawę te wybrane fakty normatywne prawa oficjalnego i według nich, przez naukę, sądy i urzędy, reguluje i ocenia stosunki społeczne.

Podobieństwo między dziedzinami języka i prawa jest jakościowo znaczne; są także różnice, głównie ilościowe. Oto monopol prawa oficjalnego realizuje się w życiu i popierany jest przez naukę znacznie silniej niż monopol języka literackiego. Nic w tem dziwnego. Gdy język jest tylko sposobem komunikowania sobie przez ludzi ich przeżyć wewnętrznych, prawo jest podstawową sprężyną *zachowania się* wzajemnego ludzi, a przez to głównym czynnikiem życia społecznego. Ono tworzy organizację społeczną z podziałem na państwa i inne związki, ono stanowi podstawę stosunków gospodarczych. Jednolitość w granicach poszczególnych grup staje się tu dążeniem podstawowem, i w kierunku jej osiągnięcia pracuje nie tylko świadoma wola ludzi mających władzę (zdobywców, organizatorów), lecz także potężne procesy przystosowania, działające nieświadomie. Dla szerzenia, wszczepiania, umacniania jednolitości prawa, wytwarza się odrębny *zaródo* praro-

nikóm, wobec którego zawód nauczycieli języka wygląda bardzo skromnie; prawnicy czerpią wykształcenie w specjalnych szkołach (wydziałach uniwersyteckich), wytwarzają olbrzymią literaturę, zajmują urzędy administracyjne i sędziowskie albo uprawiają zawód doradców. I cała ta ich praca ma jeden cel stały: *unifikację prawa oficjalnego*.

Nauka stara się wytworzyć jeden, jaknajbardziej jednolity logicznie system prawa, chociażby same fakty normatywne temu się sprzeciwiały; stara się wypełniać w nim luki, usuwać sprzeczności, słowem, dokonywać owego „grzebania się w zgnilem drzewie”, — a wszystko to w tym celu, aby podawany ludności szablon obowiązującego zachowania się był jednolity i monopolistyczny. Prawo oficjalne zdobywa sobie monopol panowania silniej i skuteczniej niż przepisy oficjalnego języka: nawet dziedziny prawa, niezależne od autorytetu oficjalnego, ulegają w znacznym stopniu wpływowi jego treści, odrębności tolerowane są tylko w dziedzinach pozbawionych ogólniejszego znaczenia (zwyczaje lokalne, prawo dziecinne), natomiast wszelkie prawo konkurencyjne ulega tępieniu (prawo mniejszości, prawo bandyckie). Nauka dogmatyki idzie za tą dążnością i, jak zwykle, posuwa się w tym kierunku dalej; nauczyciel języka, który, poprawiając błędy gwarowe ucznia, mówiłby mu, że mówi „nie po polsku”, musiałby być szczególnym fanatykiem, podobnie jak kapłan katolicki, któryby innym wyznaniom chrześcijańskim odmawiał wogóle charakteru „religij”; otóż dogmatyk prawa zajmuje tu stanowisko krańcowe, — dla niego wszelkie normy poza systemem oficjalnym, któremu służy, *nie są wogóle prawem*. Prawo znaczy dla niego tyle, co prawo oficjalne jego państwa. I otrzymujemy właściwość charakterystyczną w poglądach na prawo: we wszystkich innych dziedzinach normowania, — w moralności, estetyce, przepisach językowych, — nauka uznaje istnienie i działanie w obrębie jednej grupy społecznej różnych systemów konkurujących; tylko w dziedzinie prawa nauka własna, a za nią i na jej kredyt inne nauki, o ile mówią o prawie, przedstawiają rzecz tak, że każde państwo ma swoje prawo monopolistyczne, jedno i jedyne. Oczywiście, świadczy to o tem, że stanowisko dogmatyczne zakorzeniło się w dziedzinie prawa silniej, niż w innych dziedzinach.

Czy ta dogmatyczna koncepcja prawa jest błędna, czy jest bezwartościowa? — Nie, taki wniosek, zdający się wypływać z lekceważących uwag Petrażyckiego (we *Wstępie do n. pr. i mor.*) o prawnikach, kierujących się tu swemi „zawodowymi nawyknięciami terminologicznymi” i „jakiemiś względami praktycznymi”, byłby krzywdzący; sam Petrażycki, przejęty swoją dążnością do dyskwalifikowania dotychczasowego pojęcia prawa jako podstawy dla teorii ogólnej i do ugruntowania swego teoretycznego pojęcia prawa, obszedł się nieco zbyt pogardliwie z temi „potrzebami praktycznymi”, które są istotnymi

potrzebami dogmatyki i mają swoje własne uzasadnienie logiczne. W swoich właściwych granicach i w należytem ujęciu ta dogmatyczna koncepcja prawa jest właściwa i niezbędna. Dla dogmatyka „prawo” sprowadza się właśnie do pewnego konkretnego systemu norm, który on porządkuje logicznie i głosi jako swoje „prawo obowiązujące”. Pamiętać tylko należy, że mamy tu do czynienia nie z „pojęciem”, nadającym się do definicji, lecz tylko, w każdym poszczególnym wypadku, z konkretnym *systemem* norm; orzeczenie, czy dana norma „jest prawem” (por. powyższy przykład z nieznaną ustawą), odbywa się nie przez subsumcję pojęciową, lecz przez przyporządkowanie tej normy do danego systemu norm. I — stwierdźmy to odrazu — operacja ta niezawsze jest pewna. Logiczna jedność każdego systemu oficjalnego stanowi raczej pewien ideał, niż możliwość rzeczywistą; każdy prawnik wie, że system obowiązujący posiada elementy niezgodne (ustawy niezgodnione z konstytucją, dekrety wydane z przekroczeniem pełnomocnictw), że więc o normie zakwestjonowanej można nieraz orzec, zależnie od punktu wyjścia, że „jest” prawem i że niem „nie jest”.

Cóż zaś dopiero z „pojęciem ogólnem” prawa, wytwarzanem na tle dogmatyki! Prawnik-dogmatyk jest wprawdzie zaciekleym monopolistą, gdy chodzi o obowiązywanie prawa wewnątrz jego państwa, lecz uznaje chętnie taki sam monopol innych systemów w innych państwach. To też, gdy szuka definicji ogólnej „pojęcia prawa”, chciałby nią objąć wszystkie te suwerenne systemy, a także i prawo dawne, dziś już uchylone. Tak właśnie wytwarza się owa koncepcja „całości kształtu norm prawnych”, mająca objąć wszelkie prawo oficjalne, nasze ojczyście i cudzoziemskie, dzisiejsze, przeszłe i przyszłe. I taki zakres poszukiwanego pojęcia, ustalony zgóry, był właśnie tem, co powodowało i musiało powodować stałe niepowodzenie w sprawie definicji prawa. Cóż bowiem stanowi o zajęciu przez pewien wyodrębniony system norm owego stanowiska monopolistycznego w danej grupie społecznej? Odpowiedź ścisła pod względem logicznym musi być tu z konieczności nieścisła pod względem treści. Może brzmieć ogólnie: różne, nie dające się uchwycić jednolicie, czynniki historyczne. Najsilniej narzuca się tu kryterjum państwa, nie w formie uznania go za twórcę wszelkiego prawa, gdyż toby wyłączało prawo zwyczajowe i międzynarodowe, lecz w formie ostrożniejszej, jakiej użył np. u nas Peretiatkowicz: „normy uznane przez państwo za obowiązujące”. Jednak i ta definicja zawodzi, przez to chociażby, że nie obejmuje wszelkiego prawa, uznanego przez społeczność niepaństwowe. Wszystkie inne definicje, wysuwające momenty przymusu, sankcji, „woli powszechnej”, „powszechnego przekonania”, operują także momentami, związanymi z owym „monopolistycznym” panowaniem systemów oficjalnych, lecz wszystkie albo zawodzą wobec jaskrawych przykła-

dów „prawa“, które nie chce im odpowiadać (teorje przymusu i sankcji wobec *leges imperfectae*), albo uderzają swą mglistą nieokreślonością (czyja „wola“, czyje i jakie „przekonanie“?). Nie poruszam tu pozatem tych momentów wewnątrzno-logicznych, które dyskwalifikują te definicje w sposób ogólny*).

Zadanie ustalenia definicji prawa było zadaniem z samej swej natury niewykonalnym; chciano bowiem, idąc po linii nstawienia dogmatycznego, określić nie prawo poprostu, prawo w znaczeniu ogólnem, lecz prawo „obowiązujące“, przytem obowiązujące w pewien specjalny sposób, — oficjalnie. Nie brak coprawda prób szerszego ujęcia prawa. Sam Kelsen stwierdza konieczność szukania właściwości normy prawnej w jej formie, w sposobie, jak norma narzuca powinność; inni autorowie mówią, jeszcze ścisłej, o potrzebie uchwycenia struktury normy prawnej. W tym kierunku istotnie prowadzi droga właściwa: trzeba by stwierdzić, jaki typ powinności wyraża norma prawna w przeciwstawieniu do innych norm. Lecz w konsekwencji za tem idzie, że trzeba wszelką normę o ustalonej przez nas strukturze uznać za normę prawną, — niezależnie od tego, kto ją ogłosił, kto ją uznaje, czy możemy ją uznać za obowiązującą dla siebie, rozumną i t. d.

Niestety, tej konsekwencji nikt dotąd nie wyciągnął. Albo starano się samą strukturę normy prawnej scharakteryzować przez cechy, mające dociągnąć pojęcie prawa do zakresu prawa oficjalnego (zdanie hipotetyczne, moment sankcji), albo całe przedsięwzięcie wogóle rozplywało się we mgle. Jedyny wyjątek stanowi tu, jak dotąd, Petrażycki. Jego definicja prawa jest pierwszą definicją teoretyczną, wolną od wpływu dogmatyczno-normatywnego. Normą prawną ma być według niej wszelka norma etyczna (to znaczy wyznaczająca obowiązek), która posiada charakter imperatywno-atrybutywny (to znaczy wyznacza jednej stronie obowiązek, drugiej zaś należność, uprawnienie), — w przeciwstawieniu do normy moralnej, która wyznacza jednostronnie tylko obowiązek. Wobec braku dotychczas wszelkiej rzeczowej krytyki i wszelkich innych prób rozstrzygnięcia zagadnienia na tej płaszczyźnie, trudno stwierdzić, czy definicja ta jest ostateczną, czy wejdzie zczasem do trwałego dorobku nauki. Lecz wszystko zdaje się na to wskazywać.

Z innemi posunięciami w nauce, które zasłużyły sobie na nazwę „genjalnych“, dzieli definicja Petrażyckiego tę cechę, że

*) Petrażycki, przeprowadziwszy we Wstępie krytykę tradycyjnych metod tworzenia pojęcia prawa, w rozdziale III swej *Teorii prawa* dokonał systematycznej krytyki merytorycznej definicyj, istniejących w literaturze prawniczej. Ta krytyka nie jest dotąd, niestety, dostępna dla Polaków, nie znających języka rosyjskiego, do chwili ukazania się polskiego tłumaczenia *Teorii*, które jest w przygotowaniu. Wiele momentów tej krytyki przejętych zostało zresztą przez Jarre i Peretiatkowicza w ich podręcznikach.

stanowi ona stwierdzenie czegoś ogólnie znanego i jasnego. Każdy prawnik oddawna wie przecie, że t. zw. stosunek prawny jest stosunkiem dwustronnym, że każdemu uprawnieniu („prawa podmiotowemu“) odpowiada obowiązek, każdemu podmiotowi uprawnienia odpowiada podmiot obowiązku. Nikomu tylko nie przyszło na myśl w tej oczywistej właściwości normy prawnej dopatrzeć się właśnie cechy, której należy użyć do definicji prawa. Petrażycki, czyniąc to, wyciąga stąd konieczne konsekwencje: skoro norma prawna jest normą imperatywno-atrybutywną, to każda norma imperatywno-atrybutywna jest normą prawną. A więc nie tylko norma „wierzycielowi A należy się od dłużnika B suma s,“ ale także norma „małemu Kaziowi należy się od mamusi czekoladka“, norma „hersztowi bandy należy się połowa zrabowanej kasy“, a nawet norma „warjatowi należy się od djabła, wzamian za zaprzędaną duszę, panowanie nad Europą“.

Więc mielibyśmy prawo dziecinne, bandyckie, warjackie? — To wywołuje jednogłośny protest prawników, a także dających się suggestjonować prawnikom „filozofów“, zajmujących się mniej lub więcej przypadkowo prawem. Protest ten uwydatnia znakomicie różnicę między teoretycznym a dogmatycznym pojęciem prawa. Oto Peretiatkowicz zarzuca pogładowi Petrażyckiego, że sprowadzając prawo do przeżyć subiektywnych, pozbawia je podstawy obiektywnej, mocy obowiązującej, niezależnej od przekonań indywidualnych. Oto Jarra zwalcza tak samo „subiektywizm“ Petrażyckiego, żądając „sprawdzianu społecznego“ i uznając możliwość „jednej tylko zasady organizacyjnej społeczeństwa“, a wreszcie wymienia jako konieczną cechę prawa to, że ma ono być „obowiązującym w danym miejscu i czasie“. Rzecz jasna odrazu, że obaj bronią dogmatycznej koncepcji prawa, jako systemu jednolitego, mającego monopol na obowiązkiwanie.

I tu tkwi nieporozumienie. Jeżeli chodzi o pytanie „co obowiązuje“, pytanie dogmatyczne, to nowy pogląd nic w tej dziedzinie nie zmienia: Petrażycki bynajmniej nie dąży do tego, aby sądy państwowe uznawały „prawo“ małego Kazia do czekoladki, bandyty do zrabowanych pieniędzy lub djabła do duszy warjata. Dogmatyka będzie miała u niego, jak miała dotąd, jednolitą podstawę w prawie oficjalnem. Lecz, gdy chodzi o teoretyczne badanie normy i zjawiska, musimy zaliczyć do jednej klasy wszystkie normy, mające jednakową strukturę i wszystkie przeżycia jednego typu; w całym tym zakresie i jedynie w całym tym zakresie można zbadać dokładnie wszystkie właściwości prawa.

Nałóg prawników, przejęty od nich także przez Bogu ducha winnych filozofów, do używania wyrazu „prawo“ wyłącznie w znaczeniu „prawa obowiązującego oficjalnie“, jest zjawiskiem niezmiernie charakterystycznym. Uczeni innych dzie-

dzin (jak również ci sami prawnicy i filozofowie, gdy chodzi o te inne dziedziny) odróżniają bez trudu klasyfikacje oparte na kryterjach obiektywnych (opisowych) od klasyfikacji opartych na kryterjach wartości, — aprobaty i dezaprobaty. Logik zaliczy do sądów ogólno-twierdzących zarówno sąd „wszystkie trójkąty mają sumę kątów równą dwóm prostym”, jak sąd „wszystkie trójkąty są zielone”, choć skądinąd wie, że sąd pierwszy jest prawdziwy, drugi zaś fałszywy. Językoznawca zaliczy do form językowych polskich wszystkie zjawiska gwarowe, mowę dziecienną i żargon złodziejski, choć wszystkim tym zjawiskom odmówi „poprawności” ze stanowiska gramatyki i nie będzie ich zalecał jako wzorów uczniom w szkole. Tylko prawnik upiera się przy tem, aby pojęcie prawa zacieśniać do zakresu tych wybranych norm, które mają na sobie pieczęć oficjalną. Ale też to stanowisko mści się na nim samym: ono to jest głównym sprawcą oplakanego stanu teorii prawa, a w szczególności tego tragikomicznego stanu, w jakim się znajduje sprawa definicji prawa.

7. Właściwe oblicze teorii prawa.

Dwa rozdziały poprzednie miały na celu wykazać najcięższe niedomaganie dzisiejszej teorii prawa, niedomaganie dziedziczne i trudne do wykorzenia — jej zależność od dogmatyki w stawianiu i rozwiązywaniu zagadnień. Myślenie dogmatyczno-normatywne może i powinno zachować panowanie w dogmatyce. Ale teoria prawa musi przestać być wstępem uogólniającym do dogmatyki dzisiejszego prawa oficjalnego. Za podmiot swych twierdzeń musi wziąć sobie pojęcie prawa — już nie w znaczeniu dogmatycznym „prawa obowiązującego oficjalnie”, lecz w znaczeniu ogólnem, — i o tem prawie wypowiedzieć twierdzenia prawdziwe, mówiące o jego właściwościach (o wymaganiach teorii „adekwatnej” czyli dorównanej, patrz *Wstęp* Petrażyckiego).

Uleczenie teorii prawa z tej choroby nie uczyniłoby jej jeszcze istotą zdrową. Nie można zapomnieć o innych chorobach, związanych może z tą podstawową, ale od niej odrębnych, zarówno pod względem źródeł, jak objawów. Oto np. cały kompleks cierpień naszej nauki wynika z nie-należytego rozróżnienia tego, co w dziedzinie prawa należy do świata rzeczywistości i tego, co należy jedynie do świata myśli. I te cierpienia gnębią nie tylko teorię, lecz także dogmatykę prawa. Przedsiębiorąc kurację, nie będziemy tu już się starali o tak ścisłą izolację teorii od dogmatyki; nasze zabiegi mogą się okazać skuteczne dla obu pacjentek.

Przyglądając się walce dzisiejszych programów, można się zadziwić, jak bardzo rozmaicie pojmują te kierunki naturę prawa. Idealiści różnego autoramentu, pojmując prawo jako normę, umieszczają jej byt nie w świecie realnym, lecz w świecie przedmiotów myśli; norma ma być sądem albo zdaniem, jej istnienie więc należy do tej sfery, gdzie bytują wielkości logiczne lub matematyczne; z tego wynika hasło nauki „czystej“, czyli pozbawionej wszelkiego zetknięcia z rzeczywistością doświadczalną, i dalej, niekiedy, hasło nauki dedukcyjnej, apriorycznej. Z drugiej strony stoi chór realistów; ci, przeciwnie, chcą szukać prawa i badać je wyłącznie w świecie rzeczywistości, głoszą hasła empiryzmu i metod doświadczalnych. Jeżeli się jednak wsłuchamy bliżej w melodję tego chóru, uchwycimy i tu rozdzźwięki głębokie: jedni realiści chcą szukać prawa wśród zjawisk psychicznych, inni wśród zjawisk społecznych. Niedosć na tem: psychologisci rozbijają się też na dwa obozy: jeden będzie uważał prawo za zjawisko psychiki indywidualnej, drugi — za zjawisko psychiki zbiorowej, społecznej.

Jakiś przybysz z obcych dziedzin nauki mógłby wobec tego nabrać dość sceptycznego stosunku do teorii prawa: cóż to za dziwna nauka, która nie ustaliła jeszcze, do jakiej sfery należy przedmiot jej badania, która nie wie jeszcze, jak widać, czem się zajmuje — tworami myśli na wzór logiki, czy zjawiskami realnymi na podobieństwo psychologii i socjologii? A jednak możnaby na to odpowiedzieć, że sam ten spór oznacza już postęp naukowy; oznacza bowiem już świadomość, że te sfery badania należy odróżnić i do każdej z nich zastosować odrębne metody badania.

W niedawnej przeszłości panował powszechnie, a dziś jeszcze pod jej wpływem trwa w szerokim zakresie stan gorszy: stan zupełnego nierozróżniania tych sfer. Mieszano na jednej płaszczyźnie byty z rozmaitych sfer i kazano im wchodzić ze sobą w stosunki albo wywierać na siebie wpływ. Normę chciano pojmować jako zjawisko rzeczywistości, jako „rozkaz wydany przez wolę silniejszą w stosunku do słabszej“ (Jhering), albo jako regułę rzeczywistego zachowania się ludzi. „Stosunek prawny“ starano się skonstruować jako coś zachodzącego w rzeczywistości, jako „stosunek życiowy“, polegający na jakimś szczególniejszym nacisku, wywieranym przez jeden podmiot na drugi. To samo mieszanie elementów rzeczywistości z elementami powinności odbywało się w stosunku do poszczególnych elementów stosunku prawnego, — podmiotów i przedmiotów, praw podmiotowych i obowiązków.

Prowadziło to do wyników, których charakter humorystyczny rzuciłby się odrazu w oczy samym twórcom „teo-

ryj“, gdyby nie traktowali swych formułek jako pustych zbiorów wyrazów, do niczego nie obowiązujących. Weźmy przykład. Niech A posiada prawo do otrzymania 100 złotych od B. Będzie to właśnie „stosunek życiowy“, w którym „wola A“ wywiera nacisk na „wolę B“. Ale A może być niemowlęciem w kołysce, a B — osobą prawną (np. kasą oszczędności), która znowu według znanej teorii ma być fikcją. Wynika z tego, że niemowlę swoją wolą (której w rzeczywistości nie ma) wywiera nacisk na inną osobę, która wprawdzie nie istnieje, lecz posiada także „wolę“, tę właśnie poddaną woli niemowlęcia. Takie konsekwencje osiągane przez jedną „teorię“, wywoływały powstawanie innych „teorii“, równie fantastycznych, i walka tych teorii wypełniała rozdziały traktatów, nie posuwając rozwiązania zagadnień ani o krok naprzód.

Otóż metodologiczna walka programów, jaka się toczy w ostatnich czasach, choć każdy pojedynczy program jest jednostronny w swym „idealizmie“ lub „realizmie“, przyczyniła się bezwątpienia do postępu w tym kierunku, że zaczyna się wytwarzać zrozumienie, co w dziedzinie prawa należy do jakiego świata. Poszczególne szkoły błędzą, gdy chcą całą dziedzinę przedmiotów naszego badania zaliczyć czy to do świata idealno-normatywnego, czy do świata realnego — psychicznego czy społecznego. Lecz każda z nich potrafiła udowodnić mniej lub więcej przekonująco, do jakiego świata należą pewne przedmioty badania prawnego. I niektóre programy uznają już możliwość badania prawa w różnych płaszczyznach, choć głoszą zwykle wyłączną ważność badania tylko w jednej płaszczyźnie. Tak np. Kelsen, krańcowy przedstawiciel kierunku idealno-normatywistycznego, uznaje w zasadzie, że można także badać realne odpowiedniki normy prawnej — zjawiska psychiczne przeżywania normy i zjawiska społeczne masowego zachowywania norm, — choć usuwa te zjawiska realne z pola widzenia prawnika, pozostawiając je do badania psychologom i socjologom. Tak z drugiej strony Petrażycki, akcentując może zbyt silnie psychologiczny charakter swej teorii prawa, utożsamiając poniekąd (we *Wstępie*) badanie psychologiczne prawa z badaniem naukowym, — uznaje jednak możność badania normy i jej elementów jako idealnych „projekcyj“ przeżycia, a więc jako „wielkości ideologicznych“. Na tym gruncie z pewnością nastąpi porozumienie, a kierunek tego porozumienia można już dziś wyraźnie wykreślić.

Prawo jest jedną z form oceny postępowania, oceny praktycznej, to znaczy przedstawiającej dane postępowanie jako w pewien sposób pożądane, mianowicie (gdy przyjmujemy definicję Petrażyckiego) jako obowiązujące jedną

stronę, a należne drugiej. Ocena ta znajduje wyraz w normach, które stanowią jeden z typów przepisów postępowania. Normy zaś nie są żadnymi „rozkazami“, choć mogą być treścią rozkazów; należą do świata sądów, a więc tworów myślowych, którymi się zajmuje logika, a wraz z nimi należą do tego świata ich transpozycje, jak stosunek prawny, oraz ich elementy, jak obowiązek i uprawnienie, podmiot i przedmiot. Gdy mówimy, że między A i B zachodzi stosunek prawny, znaczy to tyle, że „A obowiązany jest zachować się w sposób n względem B, a B takie jego zachowanie się należy“. Ten stosunek nie jest żadnym stosunkiem „życiowym“, możemy go stwierdzić, gdy w rzeczywistości nie się między podmiotami nie dzieje; jest on stosunkiem powinności, wyraża się całkowicie i wyłącznie w tem, że A coś „powinien“, a B coś „może“. I rzecz jasna, że przedstawianie stosunku prawnego jako jakiejś realnej „więzi“ łączącej podmioty, oraz praw podmiotowych i obowiązków jako czegoś rzeczywistego (woli, interesu lub tp.), co by mogło tkwić w podmiotach, stanowi ordynarne nieporozumienie.

Normami prawa, jak wiemy, zajmuje się dogmatyka. Lecz ona bierze normy pewnego konkretnego systemu i wykląda ich treść. Powtarzając treść norm, sama normuje, sama solidaryzuje się poniekąd z ich treścią. Dlatego uznaliśmy ją za naukę normatywną. Teoria prawa też może i powinna się zajmować normami, ale przystępuje do nich inaczej: nie bierze ich treści za swoją, lecz spogląda na normy jakby zgóry, bierze je za przedmiot swego obiektywnego badania. Rozważa ich budowę, analizuje elementy, klasyfikuje formy i odmiany. Choć więc mówi o tym samym przedmiocie idealnym co dogmatyka, nie jest już nauką normatywną, lecz teoretyczną. W zakresie badania norm, sądów prawnych, pracuje na tej samej płaszczyźnie, co logika w swej części analitycznej, gdzie rozważa się formy i elementy myślenia — sądy i pojęcia.

Ale na tem zadanie teorii prawa skończyć się nie może. Przedmiotem jej są wszak pewne swoiste oceny postępowania. Gdy zaś chcemy zbadać jakiś typ oceny — gdzie możemy tego dokonać, jeśli nie tam, gdzie ta ocena działa, czyli w psychice ludzkiej? Ocena prawna wyznacza podmiotom uprawnienia i obowiązki. Otóż jeżeli chcemy zrozumieć, co znaczy to „uprawnienie“ i ten „obowiązek“, musimy zajrzeć do własnej naszej psychiki i zbadać, co się w tej psychice dzieje, gdy komuś takie uprawnienia i obowiązki przyznajemy, — inaczej nie zrozumielibyśmy po prostu sensu tych wyrazów, tak samo jak nie zrozumieli byśmy znaczenia ocen smakowych „smaczny“ — „wstrętny“, gdybyśmy się nie odwoływali do naszych reakcyj smako-

wych. Realnym odpowiednikiem normy prawnej jest przeżycie prawne, w niem się wyraża prawo jako zjawisko rzeczywistości. W niem stykamy się z oceną prawną bezpośrednio, chwytamy ją na gorącym uczynku, możemy wyraźnie ustalić różnicę pomiędzy nią, a ocenami pokrewnymi, np. moralnymi, możemy poddać ją badaniom eksperymentalnym, zbadać jej przebieg, wpływ na nasze postępowanie itp.

Skoro zjawiskiem prawnem jest przeżycie prawne, to psychologia tego przeżycia musi stanowić główne jądro teorii prawa. Nie znaczy to, by psychologia miała całą teorię wypełniać. Tu, jak się zdaje, sam Petrażycki uległ pewnym złudzeniom pod wpływem upojenia swem odkryciem psychicznego zjawiska prawnego. Jak z jednej strony pokrzywdził nieco część logiczno-analityczną teorii, naukę o normie prawnej i jej elementach, ujmując ją pod kątem psychologicznym, jako sprawę „projekcyj”, wytwarzanych przez przeżycie emocjonalne, tak z drugiej strony sam nie dostrzegł dość jasno, w jak wielkim zakresie jego teoria prawa jest także nauką społeczną. Poza działaniem bezpośrednim przeżycia prawnego, a więc jego działaniem psychicznym, mamy bowiem jego działanie pośrednie, — działanie na zbiorowe zachowanie się ludzkie. Tu stają przed nami zjawiska takie, jak procesy unifikacji prawa, wytwarzanie się owych jednolitych szablonów prawa, ogarniających ludzi monopolistycznie i ujmujących ich zachowanie się w pewien jednolity porządek, a jako wytwory tych procesów — budowę organizacyjną grup społecznych wogóle i państwa w szczególności (funkcja organizacyjna prawa), oraz strukturę gospodarczą społeczeństw (funkcja prawa prywatnego). W tym zakresie prawo rozważamy jako czynnik, działający przyczynowo, wywierający wpływ na inne zjawiska. Lecz tak samo domaga się uwzględnienia odwrotna strona medalu: sprawa czynników, oddziałujących na prawo, zbadanie prawa jako wytworu: obok nauki o działaniu prawa staje nauka o genezie i rozwoju prawa, nauka także społeczna, a nawet mająca swe korzenie w socjologii, jako nauce ogólnej o rozwoju społecznym.

Takby się przedstawiało oblicze teorii prawa, jako nauki świadomej swego odrębnego stanowiska i zadania. W tej postaci byłaby istotnie teorią, czyli nauką wypowiadającą prawdy o tem co jest, wolną od wpływu praktycznego dogmatyki, byłaby też ogólną teorią prawa, wypowiadałaby prawdy o wszelkiem prawie, nie tylko zaś o pewnych typach prawa dziś obowiązującego. Spełniłaby więc to zadanie, o którym marzył Kirchmann, zadanie wypowiedzenia o prawie jakichś twierdzeń jednolitych i trwałych, przytem w znacznej części opartych na doświadczeniu. I teoria ta istnieje już dzi-

siaj w postaci budowy, choć niedokończzonej, lecz stanowiącej zrab o wielkiej wartości, — w dziełach Petrażyckiego. Nie wątpliwie prawidłowo założony został jej fundament — definicja pojęcia prawa, po raz pierwszy pojęta jako definicja prawa w znaczeniu ogólnym, teoretycznym, nie zaś prawa obowiązującego. Część logiczno-analityczna wymaga pewnej, nieznaczej zresztą, zmiany w nastawieniu i szerszego opracowania. Część psychologiczna wydaje się najbardziej gotowa i pewna, otwierając zresztą możliwości rozbudowy w szczegółach. Część społeczna została zapoczątkowana dwoma wspinałami paragrafami (11-ym i 12-ym) *Teorii prawa* o funkcji organizacyjnej i gospodarczej prawa i szeregiem ustępów wielkiej wagi, np. o funkcjach prawa intuicyjnego. Teoria genezy i rozwoju prawa jest zaledwie naszkicowana; znacznych uzupełnień można się spodziewać po rękopisach *Socjologii*, które powinny być jaknajszybciej wydane.

Czy dzieło Petrażyckiego jest tworem zupełnie odosobnionym? Zdaje się, że wypadnie na to odpowiedzieć twierdząco, ku zadowoleniu naszej dumy narodowej, lecz ku mniejszej chwale dla literatury przedmiotu w jej całości. Nie brak wprawdzie prób podobnego podejścia do przedmiotu. Do nich należą niektóre dzieła z etyki socjologicznej o kierunku ewolucjonistycznym, np. prace Westermarcka, Finlandczyka piszącego po angielsku; gubią się one jednak w olbrzymim materjale obserwacyj konkretnych, zdradzając w samych podstawach teoretycznych brak ścisłości i pogłębienia. W literaturze prawniczej pewne tendencje pokrewne wykazał Ehrlich (*Grundlegung zur Soziologie des Rechts*, 1913), wysuwając koncepcję nauki o prawie jako zjawisku realnem, przytem nauki uwolnionej od praktycznego nastawienia dogmatyki; lecz skończyło się na programie, którego wykonania nie próbowano nawet rozpocząć, a pozatem sam program pełen jest nieporozumień, w związku z koncepcją „prawa żywego“, pochodzącą od dawnej szkoły historycznej i przefasonowaną w myśl dążeń praktycznych szkoły wolnego orzecznictwa. Dążności programowo pokrewne wyrażają niektórzy Francuzi, wysuwając projekt „socjologii prawa“, która jednak ma zajmować jakieś niewyraźne stanowisko pośrednie między uogólnieniami „nauki o prawie“ (dogmatyki?), a „filozofją prawa“, zdecydowanie metafizyczną (por. artykuł R. Huberta w zesz. 1/2 *Archives de phil. du droit*, 1931). Francuscy prawnicy-socjologowie ze szkoły Durkheima dali sporo badań szczegółowych, niepozabawionych wartości, lecz wiszących poniekąd w powietrzu bez fundamentu teorii ogólnej.

Wszystkie te próby, jakkolwiek zdrowe wyrażają tendencje, mają zamkniętą przed sobą drogę do powodzenia przez to samo, że utożsamiając, w myśl odwiecznej tradycji dogmatycznej, prawo z prawem oficjalnem, nie posiadają poprawnej

definicji prawa, a więc nie ujmują i nie wyodrębniają należycie przedmiotu swego badania. Dzieło Petrażyckiego stoi więc dotąd jako pozycja jedyna w swoim rodzaju. On jeden daje poważne początki już nie programu, lecz samej teorii, on jeden ustrzegł się zarówno pomieszań, jak jednostronności metodologicznych, rozgraniczając należycie płaszczyzny normatywną, teoretyczną i celowościową (o czem niżej), a w samej teorii logiczno-idealną, psychologiczną i społeczną. Stąd też pochodzi to dziwne pozornie zjawisko, że ze stanowiska Petrażyckiego można przyjąć, w pewnych granicach, niektóre tezy kierunków tak odmiennych pozornie, jak normatywizm Kelsena i różne odcienie realizmu.

8. Wartość praktyczna teorii prawa

Wobec wniosków naszkicowanych powyżej czytelnik-prawnik, o ile wogóle tolerancja jego sięgnie dość daleko, by zezwolić na uprawianie tak pojętej teorii prawa, może jednak łatwo powziąć przekonanie, że cała ta teoria mało go obchodzi. Prawnik zawodowy jest wszak niemal wyłącznie dogmatykiem. Skoro zaś ta teoria tak się od dogmatyki odgradza, to niechże — powie — jej zwolennicy bawią się nią dowoli, lecz co nam z tego?

Wniosek ten jednak byłby może zbyt pośpieszny. Istotnie, prawnik dzisiejszy, jeśli pominiemy historyków prawa, uprawia zawodowo wyłącznie niemal dogmatykę: uprawia ją jako sędzia, urzędnik administracyjny, adwokat, uprawia ją także jako nietrafnie tak zwany „teoretyk“, czyli badacz naukowy. A jednak nowa teoria nie może być dla niego obojętna. Da mu ona przecież zrozumienie wielu spraw dużej dla niego wagi. Zrozumienie natury prawa jako normy, jasne ujęcie jego elementów ma niezmierną doniosłość dla dogmatyki, która temi pojęciami teorii operuje przy swoich analizach i konstrukcjach. Oczyszczenie dzisiejszej nauki z karykaturalnych podziałów i teoryjek, jakie panują w sprawach np. „praw podmiotowych“, „podmiotów“, „przedmiotów prawa“, „osób prawnych“ i wielu podobnych, i zastąpienie tych nieporozumień przez pojęcia jasne i płodne, będzie ogromnem ułatwieniem i postępem. Wystarczy wskazać dla przykładu, że wskutek niejasności panującej dokoła pojęcia przedmiotu prawa, prawoznawstwo nie osiągnęło dotąd poprawnej i całkowitej analizy tak ważnego pojęcia, jak prawo własności; na gruncie teorii Petrażyckiego sprawa się wyjaśnia łatwo i prosto (por. *Teoria* Pr. § 11 oraz krótkie uwagi *O pobudkach* § 4 i *O ideale społ.*).

Następnie, dla dogmatyka nie może być obojętna sprawa funkcji społecznej prawa i jego własnej roli w społeczeństwie. Prawnicy rzymscy, będący także dogmatykami, szukali sobie oparcia w jakimś poglądzie głębszym na swoją rolę i znaleźli je w znanej, niewątpliwie naiwnej i mglistej, lecz sym-

patycznej przez swój zapal etyczny formule Ulpiana i Celsusa: „*jus est ...ars boni et aequi. Cuius merito quis nos sacerdotes appelet; justitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram, nisi fallor, philosophiam, non simulatam affectantes*“... Na tle nauki dzisiejszej prawnikowi trudnoby było zorjentować się co do swej roli w służbie prawa. Z jednej strony niemilknące jeszcze odgłosy starej doktryny niemieckiej wmawiają mu, że powołany jest do obrony walczących ze sobą interesów prywatnych — funkcja dość mało zaszczytna, — albo do urzeczywistniania przymusu państwowego — rola niewiele szlachetniejsza. Z drugiej strony różne idealizmy próbują go pocieszać, że stoi w służbie jakichś idei obiektywnych, przez prawo wcielanych, — cóż kiedy treść tych idei, o ile autorowie wogóle nam ją odsłaniają, okazuje się zwykle ze stanowiska ewolucji — sezonową. Czyż więc nie będzie dla prawnika-praktyka rzeczą cenną zrozumienie, jakie mu daje właściwa teoria prawa, że służy wcieleniu w życie systemu norm, w każdym wypadku przemijającego, lecz zawsze będącego podstawą ustroju i podstawą tem doskonalszą, im lepiej on, prawnik, spełni swą rolę współdziałacza w unifikacji tego prawa?

Lecz na tem nie koniec. Poświęciwszy dotychczasowe rozważania w znacznej części zarzutom Kirchmanna, godzącym w wartość teoretyczną prawoznawstwa, odsunęliśmy na plan dalszy jego zarzut bezwartościowości praktycznej, twierdzenie, że nauka prawa nie jest zdolna przyczynić się do postępowego przekształcenia prawa. Obecnie przychodzi chwila sposobna, aby się i tą sprawą kolejno zająć. A sprawa to niepozważona wagi, nawet pierwszorzędnej. Żyjemy w czasach wielkiej przebudowy prawa, związanej zarówno z rozbudową własnej państwowości, jak z głębokimi zmianami ustrojowo-społecznymi. Pracują gorączkowo nasze izby ustawodawcze, pracują specjalnie powołane komisje z Komisją Kodyfikacyjną na czele, prace te budzą echa w całym świecie prawniczym i każdy niemal prawnik, zawodowo uprawiający dogmatykę, powołany bywa, czyto mandatem zzewnątrz, czyto własną chęcią, do zabierania głosu w sprawach *de lege ferenda*, w sprawach polityki prawa.

I otóż Kirchmann w tej sprawie wykazał również swą przenikliwość, wiążąc wartość praktyczną myślenia prawniczego z jego wartością teoretyczną. Wzorów szukał w naukach przyrodniczych, matematyce, psychologii, które dając zrozumienie procesów rzeczywistości, pozwalają nam opanować te procesy, aby je wyzyskać dla dobra ludzkości. Nauka zaś prawnicza, nie zdobywszy zrozumienia swego przedmiotu, niezdolna jest także go opanować. Prawda to bezsporna. Ale

prawdą także się staje, że skoro to zrozumienie osiągniemy, to zdobędziemy też opanowanie. I to właśnie się urzeczywistnia z wejściem na scenę nowej, psychologiczno-społecznej teorii prawa. Twórca jej, Petrażycki, od tej strony nawet do swej teorii doszedł. Pierwszym celem jego dążeń była naukowa polityka prawa. Jej to uzasadnieniu poświęcił swoje prace młodzieńcze, *Fruchtverteilung* i *Lehre vom Einkommen*, i stosując nowe metody przykładowo do poszczególnych zagadnień prawa rzymskiego oraz do też projektów B. G. B., osiągnął odrazu rzadki tryumf: swym odosobnionym głosem młodego cudzoziemca przekonał najpoważniejsze grono prawników niemieckich o trafności podstaw i płodności nowej metody. Gdy zaś potem Petrażycki przystępuje do budowy swej teorii prawa, zaczynając od kładzenia najgłębszych fundamentów — metodologii i psychologii, — podejmuje tę pracę z wyraźnym celem stworzenia podstawy teoretycznej do swej polityki (por. *Wstęp*, przedmowa).

Na czymże polega program polityki prawa? — Na tem, by dotychczasowe kryterja przypadkowe przy ocenie norm prawnych zastąpić przez kryterja naukowe. O wartości norm ustawodawczych nie może stanowić moda, do której zaliczyć wypada kierowanie się wzorami „najnowszemi” zagranicą; nie można też wartości ich mierzyć ani miarą jakichś ideałów bezwzględnych, bo temi nie rozporządzamy, — ani miarą czyichś interesów, mniej lub więcej „godnych ochrony”. Właściwe kryterjum leży we wpływie, jaki projektowane normy wywrą na postępowanie człowieka, na jego charakter, na jego ustosunkowanie się społeczne do innych ludzi. Prawo rozwijało się dotąd nieświadomie, lecz działały nań procesy przystosowania się do postępowej ewolucji ludzkości. Polityka prawa ma za zadanie kierunek tej ewolucji zrozumieć i pracować świadomie w kierunku współdziałania z nią. Rzecz jasna więc, że polityka naukowa może powstać jedynie na gruncie naukowej teorii prawa, która da nam zrozumienie procesów działania prawa i jego rozwoju (por. Petrażycki, *O ideale społecznym*).

Oto więc jeszcze jeden wzgląd nie bez znaczenia: prawnikowi praktykowi, któremu nie jest obojętna sprawa udoskonalenia prawa obowiązującego, nie może być także obojętna sprawa teorii prawa.

8
WPS-1.419