PROF. WŁADYSŁAW LEOPOLD JAWORSKI

NAUKA PRAWA ADMINISTRACYJNEGO

ZAGADNIENIA OGÓLNE

WARSZAWA 1924
INSTYTUT WYDAWNICZY „BIBLJOTEKA POLSKA"

NAUKA PRAWA ADMINISTRACYJNEGO

PROF. WŁADYSŁAW LEOPOLD JAWORSKI

NAUKA PRAWA ADMINISTRACYJNEGO

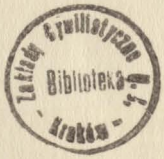
ZAGADNIENIA OGÓLNE





WARSZAWA 1924
INSTYTUT WYDAWNICZY „BIBLJOTEKA POLSKA"

T. 12, 01279



Wszelkie prawa zastrzeżone

Zakłady graficzne Instytutu Wydawniczego „Bibljoteka Polska" w Bydgoszczy

Książka niniejsza powstała z wykładów, które w Uniwersytecie Jagiellońskim miałem w latach 1923 i 1924 o prawie administracyjnem. Geneza ta wyjaśnia pewne cechy charakteryzujące książkę. Przedewszystkiem staje się zrozumiałem, dlaczego styl jest tak mało literacki. Ważniejszem jednak jest to, że ujęcie przedmiotu nastąpiło z punktu widzenia pedagogicznego. Chciałem skoncentrować uwagę uczniów na najdonioślejszym m. zd. problemie, t. j. na problemie kontroli administracji. Wskutek tego, wbrew tradycji, system mój rozpoczyna się od sądownictwa administracyjnego, a z niego dopiero i dla niego wysuwam cały szereg innych zagadnień.[1])

Jest jednak jeszcze inny powód, dla którego odbiegłem od tradycyjnego systemu tak zwanych „części ogólnych". Myślenie prawnicze, którem operuję, posługuje się normami prawnemi, jako elementami. Do tego myślenia należy słuchacza, a także wogóle czytelnika, powoli przyzwyczaić. Wskutek tego definicje, od których zwykle w podręcznikach się zaczyna, u mnie zna-

[1]) Kontrola jest istotą ustrojów demokratycznych, a demokracja jest istotą epoki, którą przeżywamy. System środków i form kontroli jest w ciągłym rozwoju, a zwłaszcza w obecnym okresie wysiłki o stworzenie czegoś nowego w tej dziedzinie są wzmożone. Por. Bryce w kapitalnem dziele o demokracji (w tłum. niem. *Moderne Demokratien*, München 1923, t. I, str. 3).

lazły się na końcu. Ale co więcej! W początkowych rozdziałach sam musiałem się posługiwać konstrukcjami, których krytyka jest właśnie moim celem. Sądziłem, że tak należy postąpić, jeżeli czytelnikowi nie chce się odrazu wytrącić książki z ręki. Jeżeli cierpliwie zechce ją przeczytać i zwracać będzie uwagę raczej na „myślenie", niż na pozytywne określenia, przyzna mi może, że byłem konsekwentny i że personifikacje, od których zaczynam, a z których pragnę się wyemancypować, zostały przyjęte tylko ze względu właśnie na niego, gdyż inaczej wogóle nie moglibyśmy się byli porozumieć.[1])

Jeszcze jedno wyjaśnienie należy się od autora. Czy tylko te kwestje, które w tej książce omawiam, zasługują na nazwę zagadnień ogólnych, czy też do rzędu ich należałoby zaliczyć także i szereg innych. Z pewnością liczba ich nie jest zamknięta. Z mojego punktu widzenia jednak wydaje mi się, że zagadnienia te wyczerpałem. Ten punkt widzenia zaś określam: praktycznie idzie w nauce prawa administracyjnego mojem zdaniem o kontrolę administracji, teoretycznie zaś o przemyślenie i krytyczne ocenienie będących w obiegu konstrukcyj prawniczych.

---

[1]) W metodzie tej szedłem za wielkim przykładem. Kant w swoich wykładach uniwersyteckich posługiwał się metodą „stopniowej" analizy pojęć. P. Kowalewski w „Die philosophischen Hauptvorlesungen I. Kants", str. 511 n. (Leipzig u. München 1924).

ROZDZIAŁ I.

UWAGI WSTĘPNE.

Nauka prawa wyróżnia się wśród innych niefortunnie tem, że podstawowych swoich pojęć nie uczyniła przedmiotem dostatecznej krytyki. Jest to rzecz dość szeroko uznana, a w nowszych czasach widać coraz to usilniejsze dążenie, aby oczyścić myślenie prawnicze z naleciałości i dojść do jego czystej formy [1]). Tradycja jednak, szkoła, którąśmy wszyscy przeszli, przyzwyczajenie wreszcie sprawiają, że nie jest łatwą rzeczą odwrócić mózg i pożegnać się z konstrukcjami, na których opiera się nasz świat prawa. Z tego też powodu rozpocząć muszę mój wykład od konstrukcyj, które będę się starał właśnie porzucić, a przynajmniej krytycznie wstrząsnąć.

Dojdziemy do przekonania, że państwo jest całością prawa. Ale gdybyśmy od takiego określenia państwa rozpoczęli, trudno byłoby nam ruszyć z miejsca. Dlatego też musimy uciec się do jakiejś personifikacji i w państwie widzieć supranaturalną osobę, która ma wolę, działa i w tem działaniu posługuje się organami. Wszystko to są obrazy, które tylko prowizorycznie przyjmujemy. Gdy raz się zdecydujemy na taką personifikującą konstrukcję, musimy wysnuć wszystkie już wówczas pły-

[1]) Z radością zanotować należy pojawienie się dwóch książek, które polską literaturę prawniczą kierują na krytyczne tory. Są to Czesława Znamierowskiego „Podstawowe pojęcia teorji prawa“ (Poznań 1924) i Szymona Rundsteina „Zasady teorji prawa“ (Warszawa 1924).

nące stąd konsekwencje. Gdy prawo normuje działalność, to ta działalność może być dwojakiego rodzaju. Wychodzi ona albo od człowieka albo od państwa. Normy regulujące działalność człowieka stanowią prawo prywatne, normy zaś regulujące działalność państwa stanowią prawo publiczne. To jednak do odróżnienia tych dwóch głównych działów prawa nie wystarcza. Jako istotne znamię prawa prywatnego należy przyjąć, że kontrolę jego wykonywa państwo, a jako istotne znamię prawa publicznego, że kontrolę wykonywa jednostka. Posługujemy się tutaj znowu wyrażeniami, które wymagają bardzo głębokiego rozważenia. Należy to jednak naszem zdaniem do filozofji prawa. Tutaj wystarczy, jeżeli powiemy, iż wyrażenia „kontrola" używamy w znaczeniu, które pozwala wcielić tę kontrolę w urządzenia bardzo różnorodne [1]).

Z takiego poglądu wychodząc nazwiemy prawem administracyjnem to prawo, które reguluje działalność państwa, a którego kontrola należy do jednostki. Zrozumiemy znaczenie znamienia „kontrola", jeżeli powiemy, że w państwie absolutnem niema prawa administracyjnego właśnie dlatego, że tam kontrola nad działalnością państwa nie przysługuje jednostce. Tak samo nie należą do prawa prywatnego normy, nad któremi kontrola nad działalnością państwa nie służy jednostce. Na końcu całego tego wykładu dowiemy się, co wogóle myśleć o podziale prawa na prywatne i publiczne, ale zacząć musimy od tego zróżniczkowania, gdyż inaczej nie moglibyśmy usprawiedliwić się wobec czytelnika, dlaczego dajemy mu do ręki książkę o prawie administracyjnem, a nie o prawie wogóle.

Wykład nasz jest wyłącznie prawniczym i dlatego ma nazwę „nauki prawa administracyjnego". Natomiast „nauka administracji" jest nauką polityczną, ocenia ona wartość prawa w jego praktycznej realizacji i stawia wnioski reformy. Nie jest ona przedmiotem tej książki.

Bardzo rozległą masę przepisów, stanowiących prawo ad-

[1]) Bliższe omówienia przyjętej tutaj ze względów praktycznych różnicy między prawem publicznem a prywatnem obacz w następnym rozdziale, w ostatnim zaś rozdziale przedstawiam moje teoretyczne stanowisko w tej kwestji.

ministracyjne, nauka ma przetworzyć i uczynić z nich pewną harmonijną całość. Stać się to może wówczas, jeżeli stworzone zostaną pewne konstrukcje, w które da się ująć badany materjał. Jak z cegieł zbudować mogę dom mieszkalny, fabrykę lub kościół, tak też z chaosu przepisów prawnych zbudować mogę ową harmonijną całość, o której idzie nauce, wedle dowolnych konstrukcyj. Są one dowolne w tem znaczeniu, że niema mowy co do nich o jakiejś wieczności, ale nie są dowolnemi w tem znaczeniu, jakoby nie odpowiadały potrzebom i poglądom epoki, w której powstały. Tę właśnie ich względność powinniśmy wszędzie wykazywać, a o ile nas na to będzie stać, wskazywać przyszły możliwy ich rozwój.

Czytelnik ma prawo domagać się jeszcze ode mnie, abym określił stosunek prawa administracyjnego do tej części prawa publicznego, którą się nazywa prawem politycznem, i stosunek prawa administracyjnego do administracji państwowej.

Prawo polityczne mówi, jak każe tradycja, o państwie i jego ustroju. Bez wniknięcia w istotę państwa, bez krytycznego ocenienia takich pojęć, jak suwerenność państwa lub podział władzy na ustawodawczą, wykonawczą i sądową, nie można m. zd. dać zadowalniającej odpowiedzi na pytanie, czem jest prawo polityczne, a wskutek tego i na pytanie, jaki jest jego stosunek do prawa administracyjnego. Narazie wystarczyć musi zapewnienie, że dotychczasowym określeniom nie udało się oddzielić tych dwóch działów bez reszty i że, jakiekolwiek przyjęlibyśmy określenie, znajdzie się w prawie politycznem wiele materyj, należących wedle tegoż samego określenia do prawa administracyjnego i naodwrót. Grają tu rolę względy pewnej ekonomji wykładu, które spowodowały, że np. skarbowość, należąca bezsprzecznie do prawa administracyjnego, wyrosła na osobny dział w prawie i wyrobiła sobie osobne miejsce w nauce. Trzymać się też będziemy zdania, że prawo administracyjne, będące prawem publicznem, normuje działalność państwa, jeżeli zaś trwać będziemy przy obrazie, że państwo jest osobą, jest podmiotem, to w tem miejscu systemu, w którem jest mowa o podmiocie działalności, wypadnie mówić o ustroju państwa. Gdy jednak nauka o tym ustroju potężnie się rozro-

sła, tworzy się z niej osobną dziedzinę, na którą prawo administracyjne już tylko się powoływa. Wiem o tem, że takie pojmowanie nie odpowiada tradycji, wedle której prawo administracyjne wydzieliło się z prawa politycznego, a nie naodwrót. Zastrzec się jednak muszę, że nie idzie mi o historję, ale o teorję. Ponadto zaś historyczny pogląd wymagałby przedtem krytycznego rozważenia, czy „państwo" dzisiejsze, t. j. pojęcie dzisiejszego państwa da się zastosować do ubiegłych epok, gdy jeszcze nie znano nazwy: „prawo administracyjne", a wskutek tego, czy to pojęcie prawa publicznego i prywatnego, którem dzisiaj operujemy, da się przenieść w owe ubiegłe epoki.

Drugiej kwestji, t. j. stosunkowi prawa administracyjnego do administracji państwowej, poświęcona jest cała niniejsza książka, bo, jak w przedmowie zaznaczyłem, za najważniejsze zagadnienie „prawa" administracyjnego uważa kontrolę administracji państwowej. Problem ten da się określić w słowach: czy administracja państwowa jest wykonywaniem ustaw, czy też czemś więcej lub czemś innem. Kto przeczyta i zechce się wmyśleć w rozdziały o publicznem prawie podmiotowem, o swobodnem uznaniu, o prawomocności, a przedewszystkiem o sądownictwie administracyjnem, ten dostrzeże, jak potężne są tendencje stworzenia państwa praworządnego, t. j. tendencje zidentyfikowania administracji z wykonywaniem ustaw, a z drugiej strony, jak wielkie stawia temu przeszkody życie z swoją niestrudzoną zmiennością. To zmaganie się tęsknoty do stałości (prawo ma właśnie dać tę stałość) z ową zmiennością wyraża się nazewnątrz w szeregu urządzeń, które ten konflikt mają rozwiązać, a w teorji w szeregu fikcyj. W Francji np. conseil d'état jest twórcą prawa. W teorji zaś istnieje np. fikcja, że istnieje jakaś ogólna reguła prawna i że urzędnik nielojalny łamie zawsze jakąś normę, choćby ona była tak ogólną i szeroką, jak przykazanie, aby kochać swego bliźniego. W tej zasadniczej przeto kwestji stosunku administracji do prawa administracyjnego nauka może zaznaczyć tylko tendencje, jeżeli trzyma się gruntu pozytywnego. Inaczej przedstawi się rzecz, można wybiec daleko wyżej lub sięgnąć głębiej, jeżeli przeniesiemy się na grunt absolutny, gdzie panuje identyfikacja pod-

miotu z przedmiotem, ale na ten grunt nie zamierzamy wstąpić w książce, opierającej się na materjale pozytywnym.

Zaznaczyłem wyżej, że zaczynam od prowizorycznych określeń i obrazów, że jednak celem mym jest przemyśleć dany materjał, posługując się normami, jako elementami myślenia. Wobec niecierpliwszych poczuwam się jednak do obowiązku w ogólnikowy przynajmniej sposób przedstawić moje postępowanie.

Wychodzimy z założenia, że prawo normuje działalność ludzką, t. j. wprowadza w nią stałość i konieczność [1]). Tej stałości nie możemy sobie jednak wyobrazić, jeżeli badanej dziedziny nie rozłożymy na elementy pierwotne. Jako takie przyjmujemy fakty, sytuacje, stosunki. O nich wytwarzamy sobie obraz, który nazywamy myślą. Myśl wyrażona słowami jest zdaniem. Norma jest zdaniem. Mamy więc niejako trzy piętra jednego gmachu: stosunki, obrazy tych stosunków, zdania. Z jednej strony należy mieć ciągle świadomość różnicy, jaka zachodzi między temi piętrami, a z drugiej strony pamiętać, że to jest jeden i ten sam gmach.

Z chaosu tych stosunków, obrazów i zdań nauka stworzyć ma harmonijną całość, w szczególności nauka prawa ma stworzyć tę całość z zdań, będących normami. Jakżeż się do tego bierze? Przechodzi te same koleje, przez które przechodzi każda nauka. Astronom wyjaśnia nam wschód słońca w sposób zgoła inny, jak starożytni Grecy, którzy codzień kazali wjeżdżać Jutrzence na horyzont na wspaniałym rydwanie w otoczeniu Muz. Ale także i nie z stanowiska rozwoju nauki, lecz w każdej epoce zjawiska możemy łączyć, kształtować, przetwarzać w różny sposób, w miarę punktu widzenia, z którego na nie patrzymy. Tak samo było i jest w prawie. Testator pozostawia pewien fundusz na stypendja. Można ten wypadek rozłożyć na szereg stosunków, czy sytuacyj, (jak chcemy nazwać,) i badać, jak te stosunki łączone są przez prawo, aby w rezultacie stypendysta otrzymał swoje wsparcie. Ale prawo może postą-

[1]) P. mój artykuł „Aforyzmy z filozofji prawa" w Czas. pr. i ekon. rocznik XXI nr. 7—9.

pić z temi stosunkami także tak, jak artysta plastyczny. Tworzy osobę, nazywa ją fundacją, ożywia ją, każe jej działać, wybierać, chroni ją lub znowu czyni celem obcych pretensyj, słowem powołuje do życia nowe twory i dramaty. Jest to w ostatniej linji kwestja temperamentu, którą z tych dróg umysł nasz pójdzie. Umysły teoretyczne nie odstraszają się martwotą czy suchością owego bezludnego świata. Przeciwnie, przebywanie w nim sprawia im czystą rozkosz. Jednego tylko należy się wystrzegać, to jednostronności i zacieśnienia.

ROZDZIAŁ II.

SĄDOWNICTWO ADMINISTRACYJNE.

A) Problemy.

Jak niema prawa bez państwa, tak też niema państwa bez prawa. Państwo, jako myśl, jako pojęcie, jest jednością i całością prawa. Wiemy, że umysł nasz wymaga pewnej transpozycji abstraktów na rzeczy widzialne, z tego też powodu i państwo przedstawiamy sobie jako organizm, jako osobę lub związek. Są to obrazy, ale i w tych obrazach nie obejdzie się bez prawa. Jeżeli bowiem naprzykład państwo uważać będziemy za związek, to analiza wykaże, że ludzie w tym związku połączeni są ze sobą nie czem innem, jak tylko prawem. Z tego to powodu dla narodu, jak nasz, budującego swoje państwo, jest rzeczą podstawową zrozumieć, iż państwa nie zbudujemy, jeżeli nie wytworzymy prawa i jeżeli tego prawa nie będziemy utrzymywać przy życiu, jeżeli go nie będziemy wypełniać. Sądownictwo administracyjne spełnia obydwa te zadania. Powołane do życia, aby kontrolować, czy prawo jest wykonywane, staje się siłą swego autorytetu jednym z najpotężniejszych czynników, tworzących prawo, jak tego świetnem świadectwem Francja.

Jeżeli staniemy na gruncie porównawczym, to jest jeżeli weźmiemy za podstawę naszego badania ustawodawstwo choćby tylko kilku państw, to przekonamy się, że niepodobna dać defi-

nicji, któraby kryła to wszystko, co raczej intuicyjnie uważamy za sądownictwo administracyjne. Z punktu widzenia celu rozumiemy przez sądownictwo administracyjne te urządzenia, które zabezpieczają jednostkę przeciwko nadużyciom władz administracyjnych. Jest to bardzo ogólne stwierdzenie, bo oto już w tym esencjonalnym punkcie, czy nadużycie władzy administracyjnej odnosi się tylko do naruszenia prawa podmiotowego jednostki (np. Austrja), czy także i do naruszenia interesu jednostki (Francja), są różnice pomiędzy ustawodawstwami poszczególnych państw. Z tą różnobarwnością w urządzeniach musimy się liczyć, a sądzimy, że najjaśniej wystąpi obraz tych ustawodawstw, jeżeli wiadomości nasze ugrupujemy dookoła najważniejszych problemów, których rozwiązanie stanowi naukę o sądownictwie administracyjnem. Jakież to są problemy?

1) Przedewszystkiem rozstrzygnąć należy pytanie, czy działalność sądowo-administracyjną wykonywać mają urzędy administracyjne, czy sądy specjalne, tak zwane sądy administracyjne, czy też i te i te. Od rozstrzygnięcia tego pytania, jeżeli dojdziemy do przekonania, że działalność sądowo-administracyjną wykonywują tak urzędy, jak sądy administracyjne, zależeć będzie decyzja, jak tę działalność sądową, wykonywaną przez jedne i przez drugie, nazwiemy. Stoję na stanowisku, że taką ogólną nazwą jest „Sądownictwo administracyjne", bez względu na to, czy tę działalność wykonywują urzędy, czy sądy administracyjne. Są i inne poglądy. Jako ogólną nazwę wysuwają *„Rechtssprechung"*, a sądownictwo administracyjne czynią tylko poddziałem i ograniczają je tylko do tej działalności sądowo administracyjnej, którą wykonywują specjalne sądy, sądy administracyjne. We Francji *contentieux administratif* (z łacińskiego *contendere* walczyć) obejmuje procesy administracyjne tak przed specjalnemi sądami administracyjnemi, jak i przed sądami zwyczajnemi, o ile te wyjątkowo rozstrzygają sprawy administracyjne.

2) Jeżeli za wspólne, tak urzędom, jak sądom administracyjnym, znamię uważać będziemy działalność sądowo-administracyjną, to powstanie drugi problem: co jest tem zasadniczem

w działalności czyto urzędów, czyto sądów administracyjnych, co je czyni sądownictwem administracyjnem.

3) Jaki jest stosunek sądów administracyjnych do sądów zwyczajnych i jaki stosunek sądów administracyjnych wogóle do administracji?

4) Czy sądy administracyjne mają mieć jedną, czy więcej instancyj?

5) Czy sądy administracyjne składać się mają z sędziów zawodowych, czy ma być w nich reprezentowany także pierwiastek obywatelski?

6) Czy sędziowie administracyjni, t. j. członkowie sądu administracyjnego, mają mieć prerogatywy sędziego, przedewszystkiem nieusuwalność (np. Polska), czy też nie (np. Francja)?

7) Czy naruszenie prawa, będącego przedmiotem procesu przed sądem administracyjnym, odnosić się ma tylko do prawa podmiotowego jednostki (np. Austrja), czy też także do interesu jednostki, naruszonego przez władze administracyjne (np. Francja)?

8) Czy orzeczenie sądu administracyjnego ogranicza się do unieważnienia orzeczenia władzy administracyjnej (np. Austrja), czy też może się rozciągać także na zmianę orzeczenia władzy administracyjnej, lub wynagrodzenie szkody (np. Francja)?

9) Czy do sądu administracyjnego należą sprawy oznaczone klauzulą generalną (np. Austrja, Polska), czy też sądy administracyjne powołane są do rozstrzygania tylko wyraźnie oznaczonych spraw (np. pruski system enumeracyjny).

Powiedzieliśmy wyżej, że celem sądownictwa administracyjnego jest zabezpieczenie jednostki przed nadużyciami władzy administracyjnej, ale ten sam cel spełnia rekurs hierarchiczny, np. od orzeczenia prefekta, lub u nas wojewody, do ministra. Takiego rekursu hierarchicznego nie należy lekceważyć. Jest on z pewnością ochroną i zabezpieczeniem przeciwko nadużyciom, ale ochroną niewystarczającą. Dlaczego? Jedną z przyczyn jest to, że wśród urzędników administracyj-

nych, choćby różnych instancyj, wyrabia się pewien *ésprit de corps* (duch koleżeństwa), tendencja osłaniania podwładnych przez przełożonych. Ważniejszą jednak jest rzeczą, że całkiem innem jest myślenie urzędnika administracyjnego, a innem myślenie sędziego. Sędzia na podstawie swojego długoletniego zaprawienia się w myśleniu sądowem daje wyższą gwarancję objektywności, wyrażającej się w trzymaniu się ustawy.

B) Istota sądownictwa administracyjnego.

Działalność techniczna państwa, która jest także administracją w najobszerniejszem tego słowa znaczeniu, nie obchodzi nas tutaj[1]). Zajmiemy się tylko administracją państwa, która jest unormowana prawem i która ujawnia się nazewnątrz aktami administracyjnemi, t. j. właśnie stwierdzeniami tego, co jest prawne.[2]) Wśród tej administracji, uregulowanej prawem, odróżniamy pewien specjalny dział, który nazywamy sądownictwem administracyjnem. Wspólnem sądownictwu i całej reszcie administracji jest to, że i jedną i drugą działalność wykonywa władza administracyjna, że i jedna i druga działalność jest unormowana przez ustawę, że wreszcie i jedna i druga objawia się nazewnątrz aktami administracyjnemi. Gdzież więc tkwi różnica, gdzie tkwi plus, który sprawia, że sądownictwo administracyjne trzeba wyodrębnić z pośród administracji państwowej. To pytanie mamy właśnie rozstrzygnąć, t. j. mamy wynaleźć to *plus*. Przesłankami naszego rozumowania są ustawy pozytywne, i to ustawy całego kontynentu europejskiego. Otóż w tych ustawach znajdujemy zjawisko, że pewne sprawy sporne są rozstrzygane nie przez sądy zwyczajne, ale przez władze administracyjne (zgóry mówimy, że obojętną jest rzeczą, jak się te władze nazywają: starostwa, województwa, czy sądy administracyjne), i to rozstrzygane tak, jak przez sądy zwykłe. Otóż pytamy się, czy te wszystkie zjawiska mieszczą w sobie coś wspól-

[1]) Podkreślamy „tutaj", gdyż, jak to w poprzednim rozdziale zaznaczono, przez całą książkę przewija się kwestja, czem jest administracja, czy tylko wykonywaniem ustaw?

[2]) Określenie prowizoryczne; p. roz. III.

nego, coby je charakteryzowało i od innych zjawisk odróżniało? Szukajmy.

1. Czy to coś wspólnego można znaleźć w treści? Są poglądy, iż sprawa sądowo-administracyjna jest sprawą o prawo podmiotowe publiczne. W tem właśnie, że spór toczy się o prawa podmiotowe publiczne, upatrywano istotę sądownictwa administracyjnego. Mnie nie przemawia to do przekonania, a to z tego powodu, że spornym może być także interes, a więc coś, co nie podpada pod pojęcie prawa podmiotowego, chyba, żebyśmy przyjęli definicję Iheringa, iż prawem podmiotowem jest każdy prawnie broniony interes. Definicja jednak Iheringa z innych powodów okazuje się nieproduktywną i dlatego nie usposabia mnie do tego, aby ją przyjąć za kryterjum sądownictwa administracyjnego. Z tych powodów są autorzy, którzy w sądownictwie administracyjnem widzieli ochronę prawa przedmiotowego (Gneist, Laband i koryfeusz w nauce prawa administracyjnego — Otto Mayer).

2. Próbowano określić sądownictwo administracyjne w ten sposób, że włączano w nie wszystko, co nie opiera się na swobodnem uznaniu, *„freies Ermessen"*. Takie określenie znajdujemy nawet w kilku ustawach o sądownictwie administracyjnem, ale cóż wtedy począć z ustawami, które, jak np. ustawa pruska, wyraźnie poddają sądownictwu administracyjnemu pewne sprawy rozstrzygane na podstawie swobodnego uznania. Jeżeli ktoś sprawę tę załatwia w ten sposób, że takie sprawy są wyjątkiem, to tylko ułatwia sobie pracę nad stworzeniem teorji. Teorja bowiem powinna pokrywać wszystkie zjawiska bez reszty.

3. Przypuśćmy jednak, że albo teorja pod 1), albo teorja pod 2) jest prawdziwa, to jakżeż się rzecz ma wedle tych ustawodawstw, które sądownictwo administracyjne ograniczają do kasacji aktów administracyjnych, wydanych przez władze administracyjne, a nie będących aktami sądowo-administracyjnemi. Weźmy przykład z pruskiej ustawy. Powstaje spór o utrzymanie dróg. Ma on następujące stadja: a) policyjny urzędnik drogowy wydaje zarządzenie, b) dotknięty tem zarzą-

dzeniem obywatel wnosi protest, c) władza, do której wniósł ten protest, rozstrzyga ten protest i wydaje uchwałę, i d) przeciwko tej uchwale wnosi obciążony skargę do sądu administracyjnego. Dopiero w tem czwartem stadjum d) zaczyna się działalność sądowo-administracyjna, w poprzednich zaś trzech stadjach a, b, c była działalność tylko czysto administracyjna. Gdy we wszystkich czterech tych stadjach przedmiot był przecież jeden i ten sam, jakże można szukać w przedmiocie różnicy między sądownictwem administracyjnem a czystą administracją?

4) Szukano także różnicy w tem, że za sądy administracyjne uważano tylko te organy, które są uposażone w prerogatywy sędziego, w szczególności niezawisłość. Na to nie możemy się także zgodzić. We Francji nie wszyscy członkowie sądów administracyjnych mają te prerogatywy. Ustawa saska np. postanawia, że, jeżeli starostwa obwodowe są czynne jako sądy administracyjne, to mają to wyraźnie o sobie powiedzieć, a zresztą nie zmienia się nic. Naodwrót w organizm władz administracyjnych wcielają różne ustawy t. zw. Komisje uchwalające, które mają w sobie element obywatelski, a mimo to te władze administracyjne, do których wcielono taką Komisję uchwalającą, nie stają się sądami administracyjnemi.

5) Gdzież więc ostatecznie szukać należy istoty sądownictwa administracyjnego. Z powyższego rozumowania dochodzimy do wniosku, że tę istotę, owo *plus,* o którem mówiliśmy na wstępie, znajdziemy w procesie, w postępowaniu organu administracyjnego, ale i tutaj musimy sprecyzować ten punkt, który stanowi tę różnicę. Otóż to tylko postępowanie władzy administracyjnej nazwiemy sądowo - administracyjnem, w którem obywatel (jednostka) występuje jako strona, a więc w którem przy dojściu do skutku aktu administracyjnego jednostka odgrywa rolę współdziałającą. Sądem administracyjnym nazwiemy taki organ administracyjny (czy on się nazywa sądem administracyjnym, czy inaczej, to jest obojętne), który przeprowadza wyżej określone postępowanie sądowo-administracyjne, t. j. powtarzamy postępowanie, w którem strona odgrywa rolę

spółdziałającą. Sprecyzowanie tej teorji zawdzięczamy Ottonowi Majerowi [1]). Mówimy: sprecyzowanie, bo już przed Ottonem Mayerem pojawiła się ta teorja u kilku pisarzy. Teorja ta jest przeto teorją niemiecką, jednak należy stwierdzić, że jeden z niewielu francuskich uczonych prawników, którzy znają literaturę niemiecką, Hauriou [2]), uznaje ją i wywody Mayera w tym właśnie punkcie nazywa znakomitemi.

Przyznając się do teorji Ottona Mayera, nie załatwiliśmy jednak jeszcze sprawy. Przed nami bowiem pozostaje otwarte pytanie, co to znaczy, że jednostka występuje w procesie jako strona, co znaczy, że współdziała przy powstaniu aktu?

Odpowiedź wyjdzie dobitniej najaw, jeżeli zestawimy ze sobą proces cywilny ze zwykłem postępowaniem administracyjnem i z takiem postępowaniem administracyjnem, które jest właśnie postępowaniem sądowo-administracyjnem. W procesie cywilnym mamy dwa stosunki: stosunek stron do siebie, i ten jest prywatno-prawnym, — tudzież stosunek stron do sądu i ten jest publiczno-prawny. Ten ostatni stosunek stron do sądu jest znowu dwojaki: sąd wobec stron jest władzą i tę władzę autorytatywnie wykonywa, ale powtóre, strony mają wobec sądu prawo do żądania różnych rzeczy, związanych z procesem i wyrokiem. Otóż postępowanie administracyjne wogóle, postępowanie sądowo-administracyjne w szczególności, różnią się tem od procesu cywilnego, że tu odpada ów pierwszy stosunek prywatno-prawny stron do siebie, pozostaje tylko stosunek strony do władzy administracyjnej. Jeżeli strona wobec władzy nie ma żadnych praw, jeżeli ten jej stosunek wyczerpuje się z tem, że strona podlega autorytetowi władzy, to mamy do czynienia ze zwyczajnem postępowaniem administracyjnem. Natomiast jeżeli rzecz się tak ma, że strona ma pewne prawa do władzy administracyjnej, tak, jak je ma w procesie cywilnym, to mamy do czynienia z postępowaniem sądowo-administracyjnem.

---

[1]) W „Deutsches Verwaltungsrecht" I wyd. 2. str. 133.
[2]) „Précis du droit adm.", 7-me wyd. str. 388, uw. 1.

Różnice te uzmysłowi nam następująca tabela:

Proces cywilny	Postępowanie administracyjne	Postępowanie sądowo-administracyjne
1. Stosunek stron do siebie A:B	1. Tego stosunku niema	1. Tego stosunku niema
2. Stosunek stron (A+B) do sądu (S) ma dwie strony: a) wyższości sądu nad stronami S> (A+B) b) równorzędności stron z sądem S = (A+B)	2. Stosunek obywatela (M) do władzy administracyjnej (W) jest tylko a) stosunkiem wyższości W> M b) tego stosunku niema	2. Stosunek M do W jest dwojaki: a) W > M b) W = M

Jakież tedy prawa ma strona do władzy administracyjnej w postępowaniu sądowo-administracyjnem? Po 1-sze w postępowaniu administracyjnem, ogólnem czy zwyczajnem, strona, która wnosi rekurs, daje w nim tylko wyraz niezadowolenia, potem znika; inaczej jest w postępowaniu sądowo-administracyjnem. Przedewszystkiem strona nie może ograniczać się tylko do wyrażenia swojego niezadowolenia, ale musi postawić wniosek, który daje przedmiot sporu. Powtóre w postępowaniu sądowo- administracyjnem strona ma prawo do przesłuchania, do stawiania wniosków o przeprowadzenie dowodów i t. d. w ciągu procesu. Po trzecie strona ma prawo żądać wyroku, i to wyroku, który musi załatwiać wniosek strony, postawiony w skardze. Po czwarte wreszcie orzeczenie, które zapada w postępowaniu sądowo-administracyjnem, ma materjalną prawomocność, natomiast nie ma jej orzeczenie, które zapada w zwyczajnem postępowaniu administracyjnem.

W powyższym wykładzie używaliśmy niektórych pojęć, tak, jakgdyby były nam znane. Antycypacja taka była konieczną. Nie zwalnia nas to jednak w najmniejszej mierze od zajęcia się dokładnego temi pojęciami. Należą do nich: pojęcie prawa podmiotowego publicznego, pojęcie swobodnego uznania, pojęcie aktu administracyjnego, wreszcie pojęcie prawomocności aktu administracyjnego. Wszystkie te kwestje są teoretycznie niewyrobione i zapewne minie jeszcze sporo czasu, nim teorja stanie na gruncie mniej chwiejnym i zmieniającym się, niż obecnie.

Wypróbujmy powyższą teorję na kilku przykładach. Zbadajmy przedewszystkiem, czy teorja sądownictwa administra-

cyjnego, którąśmy wyżej postawili, sprawdza się na ustawie o Najwyższym Trybunale Administracyjnym. Ustawa ta nosi datę 3-go sierpnia 1922 r., a ogłoszoną została w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej w Nr. 67 pod L. 600.

a) Powiedzieliśmy, że przedewszystkiem znamieniem sądownictwa administracyjnego jest to, że akt administracyjny, którym w sądzie administracyjnym jest wyrok administracyjny, jest wyrokiem przychodzącym do skutku ze współudziałem strony. Otóż pierwsze pytanie, które zadać sobie musimy, jest to, czy wyżej zacytowana ustawa o N. T. A. zna stronę w znaczeniu strony w procesie cywilnym. Odpowiedź jest twierdząca. Przedewszystkiem podnieść trzeba, że bez skargi strony, a więc bez wniosku strony, postępowania przed N. T. A. niema (art. 9). Jeszcze ważniejszem jest to, że stronie wolno cofnąć skargę, a jeśli skarga zostanie cofniętą, to Trybunał umorzy postępowanie (art. 27). W tym punkcie ustawa polska zajęła zdecydowane stanowisko i mojem zdaniem dała najsilniejszy wyraz temu zapatrywaniu, iż akt sądowo- administracyjny przychodzi do skutku tylko ze współudziałem strony.

b) Dalszem znamieniem sądownictwa administracyjnego jest to, że strona ma prawo do przesłuchania jej na rozprawie. Mówi to wyraźnie art. 20, stwierdzający, że „w rozprawie głównej mogą uczestniczyć strony i ich zastępcy". Mówi to także art. 22, stwierdzający, że na rozprawie głównej strony mają prawo przemawiać. Z prawa strony współdziałania przy wyroku administracyjnym wynika, że wyrok taki może przyjść do skutku tylko na rozprawie głównej, na której jest strona. Słusznie też ustawa o najwyższym T. A. wylicza ściśle i taksatywnie pewne przypadki, w którym N. T. A. wydaje orzeczenie na posiedzeniu niejawnem, bez współudziału strony. Gdy się tym przypadkom przypatrzymy, zobaczymy, że żadne z nich nie naruszy prawa strony do współdziałania przy wyroku (patrz artykuły 14, 19, 27, 30, 31 i 38).

c) Strona ma prawo do wyroku, t. zn. ma prawo żądać, aby N. T. A. orzekł w wyroku o jej petitum. Ustawa polska o N. T. A. trzyma się tej zasady, a nie naruszają jej przypadki, w których Trybunał nie rozpoznaje skargi (patrz art. 1, 4).

d) Wreszcie powiedzieliśmy, że wyroki sądowo-administracyjne są materjalnie prawomocne. Na razie zwracamy tylko uwagę na to, że polski N. T. A. jest trybunałem tylko kasacyjnym, że przeto Trybunał ten może tylko utrzymać lub znieść zaskarżone zarządzenie lub orzeczenie, a władza, której zarządzenie lub orzeczenie zostało uchylonem przez Trybunał, obowiązaną jest wydać niezwłocznie nowe zarządzenia lub orzeczenia w tej sprawie, w czem jest związana zapatrywaniami prawnemi, wyłuszczonemi we wyroku Trybunału (art. 5). W każdym więc razie kwestja materjalnej prawomocności nie byłaby przez ustawę polską N. T. A. naruszoną.

Z powyższego wywodu widać, że wszystkie cztery kryterja, któreśmy podali co do sądownictwa administracyjnego, zachodzą t. j. sprawdzają się w ustawie polskiej o N. T. A.; z tego powodu stwierdzamy, że sąd administracyjny, którym jest polski N. T. A., ufundowany ustawą z r. 1922, odpowiada naszej teorji o sądownictwie administracyjnem.

Wypróbujemy powyżej podane kryterja sądownictwa administracyjnego na Okręgowej i Głównej Komisji Ziemskiej, orzekającej o wywłaszczeniu na cele reformy rolnej. Przedewszystkiem zaznaczamy, że odnoszą się do tej sprawy następujące przepisy: *a)* ustawa z 15 lipca 1920 r., pozycja 462 Dz. U. Rzeczypospolitej, Nr. 70 o wykonaniu ustawy rolnej. *b)* Przepisy wykonawcze, ogłoszone do powyższej ustawy, w Dz. U. Nr. 83 z 1920 r. poz. 557. *c)* Ustawa z 6 lipca 1920 r. poz. 461 Dz. U. Rzeczypospolitej Polskiej Nr. 70 o organizacji urzędów ziemskich. *d)* Przepisy wykonawcze do powyższej ustawy ogłoszone w Dz. U. Rzeczp. P. Nr. 85 poz. 567.

Wedle art. 6 ustawy o wykonaniu ustawy rolnej, wyżej pod *a)* zacytowanej, „przymusowy wykup dóbr prywatnych przeprowadza Okr. Urząd Ziemski, w obrębie którego dana nieruchomość jest położona, a to na podstawie uchwały Okręgowej Komisji Ziemskiej, powziętej na wniosek okręgowego urzędnika ziemskiego lub powiatowego komisarza ziemskiego, względnie Powiatowej Komisji Ziemskiej, przedłożony za pośrednictwem Okręgowego Urzędu Ziemskiego". Art. 10 tejże ustawy mówi, że orzeczenie Okręgowej Komisji Ziemskiej, roz-

strzygającej, czy dana nieruchomość ma być wywłaszczoną, wydanem będzie na jawnem posiedzeniu Komisji. Postanawia dalej ten artykuł, że od orzeczenia tego przysługuje prawo odwołania się do Głównej Komisji Ziemskiej właścicielowi kupić się mającej nieruchomości, względnie prezesowi Okręgowego Urzędu Ziemskiego. Wreszcie cytujemy ważny dla nas bardzo art. 12 ustawy o organizacji urzędów ziemskich, zacytowanej wyżej pod *c)*, który to artykuł opiewa: „orzeczenia Głównej Komisji Ziemskiej są ostateczne, a mogą być zaskarżone do Sądu Najwyższego tylko w wypadkach naruszenia przepisu prawa. Skarga ta nie ma mocy wstrzymującej wykonalność tego orzeczenia. Prawo do wniesienia skargi przysługuje tylko stronie interesowanej; w postępowaniu przed Sądem Najwyższym będą miały zastosowanie odnośne przepisy o postępowaniu cywilnem przed tymże sądem". Ten art. 12 objaśnia bliżej art. 10 rozporządzenia wykonawczego, zacytowanego wyżej pod *d)*. Opiewa ten artykuł: „orzeczenia G. K. Z. mogą być zaskarżone w drodze kasacyjnej do Sądu Najwyższego: po 1-sze w razie jawnego pogwałcenia wyraźnej myśli prawa lub niewłaściwego wykładania tegoż; po 2-gie w razie pogwałcenia istoty przepisów postępowania, w razie przekroczenia przez G. K. Z. kompetencji lub władzy jej przysługującej".

Budowa organizacyjna administracji reformy rolnej ma dwa działy. Z jednej strony mamy urzędy ziemskie, z drugiej strony mamy komisje ziemskie (okręgową i główną), kolegjalne, mające w sobie element obywatelski, reprezentanta sądu i t. d. Otóż nie może być sporną rzeczą, że urzędy ziemskie (okręgowy i główny) są urzędami administracyjnemi i że od orzeczenia Głównego Urzędu Ziemskiego jest skarga do N. T. A. w myśl ustawy o N. T. A. Natomiast spornem jest, jaki jest charakter komisyj ziemskich (okręgowej i głównej), a mianowicie, czy to są urzędy administracyjne, czy sądy administracyjne. Sporną, a raczej może jeszcze nie wykrytą rzeczą jest dalej znaczenie art. 12, wyżej zacytowanego. Jeżelibyśmy bowiem uznali, że komisje ziemskie są urzędami administracyjnemi, a nie sądami, to wówczas od orzeczenia G. K. Z. dozwoloną byłaby skarga do N. T. A. wedle ustawy o tymże Trybu-

nale Administracyjnym. Cóż w takim razie znaczyłby art. 12? Należałoby stwierdzić, że został on przez ustawę o N. T. A. zniesionym, trudnoby bowiem przypuścić, żeby w jednej i tej samej sprawie, od jednej i tej samej decyzji G. K. Z., możliwą była i skarga do N. T. A. w myśl ustawy o N. T. A. i skarga z art. 12 do Sądu Najwyższego. Jeżeli natomiast przychylimy się do zdania, że komisje ziemskie są sądami, w każdym razie sądami administracyjnemi, to wówczas skarga do N. T. A. okazywałaby się skargą do trzeciej instancji sądowo-administracyjnej, chyba, że chcielibyśmy urwać na orzeczeniu G. K. Z. tok instancyj sądowo-administracyjnych i sprawę w trzeciej instancji przenieść w myśl art. 12 do Sądu Najwyższego. Będziemy się starali zająć wobec tych kwestyj stanowisko, ale nie możemy się powstrzymać od zaznaczenia, że już to samo, iż takie wątpliwości powstają, nie świadczy dobrze o ustawach wchodzących tutaj w grę. Te ułomności ustaw sprawiają, że żadne zapatrywanie nie może liczyć na ogólne uznanie, bo za każdem przemawiają jeżeli nie te dane, które w ustawach pozytywnie są określone, to z pewnością braki w tych ustawach. Skłaniam się do zdania, iż z zacytowanych ustaw i rozporządzeń wykonawczych nie można wyciągnąć ostatecznych dowodów na to, że ustawodawca chciał z komisji ziemskiej zrobić sąd administracyjny, i dlatego przyjąć muszę w mojem rozumowaniu, że to są urzędy administracyjne. Ale zajmijmy przeciwne stanowisko i przypuśćmy, że te komisje są sądami administracyjnemi: czy w takim razie kryterja, któreśmy zdobyli dla sądów administracyjnych, odnajdują się w postępowaniu, przed komisją ziemską, czy nie?

Nie znajdujemy pozytywnej danej w ustawowych przepisach, odnoszących się do naszej materji, ani za, ani przeciw trzeciemu i czwartemu kryterjum sądownictwa administracyjnego (prawo do wyroku i materjalna prawomocność). Przypuśćmy przeto, że te kryterja zachodzą w postępowaniu przed komisjami ziemskiemi. Przypatrzmy się dwom innym kryterjom. Co do drugiego z nich (przesłuchanie stron) to zacytujemy tu następujące przepisy, ilustrujące tę kwestję. Przedewszystkiem stronom doręcza się wezwanie na rozprawę (art.

22, 23, 36, 62 przepisów wykonawczych do ustawy o organizacji urzędów ziemskich). Następnie cytujemy art. 37 tychże rozporządzeń wykonawczych, który opiewa: „Nieprzybycie na posiedzenie stron lub ich zastępców nie wstrzymuje czynności Okręgowej Komisji Ziemskiej, wydania przez nią decyzyj stanowczych lub przedstanowczych". — Podobne postanowienie zawiera art. 63 co do postępowania G. K. Z. W oświetleniu powyższego przepisu rozumieć należy art. 43 powyższych przepisów wykonawczych, wedle którego Okręgowa Komisja Ziemska po wysłuchaniu stron poweźmie uchwałę, czy nieobecność osób wezwanych nie stoi na przeszkodzie dalszemu postępowaniu. Ważne są jeszcze postanowienia, zawarte w art. 44 i 45 powyższych rozporządzeń wykonawczych. Wedle pierwszego z nich Okręgowa Komisja Ziemska winna stosować naogół przepisy ustawy postępowania cywilnego, wedle drugiego z nich po zakończeniu postępowania przewodniczący udzieli głosu stronom lub ich pełnomocnikom, a po wysłuchaniu głosów stron, Komisja uda się na naradę do sali obrad.

Z powyższych postanowień widać, że drugie kryterjum sądownictwa administracyjnego odnajdujemy w postępowaniu przed Komisją Ziemską. Zasadniczą rzeczą jest, że strony muszą otrzymać wezwanie na rozprawę, mają więc możność wykonania swojego prawa brania udziału w dojściu do skutku orzeczenia. W konsekwencji muszą być przesłuchane i t. d.

Dotychczas, tłumacząc ustawy w duchu przychylnym dla scharakteryzowania Komisji Ziemskiej jako sądu administracyjnego, odnaleźliśmy w postępowaniu przed temi komisjami na pewno jedno kryterjum, a nie będziemy się spierali narazie o dwa inne. Jakże się ma rzecz z pierwszem kryterjum, które polega na tem, że postępowanie przed sądem administracyjnym może się odbyć tylko na skutek skargi administracyjnej, wniesionej przez stronę. Z powołanych przepisów wiemy, że postępowanie o wywłaszczenie przed O. K. Z. odbywa się na wniosek Okręgowego Urzędu Ziemskiego, a więc skarga jest. Ale czy to jest skarga strony, czyli innemi słowy, gdy Okręgowy Urząd Ziemski jest organem państwowym, czy państwo może być stroną w postępowaniu sądowo-administracyjnem. Przy-

pomnijmy sobie, jakie zadania ma spełnić sądownictwo administracyjne. Ma ono zabezpieczyć obywateli przed samowolą, przed nadużyciem władz administracyjnych, władz państwowych. Czy więc da się pomyśleć, żeby państwo szukało zabezpieczenia przed samowolą, przed nadużyciem, których samo się dopuszcza. Z tego wniosek, że tylko wówczas państwo może wystąpić ze skargą przed sądem administracyjnym, gdy chce, żeby je traktowano tak, jak się traktuje prywatną osobę, a więc tylko w tych przypadkach, gdy państwo występuje jako strona w procesach cywilnych. Dla takiego stanowiska państwa stworzono fikcję, polegającą na tem, że wówczas mamy do czynienia nie z państwem jako takiem, ale z tak zwanym fiskusem. Fiskus określa Otto Mayer (t. I, str. 22) w następujący sposób: „Fiskus ist ein zusammenfassender Name für alle die Fälle, in welchen der Staat den für die einzelnen gegebenen Rechten unterliegt, weil er in Lebensverhältnisse getreten ist, wie ein solcher". (Fiskus jest to nazwa obejmująca wszystkie te przypadki, w których państwo podlega prawu, wydanemu dla jednostek; podlega mu dlatego, ponieważ wstąpiło w stosunki życiowe tak, jak jednostka)". Jeżeli tak jest to znaczy jeżeli państwo może wtedy tylko wystąpić ze skargą przed sądem administracyjnym, gdy chce być uważanem za prywatną osobę, to pytam się, czy państwo, żądające wywłaszczenia, działa tu jako prywatna jednostka? — Zdaje mi się, że odpowiedź nie może być wątpliwą. Wywłaszczenia na żaden sposób nie możemy zaliczać do prywatno-prawnych tytułów nabycia własności, a wskutek tego państwo, występujące z wnioskiem o wywłaszczenie, nie może być chyba uważane za prywatną osobę. Na tem rozumowaniu oparty, nie widzę w Komisji Ziemskiej sądu administracyjnego, ale urząd administracyjny. Muszę jednak zaznaczyć, że istnieją zdania, iż państwo nie może wystąpić ze skargą przed sądem administracyjnym bez wyżej przytoczonego ograniczenia. Jeżeli przed ogłoszeniem Konstytucji mogła być sporną kwestja, czy komisje ziemskie są sądami administracyjnemi, czy też urzędami, to po ogłoszeniu Konstytucji sprawa przestaje być wątpliwą. Konstytucja w art. 73 zna sądownictwo administracyjne tylko *a posteriori*, t. j. wymaga istnienia aktu

administracyjnego, którego legalność mają właśnie badać sądy administracyjne. Komisje ziemskie nie mają przed sobą aktu administracyjnego, byłoby to więc sądownictwo administracyjne *a priori*, którego Konstytucja, jakeśmy powiedzieli, nie zna.

Zajmując stanowisko, że komisje ziemskie są urzędami administracyjnemi, a nie sądami administracyjnemi, uważałem skargę kasacyjną z art. 12 (patrz powyższy cytat) za skargę wniesioną przed Sąd Najwyższy, jako trybunał administracyjny. Przed utworzeniem obecnego N. T. A. zakres działania trybunału administracyjnego dla byłej Galicji spełniał Sąd Najwyższy. Wielkie znaczenie więc art. 12 polegało na tem, że Sąd Najwyższy stawał się trybunałem administracyjnym także i dla b. dzielnicy pruskiej, gdzie tymczasowo pełnił obowiązki trybunału administracyjnego Sąd ziemski w Poznaniu, tudzież dla b. zaboru rosyjskiego, gdzie wogóle nie było sądownictwa administracyjnego. Obecnie, gdy już mamy N. T. A. od ustawy 3 sierpnia, konsekwentnie muszę być zdania, że te skargi powinny być przeniesione z sądu najwyższego do N. T. A., a to na podstawie art. 36 ust. z 3 sierpnia 1922 r. o N. T. A., który opiewa: „sprawy, które wedle dotychczas obowiązujących ustaw należały do właściwości Sądu Najwyższego, a w myśl postanowień niniejszej ustawy należą do właściwości Trybunału, przekazuje się temu Trybunałowi."

Do takiego samego rezultatu, to jest, że te skargi kasacyjne mają być przeniesione z Sądu Najwyższego do N. T. A., dochodzi się wówczas także, jeżeli komisję ziemską uważa się za sąd administracyjny. Wówczas N. T. A. jest trzecią instancją sądowo-administracyjną. Gdybyśmy byli innego zdania, to jest, gdybyśmy te sprawy pozostawili Sądowi najwyższemu, to byłby to dziwny przypadek, że sprawa, osądzona w dwóch pierwszych instancjach w sądach administracyjnych, dostawałaby się do rewizji, do kontroli, sądowi zwyczajnemu.

3. Wypróbujmy jeszcze nasze kryterja sądownictwa administracyjnego na trzecim przykładzie. Wedle ordynacji wyborczej z 28 lipca 1922 r. sprawdzanie ważności wyborów należy do Sądu Najwyższego. Skargę zastępuje tutaj protest (art. 102),

przesłuchanie strony odbywa się w ten sposób, że wedle art. 103 przeciwko protestowi dozwolonem jest wniesienie zarzutów. Dwa więc najważniejsze kryterja sądownictwa administracyjnego tutaj zachodzą, dwa inne nie budzą także wątpliwości. Uzasadnionem też byłoby przekonanie, że Sąd Najwyższy działa tutaj jako sąd administracyjny. Wobec tego powstaje pytanie, czy agenda ta sprawdzania ważności wyborów nie przeszła na N. T. A., a to na podstawie powtórzonego wyżej art. 36 ustawy o N. T. A.? Sądzę, że takie zapatrywanie nie może być narażone na krytykę, że jest prawniczo uzasadnione.

C) Organizacja sądownictwa administracyjnego.

I. Polska. Sądownictwo administracyjne w Polsce opiera się obecnie na art. 73 Konstytucji i na ustawie z 3 sierpnia 1922 r., L. 600 Nr. 67 dz. ustaw Rzeczypospolitej Polskiej o N. T. A.

Art. 73 Konstytucji opiewa: „Do orzekania o legalności aktów administracyjnych w zakresie administracji tak rządowej jak samorządowej powoła osobna ustawa sądownictwo administracyjne, oparte w swej organizacji na współdziałaniu czynnika obywatelskiego i sędziowskiego, z N. T. A. na czele". Zbadajmy zasady, które Konstytucja zakreśla polskiemu sądownictwu administracyjnemu, aby potem ocenić, czy i o ile zasady te wprowadzone zostały w życie przez zacytowaną wyżej ustawę o N. T. A.

A) Art. 73 mówi, że przed sądem administracyjnym zaskarżoną być może legalność aktów administracyjnych. Wynikają z tego następujące konsekwencje:

a) Sądy administracyjne polskie będą kontrolować akty administracyjne, akt administracyjny musi przeto przedtem powstać (sądy administracyjne w Polsce będą miały za zadanie tylko to, co Niemcy nazywają *Nachprüfung).*

b) Zaskarżoną być może legalność, a więc każdy akt administracyjny bez względu na to, czy on narusza czyje prawo podmiotowe czy też nie. Z tego zaś wynika, że skargę może wnieść nietylko pokrzywdzony w swoich prawach podmiotowych, ale

każdy obywatel, a nadto władza administracyjna państwowa może żądać orzeczenia, że akt administracyjny ciała samorządowego jest nielegalny. (Poprzednio mówiliśmy, że państwo może być powodem wtedy tylko, gdy występuje jako fiskus, t. j. gdy jest uważane za osobę prywatną: mieliśmy bowiem na myśli państwo, zaskarżające orzeczenia władzy sądowej. To, co obecnie mówimy, nie jest sprzeczne z poprzednim poglądem, bo tu idzie o zaskarżenie przez państwo orzeczenia wydanego przez ciało samorządowe).

Z powyższego widać, że Konstytucja stanęła na szerokiem stanowisku, służącem do tego, aby sądownictwo administracyjne kontrolowało cały porządek państwa. Jest to zasada, którą należy powitać z pełnem uznaniem.

B) Wedle Konstytucji, sądownictwo administracyjne będzie miało kilka instancyj. Ile, nie zostało powiedziane. Wiemy tylko, że na czele stać będzie N. T. A., a więc nie Sąd Najwyższy.

C) Skład sądownictwa administracyjnego jest również przepisany przez Konstytucję. Stanowić go ma element obywatelski i sędziowie.

D) Kontroli przez sądownictwo administracyjne podlegają akty administracyjne administracji tak państwowej jak i samorządowej.

Winniśmy jeszcze rozstrzygnąć, czy prerogatywy sędziów sądów zwyczajnych, o których mówił rozdział IV konstytucji, odnoszą się także do sędziów sądów administracyjnych. Pytanie to nasuwa się dlatego, ponieważ art. 73, mówiący o sądownictwie administracyjnem, zamieszczony jest w rozdziale III Konstytucji. Zobaczymy zaraz, że w ustawie z 3 sierpnia o N. T. A. rozstrzygnięto tę kwestję najwyraźniej, ale tylko co do N. T. A. Pozostaje przeto otwarta kwestja, czy prerogatywy sędziowskie odnoszą się także do sędziów niższych instancyj sądownictwa administracyjnego, i czy odnoszą się także do sędziów nie będących urzędnikami. Otóż na to pytanie odpowiadamy w następujący sposób: Niezawisłość, prawo badania ważności rozporządzeń, odpowiedzialność za szkodę, odnosi się do wszystkich sędziów, tak w sądach zwyczajnych, jak i w są-

downictwie administracyjnem wszystkich instancyj, tak urzędników, jak i pochodzących z łona obywatelstwa. Za takim poglądem oświadczamy się dlatego, że sędziowie nie mogliby inaczej reprezentować Rzeczypospolitej, w imieniu której wydają właśnie orzeczenia. Natomiast inne prerogatywy, jako to nieusuwalność, mogąca się odnosić oczywiście tylko do sędziów wyłącznie urzędników, nietykalność, jawność postępowania muszą być zaprowadzone w ustawach, które wprowadzać będą sądownictwo administracyjne, to znaczy, że co do tych prerogatyw ustawy wprowadzające sądownictwo administracyjne będą miały wolną rękę, będą mogły przyjąć te prerogatywy lub też odrzucić. Jak będzie co do sądownictwa administracyjnego niższych instancyj, zobaczymy. Co do N. T. A. to ustawa z 3 sierpnia wyraźnie mówi w art. 6, że prezesom i sędziom przysługują pełne prawa sędziowskie, zastrzeżone w postanowieniach rozdziału IV Konstytucji.

Drugiem źródłem, na którem opiera się sądownictwo administracyjne w Polsce, jest ustawa z 3 sierpnia 1922 r. o N. T. A. Zbadajmy, o ile ta ustawa spełnia zapowiedź daną w art. 73 Konstytucji.

A) Art. 1 tej ustawy powtarza słowa Konstytucji: „dla orzekania o legalności zarządzeń i orzeczeń wchodzących w zakres administracji tak rządowej jak i samorządowej tworzy się N. T. A.". Ze słów tych możnaby wnioskować, że N. T. A. stanął rzeczywiście na stanowisku, że celem sądownictwa administracyjnego jest ochrona porządku prawnego, i że przeto Trybunał Administracyjny wchodzi w grę nietylko tam, gdzie ktoś jest naruszony w swoich prawach podmiotowych publicznych. Niestety to szerokie pojmowanie zostało ścieśnione w art. 9, wedle którego skargę przed N. T. A. może wnieść tylko ten, kto twierdzi, że naruszono jego prawa, lub że go obciążono obowiązkiem bez podstawy prawnej. Wprawdzie postanowienie to jest o tyle szersze od austrjackiego, iż skargę daje nietylko naruszonemu w jego podmiotowem prawie publicznem, ale także i temu, komu nałożono obowiązek bez prawnej podstawy. Jednakowoż postanowienie to nie kryje się z zapowiedzią w art. 73 Konstytucji, bo wedle tego art. każdy obywatel

ma prawo wnieść skargę przeciwko nielegalności zarządzenia lub orzeczenia. Ustawa z 3 sierpnia nie stoi przeto na stanowisku objektywnego porządku prawnego, ochrona ta bowiem ma w sobie pierwiastek podmiotowy.

B) Ustawa z 3 sierpnia zapowiada zaprowadzenie sądownictwa administracyjnego niższego stopnia, z udziałem czynnika obywatelskiego. Narazie jednak N. T. A. jest jedyną instancją sądownictwa administracyjnego, i to wedle systemu następczej kontroli *(Nachprüfung)*, tak, jak było w Austrji t. j. N. T. A. rozstrzyga o skardze, domagającej się kasacji zarządzenia lub orzeczenia wydanego przez władzę administracyjną rządową lub samorządową w ostatniej instancji. N. T. A. może w swojem orzeczeniu utrzymać zaskarżone zarządzenie lub orzeczenie, albo je uchylić. Jeżeli N. T. A. takie orzeczenie uchyli, to władza, która wydała to uchylone zarządzenie lub orzeczenie, wydać musi nowe. Jednakże w tem nowem zarządzeniu lub orzeczeniu władza będzie związana zapatrywaniami prawnemi wyłuszczonemi w wyroku Trybunału Administracyjnego (art. 1 i 5 ustawy).

C) Ustawa z 3 sierpnia stoi na stanowisku, że przed Trybunał nie idą sprawy, w których władze administracyjne rozstrzygają wedle swobodnego uznania *(freies Ermessen)*. Powiedziane to jest wyraźnie w art. 3 litera *b*. Oprócz tych spraw wyjęte są z pod orzecznictwa Trybunału Administracyjnego jeszcze sprawy należące do sądów zwyczajnych lub sądów szczególnych (np. wojskowych, do trybunału kompetencyjnego, trybunału stanu); dalej sprawy nominacji, o ile nie zostały przez to pogwałcone przepisy ustawowe o obsadzaniu lub przedstawianiu kandydatów; sprawy, dotyczące reprezentacji państwa i obywateli wobec zagranicy; sprawy dyscyplinarne; wreszcie sprawy, dotyczące działań wojennych, ustroju siły zbrojnej i mobilizacji, z wyjątkiem spraw zaopatrzenia i uzupełnienia armji. Z powyższego postanowienia widać, że ustawa polska nie stoi przy zakreśleniu kompetencji sądownictwa administracyjnego na stanowisku systemu enumeracyjnego, ale na stanowisku systemu klauzuli generalnej, od której dopiero czyni pewne wyjątki i wylicza je t a k s a t y w n i e. Rozpatru-

jąc te wyjątki, dochodzimy do takich spostrzeżeń: Wyjęcie z pod kompetencji N. T. A. spraw, które należą do kompetencji sądów zwyczajnych lub szczególnych, jest rzeczą naturalną; jest tylko stwierdzeniem zasady, na której wogóle spoczywa budowa nowożytnego państwa prawnego, podstawy, jak wiemy, polegającej na podziale władz. Wyjęcie z pod kompetencji Trybunału Administracyjnego spraw tyczących się działań wojennych jest także rzeczą naturalną. Działania wojenne bowiem nie są unormowane prawem, nie może być przeto mowy o tem, czy działanie takie jest legalne czy nielegalne; może być celowe lub nie, mądre czy nie, ale nigdy legalne lub nielegalne. To samo, zdaje się, ma na myśli art. 3, gdy mówi o reprezentacji państwa i obywateli wobec zagranicy, o ile przez to rozumieć należy działanie dyplomatyczne. Dyplomacja bowiem, podobnie jak działanie wojenne, nie jest unormowana prawnie, nie może więc tutaj również być mowy o tem, czy zarządzenie było legalnem lub nielegalnem. Wyjęcie z pod kompetencji N. T. A. nominacyj jest również naturalne, jeżeli wogóle stoi się na stanowisku, iż pod kontrolę sądowo-administracyjną nie podpadają sprawy rozstrzygane wedle swobodnego uznania. Na podstawie powyższego rozbioru doszlibyśmy do przekonania, że nie mają kontroli sądowo-administracyjnej tylko następujące sprawy: *a)* sprawy, dotyczące reprezentacji państwa i obywateli wobec państw i władz obcych, oraz sprawy bezpośrednio z powyższemi związane, i o ile te sprawy, dotyczące reprezentacji etc. nie są natury dyplomatycznej; (jeżeli są natury dyplomatycznej to również nie podlegają kontroli sądowo-administracyjnej, ale dzieje się to dlatego, że, jakeśmy powiedzieli, nie może co do nich zachodzić pytanie, czy są legalne czy nie); *b)* sprawy, tyczące się ustroju sił zbrojnych i mobilizacji; *c)* sprawy dyscyplinarne. Przyczyny, dla których te sprawy są wyjęte z pod kontroli sądowo-administracyjnej, nie są trudne do odgadnienia.

D) N. T. A. nie zawiera w sobie czynnika obywatelskiego. Składa się z prezesa pierwszego, z prezesów i sędziów. Pierwszego prezesa i prezesów mianuje Prezydent Rzeczypospolitej na wniosek Rady Ministrów, sędziów zaś mianuje Prezydent

Rzeczypospolitej na wniosek tak zwanego ogólnego zgromadzenia Trybunału. To ogólne zgromadzenie Trybunału składa się z prezesów i sędziów N. T. A. Ogólne zgromadzenie Trybunału przedkłada terno, a z tego terna mianuje Prezydent Rzeczypospolitej na wniosek Rady Ministrów. Jakie są kwalifikacje członków N. T. A.? Wszyscy muszą mieć wykształcenie prawnicze. Połowa sędziów musi mieć kwalifikacje na urząd sędziowski. Pierwszy prezes zaś i prezesi musieli być przedtem co najmniej przez dwa lata sędziami Trybunału.

E) Mówiliśmy wyżej, że sędziowie N. T. A. mają zupełne prerogatywy sędziów wedle rozdziału IV Konstytucji.

F) Ustawa polska stoi na stanowisku, że w drodze sądowo-administracyjnej chronionem jest tylko prawo podmiotowe publiczne, a nie interes.

II. Austrja. W b. Austrji sądownictwo administracyjne było wykonywane przez trybunał administracyjny, przez trybunał państwa i przez pewne szczególne sądy administracyjne. W Niemiecko-austrjackiej Rzeczypospolitej i Czechosłowacji sądownictwo administracyjne wykonywa trybunał administracyjny, którego urządzenie opiera się na staro-austrjackiej ustawie o trybunale administracyjnym, z małemi zmianami, a zakres działania trybunału państwa przeszedł na inne organy. Ustawodawstwo o trybunale administracyjnym dawnej Austrji jest dla nas i z tego powodu ważne, że polska ustawa z 3 sierpnia o N. T. A. opiera się co do głównych myśli na staro-austrjackiej ustawie. Poznajmy jednak najpierw źródła. W dawnej Austrji mamy przedewszystkiem do zanotowania art. 15 ust. 2 ustawy zasadniczej o władzy sędziowskiej. Ustęp ten opiewa: „Jeżeli ktoś twierdzi, że przez orzeczenie lub zarządzenie władzy administracyjnej jest naruszony w swych prawach, to wolno mu dochodzić swoich roszczeń przed trybunałem administracyjnym przeciwko zastępcy władzy administracyjnej". Na tej podstawie oparta, wyszła ustawa z 22 października 1875 r. L. 36, Dz. U. P. z r. 1876. Ta ustawa została uzupełniona, względnie zmieniona, przez dwie nowele, a mianowicie z 12 marca 1894, L. 53 Dz. U. P. i z 21 września 1905, L. 49, Dz. U. P. Takie ustawy odnosiły się do trybunału administracyjnego w byłej

Austrji. W powstałej na jej gruzach Niemiecko-austrjackiej Rzeczypospolitej zaprowadzono trybunał administracyjny, oprócz drobnych zmian, taki sam, jaki był w dawnej Austrji, a uczyniono to z ustawą z 6 lutego 1919, Nr. 88. Znaczniejsze zmiany tak co do zakresu działania, jak i co do sposobu obsadzania sędziów w trybunale administracyjnym, zaprowadziła konstytucja austrjacka w art. 120 do 136. Naogół jednak myśli przewodnie dawnego sądownictwa administracyjnego austrjackiego zachowane zostały przez ustawodawstwo nowo-austrjackie.

Podobnie się stało w Czechosłowacji. Ustawa z 2 listopada 1918 r. ustęp 3 stworzyła N. T. A. i tutaj staro-austrjacka ustawa służyła za wzór, jednak zmiany są poważne. Między innemi nie są wykluczone z kompetencji trybunału administracyjnego sprawy, w których władza administracyjna orzeka na podstawie swobodnego uznania.

Dla Slawonji utworzyło rozporządzenie rządu narodowego w Lublanie 14 listopada 1919 r. Nr. 111 sądowo-administracyjny senat przy sądzie apelacyjnym w Lublanie. Dla prowincyj włoskich, wchodzących w skład dawnej Austrji, utworzono dekretem z 14 listopada 1919 r. sekcję w Radzie państwa w Rzymie, która otrzymała kompetencje dawno-austrjackiego trybunału administracyjnego i dawno-austrjackiego trybunału państwa.

W b. Galicji sądownictwo administracyjne przeszło z początku na osobny Senat Sądu Najwyższego w Warszawie. Obecnie zaś, jak wiemy, od chwili wejścia w życie ustawy z 3 sierpnia, dla całego państwa polskiego zaprowadzono już jeden N. T. A. Z chwilą zaprowadzenia w Polsce trybunału administracyjnego ustała także działalność sądu apelacyjnego w Poznaniu, któremu t. j. jednemu z jego senatów, przekazano kompetencje berlińskiego trybunału administracyjnego (jednakże w b. dzielnicy pruskiej niższe instancje sądowo-administracyjne egzystują dalej, aż do zaprowadzenia w całej Polsce niższych instancyj sądowo-administracyjnych).

Powiedzieliśmy wyżej, że naogół biorąc, sądownictwo administracyjne w państwach sukcesyjnych oparło się na staro-

austrjackiej ustawie o trybunale administracyjnym. Powiedzieliśmy także, że ta staro-austrjacka ustawa była wzorem i dla polskiej ustawy, nie jest przeto koniecznem, abyśmy wchodzili w szczegóły, powiemy tylko najogólniej, że tak polski, jak austrjacki system polega na t. zw. *contentieux ex post*, t. j. że skargę przed trybunał administracyjny można wnieść dopiero wtedy, gdy orzeczenie, względnie zarządzenie władzy administracyjnej, zapadło w ostatniej instancji. Tak austrjacki, jak polski, system polega na tem, że trybunał administracyjny albo odrzuca skargę albo kasuje zaskarżone orzeczenie. Jeżeli orzeczenie zostało skasowane, wówczas ta kasacja działa jakgdyby *causa superveniens*, t. zn. władza administracyjna musi wydać nowe rozporządzenie, przyczem trzymać się będzie wywodów trybunału administracyjnego. (Jak tę kwestję wyzyskamy przy oświetleniu stosunku administracji do sądownictwa, a więc przy oświetleniu podziału władz, tak samo wyzyskamy i postanowienie, że trybunał administracyjny orzeka tylko na dostarczonym materjale). To są punkty wspólne systemowi austrjackiemu i polskiemu. Różnica jest ta: austrjacki system daje ochronę sądowo-administracyjną tylko w razie naruszenia podmiotowego prawa publicznego, a polski także wtedy, gdy na kogoś nałożono nieprawnie obowiązek.

Mówiliśmy już wyżej, że w b. Austrji oprócz trybunału administracyjnego wykonywał sądownictwo administracyjne do pewnego stopnia trybunał państwa, *Reichsgericht*. Unormowany on był ustawą zasadniczą z 27 grudnia 1867 r., L. 143 Dz. U. P. „o ustanowieniu trybunału państwa" i ustawą organizacyjną z 18 lutego 1869 r., L. 43 Dz. U. P. Przejdziemy kompetencje tego trybunału państwa, przedstawimy, na kogo ta kompetencja przeszła w Rzeczypospolitej Austrjackiej i w Czechosłowacji, a potem zbadamy, kto w Polsce, wedle obecnie obowiązującego ustawodawstwa, tę kompetencję wykonywa, gdy, jak wiemy, w Polsce podobnego Trybunału niema.

Do kompetencji b. austrjackiego trybunału państwa należały:

1) rozstrzyganie konfliktów kompetencyjnych między sądami i władzami administracyjnemi, dalej konfliktów kompe-

tencyjnych pomiędzy sejmami i wydziałami krajowemi z jednej strony, a ministerstwami z drugiej, wreszcie konfliktów kompetencyjnych między sejmami, względnie wydziałami krajowemi, różnych krajów. Ta działalność trybunału państwa rozdzieloną została w Czechosłowacji w następujący sposób: *a)* konflikty kompetencyjne między sądami a władzami administracyjnemi, podobnie jak konflikt między N. T. A. a zwyczajnemi sądami, rozstrzyga senat mieszany, złożony z trzech członków Najwyższego Sądu i z trzech członków N. T. A. pod przewodnictwem prezesa, mianowanego przez rząd na 3 lata. *b)* Spory kompetencyjne między reprezentantami krajów a między ministerstwami, tudzież spory między reprezentacjami poszczególnych krajów, rozstrzyga N. T. A., jednakowoż, wobec zamierzonego zniesienia krajów razem z ich organami, postanowienie to utraci praktyczne znaczenie.

W Rzeczypospolitej Austrjackiej przeszedł zakres działania trybunału państwa na nowo utworzony trybunał konstytucyjny, *Verfassungsgerichtshof*. Do zakresu działania tego trybunału konstytucyjnego, należy cała kompetencja b. trybunału państwa, a nadto objął on sprawy b. trybunału stanu, t. j. rozstrzyga skargi przeciwko ministrowi. Prócz tego objął trybunał konstytucyjny bardzo ważną agendę rewidowania, czy ustawy zgromadzenia krajowego są konstytucyjne. Gdy Rzeczpospolita Austrjacka przemieniła się w państwo związkowe, wówczas konstytucja związkowa rozszerzyła działalność tego trybunału konstytucyjnego na rewizję konstytucyjności także i rozporządzeń, wydawanych przez rządy związkowe i krajowe. Oczywiście badania konstytucyjności ustaw, tudzież rozstrzyganie skarg przeciwko ministrom rozszerzone zostało na całe państwo związkowe.

Jeszcze jedna jest rzecz charakterystyczna, a mianowicie, że ten trybunał konstytucyjny wykonywa także sądownictwo wyborcze.

Jakżeż się w Polsce ma z temi sprawami? Konfliktów między władzami a sądami administracyjnemi obecnie nikt nie rozstrzyga — dopiero bowiem w przyszłości utworzonym będzie stosownie do art. 86 Konstytucji osobny, tylko dla roz-

strzygania tych konfliktów przeznaczony, nowy Trybunał kompetencyjny. Inne konflikty, które w dawnej Austrji rozstrzygał b. trybunał państwa, nie mają w Polsce znaczenia. Polska bowiem nie posiada takich osobowości prawno-publicznych i autonomicznych, jakiemi były w b. Austrji poszczególne królestwa i kraje. Pod tym względem sprawa się będzie miała w Polsce tak, jak w Czechosłowacji, gdy ta rzeczpospolita zniesie u siebie także kraje i ich reprezentacje.

Kwestja konfliktu między sądami a władzami administracyjnemi nie jest kwestją administracji, ale kwestją utrzymania podziału władz.

2. Do kompetencji trybunału państwa dawnej Austrji należało dalej ostateczne i merytoryczne rozstrzyganie publiczno-prawnych roszczeń krajów do państwa, państwa do poszczególnego kraju, kraju do kraju, wreszcie jednostki do państwa lub kraju. Ta jurysdykcja odznaczała się tem, że mogła być także orzekaniem *a priori*, t. j. że były wypadki, gdy sprawa szła do trybunału państwa bez poprzedniego przejścia wszystkich instancyj administracyjnych. W takim przypadku nie działał trybunał państwa jako kontroler administracji. Dodajemy wreszcie, że między trybunałem państwa a trybunałem administracyjnym mógł zajść spór kompetencyjny, który rozstrzygał wówczas senat mieszany, złożony z obydwóch trybunałów. Jakżeż dzisiaj się ma rzecz z temi sprawami w państwach sukcesyjnych? W Czechosłowacji sprawa ta przedstawia się obecnie w ten sposób, że te sprawy, które przejdą przez wszystkie instancje, dostają się do trybunału administracyjnego, zaś te, które nie nadają się do toku instancji administracyjnej, te idą do sądów zwyczajnych. W Rzeczypospolitej Austrjackiej wszystkie te sprawy idą przed trybunał konstytucyjny. Jakże jest w Polsce? Ponieważ w Polsce nie mamy takich jednostek publiczno-prawnych, jakiemi w b. Austrji były królestwa i kraje przeto te wszystkie sprawy są w Polsce bezprzedmiotowe. Natomiast o ile idzie o roszczenia jednostki do państwa, to sprawa idzie po przejściu instancji administracyjnej do trybunału administracyjnego, a jeżeli się nie nadaje na drogę administracyjną, to idzie przed sądy zwyczajne.

W drodze interpretacji przeto rozstrzygamy tę sprawę tak, jak ona się ma w Czechosłowacji. Podobnie przeto jak w Czechach, tak i w Polsce dotychczas znamy sądownictwo administracyjne tylko *a posteriori*, t. j. jako kontrolę administracji.

3. Do kompetencji b. austrjackiego trybunału państwa należało dalej rozstrzyganie o skargach obywateli z powodu naruszenia zagwarantowanych im przez konstytucję praw politycznych. Ponieważ skargi te dostawały się do trybunału państwa dopiero wówczas, gdy przeszły wszystkie instancje administracyjne, przeto trybunał państwa występował tutaj tylko jako szczególny sąd administracyjny. Jednakże różnica była ta, że N. T. A. kasował orzeczenie ostatniej administracyjnej instancji, a trybunał państwa orzekał tylko, czy nastąpiło naruszenie prawa politycznego, czy nie. W Czechosłowacji sprawy te przeszły na trybunał administracyjny, ale orzeczenia trybunału administracyjnego w tych kwestjach mają skutek kasatoryjny. Oprócz tego zaś, naruszenia prawa wyborczego nie idą przed trybunał administracyjny, ale przed osobny trybunał wyborczy. W Rzeczypospolitej Austrjackiej sprawy te przeszły na trybunał konstytucyjny, z tą różnicą, że orzeczenie trybunału konstytucyjnego ma również skutek kasacyjny. W Polsce musimy wszystkie te sprawy przekazać N. T. A., przyczem oczywiście orzeczenia jego mają skutek kasatoryjny. Co się tyczy naruszenia praw wyborczych, tośmy wypowiedzieli zdanie, że one należą także do N. T. A.

Z powyższego przedstawienia widać, że powszechne sądownictwo administracyjne w Polsce, Czechosłowacji, Rzeczypospolitej Austrjackiej, stoi bez wyjątku na stanowisku sądownictwa *a posteriori*, t. j. wymaga poprzedniego prawomocnego orzeczenia władz administracyjnych. Czyli, innemi słowy, sądownictwo to kasuje akt administracyjny. Mamy ciągle na oku i w pamięci, że ideałem sądownictwa administracyjnego jest kontrola objektywnego porządku prawnego, a nietylko kontrola tych aktów administracyjnych, w których naruszono czyjeś prawo podmiotowe publiczne. Otóż o ile o to zadanie sądownictwa administracyjnego idzie, to Polska i Czechosłowacja nie spełniają go, bo stoją na stanowisku naruszenia tylko prawa

podmiotowego, w Polsce jeszcze nadto nielegalnego nałożenia obowiązku. Mojem zdaniem postęp widoczny jest w konstytucji Rzeczypospolitej Austrjackiej. Tam bowiem trybunał konstytucyjny orzeka także o legalności rozporządzeń i ustaw, rozporządzeń, o ile mieszczą się, lub nie w ustawach, a ustaw, o ile przekraczają konstytucję.

Oprócz powyższych powszechnych sądów administracyjnych, istnieją w Rzeczypospolitej Austrjackiej i w państwach sukcesyjnych, niektóre specjalne sądy administracyjne. Należy do nich: sąd patentowy, dalej trybunał wyborczy *(Wahlgerichtshof)* i sąd rozstrzygający o odszkodowaniu inwalidów *(Invalidenentschädigungsgericht)*. Pierwszego jak i trzeciego nie posiadamy w Polsce. Co do spraw wyborczych zaś, to wiemy już, że wedle ordynacji wyborczej z 28 lipca 1922 r. protesty przeciwko wyborom idą do Sądu Najwyższego. Wyraziliśmy zdanie, że w myśl art. 36 ust. z d. 3 sierpnia o N. T. A. sprawy te powinny pójść obecnie do N. T. A. Co do prawa wyborczego czynnego i biernego, to wedle zacytowanej ordynacji wyborczej rozstrzyga również w razie sporu Sąd Najwyższy (art. 5 ust. 2, art. 37, art. 41 ordynacji wyborczej). I tutaj podtrzymujemy nasze zdanie, że te spory, po przejściu wskazanych w ordynacji wyborczej instancyj, powinny obecnie należeć do kompentencyj N. T. A.

III. Niemcy. Sądownictwo administracyjne w Niemczech ma następujące cechy:

1. z wyjątkiem Brunszwiku, który ma tylko jeden sąd administracyjny, wszystkie inne państwa mają dwie lub trzy instancje administracyjne. We wszystkich innych państwach najwyższa instancja sądowo-administracyjna jest pod względem organizacyjnym odrębną. Natomiast co do niższych instancyj, to państwa dzielą się na dwie grupy. W jednej grupie, jak w Oldenburgu, w Anhalcie i t. d. te niższe instancje sądowo-administracyjne są odrębnemi instancjami, w drugiej grupie zaś niższemi instancjami są urzędy administracyjne, fungujące jako sądy administracyjne i używające wówczas specjalnego postępowania, t. zw. spornego postępowania administracyjnego, *(Verwaltungsstreitverfahren)*. W szczególności w Prusiech

zadanie sądownictwa administracyjnego w niższych instancjach spełniają kolegja z tak zwanych urzędników honorowych, *(Ehrenbeamten)* pod przewodnictwem właściwego urzędnika państwowego. Są to tak zwane wydziały obwodowe i wydziały powiatowe, *Kreis- und Bezirksausschüsse*. W b. dzielnicy pruskiej zatrzymała ustawa z 3 sierpnia te dwie niższe instancje sądowo-administracyjne aż do zaprowadzenia niższych instancyj sądowo-administracyjnych na podstawie naszej własnej ustawy. Z powyższego widzimy, że obecnie Polska różni się od Niemiec, bo ma tylko najwyższą instancję, jednak Konstytucja nasze przewiduje niższe instancje, a pozostaje otwartą kwestja, ile tych niższych instancyj będzie, tudzież czy organizacyjnie będą one odrębnemi instytucjami, czy też będzie tak jak np. w Prusiech, gdzie, jakeśmy powiedzieli, urzędy administracyjne występują jako sądy, a tylko używają innego postępowania, t. zw. spornego postępowania administracyjnego, i decydują kolegjalnie, przyczem w skład tych kolegjów wchodzą niezawodowi urzędnicy, t. zw. urzędnicy honorowi. Jeżeli sądownictwo administracyjne ma kilka instancyj, to wówczas ustawy muszą rozstrzygnąć, jakie sprawy idą tylko przed N. T. A. po wyczerpaniu instancyj administracyjnych, a które sprawy nie potrzebują wyczerpywać wszystkich instancyj administracyjnych, by dostać się do sądu administracyjnego, oczywiście niższej instancji, skąd, w drodze odwołania lub rewizji, przechodzą do wyższych instancyj sądowo-administracyjnych. Może być przepis, kombinujący te dwie drogi. Np. w Prusiech policyjne zarządzenia (mówimy tylko o policyjnych) mogą być w dwojaki sposób zaczepione. Albo przechodzi się tok instancyj administracyjnych i kończy się na skardze przed najwyższą instancją sądowo-administracyjną, ale też odrazu po pierwszem zarządzeniu policyjnem wnosi się sprawę przed sąd administracyjny niższej instancji.

2. Niemieckie sądownictwo administracyjne jest z reguły sądownictwem *a posteriori*, t. j., tak, jak w Polsce, powołane jest do następczej kontroli. Wyjątkowo tylko mamy do czynienia z sądownictwem administracyjnem *a priori*, czyli t. zw. pierwotnemi sprawami spornemi administracyjnemi *(Ursprüngli-*

che Verwaltungsstreitsachen), np. wedle ustaw kilku państw niemieckich może być koncesja przemysłowa odebraną tylko na podstawie orzeczenia sądowo-administracyjnego.

3. Niemieckie sądownictwo administracyjne wyjątkowo tylko trzyma się zasady klauzuli generalnej. Z reguły natomiast panuje w ustawodawstwie w tym względzie metoda enumeracyjna. W Prusiech częściowa klauzula generalna istnieje co do spraw policyjnych i podatkowych. Zresztą wszędzie istnieje metoda enumeracyjna. Każda nowa ustawa administracyjna musi zawierać postanowienie, czy wynikające z niej sprawy nadają się do sądu administracyjnego, czy nie. Jak widzimy, w tym względzie sądownictwo administracyjne niemieckie różni się od polskiego, jak i austrjackiego.

4. Podobnie jak dwa już przez nas poznane sądownictwa, uważa także i niemiecki sąd administracyjny za swoje główne zadanie obronę publicznych praw podmiotowych obywateli. Nieznacznie tylko toruje sobie drogę zasada, że sąd administracyjny powołanym jest także do obrony objektywnego porządku prawnego. Znajduje to swój wyraz w takich np. objawach, jak dopuszczenie w pewnych przypadkach skargi popularnej np. zwinięcie lub przełożenie drogi publicznej może być zaskarżone przez każdego obywatela. Ten sam charakter skargi popularnej mają protesty przeciwko spisowi wyborców, przeciwko rezultatowi wyboru, może je bowiem wnieść każdy obywatel. Niemieckie ustawodawstwo ma jednak silny środek do rozszerzenia sądownictwa administracyjnego na ochronę objektywnego porządku prawnego. Tym środkiem jest metoda enumeracyjna. Każda ustawa administracyjna bowiem może pozytywnie przekazać pewne sporne sprawy sądownictwu administracyjnemu, nie troszcząc się o to, czy w niej idzie o naruszenie prawa podmiotowego, czy nie.

Zasadniczo w niemieckiem sądownictwie administracyjnem idzie, tak, jak w poprzednio już przez nas przedstawionych sądownictwach, o kasację. Wyjątek stanowią oczywiście przypadki orzecznictwa sądowo-administracyjnego *a priori,* czyli t. zw. pierwotne sprawy sporne administracyjne *(Ursprüngliche Verwaltungsstreitsachen).* Drugim wnioskiem, który się tu

nasuwa, jest, że przed sądownictwo administracyjne niedopuszczalne są skargi ustalające, *(Feststellungsklagen)*, a to samo stwierdzić winniśmy także w konsekwencji i o polskiem sądownictwie administracyjnem.

IV. Francja. Instytucja sądownictwa administracyjnego we Francji jest najbogatszą. Przedstawia ona jedyne studjum rozwoju tej instytucji. Z Francji przeszła do innych państw, które ją przyjęły w mniej lub więcej wyrobionym już stanie, natomiast we Francji widzimy wszystkie ślady poszczególnych faz rozwoju. Razem składają się one na bardzo skomplikowany, ale mimo to oryginalny, właściwy narodowi francuskiemu i jego umysłowi gmach. Francuzów charakteryzuje z jednej strony wielka praktyczność, a z drugiej niesłychana jasność. Stawiają zawsze jasno doskonale określoną formułę, ale gdy względy praktyczne każą ją porzucić, nie poświęcają życia dla tej formuły, ale formę dla życia, dążąc natychmiast do stworzenia nowej, byle równie jasnej i niewątpliwej. Może nigdzie nie mamy tak dobrej sposobności do stwierdzenia tych cech umysłu francuskiego, jak właśnie w dziedzinie sądownictwa administracyjnego.

Rewolucja francuska postawiła zasadę odłączenia egzekutywy od wymiaru sprawiedliwości. Zasadę starano się obwarować karami kryminalnemi, zakazując z jednej strony sędziemu wpływać na egzekutywę, z drugiej strony urzędom administracyjnym na wymiar sprawiedliwości. Uczyniono to z tej przyczyny, iż doświadczenie wykazało, że sądy są konserwatywne i że wpływają tamująco na reformy. Przez separację przeto władzy starano się zabezpieczyć wolności zdobyte przez rewolucję, upatrując w wybieralnych urzędnikach administracyjnych propagatorów i obrońców tych wolności. Jednak przekonano się, że jest wprost odwrotnie. Urzędnicy administracyjni przestali być wybieranymi i stawali się narzędziem w rękach rządu. Z drugiej zaś strony sędziowie poczuli się sługami ustawy. I oto podniesiona przez nas wyżej cecha Francuzów: praktyczność, tryumfuje nad formułą o separacji władz. Dzięki temu powstają dla rozstrzygania sporów administracyjnych sądy, ale — właśnie znowu ze względów praktycznych — sądy

dostosowane do właściwości, do odrębności sporów administracyjnych, powstają sądy administracyjne. Gdy to się już stało, to jest gdy spory administracyjne poddano sądom, jakkolwiek innym, bo sądom administracyjnym, to właśnie z tego powodu powstała nowa kwestja, które to spory należą przed jedne, a które przed inne sądy, wedle jakich kryterjów przydzielić należy spór do sądu administracyjnego, względnie do sądów zwyczajnych. Na rozwoju tej kwestji możemy znowu stwierdzić owe dwie prymordjalne cechy umysłu francuskiego, t. j. praktyczność i jasność. Jakże się bowiem ta kwestja w biegu czasu przedstawia? Do dziś dnia możemy odróżnić trzy okresy, a sprawa jeszcze dotąd nieskończona. W pierwszym okresie do sądownictwa administracyjnego należą tak zwane akty administracyjne, t. j. spory wynikające z aktów administracyjnych; do sądów zwyczajnych zaś spory wynikające z tak zwanych *actes de gestion*, aktów pracy. Przez akt administracyjny rozumiano w pierwszym okresie takie działanie urzędu administracyjnego, którego osoba prywatna nie może przedsięwziąć, natomiast przez *actes de gestion* rozumiano takie działania urzędów administracyjnych, które może wykonać osoba prywatna, czyli przez akty administracyjne rozumiano *actes de puissance publique*, albo *actes d'autorité*, przez akta zaś *de gestion* rozumiano wszelkie inne działanie, niewypływające z tego źródła władzy publicznej, a więc będące poprostu pracą. Wnet jednak przekonano się, że także i te akta pracy, *actes de gestion*, trzeba zreglementować, a gdy to uczyniono, to oczywiście okazało się, że przy sporach wynikających stąd trzeba te regulaminy znać. Do tego nie nadawał się sędzia zwyczajny, wykształcony na kodeksach i cywilnym i karnym. Porzucono więc późniejszą formułę i przerzucono się do innej.

Od orzeczenia rady stanu z 4 lutego 1903 r., do sądownictwa administracyjnego należą spory, będące w związku z zadaniami publicznemi *services publiques*, a natomiast wszystkie inne do sądów zwyczajnych. Jednakże to rzucenie się w objęcia nowej formuły nie było zupełne, bo spory wynikające z umów, chociaż te umowy tyczyły się zadań publicznych, *services publiques*, pozostawiono sądom zwyczajnym.

Dopiero od 4 marca 1910 r. rada stanu także i te spory, t. j. spory wynikające z umów odnoszących się do *services publiques,* przekazuje sądownictwu administracyjnemu. Tej tendencji nie można jednak uznać za ustaloną.

Na powyższym wywodzie możemy stwierdzić skutki tych dwóch cech umysłu francuskiego, o których mówiliśmy, ale i zarazem trzecią cechę prawa francuskiego: wpływ sądów najwyższych na prawo francuskie i jego rozwój, jego przekształcanie się. W żadnem państwie wpływ sądownictwa nie jest tak silnym. Przyznanie jednak sądom takiego wpływu jest możliwe tylko w krajach, gdzie ogólna kultura jest wysoka i gdzie społeczeństwo ma wyrobione poczucie prawne. Gdzie indziej wpływ taki nie jest wolny od poważnych wątpliwości.

Przed dalszą charakterystyką poznajmy organizację sądownictwa administracyjnego we Francji.

Na czele sądownictwa stoi rada państwa *Conseil d'état.* Rada państwa funkcjonuje w podwójnym charakterze: raz jako rada administracyjna, i ta w tem miejscu nas nie obchodzi; powtóre jako najwyższy trybunał administracyjny.

a) O Radzie państwa jako radzie administracyjnej powiemy tylko krótko, jakie ma do spełnienia zadanie. Rada państwa jako rada administracyjna jest organem administracji centralnej, umieszczonym przy prezydencie rzeczypospolitej i przy ministrach, aby ich oświecać swojemi opinjami. W tym charakterze Rada państwa wypracowuje projekty ustaw, wedle żądania rządu i wypracowuje, jakbyśmy to powiedzieli, rozporządzenia wykonawcze do już uchwalonych ustaw. Rada państwa wydaje także opinje o legalności lub celowości zarządzeń i t. p., które ma rząd przedsięwziąć. Wogóle możemy powiedzieć, że wpływ Rady państwa jako rady administracyjnej objawia się we wszystkich ważnych aktach życia publicznego i administracji narodu. Rada państwa nie ma własnej *auctoritas,* bo wydaje tylko opinje. Mimo to jednak powaga tej rady sprawia, iż rząd prawie zawsze idzie za jej opinją.

b) Rada państwa jako trybunał administracyjny przechodziła różne koleje; także i w tym charakterze nie miała ona własnej *auctoritas* a wydawała tylko opinje, na podstawie któ-

rych minister orzekał. Była to tak zwana *justice retenue*. Dopiero od ustawy z 24 maja 1872 r. *conseil d'état* otrzymuje własną *auctoritas*, nie wydaje już opinji, ale orzeczenia *arrêts*. Ważnem jest dla nas, abyśmy poznali zasadniczą myśl, na której opiera się francuskie sądownictwo administracyjne. Otóż wedle art. 9 ustawy z 3 maja 1872 r. Rada państwa powołaną jest do suwerennego rozstrzygania o rekursach w spornych sprawach administracyjnych i o żądaniach unieważnienia z powodu nadużycia władzy *(excès de pouvoir)*, sformułowanych przeciwko aktom różnych władz administracyjnych.

Rada państwa jako trybunał administracyjny przechodziła co do swej organizacji różne koleje. Przedstawimy aktualny stan, i to bardzo pobieżnie. Jako trybunał administracyjny funkcjonuje Rada państwa w dwóch postaciach; *a)* w sekcjach i *b)* w zgromadzeniu rady stanu, które się nazywa *l'assemblée du conseil d'état statuant au contentieux* (zgromadzenie Rady państwa stanowiące w sprawach spornych). Wedle obecnej organizacji istnieją dwie sekcje: *la section contentieuse* (sekcja procesowa albo sporna), mająca trzy podsekcje, które tylko przygotowują sprawy, mające być osądzone przez sekcje lub przez zgromadzenie; *la section spéciale du contentieux* (sekcja specjalna procesowa), mająca również trzy podsekcje. Otóż co do tej sekcji specjalnej, to należy podnieść, że przedewszystkiem ma takie prawa, jak podsekcje, a wszystkie razem orzekają definitywnie w sporach wyborczych i w sporach podatków bezpośrednich.

Zgromadzenie Rady państwa, orzekające o sporach, obejmuje członków sekcji procesowej i ośmiu radców państwa, wybranych z pośród sekcyj Rady państwa jako organu administracyjnego.

Wiemy już, czem się zajmuje sekcja specjalna procesowa. Reszta spraw spornych administracyjnych idzie albo do sekcji procesowej *(section du contentieux)* albo do zgromadzenia. Jakże między nie rozdziela się kompetencja? Rekursy z powodu nadużycia władzy idą do zgromadzenia, jednak przedtem muszą być zbadane przez sekcję. Te rekursy idą *ipso iure* do zgromadzenia. Co do innych spraw, to regulamin z 31 maja 1910 r.

rozdziela je między sekcje a zgromadzenia. Zaznaczyć jednak musimy, że każda sprawa może być na żądanie komisarza rządowego, lub Rady państwa, odesłaną ze sekcji lub podsekcji do zgromadzenia.

Rada państwa, o której dotychczas mówiliśmy, jest najwyższą instancją sądowo-administracyjną. Niższą instancją sądowo-administracyjną jest rada prefekturalna *(conseil de prefecture)*. Rada prefekturalna ma, podobnie jak Rada państwa, dwa charaktery. Z jednej strony jest ona organem administracyjnym przy prefekcie, z drugiej zaś strony w tym samym składzie funkcjonuje jako sąd administracyjny niższej instancji. Radzie prefekturalnej przewodniczy prezydent nominowany, a z nominacji także pochodzi trzech radców. Komisarzem rządowym jest sekretarz generalny prefektury.

Rada prefektury kompetentną jest tylko w tych sprawach, które przekazane jej są wyraźnym przepisem ustawowym. Orzeka ona w pierwszej instancji, a apelacja od jej orzeczenia idzie do Rady Państwa. Z pośród spraw, które ustawami jej są przekazane, wymieniamy sprawy podatków bezpośrednich, sprawy robót publicznych, spory wynikające ze sprzedaży domenjalnych, spory wyborcze do rad okręgowych, do rad municypalnych. Największą ilość spraw stanowią sprawy podatków bezpośrednich.

Ta organizacja niższo-sądowo-administracyjna jest przedmiotem krytyki we Francji. W ostatnich czasach wyłonił się też projekt reformy, polegający na tem przedewszystkiem, że ilość tych niższych sądów administracyjnych ma być zmniejszoną przez utworzenie tak zwanych regjonów. Wówczas na terytorjum kilku departamentów, złączonych razem, zostałby utworzonym regjonalny sąd administracyjny. Reforma poszłaby także w kierunku powiększenia kompetencji niższych instancyj sądowo - administracyjnych, coby odciążyło znacznie Radę państwa.

Obraz organizacji sądownictwa administracyjnego we Francji, któryśmy wyżej dali, wykazuje, że Rada państwa *(conseil d'état)* orzeka albo w pierwszej, a zarazem w ostatniej instancji, w sprawach, które są tylko jej przekazane, albo też

orzeka jako sąd apelacyjny w sprawach, które w pierwszej instancji rozstrzyga rada prefekturalna. Jakie jeszcze zadanie sądowo administracyjne ma Rada państwa, zobaczymy później.

Na podstawie, wyłuszczonych w poprzednich ustępach niniejszej pracy, wiadomości zaczerpniętych z ustaw i z jurysprudencji francuskiej, możemy wyrozumieć ścieranie się prądów, którego widownią jest francuskie sądownictwo administracyjne. Dwa są mianowicie główne prądy. Jeden dąży do tego, aby spory sądowo-administracyjne ograniczyć do sporów o unieważnienie *(contentieux de l'annulation)*, drugi zaś prąd pragnie wykształcić spory sądowo-administracyjne, w którychby, oprócz unieważnienia, sąd administracyjny orzekał także i merytorycznie, a więc gdzie mógłby zaskarżone orzeczenia administracyjne zmodyfikować, zreformować, orzec o wynagrodzeniu szkody. Ten drugi rodzaj sporów nazywa się *contentieux de la pleine jurisdiction*. W tym stanie rzeczy zapytać się musimy przedewszystkiem, które to sprawy nadają się do *contentieux de l'annulation*, a które sprawy nadają się do *contentieux de la pleine jurisdiction* (spór pełnej jurysdykcji). W tym jednak właśnie punkcie najważniejszym zachodzi kontrowersja i w praktyce i w teorji. Wyżej przedstawiliśmy stan rzeczy w praktyce Rady państwa. Praktyka ta przyjmuje, że, jeśli przedmiotem sporu jest akt administracyjny, to mamy do czynienia z *contentieux de l'annulation*, jeżeli spór wynika z tak zwanego *acte de gestion*, który my tłumaczymy „akt pracy", to w takim razie mamy do czynienia z *contentieux de la pleine jurisdiction*. Czemże jest więc akt administracyjny, a czem akt pracy? Wyżej w naszym obrazie praktyki Rady państwa powiedzieliśmy, że ostatnia przez akt administracyjny rozumie akt nakazu *(commandement)* wydany przez urząd administracyjny jako władzę. Przez akt pracy zaś rozumie takie zarządzenie lub orzeczenie urzędu administracyjnego, które mogłaby wydać lub uskutecznić także osoba prywatna. Nauka francuska podnosi zarzuty przeciwko temu odróżnieniu. Najwybitniejszą teorję postawił Hauriou. Wedle niego do *contentieux de l'annulation* należą te spory, w których idzie o unieważnienie aktu administracyjnego, t. j. nadającego się do egzekucji, ale jeszcze

niewykonanego, natomiast do *contentieux de la pleine jurisdiction* należą spory wynikające z zarządzeń już dokonanych, będących ogniwami jakiejś operacji administracyjnej. Te właśnie zarządzenia nazywa Hauriou *gestion*. Takie zarządzenia wynikają np. z dostaw dla państwa, ze sprzedaży państwowej, z robót publicznych i t. p. W tych wszystkich zarządzeniach mieścić się może źródło poszkodowania jednostki, np. urzędnik oddalony, zdaniem swojem, nieprawnie ze służby komunalnej skarży o wynagrodzenie szkody; dotknięty jakiemś zarządzeniem administracyjnem obywatel skarży z tytułu odpowiedzialności państwa o szkodę i t. d. Otóż te wszystkie spory, wynikające z tej *gestion*, pragnie Hauriou oddać sądownictwu administracyjnemu do rozpoznania jako *contentieux de la pleine jurisdiction*. Ze zdaniem prof. Hauriou solidaryzuje się jeszcze p. Moreau, natomiast wszyscy inni prawnicy oświadczają się za tem, że te spory wynikające z owej *gestion* należą do sądów zwyczajnych. W rezultacie zdaniem tej ogromnej większości prawników francuskich, spory sądowo-administracyjne ograniczyłyby się tylko do *contentieux de l'annulation*, a natomiast *contentieux de la pleine jurisdiction* byłyby skazane na zamarcie. Hauriou powstaje właśnie przeciwko temu, twierdząc, iż spory, wynikające z operacji administracyjnej, należy oddać sądownictwu administracyjnemu i w tym kierunku je wykształcić i rozwinąć. Powołuje się przytem Hauriou na analogję handlu. Jak sprawy handlowe wywalczyły sobie swój osobny kodeks, osobne sądy, tak też, zdaniem jego, i sprawy administracyjne nadają się do tego, aby były rozstrzygane przez jury odpowiednio do tego przygotowane. Wszystkie sprawy, które tu wchodzą w grę, są zreglementowane, a znajomość dotyczących regulaminów nie jest łatwą i nie można jej wymagać od sędziego zwyczajnego, który obciążony jest kodeksem cywilnym, karnym i wszystkiemi bardzo licznemi, uzupełniającemi ustawami. Stąd potrzeba specjalizacji. Hauriou uzasadnia ją jeszcze tem, że rozwój życia socjalnego nowożytnych społeczeństw idzie właśnie w kierunku zwiększającym działalność administracji państwowej. Siłą rzeczy rozwój taki wywalczy sobie swoje własne instytucje.

Wyżej przedstawiony przez nas stan praktyki Rady państwa nie pokrywa się z poglądem Hauriou, ale wynika z niego niezaprzeczenie, że praktyka idzie w kierunku przydzielenia sądom administracyjnym sporów, wynikających z operacyj administracyjnych. Stanęła ta praktyka na przydzielaniu sporów wynikających z umów sądowo-administracyjnych. Nie jest to wszystko, bo *contentieux de la pleine jurisdiction* może wyniknąć nietylko z umowy, — ale nie da się zaprzeczyć, że jest to krok na korzyść teorji p. Hauriou. Nie można powiedzieć, żeby cała ta kontrowersja była we Francji już rozstrzygnięta, w każdym razie jednak sądownictwo administracyjne francuskie różni się od sądów innych państw tem, że oprócz spraw tylko o unieważnienie, zna w mniejszym lub większym zakresie sprawy, w których sądownictwo administracyjne orzeka merytorycznie. Zachodzi pytanie, czy takie rozszerzenie sądownictwa administracyjnego jest pożądanem u nas. Przedewszystkiem powinniśmy zaznaczyć, że Konstytucja nasza w art. 73 przesądza sprawę, bo ze słów jej: „dla badania legalności aktów administracyjnych i t. d." wynika, że do sądownictwa administracyjnego należą tylko spory o unieważnienie aktów administracyjnych. Gdyby jednak tak nie było, gdyby Konstytucja została w tym punkcie zmienioną, to dzisiaj, w obecnym stanie naszego ustawodawstwa administracyjnego i w obecnym stanie liczebności i wykształcenia personalu urzędniczego, tak sędziowskiego, jak i administracyjnego, trudnoby było oświadczyć się za teorją p. Hauriou.

W każdym razie notujemy nową myśl, nowy kierunek, który dla rozwoju sądownictwa administracyjnego przynosi praktyka i nauka francuska. Jak wszędzie tak i w tej kwestji, przyczyny, dla której ta kwestja powstała, są głębsze. Idzie tu w gruncie rzeczy o problem wolności ekonomicznej. Jeżeli będziemy zdania, że przyszłość rozwinie się w kierunku ścieśniającym wolność ekonomiczną, to niewątpliwie kierunek reprezentowany przez p. Hauriou będzie święcił tryumfy. Jeżeli natomiast będziemy zdania, że po wszystkich eksperymentach etatystycznych i socjalizujących, życie ekonomiczne pójdzie drogą wolności ekonomicznej, to wówczas i państwo w swoich

interesach ekonomicznych będzie tem pewniej chciało być traktowane tak, jak każda jednostka prywatna, czyli że teorja p. Hauriou nie miałaby widoków powodzenia. Jest rzeczą charakterystyczną, że taka właśnie teorja, jakiej wyznawcą jest p. Hauriou, powstała w państwie tak centralistycznem jak Francja. Jednak i tutaj, jakeśmy wspomnieli, przychyla się do niej raczej praktyka, aniżeli nauka.

Z powyższego przedstawienia widać, że spór pełnej jurysdykcji jest charakterystyczną cechą sądownictwa administracyjnego francuskiego. Wiemy już, że orzeczenie, które w takim sporze zapada, nie ogranicza się tylko do unieważnienia zaskarżonego zarządzenia lub orzeczenia władzy administracyjnej, ale że sądy administracyjne rozstrzygają merytorycznie sprawę, bądźto reformując zaatakowaną decyzję, bądźto skazując pozwaną stronę na zapłatę czyto sumy dłużnej, czy wynagrodzenia szkody. Głównem polem, na którem spór pełnej jurysdykcji się zjawia, jest odpowiedzialność pieniężna administracji, wskutek czego też rekurs pełnej jurysdykcji zwraca się przeciwko administracyjnej osobie prawniczej. W tem tkwi różnica od rekursu unieważnienia. Ten ostatni ma za podmiot kwestję objektywną, mianowicie kwestję błędu w akcie administracyjnym. Natomiast rekurs w sporze pełnej jurysdykcji ma za podstawę kwestję subjektywną, odnoszącą się do prawa podmiotowego strony, która ten rekurs wnosi. Jeżeli rekurs pełnej jurysdykcji idzie do Rady Państwa jako I-ej instancji, to wymaganem jest uzyskanie pierwej orzeczenia władzy administracyjnej. Dopiero, gdy władza administracyjna wyda niekorzystne orzeczenie, lub też dopiero po upływie czterech miesięcy od reklamacji pokrzywdzonego można wnieść rekurs do trybunału stanu. Jeżeli spór pełnej jurysdykcji I-ej instancji należy do Rady prefekturalnej, to nie potrzeba poprzedniego orzeczenia urzędu lub władzy administracyjnej.

Przypatrzmy się innym jeszcze cechom sądownictwa administracyjnego francuskiego, nieznanym sądownictwu administracyjnemu innych państw. Cechami temi są: kontrola nietylko legalności administracji, ale, powiedzielibyśmy, nawet moralności administracji; dalej ochrona nietylko prawa pod-

miotowego obywatela, ale nawet jego interesu; wreszcie pojęcie legalności, rozszerzone z ustaw na rozporządzenia. Określmy krótko te trzy cechy a wówczas razem z dopiero co omówioną cechą, tyczącą się rozwoju pełnej jurysdykcji, uzyskamy zupełny obraz bogatego, ciągle wykształcającego się, francuskiego sądownictwa administracyjnego.

Gdzież się objawia ta cecha, którąśmy nazwali kontrolą moralności administracyjnej? Rekurs, który dąży do unieważnienia zarządzenia administracyjnego lub orzeczenia administracyjnego, nazywa się rekursem z powodu nadużycia władzy *(recours pour excès de pouvoir)*. Wnieść go można z następujących powodów: z powodu niekompetencji władzy administracyjnej, która wydała zaatakowane zarządzenie lub orzeczenie, z powodu wad w formie zaatakowanego orzeczenia, z powodu tak zwanego *détournement de pouvoir*, z powodu naruszenia prawa przedmiotowego, wreszcie z powodu naruszenia prawa podmiotowego.

Cóż to jest to *détournement de pouvoir?* Jeżeli organ administracyjny wydaje akty administracyjne, będąc do tego kompetentnym i zachowując przepisaną formę, ale jeżeli władzy swej używa w celu lub też kieruje się motywami innemi jak te, dla których władza została mu powierzoną (to jest nie motywami, które są motywami dobrej administracji, które przeto są sprzeczne z moralnością administracyjną) wówczas mamy do czynienia z tem, co Francuzi nazywają *détournement de pouvoir*, a na co jeszcze niestety nie mamy odpowiedniego polskiego wyrażenia. Słusznie mówi cytowany już przez nas niejednokrotnie Hauriou, że tutaj przekracza się punkt widzenia ścisłej legalności i że *recours pour excès de pouvoir* staje się niejako sankcją moralności prawniczej. Rada państwa przyjmie tylko wówczas *détournement de pouvoir*, jeżeli jest to skrzywienie władzy, udowodnione dokumentami lub też przyznaniem administracji. Kilka przykładów z praktyki francuskiego sądownictwa administracyjnego może wyjaśnić bliżej, o co tu idzie. Mer komuny zakazuje sprowadzać do miasta mięsa dla wszystkich rzeźników, z wyjątkiem rzeźni miejskiej. Mer zakazuje stawać na drodze publicznej wszystkim wozom, z wyjątkiem

jednego przedsiębiorcy. Mer zakazuje tylko jednemu towarzystwu muzycznemu wychodzić na drogę publiczną, a wszystkim innym pozwala. Tak samo mamy do czynienia ze skrzywieniem władzy, jeżeli motywy, na których opiera się orzeczenie władzy administracyjnej, są kłamliwe.

Ważną dalszą cechą sądownictwa administracyjnego jest to, że chroni ono nietylko prawo podmiotowe jednostki, ale także i prosty interes obywatela. Jak dalece Rada państwa idzie w tym kierunku, widzimy z kilku orzeczeń, w których Rada państwa posunęła się do unieważnienia orzeczenia władzy administracyjnej, z powodu naruszenia interesu wyłącznie moralnego.

Wreszcie nielegalnością powodującą unieważnienie jest nietylko niestosowanie się do ustaw, ale także do rozporządzeń i regulaminu. Rada państwa unieważniła naprzykład orzeczenie wydziału medycznego, ponieważ wydział nie trzymał się regulaminu, który sam wydał.

Taką jest charakterystyka francuskiego sądownictwa administracyjnego. Widzieliśmy, w jakich punktach ono wybiega poza sądownictwo administracyjne innych państw. Narazie idzie nam tylko o wykazanie różnic, później dopiero skorzystamy z całego tego materjału, aby zbudować teorję sądownictwa administracyjnego.

D) Wzajemny stosunek administracji, sądownictwa administracyjnego i sądów zwyczajnych.

Określić należy następujące trzy stosunki: Po pierwsze, stosunek administracji do wymiaru sprawiedliwości, wykonywanego przez sądy zwyczajne. Po drugie, stosunek administracji do sądownictwa administracyjnego. Po trzecie stosunek sądownictwa administracyjnego do sądownictwa zwyczajnego.

Ad 1. Administracja jest działalnością państwa, obejmującą wszystkie dziedziny, z wyjątkiem ustawodawstwa i wymiaru sprawiedliwości. Natomiast wymiar sprawiedliwości jest pewną częścią ogólnej działalności państwa, a mianowicie

jest kontrolą wykonywaną przez państwo nad działalnością obywateli.

Ad 2. Administracja jest działalnością państwa w wyżej oznaczonym zakresie, sądownictwo administracyjne zaś jest kontrolą tej administracji, wykonywaną przez osobne sądy, nazywające się wskutek tego sądami administracyjnemi.

Ad 3. Tak sądy administracyjne jak i sądy zwyczajne wykonywują kontrolę, ale sądownictwo administracyjne kontroluje działalność organów administracyjnych, natomiast sądy zwyczajne kontrolują działalność jednostek.

W powyższem rozgraniczeniu należy zająć stanowisko wobec podstawowej kwestji. Jak z powyższego wywodu widać, odróżniamy działalność państwa od działalności jednostek. Należy przeto rozstrzygnąć pytanie, czy jest takie kryterjum, wedle którego byśmy mogli zgóry powiedzieć, że pewna czynność, pewien stosunek, należy do zakresu działania państwa względnie do zakresu działalności jednostki. Naszem zdaniem należy zrzec się wynalezienia takiego kryterjum. O tem, czy coś należy do zakresu działalności państwa, czy do zakresu działalności jednostki, rozstrzyga tylko prawo przedmiotowe. Zwłaszcza w dzisiejszych czasach linja demarkacyjna pomiędzy działalnością państwa a działalnością jednostki jest chwiejną. Przesuwa się w krótkich odstępach czasu na prawo lub na lewo. Ścierają się dwa prądy. Z jednej strony socjalizujący i etatyzujący, z drugiej zaś strony prąd liberalny. Wojna i pierwsze lata powojenne wzmogły bardzo pierwszy z tych prądów. Ale doświadczenia nie zapewniły mu tryumfu, przeciwnie, wszędzie dojrzeć można odbudowę liberalizmu. Tem bardziej przeto, gdy poglądy są tak chwiejne i zmienne, beznadziejne byłyby usiłowania nauki, by wynaleźć jakieś kryterjum stałe. Pogląd nasz uzasadniamy jeszcze tą głębszą przyczyną, że za Tönniesem [1]) skłonni jesteśmy odróżnić wspólnotę *(Gemeinschaft)* od społeczeństwa *(Gesellschaft)*. Pierwsza jest związkiem naturalnym (rodzina, szczep, naród), drugie jest związkiem dowolnym, sztucznym (spółka, państwo). Kto ten pogląd uznaje za trafny,

[1]) Tönnies: *Gemeinschaft und Gesellschaft* (Leipzig 1887).

ten oczywiście w konsekwencji nie będzie się dziwił owym zmianom, które zachodzą w rozgraniczeniu działalności państwa od działalności jednostki.

Ujęliśmy nasz pogląd z punktu widzenia „działalności". Moglibyśmy za punkt wyjścia wziąć „stosunki" i powiedzieć, że administracja ma do czynienia ze stosunkami, w których państwo odgrywa rolę i t. d. Tak też postąpimy, przedstawiając teorję prawa administracyjnego (p. rozdział X). Jeżeli jednak tutaj wybraliśmy za punkt wyjścia działalność, to dlatego, że sądziliśmy, iż to lepiej unaocznia, uzmysławia, uplastycznia kwestję. Z tego samego powodu przyjęliśmy fikcję, że państwo jest osobą. Oczywiście rozbiór logiczny wykazałby ujemne strony tego kryterjum „działalności". Nam jednak szło tylko o uczynienie kwestji, którą się zajmujemy, widzialną *(anschaulich)*. W związku z całym powyższym poglądem wynika założenie — a raczej powyższy pogląd wynika z przyjętego przez nas z względów praktycznych założenia naszego, że różnica między prawem publicznem a prawem prywatnem jest następująca: Prawo prywatne jest ogółem norm, regulujących działalność jednostek, kontrolowaną przez państwo (przez organy zwane sądami zwyczajnemi). Prawo publiczne zaś jest ogółem norm regulujących działalność państwa (t. j. organów administracyjnych), kontrolowaną przez obywateli (zapomocą całego szeregu urządzeń, których szczytem jest sądownictwo administracyjne) [1]).

[1]) Niniejszy rozdział książki był ogłoszony w „Ankiecie Konstytucji 17 marca", (Kraków 1924). O tej ostatniej napisał cenną recenzję Dr. Maciej Starzewski w „Przeglądzie współczesnym" na kwiecień 1924. Podnosi w niej autor zarzut: „W jaki sposób przy pomocy kryterjum kontroli odróżnić prawo cywilne od prawa administracyjnego, skoro tak czynności oparte na jednem, jak na drugiem kontroluje jednostka. Boć rola jej jako strony zarówno w postępowaniu przed sądami cywilnemi jak w postępowaniu przed sądami administracyjnemi, jest zupełnie taka sama. A skoro dzięki tej roli przez stronę w procesie sądowo-administracyjnym odgrywanej prof. J. nazywa kontrolą przezprowadzoną przez sądy administracyjne kontrolą jednostki nad państwem, dlaczego odmawia jednostce kontroli w sprawach cywilnych, a przypisuje ją państwu? (str. 116 n.).

Powyższe określenia wypróbujemy na jakiejkolwiek teorji, obecnie używanej. Weźmy ostatnią Herrnritta z jego godnej polecenia książki *Grundlehren des Verwaltungsrechtes!* W § 11 mówiącym o właściwości urzędów administracyjnych, tak rzecz przedstawia: Urzędy administracyjne są właściwe we wszystkich sprawach prawnych, z wyjątkiem tych, które należą do zakresu działania sądów zwyczajnych. Zakres działania sądów zwyczajnych rozciąga się na sprawy prawne cywilne i częściowo na sprawy sądowo-karne. Wszystkie inne sprawy karne należą do zakresu działania władz administracyjnych. Wedle prawa objektywnego, prawo publiczne obejmuje wszystkie te

---

Na to odpowiadam:

1. Sądownictwo administracyjne jest tylko jednym z środków kontroli wykonywanej przez jednostkę nad państwem. Należą do niej wolność prasy, wolność zgromadzeń, wolność stowarzyszeń, interpelacje, odpowiedzialność ministrów... Tutaj rola jednostki, jako kontrolera, występuje prościej i jaśniej, niż w sądownictwie administracyjnem, ale też tutaj należy szukać pomocy przy określeniu roli jednostki w tem ostatniem.

2. Nie można być kontrolerem siebie samego, dlatego też w sprawach cywilnych nie może być kontrolerem jednostka, bo byłaby kontrolerem siebie samej.

3. Stosunek kryterjum „kontroli" do kryterjum „działalności" jest względny. Idzie o wprowadzenie państwa do sfery wypełnionej przez jednostkę, a jednostki do sfery wypełnionej przez państwo. Powtarzamy: o wprowadzenie odrębnego elementu. W takich razach ten właśnie odrębny element, ta właśnie odrębność, jest charakterystyczną wobec jednolitości masy, jeżeli oczywiście ten odrębny element nie jest wprowadzony przypadkowo, ale jest czemś stałem. Jeżeli np. w pewnego rodzaju instytucjach znajdujących się w Polsce, złożonych z Polaków, będzie przewodniczącym Polak, to niema powodu, aby to podnosić. Ale jeżeli w takich instytucjach nie przypadkowo, ale stale, wedle statutu, przewodniczącym będzie np. obywatel państw neutralnych, to to właśnie będzie charakterystycznem i to należy podnieść dla odróżnienia instytucyj tego rodzaju od innych.

Zarzuca także Dr. Starzewski, że wedle mego poglądu prawo karne należałoby zaliczyć do prawa prywatnego. Zarzut byłby uzasadniony, gdybyśmy zajęli stanowisko teorji odwetu. Jeżeli zajmiemy inne stanowisko, to represja przestępstw przedstawić się nam musi, jako typowa działalność państwa. Kontrolę wykonywa jednostka w całym szeregu środków prawnych i przez urządzenia polityczne.

normy, które odnoszą się do jednostek, jako członków związków organicznych, obdarzonych władzą publiczną. Prawo publiczne określa prawa i obowiązki jednostek wyłącznie ze względu na to przynależenie jednostek do owych związków. Wreszcie prawo publiczne obejmuje te normy, które regulują stosunki tych organicznych związków jako takich (to, co nazywamy stosunkami, ma nazwę u Herrnritta *Beziehung).* Natomiast prawo prywatne reguluje stosunki jednostek i stosunki związków. Herrnritt podkreśla, że nie charakter normy prawnej określonym jest przez stosunek prawny przez nią uregulowany, ale przeciwnie, że norma prawna regulująca jakiś stosunek czyni go publiczno-prawnym lub prywatno-prawnym. Powołując się na art. I ustawy wprowadzającej austrjacką procedurę cywilną, powiada Herrnritt, że te stosunki życiowe, które są uregulowane wedle zasad prawa cywilnego, należą do zakresu działania sądów zwyczajnych, natomiast do zakresu działania urzędów administracyjnych należą te stosunki prawne, które mają być ocenione wedle zasad prawa publicznego. O przynależności przeto jakiegoś stosunku przed sądy lub przed urzędy administracyjne decyduje prawo przedmiotowe. Charakterystyczną jest następująca uwaga Herrnritta: „Granice między prawem prywatnem a prawem publicznem nie są silnie przeprowadzone. Stosunek życiowy ma rozmaite strony *(Beziehungen),* które sprawiają, że może być częściowo przez prawo prywatne, częściowo przez prawo publiczne uregulowany". Wreszcie powiada Herrnritt „zamiar ustawodawczy uregulowania jakiegoś stosunku według prawa publicznego lub prywatnego niezawsze jest jasny. Z tego powodu, — kończy Herrnritt, — sprawa właściwości winna być w takich przypadkach uregulowana wedle wewnętrznego związku poszczególnych postanowień i wedle tendencji uregulowania".

Tyle Herrnritt. Pogląd jego nasuwa następujące uwagi. Po 1-sze rozróżnienie, czy jakaś sprawa należy do sądu zwyczajnego, czy do sądu administracyjnego, czy do urzędu administracyjnego, czyni Herrnritt zależnem od tego, czy dany stosunek uregulowany jest przez prawo publiczne czy prawo prywatne. My natomiast rozróżnienia nie szukamy

w różności stosunków, ale w różności działalności i powiadamy, że działalność jednostek reguluje prawo prywatne, a działalność państwa reguluje prawo publiczne. Otóż zaznaczamy, że pojęcie działalności nie może być rozłożone na stosunki, bo także i pojęcie stosunku, o ile mówimy o stosunku państwa do kogoś lub czegoś, możliwem jest wówczas, jeżeli państwo personifikujemy. I pojęcie działalności i pojęcie stosunku są tylko obrazami, które nam pomagają uczynić państwo i jego funkcje widzialnemi. Wybraliśmy pojęcie działalności ze względu na to, że za jego pomocą rozwiązujemy zarazem sprawę podziału prawa na publiczne i prywatne w sposób, zdaje nam się, plastyczniejszy, aniżeli zapomocą pojęcia stosunków. Po 2-gie teorja Herrnritta ma jako założenie znajomość tego, co jest prawem prywatnem a tego, co jest prawem publicznem. Herrnritt podaje też określenia tych dwu rodzai praw. Jednakowoż nie wydaje mi się to określenie wolnem od zarzutu, że jest *petitio principii*. Hernritt bowiem powiada, że prawem publicznem jest, gdy jednostka występuje w charakterze członka publicznego związku, ale właśnie o to idzie, aby określić, kiedy to jednostka w takim właśnie charakterze członka związku publicznego występuje. Jeżeli dalej mówimy, że to się dzieje we wszystkich sprawach, które nie są sprawami cywilnemi, to wydaje mi się, że kręcimy się w kółko. Dlatego prostszą wydaje mi się definicja, a raczej łatwiej pomaga w orjentacji obraz, którego użyłem, a który zasadza się na tem: Jeżeli podmiotem działającym jest państwo, to sprawa jest unormowaną przez prawo publiczne, a jeżeli podmiotem działającym jest jednostka, to sprawa jest unormowaną przez prawo obywatelskie. I jedna i druga działalność musi być kontrolowaną. W pierwszym przypadku kontrolę wykonywa sąd administracyjny, w drugim przypadku sąd zwyczajny. Herrnritt sam przestrzega, że granice między prawem publicznem a prywatnem są trudne do przeprowadzenia. Należy też mojem zdaniem właśnie dlatego zdecydować się na jakieś stanowcze kryterjum. Jeżeli jednostka zawiera z drugą jednostką umowę, jeżeli wykonywa swoje prawo własności, jeżeli daje drugiej jednostce coś w zastaw, to nikt niema wątpliwości, że ta działal-

ność jednostek regulowana jest przez prawo prywatne. Ale jeżeli naprzykład do umowy, którą zawiera pracodawca z robotnikiem, miesza się państwo, żądając pewnych opłat na ubezpieczenie, nakładając pewne ograniczenia, których wykonania przestrzega samo pilnie, jeżeli państwo ekspropriuje własność jednostek i t. d., to znowu niema wątpliwości, wedle naszej definicji, że tutaj mamy do czynienia z prawem publicznem, że te wszystkie sprawy należą do urzędów administracyjnych.

Rozpatrzmy sprawy, które, o ile jednostka w nich jest działającą, należą do prawa prywatnego, ale które mogą być zdziałane przez państwo. Naprzykład jeżeli jednostka zawiera z drugą jednostką umowę dzierżawy, albo umowę dostawy, to sprawa ta jest unormowaną przez prawo prywatne, i co do tego niema żadnych wątpliwości. Cóż jednak, jeżeli kontrakt dzierżawy zawiera państwo, jeżeli kontrakt dostawy zawiera państwo? Wedle naszej teorji, ponieważ działającą stroną w takich umowach jest państwo, sprawa należy do urzędów administracyjnych, spory zaś z nich wynikające do sądów administracyjnych, chyba że prawo objektywne wyraźnie postanawia, że w takich właśnie sprawach państwo ma być uważane za jednostkę, i że te sprawy, chociaż tam działającą stroną jest państwo, należą do sądów zwyczajnych. Jakże się rzecz ma w pozytywnych ustawodawstwach? Widzieliśmy, że we Francji zaczyna przeważać kierunek, iż te sprawy należą do sądów administracyjnych, i że na tej właśnie podstawie rozwija się tam *contentieux de pleine jurisdiction*. Natomiast wedle ustawodawstwa austrjackiego, które obowiązuje dotąd w b. Galicji, w szczególności według §§ 2-go, 29-go, K. c. głowa państwa, państwo i gminy są zrównane w tych sprawach z jednostkami, wskutek czego też jest prostą konsekwencją tej zasady, jeżeli dekret nadworny z 9 grudnia 1819 L. 1638 zbioru ustaw sądowych postanawia, że kontrakty między urzędami a jednostkami o sprzedaż, dzierżawę lub dostawę nie mogą być zawierane w ten sposób, żeby zawierały zrzeczenie się zwyczajnej drogi prawa. Podobnie jak w Austrji, jest w Niemczech, (patrz § 4 ust. wprowadczej do procedury cywilnej niemieckiej).

Posłuchajmy, jak tę rzecz przedstawiają prawnicy fran-

cuscy. Dla przykładu weźmiemy podręcznik prawa administracyjnego p. Feliksa Moreau. Wychodzi on z założenia separacji władz, t. j. zasady, że trybunały, że sądy zwyczajne nie powinny się mieszać do administracji i że administratorowie nie powinni się mieszać do wymiaru sprawiedliwości, wykonywanego przez sądy zwyczajne. Objaśniwszy to założenie, mówi dalej: „to założenie, t. j. separacja władz, nie stosuje się do aktów osoby prywatnej, ponieważ władza publiczna tam nie działa. W tych sprawach przeto kompetentne są sądy zwyczajne. Nie stosuje się to założenie do tych aktów administracyjnych natury sądowej, które wydają prefekci jako sędziowie na podstawie wyraźnego postanowienia kodeksu karnego". Taką jest zasada głoszona przez p. Moreau, zupełnie zgodna z tem stanowiskiem, które my zajmujemy. I wedle nas bowiem urzędy administracyjne są tam kompetentne, gdzie działającym czynnikiem jest państwo; natomiast gdzie działają jednostki, tam mamy do czynienia z prawem prywatnem i z sądami zwyczajnemi. Oczywiście mogą zachodzić wyjątki, ale muszą one być wyraźnie w ustawie przewidziane. Np. eksproprjację przeprowadza wedle prawa francuskiego władza administracyjna. Tak samo wedle prawa austrjackiego, — ale wedle jednego i drugiego na podstawie specjalnych wyraźnych postanowień ustawy powołane są wyjątkowo sądy zwyczajne do pewnych działań, w szczególności do sprawdzania pewnych aktów administracyjnych.

Teorja francuska odróżnia akta realne administracyjne i akta osobiste funkcjonarjusza. Pierwsze są dziełem władzy publicznej i nie podpadają pod kompetencję sądów zwyczajnych. Drugie mają tylko pozory aktu administracyjnego, a są dziełem jednostki, która się tylko kryje pod funkcjonarjuszem i która używa swoich atrybucyj na korzyść swoich namiętności i swojego interesu indywidualnego. W rezultacie — powiada p. Moreau — jurysdykcja francuska odróżnia między *culpa levis* a *culpa lata*. Akty administracyjne dokonane z *culpa levis* zachowują charakter administracyjny i podpadają pod kompetencję władzy administracyjnej. Natomiast akta popełnione z *culpa lata* nie nabierają charakteru administracyjnego i mogą podpadać pod sądy zwyczajne.

Tem odróżnieniem nie zajmiemy się obecnie, albowiem sprawa ta należy, naszem zdaniem, do kwestji ogólniejszej, a mianowicie do kwestji odpowiedzialności urzędników.

Posłuchajmy jeszcze wywodów p. Moreau, które wszystkie przemawiają za naszem stanowiskiem. I tak mówi on: „Sądy administracyjne są kompetentne dla sporów, w których władza publiczna jako taka jest interesowaną. Natomiast sądy zwyczajne są kompetentne dla procesów, w których chodzi o prawa i interesy jednostek". W których sprawach jest interesowaną władza publiczna, a w których nie, o tem decydują poszczególne ustawy. Ogólnej ustawy niema. P. Moreau stwierdza, że dawniejsze ustawodawstwo stało na stanowisku, że wszystkie akta, w których działającym był administrator, były wykluczone z pod kompetencji sądów zwyczajnych, późniejsze teksty przyjmują wyjątki, i to w jedną i drugą stronę. Jednak (powtarzamy) są to wyjątki wymagające wyraźnego postanowienia ustawowego. Wreszcie w kwestji, które sprawy należą do urzędów administracyjnych, a które do sądów administracyjnych, to ponieważ we Francji mamy kilka instancyj sądowo - administracyjnych, przeto, o ile idzie o unieważnienie przez *conseil d'état*, każdy akt administracyjny (wyjątki płyną z natury rzeczy, jako to: akty dyplomatyczne, akty polityczne, rządowe i t. d.) może być anulowany, co się zaś tyczy spraw podpadających pod niższe instancje administracyjne, to muszą one być wyraźnie niższej instancji przydzielone przez ustawę.

Cóż jednak się dzieje, jeżeli między sądem zwyczajnym a władzą administracyjną powstaje konflikt. Może on być dwojakiego rodzaju: pozytywny, jeżeli tak sąd zwyczajny jak i władza administracyjna uważają się za kompetentne. Może być jednak konflikt także negatywny, gdy ani władza administracyjna ani sąd nie uważają się za kompetentne. Ustawodawstwa w rozmaity sposób rozstrzygały te konflikty. Wedle prawa austrjackiego istniał, jakeśmy to już mówili, dla tej kwestji trybunał państwa, we Francji istnieje *tribunal des conflits*. W Polsce Konstytucja w art. 86 zapowiedziała stworzenie osobną ustawą Trybunału Kompetencyjnego do rozstrzygania tych sporów. Ustawa taka nie została jeszcze przez sejm

uchwalona, ale 11 grudnia 1922 r. rząd przesłał do laski marszałkowskiej projekt ustawy o Trybunale Kompetencyjnym. Ten projekt weźmiemy za podstawę przedstawienia materji o sporach kompetencyjnych.

Trybunał Kompetencyjny ma się składać z pierwszego i drugiego prezesa, tudzież z 14 członków, mianowanych przez Prezydenta Rzeczypospolitej na wniosek Rady Ministrów. Prezesi będą mianowani z pośród członków Sądu Najwyższego i N. T. A., ale zawsze w ten sposób, żeby osoby równocześnie piastujące te urzędy nie były mianowane z tego samego sądu. Członkowie Trybunału Kompetencyjnego mianowicie będą a) w liczbie 4-ech z pośród sędziów Sądu Najwyższego, b) w liczbie 4-ech z pośród N. T. A., c) w liczbie 6-ciu z pośród profesorów prawa lub innych osób, odznaczających się znajomością prawa, które jednak nie piastują urzędu ani w sądownictwie, ani w administracji.

Kandydatów z grona osób wymienionych pod a) i b) przedstawia ogólne zebranie Sądu Najwyższego, względnie N. T. A. Nominacja następuje na lat sześć, ale może być powtórzoną. Przepisy rozdziału IV Konstytucji stosują się odpowiednio do prezesów i członków Trybunału Kompetencyjnego. Trybunał Kompetencyjny rozstrzyga w składzie 7-miu członków, po dwóch z każdej grupy, i przewodniczącego. W takim składzie odbywa się ustna rozprawa. Inne kwestje odbywają się w składzie 5-ciu, t. j. w skład wchodzi przewodniczący i po dwóch z grupy a) i b). Projekt przewiduje jednak także i pełny skład Trybunału. Dzieje się to wówczas, jeżeli zwyczajny skład przekaże sprawę pełnemu Trybunałowi. Pełny skład wynosi 10-ciu z przewodniczącym, ale w tych dziesięciu musi być co najmniej trzech z grupy c).

Ustawa o Trybunale Kompetencyjnym musi rozwiązać przedewszystkiem dwie kwestje. Po pierwsze, kiedy można dopuścić do sporu kompetencyjnego, a po drugie, komu należy przyznać inicjatywę do wszczęcia takiego sporu kompetencyjnego.

Ad 1. W tym względzie mogą istnieć dwie teorje. Jedna dopuszcza spór kompetencyjny, chociaż sprawa już została

prawomocnie rozstrzygniętą. Druga teorja powiada, że prawomocności orzeczeń wzruszać nie wolno. Projekt staje na stanowisku drugiej teorji, idąc w tem za Francją, Prusami i Austrją. Nasuwają się tu jednak następujące spostrzeżenia. Co się ma stać, jeżeli sporu kompetencyjnego nie wytoczono, a w jednej i tej samej sprawie zapadły dwa orzeczenia, tak władzy administracyjnej jak i sądowej. Wówczas ma zastosowanie art. 29, który opiewa: „jeżeli sporu o właściwość nie wytoczono w myśl niniejszej ustawy, rozstrzygające jest orzeczenie sądu. Wszelako przepis ten nie stosuje się wówczas, gdy N. T. A. zatwierdził orzeczenie władzy administracyjnej, zanim sąd w sprawie orzekł prawomocnie". Wedle projektu przeto obowiązywać ma orzeczenie sądowe i to *ipso iure*, a więc nie potrzeba unieważnienia orzeczenia administracyjnego. To ostatnie uważa się poprostu za niebyłe. Od tej reguły jest jednak jeden wyjątek. Gdyby mianowicie w jednej i tej samej sprawie istniało orzeczenie sądu i orzeczenie władzy administracyjnej, zatwierdzone orzeczeniem N. T. A., wówczas miarodajnem będzie bądź orzeczenie N. T. A., bądź orzeczenie sądu zwyczajnego, zależnie od tego, gdzie sprawa została pierwej prawomocnie ukończoną.

Projekt poszedł za wzorem francuskim, oczywiście z tego powodu, iż wychodził z założenia, że obalanie wyroków prawomocnych naraża na szwank pewność obrotu prawnego.

Co do wyjątku, dotyczącego wypadku, w którym istnieje orzeczenie sądowe i orzeczenie władzy administracyjnej, zatwierdzone przez N. T. A., to projekt dlatego go przyjął, że uważał N. T. A. za sąd; dopóki więc kolizja istniała między wyrokiem sądowym a orzeczeniem urzędu administracyjnego, to pierwszeństwo przyznano wyrokowi sądowemu, ale gdy orzeczenie administracyjne zostało zatwierdzone przez N. T. A., to rodzi się wówczas kolizja między dwoma orzeczeniami sądowemi, i tutaj decyduje już tylko *prioritas* czasowa.

Ad 2. Bardzo trudną i sporną kwestję, komu przyznać inicjatywę do wszczęcia sporu kompetencyjnego, rozstrzygamy z tekstem projektu w ręku, aby przy interpretacji nie popaść w najdrobniejsze nawet odchylenie. Do sporu kompetencyjnego

pozytywnego odnoszą się artykuły 11—15 projektu. Art. 11 opiewa: „Władza administracyjna, dowiedziawszy się w jakikolwiek sposób, że w sprawach należących, według jej zdania, do orzecznictwa administracyjnego toczy się postępowanie sądowe, zawiadamia o tem swą władzę przełożoną i wstrzymuje postępowanie administracyjne, o ile ono się toczy. Sąd zawiadomi władzę administracyjną, ilekroć uzna swoją właściwość w sprawie, w której władza administracyjna już orzekła, lub w której prowadzi postępowanie administracyjne". Art. 12 opiewa: „Jeśli władza administracyjna drugiej instancji jest zdania, że sprawa wytoczona w sądzie należy do właściwości władzy administracyjnej, zawiadomi o tem sąd, w którym sprawa się toczy, przytaczając uzasadnienie swego poglądu". Art. 13 opiewa: „Po otrzymaniu zapowiedzenia sporu (art. 12), sąd, jeżeli nie uznaje właściwości władzy administracyjnej, przerwie postępowanie sądowe oraz egzekucyjne. Nie wyklucza to jednak zabezpieczenia dowodów, zabezpieczenia skargi powodowej, tymczasowych zarządzeń, tudzież egzekucji zabezpieczającej. Zapowiedzenie sporu (art. 12) ma skutek prawny, jedynie wówczas, gdy je przesłano sądowi, zanim orzeczenie sądowe stało się prawomocne". Art. 14 opiewa: „Naczelna władza administracyjna może w ciągu dwóch miesięcy po zawiadomieniu zgłosić zapowiedziany spór o właściwość na ręce sądu, w którym sprawa się toczy. O ile w terminie tym sporu nie wytoczono, sąd podejmie przerwane postępowanie (art. 13) na nowo z urzędu". Art. 15 opiewa: „W razie zgłoszenia sporu o właściwość (art. 14) sąd przedstawi akta sprawy do Trybunału Kompetencyjnego wraz z uzasadnioną decyzją".

Tyle projekt w materji, którą się obecnie mamy zająć.

Konflikty mogą zajść:

a) między urzędem administracyjnym a sądem administracyjnym,

b) między sądem administracyjnym a sądem zwyczajnym,

c) między urzędem administracyjnym a sądem zwyczajnym.

Ad a) Tego konfliktu projekt nie rozstrzygnął, t. j. rozstrzyganie takich konfliktów nie należy do kompetencji pro-

jektowanego Trybunału Kompetencyjnego. W Polsce i w Austrji konflikt taki miejsca mieć nie może, ale we Francji i w Polsce, gdy będą zaprowadzone sądy administracyjne niższej instancji, trzeba będzie pomyśleć o rozstrzyganiu takich konfliktów.

Ad b) i c) Projekt w art. 1 określa kompetencję Trybunału Kompetencyjnego w ten sposób, że przekazuje mu spory o właściwość między sądami a władzami administracyjnemi. Jednak art. 28 projektu postanawia: „Przepisy niniejszej ustawy stosują się również w wypadku, gdy władza administracyjna (art. 12 i 14) jest zdania, że sprawa należy do właściwości sądu administracyjnego. Sąd administracyjny wstrzyma postępowanie, skoro stwierdzi, że w tej samej sprawie toczy się postępowanie sądowe". Z tego ostatniego artykułu widać, że projekt traktuje narówni konflikt między sądami administracyjnemi a sądami zwyczajnemi, i konflikty między władzami administracyjnemi a sądami zwyczajnemi. Z tego powodu kombinacje wyżej pod b) i c) przytoczone zlewają się ze sobą.

Jeżeli zachodzi konflikt między władzą, względnie sądem administracyjnym, a sądem zwyczajnym, to zdawałoby się, że w kwestji, kto ma inicjatywę do wniesienia sporu kompetencyjnego, powinna panować wzajemność. Tymczasem z zacytowanych wyżej artykułów 11 — 15 widać, że o tem, czy spór kompetencyjny ma być wniesiony przed Trybunał Kompetencyjny, decyduje tylko władza administracyjna. Sąd, jeśli się dowie, że władza administracyjna wtargnęła w jego dziedzinę, może wedle ustępu 2 art. 11, zawiadomić tylko o tem władzę administracyjną, składając przez to w jej ręce dalszy los całej tej sprawy. Dalsze zaś losy tej sprawy są następujące: a) władza administracyjna, która się dowiedziała o tem, że w jej dziedzinę wkroczył sąd, zawiadamia o tem swą władzę przełożoną i wstrzymuje swoje postępowanie, t. j. wstrzymuje postępowanie administracyjne. To samo czyni władza administracyjna, t. j. zawiadamia swoją władzę przełożoną, iż sąd rości sobie pretensje do załatwienia sprawy, którą zajmuje się władza administracyjna. b) Władza administracyjna drugiej instancji decyduje, czy sprawa zakwe-

stjonowana należy do władzy administracyjnej, czy nie. Jeżeli władza administracyjna drugiej instancji jest zdania, że sprawa wytoczona w sądzie należy do kompetencji administracyjnej, to zapowiada spór, t. j. zawiadamia o tem sąd, w którym się sprawa toczy. To zapowiedzenie pociąga za sobą skutki określone w art. 13. Po zapowiedzeniu, zgłasza zapowiedziany spór naczelna władza administracyjna, ale nie czyni tego wprost w Trybunale Kompetencyjnym, ale na ręce sądu, w którym sprawa się toczy. Dopiero sąd przedstawia akta Trybunałowi Kompetencyjnemu. Naczelna władza administracyjna dlatego nie wnosi sporów wprost w Trybunale Kompetencyjnym, ale w sądzie, aby umożliwić temu sądowi dołączenie do aktów jego decyzji. Do zgłoszenia sporu wyznaczonym jest termin dwumiesięczny.

Mówiliśmy dotychczas o pozytywnym sporze kompetencyjnym. O negatywnym sporze kompetencyjnym znajdujemy w projekcie w art. 16 następujące postanowienie: „Jeżeli tak sąd, jak i władza administracyjna prawomocnie uznały się za niewłaściwe do orzekania w sprawie, wówczas osoba interesowana może uczynić wniosek o rozstrzygnięcie sporu o właściwość. Wniosek musi być podpisany przez adwokata. W tym wypadku tak sąd, jak i władza administracyjna przedstawiają Trybunałowi Kompetencyjnemu, na jego wezwanie, akta dotyczące sprawy". W razie przeto negatywnego sporu kompetencyjnego, inicjatywa do wniesienia skargi służy stronie interesowanej.

E) Konkluzje.

Dwie cechy charakteryzują sądownictwo administracyjne w sposób wyłączający pomyłkę. Po pierwsze: sądownictwo administracyjne jest kontrolą działalności państwa i tem różni się od wymiaru sprawiedliwości, który z tego punktu widzenia przedstawia się nam jako kontrola działalności jednostek. Po drugie: kontrolę wykonywa jednostka nad państwem i tem różni się znowu sądownictwo administracyjne od wymiaru sprawiedliwości, gdzie kontrolę wykonywa państwo nad jed-

nostką. Przy sądownictwie administracyjnem przeto idzie o to, ażeby w tej kontroli, którą ono jest, zapewnić jednostce współdziałanie, podczas gdy naodwrót, przy wymiarze sprawiedliwości państwo dostaje pewną rolę w dziedzinie, która zostawioną jest zupełnie jednostce. Jeżeli przeto będziemy uważać wszelką działalność, która nie jest ustawodawczą i nie jest wymiarem sprawiedliwości, za administrację, to w tej administracji wyróżnimy część, która wtedy tylko przychodzi do skutku, jeżeli w niej współdziała jednostka. Ta część właśnie nazywa się sądownictwem administracyjnem. Idzie tylko o to, ażeby określić, jakie to współdziałanie jednostki nadaje działalności administracyjnej charakter sądownictwa administracyjnego. Otóż proste dostarczanie informacyj nie wystarcza. Wymagamy takiego współdziałania, w którym strona ma takie stanowisko, jakie ma ona w procesie cywilnym. Jakie jest to stanowisko, wymieniliśmy wyżej.

Tyle chcemy uważać za istotę sądownictwa administracyjnego, jeżeli staniemy na gruncie wszystkich ustawodawstw kontynentu europejskiego. Inne cechy, jak widzieliśmy, nie są istotne. I tak:

a) nie jest istotnem, aby sądy administracyjne były oddzielone od urzędów administracyjnych (Prusy), nie jest istotnem, aby były kollegjalne (Prusy), nie jest istotnem, aby były obsadzone przez sędziów (Prusy), nie jest istotne, aby w skład sądu wchodził koniecznie element obywatelski (polski N. T. A., austrjacki N. T. A.), nie jest wreszcie istotnem, aby członkowie sądu mieli konstytucyjne prerogatywy sędziów (Francja).

b) Widzieliśmy także, że niejednolitem jest ustawodawstwo w kwestji, czy sądy administracyjne badają legalność tylko tych aktów administracyjnych, które naruszają prawo podmiotowe jednostki, czy też także tych aktów, które naruszają prosty interes jednostki, czy wykluczonem jest sądownictwo administracyjne, gdy akt administracyjny przyszedł do skutku na podstawie swobodnego uznania, czy wreszcie sądy administracyjne mają prawo badać legalność także rozporządzeń rządowych, zawierających ogólne normy. Widzieliśmy, że we Francji chronionym jest także prosty interes jednostki,

a rozciągłość ochrony idzie szczególnie daleko w tak zw. *détournement de pouvoir*. W Prusiech, w pewnych przypadkach, orzeka sąd administracyjny o legalności także takich aktów, które przyszły do skutku na podstawie swobodnego uznania. Wreszcie najdalej poszła Rzeczpospolita Austrjacka. Stworzony tam bowiem trybunał konstytucyjny orzeka także o legalności rozporządzeń zawierających normy ogólne. Jest to jedyny przypadek w historji nowożytnej konstytucji, jak to stwierdza Kelsen, w swojem wydaniu konstytucji austrjackiej, przypadek o daleko sięgającem prawno-politycznem znaczeniu. Niech wolno będzie nam zaznaczyć, że ten wzór jest godnym naśladownictwa.

c) Widzieliśmy wreszcie, że niema jednolitości w ustawodawstwie także w tej kwestji, czy sądownictwo administracyjne działa tylko *a posteriori* (Polska, Austrja), czy też działa także *a priori* (Prusy, rady prefekturalne we Francji). Niema także zgody odnośnie do tego, czy orzeczenie sądu administracyjnego ogranicza się tylko do unieważnienia zaskarżonego orzeczenia, czy też rozstrzyga także merytorycznie sprawę. We Francji *contentieux de pleine jurisdiction*, a więc te spory, w których *conseil d'état* orzeka merytorycznie, zdobywają sobie coraz więcej terenu, a tak samo najnowsza ustawa austrjacka o trybunale administracyjnym daje mu moc merytorycznego rozstrzygania spraw.

Sądownictwo administracyjne ma pierwszorzędne znaczenie, przykład Francji jest tego dowodem. Francja zawdzięcza Radzie państwa, że ma prawo administracyjne. Z jednej strony Rada państwa czuwała, aby istniejące prawo było wykonywane, z drugiej strony ona to rozwijała to prawo i nadawała mu kierunek i ogarniała coraz to nowe dziedziny. W Polsce może to drugie zadanie zastrzeżone jest późniejszej przyszłości, ale spełnienie pierwszego uważamy za warunek istnienia państwa; możemy tak śmiało powiedzieć, jeżeli przejmiemy się prawdą niezbitą, że niema państwa bez prawa, że państwo, jest jednością prawa. Szczególnie w Polsce, gdzie wskutek tego, że ludność we wszystkich byłych zaborach była w ciągłej defenzywie przeciwko państwom i ich rządom, nie mogło się wyrobić

poczucie prawa. Tymczasem Konstytucja z 17 marca, jak to autorowie jej stwierdzają, daje ludności wszystko to, co jest najbardziej postępowe. Daje jak najgłębiej idący demokratyczny ustrój. Z tych dwóch premis, t. j. z niewyrobionego poczucia prawnego i demokracji możliwie najdalej idącej, musi się zrodzić obawa, że administracja może pójść w kierunku stronniczym, a więc zboczyć z drogi legalności. Dlatego to wydaje nam się, że w obecnem stadjum naszego rozwoju politycznego państwowego powinniśmy protegować sądownictwo administracyjne, nawet kosztem innych właściwości administracji, naprzykład szybkości w załatwianiu spraw.

ROZDZIAŁ III.

KONSTRUKCJE POMOCNICZE: I. AKT ADMINISTRACYJNY.

Przystępujemy do określenia konstrukcji pomocniczej, odgrywającej poważną rolę w teorji prawa administracyjnego. Jest to konstrukcja t. zw. aktu administracyjnego. W Konstytucji z 17 marca znajdujemy także konstrukcję tak zwanego aktu rządowego. Dla uniknięcia przeto wszelkich nieporozumień musimy zastanowić się nad obiema konstrukcjami. Przedstawimy przedewszystkiem stan tej sprawy w polskiem ustawodawstwie, a potem dopiero zwrócimy się do rozważań teoretycznych. Mówić będziemy w pierwszej linji o akcie administracyjnym. Pojęcie aktu administracyjnego użyte jest w art. 73 Konstytucji z 17 marca. Artykuł ten opiewa: „Do orzekania o legalności aktów administracyjnych w zakresie administracji tak rządowej, jak i samorządowej, powoła osobna ustawa sądownictwo administracyjne, i t. d.". Wydana na podstawie tego regulaminu ustawa z 3 sierpnia 1922 r. o N. T. A. porzuca już to pojęcie aktu administracyjnego, a wprowadza zamiast niego określenie „zarządzenia i orzeczenia, wchodzącego w zakres administracji tak rządowej jak i samorządu". Artykuł 1. bowiem tej ustawy opiewa: „Dla orzekania o legalności zarządzeń i orzeczeń, wchodzących w zakres administracji tak rządowej jak i samorządowej, tworzy się N. T. A.". Do wydobycia z tych postanowień jakiegoś określenia aktu administracyjnego

posłużyć nam może jeszcze jako materjał art. 3. powyższej ustawy z 3 sierpnia 1922 r.; dlatego go tu cytujemy: „Z pod orzecznictwa Trybunału wyłącza się: a) sprawy należące do właściwości sądów zwyczajnych lub sądów szczególnych; b) sprawy, w których władze administracyjne uprawnione są do rozstrzygania według swobodnego uznania, w granicach pozostawionych temu uznaniu; c) sprawy mianowania na publiczne urzędy i stanowiska, o ile nie chodzi o pogwałcenie zastrzeżonego w ustawie prawa ich obsadzania lub przedstawiania ich kandydatów; d) sprawy dotyczące reprezentacji państwa i obywateli wobec państw i władz obcych, oraz sprawy bezpośrednio z powyższemi związane; e) sprawy dotyczące działań wojennych, ustroju siły zbrojnej i mobilizacji, z wyjątkiem spraw zaopatrzenia i uzupełnienia armji; f) kary dyscyplinarne".

Powyższy materjał pozwala nam na wysnucie następujących wniosków. Po pierwsze: przedewszystkiem nasuwa się pytanie, czy pojęcie aktu administracyjnego (art. 73 Konstytucji) jest identyczne z pojęciem „zarządzenia i orzeczenia, wchodzącego w zakres administracji". W każdym razie zarządzenie i orzeczenie są aktami administracyjnemi, ale nie wiemy z powyższych postanowień prawnych, czy niema jeszcze jakiejś reszty, któraby podpadała pod pojęcie aktu administracyjnego, a nie była ani zarządzeniem ani orzeczeniem. Ta reszta nie podpadałaby pod N. T. A., aleby nas to nie dziwiło, bo ustawa z 3 sierpnia 1922 r. w art. 9. już zrestryngowała postanowienie Konstytucji, jakeśmy to powyżej wykazali. Jakkolwiek rzecz się ma, z postanowień powyższych widzimy, że akt administracyjny jest czynnością władzy administracyjnej, tak rządowej, jak samorządowej. Po drugie: jaka to czynność władzy administracyjnej podpada pod to pojęcie, które nazywamy aktem administracyjnym? Tutaj tak art. 73 Konstytucji, jak i art. 1. ustawy z 3 sierpnia są zgodne. Oba te postanowienia mówią, że to musi być czynność z zakresu administracji, tak rządowej jak i samorządowej. Przerzuca to pojęcie aktu administracyjnego na pojęcie administracji. Zgodzilibyśmy się na to chętnie, gdybyśmy mogli określić pojęcie administracji bez reszty. Tymcza-

sem tak nie jest. Musimy pozostać przy jedynem stałem kryterjum, kto czynność wykonywa? Jeżeli czynność wykonywana jest przez władzę administracyjną, tak rządową jak i samorządową, jest to czynność administracyjna. Nie wprowadza nas w zakłopotanie, że pewne czynności władzy administracyjnej, np. kontrakt najmu, dostawy, dzierżawy są w razie sporu rozstrzygane przez sądy zwyczajne, bo to oznacza tylko tyle, że ustawodawca wolał te sprawy poddać ustawodawstwu cywilnemu, niż ustawodawstwu administracyjnemu. Ale przecież z drugiej strony istnieje cały szereg spraw (opieka, księgi gruntowe i t. d.), które wedle innych kryterjów należałoby uważać za administracyjne, a które przydzielone zostały sądom zwyczajnym. Co do nas, to trwać będziemy w zapatrywaniu, że akt administracyjny jest czynnością władzy, urzędu, organu administracyjnego, tak rządowego, jak samorządowego. Po trzecie: ważne pytanie jest, czy każda czynność urzędu, władzy, organu administracyjnego tak rządowego, jak samorządowego, jest aktem administracyjnym czy też musi mieć jeszcze jakąś cechę. Z powyżej zacytowanego materjału prawnego można wysnuć wniosek, że to musi być czynność tego rodzaju, żeby można zbadać jej legalność. Oznacza ona, że albo działanie, postępowanie, zachowanie się, co wszystko nazywamy czynnością, jest uregulowane przepisami prawnemi, albo że to działanie, postępowanie, zachowanie jest lub nie jest uregulowane przepisami prawnemi, ale, bez względu na to, jest tego rodzaju, że wywołuje pewien skutek prawny. Otóż ja przychylam się do tej drugiej ewentualności. Choćby czynność władzy, urzędu, organu administracyjnego, nie była uregulowana przepisami, to jednak jest aktem administracyjnym, jeśli tylko pociąga za sobą pewien skutek prawny. Stanowisko to moje jest zgodne z tem zasadniczem zapatrywaniem mojem, że przepis prawny jest określeniem pewnej sytuacji faktycznej i określeniem skutku prawnego, który ta sytuacja faktyczna powinna za sobą pociągnąć.

Powyższe trzy wnioski, któreśmy z ustawowego materjału wysnuli, pozwalają nam określić akt administracyjny jako czynność organu administracyjnego, pociągającą za sobą pewien

skutek prawny, określony w ustawie. Zdajemy sobie sprawę, że wszystkie użyte przez nas wyrazy wymagają bliższego określenia, np. czynność. Czy pod to pojęcie podpada także bierne zachowanie się? czy podpada pod nie nadużycie? „Organ" należy również bliżej wyjaśnić; np. czy funkcjonarjusz, wynajęty na podstawie kontraktu prywatno-prawnego, a spełniający czynności, mające powyższe cechy, jest także organem, czy nie? „Skutek prawny" — co przez to rozumieć? Czy to tylko egzekucja, czy także np. unieważnienie etc.? Na te bliższe określenia nie znajdujemy już bezpośredniego materjału w ustawach. Musimy sobie przeto radzić tą samą metodą, jaką sobie zwykle radzi nauka. Pozostaną nam jeszcze do określenia dwie kwestje. Ustawa z 3 sierpnia 1922 r. mówi o zarządzeniach i orzeczeniach i oczywiście uważa, że te dwa wyrazy określają coś, co się samo przez się rozumie. Mybyśmy jednak chcieli wiedzieć, co to jest to, co się przez te wyrazy samo przez się rozumie. Znowu musimy się uciec do zwykłej metody używanej przez naukę. A teraz druga kwestja. Poznaliśmy w art. 3. te wszystkie sprawy, które nie należą do kompetencji N. T. A. Otóż musimy zbadać, czy one dlatego nie należą, że nie mają cech, wymienionych w art. 1., czy też, chociaż te cechy mają, to jednak ustawodawca uważał za pożądane ze względu polityki legislacyjnej, wyjąć je z pod kompetencji N. T. A. Jasną jest rzeczą, że odpowiedź na tę ostatnią kwestję rzuci nam pewne światło na pojęcie aktu administracyjnego.

Zanim przejdziemy do teoretycznych rozważań nad tą konstrukcją pomocniczą, która nosi nazwę aktu administracyjnego, przedstawimy kwestję aktu t. zw. rządowego, a to celem uniknięcia nieporozumień, które tem łatwiej mogą wyniknąć, że w obcych prawach akt rządowy jest pewnego rodzaju aktem administracyjnym, jest pewnym poddziałem aktów administracyjnych, gdy tymczasem w polskiej Konstytucji z 17 marca jest on czemś zupełnie odrębnem.

Do sprawy aktu rządowego odnoszą się następujące przepisy: Art. 44 Konstytucji z 17 marca, który opiewa: „Prezydent Rzeczypospolitej podpisuje ustawy wraz z odpowiednimi ministrami i zarządza ogłoszenie ich w Dzienniku Ustaw Rze-

czypospolitej. Prezydent Rzeczypospolitej, celem wykonania ustaw i z powołaniem się na upoważnienie ustawowe, ma prawo wydawać rozporządzenia wykonawcze, zarządzenia, rozkazy i zakazy i przeprowadzenie ich użyciem przymusu zapewnić. Takież prawo w swoim zakresie działania mają ministrowie i władze im podległe. Każdy akt rządowy Prezydenta Rzeczypospolitej wymaga dla swej ważności podpisu Prezesa Rady Ministrów i właściwego ministra, którzy przez podpisanie aktu, biorą zań odpowiedzialność".

Artykułu tego nie zrozumiemy bez art. 51, który mówi: „Za czynności urzędowe Prezydent Rzeczypospolitej nie jest odpowiedzialny ani parlamentarnie, ani cywilnie".

Z powyższych postanowień, w szczególności z art. 44, widzimy, że aktem rządowym nazywa Konstytucja tylko akt, wychodzący od Prezydenta Rzeczypospolitej. W tem tkwi różnica między aktem rządowym a aktem administracyjnym. Ten ostatni bowiem wychodzi od władzy, urzędu, czy też organu administracyjnego. Byłoby zaś mylnem uważać szefa państwa, noszącego w Polsce tytuł Prezydenta Rzeczypospolitej, za organ tylko administracyjny. Czem jednak jest akt rządowy wedle Konstytucji? Jest to każda czynność Prezydenta Rzeczypospolitej, mająca skutki prawne. Konstytucja stawia zasadę, że Prezydent Rzeczypospolitej za swoje czynności urzędowe nie jest odpowiedzialny ani parlamentarnie ani cywilnie. Ta negatywna strona, wypowiedziana jest w art. 51. Gdy jednak ktoś musi za te czynności odpowiadać, przeto art. 44 w ust. 4. daje pozytywną stronę tej kwestji i stwierdza, że tę odpowiedzialność ponosi prezes ministrów i odpowiedni minister. To ponoszenie odpowiedzialności ujawnia się nazewnątrz tem, że każdy akt rządowy musi być podpisany przez Prezesa Rady Ministrów. Redakcja obydwóch zacytowanych artykułów Konstytucji nie jest bez zarzutu i nastręcza też argumenta do interpretacji różnorakiej. Przedewszystkiem art. 44 zawiera cztery postanowienia, z których każde powinno być zawarte w osobnym artykule, a nawet te artykuły powinny być w różnych miejscach Konstytucji umieszczone. Że to są postanowienia odrębne, wynika stąd, że trzecie zdanie nie odnosi się cał-

kiem do Prezydenta Rzeczypospolitej. Druga usterka w zredagowaniu tych artykułów powstaje stąd, że art. 44 mówi o akcie rządowym, a art. 51 o czynności urzędowej. Rodzi się przeto pytanie, czy to są pojęcia odrębne, czyli czy istnieją takie czynności Prezydenta Rzeczypospolitej, które albo zupełnie nie będą podpisane przez nikogo z Rządu, albo też będą podpisane przez któregoś ministra, ale nie zarazem przez Prezesa Rady Ministrów. Czy nominacje sędziów np., o ile dokonywa je Prezydent, noszą podpis tylko ministra sprawiedliwości, czy darowanie lub złagodzenie kary przysługujące Prezydentowi wedle art. 47 ma być podpisane przez kogoś z Rządu, czy może być podpisane tylko przez ministra sprawiedliwości, czy też musi być podpisane przez Prezesa Rady Ministrów i przez ministra sprawiedliwości? czy rozporządzenie wykonawcze, o ile wydaje je Prezydent Rzeczypospolitej, ma być podpisane przez niego i prezesa Rady Ministrów wraz z odpowiednimi ministrami, czy tylko przez odpowiedniego ministra, czy tylko Prezydenta Rzeczypospolitej wraz tylko z odpowiednim ministrem?

Wszystkie te wątpliwości znikają, jeżeli zajmiemy następujące stanowisko. Po pierwsze: art. 44 składa się z czterech odrębnych postanowień. Nie można więc wnioskować, że ustęp 4, mówiący o akcie rządowym, odnosi się tylko do tych czynności Prezydenta Rzeczypospolitej, o których jest mowa w ustępach pierwszym i drugim tegoż artykułu. Po drugie: każda czynność Prezydenta Rzeczypospolitej, mająca skutki prawne musi mieć formę oznaczoną w ustępie 4 art. 44, a to pod rygorem, że inaczej ta czynność nie jest ważna. Zrozumieć to można, jeżeli się przyjmie, że nie może istnieć żadna czynność Prezydenta, za którą nie byłby nikt odpowiedzialny. Gdy zaś wedle art. 51 Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej nie jest odpowiedzialny ani parlamentarnie ani cywilnie, przeto tę odpowiedzialność ponosi Rząd i to właśnie wypowiada art. 44. w ust. 4. Po trzecie: zwracamy uwagę na wyraz „ważność" w ust. 4 art. 44. Oznacza on, że w tym art. jest mowa tylko o takich czynnościach, które mają skutek prawny, bo tylko o takich można powiedzieć, że są ważne. Wynikałoby z tego, że np. oświadczenia Prezydenta Rzeczypospolitej, które nie pociągają

skutków prawnych, nie potrzebują podpisu prezesa Rady Ministrów i odpowiedniego ministra. Jakże się rzecz ma z ustnemi oświadczeniami? Z brzmienia art. 44 wynika, że ustęp 4 odnosi się tylko do pisemnych aktów. Ustne oświadczenia nie wchodzą wogóle w grę. Obie te kwestje są bardzo delikatne. Bardzo ciężko jest przeprowadzić granicę między oświadczeniem mającem skutki prawne a takiem, które ich nie ma; a jeszcze cięższą jest sprawa niepodciągania oświadczeń ustnych pod rygor odpowiedzialności ministrów za słowa Prezydenta. Przypominamy sławną sprawę Bülow a Wilhelm II., która skończyła się t. zw. ustawą kagańcową. Po czwarte: zajmiemy też stanowczo to stanowisko, że Prezydent Rzeczypospolitej może mieć stosunki z poszczególnymi ministrami tylko przez pośrednictwo prezesa Rady Ministrów. Naszem zdaniem niedopuszczalnym jest akt Prezydenta Rzeczypospolitej, któryby był podpisany tylko przez Prezydenta Rzeczypospolitej i odpowiedniego ministra, a nie zarazem przez prezesa gabinetu. Przypominamy powód dymisji Bismarcka. Po piąte wreszcie: zaznaczamy, że użyte w art. 51 wyrażenie „czynności urzędowe" jest szerszem, aniżeli akt rządowy. Obejmuje bowiem także i oświadczenia ustne; obejmuje i te czynności, które nie pociągają skutków prawnych.

Wykazaliśmy, jaka jest różnica wedle ustawodawstwa polskiego między aktem rządowym a aktem administracyjnym. Ten drugi wychodzi od władzy administracyjnej, gdy akt rządowy jest aktem Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, którego za władzę administracyjną uważać nie możemy. Obecnie wracamy do określenia pojęcia aktu administracyjnego. Dotychczas wiemy o nim tyle, ileśmy z pozytywnego polskiego ustawodawstwa wysnuć mogli. Okazało się jednak przytem, że w tej w ten sposób zdobytej, tymczasowej definicji aktu administracyjnego prawie każdy wyraz jest nieokreślony. Zaznaczyliśmy, które to, użyte do tej definicji, wyrazy wymagają określenia. Obecnie będziemy się starali dać to określenie, przyczem oprzemy się na naszym zasadniczym poglądzie na administrację i na prawo administracyjne. Oczywiście z wywodu tego wyjdzie

uzyskana dotychczas definicja aktu administracyjnego w formie zmienionej i, mamy nadzieję, doskonalszej.

Zasadnicza rzecz, którą musimy rozstrzygnąć, da się ująć z następującego punktu widzenia: czy działalność władz administracyjnych jest równorzędną z działalnością sądów zwyczajnych, czy też jest równorzędną z działalnością jednostki? Gdybyśmy przyjęli, że działalność władz administracyjnych jest równorzędną ze sądami zwyczajnymi, wtenczas akt administracyjny byłby paralelą do wyroku sądu zwyczajnego. Gdybyśmy natomiast stanęli na tem stanowisku, że działalność władz administracyjnych jest równorzędną z działalnością jednostki, wówczas paralelą do aktu administracyjnego byłaby czynność jednostki, naprzykład kontrakt, oświadczenie woli i t. d. Cały nasz wywód zbudowaliśmy na zasadniczym poglądzie, że między prawem prywatnem a publicznem, do którego zaliczamy prawo administracyjne, jest ta różnica, iż prawo prywatne jest ogółem norm, regulujących działalność jednostki, którą to działalność kontroluje państwo przez sądy zwyczajne, gdy natomiast prawem publicznem jest ogół norm, regulujących działalność państwa w wykonywaniu między innemi przez władze administracyjne, którą to działalność kontroluje jednostka. W zgodzie z tem, z naciskiem podkreślamy, że kodeks cywilny napisany jest dla ludności, a nie dla sądów, — jak znowu ustawy administracyjne napisane są dla władz administracyjnych, a nie dla jednostki. Rozumiemy to oczywiście w ten sposób, że kodeks cywilny wiąże jednostkę w jej działaniu, jak z drugiej strony ustawy administracyjne wiążą władzę administracyjną w jej działaniu. Nie mamy wątpliwości przeto, gdy z tych wychodzimy przesłanek, że akt administracyjny jest równorzędnym z czynnością prawną jednostki, a nie z wyrokiem sądów zwyczajnych. Płyną z tego ważne konsekwencje, które przedstawiam, wykazując, jaka jest różnica między aktem administracyjnym a wyrokiem sądu zwyczajnego. Powiedzieliśmy, że akt administracyjny jest równorzędny z prywatno-prawną czynnością jednostki, ale oczywiście nie znaczy to, żeby to były pojęcia identyczne. Będziemy więc musieli z drugiej strony wykazać, jaka jest różnica między aktem administracyjnym

a prywatno-prawną czynnością jednostki. Nim do tego przystąpimy, uczynić nam wypada kilka uwag, dla uniknięcia nieporozumienia.

Pragniemy zbudować pojęcie aktu administracyjnego. Nasuwa się pytanie, w jakim celu czynimy to, do czego nam jest to pojęcie potrzebne? Odpowiemy poprostu: życia wogóle nie jesteśmy w stanie ująć, jak tylko w ten sposób, że jego przejawom nadajemy pewien kształt, pewną formę. Cała działalność inteligentna człowieka i cały rozwój umysłowości polega na ciągłem kształtowaniu życia, na nadawaniu mu coraz to nowszych, coraz doskonalszych form. Cechująca człowieka twórczość w tem właśnie okazuje swoją żywotność. Powiadamy, że prawo normuje życie, ale czemże jest to życie? Żeby prawo mogło do niego przystąpić, żeby je mogło regulować, trzeba tym albo innym objawom tego życia nadać pewien kształt, pewną formę. I wówczas dopiero prawo ma objekt, który może uregulować. Przypatrzmy się działalności jednostki, jej życiu. Żeby prawo mogło przystąpić do uregulowania tego życia, trzeba objawom tej działalności nadać pewien kształt, pewną formę. I stąd rodzi się forma czynności prawnej w szczególności, umowy, testamentu i t. d., i t. d. To formowanie życia, to jest to ujmowanie go w pewną abstrakcyjną formę, jest już dowodem wysokiej kultury naukowej. Rzymianie naprzykład byli narodem praktycznym, dlatego ich prawo dla naukowej teorji nie przedstawia w porównaniu ani części tej wartości, którą to prawo ma dla praktyki życia. Wiemy już, kiedy się zrodziło prawo administracyjne; gdy powstało jako prawo wiążące absolutnego księcia, podniosło taki sam głos, domagający się nadania działalności państwa wykonywanej przez władze administracyjne, kształtu, formy, tak, jak domagała się tej formy, tego kształtu rozwijająca się teorja prawa prywatnego. Otóż akt administracyjny jest, jeżeli na administrację i prawo administracyjne będziemy patrzyli z tego punktu widzenia, nie czem innem, jak tylko pewną formą, pewnym kształtem, przez który chcemy umysłowo objąć działalność państwa. Gdybyśmy takiego kształtu nie stworzyli, znaleźlibyśmy się na pełnem morzu działalności państwa. Aktem administracyjnym przeto są stałe

punkty, około których możemy owinąć normy prawne. Ten obraz, któryśmy tutaj przytoczyli, będzie z niejednego względu płodny. Już z tego, cośmy dotychczas powiedzieli, możemy wydobyć jedną cechę ważną dla skonstruowania pojęcia aktu administracyjnego. Jeżeli akt administracyjny jest formą, jest pewnym kształtem, który my nadajemy takim to a takim przejawom działalności państwa, wykonywanej przez władzę administracyjną, to ta forma musi być czemś skończonem, czemś ograniczonem, nie może się rozpływać we fluktach działalności państwa, wykonywanych przez władze administracyjne. Żeby użyć z pewnością niedokładnego porównania, powiedzmy: aktem administracyjnym nie może być rzeka z ciągle przypływającemi falami, ale będzie nim taka to a taka ilość wody, wydobytej z tej rzeki i odgraniczonej, będzie nim pewna, ściśle ograniczona i nadająca się do dokładnej obserwacji część tej rzeki i t. p.

Druga uwaga, którą chcemy uczynić dla uniknięcia nieporozumień, tyczy się następującego punktu: Mówiliśmy, że prawo administracyjne normuje działalność państwa, wykonywaną przez władzę administracyjną. Istnieje jednak cały szereg czynności, które wykonywają władze administracyjne, a które nie podlegają prawu administracyjnemu, lecz prawu prywatnemu. Istnieje dalej cały szereg czynności, które wykonywają sądy zwyczajne, a które to czynności nie są kontrolą działalności jednostki. Czy więc ta nasza definicja, którąśmy dali o prawie prywatnem i prawie publicznem, nie jest narażona na upadek?

Do pierwszej grupy przypadków należą np. kontrakty kupna-sprzedaży, dzierżawy, dostawy i t. d., które zawiera państwo, a z których wynikające spory rozstrzygają sądy zwyczajne a nie władze administracyjne. Widzieliśmy już, że we Francji istnieje tendencja oddania tych spraw władzom administracyjnym, względnie sądom administracyjnym. Jeżeli wedle ustawodawstwa austrjackiego, które w tym względzie obowiązuje na ziemiach b. zaboru austrjackiego, jest inaczej, to z tego nie wynika, żeby teorja nasza była mylna, tylko, że prawo pozytywne uznało za pożądane oddać te sprawy pod panowanie

prawa prywatnego. Wiele jednak za tem przemawia, żeby pójść za przykładem Francji i także te sprawy oddać władzom administracyjnym. Do drugiej grupy należą przypadki, znane pod nazwą postępowania niespornego. A więc sprawy opieki, pewna część postępowania spadkowego, pewna część prowadzenia ksiąg gruntowych. We wszystkich tych sprawach działalność sądu zwyczajnego jest inną, jak w przypadkach sporu, a więc w przypadkach procesu. Nie wahamy się też powiedzieć, że w tych przypadkach sądy zwyczajne działają jako władze administracyjne, a przekazanie im tych spraw, zamiast przekazania ich jakimś władzom administracyjnym, spowodowane zostało względami oportunistycznemi. W tej grupie przeto nie widzimy żadnego wyjątku od naszego wyroku. Nasuwa się nam jednak jeszcze inna kwestja. W tych państwach, w których sądownictwo administracyjne ma kilka instancyj, gdzie przeto sąd administracyjny rozstrzyga *a priori*, jak się przedstawia nasza teorja? Przypominamy, że wedle naszej teorji prawo publiczne reguluje działalność państwa, a kontrola tej działalności należy do jednostki. Stosownie do tego poglądu skonstruowaliśmy pojęcie sądownictwa administracyjnego w ten sposób, że jako istotną jego cechę uznaliśmy współdziałanie jednostki, właśnie dlatego, że to jednostce przypada tutaj rola kontrolująca. Tam, gdzie sądownictwo administracyjne rozstrzyga *a posteriori*, rzecz jest jasna. Najpierw była działalność państwa, a potem jest kontrola sądu administracyjnego. Jakże się jednak rzecz ma, jeżeli sąd administracyjny niższej instancji orzeka *a priori?* Tutaj działalność państwa składa się, zlewa się z kontrolą jednostki. Zależy to już — odpowiedzielibyśmy — od pewnej predylekcji myślenia, jak te kategorje umieścić w naszej teorji. Nie widzimy w tej kategorji wyłomu. Jak gdzie indziej w nauce, możemy sobie z tej kategorji utworzyć jakąś pośrednią grupę.

Po tych uwagach wróćmy do problemów, któreśmy wyżej zaznaczyli. Staraliśmy się już wykazać, że akt administracyjny nie jest równorzędny z wyrokiem sądu zwyczajnego. Dlatego dla nas nie istnieje żadna trudność we wykazaniu różnic pomiędzy aktem administracyjnym a wyrokiem sądu zwyczaj-

nego. Kto ma umysł tak cywilistycznie nastawiony, jak naprzykład Otto Mayer, ten oczywiście czuje się zmuszonym poświęcić dużo rzeczywistej bystrości i głębokości wywodom, wykazującym, że wyrok sądu zwyczajnego to co innego, jak akt administracyjny. Ale potrzeba wykazania tych różnic była dla niego konieczną, bo on pojął akt administracyjny, jakgdyby to był wyrok, wprawdzie wydany przez władzę administracyjną, a nie przez sąd, wprawdzie wydany bez poprzedniego procesu, który poprzedza wyrok sądu zwyczajnego i t. d., ale przecież wyrok, bo oto, zdaniem Ottona Mayera, akt administracyjny jest wypowiedzeniem się *(Ausspruch)* władzy administracyjnej, co w danym konkretnym wypadku jest dla jednostki prawem *(was für den Untertanen Rechtens ist)*. Otóż z tej definicji widzimy, że Otto Mayer był cywilistycznie nastawionym. Niema przedewszystkiem żadnego powodu, aby twierdzić, że aktem administracyjnym jest tylko wypowiedzenie się władzy administracyjnej. Aktem administracyjnym może być i fakt pewien, np. jest aktem administracyjnym rozkaz aresztowania, ale jest nim także samo aresztowanie. Jest aktem administracyjnym pozwolenie na egzekucję, ale i przeprowadzenie egzekucji jest aktem administracyjnym. My od pojęcia aktu administracyjnego wymagamy, aby to była emanacja władzy administracyjnej, pociągającej za sobą skutek prawny, a nikt przecież nie zaprzeczy, żeby np. dokonanie egzekucji nie wywoływało skutku prawnego. Skutkiem tym jest *solutio* zobowiązania. Wydaje się nam przeto, że wynaleźć należy taki rzeczownik, określający akt administracyjny, któryby obejmował i orzeczenie i wypowiedzenie się i prosty fakt, byle tylko pociągały one za sobą skutek prawny. Kto akt administracyjny ogranicza do wypowiedzenia się władzy administracyjnej, ten zdradza mimowoli, że jest cywilistycznie nastawiony. Jeszcze wyraźniej widać to z drugiej cechy, którą Otto Mayer przytacza. Mianowicie, że akt administracyjny wypowiada, „co dla jednostki jest prawem" w konkretnym przypadku. Znowu nie widzimy powodów do tego ograniczenia. Kto tak rzecz stawia, ten znowu prejudykuje, iż akt administracyjny jest równorzędny z wyrokiem. Akt administracyjny jest emanacją władzy

administracyjnej, wywołującą skutki prawne bez względu na jednostkę. Weźmy np. rozporządzenia, instrukcje, wydawane przez władze administracyjne. Zawierają one przepisy ogólne. Nie można powiedzieć, żeby one wypowiadały, co w konkretnym przypadku jest dla jednostki prawem, bo takiego konkretnego przypadku niema. Gdybyśmy powiedzieli, że władza administracyjna, o ile wydaje takie ogólne przepisy, nie jest już władzą administracyjną, ale władzą ustawodawczą, to znaleźlibyśmy usprawiedliwienie teorji Ottona Mayera na terenie terminologji. Nie sądzę jednak, żeby to rozwiązywało kwestję. Zwracam uwagę na dwie rzeczy: Po pierwsze: powszechnie prawie przyjętem jest w konstytucjach, że sędzia ma prawo badać ważność rozporządzeń, ale nie ma prawa badać ważności ustaw. Po drugie: istnieje tendencja oddania rozporządzeń wydanych przez władzę administracyjną pod kontrolę sądu administracyjnego, w czem nieodparcie dojrzeć można uznanie, iż wydanie rozporządzenia jest aktem administracyjnym.

W ten sposób zbliżyliśmy się już do rozwiązania tego problemu, któryśmy na wstępie zaznaczyli. Powiedzieliśmy tam bowiem, że akt administracyjny jest „czynnością" władzy administracyjnej, zastrzegliśmy się jednak, że wypadnie nam zbadać, co to jest ta „czynność". Obecnie zyskaliśmy już pewne dane, które nam mogą posłużyć do wynalezienia właściwego, a dość ogólnego rzeczownika mającego określić pojęcie aktu administracyjnego.

Nim zdecydujemy się na wybór rzeczownika, określającego akt administracyjny, wejść musimy w dalsze kwestje. Zgodziliśmy się już na to, że akt administracyjny jest czynnością państwa, wykonywaną przez jego organy. Otóż na tę czynność państwa można patrzeć z różnych punktów widzenia. Najdonioślejszą naszem zdaniem kwestją jest zdecydowanie się, czy ta czynność państwa, którą my nazywamy aktem administracyjnym, odpowiada wyrokom, czy też prywatno-prawnej czynności jednostek, *Rechtsgeschäft*. Zdecydowaliśmy się przyjąć drugi pogląd. Tu jednak nasuwa się pytanie, czy w tem, iż czynność, zwaną aktem administracyjnym, wykonywa państwo, nie mieści się przez to właśnie, że to robi państwo, zasadnicza

jakaś różnica między tą czynnością państwa a prywatno-prawną czynnością jednostki. Różnicę tę upatrują uczeni w tem, iż czynność dokonana przez organa państwowe jest czynnością, która przez te organy może być odrazu przymusem nakazana, jako że te organy mają *imperium*. Tu należy się znowu zdecydować. Możemy ograniczyć pojęcie aktu administracyjnego tylko do takich czynności organu państwowego, które przedsięwzięte są przez te organy z mocy ich *imperium*, a więc które mogą być przez te organy w drodze przymusu przeprowadzone. Możemy jednak przyjąć szersze pojęcie aktu administracyjnego i możemy powiedzieć, że to jest każda czynność przedsięwzięta przez organy państwowe, która wydaje skutki prawne. Przychylamy się do tej drugiej ewentualności, pozwala ona bowiem stworzyć bardzo ogólne pojęcie aktu administracyjnego. Wystarczy mi widzieć pomiędzy aktem administracyjnym a prywatno-prawną czynnością jednostki różnicę tylko w podmiocie, przedsiębiorącym dotyczącą czynność. Prawniczo ta różnica wystarczy do uczynienia wielkiego podziału na akty administracyjne i na czynności prawne jednostki. To prawnicze znamię bowiem pokrywa cały świat różnic politycznych, psychologicznych, etycznych, społecznych i ekonomicznych. W naszym wywodzie, należącym do nauki praw administracyjnego, te wszystkie momenty muszą pozostać nieuwzględnione. Wystarczy nam stwierdzić, że prawniczym wyrazem tych wszystkich momentów jest to, iż akt administracyjny dokonywany jest przez państwo, a prywatno-prawna czynność przez jednostkę. Co nas skłania do tego, żeśmy się oświadczyli za drugą ewentualnością? Skłania nas do tego wielka płynność i zmienność agend państwa, a wśród tych agend państwa widzimy także zmienność i płynność w tem, że czynności, które państwo samo podejmuje, raz mają kwalifikację, iż wykonywujący je organ państwowy może je natychmiast przymusowo przeprowadzić, a drugi raz tej kwalifikacji nie mają. Np. państwo zawiera kontrakty kupna, sprzedaży, dzierżawy, dostawy i t. d. Otóż wedle prawa austrjackiego są one oceniane wedle kodeksu cywilnego i idą na drogę sądu zwyczajnego, którego wyrok dopiero może być przymusowo przeprowadzony. Wi-

dzieliśmy, że we Francji jest tendencja, ażeby te sprawy oddać organom państwowym, które mogą odrazu przeprowadzić te sprawy przymusowo. Bardzo interesujące rezultaty wydałaby analiza przepisów o kontrakcie pracy. Zobaczylibyśmy, jak tutaj wszystko jest płynne i zmienne. Jeżeli więc chcemy stworzyć pojęcie aktu administracyjnego, dostatecznie szerokie, aby w niem zmieścić nietylko pewnej określonej fazy objawy, ale także uwzględnić możliwy rozwój, to raczej powinniśmy się zdecydować na ograniczenie różnic między aktem administracyjnym a prywatno-prawną czynnością jednostek tylko do różnicy podmiotu, wykonywującego odnośną czynność. Powtarzamy jednak, iż wymagamy, aby ta czynność państwa miała dwie kwalifikacje: 1) aby to była czynność, wywołująca skutek prawny, 2) żeby to była czynność, wywołująca pewien, dający się ograniczyć kształt, pewną formę, żeby to więc było coś stałego.

Otóż te nasze poglądy, na których budujemy naukę prawa administracyjnego, nie są w literaturze panującemi. Może nawet nigdzie nie wypowiedziano ich w tak ostrych konturach. Jednak sądzę, że wyznawcy innych poglądów mają znaczne trudności w konsekwentnem utrzymaniu się przy nich: nie mówię już o takim skrajnym poglądzie, jakiego wyznawcą jest np. Bernatzik, który w swojej książce *Rechtssprechung und materielle Rechtskraft* idzie tak daleko, iż każdy akt administracyjny, a więc każdą czynność państwową, uważa za rodzaj wyroku, to jest za subsumpcję wypadku konkretnego pod jakąś normę prawną, przyjmuje bowiem, że gdzie takiej, bliżej określającej, normy niema, to przecież jest norma ogólna, której się władza administracyjna trzymać musi, a która, zdaniem jego opiewa: „Czyń, o czem jesteś przekonanym, że jest wskazane przez dobro publiczne". Nietrudno wykazać, że to nie jest normą prawną, ale i Otto Mayer, który akt administracyjny uważa za równorzędny z wyrokiem a nie z prywatno-prawną czynnością jednostki, czyni jednak tyle zastrzeżeń, iż niepodobna się obronić wrażeniu, że znajduje się na placówce mocno zagrożonej. Stwierdza on wyraźnie, że w nim występuje państwo jako działające, że ono działa nietylko przez subsumpcję

pewnej sytuacji faktycznej pod przepis prawny, ale że działa twórczo; że to wszystko ma także zastosowanie tam, gdzie niema dotyczących norm prawnych, ale gdzie władza administracyjna włada wedle swobodnego uznania. Wkońcu Otto Mayer powiada, że nie można wykluczyć paraleli między aktem administracyjnym a prywatno-prawną czynnością jednostki, byle czynić to w rozumnych granicach. Nam się jednak wydaje, że te granice są bardzo trudno dostrzegalne, nawet gdybyśmy się trzymali wywodu samego Ottona Mayera, który tyle i tak ważnych przywiódł różnic między wyrokiem a aktem administracyjnym, iż wśród nich ginie prawie ich paralelność.

O ile przeto idzie o kwestję, czy akt administracyjny jest równorzędny z wyrokiem sądy zwyczajnego, czy też jest równorzędny z prywatno-prawną czynnością jednostki, to oświadczamy się za tą drugą ewentualnością. Jesteśmy spokojni, że to nie jest rewolucja w nauce prawa administracyjnego. Gorzej się ma rzecz z drugim poglądem, za którym oświadczyliśmy się. Nie jest jednak konieczną cechą aktu administracyjnego, żeby był wydanym przez władzę administracyjną w wykonaniu jej *imperium*. Mając na oku ciągle zmieniające się poglądy na kolektywność państwową i mając na oku ciągłe szukanie odpowiednich form dla tej kolektywnej działalności państwa, przychylamy się do tego poglądu, który nie łączy aktu administracyjnego z *imperium* organu, wykonywującego ten akt.

Z dotychczasowych wywodów wynika, że przez akt administracyjny rozumiemy: 1) czynność państwa, 2) wywołującą określone w ustawie skutki prawne, 3) mającą pewną określoną i odgraniczoną formę. Natomiast nie uważamy, aby cechą aktu administracyjnego było: 1) to, że miałby on być subsumpcją jakiejś konkretnej sytuacji faktycznej pod ustawę, jak się to ma z wyrokiem sądowym, i 2) nie uważamy, żeby cechą aktu administracyjnego było to, że odnośna czynność jest objawem *imperii*.

Winniśmy wyjaśnić powyższe cechy. Powiedzieliśmy, że akt administracyjny jest czynnością państwa. Oba te rzeczowniki wymagają objaśnienia. Jeżeli mówimy „państwa", to oczy-

wiście rozumiemy, że tę czynność wykonywają jakieś organa państwa. Co to jest organ państwa, władza, urząd, w to na tem miejscu nie wchodzimy. Jedno tylko zaznaczamy z naciskiem, że tylko taką czynność uznać będziemy mogli za akt administracyjny, co do której jest niewątpliwem, że dokonało jej państwo, a nie jednostka. Zdajemy sobie sprawę, że łatwo jest ustalić tę sprawę, ale przeprowadzić ją poprzez całą masę przypadków konkretnych jest rzeczą bardzo trudną. Zaznaczamy niektóre problemy: Czy np. stosunek organu państwowego do państwa da się skonstruować cywilistycznie jako pełnomocnictwo, lub coś podobnego. Z drugiej strony wiemy, że państwo zawiera zupełnie świadomie kontrakty prywatno-prawne; czy więc ten, który je wykonywa dla państwa, jest organem państwowym, czy nie? A więc, czy jego czynności są aktami administracyjnemi, czy nie? Ale na tem nie koniec. Przypuśćmy, że ktoś jest niewątpliwie organem państwowym i dopuszcza się nadużyć, przestępstw w wykonywaniu funkcyj, przekazanych jego kompetencjom. Czy takie czynności są także aktami administracyjnemi? Te i tym podobne pytania rozstrzygniemy później, narazie niech nam wystarczy to ogólne twierdzenie, że mamy do czynienia z działalnością państwa w przeciwstawieniu do działalności jednostki.

Nie mniejszą trudność przedstawia określenie tego, co należy rozumieć przez „czynność". Z powyższego wywodu widać, że mamy tu na myśli każdą taką sytuację faktyczną, która pociąga za sobą określone w ustawie skutki prawne. Nie sądzimy, żeby ta sytuacja faktyczna dała się bez reszty w jakiś sposób określić. Z pewnością orzeczenie, zarządzenie, wypowiedzenie się, jest taką czynnością, którą uznamy za akt administracyjny, ale nie możemy odmówić charakteru aktu administracyjnego czynowi, przeciwstawionemu do wypowiedzenia się. Np. za akt administracyjny uważamy fakt aresztowania, fakt sprzedaży egzekucyjnej i t. p. Zdeklarowaliśmy się już, że nietylko te czynności uważamy za akty administracyjne, które są wypływem *imperium*, ale i inne czynności. Wskutek tego rośnie niepomiernie możliwość kształtów, form działalności państwa. Jesteśmy zdania, że sprawa ta jest w pełnym rozwoju

i że w miarę tego, jak na państwo przechodzą coraz to nowe działalności, możliwość tych kształtów, tych form zwiększa się. Byłoby, mojem zdaniem, nieproduktywnem silić się na określenie tej formy. Wymagamy tylko jednej rzeczy: aby dotycząca czynność państwa, aby dotycząca sytuacja faktyczna, w którą państwo wkracza, była skończoną, odgraniczoną, żeby to nie był dowolny, mechaniczny odcinek w pełnej działalności państwa. Po tych uwagach wróćmy do zaznaczonego już wyżej przez nas poglądu, że akt administracyjny nie jest wypływem *imperii*. Musimy się porozumieć i zgodzić. Czem się zajmuje nauka prawa administracyjnego? Jeżeli zajmiemy stanowisko, że nauka prawa zajmuje się formą tylko, a nie treścią, to musimy dojść do przekonania, że kwestja, czy jakaś czynność jest wypływem *imperii*, czy nie, jest kwestją treści, nie należy więc do naukowego określenia prawa. Jesteśmy tu w zgodzie z Kelsenem, ale on doszedł do tego wniosku z innych przesłanek, a mianowicie z negacji różnicy między prawem publicznem a prawem prywatnem. My tę różnicę w dziedzinie praktycznej utrzymujemy, nie wykraczając poza dziedzinę formy. Czy bowiem działającym podmiotem jest jednostka czy państwo, to jest kwestja formy, a również kwestją formy jest, kto wykonywa kontrolę nad tą działalnością, państwo czy jednostka.

Zreasumujmy przeto nasz pogląd na akt administracyjny. Wypływa on z dwóch założeń:

1) Akt administracyjny nie jest paralelą do wyroku sądowego, ale jest paralelą do czynności prywatno-prawnej człowieka. Mówimy „człowieka", bo zgodni z Kelsenem *in puncto* tego, że akt administracyjny nie jest paralelą wyroku sądowego, nie zgadzamy się z nim natomiast, o ile odrzuca paralelę aktu administracyjnego z czynnościami człowieka. Sądzimy, że w tym ostatnim punkcie Kelsen zawikłał się w subtelności logiczne.

2) Drugą przesłanką, na której opiera się nasz wywód, jest to, że nie wciągamy do pojęcia aktu administracyjnego charakterystyki aktu jako wypływu *imperii* podmiotu, który ten akt wykonywuje. Nasze usiłowania, aby zdobyć definicję aktu administracyjnego, dążyły do tego, aby wynaleźć tak obszerną de-

finicję, któraby mieściła w sobie objawy nietylko ustawodawstwa i praktyki całego kontynentu europejskiego, ale także żeby w tej definicji mieściły się i te objawy, które wedle rozsądnego przewidywania przynieść może przyszłość. Widzieliśmy, że np. we Francji istnieje tendencja, żeby oprócz aktu *d'autorité* wciągnąć w trybunał administracyjny także i tak zwaną *gestion*. Widzieliśmy, że w Prusiech także i orzeczenia, względnie zarządzenia oparte na swobodnem uznaniu podlegają kontroli sądowo-administracyjnej. Jeżeli dalej zważymy, jak dziwnie miesza się prawo prywatne z prawem publicznem w dziedzinie stosunku pracy, a dalej w dziedzinie stosunku rozdziału własności rolnej, to nie powinniśmy się ścieśniać w żadnej definicji.

Wychodziliśmy w powyższym wywodzie z punktu widzenia działalności, uważając, że działalność jednostki jest różną od działalności jednostki kolektywnej, którą jest państwo. Wyszliśmy jednak z przekonania, że najważniejszą i najistotniejszą tutaj różnicą jest kontrola, w prawie prywatnem wykonywana przez państwo zapomocą sądów zwyczajnych, w prawie publicznem zaś wykonywana przez jednostkę zapomocą całego szeregu urządzeń, w których rola jednostki jako kontrolera występuje bardziej lub mniej wyraźnie, a jest istotną. Jeżeli np., korzystając z wolności prasy, jednostka krytykuje, a więc kontroluje działalność państwa, to tutaj rola jednostki jako kontrolera jest zupełnie widoczną. Ale myśmy i sądownictwo administracyjne pojęli z tego punktu widzenia, że tutaj kontrolerem jest jednostka, bośmy powiedzieli, że cechą istotną działalności sądowo-administracyjnej jest współdziałanie jednostki, że niema działalności sądowo-administracyjnej bez tego współdziałania jednostki. Kto te nasze premisy zrozumiał, ten też potrafi ocenić, że obraz naukowy prawa administracyjnego, który w niniejszym wywodzie dajemy, jest wynikiem nastawienia naszego umysłu w kierunku kontroli; to też wykład ten musi się różnić od obrazu prawa administracyjnego, który daje np. Otto Mayer, bo jego umysł był nastawiony na sparalelizowanie administracji z sądami zwyczajnemi, czyli na sparalelizowanie dwóch rzeczy, które wedle naszego zdania należą do

różnych płaszczyzn. Z Kelsenem łączy nas zasadnicze pojmowanie prawa jako formy, trzymanie się metody prawniczej, jako metody wolnej od socjologji, polityki, etyki i ekonomji. Łączy nas pojmowanie państwa jako całości i jedności prawa, ale nie sądzimy, aby praktyczne względy pozwalały na usunięcia konstrukcyj teoretycznie defektownych, ale właśnie praktycznie pożytecznych.

Porównajmy rezultaty, do których doszliśmy w sprawie pojęcia aktu administracyjnego, z niektóremi teorjami, które w tej kwestji wydała nauka. Zaczynamy od poglądu profesora Kumanieckiego, przedstawionego przezeń w książce pod tytułem *Akt administracyjny*. Nadaje on pojęciu aktu administracyjnego, zgodnie z nami, szerokie rozmiary. Teorję jego charakteryzują następujące cytaty: „Głównym elementem aktu administracyjnego jest aktywność, czynność, funkcja (strona 10)". Rozróżnia profesor Kumaniecki dwa rodzaje aktów administracyjnych, a mianowicie akt administracyjny zasadniczy i akt administracyjny pomocniczo - uzupełniający. Pierwszy określa w następujący sposób: „Akt administracyjny zasadniczy jest aktem twórczym, stanowi istotę administracji. Tworzy on nowe stosunki faktyczne i nowe zindywidualizowane konkretne stany prawne w granicach objektywnego porządku prawnego, w celu uzgodnienia poszczególnych przejawów ewolucji zjawisk społecznych z istotą i celem organizacyj państwowych". Drugi rodzaj aktów administracyjnych, t. j. akt administracyjny pomocniczo-uzupełniający, określa profesor Kumaniecki w następujący sposób: „Może on być albo aktem o charakterze wymiaru prawa, albo aktem, wcielającym zjawiska w ogólną regułę prawną (rozporządzenia), lub szczegółową normę (nakazy i zakazy). Albo wreszcie aktem wykonawczym w stosunku do innego aktu administracyjnego". Dla scharakteryzowania podstaw teorji prof. Kumanieckiego zacytujemy jeszcze jeden ustęp, odnoszący się do aktów administracyjnych zasadniczych: „Ciągła ewolucja nie może czekać na regułę prawną. Jeżeli odpowiedniej reguły prawnej niema, autorytet musi mimo to czuwać nad spełnieniem swego zadania i działać, ze względu na ciągłość rozwoju organizacji. Jest to dzia-

łalność twórcza i w najszerszem znaczeniu, lecz nie działalność samowolna. Autorytet bowiem ma jeszcze i drugie zadanie zachowania organizacji, a więc także utrzymanie przedmiotowego porządku prawnego, tem samem zaś w tym przedmiotowym porządku prawnym jest ustalona podstawa i są zakreślone granice dla tej twórczej działalności autorytetu, a zarazem gwarancja utrzymania ciągłości rozwoju".

Z tych cytatów możemy już wysnuć pewne wnioski, ułatwiające nam zestawienie teorji profesora Kumanieckiego z naszemi poglądami.

1) Prof. Kumaniecki widzi w aktach administracyjnych, mających charakter wymiaru prawa, — a więc w tych aktach administracyjnych, które można uważać za równorzędne z wyrokami sądów zwyczajnych, bo tu i tam polegają na podciągnięciu sytuacji faktycznej pod pewien przepis prawa, — w tych, powiadamy, aktach widzi prof. Kumaniecki tylko pewien rodzaj aktów administracyjnych, a więc tylko ich część. Znaczy to, że naogół uważa prof. Kumaniecki, zgodnie z nami, tę działalność, którą nazywamy administracją jeżeli jest przedsiębraną przez państwo, za równorzędną z działalnością jednostki, a nie z działalnością sądów zwyczajnych. Stanowisko to oświetlone jest jeszcze wyraźniej przez to, że główny typ aktu administracyjnego, nazwany przez prof. Kumanieckiego zasadniczym aktem administracyjnym, jest wedle niego aktem twórczym, bo tworzy nowe stosunki prawne i nadaje im w granicach obowiązującego prawa formę prawną.

2) Rodzi się wskutek tego pytanie, czy w tej swojej twórczości państwo jest związane jakąś normą, czy też nie. My wypowiedzieliśmy nasz pogląd, mówiąc o tak zwanem swobodnem uznaniu, *freies Ermessen*. Wysnuliśmy ostrą konsekwencję, że akt administracyjny nie jest *pendant* do wyroku sądu zwyczajnego, że administracja nie jest wymiarem sprawiedliwości i że przekracza zadanie, jakie jej zakreślają, mówiąc, że akt administracyjny jest tylko wykonywaniem ustaw. Powiedzieliśmy sobie, że jedno z dwojga: albo administracja jest twórczą, albo jest stosowaniem ustawy. Zdecydowaliśmy się przyjąć pierwszą alternatywę. Rozumieliśmy jednak, jakie w tem tkwi nie-

bezpieczeństwo, i dlatego od samego początku twierdzimy, że istota prawa administracyjnego tkwi w kontroli działalności państwa. Dlatego to przedstawiliśmy dokładnie sprawę sądownictwa administracyjnego, aby na podstawie zyskanego w ten sposób obrazu dojrzeć, w jakim kierunku idzie rozwój kontroli nie opierający się na zbadaniu, czy jakaś czynność państwa narusza normy, jeżeli tej normy niema. Przypomnijmy sobie francuską instytucję *détournement de pouvoir*, a stanie nam się jasnem, że usiłowania rozwinięcia prawa administracyjnego idą właśnie w kierunku rozstrzygnięcia pytania, jak kontrolować działalność państwa, nie polegającą na wyłącznem stosowaniu ustawy. Prof. Kumaniecki zajmuje, jakeśmy powiedzieli, stanowisko zgodne z nami, że akt administracyjny może być aktem twórczym, uważa nawet, że taki akt stanowi istotę administracji, — świadom jest jednak również niebezpieczeństwa, które sprowadzić może działalność niezwiązana normą prawną. Mówi bowiem wyraźnie, że działalność ta państwa nie może być samowolną, ale oczywiście granice, w których akt administracyjny się obraca, muszą być także jego zdaniem bardzo szerokie, gdyż inaczej twórczość, która jest jedną główną cechą aktu administracyjnego, nie miałaby pola do objawiania się. Te granice widzi prof. Kumaniecki w przedmiotowym porządku prawnym i w ciągłości rozwoju społeczeństwa. Wstęp swej książki poświęca wykazaniu, że główne podstawy owego przedmiotowego porządku społecznego, główne linje rozwoju społecznego, mają pewną stałość. Gdybyśmy te przesłanki przyjęli, twórczość objawiająca się w aktach administracyjnych miałaby naprawdę szerokie pole.

3) W obydwóch powyższych kwestjach, stwierdzam zgodność moją z podstawowemi poglądami prof. Kumanieckiego. Jak się ma rzecz z trzecią kwestją? A mianowicie czy tylko taka czynność państwa może być uważana za akt administracyjny, która jest wypływem *imperii* państwa, czy też to *imperium* nie jest konieczną jej cechą. Odpowiedź, którą prof. Kumaniecki daje, skonstruujemy z jego poglądu na „autorytet" i z jego krytyk innych teoryj.

Rozbierając teorję Hauriou, który powiedział, że państwo

nie jest tylko organizmem, który charakteryzuje się przez jego *auctoritas,* nie wypowiada prof. Kumaniecki zdania o jego teorji, dzielącej akt administracyjny na akty władzy i na akty pracy *(gestion), in puncto* kwestji, która nas zajmuje, to znaczy, czy cechą istotną aktu administracyjnego jest zapewnienie organom państwowym możności bezpośredniego wykonania aktów administracyjnych. Natomiast przy rozbiorze teorji Spiegla znajdujemy cenną uwagę. Wedle Spiegla każde zwierzchnicze wypowiedzenie się władzy, mające znaczenie prawne, jest aktem administracyjnym. Spiegel idzie przeto dalej, niż Otto Mayer, wedle którego, jak już wiemy, akt administracyjny orzeka, co dla poddanego ma być prawem. Otóż odnośnie do tej teorji Spiegla mówi prof. Kumaniecki: „Skutku prawnego aktu administracyjnego nie należy dopatrywać się wyłącznie w wytworzeniu prawnych obowiązków po stronie tego, do kogo akt się zwraca, ponieważ często użycza pewnego pozwolenia, a więc prawa do wykonywania pewnych czynności, — kiedy równocześnie ustalone obowiązki są tylko niejako akcesorjum i często wyłącznie prawie negatywnej treści". Podobne twierdzenie wypowiada prof. Kumaniecki (na stronie 83), co do koncesji. W ogólnym swoim wywodzie o pojęciu aktu administracyjnego mówi prof. Kumaniecki o wyposażeniu autorytetu w zdolność zapewnienia skuteczności własnym aktom prawnym, czyni to tylko dla aktów administracyjnych pomocniczo-uzupełniających, a nie dla zasadniczego aktu administracyjnego. Już z dotychczasowych cytatów możemy dojść do wniosku, że jesteśmy w zgodzie z prof. Kumanieckim także i co do trzeciego z wyżej wymienionych, podstawowych punktów.

Będąc w zgodzie z prof. Kumanieckim co do podstaw, na których budować należy naukę prawa administracyjnego, nie przywiązujemy już większej wagi do samej definicji aktu administracyjnego. Prof. Kumaniecki dzieli odrazu akty administracyjne na zasadnicze i pomocniczo-uzupełniające, a nie daje wyraźnego, ogólnego określenia, obejmującego oba te rodzaje. Gdyby takie określenie był dał, może i tutaj byłby w zgodzie z rezultatami naszych wywodów, które opiewają: W skład po-

jęcia aktu administracyjnego wchodzą: 1) pewne zachowanie się, 2) jest to zachowanie się władzy administracyjnej: 3) to zachowanie się musi mieć pewien kształt, pewną formę odgraniczoną; 4) to zachowanie się musi pociągać za sobą pewne skutki prawne, określone w prawie administracyjnem. Rozbierzmy te części składowe. Ad 1) Mówimy „zachowanie się", pragniemy bowiem użyć wyrażenia jak najogólniejszego. Zapewne, z reguły idzie tutaj o pewien czyn, o pewną aktywność organu administracyjnego, ale nie jest wykluczone, że także i bierne zachowanie się może pociągać za sobą skutki prawne. Nie chcielibyśmy tego wykluczać. Moglibyśmy tu użyć wyrażenia czynność, rozumiejąc, że tak, jak liczby są dodatnie i ujemne, jak ciepło oznacza temperaturę powyżej i poniżej zera, także i pojęcie czynności możnaby rozszerzyć wgórę i wdół, objąć tem pojęciem także i ujemną stronę, t. j. bierne zachowanie się. Jednakowoż należy unikać wyrażeń, nie przyjętych w zwykłej mowie, jeżeli tylko znajdzie się inne wyrażenie, oddające myśl. Sądzimy, że wyrażenie „zachowanie się" maluje lepiej naszą myśl, jakkolwiek nie ma prawniczego dźwięku. — Ad 2) O tej składowej części pojęcia aktu administracyjnego mówić będziemy obszerniej w rozdziale o organach państwa. — Ad 3) Kształt, forma, jest częścią składową pojęcia konieczną, jeżeli to pojęcie ma służyć prawnikowi do celów praktycznych. Tak samo jest w dziedzinie działalności jednostki, unormowanej przez prawo prywatne. Wyrobiły się tam kształty bardzo skończone i doskonałe, np. umowa, testament, oferta, ale ileż jest jeszcze takich przejawów, nie mających takiej skończonej formy. Weźmy np. całą dziedzinę wzbogacenia się, weźmy całą dziedzinę praw osobowych i t. d. Jeżeli w tak starem prawie, jak prawo prywatne, dążenie do wyrobienia pewnych kształtów trwa ciągle, to cóż mamy powiedzieć o tyle młodszem prawie administracyjnem? I tu są pewne formy wyrobione. Najogólniejszą jest wypowiedzenie się władzy *(Ausspruch)*, ale to nie jest jedyna forma. Znamy formy pod nazwą orzeczenie lub rozstrzygnięcie *(Entscheidung)*, zarządzenie *(Verfügung)*, rozkazy, zakazy i t. d. Wszystko to nie wyczerpuje kształtów, w których objawiać się może działalność władz administracyj-

nych. Pewna systematyka tych kształtów jest potrzebna, ale cały ten grunt jest tak ruchomy, że należy być bardzo ostrożnym i nie przywiązywać się do pewnych określeń. Nie są one ani wyczerpujące, ani ogólnie przyjęte. Wymagamy, żeby ten kształt zachowania się władzy administracyjnej, o którym mówimy, był ograniczony. Mamy tu na myśli pewną ciągłą działalność, powiedzmy jednostajną, powiedzmy monotonną władzy administracyjnej. Ponieważ pojęcie aktu administracyjnego jest nam potrzebne ze względu na kontrolę, a ta kontrola musi mieć jakiś przedmiot ściśle ograniczony, przeto i akt administracyjny musi być czemś skończonem, czemś ograniczonem, jeżeli ma być przedmiotem kontroli. — Ad 4) Tylko taka działalność, takie zachowanie się władzy administracyjnej nas obchodzi, które pociąga za sobą skutki prawne, zajmujemy się bowiem prawem, a nie np. techniką. Państwo wykonywa więc całe mnóstwo czynności, które są pod względem prawnym obojętne. Otóż te czynności prawnika nie obchodzą. Mówimy, że dane zachowanie się władzy administracyjnej musi mieć skutki prawne, t. j. skutki, określone w prawie administracyjnem. Ważnem jest, żeby tego punktu, bardzo zasadniczego, nie pomięszać z innym, a mianowicie z kwestją, czy administracja państwowa jest tylko wykonywaniem ustaw, czy też jest twórczą. Oświadczyliśmy się za tym poglądem, w którym powiadamy, że ograniczenie administracji do wykonywania ustaw jest to nieuzasadnione ścieśnienie pojęcia administracji. Jesteśmy zdania, że działalność państwa, będąca administracją, jest równorzędną z działalnością jednostki, a więc jest twórczą, ale w tej twórczej działalności jednak część jest tego rodzaju, że pociąga za sobą skutki prawne, a druga część jest dla prawa obojętna. Otóż akt administracyjny wchodzi w grę tylko co do tej pierwszej części. Wykazaliśmy gdzie indziej, że dla nas pojęcie tak zwanego swobodnego uznania *(freies Ermessen)* jest zbędne. Wytworzyli je ci, którzy ograniczają administrację do wykonywania ustaw.

Po całym powyższym wywodzie zadajmy sobie pytanie, poco my to pojęcie aktu administracyjnego tworzymy, jakim

naukowym celom ma ono służyć, tudzież jakim celom ma służyć, jeżeli się to pojęcie z nauki przeniesie do ustaw.

Odpowiedź na te pytania znajdziemy w następującem rozumowaniu: Przypatrujemy się działalności państwa i notujemy następujące objawy. Państwo udziela obywatelowi X koncesji na otwarcie szynku, państwo wymierza obywatelowi Y taki a taki podatek w tej a w tej wysokości, państwo wywłaszcza grunt obywatela Z pod kolej, państwo wydaje zakaz jeżdżenia po lewej stronie drogi, państwo aresztuje obywatela N, państwo zawiera kontrakt z obywatelem P, o dostarczenie tylu a tylu fur kamienia na budowę drogi i t. d. Wszystko to są czynności, pewne działania, pewne zachowanie się państwa. Widząc to morze takich i tym podobnych czynności, zapytujemy się, jaka jest ich natura, czy mają one z sobą coś wspólnego, czy można je ująć w jakieś ogólne abstrakcyjne pojęcie, — czy też zmuszeni jesteśmy pozostać w tym chaosie nieprzeliczonych, poszczególnych objawów. Nim dobijemy się, nim dotrzemy do takiego ogólnego pojęcia, musimy zanalizować każdy z powyższych objawów. Jedno na pierwszy rzut oka jest jasnem: Wszystkie powyższe objawy wychodzą od państwa, które oczywiście działa przez swoje odpowiednie organy. A dalej nic już nie jest niewątpliwe. Przedewszystkiem zapytuję, czy to wszystko, co państwo działa, a czego przykłady przytoczyliśmy wyżej, jest tylko wykonaniem ustaw, czy też wykonywanie ustaw jest tylko częścią działalności państwa. Wyżej zdecydowaliśmy się na przyjęcie poglądu, że państwo w swojej działalności nie jest ograniczone tylko do wykonywania ustaw, że działać może także twórczo. Idźmy dalej. W przykładach powyższych spotkaliśmy się z objawami, które niewątpliwie mają formę orzeczenia. Otóż rodzi się pytanie, czy działalność państwa wyczerpuje się w takich orzeczeniach, to jest czy można mówić o tem, że działalność państwa jest wymiarem prawa takim, jakim jest wymiar prawa przez sądy zwyczajne. Zdecydowaliśmy się w powyższym naszym wywodzie na pogląd, że sparalelizowanie działalności państwa, zwanej administracją, z wymiarem sprawiedliwości, nie jest uzasadnione, wreszcie zapytaliśmy się, czy cechą tych wszystkich przykładów, jakieśmy podali, nie jest

to, że są one wynikiem *imperii*, jakie ma państwo, czyli mówiąc popularnie, że w przeciwstawieniu do działalności jednostek państwo może swoje postanowienie bezpośrednio własną mocą przymusowo przeprowadzić. Zdecydowaliśmy się na pogląd, że to kryterjum nie jest także istotne. Z tej reasumpcji już widać, jak płodnem jest poszukiwanie owego ogólnego pojęcia, mającego zmieścić w sobie wszystkie działalności państwa. Wszak idąc drogą, która nas ma doprowadzić do tego ogólnego pojęcia przejawów, musieliśmy już rozstrzygnąć zasadnicze rzeczy, na których oprzeć się musi cała nauka prawa administracyjnego. Nie koniec jednak na tem: zaraz zobaczymy, że wypadnie nam zejść jeszcze głębiej. Skorośmy odrzucili jedną część alternatywy a przyjęli drugą, okazało się, że dla owego ogólnego pojęcia, którego poszukujemy, a które nazywamy aktem administracyjnym, pozostały, jako części składowe, wymienione poprzednio momenty. Przypatrując się tym składnikom i powstałej na ich podstawie definicji aktu administracyjnego, nie możemy się uwolnić od różnych wątpliwości, czy ona nie jest za ogólną, czy nie jest ona identyczną z definicją prywatno-prawną czynności *(Rechtsgeschäft)*, czy więc zachodzi potrzeba tworzenia nowego pojęcia? Wątpliwości te są uzasadnione, ale tylko do pewnego stopnia. Gdybyśmy budowali tutaj teorję ogólną prawa, oderwaną od pozytywnych ustawodawstw, to doszlibyśmy do przekonania, że między prawem publicznem a prawem prywatnem niema różnicy, że teoretycznie żadne kryterjum nie daje zadawalniającej odpowiedzi co do tego odróżnienia. My jednak obecnie stoimy na gruncie ustawodawstw pozytywnych. Grunt ten staramy się rozszerzyć przez to, że jako teren badania obieramy sobie ustawodawstwo nie jednego państwa, ale ustawodawstwo całego kontynentu europejskiego. Otóż ten materjał nasuwa nam przedewszystkiem jedno kryterjum: Mamy do czynienia albo z działalnością jednostki, albo państwa. Otóż pytamy się, czy na tem kryterjum nie da się oprzeć różnica między prawem prywatnem a prawem publicznem? Odpowiadamy: nie. Pozytywne ustawodawstwa bowiem poddają cały szereg czynności zdziałanych przez państwo pod te normy, które regulują działalność jednostki. Do owego kry-

terjum przeto: jednostka, czy państwo, musi się przyłączyć jeszcze inne. My podajemy to drugie kryterjum w następującej formie: Prawem prywatnem są normy, regulujące działalność jednostki, kontrolowaną przez państwo, a prawem publicznem są normy, regulujące działalność państwa, kontrolowaną przez jednostkę. Otóż z tego właśnie powodu, że my tak esencjonalną wagę przywiązujemy do kontroli, musimy się postarać o takie pojęcie, któreby nam określało przedmiot tej kontroli, i stąd to dążność nasza do zbudowania pojęcia aktu administracyjnego. Taką jest odpowiedź nasza na pytanie, poco tworzymy pojęcie aktu administracyjnego. Nie jest ono tylko pojęciem naukowem. Polska Konstytucja z 17 marca jest dowodem, że wchodzi ono także do ustawy. Jeżeli sądownictwo administracyjne nie ma się tylko ograniczyć do orzekania w sprawach, w których naruszono czyjeś publiczne prawo podmiotowe, ale ma się stać kontrolą działalności państwowej, jak tego świetny przykład widzimy w rozwoju francuskiego *conseil d'état*, to ustawa musi wynaleźć jakieś dość ogólne określenie przedmiotu owej kontroli. Takiem dość ogólnem określeniem kontroli jest właśnie pojęcie aktu administracyjnego, jakeśmy je wyżej skonstruowali.

Zamykając wywody o akcie administracyjnym, nie możemy się uwolnić od obawy, że jeszcze nie wszystko zostało należycie wyjaśnione, a więc niech wolno nam będzie jeszcze pewną uwagę zrobić. Powiedzieliśmy tak: Administracja to nie tylko wykonywanie ustaw, czyli że władza administracyjna nie może działać bez ustawy, nie będąc do tego ustawą zmuszona, t. j. jeżeli tej ustawy niema, może działać, jakeśmy powiedzieli, twórczo. Ale zaraz potem powiadamy, że tylko taka działalność państwa nas obchodzi, która wywołuje tylko skutki prawne, a te skutki prawne są unormowane pozytywnem prawem. — Czy to nie jest więc sprzeczność? My tej sprzeczności nie widzimy. Złodziej, który zabiera z posiadania drugiego rzecz ruchomą i przywłaszcza ją sobie, wykonywa z pewnością pewną czynność, wykonywa, stwarza pewną sytuację faktyczną, wywołującą pewne skutki prawne, a przecież o tej działalności złodzieja nie można powiedzieć, by ona była wykonywaniem

ustaw. Przykład ten jednak wydać się może dowodzeniem przez sprowadzenie *ad absurdum*. Weźmy więc inny. Jeżeli władza w razie rozruchów, w razie powodzi, w razie trzęsienia ziemi, w razie wojny, zarazy i t. p. czyni pewne zarządzenia, które nie mogą być oczywiście przewidziane w ustawach, to zwolennicy poglądu, że administracja jest tylko wykonywaniem ustaw, muszą przyjąć fikcję, że istnieje jakaś taka ogólna norma o dobrobycie, utrzymaniu porządku prawnego, rozwoju społeczeństwa i t. p., którą to normę owi urzędnicy, działający w czasie wojny czy zarazy, wykonywują. Zgodźmy się jednak tylko na to, że ta ogólna norma, to naprawdę fikcja. Kładąc działalność państwa w równy rząd z działalnością jednostki, musielibyśmy powiedzieć, że cała działalność jednostki jest także tylko wykonywaniem ustaw. Na taką fikcję nie możnaby się zgodzić bez zbyt jaskrawego pogwałcenia zdrowego rozsądku. Całkiem co innego jest wykonywanie ustaw, a co innego jest działalność, tworząca sytuację faktyczną, która wedle ustawy pociągnąć ma za sobą pewne skutki, która uposażoną jest w pewne sankcje prawne. Prawo pozytywne może takie skutki łączyć z jakiemi chce sytuacjami faktycznemi, może je łączyć z sytuacjami faktycznemi, które powstają przez wykonywanie ustaw, ale może je łączyć także z sytuacjami faktycznemi, które z wykonywaniem ustaw nie mają nic wspólnego.

A jeszcze jedno. Czy to wszystko, cośmy powiedzieli, nie należałoby wypróbować na pojęciu państwa prawnego *(Rechtsstaat)?* Będziemy o tem mówić. Narazie zaznaczymy, że istotę państwa prawnego widzimy właśnie w kontroli, a nie w samej działalności. Działalność może być związaną przez ustawy, lub wolną, ale w państwie prawnem musi być i jedna i druga kontrolowaną, i w tem właśnie tkwi trudność rozwiązania problemu państwa prawnego. Określilibyśmy ją słowami: Jak kontrolować działalność państwa, która nie jest związaną przez ustawę? Polski Trybunał Administracyjny nie ma w najmniejszej mierze takiego zadania, ale zato francuski *conseil d'état* pod najrozmaitszemi postaciami raz wraz rozszerza swoją działalność kontrolującą, i on to też tworzy i rozwija nowożytne prawo administracyjne.

Aby zrozumieć budowę prawa administracyjnego, powinniśmy mieć przed oczami następujące przeciwstawienie: kolektywność i państwo, administracja i wykonywanie ustaw, treść i formę, w każdej zaś z tych par pamiętać, że myśleć można kategorjami kollektywistycznemi i kategorjami indywidualistycznemi.

Państwo jest ujęciem kollektywności z punktu widzenia prawa. Dlatego państwo (w książce o prawie) uważamy za całość prawa. Państwo nie pokrywa się z kollektywnością. Dlatego pod groźbą ciągłych nieporozumień należy je troskliwie odróżniać od siebie. Jednak kollektywność wciska się — że się tak wyrazimy — w państwo, ilekroć chce swe przejawy uczynić stałemi i koniecznemi. Tak więc widzieliśmy, że instytucja prawna, jaką jest sądownictwo administracyjne, ma tendencję do zajmowania się objawami nieuregulowanemi przez prawo, zajmuje się bowiem rozpatrywaniem spraw, w których niema prawa podmiotowego, a tylko interes, rozstrzyganiem spraw zrządzonych z swobodnego uznania, zwraca się w kierunku t. zw. détournement de pouvoir. W tym „interesie", „swobodnem uznaniu", „détournement de pouvoir" widzimy kollektywność dążącą do przemienienia się w państwo, t. j. prawo. Ale to wszystko nie jest jeszcze prawem, zdobywa tylko jego powagę przez powagę instytucji prawnej, która się tem zajmuje.

Tak samo ma się rzecz z drugą parą pojęć: administracja i wykonywanie ustaw. Administracja odpowiada kollektywności, wykonywanie ustaw państwu. Z punktu widzenia państwa, a więc prawa działalność państwa (administrację) jesteśmy skłonni utożsamić z wykonywaniem ustaw, ale z punktu widzenia kollektywności jest ona daleko szerszą. Dlatego mówimy, że administracja jest twórczą, bo wychodząc z kollektywności nie jest związaną prawem. Ale tendencja istnieje, jakeśmy widzieli, do rozszerzenia prawa, t. j. do rozszerzenia tego, co nazywamy wykonywaniem prawa.

Trzecią parą pojęć jest: treść i forma. Treść odpowiada kollektywności i administracji, forma zaś odpowiada państwu i prawu, prawo bowiem jest formą, a państwo całością praw.

W tej parze tkwi szczególne źródło nieporozumień i nieczystości w konstrukcjach prawnych.

W każdem z powyższych pojęć myślenie doprowadza do różnych kształtów wedle tego, czy operuje kategorjami kollektywistycznemi czy indywidualistycznemi, ponieważ zaś nie umiemy operować pierwszemi, wydaje nam się, jakgdyby myślenie było tylko jedno. Stąd kollektywność, ale i państwo, personifikujemy, mówimy o woli, działaniu, wykonywaniu. To właśnie zdoła nam wytłumaczyć, dlaczego w naszem określeniu aktu administracyjnego mówimy o skutku prawnym i o zachowaniu się, przez które rozumiemy pewną sytuację, a nie mówimy o wykonywaniu ustaw. To ostatnie jest personifikacją, jest wynikiem myślenia indywidualistycznego, nie można mówić o „wykonywaniu", jeżeli nie ma się w umyśle osoby. Jeżeli sprawę zechcemy oderwać od personifikowania, to dojrzemy tylko sytuacje, z których druga ma cechy prawa, a że jest w relacji z pierwszą, nazywamy ją skutkiem prawnym. Gdybyśmy trwali w myśleniu kategorjami indywidualistycznemi, nasuwałoby się nam nieodpornie pojęcie „wykonywanie ustaw", a wskutek tego zaprzeczenie, jakoby administracja była twórczą, a twierdzenie, że jest tylko wykonywaniem ustaw. Pragniemy bardzo być zrozumianymi. Kto mięsza z sobą pojęcia z powyżej podanych trzech par i kto nie widzi różnic w myśleniu, nie jest wolnym od niebezpieczeństwa, że nie zdobędzie czystej definicji. Co do nas, to zajmujemy stanowisko państwa (nie kollektywności), prawa administracyjnego (nie administracji), formy (nie treści). Ale przy określaniu aktu administracyjnego staraliśmy się uwolnić (przynajmniej częściowo) od myślenia indywidualistycznego, to jest od personifikowania i dlatego przeciwstawiliśmy w naszej definicji „wykonywanie ustaw", „zachowanie się państwa" (rozumiejąc przez nie pewną sytuację), i „skutek prawny". Kto tkwi w myśleniu personifikującem, ten musi oczywiście operować „wolą państwa, a więc i pojęciem „wykonywania ustaw".

Powiedzieliśmy wyżej, że owa emancypacja z myślenia indywidualistycznego jest tylko częściową. Jest tak, ponieważ „skutek prawny" znajdujemy w prawie administracyjnem, a to

ostatnie odróżniamy od prawa prywatnego tylko dzięki personifikacji. Wyzwolenie się z niej uchyla różnicę między prawem publicznem a prywatnem, gdy jednak na tem personifikacyjnem odróżnieniu zbudowane zostały wszystkie urządzenia prawne (sądy zwyczajne a urzędy administracyjne i sądy administracyjne), przeto praktycznie, powtarzamy praktycznie, nie możemy się obyć bez tego odróżniania.

Pragniemy uczynić jeszcze dwie uwagi. Mówiliśmy wyżej, że kollektywność wciska się niejako w państwo, skłaniając instytucje „prawne" do zajmowania się jej sprawami (interes, swobodne uznanie, détournement de pouvoir). Jest to tendencja do stworzenia, do rozszerzenia kontroli. I dlatego to urządzenie, wykształcenie, rozwinięcie kontroli jest centralnym punktem prawa administracyjnego.

Druga uwaga niech będzie ilustracją konsekwencyj, do których wiedzie mieszanie pojęć w wyżej podanych trzech porach i nie odróżnianie kategoryj kollektywistycznych myślenia od kategoryj indywidualistycznych. Wedle teorji socjalistycznej z chwilą urzeczywistnienia się Marxyzmu „państwo" pójdzie do rupieciarni. Gdyby odróżniano kollektywność od państwa, problem opiewałby: czy ludzkość może żyć bez prawa, kierowana tylko zasadami moralności lub estetyki. Gdyby nie miano zamiaru potwierdzić tego pytania, to wówczas należałoby mówić o rzuceniu do rupieciarni dzisiejszej kollektywności a nie państwa. I o to też Marxistom faktycznie idzie.

Skończmy jednak nasz wywód o akcie administracyjnym. W sprawie aktu administracyjnego rozwinąć nam jeszcze wypadnie dwie kwestje, a mianowicie: sprawę t. zw. wadliwych aktów administracyjnych, tudzież sprawę t. zw. publicznoprawnych umów. Pierwszą z tych kwestyj przedstawimy najpierw w najogólniejszym rysie, wedle poglądów Herrnritta, o którego książce *Grundlehren des Verwaltungsrechts* jużeśmy mówili. Herrnritt mówi najpierw o wadliwych *(fehlerhaft, mangelhaft)* czynnościach administracyjnych, a dalej dopiero o wadliwych aktach administracyjnych, przez które rozumie z tego punktu widzenia tylko rozstrzygnięcia i zarządzenia *(Entscheidungen und Verfügungen)*. Wadliwą jest wedle niego

czynność administracyjna, jeżeli nie odpowiada normom prawnym, na podstawie których powołaną została do życia, czy pod względem materjalnym, czy formalnym; taka czynność nie może wydać pełnego, ustawowego skutku. Brak lub wada czynności administracyjnej polega na rzeczowej lub formalnej nieprawidłowości. Co się tyczy wadliwych aktów administracyjnych, to są one: a) nieważne *(nichtig)*, lub b) wzruszalne *(vernichtbar* lub *anfechtbar)*. Ad a) nieważnemi są akta administracyjne: 1) jeżeli wydane zostały przez organy rzeczowo lub miejscowo niewłaściwe; 2) jeżeli polegają na postępowaniu, mającem absolutny brak; 3) jeżeli skierowane są do osiągnięcia efektu, który prawniczo lub faktycznie jest niemożliwy do osiągnięcia. — Ad b) wzruszalnemi są akty administracyjne, jeżeli: 1) polegają na innych brakach postępowania; 2) jeżeli są merytorycznie sprzeczne z ustawą. Najważniejszą rzeczą jest, co się z takiemi wadliwemi aktami dzieje. Otóż Herrnritt tak mówi: „Akt administracyjny nieważny jest nieskuteczny, to znaczy, że nie powstaną z niego dla nikogo prawa i że nie może być wykonany. Istnieje on z początku tylko pozornie, a władza kompetentna, gdy tylko się o nim dowie, winna go z urzędu usunąć. Usunięcie to ma znaczenie deklaratoryjne t. j. wypowiada się przez nie, że ten pozorny akt nigdy nie istniał. To usunięcie działa *ex tunc*. Co się tyczy wzruszalnego aktu administracyjnego, to on jest skuteczny, a tylko jest w swojej egzystencji zagrożony. Na żądanie strony pokrzywdzonej, lub też przez władzę kompetentną w granicach jej uprawnień, może być zniesiony, ale to zniesienie działa *ex nunc*. Można więc o tym akcie powiedzieć, że jest skutecznym prawnie pod warunkiem rozwiązującym". Tyle Herrnritt. W kilku słowach zaznaczamy naszą opinję w tej kwestji. Przedewszystkiem nie rozróżniamy czynności administracyjnej od aktu administracyjnego. Przyjęte przez nas bowiem pojęcie tego ostatniego jest tak szerokie, że mieści się w niem każda czynność administracyjna, jeżeli tylko ma warunki, któreśmy wyżej omówili. Dalej zauważam, że jest fikcją twierdzenie, iż w razie zniesienia aktu administracyjnego nieważnego, dotyczące zniesienie działa *ex tunc*. Jeżeli akt raz powstał i zaczął działać, to usunięcie jego

skutków jest niemożliwe. Jeżeli się mówi, iż zniesienie działa *ex tunc*, to czyni się to dla ułatwienia, jest to pewna generalizacja, w gruncie rzeczy jednak zniesienie aktu nieważnego pociąga za sobą skutki prawne, które znajdują się w pewnym stosunku do skutków prawnych, wywołanych przez ów nieważny akt administracyjny. Zapewne, niejednokrotnie usunięcie aktu administracyjnego nieważnego da się tak przeprowadzić, jakgdyby tego aktu nigdy nie było, ale to są tylko pewne wypadki, a teoretycznie musimy przyjąć, że fakt usunięcia aktu nieważnego, jak i usunięcie aktu wzruszalnego, jest nowym aktem administracyjnym, wywołującym nowe skutki, które, jakeśmy powiedzieli, są w pewnym stosunku do skutków owego nieważnego lub wzruszalnego aktu administracyjnego. Wedle poglądu naszego, akt administracyjny przedstawia się — objektywnie rzecz biorąc — jako pewna sytuacja faktyczna, pociągająca za sobą pewne skutki prawne. Ta sytuacja faktyczna ma kilka czynników. Do tych czynników należy: podmiot, który tę sytuację wywołuje, pewne zachowanie się tego podmiotu, przedmiot tego zachowania się, albo treść tego zachowania się. Otóż wiemy, że podmiotem jest organ państwowy, i to ten organ, który przez ustawę jest uznany za właściwy. Zachowanie się tego organu musi odpowiadać pewnym ogólnym przepisom formalnym, stosowanym do każdego zachowania się organów państwowych. Treść tego zachowania się, albo z punktu widzenia logiki, przedmiot zachowania się, musi być taki, żeby pozytywne ustawodawstwo łączyło z niem pewne skutki prawne. Otóż, jeżeli albo podmiot jest niewłaściwy, albo zachowanie się jego nie odpowiada formalnym przepisom, albo wreszcie treść tego zachowania się nie jest tego rodzaju, żeby ustawa wiązała z nią pewne skutki prawne, to wówczas niema sytuacji faktycznej, którąby mogła wywołać zamierzone skutki prawne. Ale nie można nie widzieć, że to jest także sytuacja faktyczna i że może wywołać także skutki prawne, ale inne, nie te, które były zamierzone.

Sądzimy, że w ten sposób wytłumaczyliśmy instytucję tak zwanych wadliwych aktów administracyjnych, nie uciekając się do fikcji działania *ex tunc*, względnie *ex nunc*. Takie ujęcie

kwestji ma jeszcze tę dobrą stronę, że uwalnia od roztrząsania, kiedy mamy do czynienia z nieważnością, a kiedy z wzruszalnością. Odpowiedź na te pytania w gruncie rzeczy nigdy nie może być zadowalniająca.

Wypróbujmy nasz pogląd na kwestji tak zwanych publiczno-prawnych umów albo umów publicystycznych. Należy do nich np. nominacja i naturalizacja. Różnicę między temi publicystycznemi umowami, a zawieranemi przez państwo, jednak ocenianemi przez prawo prywatne, a wskutek tego nazywającemi się umowami prywatno-prawnemi, upatrują w tem, że w umowach publicystycznych kontrahenci nie są równouprawnieni, bo jeden z tych kontrahentów tj. państwo ma wyższość nad drugim, mając t. zw. *imperium*. Rozstrzygnięcie pytania, czy takie akty, jak naturalizacja i nominacja, uważać wogóle za umowy, zależy od tego, jakie przyjmiemy założenia. Jeżeli w umowie widzieć będziemy tylko zgodność woli kontrahentów, to niema przeszkody, aby nominację i naturalizację uznać za umowę. Jeżeli natomiast od pojęcia umowy wymagać będziemy także równorzędności stron, to nominacji i naturalizacji nie możemy uznać za umowę ale za akty *sui generis*. Trzecia kombinacja, że pojęcie ogólne dzielimy na dwa drugorzędne pojęcia i powiadamy, iż kontrakt kupna-sprzedaży, jak i nominacja, jest umową, bo następuje w nim zgodność woli stron, a kontrakt będący nominacją zawiera się przy wyższości jednej strony nad drugą, i dlatego pierwszy z tych kontraktów nazwać muszę inaczej, jak drugi, a więc pierwszy nazywam umową prywatno-prawną, a drugi publicystyczną. Ta kombinacja nie jest uzasadnioną logicznie, bo wprowadza kryterja heteregeniczne. Jeżeli bowiem państwu przyznamy w takim kontrakcie, jakim jest np. nominacja, stanowisko wyższości, płynące z jego *imperium*, to wówczas państwu dajemy rolę ustawodawcy. Czy więc przy takim stosunku, gdzie jeden czynnik jest ustawodawcą a drugi czynnik jest jednostką, może być wogóle mowa o zgodności woli, która jest potrzebna do zaistnienia umowy? Nie mamy wątpliwości, że odpowiedź musi wypaść przecząco, należy więc wskutek tego pozostać przy dwóch pierwszych kombinacjach, a wyrzec się trzeciej,

czyli, powtarzamy, nominację, naturalizację uważać będziemy za umowę, jeśli nasze pojęcie umowy polegać będzie tylko na zgodności woli stron. Gdyby natomiast ktoś przyjmował do pojęcia umowy także i drugie kryterjum: równorzędności stron, to oczywiście nie powinien uznać naturalizacji i nominacji wogóle za umowy.

Ten rezultat ściśle logiczny zgodny jest z całym naszym poglądem na prawo publiczne, a w szczególności na prawo administracyjne. W związku z naszem zasadniczem określeniem prawa prywatnego i publicznego wysnuliśmy niejednokrotnie podkreślany wniosek, że prawo prywatne pisane jest dla ludności, a prawo publiczne, w szczególności administracyjne, jest dla państwa. Może jednak państwo, tj. porządek prawny, powiedzieć, że wszelkie czynności, choćby pochodzące od państwa, będą oceniane nie wedle tego prawa, które wydane zostało dla państwa, a więc nie wedle prawa publicznego, w szczególności prawa administracyjnego, lecz że mają być oceniane wedle prawa wydanego dla ludności. To jednak musi być wyraźnie wypowiedziane. Jednak ten przepis nie zmienia, nie wprowadza do danej czynności państwa żadnej zmiany, ani się nie da wykryć, żeby coś szczególnego w samej czynności taki przepis wywołał. Widzieliśmy np. we Francji tendencję zmniejszania się tych objawów państwa, które dotychczas były oceniane wedle prawa prywatnego. Spostrzegliśmy bowiem tendencję normowania tych objawów odrębnemi przepisami. Z tych przeto powodów nie widzimy racji tworzenia jakiejś odrębnej kategorji publicystycznych umów [1]).

[1]) P. rozdział IX.

ROZDZIAŁ IV.

KONSTRUKCJE POMOCNICZE.
II. PUBLICZNE PRAWO PODMIOTOWE.

W dotychczasowym wykładzie używaliśmy pewnych pojęć jako to: prawo podmiotowe publiczne, akt administracyjny, swobodne uznanie, materjalna prawomocność. Wszędzie daliśmy prowizoryczne określenia tych pojęć. Wypada nam obecnie ustalić te określenia. Już z powyższego traktowania przez nas przedmiotu widać, że te pojęcia uważamy za pomocnicze, t. zn., że używamy ich dla ujęcia właściwego materjału. Znaczy to, że nauka prawa administracyjnego mogłaby się bez tych pojęć obejść, gdyby znalazła inne równie lub lepiej służące do tego celu, t. j. do ujęcia w jedność tego materjału prawnego, który stanowi prawo administracyjne. W niniejszym ustępie zajmiemy się pojęciem prawa podmiotowego. Widzieliśmy, jaką ono odgrywa rolę; wedle tego pojęcia zbudowane jest w przeważnej części państw kontynentalnych sądownictwo administracyjne. Należy sobie przeto dokładnie zdać sprawę, czem ono jest. Postąpimy w następujący sposób. Weźmiemy kilka definicyj prawa podmiotowego z najnowszej literatury i będziemy się starali na ich podstawie odtworzyć rozumowanie, które do nich doprowadziło, i dojść do własnego wniosku.

Herrnritt mówi w swej nauce pr. admin. na str. 72, że przez prawo podmiotowe publiczne rozumieć należy uprawnienie (Berechtigung), t. j. udzielenie przez porządek prawny wła-

dzy, która służy państwu lub publicznemu związkowi w państwie, jako takiemu, lub która służy jednostce wskutek tego, iż jest ona członkiem tego rodzaju związku. W obawie, żeśmy tę definicję niedokładnie przetłumaczyli, zacytujemy ją w języku niemieckim. „Unter einem subjektiven öffentlichen Rechte wird eine Berechtigung, d. h. Einräumung einer Gewalt von Seiten der Rechtsordnung verstanden, welche dem Staate oder einem öffentlichen Verbande im Staate als solchem oder, welche dem Einzelnen vermöge seiner Mitgliedschaft innerhalb eines derartigen Verbandes zusteht". W tem miejscu powołuje się Herrnritt na określenie Jerzego Jellinka, który przez prawo podmiotowe rozumie prawo służące jednostce „vermöge seiner gliedlichen Stellung im Staate", i na definicję Bühlera, który mówi o prawie podmiotowem, jako „Anspruch dem Staate oder einer öffentlichen Korporation als Träger obrigkeitlicher Gewalt gegenüber".

Aby uniknąć pewnych zarzutów, uzupełnia Herrnritt dwie strony dalej swoją definicję prawa podmiotowego. Mówi: „Wtedy tylko należy przyjąć, że norma prawna chciała stworzyć publiczne prawo podmiotowe i przez to rozszerzyć sferę prawną jednostki, jeżeli przyznana przez tę normę możność (Befugnis) tak co do swej formy, jak i co do treści, jest o tyle skonkretyzowaną co do podmiotu i przedmiotu, że może być dochodzoną w sposób, który idzie dalej, aniżeli prosta powszechna ochrona porządku".

W tem miejscu powołuje się Herrnritt na definicję Ottona Mayera, wedle którego tkwiące w prawie podmiotowem władztwo jest władztwem nad częścią publicznej władzy (Macht über ein Stück öffentlicher Gewalt), które to władztwo przez porządek prawny, t. j. przez prawo przedmiotowe przydzielone zostało uprawnionemu dla jego korzyści. Wtedy przyjmuje prawo podmiotowe publiczne, jeżeli zachodzi żądanie (Forderung) świadczenia dokładnie ograniczonego. Wreszcie Bühler wymaga do zaistnienia prawa podmiotowego publicznego normy o charakterze przymusowym. Wyklucza swobodne uznanie, służące do zaspokojenia interesów indywidualnych określonych osób i to z tym skutkiem, że te osoby mogą zapomocą tej

normy wywołać pewne określone zachowanie władzy administracyjnej.

Powyższe określenie pojęcia prawa podmiotowego jest tylko jakby plamą przed wykończeniem obrazu całego. Ma zorjentować o temacie, który nas obecnie zajmuje. Jest to zresztą tylko jedna z prób definicji prawa podmiotowego, a niema materji w prawie, któraby więcej wywołała dyskusji. Cytowany już nieraz przez nas Kelsen w swojem kapitalnem dziele „Die Hauptprobleme des Staatsrechtes" dzieli teorje prawa podmiotowego na trzy grupy. Do pierwszej należą teoretycy, których nazywa teoretykami interesu (Ihering); drugą grupę stanowią teorje woli (Windscheid); trzecią grupę kombinacja dwóch poprzednich (Bernatzik i Jerzy Jellinek); czwartą grupę stanowiłaby teorja Kelsena i tych, którzy jego śladem poszli, a do których zaliczyć należy także i zacytowanego wyżej przez nas Herrnritta. O wszystkich tych teorjach wypowiemy nasze zdanie, ale już po przedstawieniu naszego rozumowania.

Jesteśmy zdania, że pojęcie prawa podmiotowego jest rezultatem sposobu myślenia naszej epoki. Pogląd na świat (Weltanschauung) nowożytnych czasów musiał zdaniem naszem doprowadzić do takiego pojęcia. Innemi słowy, pojęcie prawa podmiotowego jest rezultatem nowożytnego sposobu myślenia w dziedzinie prawa. Żeby to zrozumieć, musimy oczywiście przedtem poznać, na czem ten nowożytny sposób myślenia polega. W tym względzie wyręczymy się zwięzłą, ale wyjątkowo trafną charakterystyką, którą Jerzy Simmel w przepięknej swojej książeczce „Kant und Goethe" (wydawnictwo „Die Kultur"), podał. Posłuchajmy go. „Nowożytne czasy doprowadziły do najostrzejszego przeciwstawienia podmiotu przedmiotowi. Myślące „ja" czuje się suwerennem wobec całego świata tak, jak sobie go przedstawia. Od czasu Descartes'a „Cogito ergo sum" jest jedyną niewątpliwą rzeczą. Z drugiej jednak strony ten objektywny świat ma swoją niemiłosierną rzeczywistość, a „ja" okazuje się tylko produktem tej rzeczywistości. I tak rozdwaja się świat nietylko natury, ale i świat społeczeństwa. W społeczeństwie domaga się jednostka prawa wolności i odrębności,

podczas gdy ta rzeczywistość uważa jednostkę tylko za element, który musi podlegać jej nadindywidualnym prawom. W obydwóch przypadkach grozi suwerenności podmiotu, że albo będzie połknięta przez obcą sobie objektywność albo, że popadnie w anarchistyczną dowolność i odosobnienie". To jeden kontrast i jeden konflikt, który porusza nowożytny świat i domaga się rozwiązania. Simmel podaje jednak drugi równie trafny i równie dla nas, jako prawników, produktywny. Oto mówi dalej: „obok albo ponad tym kontrastem podmiotu do przedmiotu, wytworzył nowożytny rozwój drugi kontrast, a mianowicie: między naturalnym mechanizmem a znaczeniem („Sinn") i wartością rzeczy. Nauki przyrodnicze tłumaczą od Galileusza i Kopernika z coraz to rosnącą konsekwencją świat jako mechanizm ścisły, dający się matematycznie wyrazić. Obraz świata wedle nauk przyrodniczych, to przesuwanie się materji i energji, to posuwanie się zegaru, nieujawniające idei i nie służące celom. Świat nauk przyrodniczych nie ma miejsca dla idei, dla wartości, dla celów, dla religji i dla moralności, ale ponieważ umysł ludzki, ponieważ metafizyczny pęd w człowieku nie zrzekł się swych pretensyj do istnienia, przeto myślenie ludzkie co najmniej od ośmnastego wieku, stanęło przed wielkiem kulturalnem zadaniem. Zadanie to opiewa: Jak zdobyć na wyższej podstawie, jedność między naturą a duchem, między mechanizmem a wewnętrznem znaczeniem (Sinn), między naukową objektywnością a odczuwanem znaczeniem wartości życia i rzeczy".

Skorzystajmy z powyższej charakterystyki Simmla. Obydwa kontrasty dadzą się sprowadzić do jednego. Przedmiotowi, a więc temu światu, który rządzi się mechanicznemi, naturalnemi prawami przeciwstawia nowożytna myśl podmiot, a więc ducha, obdarzonego twórczością, wolnością, tworzącego idee, wytykającego sobie cele. Myślenie nowożytne polega właśnie na tem, że te dwa światy rozgranicza, że nie jest w stanie zidentyfikować ich. Ta identyfikacja jest kwestją dalszego rozwoju ludzkości i o tem będziemy mówić. Narazie stańmy na stanowisku tego rozdwojenia. Jakże ono się objawia w naszej dziedzinie? Kontrast podmiotu do przedmiotu, to kontrast jed-

nostki ze społeczeństwem, a więc kontrast obywatela z państwem. Drugi kontrast mechanizmu do życia, to kontrast ustawodawstwa, jako świata, do jednostki z jej wszystkiemi życiowemi siłami i potęgami. Te kontrasty doprowadziły do tego, że myślenie nasze widzi w państwie także osobę, która z jednostką prowadzi walkę, a jednostka z nią. Drugi kontrast doprowadza do tego, że pozytywne ustawodawstwo w zastosowaniu przez jednostkę, kierującą się nie logiką ustaw, ale popędami życia, ulega przekształceniu, czego dowodem naprzykład orzecznictwo sądowe.

Po tej charakterystyce nowożytnego myślenia, możemy przystąpić do naszego rozumowania.

Wyliczmy założenia. Po pierwsze: prawo (mamy na myśli prawo w znaczeniu przedmiotowem) jest porządkiem. Po drugie: prawo jest to ogół norm, powiedzmy ogólnie przepisów. Po trzecie: norma, przepis, to zdanie z punktu widzenia gramatyki, a sąd z punktu widzenia logiki. Po czwarte: zdanie to wyraża, że sytuacja faktyczna, nazwijmy ją A) pociąga za sobą skutek B). Po piąte: istnieje przymusowy sposób wywołania tego skutku B). Po szóste: ponieważ przepisy, z których właśnie składa się prawo w znaczeniu przedmiotowem, zawierają to, wyrażają to, co być „powinno" przeto naukę o tych przepisach zaliczają do nauk normatywnych. Co do tego ostatniego założenia mam inne zdanie. Nauka o przyczynach, które taki przepis wytwarza, nauka o następstwach, które taki przepis wywołuje, ta może stanowić przedmiot nauki normatywnej, ale to prawo, które już jest, prawo pozytywne, to odrywa się od przyczyn, które wytworzyły je (przyczyn etycznych, politycznych, ekonomicznych) i odrywa się od następstw, które takie prawo pozytywne wywołuje (znowu w dziedzinie etycznej, politycznej i ekonomicznej) i powinno być traktowane jako coś, co istnieje, co jest, a więc co może stanowić przedmiot nauki o istniejącem, a nie o tem, co powinno istnieć. Tutaj wypada zaznaczyć, że pod nazwą „nauka prawa" kryje się kilka nauk. A mianowicie: a) nauka historji prawa, b) polityka prawa, c) nauka o prawie w jego zastosowaniu, wreszcie d) nauka o prawie pozytywnem. Każda z tych nauk ma inną metodę.

Pierwsza historyczną, druga polityczną, trzecia deskrypcyjną, wreszcie czwarta dogmatyczną, opartą na logice. Wszystkie te nauki są konieczne, ale pod groźbą nieporozumień i zawikłań nie należy ich mieszać ze sobą. Tymczasem tak się nie dzieje. Dlatego my możliwie z największą ścisłością trzymać się będziemy tego, że ta nauka prawa, która nas tutaj zajmuje, jest nauką prawa pozytywnego, jest nauką, opierającą się na logice. Jeżeli zaś tak pojmujemy naukę prawa, tośmy ją mogli w powyższym kontraście Simmla przeciwstawić życiu, jako mechanizm, a z tego właśnie kontrastu przedmiotu do podmiotu, mechanizmu do życia, wynika naszem zdaniem pojęcie prawa podmiotowego i temu poświęcamy niniejsze uwagi.

Po tych przesłankach możemy przystąpić do przedstawienia naszego poglądu na pojęcie, na konstrukcję prawa podmiotowego.

Zacytowaliśmy wyżej charakterystykę nowożytnego myślenia, skreśloną przez Simmla. Przypominamy, że jako zasadniczą cechę nowożytnego myślenia uważa on przeciwstawienie się „ja" światu. Największe umysły, jakie wydała ludzkość, starają się usunąć ten dualizm. Te usiłowania jednak nie mogą nas tutaj zająć. Przedstawienie ich należy do filozofji. My korzystamy tylko z powyższej charakterystyki Simmla, aby stwierdzić, że pojęcie prawa podmiotowego mogło tylko powstać na tle takiego właśnie myślenia. W czemże bowiem tkwi istota prawa podmiotowego? Prawo podmiotowe nie jest niczem innem, jak tylko wyrazem stosunku „ja" do świata zewnętrznego, a tym światem jest, jakeśmy to już powiedzieli, także i prawo przedmiotowe. „Ja" stara się opanować świat zewnętrzny, stara się rozporządzać nim, stara się uczynić go swoim. Niczem innem nie jest prawo podmiotowe. Jest to wyraz opanowania przez „ja" prawa przedmiotowego. Jest to wyraz tego, że „ja" rozporządza takiem to a takiem prawem przedmiotowem, że takie to a takie prawo przedmiotowe jest jego prawem. Jakie są przeto elementy pojęcia prawa podmiotowego? Prawo przedmiotowe musi mieć w sobie element przymusu, prawo podmiotowe przeto nie jest niczem innem, jak tylko wyrazem tego, że „ja" rozporządza pewną dozą przymusu państwowego dla

siebie. To właśnie znaczy, że moje prawo podmiotowe równa się mojej normie (Cała waga tego określenia tkwi w tym zaimku „mojej"). Weźmy jakikolwiek przykład. Prawo przedmiotowe określa ogólnie, abstrakcyjnie, że taka to a taka sytuacja faktyczna pociąga za sobą taki to a taki skutek prawny, znaczy to, że ten skutek prawny będzie ewentualnie przymusowo przeprowadzony. Przerobienie tej normy w umyśle naszym na prawo podmiotowe da nam następujący obraz: ja znajduję się w opisanej przez powyższą normę sytuacji i wskutek tego rozporządzam owym przymusem, mającym sprowadzić określony w tej normie skutek. Widzimy z tego, że każda norma, w której skutek może być przymusowo przeprowadzony, da się w umyśle naszym przerobić na prawo podmiotowe, jeżeli tylko „ja" w odnośnej sytuacji odgrywa rolę. Przez to odpowiedzieliśmy na pytanie, jakie składniki mieszczą się w pojęciu prawa podmiotowego. Po pierwsze: w sytuacji, która jest treścią normy, musi „ja" odgrywać rolę. Po drugie: ta sytuacja musi być co do skutku, jaki ma za sobą pociągnąć, zagwarantowana przymusem. Więcej nie potrzeba. Wszystkie inne definicje są tylko uplastycznieniem tego pojęcia, ale nie mają prawniczego znaczenia. To uplastycznienie może być wygodne, ale na pewno nigdy nie jest ani dokładne, ani nie jest pozbawione sprzeczności.

„Ja" oznacza nietylko osobę fizyczną, ale i oczywiście wszystkie fikcje tej osoby fizycznej, a więc i osoby prawnicze, w szczególności państwo. Tak więc jednostka może mieć prawo podmiotowe wobec państwa, jak i państwo może mieć prawo podmiotowe wobec jednostki.

Z naszego pojmowania prawa podmiotowego wynikają trzy konsekwencje. Po pierwsze: liczba praw podmiotowych nie jest zamknięta. Po drugie: wrodzonych praw podmiotowych niema. Po trzecie: wszystkie definicje, które idą poza wymienione przez nas elementa prawa podmiotowego, są tylko plastycznemi obrazami, ale prawniczego znaczenia nie mają. Temi konsekwencjami się zajmiemy.

Przedtem jednak uczynić nam wypada kilka uwag.

Rezultaty, do których doszliśmy, zgadzają się w ogólności

z teorją prawa podmiotowego Kelsena (Hauptprobleme der Staatsrechtslehre) a zbliżone są co do kierunku myślenia do teorji Thona (Rechtsnormen und subjektives Recht). Nie wiem jednak, czy Kelsen zgodziłby się na moje rozumowanie, które mnie do tych rezultatów doprowadziło (w szczególności na szóste założenie na str. 5), i czy zgodziłby się na wszystkie konsekwencje, które stąd wysnuwam. Wydaje mi się, że główna różnica pomiędzy mną a Kelsenem tkwi w tem, że Kelsen nie ma w duszy, ani w umyśle obrazów tego ustawodawstwa i tej teorji prawa, którą daje absolutny pogląd na świat. Kelsen jest relatywistą. Możność przeniesienia się umysłem w pogląd na świat wprost przeciwny uwypukla, jak nic innego, charakterystyczne dane badanych instytucyj. Takie przeciwstawienie sobie skrajnie przeciwnych poglądów na świat jest metodycznie wskazane i powinno też być używane.

Dla określenia stanowiska Kelsena podamy kilka cytatów. Wedle niego prawo podmiotowe jest normą w szczególnem odniesienia jej do podmiotu: (Rechtssatz in einer besonderen Beziehung auf das Subjekt). Zaraz dalej mówi Kelsen: „o prawie podmiotowem mówimy, jeżeli norma służy do mojego rozporządzenia, t. j. jeżeli wyrażona w normie warunkowa wola państwa pewnego szczególnego zachowania się, jest między innemi także ode mnie zależną, a mianowicie, jeżeli jest uwarunkowaną także przez oświadczenie się mojej osoby". Najdokładniejszą definicję prawa podmiotowego znajdujemy na stronie 625: „prawem podmiotowem jest norma w jej stosunku do tej osoby, od której rozporządzenia zależy realizacja wypowiedzianej w normie woli państwa do skutku bezprawia. („Das subjektive Recht ist der Rechtssatz in seinem Verhältnis zu derjenigen Person, von deren Verfügung die Realisierung des im Rechtssatze ausgesprochenen Willens des Staates zur Unrechtsfolge abhängig gemacht ist").

O Thonie powiedzieliśmy, że kierunek jego myślenia odpowiada naszemu. Jednak Thon nie wysnuł wszystkich konsekwencyj ze swego prawidłowego myślenia. Nie rozbierając ostatecznej jego definicji, powiemy tylko, że zgadzamy się z nim do tej chwili, do której twierdzi, że prawo podmiotowe jest

roszczeniem (Anspruch), t. j. mocą obudzenia imperatywów nakazujących sędziemu dostarczenia pomocy prawnej (Macht zur Wachrufung der Imperative, welche dem Richter Rechtshilfe zu leisten befehlen). Kelsen i Thon nie tłumaczą, skąd teorja ich się zrodziła, jaki sposób myślenia do niej wiedzie. W relatywistycznym poglądzie na świat przeciwstawiającym „Ja" światu zewnętrznemu, musiało powstać takie myślenie, jakieśmy wyżej nakreślili.

Ażeby, zrozumieć konsekwencje, któreśmy wyżej zaznaczyli, uczynić jeszcze wypada kilka uwag. Prawo w znaczeniu przedmiotowem opiera się na jednej jedynej apriorycznej zasadzie: prawo zaprowadza ład i porządek. Ale nie należy już do prawa określenie, na czem ten ład i porządek polega, wedle jakich zasad ustanawia się przepisy, których zachowanie daje ten ład. Zasady te można czerpać albo z moralności bezwzględnej (religji) albo z relatywistycznej etyki, albo z interesów gospodarczych lub politycznych. Zasad tych więc tam trzeba szukać, w tych odpowiednich naukach. Do prawa należy tylko forma. Właśnie to odróżnienie dopomaga do jasnego sądu o prawie, a pomięszanie tych kwestyj mści się w sposób niejednokrotnie dotkliwy. Kto w ten sposób patrzy na prawo, ten musi uznać wszelką inną teorję, jak tę, którąśmy przyjęli, za nieprawniczą. Prawda, umysł ludzki dąży do tego, aby mieć definicję plastyczną, definicję czegoś, co jest widzialne (anschaulich), i dlatego nie należy się dziwić, że przez prawo podmiotowe rozumie wielu teoretyków władztwo przedmiotu nad podmiotem, płynące z prawa przedmiotowego i przez to prawo uznane. Ta definicja jest wygodna, ale nie jest prawnicza; prawnika bowiem nie obchodzi to, co podmiot z jakimś podmiotem robi, ale obchodzi go tylko, czy i jaki skutek prawny pociąga za sobą pewna sytuacja faktyczna. Tak samo nie przeczymy, że mniej więcej każde prawo podmiotowe jest pewnym interesem podmiotu, ale interes także nie obchodzi prawnika, bo jak już powiedzieliśmy, obchodzi go tylko skutek prawny, który pociąga za sobą dana sytuacja faktyczna. Wreszcie to samo powiedzieć należy o teorjach woli.

W ten sposób uzasadniliśmy trzecią konsekwencję, którą

wysnuliśmy z naszych danych. Nietrudno przyjdzie nam uzasadnić drugą konsekwencję: jeżeli prawo podmiotowe jest przetworzeniem w naszym umyśle prawa przedmiotowego, to oczywiście prawo przedmiotowe musi już istnieć. Praw podmiotowych wrodzonych, apriorycznych niema. Mogą tylko być postulaty t. zn. można się domagać takiego prawa przedmiotowego, któreby można przetworzyć w umyśle na odnośne prawo podmiotowe. Te postulaty muszą być uzasadnione. Jeżeli więc naprzykład mówimy, że istnieją boskie prawa podmiotowe, to to znaczy, że szukamy uzasadnienia dla tych praw w religji, a więc w bezwzględnej moralności; jeśli mówimy, że istnieją naturalne prawa podmiotowe, to to znaczy, że szukamy dla tych postulatów uzasadnienia w całokształcie naszego poglądu na świat. Jeżeli mówimy, że istnieją pewne prawa podmiotowe dlatego, że domaga się ich etyka lub sprawiedliwość, to oznacza to, że szukamy uzasadnienia dla tych postulatów w relatywistycznej etyce lub w relatywistycznem poczuciu sprawiedliwości. W każdym razie są to tylko postulaty, są to tylko punkty pewnego programu. Prawem podmiotowem zaś staną się dopiero wówczas, gdy dotyczące prawo przedmiotowe zaistnieje.

Pozostaje nam do omówienia pierwsza konsekwencja. Powiedzieliśmy, że liczba praw podmiotowych nie jest zamknięta. Wydaje nam się, że jest to konieczny wniosek naszego stanowiska. Prawo przedmiotowe może być uważane w pewnej chwili za zamknięte, bo prawo przedmiotowe jest w tem naszem rozumowaniu światem zewnętrznym, a więc tem, co się da ująć, ograniczyć, zamknąć. Ale prawo podmiotowe jako wytwór myśli tylko ludzkiej, jako przetworzenie w naszem myśleniu prawa przedmiotowego, musi być, jak wogóle myślenie ludzkie, swobodnem, wolnem. Teorja prawa dostarcza w każdej prawie dziedzinie dowodów na to. Przypominamy np. spór, który powstał w nauce cywilnego prawa austrjackiego, czy istnieje prawo podmiotowe do wynagrodzenia szkody idealnej. Zgodzono się, że istnieje. Cóż się stało? Oto myśl ludzka pewne przepisy, a więc pewne prawo przedmiotowe, które istniało tak dobrze przedtem, jak i potem, przetworzyła w prawo podmiotowe. Profesor Zoll stworzył nową kategorję praw podmioto-

wych, tak zwane prawa do rzeczowych podobne. Co to znaczy? Oto przetworzył w umyśle pewne przepisy przedmiotowe na prawo podmiotowe, wynalazł pewne wspólne kryterjum dla nich i umieścił je w systemie. Nowe wynalazki, nowe stosunki gospodarcze, zmieniający się pogląd na świat wywołują coraz to nowe ustawy. Wszystkie będą przetwarzane na prawa podmiotowe. Weźmy jako przykład prawo autorskie. Obok materjalnych praw podmiotowych, płynących z prawa autorskiego przedmiotowego, dobijają się uznania prawa autorskie podmiotowe-osobowe. Praca, którą tu należy pokonać, polega na tem, że należy stworzyć taki przedmiotowy przepis, któryby przetworzony na prawo podmiotowe zaspokoił postulat ochrony nietylko materjalnych dóbr autora, ale także związanych z jego utworem, z jego dziełem imponderabiljów, równie, a może nieraz ważniejszych dla niego, niż materjalne dobra płynące z jego twórczości.

Obecnie będziemy w stanie rozwiązać pewne kwestje, które w literaturze i w praktyce wywołują pewien spór. Przedstawiając sprawę sądownictwa administracyjnego, dostrzegliśmy, że naprzykład we Francji conseil d'état rozpatruje nietylko te kwestje, w których naruszone zostało czyjeś prawo podmiotowe, ale także i te sprawy, w których naruszonym został czyjś interes. Wynikałoby z tego, że prawu podmiotowemu przeciwstawia się interes. Możemy już na podstawie powyższych naszych wywodów stwierdzić, że takie przeciwstawienie nie jest uzasadnione. Pytanie, czy sprawa podpada pod orzecznictwo Sądu administracyjnego, zależy wyłącznie od tego, czy została rozstrzygnięta legalnie, czy nie. Co to znaczy: legalnie? Znaczy to, że przy rozstrzygnięciu naruszony został pewien przepis, pewne prawo przedmiotowe. Jeżeli naruszenia takiego prawa przedmiotowego nie było, to nie może być także mowy o sądzeniu administracyjnem. Jeżeli więc naprzykład francuski conseil d'état zajmuje się sprawami, gdzie ktoś został pokrzywdzony nie w swem prawie podmiotowem, a więc nie przez naruszenie normy, którą ten ktoś przetwarza w odniesieniu do siebie; to w takim razie conseil d'état idzie dalej, niż na to badanie legalności aktu administracyjnego zezwala i w ten sposób

w razie stałego powtarzania swojej decyzji tą drogą wytwarza nowe prawo podmiotowe; ale trzeba sobie zdać sprawę, że w tych przypadkach conseil d'état występuje w roli ustawodawcy. Druga sprawa, która w literaturze jest rozważana, to pytanie, czy tak zwane refleksy (Reflexwirkungen) cudzych praw podmiotowych na inne osoby są prawami podmiotowemi, czy nie. Ihering określa te refleksy, jako niezamierzone, a nieuchronne skutki obcych czynności, stanów, praw, skutki dla osób trzecich. Herrnritt, któregośmy już niejednokrotnie wspominali, mówi o refleksach obcych praw podmiotowych na inne osoby, jako polegających na rzeczywistych korzyściach lub szkodach, a wypływających z czynności, które władza przedsiębierze na skutek swojego obowiązku. Takie refleksy sprawiają, że te trzecie osoby mają interes w tem, aby się władza w odpowiedni sposób zachowywała. Herrnritt każe ściśle odróżnić te refleksy od praw podmiotowych. Dla nas pojęcie refleksu nie istnieje. Prawda, pozwolenie na budowę jakiegoś domu albo jakaś koncesja wodna ma wpływ, a więc wywołuje refleks na stosunki trzecich osób. Ale czy te trzecie osoby będą miały jakieś prawo podmiotowe czy nie, to zależy od tego, czy istnieje norma prawna, która pozwala im przy udzielaniu takiego pozwolenia współdziałać. Czy np. uzasadniony ich protest wstrzymuje udzielenie pozwolenia, czy nie. Jeżeli takiej normy prawnej niema, nie może także być mowy o naruszeniu sfery prawnej tych trzecich osób, a więc wszelki refleks jest prawnie obojętny (mówimy: prawnie).

Przez normę, przepis, rozumiemy zdanie, które łączy z pewną sytuacją faktyczną pewien skutek prawny. Musi być określony skutek prawny, ale na czem on polega? Stwierdzić należy, że granice jego są szerokie. Skutkiem prawnym jest kara, egzekucja, stwierdzenie, że pewne orzeczenie, że pewien akt nie egzystuje, jest nieważny, nieskuteczny i t. d. Ten, któremu służy prawo podmiotowe, ma wskutek tego skargę albo ekscepcję, może wnieść zażalenie lub zaskarżenie, doniesienie. W każdym razie jednak tylko taka norma nadaje się do przetworzenia na prawo podmiotowe, która jakiś skutek prawny w sobie zawiera. Nie chcę rozstrzygać w tem miejscu kwestji,

czy istnieją normy nie zawierające skutku prawnego. Np. czy istnieją normy pouczające, objaśniające. Ograniczam się do przestrzeżenia, że częstokroć tak zwana pouczająca lub objaśniająca norma pozornie tylko jest odrębną normą, a właściwie jest ona tylko osobnem określeniem sytuacji faktycznej, która w innej normie złączona jest ze skutkiem prawnym.

Wkońcu jeszcze jedna uwaga: czy tak zwane instrukcje służbowo-urzędowe mogą służyć do wytworzenia praw podmiotowych czy nie. Musimy dać odpowiedź negatywną. Instrukcje te nie są znane trzecim osobom, a więc dla nich nie istnieją. Jeżeli zaś tak jest, to nie mogą być przerobione czy przetworzone na prawo podmiotowe.

A teraz pytanie: na co służy pojęcie prawa podmiotowego? Dla człowieka myślącego jest rzeczą zawsze ważną wiedzieć, co oznacza pojęcie, którem się niemal automatycznie posługuje. „Moje" prawo jest takiem pojęciem, którem w życiu codziennem posługujemy się ciągle. Dla prawnika pojęcie prawa podmiotowego jest ważne z tego powodu, że wskazuje ono osobę, która ma wnieść skargę, zażalenie i t. d. Wreszcie łatwiejszem jest zbudowanie systemu wedle pojęcia prawa podmiotowego, niż wedle jakiegoś kryterjum, zaczerpniętego z prawa przedmiotowego. Jakkolwiek jest, nauka prawa administracyjnego musi dokładnie zbadać pojęcie prawa podmiotowego, bo, jak widzieliśmy, sądownictwo administracyjne opiera się na tem pojęciu. Przeważna część ustawodawstw powiada, że przed Sąd administracyjny wnieść może skargę ten tylko, kto został naruszony w swojem prawie podmiotowem.

Na zakończenie przedstawimy najnowszą teorję Felixa Kaufmanna (w „Logik und Rechtswissenschaft", Tübingen 1922 str. 108 n.). Posłuży nam ona do podkreślenia zasadniczych momentów naszego rozumowania.

Kaufmann wywodzi: wtedy mówi się o prawie podmiotowem jednej osoby wobec innej, jeżeli zależy od jej zachowania, czy dla tej innej osoby powstaje obowiązek prawny. Innemi słowy: „A ma wtedy prawo do B, jeżeli na zasadzie zachowania się Z_1 osoby A, osoba B powinna się zachować w sposób Z_2, gdyż inaczej nastąpi wobec niej zachowanie się Z_3".

Kaufmann przyznaje się do pokrewieństwa z Kelsenem, stwierdza jednak poważną różnicę: „Prawo podmiotowe, jako czyste pojęcie prawnicze, musi być wprawdzie definjowanem tylko przez przepis prawny względnie przez jego elementy, ale przez to nie jest wykazaną jego identyczność z przepisem prawnym. Prawo podmiotowe nie jest samym przepisem prawnym, lecz jest stanem faktycznym, który, w zupełności da się ująć formalnie-prawniczo (es ist nicht der Rechtssatz selbst, sondern ein formaljuristisch volkommen erfassbarer Tatbestand)".

Jeżelibyśmy mieli trzymać się słów, to nie możnaby zarzucić Kelsenowi, że jego zdaniem prawo podmiotowe jest tylko przepisem prawnym, jak z drugiej strony nie możnaby powiedzieć o Kaufmannie, że wedle niego prawo podmiotowe jest tylko stanem faktycznym (dającym się ująć formalnie-prawniczo). Kelsen bowiem mówi wyraźnie, że prawo podmiotowe jest przepisem prawnym „w jego stosunku do osoby, która i t. d.", a więc mówi tak, jakgdyby chciał wyrazić, że prawo podmiotowe jest „stosunkiem" przepisu prawnego do osoby. Co do Kaufmanna zaś, to wystarczy przeczytać jego określenie prawa podmiotowego, zacytowane przez nas wyżej, aby dostrzec, że ów stan faktyczny, którym wedle niego jest prawo podmiotowe, określa on tylko przez i zapomocą przepisów prawnych. Różnica więc między Kelsenem a Kaufmannem nie tkwiłaby w rzeczy, ale tylko w słowach użytych do określenia. W gruncie rzeczy wedle obydwóch prawa podmiotowego nie można sobie wystawić bez przepisu prawnego, bez normy, bez prawa przedmiotowego, a powtóre: w gruncie rzeczy prawo podmiotowe jest przetworzoną przez podmiot normą. Idzie o to, jak określić to przetworzenie, jakiemi wyrazami opisać tę przez osobę przetworzoną normę. Tutaj nietylko mogą, ale muszą być różnice między autorami, prawo podmiotowe bowiem jest tworem idealnym, jest myślą, jest pojęciem. Roztacza się więc cała gama możliwości: od definicji czysto abstrakcyjnej, na modłę matematyczną, do bardzo plastycznej, uzmysławiającej. Osobiście nie przywiązuję zbytniej wagi do takiej czy innej definicji, żadnej bowiem nie mogę uważać za źródło, z którego miałaby wypływać dedukcja prawnicza. Źródłem tem jest i może być

tylko norma, tylko prawo przedmiotowe. Jak, t. j. w jakich wyrazach dana osoba przetworzy sobie odnośną normę, jest sprawą drugorzędną, ważnem jest tylko złączenie osoby, do której odnosi się określona w normie sytuacja faktyczna, z skutkami przewidzianemi w tej normie. Dlatego to zadowolniliśmy się wyliczeniem tylko elementów pojęcia prawa podmiotowego.

Jest rzeczą charakterystyczną, że obaj teoretycy, o których mówimy, Kelsen i Kaufmann, stojący na gruncie czysto prawniczym, a więc formalnym, wolni od wszelkiej psychologji z jednej strony, a elementów politycznych, socjalnych etc. z drugiej strony — przecież gdy idzie o definicję prawa podmiotowego opuszczają grunt formalno-prawniczy. Trafnie zwraca na to uwagę Rudolf Löbl w swej krytyce książki F. Kaufmanna (w Ztsch. f. öff. Recht, III t., 3 i 4 zesz. str. 427 n.). Zapytuje, czy pojęcie prawa podmiotowego, przynajmniej w całości określających je momentów, nie wybiega poza sferę formalnej nauki prawa. Kelsen mówi, że prawo podmiotowe jest takim stosunkiem podmiotu do przepisu prawnego, że prawo może być określone, jako *jego* prawo, mówimy bowiem nawet, że ktoś „ma" prawo. Spróbujmy więc, mówi Löbl, zanalizować pojęcie „mieć". Opierając się na badaniach logicznych Husserla, dochodzi do przekonania, że „mieć" rzecz znaczy, że ona wpada w zakres działalności osoby (Wirkungsbereich), ten zaś stosunek osoby i rzeczy — gdy go ujmujemy, jako akt spostrzegania — da się podporządkować „pod ogólny typ stosunku części i całości". Innemi słowy jest to rozszerzenie osoby przez wciągnięcie w nią rzeczy, jako jej części. Obraz, który Löbl ma przed oczyma, wyjaśnia przykład, którym operuje. Co znaczy, że robotnik ma młot? „Wyłania się tutaj przedewszystkiem", mówi Löbl, „akt spostrzegania, który ujmuje osobę, i drugi akt, który ujmuje młot. W syntezie tych dwóch aktów daną jest osoba, jako mająca młot. Jeżeli mówimy, że osoba ma młot, to wyrażamy przez to, iż młot w jakiś sposób wpada w zakres tej osoby. Jak część (w ściślejszem znaczeniu) należy do przestrzennego zakresu całości, tak przedmiot, który ktoś trzyma w ręku, należy do zakresu ruchów ciała, kierowanych przez jego wolę".

Uwagi Löbla są pouczające. Przedewszystkiem wyrażają

one w ciaśniejszych ramach to tylko, co cechuje całe myślenie nowożytne, t. j. przeciwstawienie „ja" światu zewnętrznemu, a dalej są próbą określenia stosunku, który ten dualizm wytwarza. Otóż ta próba, mimo pozorów objektywizacji, dowodzi, że nawet z stanowiska logiki nie obejdzie się bez fikcji antropomorficznej (wciągnięcie rzeczy w osobę, jako jej, t. j. tej osoby, części). I tę właśnie cechę fikcji (w znaczeniu filozoficznem) mają i muszą mieć wszystkie definicje prawa podmiotowego, czy widzieć w niem będziemy władztwo, czy wolę, czy podciągniemy je pod typ stosunku części i całości, czy uciekniemy się poprostu do obrazu, że „ma się swoje prawo". Jest tak dlatego, że pojęcie prawa podmiotowego jest wytworem naszego myślenia polegającego na dualizmie, z tą zaś chwilą, gdy „ja" w taki czy inny sposób przetwarza świat zewnętrzny, musi go ująć w sposób wciągający go w siebie, a więc antropomorficzny. Pojęcie prawa podmiotowego byłoby zbędne, gdyby „ja" czuło się jednością z światem zewnętrznym (w dziedzinie prawa gdyby jednostka czuła się jednością z porządkiem prawnym, t. j. z państwem). Gdy tak nie jest i dopóki tak nie jest (ale także „odkąd" tak nie jest), konieczną jest jakaś synteza. Będzie ona jednak zawsze niedoskonałą, zawierającą sprzeczności, sztuczną, bo zlać będzie się starała elementy heterogeniczne (w naszym umyśle, wedle obecnego myślenia).

O cóż więc idzie? Potrzebujemy takiej lub innej definicji prawa podmiotowego. Jakąkolwiek jednak przyjmiemy, powinniśmy pamiętać, że to tylko pojęcie pomocnicze, do którego zmuszeni jesteśmy przez nasze myślenie relatywistyczne, że jednak materjałem nauki prawa (w znaczeniu określonem przez nas wyżej) są normy i tylko normy. Wskutek tego pojęcie prawa podmiotowego należy do nauki prawa o tyle, o ile prawo podmiotowe jest także normą, normą przetworzoną przez jednostkę, ale normą. Określenie tego przetworzenia, t. j. użycie takich lub innych wyrazów dla określenia rezultatu tego przetworzenia, nie powinno nam przesłaniać fundamentalnego założenia nauki prawa, że jest ona nauką o przepisach prawnych, o normach.

ROZDZIAŁ V.

KONSTRUKCJE POMOCNICZE: III. SWOBODNE UZNANIE.

Rozważania nad tem, czem jest swobodne uznanie, pozwalają nam wykryć zasadnicze nieporozumienie, w którem tkwi, naszem zdaniem, nauka prawa administracyjnego. Przed wykazaniem tego, przypominamy nasze stanowisko. Przez prawo prywatne rozumiemy przepisy, regulujące działalność jednostek. Działalność tę kontrolują Sądy zwyczajne. Przez prawo publiczne rozumiemy przepisy, regulujące działalność państwa, wykonywaną oczywiście przez najrozmaitsze organy. Tę działalność państwa kontroluje jednostka zapomocą całego szeregu urządzeń, z których szczytowem jest sądownictwo administracyjne. Jeżeli patrzeć będziemy na te sprawy z tego punktu widzenia, to wysnujemy przedewszystkiem dwa wnioski. Po pierwsze: kodeks cywilny i inne ustawy prywatno-prawne nie są pisane dla sądów zwyczajnych, ale dla ludności, sądy zaś zwyczajne mają tylko kontrolować, czy ten kodeks i te ustawy prywatno-prawne były przestrzegane. Natomiast wszystkie ustawy administracyjno-prawne są pisane dla państwa, bo ono przez swoje organy jest czynnikiem działającym, a jednostka ma tylko w odpowiedniej drodze kontrolować, czy państwo przestrzega te ustawy. Drugi wniosek, który wysnuwamy, patrząc na rzecz z naszego punktu widzenia, jest ten, że fałszywym jest obraz, który zyskujemy, jeżeli porównywamy działalność sę-

dziego zwyczajnego z działalnością organów administracyjnych. Działalności organu administracyjnego odpowiada działalność jednostek w tej dziedzinie, która jest unormowaną prawem prywatnem. Działalności sędziego zwyczajnego, który, jakeśmy powiedzieli, ma za zadanie kontrolowanie działalności jednostki, odpowiada działalność tych organów, które kontrolują działalność administracyjną państwa, a do których, jakeśmy powiedzieli, na samym szczycie należy sądownictwo administracyjne.

Tymczasem nauka prawa administracyjnego zestawia działalność sędziego zwyczajnego z działalnością organu administracyjnego i stąd wysnuwa cały szereg wniosków, z których jednym jest pojęcie swobodnego uznania. Oto jak rozumuje nauka prawa administracyjnego. Tak sędzia zwyczajny jak urzędnik administracyjny, mają jedno i to samo zadanie. Obaj bowiem stosują przepisy prawne do konkretnego przypadku, czyli, jak to się mówi, subsumują konkretny przypadek pod przepisy prawne. Różnica pomiędzy nimi jest ta, że sędzia zwyczajny ma te przepisy, które ma stosować, a więc kodeks cywilny i inne ustawy prywatno-prawne daleko ściślej określone, aniżeli urzędnik administracyjny. Powiadają, że ta dziedzina, w której obraca się urzędnik administracyjny jest tak zmienną i tak skomplikowaną, iż przepisy, które ma stosować do konkretnego przypadku, nie mogą być tak ścisłe, jak przepisy kodeksu cywilnego i innych ustaw prywatno-prawnych. Rodzi się wskutek tego konieczność, że ustawy administracyjne upoważniają urzędnika administracyjnego do tego, aby w sprawie, w których niema wyraźnego rozstrzygnięcia w ustawie, rozstrzygał sam wedle swojego uznania. To uznanie może być mniej lub więcej skrępowanem. Literatura mówi o tak zwanem związanem uznaniu (Gebundenes Ermessen), jeżeli ustawa wskazuje urzędnikowi administracyjnemu kierunek, w którym jego decyzja ma zapaść, to znaczy, jeżeli podaje pewne kryterja, wedle których urzędnik administracyjny ma powziąć swoją decyzję. Jeżeli zaś nawet takiego kierunku ustawa administracyjna nie daje, a urzędnik kieruje się tylko względami na dobro publiczne, to wtedy mówimy o wolnem, swobodnem uznaniu (Freies Ermessen).

Nam się wydaje, że problem ten jest niewłaściwie postawionym. Kodeks cywilny i inne ustawy prywatno-prawne są, jakeśmy powiedzieli, pisane dla ludności. Znaczy to, że ludność w swojej pracy twórczej ma trzymać się pewnych reguł, wskazanych ze względu na porządek publiczny w kodeksie. Główną rzeczą jednak, istotą, jest praca twórcza. Odpowiednikiem tego po stronie państwa musi być także praca twórcza. Któż ją wykonywa? Organy państwowe, w imieniu państwa. Tak, jak w działalności prywatno-prawnej, kodeks cywilny i inne ustawy prywatno-prawne odgrywają tylko tę rolę, że w działalność twórczą jednostki wprowadzają element porządku i ładu społecznego, tak samo w dziedzinie twórczej państwa, ustawy administracyjne wprowadzają ten sam pierwiastek ładu i porządku. O cóż bowiem idzie? I w jednej i w drugiej dziedzinie, o zapobieżenie samowoli, a nie powinno nas bałamucić, że w dziedzinie prawa prywatnego ta samowola byłaby po stronie jednostki, a w dziedzinie prawa publicznego po stronie państwa. Jakżeż fałszywie wykrzywione pojęcie o prywatnej działalności jednostek miałby ten, ktoby sądził, że ta działalność wyczerpywa się w tem, o czem pomyślał kodeks cywilny i inne ustawy prywatno-prawne. Tak samo na nieporozumieniu polega wyobrażenie, że urzędnik administracyjny na to tylko jest, aby stosował ustawę administracyjną do konkretnego przypadku. Urzędnik ten tak samo, jak jednostka, działa twórczo, w tej oczywiście dziedzinie twórczości, którą państwo sobie zostawiło, a ustawa administracyjna odgrywa wobec niego taką samą rolę, jaką wobec obywatela w jego prywatnej dziedzinie kodeks cywilny i inne ustawy prywatno-prawne.

W prawie prywatnem istnieje fikcja, że kodeks cywilny wraz z innemi ustawami prywatno-prawnemi normuje wszystkie stosunki i objawy życia prywatnego, to znaczy wszystkie objawy działalności jednostki. Na tej fikcji opiera się instytucja interpretacji, analogji, a nawet w pewnych okresach instytucja rozstrzygania wedle prawa natury, (instytucja ta, przybiera inne nazwy, ale nigdy nie ginie). To samo rozumowanie wiedzie w prawie administracyjnem do instytucji swobodnego uznania. Na dnie spoczywa ta sama fikcja, że prawo administracyjne

określa całą działalność urzędów administracyjnych, jeżeli zaś ten lub inny objaw nie może być ściśle określony, to czyni się to w formie zawartego w ustawie upoważnienia, aby urzędnik rozstrzygał te sprawy wedle swobodnego uznania.

Fikcji tej nie podzielamy. Przedtem jednak dla uniknięcia nieporozumień, uczynić musimy kilka uwag. Pytanie, czy jakiś przypadek, czy jakiś objaw działalności jest uregulowany przez ustawy, czy nie, nie jest łatwem do rozstrzygnięcia. Każda ustawa zawiera szereg wyrazów nieokreślonych. Są to założenia, na których buduje się całe prawodawstwo. Otóż te wyrazy można rozmaicie rozumieć. A cóż dopiero, gdy przejdziemy do sądów [1]), do związku tych sądów między sobą i do wniosków, które stąd się wysnuwa. Interpretacja przeto, analogja, uciekanie się do prawa czy natury, czy zdrowego rozsądku i t. p., będzie miało zawsze (bo musi mieć) szeroki zakres. Nigdy też nie będzie można powiedzieć z całą pewnością, że coś jest lub nie jest uregulowanem przez prawo i z całą pewnością powiedzieć, jak jest uregulowane. To zastrzeżenie uczyniliśmy, aby tem śmielej postawić zasadniczą tezę. Mylnem jest mniemanie, żeby cała działalność jednostki była uregulowana przez kodeks cywilny i inne ustawy prywatno-prawne, a cała działalność państwa była uregulowaną przez prawo publiczne. Uregulowaną jest i tu i tam tylko o tyle dotycząca działalność, o ile to jest wskazane ze względu na porządek publiczny. W społeczeństwach, które kierują się i żyją wedle światopoglądu relatywistycznego, niema żadnego absolutnego kryterjum, wedle którego możnaby powiedzieć, czem jest stale i wiecznie ten porządek publiczny. Jest to pojęcie względne. Jeżeli tedy zważymy, że ustawodawstwo nigdy nie może nadążyć, a cóż dopiero wyprzedzić życia, to zrozumiemy, że dziedzina działalności tak jednostki, jak państwa, nieuregulowana przez żadne przepisy, może być znaczną z dwóch powodów. Po pierwsze: zasadniczo nie jest uregulowaną przez prawo ta część działalności, której uregulowania nie domaga się porządek publiczny. Po drugie: istnieje część działalności, która wedle opinji powszechnej po-

[1]) W znaczeniu logicznem.

winna być uregulowana, a która przez pozytywne ustawodawstwo nie jest uregulowaną. Tę różnicę między opinją a faktycznym stanem ustawodawstwa wypełnia interpretacja, analogja i cały szereg innych środków, natomiast tej części, o której mówiliśmy wyżej pod 1), nie powinno się niczem wypełniać.

Stosując powyższe wywody do instytucji swobodnego uznania, powiemy, że nam, którzy wychodzimy z założenia, iż działalność państwa przez jego organy administracyjne nie jest stosowaniem przepisów, ale jest działalnością twórczą i to częściowo określoną przez ustawy, ale także częściowo nie znajdującą w tych ustawach określenia, — sprawa swobodnego uznania przedstawia się inaczej, jak w dotychczasowej nauce.

Idzie o skutek prawny, skutek prawny zaś następuje, jeżeli zajdą pewne założenia. Te zaś założenia albo są określone przez ustawę, albo nie są określone, albo też częściowo, jedne są określone, inne nie, przez ustawy. Jeżeli np. ktoś zawiera kontrakt prywatno-prawny, to cały szereg założeń jest określony przez ustawę np. zdolność prawna, zdolność do działania stron, zdatność rzeczy do obiegu, forma umowy w pewnych przypadkach i t. d. ale przecież żadna ustawa nie określa, że Antoni ma właśnie z Błażejem zawrzeć umowę. Jeżeli np. ktoś robi rozporządzenie ostatniej woli, to ustawa określa szereg założeń, jak zdolność testowania, formę rozporządzenia ostatniej woli i t. d., ale przecież żadna ustawa nie przepisuje, że Antoni ma właśnie Czesławowi lub Dominikowi majątek zapisać. Tak samo ma się rzecz w prawie administracyjnem. Idzie o skutek prawny pewnego zarządzenia. To zarządzenie wydaje władza na podstawie pewnych założeń. Założenia te są określone w ustawie, ale część ich lub nawet wszystkie mogą nie być określone w ustawie. Otóż zarządzenie wydania na podstawie takich założeń nieokreślonych w ustawie, nazywa się zarządzeniem wydanem na podstawie swobodnego uznania. W istocie nie różni się ta sprawa od analogicznej sprawy prywatno-prawnej. Inaczejby nam się rzecz przedstawiała, gdybyśmy idąc za śladem dotychczasowej nauki, chcieli zestawiać działalność urzędnika administracyjnego z działalnością sędziego zwyczajnego. My jednak zestawiamy działalność urzędnika administracyjnego z działalno-

ścią jednostki i, dlatego nie dziwimy się, że i jeden i druga postanawia coś, czyni coś, na podstawie założeń, które nie są określone w ustawie.

Sprawa nie będzie jednak wyczerpana, jeżeli nie rozstrzygniemy jeszcze kilku kwestyj. Po pierwsze: czy należy dążyć do tego, aby wszystkie założenia, na których wspiera się orzeczenie lub zarządzenie administracyjne, były określone w ustawie. Nawet gdybyśmy powiedzieli, że do tego dążyć należy, jest to niemożliwe do osiągnięcia i niepraktyczne. Ustawa np. powiada, że w razie rozruchu, władza ma przedsięwziąć odpowiednie środki. Czy możliwem jest, aby ustawa naprzód przewidziała wybór środków i t. d., i t. d. Po drugie: czy pozostawienie pewnych założeń, nieokreślonych nie wiedzie do nadużyć. Z pewnością tak jest. I na to należy wynaleźć środki z jednej strony zapobiegające, z drugiej strony represyjne. To zaś nas wiedzie do trzeciej kwestji, jaką jest kontrola orzeczeń i zarządzeń powziętych na podstawie założeń, nieokreślonych w ustawie czyli na podstawie t. zw. swobodnego uznania. W polskiem ustawodawstwie i w wielu innych sprawy takie są wykluczone od orzecznictwa N. T. A. Ale winniśmy tu uczynić jedno zastrzeżenie. Nie jest wykluczoną prejudycjalna kwestja, czy sprawa należy do tych, które mają być rozstrzygane na podstawie swobodnego uznania. Pozostaje zatem kontrola, każda inna z wyjątkiem sądowo-administracyjnej. Znamiennem jest to, że francuski conseil d'état mimo tego, że właśnie nie może być tu badaną kwestja legalności, wciąga tę sprawę w swój zakres działania, tworząc z nich instytucję t. z. détournement du pouvoir.

Nie możemy skończyć tego ustępu, nie wyraziwszy naszego zasadniczego poglądu. Pozornie walczą tu ze sobą dwa principia. Pierwszem jest praworządne państwo, drugiem antietatyzm. W rzeczywistości konfliktu niema. Praworządność polega na tem, żeby prawo było wykonywanem, prawo, które obowiązuje, ale nie polega na tem, żeby życie całe było skrępowanem, dlatego niema przeciwieństwa między praworządnością a antietatyzmem. Możemy dążyć do tego, żeby państwo odciążać od całego szeregu czynności i przerzucać te czynności bądź-

to na jednostki, bądźto na związki dobrowolne. Ale to, co pozostanie przy państwie, powinno być wykonane ściśle wedle prawa, a kontrola tego powinna być możliwie jak najdokładniejsza. Prawda, nieokreślanie w ustawie założeń czyli t. zw. swobodne uznanie daje sposobność do nadużyć, do szykan, ale iluzją jest, żeby jakakolwiek ustawa, jakiekolwiek urządzenie było w stanie usunąć nadużycia, co najwyżej nada tym nadużyciom inną formę. Nadużycia mogą być usunięte tylko wówczas, jeżeli władza spoczywa w rękach ludzi uczciwych i mających poczucie obowiązku.

Aby wykazać i jaśniej uwydatnić nasze stanowisko, zacytujemy pogląd jednego z największych uczonych z dziedziny prawa administracyjnego, Ottona Mayera. Odróżnia on wśród aktów administracyjnych orzeczenia od zarządzeń (Entscheidungen und Verfügungen) i twierdzi, że te drugie t. j. zarządzenia przychodzą do skutku właśnie na podstawie swobodnego uznania. Przez orzeczenia (Entscheidungen) rozumie Mayer akty administracyjne z treścią prawnie związaną. Orzeczenie wypowiada tylko to, co powinno być prawem, stwierdzając, co prawem jest, „Die Entscheidung spricht nur aus, was Rechtens sein soll, in dem sie erkläret, was Rechtens ist". W sposób dla nas bardzo znaczący dodaje Mayer, że prywatno-prawne wyroki mają całkowicie naturę takich orzeczeń. Wszystkie inne akty administracyjne są zarządzeniami (Verfügungen). Władza postanawia tutaj sama, czy i jaki ma powstać stosunek prawny. Charakterystyczną cechą zarządzenia jest to, że ono pewien stosunek prawny tworzy na nowo, a przez to, powiada Mayer znowu w sposób znaczący dla nas, że takie zarządzenia odpowiadają prywatno-prawnemu pojęciu czynności prawnej (Rechtsgeschäft). Aby utrzymać fikcję, że nawet t. zw. swobodne uznanie obraca się w ramach ustawy, powiada Mayer, że urzędnik, który takie zarządzenie wyda, może je wydać tylko w granicach celów państwa. Wskutek tego może je wydać tylko w granicach publicznego interesu.

Zestawienie orzeczeń z wyrokami prywatno-prawnemi jest powszechnem. Wymienić wystarczy wybitnego uczonego, Bernatzika. Słusznie jednakże zauważa Mayer, że dopatrywanie

się natury wyroków w orzeczeniu i przeciwstawienie tegoż ostatniego zarządzeniu, którego cechą jest swoboda w postanowieniu, traci swoje znaczenie tam, gdzie orzeczenie jest zarazem zarządzeniem, a takie przypadki, wedle Bernatzika i innych, zachodzą.. Aby utrzymać fikcję, że nawet decydowanie na podstawie swobodnego uznania opiera się na jakiejś normie, Bernatzik tworzy jakąś ogólną, powszechną normę prawną.

Tyle dla charakterystyki poglądów, panujących w tej sprawie. Jak z powyższych cytatów widać, działalność organów administracyjnych byłaby różnorodną, nie jednolitą. Raz występowałby urzędnik administracyjny w roli sędziego, a mianowicie wówczas, gdy wydawałby orzeczenia, a drugi raz ten sam urzędnik występowałby w roli jednostki, a mianowicie, gdyby wydawał zarządzenia. Oprócz zarzutu niejednolitości musimy podnieść drugi. Powiada się, że tylko zarządzenia tworzą nowe stosunki, a orzeczenia są tylko zastosowaniem ustawy, ale pytamy się do czego? Jeżeli np. władza wydaje orzeczenie, nakładając pewien podatek, to z pewnością wedle powyższych teoryj stosuje ustawę, ale pytamy się, czy to nie ona przez to orzeczenie stwarza stosunek i to stosunek prawny. Przecież przed tem orzeczeniem nie istniał żaden konkretny stosunek. Wydaje nam się przeto, że cała działalność władz administracyjnych jest działalnością twórczą, a tylko pewna jej część odbywa się wedle przepisów ustawowych, a inna część nie jest określona ustawą[1]). Działalność władz administracyjnych jest tak samo twórczą, jak działalność jednostki, a ta działalność jednostki jest również częściowo unormowana ustawą, a częściowo nie jest. Sądy zwyczajne tylko kontrolują, czy ta pierwsza część działalności jednostki odpowiada ustawie, tak, jak sądy administracyjne kontrolują, czy ta część działalności władz administracyjnych, która jest unormowana ustawami, odpowiada tym ustawom (przyczem jednak należy podkreślić, że rozwój kontroli administracyjnej idzie w kierunku rozszerzenia jej poza kwestję legalności).

[1]) W poprzednim rozdziale określiliśmy z innego punktu widzenia sprawę twórczości i wykonywania ustaw.

Największem nieporozumieniem jest, gdy się myśli, że kodeksy cywilne i inne ustawy cywilne są napisane dla sądu, a nie dla ludności. Tak samo trzeba sobie raz powiedzieć, że ustawy administracyjne pisane są dla władz administracyjnych.

ROZDZIAŁ VI.

KONSTRUKCJE POMOCNICZE: IV. MATERJALNA PRAWOMOCNOŚĆ.

Przystępujemy do jednej z najtrudniejszych i najbardziej spornej kwestji. Bernatzik w swej książce „Rechtssprechung und Materielle Rechtskraft", a za nim Herrnritt w książce, o której jużeśmy nieraz wspominali, mówią, że materjalna prawomocność polega na trwałem, a więc wiążącem także władzę, uregulowaniu stosunku prawnego przez akt administracyjny. Dzieje się to w interesie pewności prawa i w interesie oszczędnego wyzyskania państwowej działalności. Zacytujemy jeszcze definicję Ottona Mayera: „Die formelle Rechtskraft ist die prozessuale Wirkung, dass das Verfahren zu Ende ist, die materielle Rechtskraft, die materiellrechtliche Wirkung, dass sachlich das Verhältnis seine Ordnung gefunden hat". Wreszcie wedle Ungera, formalna prawomocność czyni nienaruszalnem rozstrzygnięcie (Entscheidung), materjalna zaś prawomocność czyni nienaruszalnem to, co jest rozstrzygniętem (das Entschiedene).

Starajmy się określić dokładnie ten teren, do którego odnosi się problem materjalnej prawomocności.

I. Kwestja prawomocności materjalnej nie jest podnoszoną co do tych aktów, które Francuzi nazywają „actes de gestion".

II. Nie powstaje także kwestja materjalnej prawomocności co do rozporządzeń, zawierających ogólne normy prawne.

III. Nie wchodzi w grę także kwestja materjalnej prawomocności, o ile idzie o opinje, gdyż władza nie jest niemi związana.

IV. Także i tak zwane oświadczenia nie są przedmiotem materjalnej prawomocności, gdyż takie oświadczenia są tylko dowodem, który może być przeciw-dowodem obalony.

V. Sporną już jest sprawa, czy tak zwane zarządzenia „Verfügung", które powołują do życia nowe prawa, są materjalnie prawomocne, a raczej czy mogą być odwołane lub zmienione. Przeważa tu jednak zdanie, że do nich nie stosuje się materjalna prawomocność. Zdanie to podzielam.

VI. Jeżeli władza administracyjna orzeka w postępowaniu t. zw. dwustronnem, t. j. rozstrzyga sprawę sporną między dwiema prywatnemi stronami, to tutaj władza administracyjna występuje w charakterze sądu zwyczajnego, nie można tu więc mówić o akcie administracyjnym, a wskutek tego i o jego prawomocności materjalnej. Powiedzieliśmy wyżej, że są sprawy, w których państwo występuje jako działające, np. kontrakty kupna, sprzedaży, dostawy, zawierane przez państwo, ale że mimo to prawo przedmiotowe woli sprawy te poddać sądom zwyczajnym. Jest to dopuszczalnem, byle było wyraźnie w ustawie powiedziane; naodwrót mogą istnieć sprawy i stosunki, w których czynnikami działającemi są jednostki, a mimo to prawo przedmiotowe może te sprawy poddać władzom administracyjnym, np. pewne spory między pracodawcą a robotnikiem. Jest to dopuszczalne, byle było wyraźnie w ustawie powiedziane. Jeśli tak jest, to tutaj nie mamy do czynienia z aktem administracyjnym, jakeśmy go wyżej pojęli, a więc wskutek tego, nie mamy do czynienia i z materjalną prawomocnością. Do pojęcia aktu administracyjnego należy, naszem zdaniem, między innemi jako składnik to, że jest on spontanicznym objawem działalności państwa. Przy takich zaś sprawach, gdzie dwie prywatne strony występują, niema działalności państwa. Ono tylko kontroluje działalność jednostki, a różnica jest ta, że tę kontrolę wykonywa nie sąd zwyczajny, ale władza administracyjna. Dzieje się to zaś na skutek wyraźnego przepisu ustawowego.

VII. Wreszcie niema wątpliwości i niema mowy o materjalnej prawomocności przy takich aktach, przy których wchodzi w grę kwestja osobistych przymiotów np. zaufanie, nieposzlakowanie i t. d. Pewnem dla wszystkich jest, że wskutek tego nominacje, koncesje, oparte na takich osobistych przymiotach, nie są materjalnie prawomocne.

VIII. W tych państwach, w których istnieje tylko jeden trybunał administracyjny, jak np. w Polsce i to trybunał kasacyjny, niema także mowy o materjalnej prawomocności, bo władza administracyjna, która ponownie sprawę załatwia, związana jest poglądem prawnym Najwyższego Trybunału Administracyjnego. (Faktyczne dane jednak mogą ją zmusić do samodzielnego rozstrzygnięcia sprawy).

Do jakichże więc spraw odnosi się problem materjalnej prawomocności? Z powyższego widać, że odnosi się on tylko do tych aktów prawa administracyjnego, które polegają, jak się to mówi, na tem, że władza administracyjna podciąga pewien konkretny przypadek pod ustawowy przepis. Są to więc t. zw. akta administracyjne o naturze deklaratoryjnej, jako przeciwstawienie tych aktów administracyjnych, przez które powstają pewne stosunki prawne, a o których mówiliśmy wyżej pod V. Te ostatnie możnaby nazwać aktami administracyjnemi konstytutywnemi. Powiedzmy jeszcze stosownie do tego, cośmy zaznaczyli pod VIII, że wśród tych aktów deklaratoryjnych znajdują się także orzeczenia *urzędów* administracyjnych, z pośród zaś orzeczeń *sądów* administracyjnych tylko te, które wydawane są przez sądy administracyjne, orzekające in merito. Otóż co do tak ograniczonego terenu, na którym rozgrywa się spór o materjalną prawomocność, stwierdzić należy, że spór ten jest daleki od rozstrzygnięcia.

Poznajmy kilka opinij wybitnych prawników. Bernatzik w zacytowanem już wyżej dziele sądzi, że akt administracyjny deklaratoryjny (wydany tak przez urząd administracyjny, jak też i przez sąd administracyjny) jest wtedy materjalnie prawomocny, jeżeli zachodzą następujące założenia: a) Akt musiałby być wydany w postępowaniu, które chroni interesa stron, a więc

z jednej strony ustala stan faktyczny, a z drugiej strony umożliwia prawne przesłuchanie stron, b) władza, która akt wydała, musi być do tego ukwalifikowaną i przez ustawę upoważnioną, wreszcie c) nastąpić musi rzeczywiste wypowiedzenie się władzy.

Przeciwko materjalnej prawomocności wypowiada się Zorn (w Verwaltungsarchiv, tom II) a Otto Mayer przyznaje materjalną prawomocność tylko wyrokom sądowo-administracyjnym. W tej mozaice opinij zacytujemy jeszcze uchwałę 26. niemieckiego zjazdu prawników. Opiewa ona: „należy uznać zasadniczo prawomocność sądowo-administracyjnych wyroków i stojących z nimi narówni rozstrzygnięć władz administracyjnych; uznać je należy także w ten sposób, aby wyroki i rozstrzygnięcia wiązały państwo". Cytowany już przez nas niejednokrotnie Herrnritt oświadcza się za materjalną prawomocnością aktu administracyjnego deklaratoryjnego. Uzasadnienie warto powtórzyć, charakteryzuje bowiem wogóle dzisiejsze rozumowanie prawnicze. Mówi on: Wymaganie materjalnej prawomocności tkwi w samej istocie orzekania (Rechtssprechung), o ile to orzekanie polega na tem, że urzędowy organ stwierdza, iż pewien stosunek prawny istnieje. O ile więc to orzekanie polega na deklaratoryjnym akcie rozstrzygnięcia, to można powiedzieć, że prawomocność jest immanentną właściwością rozstrzygnięcia. Rozstrzygnięcie to bowiem powiada, czy jakieś roszczenie można podciągnąć pod jakąś normę prawną, czy nie, powiada przeto już w wiążącej sile prawnej, że to urzędowe wypowiedzenie się musi być respektowane narówni z normą.

Dla wszechstronnego oświetlenia sprawy powiemy jeszcze, że szczególnie niemieccy prawnicy są przeciwni materjalnej prawomocności, a w każdym razie przeciwni są prawomocności aktu, wydawanego przez urzędy administracyjne. Dopuszczają ją jeszcze ostatecznie przy wyrokach sądowo-administracyjnych. W przeciwstawieniu do Herrnritta nie uważają, aby prawomocność była właściwością imnanentną wyroku, nawet jednak i wyroki sądowo-administracyjne są zdaniem bardzo poważnych niemieckich prawników tylko rebus sic stantibus niezmienialne.

Wypada nam obecnie zająć stanowisko w poruszonych tu-

taj kwestjach. Przedewszystkiem zaznaczamy, że co do podstawowej kwestji, a mianowicie co do kwestji, czem jest materjalna prawomocność, niema zgody. Przypatrzmy się kilku ujęciom tego problemu. Weźmy np. dawne prawo austrjackie. § 12 austrjackiego kodeksu cywilnego postanawia, że zarządzenia wydane w poszczególnych przypadkach i wyroki, wydane przez sądy w poszczególnych sporach prawnych, nie mają mocy ustawy, że przeto nie mogą być rozciągane na inne przypadki i na inne osoby. To postanowienie, mające formę negatywną, spada się z zasadą procesową, która w pozytywnej formie mówi to samo, a która opiewa: „Res iudicata ius facit inter partes". Jest to jedno ujęcie materjalnej prawomocności, ale już z przedstawionych powodów widzieliśmy, że można ująć materjalną prawomocność z tego punktu widzenia, że jest to trwałe uregulowanie stosunku prawnego. Można także materjalną prawomocność traktować narówni z niezmienialnością, nieodwołalnością. To znowu zarzuca się ten punkt widzenia i mówi się tylko o tem, czy np. wtedy, kiedy administracja powołuje do życia jakieś nowe prawo, czy te nowe prawa mają dość siły oporu, by go następującym aktem administracyjnym nie można było znieść. Wreszcie widzieliśmy, że także i ta premissa, z której się wnioskuje o zaprowadzeniu materjalnej prawomocności, nie u wszystkich prawników jest jednakową. Jedni powiadają, że materjalna prawomocność jest konieczna, jeżeli ma istnieć bezpieczeństwo prawne, inni tłumaczą materjalną prawomocność oszczędnością w wyzyskiwaniu sił państwowych, inni wreszcie te oportunistyczne względy usuwają na dalszy plan, twierdząc, że materjalna prawomocność jest immanentną właściwością tej grupy aktów administracyjnych, które polegają na stosowaniu ustawy, t. j. które zawierają podciągnięcie konkretnego przypadku pod ogólną normę.

Jest więc zamieszanie w tej doniosłej kwestji. Należy wprowadzić w tę dziedzinę jasność. Musimy się zdecydować, co przez materjalną prawomocność należy rozumieć. Optujemy za tem, że materjalna prawomocność to zasada res iudicata ius facit inter partes. Jeżeli tak jest, to w prawie administracyjnem zasada ta nie ma zastosowania, bo w prawie administracyjnem

niema stron. Wyjątek stanowi tak zwane dwustronne postępowanie administracyjne, gdzie przed władzą administracyjną stają dwie strony ze sporną kwestją. Ale powiedzieliśmy już wyżej, że tutaj urząd administracyjny działa tak, jak sąd zwyczajny, że przeto tutaj nie mamy do czynienia z aktem administracyjnym. Takie dwustronne postępowanie administracyjne może też mieć miejsce tylko tam, gdzie na to ustawa wyraźnie zezwala. Do orzeczeń, które zapadają w takiem postępowaniu, odnosi się też zasada res iudicata ius facit inter partes. Nigdzie jednak więcej przed urzędami administracyjnemi nie mamy do czynienia ze stronami. Musielibyśmy uważać państwo, działające przez urząd administracyjny za stronę, a jednostkę, do której odnosi się akt administracyjny za drugą stronę; byłoby to jednak logicznie niedopuszczalnem, bo wówczas gdzieżby był ten trzeci, któryby rozstrzygał między tego rodzaju stronami. Prawda — mówiliśmy, że przed sądami administracyjnemi jednostka ma mieć prawa strony w procesie cywilnym. Przed sądem administracyjnym byłyby pozornie dwie strony i byłby także ten trzeci, rozstrzygający sporną między niemi kwestję. Jednakże mówiąc, że jednostka ma mieć w sądzie administracyjnym prawa takie, jakgdyby była stroną w procesie cywilnym, użyliśmy tylko fikcji prawniczej dla skrócenia określenia stanowiska jednostki. Wykazaliśmy zaś wyżej w sposób dokładny, jaka jest różnica między aktem administracyjnym a wyrokiem sądowym.

Widzimy, że z zasady res iudicata ius facit inter partes nie wysnujemy w prawie administracyjnem materjalnej prawomocności. Jakżeż jest z innemi premissami, któreśmy wyżej wymienili, a z których chcą wysnuć materjalną prawomocność. Musimy stwierdzić z całą stanowczością, że niema nikogo wśród tych, którzy taką lub inną z tych premis przyjmują, któryby nie uznawał, że mimo tej premisy, materjalna prawomocność nie egzystuje tam, gdzie względy publiczne nakazują zmienić, znieść, odwołać jakiś szkodliwy dla interesu publicznego akt administracyjny. Jeżeli zaś tak jest, to musimy także stwierdzić, że taka premisa nie ma wartości. Nie ma jej już dlatego, że pojęcie „względy publiczne“ nie da się określić, czyli,

że tak zwanemi względami publicznemi można uzasadniać każde odwołanie lub zmianę aktu administracyjnego.

Oświadczamy się przeto przeciwko materjalnej prawomocności. Sądzimy, że prawniczo mamy zupełną rację, zdajemy sobie jednak sprawę, że to nie usuwa niepokoju, jaki rodzi się u każdego, kto sobie uprzytomni skutki np. odwołanie koncesji, na podstawie której ktoś poczynił inwestycję i t. d. Odpowiadamy na budzące się w takim razie, a niepokojące wątpliwości: Nato jest właśnie kontrola działalności urzędów administracyjnych, aby we wszystkich tego rodzaju przypadkach uczynić samowolę urzędu administracyjnego niemożliwą. Nato jest kontrola, aby urzędy trzymały się ustaw, jeżeli mimo tego, że trzymano się ustaw, stała się komuś krzywda, to jedyną radą jest zmienić ustawę. Innego środka niema. Jeżeli więc ustawa zna prawo wieczne, t. zn. prawa, które przechodzą na dziedziców i t. d., to nie potrzeba instytucji materjalnej prawomocności, ażeby uregulowanie tych praw aktem administracyjnym miało cechy trwałości. Ale, jeżeli ustawa nie zna takich praw wiecznych, to nie można ich wprowadzać pośrednią drogą, przez wprowadzanie instytucji materjalnej prawomocności. Jeżeli np. mamy do czynienia z deklaratoryjnym aktem administracyjnym, to jest z aktem, który zawiera podciągnięcie pewnego konkretnego przypadku pod ogólną normę prawną, jeżeli potem taki akt został przez urząd administracyjny zmieniony, lub odwołany, to znowu nato jest kontrola działalności administracyjnej państwa, aby zbadać, który z tych dwóch aktów administracyjnych był samowolny, a który legalny. Nie mogę się zaś żadną miarą pogodzić z tem stanowiskiem, ażeby akt administracyjny wadliwy, nielegalny, samowolny, był nienaruszalny dlatego tylko, że został raz wydanym i formalnie stał się prawomocnym.

W materjalnej prawomocności znajdujemy więc jedno więcej potwierdzenie i umocnienie naszego zasadniczego poglądu, że jądrem prawa administracyjnego jest właśnie kontrola działalności administracyjnej państwa. Zbudowaliśmy też cały nasz wykład prawa administracyjnego wedle tej idei.

ROZDZIAŁ VII.

PODMIOTY ADMINISTRACJI.

Rozdział niniejszy poświęcony jest odpowiedzi na pytanie, kto wykonywa administrację, kto jest podmiotem administracji? Niemcy mówią: „Träger der Verwaltung". Konstrukcja odpowiedzi na to pytanie opiera się na personifikacji państwa, t. j. na tym obrazie, wedle którego państwo jest także osobą. Konstrukcja ta idzie dalej: ponieważ nauka panująca przyjmuje, oprócz państwa, także inne publiczne osoby, przeto, wedle tej konstrukcji, podmiotami administracji są: państwo oraz te związki publiczne, którym pozytywne ustawodawstwo przyznaje charakter i naturę osób prawnych. Ten obraz, personifikujący państwo, jest dalej konsekwentnie przeprowadzany. Jak bowiem w organiźmie żywym funkcje spełniają organy, tak samo mówi się i o organach państwa, wzgl. o organach innych publ. prawnych osób. Wedle tego porównania przeto państwo administruje, wzgl. inne osoby publ. prawne, przez organy, któremi są: głowa państwa, rząd t. j. ministrowie i podwładne im organy. Cała ta konstrukcja, przyjęta przez panującą naukę, nie wytrzymuje, jak później zobaczymy, krytyki z punktu widzenia logicznego. Na pierwszy rzut oka jednak zadawalnia o tyle, że najprzystępniej orjentuje w tej kwestji.

Konstrukcja, polegająca na powyższej personifikacji, odbija się w trzech przedewszystkiem zasadach, na których opiera się organizacja administracji. Panująca nauka bowiem rozróżnia:

1) Administrację państwową i niepaństwową, rozumiejąc przez tę ostatnią administrację, wykonywaną przez inne osoby publ.-prawne, a więc przez osoby, ale nie przez państwo. (Należą tu przedewszystkiem wszystkie organizacje uposażone w samorząd).

2) Administracja może być centralistyczna i decentralistyczna. Podział ten nie da się zrozumieć (szczególnie, jeżeli nie chcemy go pomieszać z następnym podziałem), jeżeli nie przyjmiemy, jako założenia, że administrację wykonywują osoby, że temi osobami są państwo i inne publ.-prawne osoby, że o decentralizacji możemy tylko wówczas mówić, gdy ustawa przekazuje pewne gałęzie administracji owym innym osobom publ.-prawnym.

3) Administracja może być urządzona wedle zasady koncentracji lub dekoncentracji. Pojęcia te zrozumiemy tylko wówczas, jeżeli będziemy je odnosić tylko do państwowej administracji. Wówczas okaże się, że niższe instancje mogą mieć za zadanie tylko przygotowanie materjału (zasada koncentracji), albo też mogą same rzecz załatwiać (zasada dekoncentracji). I w pierwszym i drugim razie jednak administrującą jest jedna i ta sama osoba t. j. państwo.

Rząd t. j. ministrowie, mogą być zorganizowani albo wedle zasady terytorjalnej, albo wedle zasady rzeczowej (resortowej). Nowożytna administracja przyjęła zasadę resortową u góry t. j. co do ministerstw, natomiast u dołu jest zasada terytorjalna. Wśród niej jednak odróżnić należy organizację, polegającą na specjalizacji lub na zespoleniu. Mniejsze koszta i większa łatwość w stosunkach ludności do urzędów przemawiają za zespoleniem. Natomiast potrzeba wiadomości fachowych w sprawach np. technicznych czyni w wielu gałęziach administracji specjalizację konieczną (w państwie polskiem kwestja zespolenia odegrała ważną rolę).

Administracja musi być zorganizowaną wedle zasady hierarchji, której odpowiada obowiązek posłuszeństwa służbowego, obowiązek subordynacji. Rozwiązanie tej kwestji, jak daleko idzie subordynacja, nie miało dotychczas powodzenia. Możemy b. niewiele dać wskazówek w tym względzie. Stałem jest

to, że urzędnik podwładny nie ma stanowiska sędziego, t. j. że nie można mówić o nim, jako o czynniku, niezależnie rozstrzygającym. Jak daleko jednak idzie jego posłuszeństwo? Żadnego kryterjum nie można tutaj postawić, prócz takich, rozumiejących się same przez się, ogólników, jak to, że rozkaz ma być wydany przez właściwego przełożonego do właściwego podwładnego i w odpowiedniej formie.

W administracji państwowej organami wykonującemi są urzędnicy zawodowi, co jednak nie wyklucza współdziałania obywateli, bądźto w charakterze doradczym, bądź nawet w charakterze orzekającym, co ostatnie ma miejsce w urzędach zorganizowanych kolegjalnie. Stanowisko prawne urzędnika państwowego nie da się określić przez żadne porównanie, wzięte z prawa prywatnego (nie jest to ani kontrakt najmu usług, ani kontrakt pełnomocnictwa), ale jest to stosunek, unormowany odrębnemi ustawami publ.-prawnemi. Jako charakterystyczną cechę podnosimy, że stosunek ten rodzi się z aktu jednostronnego (nominacja) [1]), a ta jednostronność przebija się w całej treści i trwaniu tego stosunku. Przepisy, normujące ten stosunek, noszą nazwę pragmatyki służbowej.

Z powyższych, znanych zasad, wypada nam omówić obszerniej niektóre. Przedewszystkiem zajmiemy się kwestją samorządu.

Wedle jednych (np. Gneist, Fleiner, a także i Otto Mayer) samorząd jest administracją, wykonywaną przez urzędników honorowych, wedle innych (np. Stein, Inama Sternegg) samorząd jest administracją spraw państwowych, ale z uwzględnieniem szczególnych interesów tych władz, które się tą administracją zajmują. Trzecia grupa (Gierke, Ullbrich) podnosi tylko stronę prawniczą samorządu i widzi w nim samodzielną administrację korporatywnych związków. Do tej grupy zaliczyć należy Herrnritta. Podajemy jego definicję: przez samorząd rozumiemy ten udział w publicznej administracji, który został przyznany poszczególnym grupom ludzkiego społeczeństwa, zorganizowanym, jako osoby związkowe, przyznany został

[1]) P. koniec rozdziału III.

wewnątrz państwa, za zezwoleniem władzy państwowej, celem lepszego zaspokojenia interesów tej grupy i to celem zaspokojenia tych interesów iure proprio [1]).

W dalszym ciągu Herrnritt rozbiera swoją definicję na następujące elementa:

1) Samorząd cechuje samodzielność, t. zn. osobowość podmiotu. Podmiot ten administruje na podstawie służącego mu prawa podmiotowego.

2) Przedmiotem administracji są interesa osób związkowych.

3) Administracja ciał samorządowych jest administracją publiczną.

4) Samorząd jest pod nadzorem administracji państwowej. Dla uniknięcia nieporozumienia opuszczamy jeszcze jeden przez Herrnritta podany element, a mianowicie autonomję. Przez tę ostatnią rozumiemy wydawanie przez pewne ciała, którym ustawa państwowa to przyznaje, norm ogólnie obowiązujących. Otóż ciała samorządne mogą mieć autonomję, ale najczęściej jej nie mają, a mimo to są bezsprzecznie ciałami samorządowemi.

Różnicę w poglądach na istotę samorządu wytworzył rozmaity sposób myślenia, ten zaś wywołany został trzema głównie przyczynami. Samorząd służył za środek walki obywateli z absolutystycznem państwem. Samorząd jest ciągle środkiem walki różnych narodowości, zamieszkujących jedno i to samo państwo. Samorząd wreszcie jest jednym z tych wyrazów, któremi się uzewnętrznia demokratyzacja społeczeństwa. Wedle tego, która z tych przyczyn w danej epoce i w danem państwie najsilniej działa, urabia się sposób myślenia, do którego dostosowuje się oczywiście konstrukcja prawnicza samorządu. W b. Galicji np. odgrywały rolę dwie pierwsze przyczyny. Samorząd był z jednej strony osłabieniem centralizmu, z drugiej strony

[1]) „Unter Selbstverwaltung versteht man somit jeden Anteil an der öffentlichen Verwaltung, welcher einzelnen, als Verbandspersonen organisierten, Gruppen der menschlichen Gesellschaft innerhalb des Staates mit Zulassung der Staatsgewalt zwecks besserer Wahrnehmung der von ihnen vertretenen Interessen zu eigenem Recht eingeräumt ist."

upatrywaliśmy w nim ochronę przeciwko germanizacji i rutenizacji. Pod wpływem takiego myślenia konstruuje się samorząd w ten sposób, że ciału, które ma ten samorząd, przyznaje się stanowisko osoby prawniczej. Nie potrafimy bowiem sobie wyobrazić walki inaczej, jak tylko między osobami, w danym razie walki między potężną osobą, jaką jest państwo, a osobami samorządnemi, jakiemi mogą być prowincje, powiaty i t. d. Tam, gdzie działała głównie trzecia przyczyna, tam wyrabia się inny sposób myślenia, wskutek tego inna rodzi się konstrukcja prawna samorządu. Tam wystarczy scharakteryzować samorząd, jako administrację wykonywaną przez samych obywateli t. j. oczywiście przez wybranych obywateli, piastunów tej administracji.

Konstytucja z 17-III 1921 r. stoi na stanowisku osobowości ciał samorządnych, mimo tego, że twórcy jej podnoszą z pewnego rodzaju dumą, że jest ona wyrazem tego, co na Zachodzie jest najbardziej demokratycznem i najbardziej postępowem. Według mnie musimy ze względu właśnie na obowiązujące ustawodawstwo widzieć w samorządzie, jako najważniejszą odróżniającą go od administracji państwowej par excellence cechę, to, że ciała samorządne są osobami prawniczemi w łonie i wewnątrz Państwa. Jednakowoż o ile idzie o ogólną teorję (urzeczywistnioną już naprzykład w pierwszej konst. sowieckiej), to ten kierunek myślenia, który opanowany jest przez demokratyzację, zwycięży — a wówczas nie będziemy widzieć ani w samorządzie niepaństwowej administracji, ani w ciałach samorządnych osobnych osób prawnych. Jeżeli wówczas zachowamy pojęcie samorządu, to rozumieć przez nie będziemy pewne formy organizacyjne administracji.

Z tego sposobu myślenia, który przeciwstawia państwu pewną grupę ludności (np. narodową lub wyznaniową), a więc ze sposobu myślenia, który nie urabia się w pierwszej linji pod wpływem myślenia demokratycznego, wyszedł także podział na publiczną administrację państwową i publiczną administrację niepaństwową, przez którą to ostatnią rozumieć należy administrację właśnie ciał samorządowych.

Myślenie demokratyczne, które identyfikuje państwo z oby-

watelem, może znać tylko jedną t. j. publiczną administrację państwową. Ale i dzisiaj, kiedy konstrukcja samorządu nie wyzwoliła się jeszcze z wpływów myślenia urobionego przez walkę z absolutyzmem i walkę narodowościową, można mieć poważne wątpliwości, czy podział administracji publicznej na państwową i niepaństwową jest uzasadniony. Zważmy następujące momenta:

1) Samorząd może być przyznanym tylko przez ustawy państwowe.

2) Samorząd ma taki tylko zakres, jaki mu jest przyznany przez ustawę państwową.

3) Lokalność interesów, administrowanych przez samorząd, nie jest niezbędną jego cechą, bo istnieją ciała samorządne, które administrują generalnemi interesami np. Najwyższa Izba Gospodarcza (art. 68 Konstyt. Polsk.).

4) Administrowanie własnemi środkami finansowemi także nie jest niezbędną cechą samorządu, bo istnieje szereg ciał samorządnych, żyjących tylko z dotacyj, subwencyj państwowych, które mogą mieć różną formę, np. mogą polegać na partycypacji w pewnym podatku i t. p.

5) Odróżnienie interesów ogólnych państwowych od szczególnych interesów danego związku nie da się nigdy przeprowadzić wedle jakiegoś nie dającego się zaatakować kryterjum.

6) Nie można także przeprowadzić różnicy między samorządem a administracją państwową (par excellence), uważając, że administrację samorządową wykonują wybrani do tego obywatele (urzędnicy honorowi). Znamy bowiem cały szereg urzędów państwowych, których administrację wykonują także urzędnicy honorowi, ew. pochodzący z wyboru.

Wskutek tych wszystkich uwag nie przyjmujemy podziału administracji na państwową i niepaństwową. Nawet dzisiaj, w obecnym stanie ustawodawstwa, wedle nas cała administracja publiczna jest administracją państwową a tylko w obecnym stanie ustawodawstwa — wykonywaną jest bądź przez urzędników państwowych, bądźto przez takie organa, przez takie ciała, którym ustawa państwowa przyznaje charakter osoby prawnej wewnątrz państwa. Wedle naszego zdania, myślenie

prawnicze, im bardziej urabiać się będzie pod wpływem demokratyzacji, uważać będzie coraz bardziej pojęcie samorządu za zbędne.

Wypowiedzieliśmy wyżej zapatrywanie, że trwanie walk narodowych i wyznaniowych sprzyja konstrukcji samorządu, jako osoby prawnej wewnątrz państwa, że natomiast postęp demokratyzacji jest przeciwnym tej konstrukcji. Jeśli więc idzie o odgadnięcie tendencyj rozwoju państwa z konstrukcyj prawnych jego urządzeń, to państwo przyszłości, w któremby walki narodowe i wyznaniowe zamilkły, a demokratyzacja posunęłaby się naprzód, odznaczałoby się tem, że decentralizacja mogłaby ogarnąć bardzo szerokie nawet rozmiary, a jednak nie działoby się to w formie przyznawania pewnym jej organom charakteru osoby prawnej. Mamy uczucie jednak, że pogląd ten nie będzie dość jasnym, jeżeli nie wypowiemy się w kwestji, co właściwie rozumiemy przez demokratyzację.

Autorowie konstytucji z 17 marca podnosili ze szczerem zadowoleniem, że wyraża ona to, co jest na świecie najbardziej postępowego i demokratycznego. I rzeczywiście. Reprezentację ludową, wybraną na podstawie szczytu demokratycznego prawa głosowania, uczyniono punktem centralnym państwa. Osłabiono ją nawet przez to, że senat, jakkolwiek wybierany w ten sam sposób, zdegradowano do roli podrzędnej. Głowę państwa i rząd uczyniono w sposób wyjątkowo konsekwentny zawisłym od reprezentacji. Losy państwa spoczęły w rękach stronnictw, wiodących ze sobą walkę o władzę. To wszystko nazwano demokracją; w tem też przekonaniu żyje wielka część społeczeństwa. Czy tak jest naprawdę, czy społeczeństwo nasze jest rzeczywiście demokratyczne, czy nasze urządzenia konstytucyjne są istotnie wyrazem demokratyzacji?

Znakomity mąż stanu, C. E. Hughes, podsekretarz stanu Stanów Zjednoczonych Ameryki północnej, w swoich wykładach o warunkach życia demokracji pisze między innemi: „Nie należy sądzić, że obowiązki obywatela państwa ograniczają się do oddania głosu, do używania maszyny wyborczej lub do udziału w politycznych walkach. Są to poprostu tylko sposoby wydobycia najaw wyrazu opinji publicznej, na której w ostatniej

linji polega władza państwa. Wpływu obywateli państwa i ich odpowiedzialności, którą się tym wpływem mierzy, nie można oznaczyć wyłącznie tylko przez polityczne prawa indywidualne, lecz przez stosunek jednostki do tej siły, która w ostatniej linji nadaje lub zmienia konstytucję, która wydaje prawa, która określa rodzaj administracji i zabezpiecza lub tamuje jej rozwój". A dalej pisze: „Obowiązki obywatela państwa obejmują wszystkie czynności lub możliwe czynności, wszystkie jego zwyczaje i całe jego zachowanie, które składają się na całość jego możliwego udziału w tworzeniu opinji publicznej. Wpływ i odpowiedzialność oceniać należy nie wedle głosu wyborczego, ale wedle tych, nie dających się określić oddziaływań, które promieniują z jednostki stosownie do jej etycznego odczuwania, jej wiedzy, bystrości i doświadczenia..." Przypomina też Hughes słowa Monteskjusza: „Miłość do państwa w demokracji jest miłością samej demokracji, a ta miłość jest miłością równości".

Tak pisze prawdziwy demokrata o prawdziwej demokracji. Polega ona nie na urządzeniach politycznych, ale tkwi w duszy obywateli. Składa się ona nie z głosów wyborczych, ale z wartości etycznych.

Demokracja ma swoją ideologję, którą można uznawać lub odrzucać. Kto jednak uważa się za demokratę, nie może stroić się tylko w jej szaty, ale musi zarazem wchłonąć w siebie jej treść. Kto zajmuje stanowisko, że ludzkość powinna się rządzić moralnością absolutną, temu oczywiście nie wystarcza opinja publiczna jako ostateczne źródło prawa. Kto jednak na tem ostatniem stoi stanowisku, ten musi się zgodzić z Hughesem, iż opinja publiczna to nie suma głosów, oddanych przy wyborach, ale suma tych wszystkich imponderabiljów, które składają się na indywidualności ludzkie.

Jaki jest właściwy sens słów Hughesa? Tkwi on w głębokiem przekonaniu, że jednostka musi się czuć jednością z państwem, jeżeli mamy mówić o demokracji. Nie zgodzimy się przeto na twierdzenie autorów konstytucji z 17 marca, żeśmy stworzyli przez nią demokrację, dopóki nie zyskamy dowodu, że każdy obywatel identyfikuje się z państwem. Demokrację

dadzą nam nie ustawy pisane, ale przemiana dusz, takie ich rozszerzenie, aby mieściły w sobie tę całość i jedność, którą nazywamy państwem. Jest to głęboki i doniosły problem. Pragniemy dostroić się do Zachodu. Byłby to jednak daremny trud, gdybyśmy się ograniczyli tylko do pozorów demokracji. Możemy znosić tytuły, przywileje, dawać równe prawo wyborcze, składać rząd w ręce reprezentacji ludowej — wszystko to możemy robić, demokratami jednak nie będziemy, jeżeli nie będziemy się czuć jednością z państwem. Dlatego demokracja jest wynikiem długiego procesu, osiągnęło ją też dotychczas bardzo niewiele państw. W przeważającej liczbie państw panuje natomiast tylko pozór demokratyczny. Niech nam nie mówią o demokracji ci, którzy pod jej hasłem swoje, a nie państwa, zabezpieczają interesy. Nie potrzeba szczególnej bystrości, aby wykryć państwa, w których rządzi nieutytułowana arystokracja przemysłu, a jednak państwa te każą się uważać za szczyt demokracji. Dzisiaj rozumieją też już wszyscy, że Sowjety rozwiązały najpoważniejszy problem nowożytnych dziejów, problem stosunku miasta do wsi na korzyść miasta.

Jakże jest u nas? Winniśmy wszczepić dopiero poczucie państwa w przeważającą część obywateli. Światło na myślenie i uczucia polskich obywateli rzuca fakt, że ludność przeciwstawia się zawsze rządowi, że czuje się stroną w rzekomym procesie, który z nim wiedzie. To właśnie nie jest demokracją, są to przeżytki myślenia wytworzonego walką z arystokratycznym absolutyzmem.

Kto spokojnie ocenia położenie i patrzy na stosunki nie przez okulary, jakie przepisuje moda, ale przez okulary tak dostosowane do wzroku, aby móc dostrzec rzeczywistość, ten musi dojść do przekonania, że od osiągnięcia tego stopnia kultury, w którym mówić będziemy mogli naprawdę o demokratyzacji, dzieli nas jeszcze długi okres pracy. Praca ta musi być zwrócona ku przemianie dusz, ku wyrobieniu sposobu myślenia, czyniącego rzeczywistością najszczytniejszy postulat: jednostka czuć się winna jednością z państwem.

Dla tego, kto w ten sposób pojmuje demokrację, a konstrukcję osób prawnych tłumaczy antagonizmami, walką, wo-

góle potrzebą obrony pewnych grup (lokalnych, zawodowych, narodowych, wyznaniowych), staje się zrozumiałem, dlaczego postęp demokratyzacji musi wywołać zmiany w urządzeniach administracyjnych państw. Jeżeli każdy obywatel czuje się jednością z państwem, to w idealnej konsekwencji ustaje potrzeba urzędów w jakiejkolwiek ich konstrukcji prawnej. Taki idealny stan chciały wprowadzić na ziemię Sowjety. Dla ludzi myślących o państwie dotychczasowemi kategorjami pierwotne sowiety robotnicze i włościańskie były negacją państwa. Bardzo prędko przekonali się przywódcy bolszewiccy, że ten idealny stan nie jest w Rosji do osiągnięcia. Nie może być on zrealizowany w żadnym państwie bez reszty, ale w państwach, w których demokratyzacja rzeczywiście postępuje, widoczną jest tendencja do decentralizacji, rządzenia się nie przez państwowych urzędników, ale to wszystko nie w konstrukcji osób prawnych. Jednym z najbardziej interesujących dowodów prawdziwości tego poglądu są dzieje konstytucji Weimarskiej. Nowa rzeczpospolita niemiecka pragnęła w swej konstytucji sprzęgnąć wszystkie siły i zlać je w jedno państwowe morze. Rezultat był odwrotny, te siły bowiem to były wyodrębnione osoby prawne. E. Vermeil w książce „o konstytucji Weimarskiej i o zasadzie demokracji niemieckiej" mówi o usiłowaniu twórców tej konstytucji zintegrowania wszystkich sił kolektywnych, często sprzecznych ze sobą, jak socjalizm proletarjacki i wielki przemysł. Nowe państwo niemieckie miało powstać nietylko z takich komórek, jak poszczególne państwa, stronnictwa, wyznania, ale przedewszystkiem asocjacje i federacje zawodowe i ekonomiczne tudzież syndykaty. Kollaboracja tych wszystkich energij nie miała i nie ma powodzenia, a życie konstytucji Weimarskiej pozwala nam wysnuć dwa wnioski. Niemcy nie są narodem zdemokratyzowanym, a powtóre: prawnik dochodzi do tego przekonania z wielości i różnorakości osób prawnych istniejących w łonie państwa.

Dotychczas konstytucja Weimarska wydała: niemożliwość utworzenia stałej większości parlamentarnej, walkę poszczególnych państw przeciwko Rzeszy, kapitulację przed wszechpotężnemi grupami ekonomicznemi i zawodowemi. Wracamy

przeto do Hughesa: demokracja tkwi w duszach, urządzenia polityczne są wyrazem tego, co tkwi w duszy. Na Rzeszy Niemieckiej okazuje się, że „państwo" wtedy jest demokratycznem, gdy każdy obywatel czuje się jednością wprost z niem, a nie szereg pośrednich osób prawnych, bo wówczas państwo staje się stroną, z którą te pośrednie osoby prawne walczą.

Wróćmy do przerwanego toku myśli. Zdajemy sobie sprawę, że pogląd nasz na tendencję rozwoju państwa pod względem urządzeń administracyjnych wymaga jeszcze odpowiedzi na dwie kwestje. Pierwsza opiewa, jak pogląd ten pogodzić z najstarszą instytucją samorządową, z gminą? Druga tyczy się roli związków zawodowych i ekonomicznych w państwie.

Pryncypalnem ciałem samorządowem jest gmina. Pierwotny jej obszar, obejmujący jedną miejscowość (w b. Galicji obszar ten zasadniczo zlewał się z obszarem gminy katastralnej), z biegiem czasu rozszerzał się, obok bowiem gminy miejscowej samorządnemi ciałami stały się także powiaty i większe jeszcze okręgi np. u nas województwa. Z pewnością cecha potrzeb lokalnych zaspakajanych siłami własnemi charakteryzuje gminę, jednak nie są to kryterja w obecnym stanie ustawodawstwa, wystarczające do scharakteryzowania gminy i wogóle jakiegokolwiek ciała samorządowego. Samorządowem jest ciało, któremu ustawa daje charakter osoby prawnej. Mówi się wówczas, że gmina załatwia sprawy proprio iure. To kryterjum jest produktywnem szczególnie co do t. zw. poruczonego zakresu działania.

Mianowicie można zlecić gminie załatwianie spraw o charakterze ogólnym (jak się mówi: państwowym). Wówczas załatwianie spraw lokalnych stanowiłoby własny zakres działania, a załatwianie tych spraw o interesie ogólnym (np. współdziałanie przy poborze rekruta, przy poborze podatków państwowych i t. p.) t. zw. poruczony zakres działania. Takiemu odróżnianiu na podstawie kryterjum, tkwiącego w sprawach, musimy się sprzeciwić. Nigdy bowiem na podstawie tego rodzaju kryterjum nie da się przeprowadzić podziału bez reszty, a nadto niema sprawy lokalnej, któraby zarazem nie przedstawiała interesu ogólnego. Natomiast, jeżeli za kryterjum przyj-

miemy osobowość prawną, to rzecz prawniczo staje się odrazu jasną: sprawy, które gmina załatwia, jako osoba prawna, są sprawami samorządowemi, wszystkie inne wchodzą w tak zwany poruczony zakres działania. Prawda — decyduje tu w ostatniej linji ustawa, ale od niej przecież zależy sama zasadnicza rzecz, bo przyznanie charakteru osoby prawnej.

Czy gmina wykazuje tę samą tendencję, którąśmy wyżej oznaczyli, jako kierunek rozwoju urządzeń administracyjnych? W krajach o ludności mieszanej jednonarodowe gminy będą zazdrośnie strzegły swojego charakteru osoby prawnej. Ale tam, gdzie niema walk narodowych, weźmie górę demokratyzacja i przeprowadzi decentralizację nie w konstrukcji osoby prawnej. Z innego punktu widzenia, bo nie z punktu widzenia konstrukcji prawniczej, stwierdza to samo Tönnies. Odróżnia on Gemeinschaft i Gesellschaft. Przez wspólnotę (Gemeinschaft) rozumie on związek naturalny, przez Gesellschaft związek sztuczny. Gemeinschaft obejmuje życie realne i organiczne, Gesellschaft życie idealne i mechaniczne. Gdzie indziej powiada, że Gemeinschaft, to życie w ukryciu, w zażyłości — a Gesellschaft to życie publiczne, życie na arenie światowej. Gemeinschaft to rzecz stara — Gesellschaft to rzeczowo i co do nazwiska twór nowy. Gemeinschaft, to żyjący organizm — Gesellschaft, to mechaniczny agregat i artefakt. Gemeinschaft, to dom, rodzina, ród, szczep, a także gmina — Gesellschaft, to przedewszystkiem państwo, oraz cały szereg różnych korporacyj i zakładów. Z wywodów Tönniesa podnosimy jedno, bardzo dla nas produktywne spostrzeżenie. Tönnies mówi, że cały rozwój tego, co nazywa Gemeinschaft, zbliża ją corazto bardziej do Gesellschaft. Jest to więc oparte na materjalnych danych, gdy my zajmujemy się tylko konstrukcją prawniczą, stwierdzenie naszego poglądu, że demokratyzacja dąży do usunięcia istniejących wewnątrz państwa osób prawnych. Tönnies mówi jednak tylko o naturalnych wspólnotach, a stwierdza, że nowożytne czasy przynoszą wspólnoty sztuczne, które nazywa Gesellschaften.

Widzieliśmy już na losach konstytucji Weimarskiej, że stowarzyszenia zawodowe, ekonomiczne, syndykaty etc., sprzeczne

są z tendencjami demokratycznemi i że rozsadzają państwo. Jakgdyby jednak równocześnie z objawieniem się tych ujemnych skutków rodzi się nowa tendencja, zdaniem naszem zgodna z demokratyzacją. Wypływa ona z następującego rozumowania: Działalność państwa można rozpatrywać z różnych punktów widzenia. Takie rozróżnianie przyczynia się w wysokim stopniu ułatwiająco do poznania tej działalności i uregulowania jej. Mówimy więc o politycznej, ekonomicznej, oświatowej i t. d. działalności państwa. Dzisiejsze parlamenty mają za zadanie regulowanie i kontrolowanie całości działalności państwowej, nie uniknęły jednak niebezpieczeństwa traktowania tej całości przeważnie z jednego tylko punktu widzenia. I rzeczywiście, nowożytne parlamenty wykazują supremację politycznego punktu widzenia. Tamuje to rozwój i zniekształca działalność państwa z innych punktów widzenia, przedewszystkiem z punktu widzenia ekonomicznego, który niejednokrotnie z widoczną dla całości szkodą podporządkowanym bywa momentom politycznym. Powstała przeto myśl wydzielenia z kompetencji parlamentu spraw ekonomicznych i stworzenia dla nich osobnej naczelnej reprezentacji. Myśl ta znalazła częściowe urzeczywistnienie w Niemczech, jest żywo dyskutowaną we Francji, nasza zaś Konstytucja daje w art. 68 możność stworzenia takiej reprezentacji pod nazwą Naczelnej Izby Gospodarczej.

Z tezą, której bronimy, nie znajduje się w sprzeczności kwestja tak zwanych zakładów (Anstalt), jako podmiotów wykonywających administrację. Należy tylko jasno przedstawić dość zawikłaną ich konstrukcję prawniczą. Zaznaczmy przedewszystkiem kwestje, co do których toczy się dyskusja:

1. Czy zakłady są osobami prawnemi, czy też nie? Ale nadto — czy może są takie twory, które są osobami prawnemi, a inne, które temi osobami nie są, a jednak jedne i drugie nazywają się zakładami.

2. Czy zakłady są tworami publiczno-prawnemi, czy prywatno-prawnemi? Czy też jedne są publiczno- a drugie prywatno - prawnemi?

3. Gdybyśmy powiedzieli, że zakłady są osobami prawnemi,

to należałoby zbadać, czy i jaka zachodzi różnica między nimi a korporacjami względnie fundacjami?

4. Obok konstrukcji zakładu wydało nowożytne gospodarstwo konstrukcję przedsiębiorstwa (Unternehmen). Otóż zachodzi pytanie, czy przedsiębiorstwo da się skonstruować prawniczo, a w razie twierdzącym czem ta konstrukcja różni się od konstrukcji zakładu, korporacji, fundacji?

Praktycznie rzecz biorąc, mamy tu do czynienia z takiemi urządzeniami, jak bibljoteka, szpital, szkoła, stypendja — a z drugiej strony z takiemi, jak banki, asekuracje i t. p. (Umyślnie nie używam wyrażeń: spółki, stowarzyszenia). Patrzymy na te twory ze stanowiska administracji i zapytujemy, jaki kształt prawniczo-konstrukcyjny tym urządzeniom nadać.

Otto Mayer definjuje publiczny zakład, jako „Bestand von Mitteln, sachlichen, wie persönlichen, welche in der Hand eines Trägers öffentlicher Verwaltung einem besonderen öffentlichen Zweck dauernd zu dienen bestimmt sind". — Fleiner, autor b. pożytecznego dzieła zatytułowanego „Instytucje prawa administracyjnego", powiada o zakładzie, że jest to „Bestand von Personen und Mitteln, die zu einer Einheit technisch zusammengefasst sind". — Cytujemy wreszcie definicję jednego z najpoważniejszych germanistów, Gierke'go „Ein als Verbandsperson anerkannter, gesellschaftlicher Organismus, den fort und fort ein ihm eingeplanzter einheitlicher Stiftungswille durchherrscht". Mówi jednak dalej, że w obszerniejszem znaczeniu zaliczyć należy do zakładów także i takie trwałe urządzenia, które nie mają własnej osobowości.

Wszystkim tym definicjom zarzuca Herrnritt, że zanadto luźnie podkreślają tę cechę, którą przedewszystkiem zakład się odznacza, a którą jest techniczny aparat. Przez zakład w znaczeniu prawa administracyjnego rozumie Herrnritt „einen auf sachlicher Grundlage beruhenden, von einem Willensträger beherrschten Komplex von technischen Einrichtungen, der einem konkreten Zwecke der öffentlichen Verwaltung dauernd zu dienen bestimmt ist". Z dalszych wywodów Herrnritta wynika, że ten techniczny aparat czyni probierzem zakładu i widzi zakład wszędzie, gdzie techniczne urządzenia się znajdują, bez względu

na to, czy ustawodawstwo z dotyczącemi stosunkami wiąże charakter osoby prawnej, czy nie, bez względu na to, czy ustawodawstwo reguluje te stosunki wedle prawa prywatnego, czy wedle prawa publicznego. Wedle Herrnritta różnica między zakładem, będącym osobą prawną, a korporacją w tem tkwi, że cel i organizacja zakładu nie pochodzi od tego zakładu, ale od kogoś, kto stoi poza zakładem. Zakłady, nie będące osobami prawnemi, konstruuje Herrnritt, jako majątek, przeznaczony na pewne cele, a więc ograniczony przez modus.

Obok pojęcia zakładu (Anstalt) wyrabia się jeszcze pojęcie przedsiębiorstwa (Unternehmen). Literatura podnosi, że jest to przedewszystkiem pojęcie życia ekonomicznego i widzi w niem „einen unter Einsetzung eigener, eventuell auch fremder, Kapitalien und Arbeit auf eigene Rechnung organisierten Betrieb zur Produktion wirtschaftlicher Güter oder Dienstleistungen, behufs Erzielung eines Gewinnes". Z praktyki podnosimy definicję, widzącą w przedsiębiorstwie komplex praw, które tworzą całość przez to, że służą jednemu gospodarczemu celowi tej osoby, która niemi rozporządza.

Herrnritt zastanawia się nad tem, jakie znaczenie ma przedsiębiorstwo dla prawa administracyjnego. Stwierdza on, że przedsiębiorstwo z jednej strony podlega prawu administracyjnemu, o ile np. idzie o koncesję, na której się opiera, ale z drugiej strony przedsiębiorstwa mogą wypełniać pewne zadania publicznej administracji. Staje się ono wówczas publicznem przedsiębiorstwem, choćby właścicielem jego była osoba prywatna, np. t. zw. koleje prywatne. Z trzeciej zaś strony, publiczna osoba może mieć prywatne przedsiębiorstwo, np. gmina ma kamieniołom.

Podane poprzednio określenia zakładu i przedsiębiorstwa na pierwszy rzut oka zdradzają, że są to w gruncie rzeczy określenia ekonomiczne, względnie określenia instytucji kulturalnych lub humanitarnych. Natomiast nie uczyniono jądrem tych określeń prawa. Dążeniem naszem będzie wydobyć tę właśnie prawniczą istotę powyższych zjawisk. Zapytujemy przeto przedewszystkiem, jaki jest prawniczy problem tej kwestji, o której mówimy pod nazwą zakładu, wzgl. przedsiębiorstwa? Określa-

my go w następujący sposób: Istnieją pewne grupy stosunków, które trzeba wyjąć ze sfery, podlegającej ogólnym przepisom; w szczególności istnieją pewne kompleksy majątkowe, które trzeba wyjąć z jakiejś większej masy i usamodzielnić. Otóż zadanie nasze, jako prawników, polega na tem, ażeby wyjęciu temu nadać pewną prawniczą konstrukcję. W szczególności mamy zbadać, czy ta grupa stosunków, która w życiu powszedniem nosi nazwę zakładu, wzgl. przedsiębiorstwa, czy ta grupa stosunków wymaga jakiejś osobnej konstrukcji prawnej, czy też już istnieją jakieś konstrukcje prawnicze, które możemy do niej zastosować? Oświadczamy się za tą drugą alternatywą. Ani zakład, ani przedsiębiorstwo nie wymaga, naszem zdaniem, tworzenia jakiejś odrębnej, nowej konstrukcji prawniczej. Zadanie owego wyodrębnienia, o którem myśmy wyżej mówili, spełnia w najszerszej mierze konstrukcja osoby prawnej, wyodrębnienie zaś w ciaśniejszych rozmiarach nie wymaga konstruowania danej grupy stosunków w postać osoby prawnej, a wystarcza tylko wydanie szczególnych przepisów, normujących takie to, a takie objawy. Przykład: Uniwersytety są zakładami. Jeżeli ustawodawca pragnie tę grupę stosunków, którą nazywamy Uniwersytetem, wyodrębnić z masy stosunków, powiedzmy np. oświatowych, to może to uczynić w dwojaki sposób. Albo nada Uniwersytetowi charakter osoby prawnej i wówczas wyodrębnienie Uniwersytetu pójdzie możliwie najdalej, albo też nie nada Uniwersytetowi charakteru osoby prawnej, lecz wyda dla Uniwersytetów osobne przepisy. W tym drugim przypadku Uniwersytet będzie takim organem państwowym, jakim jest np. sąd i t. p. W pierwszym przypadku wyodrębnienie może także pójść w rozmaitym rozmiarze. Może się odnosić tylko do spraw majątkowych, może jednak i w sprawach nauczania dawać autonomję, a tę znowu w takim lub innym stopniu.

Powyższego poglądu są cztery założenia:

1) Prawo normuje działalność. Aby to uczynić, trzeba tę działalność rozdzielić na pewne pierwotne elementa. Takie elementa widzimy w stosunkach (sytuacjach) i dlatego wszystkie instytucje prawne definjujemy, jako grupy stosunków, mających taką to, a taką cechę wspólną.

2) Działalność państwa znajduje unormowanie w prawie publicznem, a w szczególności w administracyjnem. Państwo personifikujemy jako osobę prawną, a jako ważny moment, bez którego ten obraz personifikujący nie byłby zrozumiałym, uważamy oznaczenie organów, przez które państwo działa.

Otóż te organy są najrozmaitszego rodzaju. Mogą niemi być urzędnicy państwowi, mogą być osoby nie mające charakteru i kwalifikacji urzędników państwowych, którym jednak państwo w taki lub inny sposób zleca swoją działalność, mogą wreszcie temi organami być twory sztuczne, t. j. właśnie osoby prawne, do których np. należy zakład lub przedsiębiorstwo.

3) Przypominamy, że osoba prawna jest konstrukcją, jest tworem sztucznym, jest sposobem ujęcia w całość pewnej grupy przepisów, normujących pewną grupę stosunków. Pamiętać jednak powinniśmy, że ten sam cel ujęcia w pewną całość owej grupy przepisów możnaby osiągnąć w inny sposób, a nie przez personifikację. Uwagę tę czynimy dlatego, ażeby zapobiec wkorzenieniu się przekonania, że prawo nie może się obyć bez pojęcia osoby prawnej; tak, jak może się obyć bez pojęcia prawa podmiotowego, tak samo może się obyć bez pojęcia osoby prawnej i wielu innych konstrukcyj sztucznych.

4) Wreszcie nie chcemy taić, że cała sprawa osoby prawnej uważaną jest przez nas za kwestję prawa publicznego. Nie powinno nas w najmniejszej mierze bałamucić, że do działalności całego szeregu osób prawnych stosuje się prawo prywatne. Państwo bowiem może postanowić, że do całych dziedzin jego działalności będzie się odnosić prawo prywatne, a mimo tego będzie to działalność państwowa, a prawo prywatne będzie stosowane do tych dziedzin tylko na podstawie wyraźnego publiczno-prawnego przepisu. Przykład: państwo zawiera kontrakty o dostawy lub t. p.; niema przecież kwestji, że to jest działalność państwa — jednak do takiej dziedziny może państwo kazać stosować prawo prywatne, jak to miało miejsce np. w Austrji; ale już we Francji jest prąd, ażeby takie sprawy poddać prawu administracyjnemu. Ze szczególną satysfakcją podajemy ten przykład, bo jest on jednym z wielu dowodów, że różnicy między prawem prywatnem a publicznem nie należy szukać w rodzaju,

jakości czynności, względnie działalności, ale w tem, kto jest podmiotem tej działalności. Jeszcze raz powtarzamy: prawo publiczne jest tem prawem, które normuje działalność państwa, a w tej działalności kontrolę wykonywa jednostka, — podczas, gdy prawo prywatne jest prawem, normującem działalność jednostki, — a tej działalności kontrolę wykonywa państwo.

Dla ilustracji tego myślenia prawniczego, które prowadzi do powyższego poglądu o osobie prawnej, zacytujemy kilka ustępów z wybitnej książki Rundsteina p. t. „Zasady teorji prawa". Na str. 136 mówi: „Podmiot normy nie jest identyczny z „osobą" w rozumieniu eksplikacyjnem. W wypowiedzi „A powinien postąpić n" — A jest konstrukcją, w której treść postępowania (n) odniesiona zostaje do pewnego normatywnie określonego punktu. To odniesienie nie jest ani przyczynowe, ani teleologiczne. Przypisywanie czy poczytywanie („Zurechnung") pewnej „powinności" nie jest w rozumieniu normatywnem kwalifikacją, przypuszczającą takie cechy właściwe A, jako punktowi poczytania, które odpowiadać muszą równoległym cechom fizycznym lub psychicznym. Punkt poczytania może być skonstruowany normatywnie, niezależnie od istnienia i eksplikacyjnej kwalifikacji tych cech. T. zw. osoba prawna, jako podmiot sztuczny, nie posiada żadnych cech fizycznych lub psychicznych, właściwych „istocie rozumnej"; jej konstrukcja normatywna, jako punktu poczytania, nie znajduje w świecie zjawisk fizycznych i psychicznych żadnych odpowiedników realnych. Pojęcie osoby, w znaczeniu istoty żyjącej jest jednoznacznem, w rozumieniu ontologicznem, z pojęciem „rzeczy". Ujęcie normatywne, dla którego punkt poczytania jest jednością odniesienia, nie odróżnia, co do istoty podmiotu kwalifikacji „naturalności" i „sztuczności". W rozumieniu normatywnem osoba fizyczna jest taką samą konstrukcją „sztuczną", jak osoba prawna i cechy, związane z „realnością" nie są dla tego ujęcia miarodajne".

Przytoczymy jeszcze jeden ustęp z wywodów R., rozważanie bowiem zawartych w nim twierdzeń oswoi nas z tem myśleniem prawniczem, którem w naszym wykładzie operujemy,

a które jest myśleniem zapomocą norm. Na str. 137 mówi Rundstein:

„Podmiot normatywny nie posiada odpowiednika w świecie realnym; specyficzny podmiot normy prawnej jest tylko dokonaną w poznaniu prawnem personifikacją. Osobą w znaczeniu podmiotu normatywnego jest się, o ile się ma prawa i obowiązki, ustalone w danym kompleksie normatywnym, nie zaś dlatego, że pewne quid może tworzyć warunki powstania tych praw i obowiązków. Swoistość poczytania normatywnego polega na tem, że pewna treść, rozumiana jako być mająca, utożsamia się z „osobą". Według właściwego dla normy principium individuationis powinności zachowania się są „personifikowane", jako jednolity system. Najogólniej mówiąc, pojęcie osoby jest jednoznaczne z pojęciem jedności systemu. Jeśli w rozumieniu socjologicznem uznawać będziemy dany system norm („porządek ogólny"), jako odpowiednik „woli zbiorowej", — wówczas osoba fizyczna, jako członek i uczestnik zbiorowości, jest wyrazem „porządku częściowego", „systemem", podległym systemowi nadrzędnemu. Od ujęcia w porządku ogólnym, jako w systemie norm, zależą kwalifikacje podmiotu; i dlatego też nie można ustalić wskazania, że podmiotem normy będzie wyłącznie osobowość ludzka, jako jedyny odpowiednik zdolności prawnej".

Na str. 141 czytamy pogląd, który nas również zainteresuje:

„Jeśli teorja normatywna „personifikuje" państwo, nie znaczy to, ażeby w tem pojęciu widziała coś od prawa odrębnego lub coś przeciwstawiającego się prawu. I wszelkie inne personifikacje normy są tylko wyrazem koniecznych jednostajnień systematycznych — nie są one hipotezami, które przypuszczają jakieś byty realne, różniące się od normy (np. w rozumieniu „nadrzędnem": państwo jako kompleks mocy realnych, tworzących normy prawne). Te personifikacje nie mogą być uważane, jako mające byt, współrzędny bytowi normy; istnieją tylko jako systematyczne uogólnienia, na podstawie danych normy samej . . . . . Można przeto powiedzieć, że norma „tworzy" podmiot. Nie dlatego wypływają z umowy pewne

prawa i obowiązki, że „ktoś" realiter posiada możność stworzenia tych praw i obowiązków — lecz dlatego jedynie, że normatywne ujęcie obowiązku wykonania zakłada możność takiego ukształtowania podmiotowego. Nie dlatego jest się podmiotem prawa, że istnieją potemu pewne warunki przyrodzone, lecz dlatego, że norma w procesie poczytania personifikuje przejściowy czy końcowy punkt poczytania".

Dla ułatwienia tego myślenia zapomocą norm podamy jeden przykład: Jeżeli się powie: „osoba" — to socjolog, psycholog, przyrodnik, człowiek praktyczny, widzieć będzie poza tym wyrazem „człowieka"; natomiast prawnik widzi poza tym wyrazem kompleks norm, zlanych w harmonijną jedność, czyli widzi poza tym wyrazem system pewnego kompleksu norm. Tak samo jeżeli się powie: „państwo" to socjolog, polityk, człowiek praktyczny i t. p. widzi poza tym wyrazem związek ludzi etc., osobę supranaturalną, organizm taki a taki i t. p.; natomiast prawnik widzi poza tym wyrazem system pewnego kompleksu norm, w danym wypadku, jeżeli idzie o państwo, widzi system całości norm.

Dotarliśmy w naszych wywodach do punktu, z którego powinna nam się w jasnem świetle przedstawić badana kwestja. „Osoba prawna" oznacza wyjęcie, wyodrębnienie pewnego kompleksu stosunków z pod przepisów, którymby te stosunki podlegały, gdyby tego wyodrębnienia nie było. Wyodrębnienie to może się tyczyć stosunków o charakterze wybitnie majątkowym, jak zakłady i przedsiębiorstwa, a wówczas wyodrębnienie odnosi się do przedmiotu administracji, o czem w niniejszym artykule, poświęconym kwestji podmiotu administracji, nie mówimy. Może się to wyodrębnienie odnosić do kwestji podmiotów administracji i tem właśnie się zajmujemy, pragnąc z tej jednej operacji myślowej odgadnąć, jaki z tego punktu widzenia roztaczałby się nam obraz rozwoju państwa. Rezultaty, do których dochodzimy, dadzą się ująć w następujące twierdzenia. Jeżeli przyjmiemy założenie, że świat się demokratyzuje (jest to, powtarzamy, tylko założenie), to wówczas istnienie osób prawnych w łonie państwa (państwo przyjmujemy za punkt stały, co jest również tylko założeniem) jest

sprzecznem z demokratyzacją. Osoba prawna bowiem oznacza, jakeśmy mówili, wyjęcie, wyodrębnienie, a więc jest sprzeczna z zasadą równości. Konstruowanie urządzeń administracyjnych, jako osób prawnych, oznacza, że nierówności narodowe, wyznaniowe, ekonomiczne i społeczne trwają. Oznacza to, co więcej, trwanie walki między odnośnemi grupami. Zmniejszanie się osób prawnych w łonie państwa, względnie zanik ich, oznaczać będzie, jeżeli nie nastanie równości, to w każdym razie taki stan, w którym walka jest zaniechana. Rosja jest sprawdzianem tego poglądu, gdy rozproszkowanie państwa na sowiety robotnicze i włościańskie przywiodło do anarchji, nowa organizacja, przynajmniej czasowo, dlatego nie wywołała powstania osób prawnych w jakichkolwiek postaciach, ponieważ oparła się na bezspornem zwycięstwie klasy miejskiej nad klasą wiejską i tę ostatnią uczyniła (przynajmniej narazie) niezdolną do walki. (Istnienie poszczególnych republik w łonie ogólnego „Związku" nie powinno nikogo łudzić, że jest osłabieniem lub przełamaniem hegemonji centrali rządzącej z Moskwy). W Niemczech los konstytucji Weimarskiej wskazuje naodwrót, że walka nie da się usunąć prostą ramą, jaką była ta konstytucja, dlatego też „osoby prawne" w łonie państwa dochodzą tam do szczytu rozkwitu. Wybraliśmy te dwa państwa za przedmiot obserwacji, bo one są terenem jawnej rewolucji i na nich też najjaśniej występują pewne znamiona pochodu dziejowego. Jeżelibyśmy trwali przy założeniu, że świat się demokratyzuje, to nie moglibyśmy dojść do innego rezultatu, jak tylko do tego, że demokratyzacja jest procesem wewnętrznym człowieka i że jej nie sprowadzą ani polityczne, ani ekonomiczne urządzenia.

Kwestja, którąśmy rozpatrywali, jest maleńkim wycinkiem tej najważniejszej, którą ludzkość zajmowała się ciągle i zajmować się będzie dalej. Zagadnienie to opiewa: „ja i świat", „podmiot i przedmiot", „jednostka i inni ludzie". Z naszego punktu widzenia kwestja ta ścieśniona opiewa: „jednostka i państwo". Od epoki renesansu jednostka wyzwala się coraz bardziej z naturalnych wspólnot, jak rodzina, szczep, stan, gmina, cechy i t. d. Rewolucja francuska i racjonalistyczne konstytucje XIX wieku przynoszą zwycięstwo tej emancypacji.

Miejsce tych naturalnych wspólnot zajmują związki powstające racjonalistycznie, sztucznie, w formie związków zawodowych, ekonomicznych, syndykatów i t. d. Związki te jednak to tylko zwiększenie sił jednostki czującej się w ustawicznym antagonizmie z otaczającym ją światem, z naszego punktu widzenia, z państwem. Tymczasem zagadnienie polega na stworzeniu syntezy pomiędzy „ja" a światem, pomiędzy podmiotem a przedmiotem, pomiędzy jednostką a innemi ludźmi, pomiędzy jednostką a państwem. Dążenia do tej syntezy objawiają się z niegasnącym zapałem w filozofji, ale ona dać może syntezę tylko naukową. Prawo zaś jest dziełem życia, prawo odnosi się (jeżeli wolno użyć tego porównania) do „Ding an sich", a nie do obrazu tej rzeczy, i dlatego synteza filozoficzna nie rozwiąże tutaj, t. j. w dziedzinie praktycznej owego primordjalnego zagadnienia. Rozwiązania szukają ludzie w drodze empirycznej. Żyjemy też w epoce, w której załamują się stale racjonalistyczne zasady polityczne. Gdy sztuczny powrót do naturalnych urządzeń politycznych jest oczywiście niemożliwością, przeto otwiera się tylko jedna z dwóch dróg: szukanie nowych sztucznych rozwiązań albo przemiana duszy, mogąca jedynie wydać naturalne rozwiązanie pytania, od którego zależy los ludzkości. Z tego też powodu zagadnieniem naszej epoki, od rozwiązania którego zależy przyszłość ludzkości, a więc i w zakresie naszego badania przyszłość państwa, jest: czy taka przemiana duszy jest możliwą, jaką drogą dojść do niej, jakiemi środkami ją wdrożyć? Rozważania na ten temat nie są jednak rzeczą prawnika.

ROZDZIAŁ VIII.

RZECZY PUBLICZNE. WYWŁASZCZENIE.

Do t. zw. rzeczy publicznych, res publicae, t. j. do takich rzeczy, które są przeznaczone do tego, aby trwale, w jakiejkolwiek formie, służyć celom administracji publicznej — należą wedle Herrnritta: brzegi morza, publiczne wody, publiczne ulice, drogi, place, publiczne gmachy, przedmioty, przeznaczone do urzędowych i wojskowych celów, materjał urzędowy, wojenny i szkolny, fundacje, zakłady publiczne, przedmioty, należące do publicznych związków, pomniki, muzea, zbiory, budynki kościelne, cmentarze i t. d. Wśród tych przedmiotów odróżnić można pewne grupy. Pierwszą taką grupę stanowią np. domeny państwowe, lasy państwowe, przedsiębiorstwa państwowe i t. p. Co cechuje tę grupę? Przedewszystkiem to, że tutaj kwestja własności wedle kodeksu cywilnego wchodzi w grę. Właścicielem jest państwo względnie inny publiczny związek, mający stanowisko osoby prawnej. Drugą cechą tego rodzaju rzeczy publicznych jest to, że one nie służą do jakiegoś określonego celu. Ze stanowiska finansowego jest to niejako rezerwa państwowa. Wszystkie inne wyżej wymienione przedmioty stanowią drugą grupę. Wśród tej grupy, jak zaraz powiemy, zaś są dwa poddziały. Cechą całej tej grupy jest to, że co do przedmiotów, stanowiących ją, kwestja własności, wedle prawa prywatnego, nie wchodzi w grę. Stosunki na tych przed-

miotach są unormowane wyłącznie przez normy prawa publicznego, w szczególności prawa administracyjnego. Drugą cechą jest to, że w przeciwieństwie do pierwszej grupy, przedmioty tej grupy są przeznaczone do pewnych oznaczonych celów. Powiedzieliśmy, że grupa ta ma dwa poddziały, a mianowicie niektóre z tych przedmiotów, jak np. drogi publiczne, wody publiczne i t. p. służą do ogólnego użytku, inne zaś, jak np. budynki urzędowe, fortyfikacje, materjał wojenny i t. d., a są w używaniu i w dyspozycji tylko państwa względnie publicznego związku, będącego osobą prawną. Teorja nazywa pierwszą grupę majątkiem *finansowym* albo *fiskalnym* (Finanzvermögen, Fiskalvermögen), drugą grupę zaś (w obu poddziałach) majątkiem *administracyjnym* (Verwaltungsvermögen), wszystkie zaś przedmioty tak z pierwszej, jak drugiej grupy, nazywa *rzeczami publicznemi* (öffentliche Sachen, res publicae). W ciągu wykładu przekonamy się, że obraz, któryśmy wyżej w największem skróceniu i możliwie najprzystępniej przedstawili, nie jest tak prosty. Są wśród uczonych różne odchylenia; a sprawa wikła się jeszcze bardziej, gdy przyjdzie ten obraz, któryśmy wyżej dali, skontrolować na pozytywnem ustawodawstwie, które niejednokrotnie, jak np. kodeks cywilny austrjacki, daje zgoła zbyteczne definicje.

Poznaliśmy wyżej teorję Herrnritta. Przypatrzmy się jeszcze jednej — Ottona Mayera. Warto ją poznać nietylko z tego powodu, że Mayer zajmuje najwybitniejsze miejsce wśród teoretyków, zajmujących się prawem administracyjnem, ale i dlatego, że jakkolwiek zapożycza się u teoretyków prawa cywilnego, to jednak stara się bardzo usilnie myśleć, że się tak wyrazimy, publiczno-prawnie, a to dla nas jest najważniejsze.

W przeciwstawieniu do Herrnritta, który, jakeśmy widzieli, za najobszerniejsze pojęcie uważa pojęcie rzeczy publicznych, a wśród nich dopiero odróżnia majątek finansowy i majątek administracyjny, wśród którego to ostatniego, jako poddział zamieszcza rzeczy, które służą do powszechnego użytku, Mayer przyjmuje trzy równorzędne grupy, a mianowicie: 1) majątek finansowy, 2) majątek administracyjny, 3) rzeczy publiczne. Występuje przeciwko zaliczaniu rzeczy publicznych do majątku

administracyjnego, wyodrębnia je i stara się dać specjalnie właśnie dla, przez siebie oryginalnie określonych rzeczy publicznych możliwie wykończoną teorję. Mayer twierdzi, że wszystkie rzeczy, które należą do państwa, służą ostatecznie publicznej administracji, ale czynią to mniej lub więcej bezpośrednio. Wedle stopnia tej bezpośredniości prawnicy odróżniają majątek finansowy od majątku administracyjnego. Pierwszy obejmuje rzeczy takie, jak pieniądze, wartości pieniężne, kapitał prywatno-gospodarczy, służący do zdobywania pieniędzy. Majątek administracyjny składa się z rzeczy, które bywają używane, jako środek publicznej administracji bezpośrednio przez swoją wartość użytkową. Natomiast trzecia grupa t. j. właśnie rzeczy publiczne (dla tymczasowej orjentacji należy mieć na myśli, że tu należą przedewszystkiem drogi publiczne i wody publiczne) mają zdaniem Mayera dwie cechy wzajemnie się przenikające. Cechami temi są: przeznaczenie do pewnego celu i prawna przynależność. 1) Przeznaczenie do pewnego celu polega na tem, że rzecz publiczna służy publicznemu interesowi, ale nie w ten sposób, aby przedstawiała pewną użyteczność we wspólnem życiu obywateli, lecz w ten sposób, że przedstawia w pewnym oznaczonym sensie cel uporządkowanej działalności publicznej władzy, publicznej administracji. 2) Druga cecha t. j. prawna przynależność nie jest także dowolną, ale oznaczoną przez sposób, w jaki ta rzecz ma służyć publicznemu interesowi. Wyraźniej mówi Otto Mayer tam, gdzie powiada, że rzeczy publiczne są to właściwie rzeczy prawa publicznego t. zn., że są to rzeczy, które z powodu celu, jaki im został zakreślony, znajdują się we władztwie prawnem ocenianem wedle prawa publicznego [1]).

[1]) Otto Mayer II str. 71:

„Die Zweckbestimmung, welche der öffentlichen Sache eigentümlich ist, besteht darin, dass sie dem öffentlichen Interesse dient. Aber nicht in der Weise, dass sie eine Nützlichkeit vorstellt im bürgerlichen Gemeinleben, im Ganzen des gesellschaftlichen Daseins des Volkes, sondern in dem bestimmten Sinn des öffentlichen Interesses, als des Zieles der geordneten Tätigkeit der öffentlichen Gewalt, der öffentlichen Verwaltung. Daraus folgt von selbst schon eine bestimmte Forderung bezüglich der rechtlichen Zugehörigkeit dieser Sachen. Die

Ta część jego wywodów jest dla nas najcenniejsza. Mówi on tak: porządek prawny, otaczający władztwo nad rzeczą, jest porządkiem prawnym własności. Ten porządek prawny jest stworzony przez reguły prawa prywatnego. W ten sposób zjawia się własność prywatna lub raczej prywatno-prawna własność. Pomyślmy sobie teraz, że ten prywatno-prawny porządek zostaje zniesiony, usunięty, a na jego miejsce wchodzą reguły prawa publicznego. W ten sposób zjawia się własność publiczna lub raczej publiczno-prawna własność. Ważnem dla nas jest oświadczenie Mayera, kiedy to ma się do czynienia z własnością prywatno-prawną, a kiedy z własnością publiczno-prawną. Ustęp ten opiewa: „wola państwa (die Willensmacht des Staates) ocenianą bywa wedle prawa publicznego, o ile *wyjątkowo* nie podlega zastosowaniu prawa cywilnego (podkreślamy przysłówek „wyjątkowo"). Ma to miejsce ilekroć państwo zajmuje stanowisko prywatno-gospodarcze, t. j. ilekroć państwo stawia się narówni z jednostką".

Jeszcze wyraźniej określa Mayer pojęcie publiczno-prawnej własności, gdy mówi, że ma ona miejsce, gdy władztwo nad rzeczą nie jest środkiem do publicznej administracji, ale samo jest publiczną administracją, to znaczy, że rzecz służy bezpośrednio jakiemuś publicznemu celowi przez swoją jakość, przez swoją prostą egzystencję. Jako przykład takiego kryterjum podaje powszechne używanie rzeczy. Takie władztwo nie jest natury prywatno-prawnej, ale publiczno-prawnej. W ten sposób — powiada Mayer — zjawia się rzecz publiczna.

Przystępujemy do zajęcia stanowiska wobec powyższych teoryj. Wydaje nam się, że brakiem tych teoryj jest to, że mówiąc o majątku nie określiły, co przez to pojęcie rozumieją. Określenia tego szukać możemy w nauce ekonomji i w nauce prawa.

---

rechtliche Zugehörigkeit, welche zum Wesen der öffentlichen Sache gehört, muss bestehen für ein Rechtssubjekt der öffentlichen Verwaltung, den Staat in erster Linie. Aber auch diese Zugehörigkeit ist nicht beliebiger Art, sondern eine solche, die durch die Art, wie die Sache dem öffentlichen Interesse zu dienen bestimmt ist, ihre besondere rechtliche Natur bekommt."

Z pierwszej bierzemy definicję jednego z najwybitniejszych teoretyków, *Karola Mengera*. Powiada on na str. 82 ostatniego wydania swojego systemu, że majątkiem nazywamy ogół dóbr ekonomicznych (ökonomische Güter) znajdujących się w rozporządzeniu jednej osoby. Ekonomicznemi dobrami są wedle K. Mengera te dobra, których rozporządzalna ilość (Quantität) jest mniejszą, aniżeli ich zapotrzebowanie. Możeby wskutek tego zdefinjować majątek jako ogół tych dóbr, znajdujących się w rozporządzalności gospodarującego podmiotu, których ilość jest mniejsza, niż ich zapotrzebowanie. Trafnie z tego określenia wysnuwa K. Menger wniosek, że u człowieka izolowanego niema mowy o majątku, jak niema także mowy o majątku w społeczeństwie, które ma więcej dóbr, aniżeli ich potrzebuje. Stosownie do tej definicji K. Menger nie uważa tak zwanego Zwecksvermögen za majątek. Konstrukcja takiego Zwecksvermögen jest fikcją (w znaczeniu teoretyczno-poznawczem), której potrzebują prawnicy. Ale ekonomiści, powiada Menger, fikcjami nie operują. Natomiast nie jest fikcją dla ekonomisty, że państwo, gmina, kraj etc. ma majątek. Tak państwo bowiem, jak gmina etc., są podmiotami gospodarującemi, chociaż oczywiście wykonywują to przez odpowiednie organy.

Tak zapatruje się na pojęcie majątku ekonomja polityczna. Nie potrzeba długiego wywodu, aby zrozumieć, że to pojęcie dla nas, prawników nie jest produktywnem. Niema w niem tych elementów, któremi prawnik operuje. Dla prawnika mają znaczenie tylko sytuacje faktyczne, tylko pewne stosunki, pewne fakty, z któremi prawo (w znaczeniu przedmiotowem) łączy pewne skutki prawne, czyli wytwarza nowe stosunki faktyczne. W definicji majątku, którą nam dają ekonomiści, nie widzimy tych elementów, dlatego nie możemy nią operować. Zwróćmy się przeto do nauki prawa. Pojęcie majątku ważnem jest dla prawnika w prawie spadkowem, konkursowem, dalej ważnem jest w systemie prawa, wielki dział bowiem prawa majątkowego, obejmującego prawa rzeczowe i zobowiązania, jest przeciwstawieniem drugiego wielkiego działu prawa osobowego, obejmującego między innemi prawo familijne. Na tem oparci, znajdujemy, że majątek w znaczeniu nauki prawa — to ogół praw

i obowiązków jakiegoś podmiotu, ogół praw i obowiązków, których przedmiotem jest rzecz (w znaczeniu nauki prawa). Taka definicja jest uzasadniona w prawie prywatnem. Otóż zapytujemy, czy to pojęcie majątku jest dla nauki prawa administracyjnego produktywne. Wypróbujmy to na wyżej poznanych kategorjach prawa administracyjnego. Weźmy naprzód t. zw. majątek finansowy t. j. domeny państwowe, przedsiębiorstwa państwowe i t. d. Wszyscy się godzą, że stosunki na tego rodzaju dobrach są unormowane przez prawo prywatne, jakkolwiek właścicielem tego rodzaju dóbr jest państwo. Dla t. zw. przeto majątku finansowego teorja prawa administracyjnego nie potrzebuje tworzyć pojęcia majątku. Gdyby dla dóbr tego rodzaju było potrzebnem pojęcie majątku, to wobec tego, że stosunki na tych dobrach normowane są przez prawo prywatne, należałoby wziąć też pojęcie majątku z tego prawa prywatnego. Weźmy drugi rodzaj majątku, t. j. majątek administracyjny, (przy niem jako przykład będziemy mieli na myśli gmachy urzędowe i t. p.). Otóż tutaj z wielką ostrożnością należy mówić o stosowaniu prawa administracyjnego. I te dobra podpadają pod panowanie prawa prywatnego, a odchylenia dadzą się wytłumaczyć kategorjami myślenia prywatno-prawnego. Pozostaje nam więc jako teren, na którym prawo administracyjne może się niepodzielnie ujawnić, tylko dziedzina t. zw. rzeczy publicznych, do których przedewszystkiem należą drogi, ulice, kanały, rzeki publiczne. Prawo, które normuje stosunki na tych rzeczach publicznych możnaby nazwać „rzeczowem prawem administracyjnem", ale nie „majątkowem prawem administracyjnem".

Pierwszem kardynalnem pytaniem, które winniśmy rozwiązać jest: które to rzeczy należą do rzeczy publicznych, jakie znamiona musi mieć rzecz albo stosunek na tych rzeczach, aby ją można wcielić do kategorji rzeczy publicznych? Chciano, jako główne kryterjum, przyjąć używanie powszechne (usus publicus, Gemeingebrauch). Jednak musimy z tego kryterjum zrezygnować, jeżeli do kategorji rzeczy publicznych chcemy zaliczyć oprócz dróg, ulic, placów, rzek publicznych, kanałów, także takie rzeczy, jak np. materjał kolejowy, fortyfikacje, ko-

ścioły, cmentarze. Jest oczywistem, że na tych ostatnich rzeczach nie istnieje usus publicus. Jedno więc z dwojga: albo pojęcie rzeczy publicznych ograniczamy tylko do rzeczy, na których istnieje usus publicus, albo wynajdziemy inne kryterjum rzeczy publicznych.

Określamy pojęcie rzeczy publicznych w następujący sposób: Jest to rzecz nie będąca w rozporządzalności osoby prywatnej, a która w drodze wyjątku nie jest poddana prawu prywatnemu. Rozumowanie, które nas do tej definicji doprowadza, jest następujące: prawo publiczne określamy, jako prawo normujące działalność państwa, przyczem kontrola przypada jednostce. Prawo prywatne określamy jako prawo normujące działalność jednostki, przyczem kontrola przypada państwu. Z definicji tej wynikałoby wprost, że rzeczy, które są w rozporządzeniu państwa, są unormowane przez prawo publiczne, bo są przedmiotami działalności państwa. My jednak nie możemy tak sformułować tej definicji, a to z tego powodu, że istnieje cały szereg rzeczy, które są w rozporządzeniu państwa, a które są poddane prawu prywatnemu. Drugim powodem, który nam nie pozwala sformułować definicji rzeczy publicznych w powyższy sposób, to to, że rzeczami publicznemi nazywamy także niektóre rzeczy, które się znajdują w rozporządzalności krajów, gminy etc. Dlatego to wybraliśmy powyższą definicję z dwiema negacjami. Pierwsza negacja oznacza, że rzecz może być w rozporządzalności nietylko państwa, ale także innej osoby, byle nią była osoba publiczno-prawna, wykluczone są więc osoby fizyczne i te osoby prawne, które nie są publiczno-prawnemi. Druga negacja oznacza to, że gdyby się rzecz znajdowała w rozporządzalności państwa, to nie może co do niej zachodzić wyjątek, polegający na poddaniu jej prawu prywatnemu.

Wyprobujmy tę naszą definicję na tych rodzajach rzeczy o których mówiliśmy wyżej. Czy majątek finansowy składa się z rzeczy publicznych wedle naszego określenia? Nie — brakuje mu bowiem drugiej cechy. Wprawdzie rzeczy, składające się na majątek finansowy, są rzeczami znajdującemi się w rozporządzalności państwa, ale stwierdziliśmy, że ustawodawca poddał je wyraźnie pod prawo prywatne. To samo musimy powie-

dzieć o majątku administracyjnym, a różne instrukcje, tyczące się tego majątku, mają znaczenie tylko wewnętrzne.

Przypatrzmy się teraz innym rzeczom, o których mówiliśmy. Należą tutaj drogi, place, kanały publiczne, fortyfikacje, park kolejowy, kościoły, cmentarze. (Wyliczenie to nie jest zupełne). Sądzimy, że obie cechy, któreśmy wyżej podali, jako charakteryzujące rzeczy publiczne znajdą zastosowanie co do wszystkich wymienionych gatunków rzeczy, przyczem jednak zgóry zaznaczamy, że wyrażenie „być w rozporządzalności (verfügbar)" jest szerszem aniżeli „znajdować się w powszechnem używaniu" (usus publicus, Gemeingebrauch). Nie silimy się na określenie tych dwu pojęć, pozostawiając odróżnienie ich od siebie intuicji. Otóż 1-sza cecha: żadna z tych rzeczy nie znajduje się w rozporządzalności osoby prywatnej. W czyjejże jednak jest rozporządzalności? Tego nie potrzebuję wyliczać — wystarczy, jeżeli negatywnie stwierdzę, że te rzeczy nie są w rozporządzalności osób prywatnych. Czy zaś są w rozporządzalności państwa, gminy politycznej czy wyznaniowej etc., to jest to kwestja dalszego badania, kwestja dla określenia, czem jest rzecz publiczna, zbędna. Druga cecha ma także co do tych rzeczy zastosowanie, bo co do żadnej z tych rzeczy nie istnieje wyraźne postanowienie ustawowe, że one w drodze wyjątku poddane są prawu prywatnemu. Sądzimy więc, żeśmy dali trafną definicję rzeczy publicznych i żeśmy uchronili się od zarzutu, który można uczynić definicji Ottona Mayera, streszczającej się w słowach, że res publicae są to res iuris publici. Gdy się bowiem taką definicję słyszy, to nieodpornie ciśnie się pytanie na usta: A cóż to są te res iuris publici? lub które to rzeczy poddane są prawu publicznemu? lub trzecie: A cóż to jest prawo publiczne? Na wszystkie te wątpliwości definicja nasza znajduje odpowiedź, jakkolwiek, dla nie śledzących całości wykładu, na pierwszy rzut oka jest może trudną.

W dziedzinie majątkowego prawa administracyjnego zasługuje na szczególną uwagę instytucja wywłaszczenia. Rozumie przez nie nauka akt konstytutywny, przez który państwo odbiera lub ogranicza prywatną własność, zasadniczo nieruchomą, na rzecz publicznego przedsiębiorstwa, zasadniczo za od-

szkodowaniem, po przeprowadzeniu ustawą przepisanego postępowania. Państwo średniowieczne szukało uzasadnienia tej instytucji w prawach zwierzchniczych panującego, tworząc teorję t. zw. dominium eminens wzgl. imperium eminens. Państwo nowożytne, jako państwo prawne, dopuszcza wywłaszczenia tylko na podstawie ustawy i tylko w interesie publicznym. Zobaczymy zaraz, na jakich podstawach należy oprzeć dzisiejszą instytucję wywłaszczenia. Przedtem jednak musimy się zastrzec, że ta definicja wywłaszczenia, którąśmy podali, jest niejako tylko przeciętną; już dzisiaj bowiem odróżnić możemy kilka grup przypadków wywłaszczenia, w których nie znajdujemy wszystkich wyżej podanych znamion. I tak: jedną grupę stanowiłyby przypadki wywłaszczenia rzeczywiście na rzecz jakiegoś publicznego przedsiębiorstwa, np. kolei żelaznej, i za odszkodowaniem. Drugą grupę stanowiłby cały szereg wypadków zniesienia lub ograniczenia własności, i to już nietylko nieruchomości, ale także i ruchomości, wywołanych potrzebami wojny i jej następstwami, a które trzeba zlikwidować. Tą grupą, do której należą przedewszystkiem rekwizycje, nie będziemy się zajmować, jako grupą przejściową. Ale jest jeszcze trzecia grupa, t. zw. socjalizacja albo nacjonalizacja, przez którą rozumieć należy zaprowadzenie gospodarstwa kolektywnego w pewnej dziedzinie produkcji, po wywłaszczeniu dotychczasowych właścicieli. W tych wypadkach rozszerza się, albo zgoła inną treść przybiera znamię, któreśmy wyżej nazwali: „na rzecz publicznego przedsiębiorstwa", a także chwieje się znamię t. zw.: „odszkodowania". Jest więc rzeczą oczywistą, że do takiego wywłaszczenia wiedzie inna ideologja, t. zn.: w tego rodzaju wywłaszczeniach szukać należy uzasadnienia gdzie indziej, aniżeli szukano go dotychczas. Dla nas sprawa staje się jasną, jeżeli przypomnimy sobie nasze założenie, z którego wychodząc, staraliśmy się oświetlić sprawę podmiotów administracji. To samo, naszem zdaniem, zachodzi i tutaj. Jeżeli przyjmiemy za założenie, że społeczeństwa się demokratyzują, że rzeczywista demokracja rozwiązuje odwieczny problem stosunku „ja" do świata przez zidentyfikowanie tego „ja" ze światem, a w naszych rozważaniach przez zidentyfikowanie jednostki z kolek-

tywnością, to t. zw. wywłaszczenie stanie się szczytem, t. j. końcowym punktem rozwoju demokracji. Polem eksperymentalnem tej ideologji była Rosja Sowiecka. Pierwsza faza komunizmu musiała się skończyć fiaskiem, a skończyć się musiała tak dlatego, że do urzeczywistnienia ideału demokracji nie można dojść przez urządzenia polityczne i ekonomiczne, ale przez przemianę duszy, której dopiero wyrazem są te urządzenia. Bolszewizm musiał upaść z tego powodu, że uwzględniał tylko wpływ czynnika gospodarczego na rozwój ludzkości, a nie doceniał wpływu czynnika umysłowego i moralnego. W każdym razie jednak należy nam stwierdzić, że społeczeństwa znajdują się w epoce tendencji ku nacjonalizacji, a więc ku wywłaszczeniu. Nie sądzimy, żeby w jakiejkolwiek dziedzinie tendencja ta wydała trwałe i pomyślne rezultaty. Zasadnicza przyczyna tkwi w tem, że wskutek nowożytnej zależności międzynarodowej gospodarczej nie można mówić o powodzeniu nacjonalizacji w jednem tylko państwie. Rozumieją to doskonale Sowiety, i dlatego, zmieniwszy z gruntu swój program polityczny i ekonomiczny, zaznaczają ciągle, że trwają przy swoich zasadach, ale urzeczywistnienie ich muszą odłożyć do zwycięstwa rewolucji światowej.

Jakżeż się rzecz ma praktycznie? Jak mamy się np. zapatrywać na naszą reformę rolną, polegającą na wywłaszczeniu? Osobiście jestem zdania, że reforma rolna jest koniecznością, że jednak należy ją tak przeprowadzić, aby konieczność tę uznawało społeczeństwo, a nietylko pewna warstwa. W nieuwzględnieniu tego, m. zd. zasadniczego postulatu, należy szukać przyczyny, dla której dotychczasowe próby przeprowadzenia reformy rolnej u nas się nie udały.

ROZDZIAŁ IX.

ADMINISTRACYJNE PRAWO ZOBOWIĄZAŃ.

Nauka prawa administracyjnego twierdzi, że w prawie tem wytworzyło się osobne prawo obligacyjne; wprawdzie w bardzo ważnych punktach zachodzą między prawnikami różnice, jednak mimo tego utrzymuje się tradycja, że prawo administracyjne ma swoje odrębne prawo obligacyjne. Aby zająć wobec tego poglądu właściwe stanowisko, należy, naszem zdaniem, odróżnić w tej dziedzinie trzy grupy stosunków:

1) W stosunkach między państwem a obywatelami, polegających na tem, że obywatele płacą daniny, podatki, że uiszczają świadczenia naturalne, osobiste i t. p., widzi nauka prawa administracyjnego stosunki obligacyjne, w których państwo jest wierzycielem, mającym prawo żądać odnośnego świadczenia, a obywatel jest dłużnikiem. Wszyscy zgadzają się na to, że ten stosunek obligacyjny różni się zasadniczo od stosunku obligacyjnego prywatno-prawnego. W publiczno-prawnym stosunku strony nie są sobie równe, państwo bowiem, będące wierzycielem, posiada władzę. Mimo tego jednak, t. j. mimo tej różnicy, mówią nadal o stosunkach obligacyjnych publiczno-prawnych. Wedle naszego zdania, takie pojmowanie stosunków państwa do obywatela w dziedzinie, o której mówimy, jest naturalną konsekwencją uważania państwa za osobę. Mówiliśmy już o tem niejednokrotnie, że taka personifikacja jest wypływem stosun-

ku antagonistycznego pomiędzy państwem a obywatelem. Nic więc dziwnego, że pierwsze uważa się za żądającego, za wierzyciela, a obywateli za zobowiązanych, za dłużników. Wszystko to jednak jest tylko objawem pewnego kierunku myślenia, pewnego, jak Niemcy mówią, nastawienia umysłu, ale prawniczo nie odgrywa to żadnej roli, wszystkie te stosunki bowiem unormowane są przez prawo publiczne, i z nazwy „obligacyjne" żadne nie płyną konsekwencje.

2) Do drugiej grupy zaliczamy umowy, które państwo zawiera, przeważnie natury gospodarczej, jako to: umowy o dostawę, kupna-sprzedaży, dzierżawy, najmu i t. d. Mówiliśmy już, że umowy te, chociaż je zawiera państwo, poddane są prawu prywatnemu, ale dzieje się to naskutek wyraźnego przepisu ustawowego. W tej grupie możemy rzeczywiście mówić o stosunkach obligacyjnych, ale nie jest to publiczne prawo obligacyjne, a tylko czyste prywatne prawo obligacyjne. Ta grupa przeto nie uzasadniałaby poglądu, że istnieje publiczne (administracyjne) prawo obligacyjne.

3) Do trzeciej grupy należą następujące przypadki:

a) przyjęcie osób do służby państwowej, które odbywa się niejako naskutek oferty kandydata na urzędnika;

b) przyjęcie do związku państwowego, t. zw. naturalizacja, tudzież udzielenie prawa przynależności, które następuje również na prośbę dotyczącego obywatela;

c) zmiany w granicach jednostek administracyjnych, przychodzące do skutku za zgodą odnośnych korporacyj terytorjalnych;

d) umowy o zapłatę datków publiczno-prawnych, t. zw. konkurencyj;

e) umowy, ustalające warunki udzielenia koncesyj na przedsiębiorstwa, zakłady i t. p.

Aby zająć stanowisko wobec tej grupy, należy zgodzić się na punkt, z którego na odnośne stosunki będziemy patrzeć. Jeżeli idzie o sposób, o formę, w których odnośne sprawy ujawniają się, t. j. przychodzą na świat, to we wszystkich dzieje się to przez akt administracyjny. Ani nominacja, ani naturalizacja, ani udzielenie koncesyj, nie ujawnia się w formie umowy,

jak to ma miejsce przy kupnie-sprzedaży, dzierżawie, i t. d. Jeżeli dalej na te stosunki patrzeć będziemy z tego punktu widzenia, że będziemy chcieli zbadać, czy odnośne sprawy są wynikiem działalności tylko państwa, czy też są wynikiem współdziałania państwa i dotyczącego obywatela, to z tego punktu widzenia można te sprawy w rozmaity sposób ująć. Oczywiście tam, gdzie niema przymusu publicznej służby, tam nominacja na urzędnika nie może się odbyć bez jego prośby; nie można także narzucić obywatelowi koncesji na jakieś przedsiębiorstwo, o którą on nie prosił i t. d.; ale czy w tych krokach obywatela należy widzieć współdziałanie państwa z obywatelem, takie, jakie jest w umowach współdziałanie dwóch stron, to w tym względzie rozejść się mogą zapatrywania. Można bowiem w tych rzekomych ofertach widzieć tylko przygotowanie warunków, na których wspiera się akt administracyjny. Może wzięlibyśmy całą sprawę goręcej, gdyby z tego, że się przyjmuje publiczno-prawne umowy, wynikały jakieś konsekwencje. Nie sądzimy, aby tak było. Wszystkie te t. zw. publiczno-prawne umowy podlegają odrębnym administracyjnym przepisom, a używanie nazwy: „publiczno-prawne umowy" jedynie na podstawie wyżej określonej analogji może wywołać niejedno nieporozumienie.

Wedle naszego zdania przeto, żadna z powyższych grup nie uzasadnia potrzeby tworzenia jakiegoś odrębnego administracyjnego prawa obligacyjnego. W szczególności nie widzimy potrzeby tworzenia t. zw. umów publiczno-prawnych, i tu bowiem, jak w całem prawie administracyjnem, wystarczy nam konstrukcja aktu administracyjnego. Pozostaniemy przy niej tem bardziej, że pragniemy zbudować teorję prawa administracyjnego za pośrednictwem norm, nie za pośrednictwem personifikacji [1]).

[1]) P. koniec rozdziału III.

ROZDZIAŁ X.

TEORJA PRAWA ADMINISTRACYJNEGO.

Przed przystąpieniem do zarysowania teorji prawa administracyjnego, jak ona z powyższych naszych wywodów już się wychyla, należy zająć stanowisko wobec dwóch pojęć, należących do ogólnej teorji prawa, a nietylko do teorji prawa administracyjnego. Są to pojęcia normy i państwa.

I. Pojęcie normy.

Przez normę prawną rozumie się w potocznem używaniu tego wyrazu nakaz, zakaz, imperatyw, zdanie, którego elementy są połączone przez wyraz „powinien", wreszcie zdanie hypotetyczne. Takie pojmowanie normy odpowiada przeciwstawianiu „natury" „duchowi (Geist)". Wynika ono z odróżniania „bytu (sein)" i „powinności (sollen)". Wypływa ono z przeciwstawiania egzystencyj realnych egzystencjom idealnym. Wypływa ono wreszcie z tego, że ujmowanie elementów zapomocą związku przyczynowego przeciwstawia się ujmowaniu ich zapomocą innego jakiegoś związku. Dla ilustracji tego stanowiska zacytujemy pogląd Bierlinga. Pisze on między innemi (Zur Kritik der juristichen Grundbegriffe II 263), że „można stanowczo powiedzieć, iż normy sformułowane przez jurysprudencję są w swej najgłębszej istocie wyrazem pewnego stałego duchowego

zachowania się (Verhalten), pewnego właściwego kierunku duchowego uczestników prawa (Geistesrichtung der Rechtsgenossen). Zachowanie się to jest całkiem inne, jak zachowanie się rzeczy realnych (Verhalten realer Dinge). Pierwsze jest czysto wewnętrznem, nie wywierającem żadnego bezpośredniego wpływu na inne podmioty, t. j. nazewnątrz. Jedynym bezpośrednim wpływem, który w pomyślnym przypadku wywierają, jest wpływ na wolę tego samego podmiotu. Drugie, t. j. stałe zachowanie się rzeczy realnych, wyrażone przez jakiekolwiek prawo przyrodnicze (Naturgesetz) jest z istoty swej oddziaływaniem rzeczy na rzecz, a nigdy nie jest oddziaływaniem rzeczy na nią samą. Z tego wynika: stałe duchowe zachowanie się, którego treść tworzą normy prawne faktycznie lub idealiter, jest niewspółmiernem z zachowaniem się realnych rzeczy, jak ono jest wyrażonem w prawach przyrody, a w każdym nie dadzą się one w ten sposób z sobą porównać, aby z jednego można było wysuwać jakiekolwiek wnioski o drugiem".

Wedle mnie do określenia, czem jest norma prawna, dochodzi się na podstawie następującego rozumowania:

1. Wszystkie normy, tak prawne, jak t. zw. prawa przyrodnicze i prawa logiki, są zdaniami oznajmującemi.

2. Wszystkie normy wyrażają, że równe fakty wywołują, sprowadzają równe następstwa, będące również faktami.

3. Dla wszystkich norm przyjmujemy, jako założenia, niejako trzy piętra:

a) rzeczywiste, realne fakty,

b) obraz tych realnych faktów, gdy zaś jest wyrażony słowami, zdanie,

c) związek między dwoma faktami, który wyrażamy również w zdaniu, będącem właśnie normą.

Natomiast różnica między normą prawną a innemi tkwi w tem, że związek między owemi elementami w prawie przyrody i w prawie logiki tkwi w konieczności logicznej, a związek między elementami normy prawnej tkwi w przymusie zewnętrznym, czyli że dla szybszej orjentacji (ale tylko dlatego) „naturze" nie przeciwstawiamy „ducha (Geist)" wogóle, ale *sztuczne* związanie dwóch faktów, dwóch sytuacyj faktycznych. W tem

znaczeniu możemy powiedzieć, że w normach prawnych niema „związku przyczynowego", ale związek sztuczny, t. j. niema związku polegającego na konieczności logicznej, ale jest związek polegający na przymusie zewnętrznym [1]).

[1]) Moje filozoficzne stanowisko określiłem w artykule ogłoszonym w t. II r. 1923 „Czasopisma prawniczego i ekonomicznego". Powtarzam główne myśli:

1. W rozważaniach naszych o świecie znajdziemy ułatwienie w rozłożeniu go na trzy części: świat ciał, myślenie i działalność ludzką. Nauka ma za zadanie ujęcie każdej z tych części w całość i jedność. Stać się to może wówczas, jeżeli sformułujemy pewne twierdzenia o stałości i konieczności dotyczących zjawisk. Sądy takie nazywamy prawami, a stosownie do dziedziny, którą obejmują, mówimy o prawach przyrodniczych, o prawach logiki i o prawach par excellence. Owe dwie cechy stałości i konieczności oznaczają zajście równych następstw w razie istnienia równych warunków.

2. Sformułowanie twierdzeń o charakterze praw jest celem każdej nauki, do którego dochodzi w mniejszym lub wyższym stopniu. W dziedzinie fizyki np. formułuje tę sprawę S. Zaremba w ostrożny sposób: „Wytłumaczenie pewnego zjawiska fizycznego, następującego przy oznaczonych warunkach, może stać się możliwem tylko po przyjęciu pewnego zespołu hipotez (H), a w takim razie wyrażenie „wytłumaczyć rozważane zjawisko" oznacza podać dowód na to, że właściwości tego zjawiska należą do następstw logicznych warunków (W), hipotez (H) oraz przesłanek logiki i matematyki, a zależnie od tego, czy taki dowód jest niemożliwy, czy też jest możliwy tylko co do niektórych właściwości zjawiska, albo do wszystkich tegoż, mówimy, że hipotezy (H) nie tłumaczą omawianego zjawiska, tłumaczą je częściowo, albo tłumaczą je w zupełności".

„Fizyka tłumaczy mniej lub więcej zupełnie niektóre zjawiska, a z biegiem czasu tłumaczy ich coraz więcej w sposób coraz zupełniejszy".

3. W dziedzinie myślenia tradycyjna logika przyjmowała cztery prawa myślenia: prawo identyczności, sprzeczności, exclusi tertii i de ratione sufficiente. W gruncie rzeczy sens tych czterech praw jest jeden i ten sam, a jest nim stałość, która zachodzi, jeżeli przy równych założeniach musi być jedno i to samo pomyślane. Powiedzieliśmy „musi", a konieczność ta przedstawi nam się w rozmaity sposób, w miarę tego, jak podzielimy sobie sądy. Teodor Lipps rozważa kwestję konieczności wedle podziału sądów na sądy objektywne formalne, na sądy uzasadnione doświadczeniem, na sądy subjektywne i sądy abstrakcyjno-logiczne. Na innem tle wszędzie obowiązuje zasada, że równe wydaje równe.

4. W dziedzinie działalności ludzkiej konieczność uzasadnioną jest, stosownie do poglądu na świat (Weltanschauung), który wyznajemy,

Wypróbujmy ten pogląd na poszczególnych teorjach.

1. Kanta nie można cytować, jako niejako twórcę odróżniania owych dwóch światów „bytu (sein)" i „tego, co być powinno (sollen)". Kant mówi w krytyce czystego rozumu: „das Recht kann nicht erscheinen, sondern sein Begriff liegt im Verstande und stellet eine Beschaffenheit (die moralische) der Handlungen vor, die ihnen an sich selbst zukommt. Dagegen enthält die Vorstellung eines Körpers in der Anschauung

albo Objawieniem, albo rozumem absolutnym, albo logiką rozumu relatywistycznego, albo wreszcie przymusem zewnętrznym.

5. Rozum absolutny wiedzie do identyfikacji religji z filozofją, wskutek czego prawa o stałości działalności ludzkiej opierają się na rozumie (absolutnym), ale są identyczne z prawami uzasadnionemi wiarą w Objawienie.

6. Objawami konieczności logicznej jest prawo natury XVIII wieku (przejawiające się jednak do dzisiejszego dnia), przyzwyczajenie Marxistów, a tem tylko także da się uzasadnić prawo narodów, jeżeli takie prawo wogóle przyjmiemy.

7. Między uzasadnieniami nie może być kompromisu, jeżeli one są wynikiem różnych poglądów na świat. Dla nauki jest fatalnem mieszanie różnych poglądów na świat, nie dających się żadną miarą ze sobą pogodzić. Dlatego np. książkę Nelsona „Rechtswissenschaft ohne Recht" można uważać za nieporozumienie. O jakiem prawie myśli Nelson i z jakiego wychodzi światopoglądu? Jeżeli myśli o prawie obowiązującem, a nie o prawie w Królestwie Bożem zrealizowanem na ziemi, to nie powinien się dziwić, że takiego prawa uzasadnieniem jest tylko przymus zewnętrzny. Tragedja ludności rządzonej przez bolszewików polega właśnie na tem, że „przyzwyczajenie", którem pragnęli uzasadnić prawo komunistyczne, wymaga przemiany duszy, gdy zaś taka przemiana nie nastąpiła, zamiast „obumierania państwa" ujrzeliśmy powstanie państwa o niewidzianym dotychczas „przymusie fizycznym".

8. Dla ułatwienia naszych rozważań nad światem uczyniliśmy trzy dziedziny (przyroda, myślenie i działalność ludzka) i o wszystkich powiedzieliśmy, że umysł ludzki pragnie je ująć w pewną stałość i temu stałemu powtarzaniu się zjawisk nadać konieczność. Znowu dla ułatwienia zbadaliśmy uzasadnienie tej konieczności i prima vista odkryliśmy różne tego uzasadnienia rodzaje. W gruncie rzeczy konieczność jest tylko dwojaka: logiczna i przymus zewnętrzny. Kto wmyśli się w logikę Wittgensteina (Tractatus logico philosophicus z przedmową Bertranda Russela, Londyn 1922) przyzna mu rację, gdy mówi, że „nie istnieje przymus, wskutek którego musiałoby się coś stać, dlatego, ponieważ stało się co innego", a natomiast, że istnieje tylko logiczna konieczność

gar nichts, was einem Gegenstande ansich zukommen könnte, sondern bloss die Erscheinung von etwas..." Gdy więc w ten sposób Kant zalicza prawo do „Sittliche Gesetze", przeto odnoszą się także do prawa słowa: „Denn in Betracht der Natur gibt uns Erfahrung die Regel an die Hand und ist der Quell der Wahrheit; in Ansehung der sittlichen Gesetze aber ist Erfahrung (leider) die Mutter des Scheins und es ist höchst verwerflich, die Gesetze über das, was ich tun soll, von demjenigen herzunehmen oder dadurch

(str. 180, poz. 6. 37). Wittgenstein ma tutaj na myśli przyrodę i tak zwane prawa przyrody (Naturgesetz). Do tej dziedziny, t. j. do przyrody, odnosi się też jego twierdzenie, że świat jest niezależny od mojej woli (str. 180, po. 6. 373). Natomiast w dziedzinie działalności ludzkiej może istnieć przymus sprawiający, że coś się musi stać dlatego, że się stało co innego. W tem okazuje się produktywność przyjętego przez nas podziału na przyrodę, myślenie i działalność ludzką. Dłuższego wywodu wymaga wykazanie, że także i wedle filozofji absolutnej uzasadnienie konieczności jest tylko logiczne. Jeżeli problem logiki polega na rozwiązaniu pytania, jaki stosunek musi zachodzić między takim faktem, jakim jest zdanie, a innym faktem, aby zdanie miało zdolność bycia symbolem tego innego faktu, to oczywiście założeniem takiego postawienia problemu logiki jest, „że" świat (t. j. „ten inny fakt") istnieje. Dla tak pojmowanej logiki kwestja, „że" ten świat istnieje, jest kwestją mistyczną, jak mistycznym dla niej jest wogóle wszystko, co się nie da wypowiedzieć, a co się tylko okazuje. Jeżeli jednak za zadanie logiki nie będziemy uważać owego symbolizmu, ale za problem jej uznamy samo myślenie, to nie zgodzimy się na pogląd, że to, co się nie da wypowiedzieć, nie ma znaczenia, a wówczas za logiczną konieczność uznamy tę konieczność, w której wyłącznie przedmiot zmusza do takiego a nie innego uporządkowania przedmiotów świadomości. W takiem znaczeniu logiki możemy mówić i w mistycyźmie o konieczności logicznej. W tem tylko jest rzecz, że mistycyzm (czerpiący swe źródło w rozumie absolutnym Hoene-Wrońskiego, przetłumaczonym na „intuicję" przez filozofów relatywistycznych) inne przyjmuje przedmioty, bo w innym żyje świecie, a wskutek tego inne stawia problemy i inne daje rozwiązania, jak filozofja relatywistyczna.

9. Powiedzieliśmy, że istota prawa polega na stałości i konieczności. Uzasadnienie tej konieczności jest w dziedzinie przyrody i w dziedzinie myślenia logicznem, w dziedzinie zaś działalności ludzkiej jest albo logicznem, albo polega na przymusie zewnętrznym. Jakiekolwiek jednak będzie to uzasadnienie, to tej stałości nie będziemy w stanie sobie wyobrazić, jeżeli tej danej dziedziny nie rozłożymy na elementy,

einschränken zu wollen, was getan wird". Kanta nie można dlatego powoływać na świadectwo wyżej na wstępie określonego poglądu, ponieważ prawo zalicza on do „sittliche Gesetze", do moralności (rozum praktyczny), w której stoi na gruncie filozofji absolutnej, ci zaś, którzy się na nim opierają, stoją na gruncie moralności relatywistycznej. Jest nieśmiertelną zasługą Kanta, że w dziedzinie praktycznej (w moralności) wzbił się do wyżyn absolutu, błędem zaś jest dyssonans, polegający na tem, że w dziedzinie teoretycznej przyjął tylko *formę* bezwzględną.

---

które przyjmiemy za pierwotne. Możemy te elementy w dziedzinie działalności ludzkiej nazwać faktami, sytuacjami, stosunkami, zawsze stałość i konieczność da się sformułować: równe fakty albo równe stosunki muszą się zdarzyć, muszę się stać, jeżeli inne równe fakty, inne równe stosunki się wydarzyły. O tych stosunkach, o tych faktach czy sytuacjach wytwarzamy sobie obraz. Obraz ten nazywamy myślą, myśl zaś wyrażoną słowami nazywa się zdaniem.

10. Możemy więc obecnie już powiedzieć, czem jest przepis prawny, regulujący działalność (zachowanie się) ludzką. Jest to zdanie, a więc myśl wyrażona zewnętrznie, ta myśl zaś jest obrazem stosunków, na które rozkładamy sobie działalność ludzką. Myśl ta obejmuje taki związek między stosunkami, że jeden z nich musi nastąpić, dlatego, że zaszedł drugi.

11. Pomiędzy stosunkami, na które rozkładamy działalność ludzką, obrazem, który sobie o tych stosunkach wytwarzamy, t. j. myślą, a wreszcie wyrażeniem zewnętrznem tej myśli, t. j. zdaniem, winna zachodzić zgodność. Czy tak jest, należy zbadać. Ta czynność, która bada, która wyjaśnia w powyższym kierunku zdania, wyrazy, pojęcia, nazywa się filozofją. Filozofja przeto nie jest systemem i raczej o filozofowaniu należy mówić, aniżeli o filozofji. Każda nauka ma w tem znaczeniu swoją filozofję. Przyjmowany przez przeważającą część filozofów system filozofji, obejmuje kilka nauk zupełnie samodzielnych. Wyznajemy zapatrywanie, że filozofja spadać się będzie coraz bardziej z logiką, jak ta coraz powszechniej zlewa się z matematyką. Trafnie mówi Bertrand Russell, że obszar filozofji jest zmienny, w miarę bowiem wyjaśnienia i ustalenia, kwestje przechodzą z filozofji do innych nauk.

12. Tak pojęta filozofja prawa zaczyna w ostatnich czasach określać swoje problemy i szybkie robić postępy. Tak rozumiem pracę Reinacha, tak rozumiem niezmiernie pobudzające dzieła Kelsena. Jest to już potem tylko kwestja ekonomji wykładu, jak daleko w głąb przy tem „wyjaśnieniu" należy pójść. Dla mnie pociągającą jest droga, która od Platona i jego idej wiedzie do współczesnej logiki zlewającej się z matematyką.

Prawnicy dzisiejsi przeto mówią o czem innem, a Kant o czem innem, żaden z dzisiejszych prawników nie identyfikuje „prawa“ z moralnością bezwzględną, co właśnie czyni Kant. Zobaczymy dalej, co to niezrozumienie Kanta wywołało w nauce prawa przez skierowanie myślenia prawniczego na tory „myślenia“ rozumu praktycznego (moralności).

2. Norma z wyrażeniem „powinien“ da się wszędzie w normach prawnych transponować na normę, której sens tkwi w tem, że „równe wywołują równe“. Sens normy prawnej tkwi więc np. w zdaniu: „użytym będzie przymus, aby kradzież pociągała za sobą więzienie“, „użytym będzie przymus, aby pożyczone zostało zwrócone“ etc. Z stanowiska światopoglądu relatywistycznego nawet normy moralne dadzą się tak skonstruować. Sens ich opiewałby: „z konieczności logicznej taki a taki czyn wywołuje zadowolnienie, przyjemność, przykrość etc.“. „Powinien“ jest już wnioskiem z normy, wchodzącym w dziedzinę psychologji, a więc prawnika nie obchodzącym. Psychologji zadaniem jej zbadać, jak norma oddziaływa na rozum i uczucie, ale aby to zbadać, musi już być znanem, czem jest norma. Możemy więc stwierdzić drugie nieporozumienie. Niezrozumiany Kant sprawił, że to, co mówił z stanowiska absolutu, stosowano do stanowiska relatywistycznego. Tutaj zaś widzimy, że prawo pomięszano z psychologją. To pomięszanie idzie dalej u tych, którzy, jak np. Brentano, widzą w prawie „Gemütsintentionen“ [1]).

3. Sander stawia wyroki narówni z ogólnemi przepisami i chce stworzyć jedną teorję dla konkretnych orzeczeń i dla abstrakcyjnych, formalnych zdań, któremi są normy prawne. Jest

[1]) Na obradach Tow. fil. w Krakowie, których protokół ogłoszoszonym będzie w „Czas. pr. i ekon.“ za r. 1925, podniósł prof. Wilkosz, (zgodnie z wyżej przeze mnie postawionym poglądem), że „można sobie wyobrazić regularny proces, który każdy system normatywny zamienia na skojarzony z nim system werytatywny“. W następstwie tego różnica między temi systemami byłaby wtedy tylko więcej, niż formalną, gdybyśmy system werytatywny postawili na bazie deterministycznej, a system normatywny na bazie indeterministycznej. Otóż wedle mnie ten problem nie należy do prawa, ale do moralności. W prawie istotą jest przymus.

to więc inne zamierzenie, inny materjał czyli inne założenia, a więc i teorja musi być inną. Nie można jej porównywać z teorją norm ogólnych, bo o czem innem mówi. Inna zaś rzecz, która z tych teoryj jest dla nauki produktywniejszą. Nie mam o tem zdania, ale to wiem, że wypracowanie teorji norm ogólnych jest dla nauki rzeczą pilną i że ono powinno być przedewszystkiem na porządku dziennym usiłowań naukowych.

4. W poglądzie naszym na normę prawną wyszliśmy z kilku założeń, które należy stwierdzić.

a) Jak w przyrodzie dążeniem naszem jest ujęcie jej w pewien porządek, tak samo dążymy do tego w działalności ludzkiej. Prawa przyrodnicze mają stałość i konieczność, ta ostatnia jest koniecznością logiczną. W dziedzinie działalności ludzkiej, jeżeli jesteśmy wyznawcami światopoglądu relatywistycznego, stałość i konieczność mogą być osiągnięte tylko przez przymus zewnętrzny. Inaczej wedle światopoglądu absolutnego, wedle którego prawo spada się z moralnością.

b) Światopogląd relatywistyczny nie wytworzył moralności, bo ta może być tylko absolutną. Z relatywistycznego punktu widzenia możemy mówić o hedonizmie, utylitaryzmie, pragmatyzmie i t. p., ale nie o moralności.

c) Przyjęliśmy dalej jako założenie rzeczywistość faktów, rzeczywistość sytuacyj faktycznych, których obraz jest myślą, a myśl ujawniona słowami jest zdaniem. Teorja prawa zajmuje się tylko zdaniami, bo normy prawne są zdaniami, a teorja prawa zajmuje się normami. Stąd nie należy do teorji prawa ani sprawa powstania tych norm, ani sprawa oddziaływania tych norm na rozum i uczucie ludzkie, ani wreszcie przetwarzanie się normy w fakty czyli tak zw. wykonywanie prawa. Teorja prawa w naszem rozumieniu ma do czynienia z gotowym produktem, t. j. z zdaniami, z drugiej zaś strony nie należą do niej dalsze losy tych zdań. Wedle tych założeń przeto zadaniem teorji prawa, którą uważam za filozofję prawa, jest wykazanie, czy wyrazy, tworzące zdanie, oddają w sposób pełny i dokładny rzeczywistość, a więc owe sytuacje faktyczne, które mają być związane przymusem. Wedle takiego pojmowania teorja prawa jest logiką.

Powiedzieliśmy wyżej, że normy prawne są czem innem, jak normy moralne, i że pomięszanie moralności z prawem mąci teorję prawa. Dla ilustracji myślenia, która do tego wiedzie, niech mi wolno będzie zacytować odnośne aforyzmy z Wittgensteina (Tractatus logico philosophicus z przedmową Russela, London 1922):

„6. 4 Wszystkie zdania mają równą wartość.

6. 41 Sens (Sinn, the sense) świata musi się znajdować zewnątrz świata. Na świecie wszystko jest, jak jest, i wszystko się dzieje, jak się dzieje, niema w nim (w świecie) żadnej wartości, a gdyby była, to nie miałaby wartości.

Jeżeli istnieje wartość, która ma wartość, to musi się znajdować zewnątrz wszelkiego stawania się i wszelkiego bytu (ausserhalb alles Geschehens und So-Seins, outside all happening and being-so). Gdyż wszelkie stawanie się i byt są przypadkowe.

To, co je robi nieprzypadkowemi, nie może znajdować się w świecie (in der Welt, in the world), gdyż inaczej byłoby to znowu przypadkowem.

Musi się znajdować zewnątrz świata.

6. 42 Dlatego nie mogą istnieć zdania etyczne.

Zdania nie mogą wyrazić nic wyższego.

6. 421 Jest jasnem, że etyka nie da się wyrazić.

Etyka jest transcendentalną.

(Etyka i estetyka jest jednem i tem samem).

6. 422 Pierwszą myślą, którą nasuwa prawo etyczne, mające formę „powinieneś", jest: „a co się stanie, jeżeli tego nie uczynię"? Jest zaś jasnem, że etyka niema nic do czynienia z nagrodą i karą w zwyczajnem znaczeniu. Pytanie więc, tyczące się skutków czynności, musi być bez znaczenia. W każdym skutki te nie mogą być zdarzeniami. Gdyż coś musi przecież być trafnem w stawianiu tego pytania. Musi wprawdzie istnieć jakiś rodzaj etycznej nagrody i etycznej kary, ale te muszą tkwić w samej czynności.

(I to także jest jasnem, że nagroda musi być czemś przyjemnem, a kara czemś nieprzyjemnem).

6. 423 Nie można mówić o woli, jako twórcy etyki (Vom

Willen als Träger des Ethischen kann nicht gesprochen werden. Of the will as the bearer of the ethical we cannot speak). A wola, jako fenomen, interesuje tylko psychologję".

Mówiliśmy to samo: światopogląd relatywistyczny nie daje moralności, pochodzić może tylko z zewnątrz tego świata. Gdy zaś nie da się wyrazić (ausdrücken), jakżeż ją można mięszać z prawem, które przecież na „wyrażaniu" polega. Dla Wittgensteina, dla którego to, co się nie da wyrazić, niema znaczenia, „es gibt allerdings Unaussprechliches. Dies zeigt sich, es ist das Mystische (6. 522)". O to właśnie idzie: moralność nie jest z relatywistycznego świata, a to, co Wittgenstein nazywa „mistycznem", potrafimy znaleźć.

II. Pojęcie państwa.

Pojęcie nowożytnego państwa wyrabia się pod wpływem racjonalistycznego myślenia i pod wpływem indywidualizmu. Państwo rysuje się jako przeciwstawienie związku naturalnego, opartego na podstawie uczuciowej i racjonalistycznie nigdy dokładnie nie dającego się oddać. Widocznem jest to szczególnie tam, gdzie naród nie stanowi państwa, gdzie przeto produkt naturalny (naród) nie zlewa się z tworem sztucznym (państwo). Indywidualizm jest ujęciem powyższego stanu rzeczy z innej strony. Wynikiem indywidualizmu, polegającego na uwalnianiu się jednostki z wiązadeł związków naturalnych, mających podstawę uczuciową, a przerzucaniu coraz większej ilości zadań na związek sztuczny (państwo), jest przeciwstawianie się jednostki państwu, wynikiem jest więc walka. Dopóki jednostka tkwi w związkach naturalnych, polegających na uczuciu, irracjonalnych, dopóty między jednostką a kolektywnością niema konfliktu. Zjawia się z chwilą supremacji myślenia racjonalistycznego, a więc zjawia się z chwilą powstania sztucznego produktu, którem jest państwo.

Demokracja (wytwór racjonalistycznego myślenia) nie jest związana z indywidualizmem w większej mierze, jak jest związana z myśleniem, operującem kategorjami kolektywnemi. Z punktu widzenia indywidualistycznego demokratyzacja, jako

dążenie do równości, polega na uwolnieniu jednostki od ciężarów, których inna jednostka nie ponosi. Z punktu widzenia myślenia kategorjami kolektywnemi równość objawia się na identyfikacji jednostki z kolektywnością. W obecnem stadjum rozwoju kulturalnych społeczeństw możemy mówić o demokratyzacji z indywidualistycznego punktu widzenia, ale coraz to silniejszą staje się tendencja demokracji do przejścia z fazy negatywnej (zwalnianie się z ciężarów) do fazy pozytywnej, utożsamiającej jednostkę z kolektywnością (komunizm, rozszerzenie władzy rządu etc.). To dążenie utożsamienia jednostki z kolektywnością (w obecnem stadjum: z państwem) jest dążeniem do syntezy, mającej rozwiązać odwieczny problem: ja i świat.

Charakterystykę tę winniśmy zatrzymać w pamięci, jeżeli chcemy dojść do naukowego pojęcia państwa i zdać sobie sprawę z możliwego jego rozwoju.

Personifikacja państwa, jako osoby, organizmu, siły, nie jest naukową konstrukcją. Porównania tego, obrazu, fikcji, użyliśmy także i my, zastrzegając się jednak odrazu, że czynimy to prowizorycznie. Ułatwiło nam to przedstawienie rzeczy, ale chroniliśmy się wszędzie przed wyciąganiem z tego obrazu jakichkolwiek naukowych wniosków. Personifikacji używaliśmy, jak się używa drabiny, którą się odrzuca po dojściu do zamierzonego celu. Czem więc jest państwo? Jeżeli damy odpowiedź, że jest „całością prawa", to obawiamy się, że bez pewnego przygotowania czytelnika do tego rodzaju myślenia, nie będziemy zrozumiani. Odczuwa się przeto potrzebę pewnych uprzednich wyjaśnień i przykładów.

Tradycyjne rozróżnianie elementów: ludności, terytorjum i władzy wykazuje na pierwszy rzut oka, że te elementy mogą być określone tylko przy pomocy prawa. Czem jest ów związek? Czem jest ludność związana? O ile idzie o państwo (a nie np. naród) to tylko prawem. Terytorjum bez użycia prawa nie możemy określić, a tak samo i władzy. Owe tradycyjne elementy wiodą nas przeto właśnie do „prawa", jako środka określenia pojęcia państwa.

A teraz przykład. Bilard będzie dla nie znających tej gry stołem szczególnie skonstruowanym, kijami i kulami, zapomocą

których dwaj ludzie wykonywają pewne ruchy. Cóż więc ten stół wraz z kulami i ruchami ludzi czyni „bilardem". Z pewnością „reguły" gry i tak też bilard, jako bilard, można jedynie określić.

Światło tłumaczymy sobie ruchem; ślepemu od urodzenia możemy doskonale wyłożyć teorję światła, ale przeżycia światła mu nie damy.

Te dwa przykłady dają nam poznać znaczenie i granice teorji. Z praktycznego punktu widzenia możemy państwo konstruować dowolnie, teoretycznie jednak zajdziemy zawsze do prawa, jako jego istoty. Państwo bowiem jest sztucznie, bo w drodze przymusu, przeprowadzonym porządkiem, a nie na czem innem, lecz na tem właśnie polega zadanie prawa.

Zarzuty przeciwko martwocie takiej teorji polegają na niezrozumieniu, czem jest wogóle teorja. Musi być zawsze formalną, w tem znaczeniu, by mogła objąć całą różnorodność i cały obszar badanych zjawisk. Już to samo czyni ją pustą, a że musi być przez to oczywiście abstrakcyjną, jest bezbarwną, nie uderza temi nieskończonemi blaskami, któremi mieni się życie. W takiem pojmowaniu rodzi się pytanie, jaki pożytek daje teorja. To samo pytanie nasuwa matematyka, w której od jakości i ilości założeń zależy ilość i jakość geometrji, algebr i t. d. Zapewne tyle tysięcy lat prawo nie posiadało „czystej", jak się mówi, teorji, a spełniało swoje zadanie i miało swoją „naukę". Należy tylko porozumieć się, co rozumiemy przez naukę. Jeżeli ma ona dotrzeć do ostatnich elementów i zbadać źródła ich poznania, to bez „czystej" teorji nie można się obejść. Jeżeli jednak w pochodzie do tych ostatnich elementów zatrzymamy się gdziekolwiek, na jakiemkolwiek piętrze, „czystość" będzie problematyczną. Zresztą nauka nigdy nie powinna pytać o swą użyteczność, spada ona nieoczekiwanie na teorję, ale spada na pewno.

Rozstrzygającem jest co innego. Idzie o to, czy dana teorja da się rozwinąć w system, czy dla poszczególnych zagadnień nie trzeba będzie uciekać się do innej. To należy właśnie wypróbować. Następne ustępy są temu właśnie poświęcone.

Jeżeli państwo jest całością prawa, to jest całością norm

prawnych. Inaczej: jest całością porządku w współżyciu ludzi. Norma bowiem jest, jakeśmy powiedzieli, porządkiem, polegającym na tem, że dwie sytuacje faktyczne wiąże się z sobą przymusem. Jak te sytuacje powstają, nie należy do prawa, do niego bowiem tylko należy, jak one są wyrażone. I w tem tkwi główne zadanie teorji prawa. Wyrazy te należy wyjaśnić. Są one pojęciami, konstrukcjami, do teorji prawa jednak, formalnej i abstrakcyjnej, należy tylko wskazać, pod wpływem jakiego „myślenia" powstały. Treść dają im czas i miejsce. To staraliśmy się uczynić, wykazując, że pojęcia i konstrukcje, któremi dzisiaj się posługujemy, powstały pod wpływem indywidualizmu, który od renesansu kieruje myśleniem, wyciskając na niem piętno racjonalizmu, i że demokracja pojęta jest również z punktu widzenia indywidualizmu, jako pochód do równości przez zwalnianie jednostki od ciężarów, których inna jednostka nie ponosi. Ale teorja powinna być tak postawioną, aby mieściła w sobie kryterja dla oceny konstrukcyj, wytworzonych także myśleniem kategorjami kolektywistycznemi. Z takiego stanowiska patrząc, sprowadzamy spór, czy w urzeczywistnionym komunizmie będzie państwo, czy też, wedle przepowiadań Marxa, rzuconem będzie do rupieciarni, do pytania: czy w urzeczywistnionym komunizmie istnieć będzie prawo, czy nie, czyli czy w urzeczywistnionym komunizmie porządek („równe wywołuje równe") będzie realizowany przez przymus, czy też porządek będzie inaczej utrzymywany. W tym ostatnim przypadku nie byłoby prawa i nie byłoby państwa w tem znaczeniu, które tym pojęciom daje relatywistyczny pogląd na świat, a urzeczywistniony komunizm nie należałby do tego (relatywistycznego) świata. I tak się też stało: w rosyjskich sowietach jest prawo, a więc jest i państwo, a komunizm okazał się niezdolnym do urzeczywistnienia, dopóki dusze ludzkie nie ulegną zmianie. Istnieć jednak mogą tendencje, kierunki kolektywistyczne i te winny się mieścić w teorji, jeżeli ona spełnia swoje zadanie. Staraliśmy się te tendencje wykazać i odkryć, do jakich wiodą pojęć i konstrukcyj. Tak np. pod wpływem demokratyzacji, którą nazwaliśmy pozytywną, a która polega na identyfikacji jednostki z zbiorowością, powstał włoski faszyzm, objaw tem

znamienniejszy, że nie był wypływem jakiejś ideologji, ale że ideologję dopiero później do niego się dorabia. Należy zdać sobie sprawę, że przeciwstawienie jednostki kolektywności, myślenia racjonalistycznego myśleniu, operującemu kategorjami kolektywistycznemi, jest przeciwstawieniem dialektycznem. Dlatego właśnie wczucie się w taki objaw, jak włoski faszyzm, zrodzony przed określeniem go dialektycznem, ma nieocenioną wartość.

Zanim przejdziemy do punktu istotnego dla pojęcia normy prawnej i państwa (sprawa „przymusu"), uporządkujmy dotychczasowe myśli.

1. Przez normę prawną rozumiemy zdanie, wyrażające związanie dwóch sytuacyj przymusem. Wiązanie to jest stałem, a określenie wyrazami sytuacyj faktycznych jest formalnem i abstrakcyjnem.

2. Normę prawną należy odróżnić od normy moralnej. Nie należy także do teorji prawa, o ile pojmujemy ją jako teorję norm prawnych, sprawa powstania norm, ani sprawa oddziaływania norm na rozum i uczucia ludzi, ani wreszcie sprawa t. zw. wykonywanie prawa.

3. Konsekwentnie z tem stanowiskiem, t. j. z stanowiskiem teoretycznem, widzimy w państwie całość norm prawnych, a więc twierdzimy, że określanie państwa, jako związku (jeżeli związek, będący państwem, da się wogóle określić bez użycia pojęcia prawa), należy do socjologji, a nie do nauki prawa.

4. Konsekwentnie z poglądem, że prawo jest wytworem sztucznym, odróżniamy stanowczo państwo, jako wytwór sztuczny, od rodziny, narodu, jako tworów naturalnych.

5. Stosunek jednostki do prawa (w znaczeniu przedmiotowem) i do państwa kształtuje się pod wpływem myślenia odpowiadającego danej epoce kultury. Żyjemy w epoce, w której indywidualizm, operujący myśleniem racjonalistycznem, wydaje się wyczerpanym. Prowadził narody europejskie od renesansu poprzez reformację i rewolucję francuską, do dzisiejszego przesilenia naukowego i moralnego. Dialektycznie przeciwstawiamy racjonalizmowi myślenie religijne lub myślenie operujące kolektywnemi kategorjami, zdajemy sobie jednak sprawę, że:

a) to dialektyczne przeciwstawienie służy nam tylko do teoretycznego ujęcia, a w praktyce, w życiu, owo „myślenie" musi być wyrazem innej duszy, jeżeli świat ma się zmienić i

b) że nie idzie o zastąpienie jednego myślenia innem, ale o syntezę obu, o sprawienie, aby żadne z nich nie wykonywało supremacji nad drugiem, jak to widzimy właśnie obecnie w epoce supremacji indywidualizmu. Nad tą syntezą pracuje myśl ludzka, od chwili zbudzenia się rozważań filozoficznych. W niniejszym wykładzie, poświęconym przedstawieniu nowożytnego prawa administracyjnego, nie mogę oczywiście dać obrazu usiłowań dojścia do tej syntezy, musiałem przeto ułatwić sobie zadanie przez przyjęcie kilku założeń. Jednem z nich jest demokracja, zrodzona (w nowożytnem znaczeniu) z myślenia racjonalistycznego. Powiedziałem, że pod wpływem tego myślenia jest ona zwalnianiem jednostki z ciężarów systemu feudalnego, nadmieniłem jednak, że ostatnie czasy przynoszą objawy, które pozwalają sądzić, że demokrację będzie się rozumieć także inaczej, jako utożsamienie jednostki z zbiorowością. Aby ten proces zrozumieć, należy zwrócić uwagę na następujące momenty:

a) Myślenie może być narzuconem, jak narzuconą jest oświata, polegająca tylko na „przenoszeniu" wiedzy. Myślenie może jednak także płynąć z duszy i zmieniać się pod wpływem jej zmiany. Myślenie Marxowskie było w Rosji narzuconem i dlatego nie wydało oczekiwanych rezultatów. Faszyzm włoski jednak uważam za wyraz duszy Włochów, który uprawnia do wniosku, że tam za tym „faktem" pójdzie myślenie i że racjonalizm straci swą supremację.

b) Utożsamianie jednostki z zbiorowością może odbywać się na różnej platformie. W Niemczech np. demokracja stanęła na identyfikacji jednostki z klasą, zawodem. We Francji jednostka stoi wprost przed obliczem państwa, tutaj więc, jeżeli ma być mowa o identyfikacji jednostki, to wprost z państwem. W Polsce stan jest zmącony przez to, że wskutek naszych przejść historycznych mięszamy myślenie nacjonalistyczne z państwem. Konstytucja z 17 marca jest tego wyrazem, miesza bowiem pojęcia narodu i państwa. W życiu niepodobna

przeto odróżnić, czy i co jest wyrazem identyfikacji jednostki z narodem, a co wyrazem identyfikacji jednostki z państwem, a nawet klasą lub zawodem i one bowiem ustępują miejsce narodowi.

Czem jest wobec poglądów, które wyznawaliśmy w całej książce, a które wyżej streściliśmy, teorja prawa. Nawiasowo (bo wywód należy do innej dyscypliny) zaznaczam, że teorję prawa uważam za równoznaczną z filozofją prawa. Czem ona jednak jest? Jeżeli normy prawa są zdaniami, wyrażającemi związanie dwóch sytuacyj faktycznych przez przymus, to wyrazy, stanowiące to zdanie, muszą być pełnem, dokładnem odbiciem owych sytuacyj faktycznych. O cóż więc idzie? O wyjaśnienie tych wyrazów, o stwierdzenie, czy one są pełnemi, dokładnemi symbolami rzeczywistości. Takie zadanie ma właśnie teorja prawa. Spełniając je, natrafi na różne grupy, znajdzie wyrazy, których używa nietylko norma prawna, i co do nich ucieknie się do ogólnej logiki. Znajdzie grupę wyrazów właściwych normom prawnym, które jednak potrafi wyjaśnić tylko ogólna teorja poznania. Ale napotka także wyrazy, które nie są symbolem faktu, rzeczywistości, ale są sztucznym wytworem, fikcją. Tutaj teorja prawa ma za zadanie wykazać, jaką drogą myślenia zostały one wytwarzane i jaką są pomocą w „wyrażaniu".

Tak pojęliśmy teorję prawa, w szczególności prawa administracyjnego. Takie „wyjaśnianie" wyrazów przywiodło nas do przekonania, że np. prawo podmiotowe jest fikcją. Przypominamy wywód o osobach prawnych, które pod wpływem owego „wyjaśniania" stały się niemal tylko punktem. Wrócimy jeszcze do tych rezultatów, aby na końcu dać ogólny obraz naszych usiłowań.

Przed podjęciem dalszego wykładu czuję, że jeszcze pewne momenty powinienem bliżej wyłożyć, jeżeli zwłaszcza przez tych, którzy nie wyćwiczyli umysłu w rozważaniach filozoficznych, mam być zrozumianym.

Całe ludzkie poznanie polega na dzieleniu i łączeniu, ale to dzielenie i łączenie jest dialektyką, bez której nie bylibyśmy w stanie objąć świata. Oddzielamy więc świat od jednostki,

przyrodę od wolności, byt od wiedzy, jednostkę od grupy i t. d., ale natychmiast musimy je złączyć. Jakże się to złączenie odbywa, jak dialektycznie rozdzielona staje się znowu jednością. Dążenie do takiej syntezy wypełnia dzieje myśli ludzkiej. Może oddam przysługę, jeżeli wskażę na dwa rozwiązania tego podstawowego zagadnienia. Genjusze, od których pochodzą, szli do nich odrębnemi drogami, ale cel mieli jeden: ujęcie w harmonijną jedność tego chaosu, który bez tych właśnie wysiłków zalegałby ziemię. Mam na myśli Hoene-Wrońskiego i Goethego. Nie mogę oczywiście przedstawiać tutaj ich filozofji, ale pewne cytaty lub pewna charakterystyka naprowadzą może czytelnika na potrzebny tutaj tok myślenia.

W jednem z licznych swych pism, które Hoene-Wroński chciał uczynić popularnemi (C e n t p a g e s, str. 18), tak określa zagadnienie, którem się zajmujemy:

„C'est là en effet le grand problème philosophique de l'histoire, celui de concilier la liberté de l'homme avec la Nécessite dans le développement fixe ou déterminé des progrès de l'humanité vers ses inconnues destnées absolues.

„La solution de ce grand problème historique se trouve donnée complètement dans notre philosophie de l'histoire, en y découvrant, d'une part, que la Liberté de l'homme est soumise constamment, par lui-même, à la Nécessité qui est impliquée dans la loi de création, dans cette première loi divine qui, pour diriger la liberté, préside, toujours à l'exercice spontane de cette liberté humaine; et de l'autre part, que la Nécessité que l'homme doit vaincre est, à son tour, soumise constamment, par l'intention providentielle de cette nécessité, à la Liberté qui est impliquée dans la loi du progrès, dans cette deuxième loi divine qui, pour limiter les écarts de la nécessité, préside également et toujours à la réaction inerte que cette fatale nécessité oppose à l'action humaine. C'est ainsi que, dans le développement progressif et historique de l'humanité, l'action spontanée de la liberté de l'homme se concilie parfaitement avec la réaction inerte de la nécessité qui s'oppose à cette action libre de l'homme. Et c'est conséquemment ainsi que, par cette harmonie entre la liberté de l'homme et la nécessité de la nature, harmonie qui

est régie par le concours des deux lois divines que nous venons de signaler, nommément, de la loi de création et de la loi du progrès, c'est ainsi, disons-nous, que le grand problème philosophique de l'histoire ayant pour objet de faire subsister ensemble la liberté de l'homme avec la nécessité de la direction providentiele le l'humanité, se trouve résolu complètement dans notre philosophie de l'histoire".

Przenosząc koncepcję Hoene-Wrońskiego na tę platformę, na której myśmy postawili nasze rozważania, znajdujemy w niej problem indywidualizmu pod nazwą wolności, a problem kolektywności pod nazwą konieczności. Syntezę ich przeprowadza Wroński na gruncie prawa stworzenia i prawa postępu. Przenikają się wzajemnie. Prawo stworzenia kieruje prawem wolności (dirige, préside), z drugiej zaś strony konieczność podległą jest (est soumise) prawu postępu. Bezwładna reakcja konieczności, przeciwstawiając się swobodnej akcji człowieka, znajduje ograniczenie właśnie w tem prawie postępu.

W zupełnie innym obozie znajduje się Goethe. Jakże dalekim jest od Wrońskiego, który do absolutu dotarł także rozumem. Dla Goethego nauka nie jest czemś z zewnątrz otrzymanem, ale czemś, co wypełnia i zrasta się z jego indywidualnością. Jego światopogląd ogarnia świat intelektu i świat nieracjonalnych rzeczywistości. Jeżeli będzie się mówić o logice Goethego, to będzie to logika irracjonalizmu. W przedstawieniu jego filozofji posłużę się obrazem, który dał o niej Barthel (Goethes Wissenschaftslehre in ihrer moderner Tragweite, Bonn 1922 str. 78). Filozofja Goethego polega na zasadzie polarności, której szczególnie ważną formą jest resonans. Wedle Barthela objawia się ta zasada w następujący sposób:

„Das Prinzip der Polarität zeigt sich in der Natur in drei Formen vertreten: statisch, evolutionär und in einer Verbindung dieser beiden Formen, die man als dissoziativ bezeichnen kann. Seine Bedeutung ist im Gebiet der anorganischen und organischen Welt gleich gross.

Statisch zeigt sich die Polarität in der korrelativen Entsprechung und Ergänzung in den Gebilden der Natur. Die Dualität der organischen Geschlechter, die Dualität von Licht

und Finsternis, die Dualität der Wechselwirkung zwischen inneren und äusseren Kräften und Erscheinungen, die Dualität von Auge und Sonne, subjektivem Mikrokosmos und objektivem Makrokosmos sind Beispiele, die Goethe mit Vorliebe benutzt.

Evolutionär zeigt sich die Polarität in Gestalt von Reaktionswirkungen mannigfachster Art. Systole und Diastole der physiologischen Funktionen, die Aufeinanderfolge von Gegensätzen im meteorologischen Geschehen, das Bedürfnis der Abwechslung und des Rhythmus in allen physischen Verhältnissen, Anziehung und Abstossung in Magnetismus und Elektrizität, Reaktionserscheinungen von Liebe und Hass unter den Lebewesen, die sehr reichhaltigen Resonanzphänomene, zu denen das soziologische Gesamtleben vieler Menschen Anlass gibt und die ihm als das wichtigste Prinzip zugrunde liegen, sind Beispiele, die im Sinne Goethes gewählt sein dürften.

Dissoziativ schliesslich zeigt sich die Polarität dann, wenn die Wirkungen und Gegenwirkungen auf unendlich kleine Zeiten und Räume zusammengedrängt erscheinen, so dass die empirische Beobachtung nur einen Gesamteindruck konstatiert, den sie als Kraft, Leben, Empfindung, Denken bezeichnet. Jede chemische, magnetische, elektrische, optische, akustische oder gravitierende Kraft, jede Form des organischen Lebens ist ein dissoziatives Zusammensein getrennter Gegensatzpole, deren Spiel und Widerspiel sich in seiner Auseinanderlegung in Raum und Zeit als das Evolutionsphänomen einer Systole und Diastole darbieten würde. . . . . .

Eine besonders wichtige Bedeutung enthält die Polarität in der Form der Resonanz. Das Leben vollzieht sich besonders in seinen höchst entwickelten Formen nach dem Schema soziologischer Influenzwirkungen, die das Einzelwesen in Verbindung mit der Allgemeinheit setzen, indem es seinem eigenen Wesen Resonanz erweckt oder seinerseits den es von aussen berührenden Einflüssen als Widerhall antwortet. Selbst das Sprechen und Sprachverstehen sind ohne die unmittelbare Einwirkung logisch nicht begreiflicher Kräfte des Mitfühlens und Mitdenkens nicht begreiflich. Noch weniger ist dies der Fall bei

den höheren Wirklichkeiten der Kunst, der Völkerpsychologie, der sozialen Beziehungen unter Menschen überhaupt. Freude und Liebe sind Resonanzphänomene. Die Natur hat, indem sie Leben schuf, dem Einzelnen den Bereich des Todes zugewiesen und alle Existenz durch ein Band polarer Wirkungen und Gegenwirkungen mannigfach umschlungen. So gewahrt sich der Mensch nicht nur unter seinesgleichen, sondern auch im Wechselverhältnis mit der ganzen Natur, als ein abstraktes Element der ursprünglicheren Harmonie, das nur wirkliches Leben erhält, indem es sich den Tendenzen des Gesamtlebens einordnet. Die höchste aller Lebenstendenzen aber ist die Erkenntnis und Reproduktion der bestehenden Harmonie selbst. In ihr verwirklicht sich das letzte und reichste Resonanzphänomen des Daseins, indem die Welt als Makrokosmos sich durch den Widerhall, den sie im Mikrokosmos findet, offenbart. Daraus allein schöpft die Philosophie ihre tiefste Lebensberechtigung, dass sie die höchste naturgemässe Aeusserung des Lebens selbst ist, die nicht hinter der Wirklichkeit lebt, sondern deren letzte Blüte entfaltet."

Aby zrozumieć poglądy Wrońskiego i Goethego, należy pamiętać, że synteza nie jest sztucznym kompromisem i że wszystko to, o czem mówią, jest dialektyką, mającą za zadanie zorjentować nas w świecie. Nie rozumie syntezy, kto ją uważa za program. W świecie wszystko się dzieje, jak się dzieje. Jedynie, aby objąć myślą świat, aby nie utonąć w chaosie, porządkujemy zjawiska wedle pewnych idej, dzielimy i łączymy. W naszych rozważaniach o prawie administracyjnem dzielenie polegało na stwierdzeniu, jaką rolę odgrywa w tworzeniu pojęć prawnych indywidualizm, a jaką myślenie kolektywnościami. Stwierdzaliśmy supremację jednego i drugiego, wszędzie jednak wyczuliśmy syntezę, której nieraz nikłe ślady nie powinny nas zbijać z tropu, procesy dziejowe bowiem trwają wieki, nie lata. Byliśmy zdania, że na pojęciach prawnych wycisnął silne piętno indywidualizm, tworząc np. fikcję prawa podmiotowego i kierując zapomocą niej całem naszem myśleniem. Nigdzie nie było ono jednak wyłącznie panującem, przeciwne myślenie objawiało się w t. zw. ograniczeniach. Naodwrót wyłączne my-

ślenie kolektywnościami, zjawione w bolszewizmie, uległo bardzo prędko syntezie, w której indywidualizm wywalcza sobie rolę. Jednak powtarzamy, dialektycznie musimy dzielić i łączyć. Dzielimy, gdy indywidualizm przedstawiamy jako walkę, a świat myśli, operującej kolektywnościami, jako świat, w którym jednostka utożsamia się z ogółem, w najwyższym szczycie jako świat Chrystusa, który nastaje, gdy spełnione będą słowa, że trzeba nasci denuo, że trzeba zaprzeć się siebie samego. Życie jednak, dzieje płyną, jak płyną, aby je myślą objąć, rozkładamy je dialektycznie na prądy, kierunki, zasady, elementy, i zaraz łączymy te składniki w syntezy, ale czynimy to znowu dialektycznie. Jaka różnica może być między temi dialektykami, widzimy choćby tylko na dwóch zacytowanych przykładach. Wrońskiego filozofja jest spekulatywną, o filozofji Goethego możnaby powiedzieć, że jest organiczną. Wroński robi wrażenie obserwującego świat, roztaczający się nazewnątrz niego, Goethe tkwi w tym świecie. Mówiliśmy już, że dla Wrońskiego nic nie egzystuje, czegoby nie można objąć rozumem, Goethe dzieli, ale chce zarazem złączyć świat intelektu i świat nieracjonalnych rzeczywistości. Obaj jednak są wyznawcami dualizmu i obaj dają syntezę.

Wróćmy jednak do pojęcia państwa. Jeżeli uważamy je za całość prawa, a normę prawną uważamy za zdanie, łączące dwie sytuacje faktyczne przez przymus, to należy określić, czem jest przymus. Zdeklarowaliśmy się jako zdecydowani przeciwnicy jakiejkolwiek *μετάβασις εἰς ἄλλο γένος*, nie moglibyśmy więc przyjąć w obecnem studjum ani psychologicznego ani socjologicznego określenia przymusu. Pragniemy określić je prawniczo. Stwierdzamy przeto, że przymus może być określony także tylko normami prawnemi. Wyraz „przymus" jest więc symbolem pewnego splotu norm, którego używamy dla skrócenia. W normie np. „użytym będzie przymus, aby pożyczone zostało zwrócone", określamy „przymus" przez normę: „użytym będzie przymus, aby w razie niezwrócenia pożyczonego sądy postąpiły tak a tak" w tej zaś normie „przymus" będzie określony tak samo przez normę, zawierającą, co się ma stać, jeżeli sądy tego nie zrobią, stąd jasnem jest, że ten szereg

norm znajduje kres, ale to właśnie cechuje normę prawną, jako wytwór światopoglądu relatywistycznego. Widzieliśmy, jak radzi sobie tutaj np. racjonalistyczna demokracja. Hughes widzi ostatnią sankcję w opinji publicznej. Taka sankcja jednak, jak ostateczne oparcie normy prawnej nie na moralności absolutnej, ale na jakichkolwiek wartościach, na intuicji i t. p. dowodzi jeszcze raz, że prawo jest tworem światopoglądu relatywistycznego, a więc tworem sztucznym i zmiennym. Należy się do tego otwarcie przyznać: prawo, nie mające oparcia w absolucie, wisi w powietrzu, a ostatnią sankcją jest siła fizyczna, zamach stanu. Współczesnych nie powinno to dziwić, a wszelkie osłanianie tego przez szumny frazes nie powinno łudzić. Patrzymy na wywroty i przewroty dokonywane przez siłę fizyczną. Wyniki mogą być rozmaite, ale nie można ich natury zmienić żadnem upiększeniem, żadną teorją czerpaną z światopoglądu relatywistycznego.

Uporządkujmy jeszcze raz, z innego punktu widzenia, dotychczasowe wywody.

Norma jest zdaniem złożonem z wyrazów. Wyrazy są symbolami oddającemi rzeczywistość. Należy zbadać, czy tak jest, czy symbole te mają tę zdolność, czyli należy wyjaśnić znaczenie wyrazów. Takie zadanie ma właśnie teorja prawa, którą uważam za filozofję prawa.

Na małym odcinku, w prawie administracyjnem, przeprowadziliśmy to badanie. Okazało się, czy i jaka rzeczywistość tkwi w symbolach (wyrazach), a z drugiej strony okazało się, co jest fikcją, które symbole (wyrazy) nie pokrywają rzeczywistości, ale sztuczne twory (np. prawa podmiotowe, osoby prawne etc.). Przy tych ostatnich postawiliśmy sobie także nowe zadanie, pragnęliśmy dojść, jakie myślenie wydało te fikcje. Odróżniliśmy dwa rodzaje myślenia: płynące z indywidualizmu i operujące kategorjami kolektywnemi. Pierwsze jest racjonalistyczne, wiedzie do światopoglądu relatywistycznego, życie tłumaczy walką. Drugie jest absolutne, wiedzie do światopoglądu absolutnego, życie wypełnia miłością w problemie „ja i świat", „ja i ogół" utożsamia jednostkę z ogółem. Pamiętać jednak należy, że to odróżnienie jest dialektyczne i że — jeżeli

nie mamy zostać w dziedzinie fantazji — przejść musimy do syntezy. Podaliśmy dwa jej przykłady. Ale i tutaj pamiętać należy, że ta synteza jest także dialektyczną. Dlatego to powiedzieliśmy, że w życiu dzieje się wszystko, jak się dzieje. W tem znaczeniu Hegel miał rację, twierdząc, że wszystko, co jest rzeczywistem, jest racjonalnem i naodwrót, że wszystko, co jest racjonalnem, jest rzeczywistem. Zasady te tkwią już w Leibnitzowskiej zasadzie de ratione sufficiente. Ale gdy z tych zasad Hegel uczynił program polityczny, wyszedł z dziedziny dialektyki i stał się źródłem wielu nieporozumień. Wspominam o tem wobec renesansu Hegla, obecnie szczególnie w Anglji (Bosanquet) i zapowiedzi Lenina, że w bolszewickiej Rosji utworzonym zostanie osobny instytut dla badania filozofji Hegla. Sądzę, że polemika Hobhouse'a zyskałaby na jasności, gdyby odróżniała dwóch Heglów: dialektyka i polityka.

Goethe nie dał systemu filozoficznego. Trzebaby go rekonstruować. Wiemy jednak na pewne, że wszystko, co tworzył, uważał za symboliczne. Jego polarność przeto była także dialektyczną.

Najszczytniejszy obraz myślenia nieracjonalistycznego mamy w Ewangeljach, ale dają nam one oczywiście również syntezę („oddajcie cesarzowi, co jest cesarskiego, a Bogu, co jest boskiego").

Przed zamknięciem tego ustępu jeszcze jedna uwaga wydaje mi się konieczną. Czytelnik, który cierpliwie śledził tok moich myśli, dostrzegł, (jeżeli te moje myśli udało mi się wyłożyć jasno), że książka ta wykazuje granice nauki prawa, w szczególności administracyjnego, wedle światopoglądu relatywistycznego. Nauka taka jest systemem wniosków, wysnutych z przyjętych założeń, to jest twierdzeń nieudowodnionych i wyrazów nieokreślonych. Do założeń, przyjętych przez nas, należy, że prawa zadaniem jest porządek, że ten polega na stałości i konieczności, że, gdy porządek ten tyczy się działalności ludzkiej, wypełnionej wolnością człowieka, stałość i konieczność może być osiągniętą tylko przez przymus zewnętrzny. W rozwijaniu tych założeń dostrzegliśmy rychło granice. Omawiając, czem jest przymus, przekonaliśmy się, że ostatniego

ogniwa w łańcuchu norm nie mamy na czem zawiesić. Nie jest w tem położeniu nauka wedle światopoglądu absolutnego, bo to ogniwo zawiesza na zasadach absolutnych. Cóż jednak dziać się ma w świecie, w którym przeważa światopogląd relatywistyczny, w którym w duszach ludzkich absolut nie jest żywym? Ludzkość szuka wówczas paljatywów i w naszej dziedzinie, t. j. w prawie, znajduje je w wykształceniu środków kontroli. Temu poświęcimy ostatni ustęp tej książki.

Jaka jest korzyść nauki, która z taką wytrwałością mówi o swoich granicach i z taką szczerością mówi o swej rezygnacji. Gdyby nic więcej nie dawała, niż tylko konsekwencję i chroniła od mięszania przedmiotów i metod badania, byłaby pożądaną. Zależy przecież od założeń, jaki wypadnie obraz. Z naszych założeń państwo jest całością prawa, ale socjolog, psycholog, historyk, statystyk dadzą inne obrazy, również pożądane. Nie mogę uznać „uczonego" w pisarzu, który tak przywiązał się do swego punktu widzenia, że każdy inny uważa za niedorzeczny. Powinien być pobłażliwszym, jeżeli zważy, że i jego rezultaty będą bardzo skromne.

III. Prawo prywatne i prawo publiczne.

Działalność ludzką, którą w stały i konieczny porządek ujmują normy prawne, rozkładamy na elementy, które uważamy za pierwotne. Jakkolwiekbyśmy je nazwali (sytuacje faktyczne, fakty, stosunki) elementem takim będzie związek dwóch rzeczy z sobą, dwóch osób z sobą lub związek rzeczy z sobą. Norma prawna przeto jest związaniem zapomocą przymusu takich dwóch związków z sobą. (Jest to oczywiście skrócenie zamiast: „zdanie, które wyraża etc...“). Dla zrozumienia, czem jest taka sytuacja faktyczna (t. j. czem jest ów związek dwóch rzeczy z sobą lub dwóch osób z sobą lub związek osoby z rzeczą) zaznaczamy, że rzeczy i osoby tylko w takich związkach istnieją i że uważanie tych związków za pierwotne elementy nie jest wymyślonem tylko dla dziedziny prawa, ale że z punktu widzenia logicznego nadaje się najlepiej do poznania, czem jest wogóle świat.

Jeżeli więc chcemy w prawie poczynić pewne rozróżnienia, jeżeli prawo chcemy podzielić na pewne rodzaje, to przeprowadzić moglibyśmy albo w dziedzinie sytuacyj faktycznych, albo w dziedzinie przymusu. Jest rzeczą uznaną, że w dziedzinie faktów nie da się przeprowadzić tego rozróżnienia. Ale i w dziedzinie przymusu (sądy a inne władze) podział na prawo prywatne i publiczne nie da się uskutecznić zadowalniająco, raz w raz bowiem przełamuje go pozytywne ustawodawstwo, a wskutek tego „teorję" czyni niemożliwą. Wreszcie podział tradycyjny wedle utilitas nie jest prawniczym, bo wprowadza pierwiastek wartości.

Z tych powodów teorja prawa nie może uznać podziału prawa na prywatne i publiczne. Powiedzielibyśmy: „czysta" teorja prawa, gdybyśmy się nie obawiali, że ktoś uwierzy, iż może być jakaś inna teorja, jak tylko czysta.

Jakiś sens jednak musi mieć ten podział. Z pewnością, w każdorazowem stadjum rozwoju prawa ma znaczenie praktyczne, objawiające się w urządzeniach praktycznych. Wówczas trzeba koniecznie tak czy owak te rodzaje określić. Uczyniliśmy to i my i staraliśmy się utrzymać i przeprowadzić ten podział konsekwentnie. Z określeniem tem jednak jest tak, jak z określeniem gmachu budowanego w różnych czasach przez szereg pokoleń. Każde z nich wycisnęło na niem piętno swego stylu i swych potrzeb. Określić taki gmach czemś, coby wskazywało jego jednolitość, nie jest możliwem z punktu widzenia architektury. Nasuwają się inne kryterja, przedewszystkiem ekonomiczne. Tak jest i z podziałem prawa na prywatne i publiczne. Prawniczego kryterjum nie można odnaleźć, szuka się go więc gdzie indziej.

IV. Administracja a prawo administracyjne.

Po wszystkich powyższych wywodach możemy wreszcie przystąpić do odpowiedzi na pytanie, czy administracja jest wykonywaniem prawa? Z wszystkiego, cośmy powiedzieli, powinno wynikać, że odpowiedź na to pytanie nie należy do teorji

„prawa". Jeżeli teorja prawa jest nauką o normach, jeżeli nauka prawa administracyjnego jest nauką o normach prawa administracyjnego, a normy są zdaniami, to jakżeż „wykonanie" może wchodzić w jej zakres?

Powtórzyć jednak musimy, że pytanie powyższe musi mieć jakiś sens. Zrodziło się ono z fikcji, że prawo musi normować całą działalność ludzką, że przeto sędzia *musi* zawsze wydać wyrok, a urzędnik administracyjny *powinien* zawsze wydać zarządzenie. Wiemy doskonale, że to jest fikcja, utrzymujemy ją jednak, a przez to tworzymy szereg teoryj o interpretacji, analogji, o wolnym sędzim, o swobodnem uznaniu i t. d. Żadna z nich nie zmieni stanu rzeczy, że dotyczącej normy niema, i że dotyczący organ państwowy, dając przymus do złączenia ze sobą dwóch sytuacyj faktycznych, przez swoją powagę nadaje powagę prawa faktom. Tak też rzecz stoi. Jeżeli więc przyjdzie wobec takiego stanu rzeczy zająć stanowisko, to może być ono tylko polityczne, a nie prawnicze.

Jestem stanowczym zwolennikiem tak intensywnego, tak szybkiego rozwijania prawa, aby zakres owych nieunormowanych sytuacyj był jak najmniejszym. Ustawodawcza działalność sędziego czy urzędnika administracyjnego kryje w sobie niebezpieczeństwo, że najistotniejszy element normy, stałość, jest narażoną na szwank. Nic nie zabezpiecza przed indywidualnością sędziego czy urzędnika administracyjnego. Zdaję sobie jednak sprawę, że jest to postulat nie do osiągnięcia bez reszty. I dlatego, rebus sic stantibus, za najważniejszą rzecz dla życia prawnego uważam wykształcenie, rozwinięcie kontroli. Jest ona bardziej potrzebną w prawie administracyjnem, niż prywatnem, bo w pierwszem akty następują bez przesłuchania obywatela, jako strony. Z tych powodów wagę całą w moim wykładzie położyłem na sądownictwo administracyjne, jako najskuteczniejszy środek kontroli. Ostatnie te słowa niech wytłumaczą cały charakter książki. Może czytelnik zgodzi się ze mną, gdy mu przedstawię proces myślowy, przez który przeszedłem, tworząc tę książkę.

Pragnąłem dać teorję wolną z jednej strony od psychologji i socjologji, z drugiej od polityki prawniczej, teorję

czysto prawniczą. Pragnąłem także dać teorję wolną od personifikacji, a wreszcie teorję, jaka odpowiada światopoglądowi relatywistycznemu. Czytelnik odda mi, mam nadzieję, sprawiedliwość, że uczyniłem wszystko, co w mych siłach, aby być konsekwentnym. Z skrupulatnością broniłem się przed psychologją, socjologją i polityką prawa, jak wszędzie, gdzie tego zachodziła potrzeba, wskazywałem na to zawieszenie w powietrzu, w którem nas zostawia każda nauka wedle światopoglądu relatywistycznego.

W tym stanie rzeczy roszczę sobie pretensję tylko do jednego rezultatu: może przyczynię się do tego, iż prawnicy przekonają się, ilu gospodarzy: psycholog, socjolog, polityk, artysta, kształtujący nowe postacie, rządzi w ich domu i jak trudno pozostać samemu u siebie, w własnej swej zagrodzie.

SPIS RZECZY.

Przedmowa 5

ROZDZIAŁ I.

Uwagi wstępne 7

ROZDZIAŁ II.

Sądownictwo administracyjne:

A) Problemy 13

B) Istota sądownictwa administracyjnego 16

C) Organizacja sądownictwa administracyjnego 28

D) Wzajemny stosunek administracji, sądownictwa administracyjnego i sądów zwyczajnych 52

E) Konkluzje 65

ROZDZIAŁ III.

Konstrukcje pomocnicze:

I. Akt administracyjny 69

ROZDZIAŁ IV.

Konstrukcje pomocnicze:

II. Publiczne prawo podmiotowe 105

ROZDZIAŁ V.

Konstrukcje pomocnicze:

III. Swobodne uznanie 121

ROZDZIAŁ VI.

Konstrukcje pomocnicze:

IV. Materjalna prawomocność 130

ROZDZIAŁ VII.

Podmioty administracji 137

ROZDZIAŁ VIII.

Rzeczy publiczne. Wywłaszczenie 159

ROZDZIAŁ IX.

Administracyjne prawo zobowiązań 169

ROZDZIAŁ X.

Teorja prawa administracyjnego:

I. Pojęcie normy 172

II. Pojęcie państwa 181

III. Prawo prywatne i prawo publiczne 195

IV. Administracja a prawo administracyjne 196