

Dr. ANRZEJ MYCIELSKI
Docent Uniwersytetu Wileńskiego

Kryterjum prawa w systemie Kelsena.

(Analiza krytyczna).

SŁOWO WSTĘPNE.

Dodatkowy podtytuł oznaczający bliżej właściwy charakter oraz istotny zasięg naszej pracy skreślony został przez nas, z całym rozmysłem i pełną świadomością.

Praca ta — musimy to z naciskiem stwierdzić — nie jest niczem więcej i niczem więcej być nie pragnie niż analizą krytyczną.

Nie jest ona próbą rozwiązania problemu, nie jest samodzielnym twórczym przyczynkiem, ale wyłącznie i jedynie polemiką, która swój cel pozytywny widzi nie w budowaniu, nie w afirmowaniu, ale przeciwnie w burzeniu i negowaniu pewnych pojęć i konstrukcyj.

Dlatego to tytuł naszej pracy nie jest jedynie samem tylko jej nazwaniem, ale jest również czemś więcej — jest ostrzeżeniem zwróconem do czytelnika. Niechaj z góry wie czego się ma trzymać i niech nie żąda od nas niczego ponadto.

* * *

Czyż wykrycie znamienia istotnego, prawo od nieprawo wyróżniającego, może mieć dla Kelsena jakąkolwiek wartość? Czyż może mieć tę wartość, czyż może mieć jakikolwiek walor gatunkowy pomimo głoszonej przez niego w niektórych jego dziełach zasady — immanencji. Ażeby odpowiedzieć na te pytania musimy przede wszystkim przypatrzeć się bliżej jak zasada ta wygląda.

Wykrycie cechy specyficznej prawo od innych rzeczy wyróżniającej byłoby zdaniem Kelsena możliwem jedynie pod warunkiem jednoczesnego poznania prawa z innemi przedmiotami i jego z niemi porównania, co ze stanowiska immanentnego nie jest osiągalnem.

Poznanie prawnicze zakłada sobie prawo nie tylko jako system skończenie zamknięty i żyjący własnem odrębnem życiem, ale zarazem jako system wyłączny, jako pewien świat sam w sobie i sam dla siebie. Ta absolutna wyłączość (*Ausschliesslichkeit*) prawa to dla prawnika konieczne następstwo jego patrzenia na nie — patrzenia nie od zewnątrz ale od wewnątrz. Takie patrzenie na prawo (patrzenie powtarzamy nie z boku ale od wnętrza) czyni z góry bezcelowem szukanie cechy, system ten w stosunku do innych systemów wyróżniającej, czyni tę próbę czemś z góry beznadziejnem a to z tej prostej przyczyny, że wewnątrz prawa nie ma absolutnie nic prócz prawa, a wszystko co jest, jest oczywiście tylko i jedynie prawem.

„Eine Definition des Rechtes“ (pisze Kelsen) „die auf die Angabe einer spezifischen Differenz zwischen Recht und anderen ähnlichen Gegenständen hinausläuft, ist nämlich nur unter einer Voraussetzung möglich, die vom immanenten Standpunkt des Rechtssystems nicht besteht: dass das Recht zugleich, weil im Vergleich mit anderen Gegenständen erkannt werden könne

Juristische Erkenntnis aber setzt das Recht als ausschliessliches in sich geschlossenes System, als eine Welt für sich. Innerhalb dieses Systems ist die Frage: Was ist Recht? als Frage nach einer spezifischen Differenz, sinnlos, denn innerhalb dieses Systems gibt es nichts als Recht, ist alles Recht“. (Souv. str. 13, 14).

Czy jednak zasada immanencji tak jak tu wygląda jest rzeczywistą zasadą Kelsena? Czy głosząc ją hołduje jej naprawdę w całej rozciągłości, wyciągając z niej logicznie związane z nią konsekwencje?

Już często spotykane u niego ustępy, w których wykazuje nam nieściśłość państwowych granic przestrzennych są w zestawieniu z teorią immanencji metodologicznie niezbyt szczęśliwe¹⁾. Spojrzenie Kelsena na państwo przestrzenne, to spojrzenie nie z wewnątrz ale z zewnątrz — wręcz więc odmienne od spojrzenia jego na własne państwo, będące jak wiadomo synonimem prawa²⁾.

Faktu tego naszym zdaniem nic nie usprawiedliwia. Zasada immanencji nie jest jedynie przywilejem jednego systemu, ale jest ona zasadą mogącą być stosowaną z tą samą łatwością do każdego przedmiotu — a więc równie dobrze do państwa - przestrzeni, jak do państwa - prawa.

Tak jak ze „stanowiska“ prawa wszystko jest prawem, tak ze „stanowiska“ państwa przestrzennego (widzianego od wewnątrz) wszystko jest państwem - przestrzenią. Kelsen woli jednak o tem nie pamiętać ze względu na krytyczne swe wywody pod adresem pojęcia granic przestrzennych, które przy przestrzeganiu zasady immanencji traciłyby całkowicie swą rację bytu. (Granice bowiem państwa zajmującego niejako cały wszechświat odpadałyby rzecz można same przez się). Kelsen powtarzamy woli o tem nie pamiętać, bo mu z tem jest wygodniej, woli w swych atakach nie być krępowanym a w obronie chronionym. Immanencja to dla niego forteca, w której kryje się w razie potrzeby, ale którą z równą łatwością opuszcza.

Stan jednak podobny — stan zresztą paradoksalny — trwać długo nie może i ulega też powoli zasadniczej zmianie. Pozornie

¹⁾ Patrz: A. Mycielski — O przestrzennych granicach państwa (Kra-kow 1933).

²⁾ Nie potrzeba dodawać, że atakowanie ściśłości granic przestrzennych może być jedynie z takiego pola widzenia, które obejmuje nie jedno państwo, ale więcej państw stojących obok siebie. Jedynie z takiej płaszczyzny myślowej, płaszczyzny obejmującej nie jeden tylko, ale od razu kilka przedmiotów poznania, można przedmioty te porównać wzajemnie a co zatem idzie opasać granicami, czyli pomiędzy sobą zindywidualizować.

potężna forteca, która w gruncie rzeczy była tylko domkiem z kart nie wytrzymuje naporu życiowych konieczności i w zetknięciu z ich próbą powoli kruszeje.

Dopóki praca Kelsena nie jest pracą pozytywną, dopóki idzie ona po linii samej tylko negacji, dopóty immanencja jest dla niego nader nieraz wygodnym środkiem walki zaczepno - odpornej. Z chwilą jednak, kiedy kierunek jego wysiłków staje się kierunkiem twórczym i samoistnym, skoro zabiera się do wznoszenia własnej myślowej budowy i konstruowania własnego systemu — staje się ona dla niego istną kulą u nogi. Nie może być inaczej.

Kryterjum prawa, kryterjum ogólnopoznawcze, to dla teoretyka ze wszystkich potrzeb potrzeba najistotniejsza. Posiadanie go to dla chcącego pracować pozytywnie, kwestja rzec można życia i śmierci.

W końcu i sam Kelsen nie mogąc się bez niego obejść zaczyna się niem chcąc nie chcąc wyręczać i posługiwać, a to we wszystkich wypadkach, w których siła konieczności zmusza go do odróżniania prawa od nieprawa.

Jest rzeczą jasną, że takie odróżnianie bez istnienia jakiegoś uprzednio (choćby podświadomie) założonego kryterjum jest z istoty swej niemożliwym³⁾. Tak spychany powoli siłą niejako samej ciężkości z pierwotnych swych stanowisk ewoluuje Kelsen coraz dalej, aż wreszcie nie spostrzegając się sam kiedy — opuszcza je całkowicie. Dogmatyczny punkt wyjścia zmienia się w tej metamorfizie w teoretyczno-poznawczy. Patrzenie z immanentnego staje się zewnętrznym i porównawczym.

O przebytej u Kelsena drodze świadczy najlepiej rzecz następująca.

W tem samym dziele, na którego początku składa swoje, przytoczone przez nas wyżej, immanentne wyznanie wiary — w tem samym na dalszych jego stronicach mówi ni mniej ni więcej tylko to: „Es is nur ein scheinbarer Mangel, wenn Bergbohm nachdem er das positive Recht als dasjenige bestimmt hat, das kein Naturrecht ist, später das Naturrecht als dasjenige definiert, das nicht positives Recht ist. Denn in der Bezeichnung „positiv“ soll und kann tatsächlich nichts anderes zum Ausdruck kommen, als Verschiedenheit des Rechtes von Moral, Politik, Religion, Natur usw., die Selbständigkeit des Rechtes gegenüber anderen Normsystemen; das ist aber nichts anderes als die Souveränität der Rechtsordnung“ (Souv. Str. 87).

³⁾ Prawnik nie obywa się bez kryterjum prawa, tylko używa — niezależnie od definicji zdobywając odpowiedni rozdział jego książki — kryterjum nieswiadomego, naukowo niesprecyzowanego i nieuzasadnionego. Ma ukryte kryterjum i sam Kelsen, gdy na każdym kroku odróżnia — trafnie czy metrafnie — prawo pozytywne, które prawem jest od prawa natury, które prawem nie jest, — od moralności, obyczajów i t. d. .. Musi je mieć, gdy stwierdza wbrew poglądom przeciwnym, że prawo międzynarodowe jest prawem (Souv. 103 i n.), musi je mieć zresztą tam wszędzie, gdzie uznaje możliwość założenia normy podstawowej i rozpoczęcia budowy systemu pozytywnego (Lande Norma a zjawisko prawne Czas praw i ekon 1925 Str 326)

Każdy łatwo dostrzec może potężną przestrzeń myślową dzielącą stare słowo „Ausschlieslichkeit“ — od nowego „Verschiedenheit“. O ile pierwotnie według zasady immanentnego systemu prawa system ten był systemem wyłącznym, a więc wykluczającym istnienie czegokolwiek obok siebie, o tyle teraz przeciwnie jest on jedynie niezależnym i różnym w stosunku do innych a więc istniejących obok niego obiektów. Coś co rzekomo nie mogło być przedmiotem równoczesnego poznania z innymi przedmiotami, coś co rzekomo nie mogło być z niczem porównane, traci nagle ten charakter uniwersalny, stając się tylko jedną z części większej od siebie całości.

Ale w słowie „Verschiedenheit“ jest jeszcze coś więcej. Jest w nim nie tylko zamknięte stwierdzenie istnienia kilku obok siebie, a więc na jednej platformie porównawczej stojących przedmiotów, — ale jest w nim zawarte stwierdzenie cechy prawo wyróżniającej — stwierdzenie istnienia prawnego kryterjum.

To kryterjum prawne czy prawna cecha specyficzna, — to coś co ze stanowiska immanentnego dogmatyzmu miało być nieosiągalnym a zarazem zbędnym — staje się ze zmianą pola patrzenia czemś zasadniczo różnym i odmiennym.

Dopóki Kelsen patrzył na swe prawo od wewnątrz, kwestja jego granic była dla niego kwestją obojętną, z chwilą jednak gdy zaczął na nie patrzeć z zewnątrz odczuł odrazu ich palącą potrzebę.

Ale jeżeli prawo u Kelsena nie może istnieć również bez kryterjum — to gdzie go szukać należy?

Najogólniej charakteryzuje Kelsen prawo wtedy, kiedy określa je mianem pewnej obiektywnej normatywności — względnie pewnego „Sollordnung“.

Charakter normatywny daje prawo rodzaj konstrukcji tworzących go norm prawnych — względnie zdań prawnych. Odrębność budowy zdania prawnego leży w swoistem połączeniu w formie sądu hipotetycznego warunku i następstwa, słowem „soll“ — powinien.

W odróżnieniu do praw przyrody, w których skutek jest rzeczywistym wpływem przyczyny, a więc w których powiązanie tych dwóch elementów leży w sferze bytu — następstwo prawne w normie prawnej powinno być jedynie wynikiem warunku prawnego, bynajmniej zaś wcale wynikiem tym być nie musi. (Złodziej winien być ukaranym, ukaranym być jednak wcale nie musi, np. w wypadku nieschwymania). Zdanie o charakterze rzeczywistej normy można według Kelsena ująć schematycznie w następujący sposób: gdy zaistniało a winno zaistnieć b. — W odróżnieniu od tego normę przyczynową można według niego ująć w taki schemat: gdy zaistnieje a to zaistnieje b.⁴⁾ W tej to swoistej gramatyczno-logicznej

⁴⁾ Er ist so wie das Naturgesetz eine spezifische Verknüpfung von Elementen nach Bedingung und Folge. Nur dass die Rechtsbedingung — es ist der „Tatbestand“ im engeren Sinne — mit dem als Rechtsfolge im engeren Sinne auftretenden Tatbestand nicht in dem gleichen Sinne verknüpft ist wie

konstrukcji zdania prawnego, będącej wyrazem i objawem specjalnego typu myślenia (*Denkmodus*) leży natura tego zdania jako pewnej normy powinności, — leży dalej właściwy charakter prawa wogóle.

Czy jednak to zasadnicze skwalifikowanie prawa, ogólnem mianem porządku powinności, czy ta podstawowa jego charakterystyka określeniem obiektywnej normatywności — jest zarazem sprecyzowaniem prawa tego specyficzności, swoistości a zarazem odmienności — czy jest zarazem podaniem istotnego wyróżniającego go kryterjum?

Juz pobieżne spojrzenie na tę kwestję wystarcza, aby nie mieć tego wrażenia. Normą powinności nie jest tylko norma prawna, ale jest nią również norma moralna, religijna i t. d... Zdanie, w którym słowo „powinien“ odgrywa rolę łącznika, wiążącego jego elementy składowe, zdanie, w którym następstwo winno być jedynie wynikiem warunku, nie zaś rzeczywistym skutkiem przyczyny, — zdanie takie, czy — jak kto woli — sąd hipotetyczny, nie musi być koniecznie normą prawną, ale może być równie dobrze normą moralną, religijną, względnie rozumową (jak np. prawidła estetyczne, gramatyczne, logiczne i t. d.).

Każdy na pierwszy rzut oka dostrzec może, że pomiędzy takimi zdaniami jak „kto kradnie winien być ukarany, a kto zgrzeszył winien się wypowiadać“, zachodzi daleko idące gramatyczno-logiczne podobieństwo — a nawet więcej niż ono.

Jakiego jednak zdania jest pod tym względem sam Kelsen i co mówi sam w tej materji? Początkowe jego wysiłki zdają się zaprzeczać wszelkim oczekiwaniom, idą rzec można w kierunku najmniej spodziewanym. Poświęcone im mianowicie długie stronicznej w „Hauptprobleme“ są ni mniej ni więcej tylko próbą (próbą zresztą beznadziejną) oparcia kryterjum prawnego na samej tylko normatywności. Normą we właściwym znaczeniu tego słowa, czyli normą powinności jest — według tych wywodów — jedynie i wyłącznie norma prawna. Norma moralna i rozumowa nie jest prawdziwą normą, ale jedynie regułą rzeczywistego postępowania — a więc regułą bytu nie powinności.

Na podstawie jakich danych rodzi się u Kelsena takie przekonanie? Rodzi się ono na podstawie głęboko u niego zakorzenionej koncepcji moralnego autonomizmu i subiektywizmu.

Moralność jest dla Kelsena czemś autonomicznem, przede wszystkim dlatego, że jest ona dla niego nie zbiorem norm objek-

Ursache und Wirkung im Naturgesetz, sondern in einem spezifisch rechtlichen Sinne. Zum Ausdruck dieser Eigengesetzlichkeit des Rechts gegenüber jener der Natur dient das „soll“. Wenn a so soll b lautet das Rechtsgesetz und nicht wenn a so ist b, wie das Naturgesetz. Und dieser Unterschied besagt: Die Rechtsbedingung ist nicht die „Ursache“ für die Rechtsfolge, die Rechtsfolge nicht die „Wirkung“, sondern auf den Tatbestand als die Rechtsbedingung ist der Zwangsakt nur von Rechtswegen, nicht von Naturwegen, nur rechtsnotwendig nicht naturnotwendig als Folge gesetzt (Allg. Staatsl. Str. 47—48)

tywnych, czyli obowiązujących niezależnie od uznania, ale całością reguł przeżywanych subiektywnie jako obowiązujące.

Norma i subiektywne poczucie obowiązku to w moralności jedno i to samo, a to z tej przyczyny, że w jej sferze się poruszający człowiek pełni podwójną funkcję, — a mianowicie podmiotu obowiązku i równocześnie własnego ustawodawcy.

(„Vom Standpunkte einer autonomen Moral aus erscheint das Individuum tatsächlich in dieser Doppelrolle als Pflichtsubjekt und Gesetzgeber“. Hauptprobleme 11, str.).

Moralne „ich soll“ to dla Kelsena to sama co „ich will“, — to bowiem co w tej dziedzinie człowiek chce rzeczywiście, pokrywa się w zupełności z tem, co dla niego w danym razie obowiązuje. Rzekoma powinność jest w tym wypadku identyczna z bytem, pozorną normą temsamem co fakt rzeczywisty. Norma ta nie ma charakteru obiektywnego a tylko jako refleks lub projekcja subiektywnego stanu psychicznego ludzi nas może jedynie pozorami pewnej obiektywizacji.

(„Während die Normen der Moral nur scheinbar von aussen ihre Befehle an das Subjekt richten, nur durch den gedanklichen Prozess der Objektivierung die gesetzgebene Autorität nach aussen projiziert wird“...).

Autonomiczność moralności stawia tę moralność według Kelsena w ostrem przeciwieństwie do z natury swej heteronimicznego prawa, czyli obowiązującego niezależnie od subiektywnego jego uznania oraz faktycznych procesów myślowych, podlegających mu podmiotów. („geht der Rechtssatz unzweifelhaft von einer Macht aus die von vornherein ausserhalb des Individuums steht und welcher der Mensch unterworfen ist kraft der tatsächlichen faktischen Herrschaft die sie über in ausübt ohne Rücksicht auf eine Zustimmung seinen Willen: Diese Macht ist der Staat“. Hauptprobleme str. 40). — Swą koncepcję subiektywną zrodzoną niewątpliwie na terenie moralności nie ogranicza jednak Kelsen jedynie do tego terenu, ale idąc dalej w tym samym kierunku stosuje ją (w sposób zresztą sztuczny) także do innych obcych jej dziedzin.

Autonomiczno-eksplikatywny charakter mają mieć stosownie do tych rozumowań nie tylko normy moralne, ale również normy rozumowe.

Jako przykład podaje tu Kelsen — pozornie tylko charakter norm mające — prawidła gramatyczne, które w gruncie rzeczy nie są niczem więcej niż sformułowaniem stale używanych form językowych i jako takie nie są — tak samo jak normy moralne — czemś obiektywnem, ale jedynie refleksem rzeczywistego zachowania się społeczeństwa.

(„Dies gilt nicht etwa nur für die Moral. So kann auch die Grammatik sich nicht darauf beschränken, vorzuschreiben, wie gesprochen werden soll, sie muss als historische Sprachforschung zeigen, wie zu verschiedenen Zeiten gesprochen wurde, wie in der Gegenwart gesprochen wird; ja ihre normierende Funktion erfüllt

die Grammatik nur dadurch, dass sie die Regelmässigkeit, die überhaupt häufige Erscheinung einer Sprachform, ihr tatsächliches Vorkommen bei bedeutenden Schriftstellern — also ein qualifiziertes Sein — konstatiert“. (Hauptprobleme str. 33).

Idąc coraz dalej raz wytkniętą drogą i odmawiając charakteru normatywnego wszystkim regułom nieprawnym, bez względu na ich naturę moralną czy rozumową, bliskim jest już Kelsen śmiałego twierdzenia, jakoby tylko sama norma prawna zasługiwała na miano normy powinności, — twierdzenia będącego niewątpliwie nie czem innym, jak próbą oparcia kryterjum prawa (czyli istotnej wyróżniającej go cechy) już na samej tylko normatywności.

Tu jednak następuje załamanie, które powoduje to, że Kelsen mimo że nader bliski ostatecznej tej konkluzji, cofa się jednak przed nią w chwili decydującej i do całkiem jasnego i wyraźnego jej sprezywania nie dochodzi.

Przyczyna tego załamania jest nader jasną, ma związek bowiem z kwestją, o której nawet sam Kelsen chcąc nie chcąc wspomnieć musi.

Kwestją tą — sprowadzającą dla niego bardzo niepożądane komplikacje — to kwestja prawa zwyczajowego.

O ile prawo ma być tylko wtedy naprawdę normatywnem, o ile obowiązuje heteronimicznie czyli bez względu na faktyczne zachowanie się, to charakter prawny porządku opartego na obowiązaniu innego rodzaju nie ma należnego uzasadnienia i jako taki w dalszej konsekwencji musi być zaprzeczony.

Pociąga to za sobą konieczność wstawienia poza nawias prawa prawa zwyczajowego, heteronimiczność jego bowiem musi podlegać zakwestjonowaniu a to z tego powodu, że i w tej dziedzinie norma nie jest czemś z zewnątrz się narzucającem, ale przedstawia się jako jednoznaczna z regułą rzeczywistego subiektywnego chcenia.

Tak jak w dziedzinie moralnej i rozumowej, tak i na tym terenie występuje człowiek w podwójnej roli podmiotu obowiązku a zarazem własnego ustawodawcy. Sam tworząc zwyczaj podporządkowuje mu się równocześnie.

Kelsen znalazł się tu w ślepej uliczce, z której nie masz już dla niego żadnego wyjścia. Z dwóch możliwych alternatyw pozostaje mu jedynie albo pójść wbrew własnym założeniom, albo pozostając im wiernym do końca stanąć w otwartej sprzeczności z rzeczywistością — darząc mianem prawa jedynie ustawę⁵⁾.

⁵⁾ W ten sposób „podstawowa zasada poznawcza“ odrozdnienia nauk eksplikatywnych i normatywnych okazuje się w swem zastosowaniu ograniczona do jednej tylko odmiany norm prawnych, wszystkie pozostałe dziedziny norm nie dostępują zaszczytu traktowania normatywnego. Czysta metoda normatywna polegająca na ustalaniu powinności niezależnie od bytu stała się u Kelsena udziałem wyłącznym nawet nie dogmatyki prawa wogóle lecz tylko dogmatyki prawa ustawowego a to dlatego, że tylko w tej dziedzinie panuje czysta zasada „heteronomji“ w przeciwieństwie do autonomji opierającej powinność na bycie (Lande Norma a zjawisko prawne, str 274 Czasop prawn i ekon 1925)

Kelsen lęka się jednego i drugiego i po dłuższych wahaniach wybiera drogę pośrednią — pełną uogólnień i niedomówień, — która w danej chwili wydaje mu się być najbezpieczniejszą.

Według tych mętnych a zamazanych wywodów prawo zwyczajowe mimo że zupełnie do moralności, gramatyki i t. d. podobne, mimo że właściwie niczem się od nich nie różniące, pozostaje jednak mimo wszystko prawem. Prawo ustawowe (czyli oparte o formalny akt ustawodawczy) jest tem samem co zwyczajowe, mimo że ono dopiero kładzie ostry przedział między faktycznym rozwojem prawa a obowiązaniem obiektywnem, mimo że ono dopiero w całej rozciągłości zasługuje na miano heteronimicznego⁶⁾.

To beznadziejne szamotanie się w sieci własnych fałszywych założeń i zapychanie niejako jednej dziury drugą trwa u Kelsena dość długo, jest nadzwyczaj nużącym tak dla niego, jak dla czytelnika, jest jednak czemś zbyt rozpaczliwem, żeby mogło trwać zawsze. Zorjentowawszy się nareszcie w bezcelowości swych wysiłków Kelsen, pisząc dalsze swe dzieła poddaje swe stare pojęcia rewizji. Rewizja jest tak gruntowną, że z pojęć tych nic nie zostaje — a przychodzą na ich miejsce nowe całkowicie odmienne.

Odwrotnie niz w swych „Hauptprobleme“, gdzie zapewniał nas o autonomiczno-eksplikatywnym charakterze normy moralnej pisze on w swym „Staatsbegriff“ co następuje: „Allein nicht die Normen der Ethik, sondern der seelische Prozess, in dem die Moralvorstellungen entstehen, faktisch gedacht, gefühlt oder gewollt werden, ist ein Entwicklungsprodukt und als solches ein Natursein. Als das Gedachte oder Gewollte, als der spezifische geistige Inhalt der bezeichneten seelischen Prozesses, als Norm in ihrem sachlichen Sinn ist die Moral ein Sollen“. (Str. 77).

Norma moralna, o której niedawno słyszeliśmy, że jest tylko pozorną obiektywizacją, względnie refleksem myślowego przeżycia, staje się teraz niczem innem. jak obiektywną normą powinności, staje się teraz w całej pełni „ein Sollen“. W swej „Souveränität“ idzie Kelsen jeszcze dalej, stwierdza tam bowiem nie tylko wbrew swym pierwotnym zasadom, że obiektywność może być nie tylko atrybutem prawa lecz także normy moralnej i religijnej⁷⁾, — ale

⁶⁾ So lange das Recht nicht durch bewusste Satzung seitens einiger wenigen der Vielheit der Rechtsgenossen gegenüber gestellt wurde, sondern im Schoße der letzteren durch deren tatsächliche Uebung entstand, schien das Recht eben kraft seiner Entstehung — ganz so wie die Moral — der Ausfluss des Willens aller einzelnen, tatsächlich der Wille des Volkes, und wenn der Staat durch seine Gerichte dieses Recht zur Anwendung brachte, so war es, hielt man sich immer die Herkunft des Rechtsinhaltes vor Augen, nur scheinbar seine eigene Autorität, von der die Rechtsnorm berührte. In Wirklichkeit — so konnte man mit einem Scheine von Berechtigung annehmen — ruhte die Autorität des Rechtes, wie die der Moral, im innern jener Personen, die es erzeugten. Darum war ja auch die Methode der älteren Juristen, die Recht und Moral nicht scharf unterschieden, begreiflich — Auch in diesem Punkte bedeutet die Verdrängung des Gewohnheitsrechtes durch die bewusste Gesetzgebung eine grundlegende Aenderung in dem Wesen der Rechtserscheinung (Hauptprobleme Str. 40—41).

⁷⁾ Denn vom Standpunkt der Moral ist diese ebenso „positiv“ wie das Recht von seinem Standpunkte aus, denn auch die Moral erhebt Anspruch eine Souveräne Ordnung zu sein. (Souv Str 88).

podkreśla (o dziwo!), że moralność może być również pozytywną a nawet ustawową⁸⁾.

„Und Moralnornen“ pisze on „entstehen sowohl im Wege der Gewohnheit als auch der Satzung. Indem die Moral gebietet, den elterlichen Befehlen zu gehorchen, delegiert sie normsetzende Autoritäten ganz ebenso, wie wenn die Verfassung ein Parlament delegiert“. (Souv. 93—94).

O tem, że pozytywna moralność stanowiona nie jest już moralnością autonomiczną — o tem chyba przekonywać nikogo nie potrzeba! Heteronimiczność, która w „Hauptprobleme“ miała być szczególnym atrybutem ustawy prawnej, staje się tu również właściwością ustawy moralnej⁹⁾.

Ta kompletna zmiana frontu, będąca zarazem odwrotem na całej linii, ta gruntowna przebudowa podstaw teoretycznych, sprawująca zupełną a zarazem ostateczną obiektywizację norm moralnych i rozumowych — to coś co niejako automatycznie pociąga za sobą dalszą konsekwencję. Konsekwencją tą to konieczność zrezygnowania z oparcia odrębności i specyficzności prawa na samej tylko jego normatywności. Słowo „soll“ powinien, musi to w końcu przyznać i sam Kelsen, nie daje mu klucza do zagadki, jaką jest nadal teoretyczno-poznawcze kryterjum jego prawnego systemu.

Jeżeli jednak specyficzność kelsenistycznego prawa nie jest wynikiem samej tylko normatywności, to czyż nie leży ona w cechującym to prawo przymusie?

Wystarczy pobieżne spojrzenie na dzieła Kelsena, aby się przekonać, że odpowiedź i w tym wypadku musi wypaść negatywnie.

Przymus psychofizyczny i związane z nim takie pojęcia jak „Zwangsapparat“, „Zwangsordnung“, „Macht“, „Herrschaftsorganisation“ i t. d., to wszystko dla Kelsena jest jedynie odbłaskiem idealnego obowiązywania abstrakcyjnych sądów hipotetycznych. Prawdziwy przymus prawny leży zdaniem Kelsena jedynie i wyłącznie w imperatywie „powinien“, zaklęty jest całkowicie w formule „soll“. W przeciwieństwie do tego przymus psychofizyczny stanowi jedynie zawartość prawa, nie charakteryzując przytem wcale wewnętrznej jego natury. Tak jak na treść normy prawnej składają się ludzkie czynności i zaniechania, tak jak składają się nań elementy czasu i przestrzeni, tak samo składa się nań element faktycznej przymusowości.

Jest rzeczą jasną, że wszystkie te elementy, nader zresztą różne swym rodzajem i jakością, nie wpływają bynajmniej na istotę prawa a są dla niego jedynie konstytuującym go materiałem. „In Uebereinstimmung mit der herrschenden Lehre (pisze Kelsen) die

⁸⁾ Laszt druckt damit ja nichts anderes als die Objektivität der Normgeltung aus, die er allerdings irrtümlich für ein Spezifikum des Rechts halt und den Normen der Moral und Religion abspricht. (Souv. Str. 219)

⁹⁾ Patrz o tem Lande Norma a zjawisko prawne Str 277—278

den Staat als einen „Zwangapparat“ als eine „Herrschaftsorganisation“ bezeichnet, wird die staatliche Ordnung, von dem hier vertretenen Standpunkte aus, als Zwangsordnung begriffen. Nur dass es nicht die Faktizität des Zwanges ist, die als Begriffsmerkmal akzeptiert wird, vielmehr erscheint hier der Zwang — und zwar der sogenannte physische, aussere Zwang — als Inhalt der Sollordnung, als Norminhalt. Der Staat erscheint als die Einheit eines Systems von Normen, die regeln, unter welchen Bedingungen ein bestimmter Zwang von Mensch zu Mensch geübt werden solle. Ob und in welchem Ausmasse dieser Zwang auch tatsächlich geübt wird ist eine andere Frage — auf die noch zurückzukommen sein wird. Zum Begriff des Staates gehört die Faktizität des Zwanges jedenfalls nicht“. (Der Soz. und Jur. Staatsb. Str. 82).

Prawo, zdaniem Kelsena, nie „panuje“ ani panować nie może, ponieważ panowanie jako akt psychologicznej motywacji może być jedynie dziełem człowieka, który swą wolę narzuca jako motyw woli drugiego. Prawu jako jedynie obiektywnie obowiązującemu a pozbawionemu własnej „woli“ obcą jest ta dziedzina z konieczności. Prawo jednak nie tylko nie ma własnej woli, ale nie ma także własnej „siły“, siła bowiem prawa to jedynie jego refleks, leżący zresztą całkiem poza właściwą mu sferą, bo rozgrywający się w duszach ludzkich na tle pewnych procesów psychologicznych. Takie banalne i ogólnie używane określenia, jak to, że państwo stoi za prawem, że jest prawa tego stróżem, że go tworzy i sankcjonuje, to dla Kelsena nie co innego jak właśnie naiwne zobrazowanie tego stanu rzeczy. Przy zidentyfikowaniu państwa z prawem i uznaniu ich tożsamości, potrzeba podobnej hipostazy odpada jego zdaniem sama przez się, sankcja bowiem faktyczna używana przez państwo samemu prawu nie jest czem innym, jak jedynie pozaprawnym (a więc już mu obcym) psychologicznym prawu tego refleksem¹⁰). Sankcja mająca swe źródło w rzeczywistych ludzkich przeżyciach leży cała w sferze bytu nie powinności. Nie jest ona bynajmniej tem samem co właściwy przymus prawny, będący dla Kelsena jedynie idealnem obowiązkiem. — Kelsenistyczny imperatyw mieści się cały w zdaniu prawnem, w jego konstrukcji gramatyczno-logicznej i budowie łączącej swoistym węzłem warunek z następstwem.

Tak jednak rozumiany przymus prawny nie jest czem innym jak samą tylko normatywnością i jako taki (tak samo jak ona) nie może bynajmniej służyć za kryterjum prawa tylko właściwe, nie może bynajmniej być momentem prawo to w stosunku do innych przedmiotów wyróżniającym.

¹⁰) Die landläufige Vorstellung, dass der Staat als Macht hinter dem Rechte stehe (damit dieses verwirklicht werde), dass der Staat als Macht das Recht „trage“, „erzeuge“, „garantiere“ u. s. w. ist nur eine der Erkenntnisgegenstand verdoppelnde Hypostasierung, die in sich zusammen fällt, sobald man erkannt hat, dass die sog. Macht des Staates nur die Macht des Rechtes, nämlich nicht eines idealen Naturrechts — sondern nur des positiven Rechtes ist (Allg. Staatsl. Str. 17)

Jeżeli jednak prawo w rozumieniu kelsenistycznym nie jest jeszcze dlatego prawem, że jest normatywnem i przymusowem — to może jest nim ono dlatego, że jest pozytywnem? Kelsen w dziełach późniejszych (zarzuciwszy ostatecznie próby oparcia kryterjum prawnego na samej tylko normatywności) zwraca się ostatecznie całkiem wyraźnie w tę stronę, dając na to pytanie odpowiedź twierdzącą. „Denn in der Bezeichnung „positiv“ pisze on „soll und kann tatsächlich nichts anderes zum Ausdruck kommen als die Verschiedenheit des Rechtes von Moral, Politik, Religion u. s. w., die Selbstständigkeit des Rechtes gegenüber anderen Normsystemen: das ist aber nichts anderes als die Souveränität der Rechtsordnung. Wodurch sich das Recht von anderen Normsystemen unterscheidet, ist eine andere Frage. Jedenfalls nicht durch seine „Positivität“! Denn vom Standpunkt der Moral ist diese ebenso „positiv“ wie das Recht von seinem Standpunkte aus; denn auch die Moral erhebt Anspruch eine souveräne Ordnung zu sein“. (Souv. 87—88).

Jeżeli zastanowimy się nieco głębiej nad właściwą treścią zdań przytoczonych, to przedstawi nam się ona mniej zawile niżby się na pierwszy rzut oka wydawać mogło.

Moment istotny, prawo od innych systemów wyróżniający, znajduje zdaniem Kelsena swój wyraz w słowie „positiv“. Równocześnie prawo nie różni się według niego od innych systemów swą pozytywnością, posiadają ją bowiem te systemy narówni z prawem.

Rzeczywiste znaczenie tych dwóch na pozór się zaprzeczających zdań, nie jest — naszym zdaniem — inne niż to.

Prawo różni się od innych systemów swoją specyficzną, jemu tylko właściwą prawną pozytywnością, nie zaś pozytywnością pojętą ogólnie, ponieważ taka jest również cechą innych obcych mu systemów.

Gdy reasumując powyższe twierdzenia wyciśniemy z nich ostateczną ich kwintescencję, to da się ona ująć w zdaniu następującem: prawo kończy się tam, gdzie kończy się właściwa mu cecha prawna zwana pozytywnością.

Sposób, w jaki Kelsen opiera kryterjum prawne na prawnej pozytywności spotyka się ze strony jego przeciwników z całym szeregiem poważnych zastrzeżeń.

Pierwszem z nich to moment wysuwany przez Hellera w jego „Souveränität“.

Pozytywność kelsenistyczna jest dla Hellera czemś z gruntu niejasnem i nieokreślonem, nie wie się bowiem według niego, czy jest ona cechą prawa „in abstracto“, czy też przeciwnie atrybutem określonego systemu prawnego. Kelsen pozostawia tę kwestję, kwestję według Hellera zasadniczej natury, bez wyraźnej odpowiedzi, raz bowiem mówiąc o pozytywności łączy ją z porządkiem indywidualizowanym i konkretnym, drugi raz łączy to pojęcie z idealną i oderwaną abstrakcją takiego porządku¹¹⁾.

¹¹⁾ Das eine Mal ist von „einer bestimmten Rechtsordnung“ die Rede, das andere Mal — und zwar immer im gleichen Zusammenhang, oft im selben

Zarzut Hellera to zarzut (jak nam się wydaje) niekoniecznie szczęśliwy a przede wszystkim powierzchowny, zwraca się bowiem raczej przeciw słowom niewłaściwie użytym, niż przeciwko samej myśli Kelsena.

Kelsenistyczne państwo-prawo nie jest ani wyłącznie abstrakcyjnym, ani wyłącznie konkretnym, ale jest jednym i drugim, jest równocześnie „in abstracto“ i „in concreto“. Przyczyna tego, że tak jest, leży w zasadniczym i w całym dziele Kelsena (pomimo drobnych niedociągnięć), dającym się odczuwać dążeniu, które da się określić, jako dążenie do jedności. Systemem prawnym jest dla niego zawsze tylko jeden system, suwerenny i nie mający nic ponad sobą, z którego wszystko co jest prawem, czy w ten czy w inny sposób, wywodzi się z konieczności. Państwo dla niego to zawsze (choćby w rzeczywistości było tylko częścią ogólną - ludzkiej społeczności) w całym tego słowa znaczeniu — *civitas maxima*. Czy to, gdy się wyjdzie z hipotezy prymatu prawa państwowego, czy z hipotezy prymatu prawa narodów, zawsze prawdziwie prawnym czyli samodzielnym jest dla Kelsena tylko jeden porządek, z którego wszystko inne w drodze delegacji czy uznania czerpie swą rację bytu i właściwe uzasadnienie. Wychodząc naprzykład z założenia prawa francuskiego, względnie ze stanowiska Francji jako państwa, wszystkie obowiązujące na świecie normy prawne wchodzą czy to bezpośrednio, czy pośrednio w skład systemu prawa francuskiego — a to w drodze uznania tych norm przez Francję, będącego nie czem innym, jak oparciem ich obowiązywania na prawie francuskim¹²⁾.

Tak samo zupełnie ma się według Kelsena rzecz z normami międzynarodowymi, których prawdziwie prawne obowiązywanie czyni równocześnie z poszczególnych praw państwowych tylko jedynie części składowe prawa narodów.

Jezeli podkreślony przez nas moment, grający w koncepcji Kelsena zasadniczą rolę, należycie uwzględnimy i przemyslimy, to nie

Sätze — von „dem Recht“. Das eine Mal ist eine historisch — individuelle, durch einen individuellen Willensbeschluss „dieser“ Versammlung positiviert, konkrete Rechtsordnung gemeint, das andere Mal bedeutet dasselbe Wort „Positivität“ ausschliesslich die theoretische Unabhängigkeit des Abstraktums „Recht“ von anderen nicht rechtlichen Normensystemen (Heller Die Souveränität Str. 54—55)

¹²⁾ Wenn die Theorie vom Primat der staatlichen Rechtsordnung den eigenen souveränen Staat d. h. die eigene staatliche Ordnung als höchstes, nicht weiter ableitbares Normensystem, zur Voraussetzung und so zum Ausgangspunkt juristischer Erkenntnis nimmt, und andere „Staaten“ nur begreift, sofern sie von der eigenen Staatlichen Ordnung „anerkannt“, delegiert, d. h. aber nur mehr als Teilordnungen, als Bestandteile der eigenen staatlichen Ordnung aufgefasst werden, so dass diese sich über alle anderen staatlichen Rechtsordnungen als Universalordnung ausdehnt (Souv Str 315) „vom Primat des Völkerrechts, unter dem die einzeln staatlichen Rechtsordnungen zwar als koordinierte, gleichartige und gleichgeordnete Gemeinwesen, aber — als blosse Teilordnungen — nicht mehr als „Staaten“ — im Sinne von Gesamtordnungen von höchsten, souveränen Subjekten, zu einer höchsten Einheit, zur Allheit der allein souveränen „*civitas maxima*“ zusammengefasst werden (Souv. 316)

ulega kwestji, że zarzut Hellera straci w naszych oczach dużo na swej sile.

W systemie, w którym jakikolwiek określony porządek prawny jest równocześnie prawem wogóle, w systemie w którym „eine konkrete Rechtsordnung“ znaczy to samo, co słowo „Recht“, w systemie takim pozytywność nie jest alternatywnie cechą prawa „in concreto“, względnie prawa „in abstracto“, ale równocześnie cechą obu tych jednoznacznych ze sobą pojęć.

Dlatego to zastrzeżenie Hellera trafia naszym zdaniem w próżnię, Kelsen bowiem jako wierny swym założeniom (przy wszelkich swych niejasnościach) jest tutaj mimo wszystko zasadniczo logicznym.

Pojęcie kelsenistycznej prawnej pozytywności spotyka się ze strony Hellera z jeszcze jednym zarzutem znacznie naszym zdaniem poważniejszej natury.

U szczytu kelsenistycznej piramidy norm prawnych wznosi się t. zw. norma podstawowa, względnie pranorma, będąca ostatecznem źródłem wszelkiej normy. Pranorma ta stanowiąca niejako ostatnie ogniwo w łańcuchu zazębiających się wzajemnie prawnych powinności nie jest stanowiona ale założona (nicht gesetzt sondern vorausgesetzt) i jako taka tworzy najwyższą prawną hipotezę (Voraussetzung, Ursprungshypothese) względnie najwyższy prawny punkt zaliczenia (Zurechnungspunkt).

Tak pojęta norma podstawowa to zdaniem Hellera rzecz na której załamuje się pozytywność prawnego systemu Kelsena.

Jeżeli jedynym momentem (mówi on) pozytywność charakteryzującym ma być wyłącznie niezależność prawa od norm moralnych i rozumowych, jeżeli prawo pozytywne w odróżnieniu do prawa natury ma być dlatęgo pozytywnem, że jest niezawisłem od nieprawa, — to czy może być pozytywnym system, który tak jak kelsenistyczny czerpie swe źródło nie z prawa, ale z hipotezy logicznej, będącej jedynie rozumową abstrakcją? System taki według Hellera nie jest systemem pozytywnym, ale może być on jedynie systemem prawa natury¹³⁾.

Azeby przekonać się o słuszności względnie niesłuszności zarzutu Hellera musimy odłożyć go na razie, a znaleźć odpowiedź na inne pytanie, pytanie dotyczące rzeczywistej natury kelsenistycznej normy podstawowej.

¹³⁾ Wie kann man Naturrecht und positives Recht unterscheiden, wenn man als einziges Kriterium die Unabhängigkeit des letzteren von den Normensystemen der Moral und Vernunft behauptet? Kelsen gibt auf diese Frage keine Antwort und er kann keine geben, weil seine Unterscheidung von Naturrecht und positivem Recht historisch und systematisch unrichtig und weil er selbst, allerdings nur formaler Naturrechtler ist, d. h. weil er die Geltung der Rechtsnorm nicht auf individuelle Willensakte innerhalb von Rechtsgrundsätzen begründen, sondern aus inhaltlosen logischen Abstraktionen deduzieren will. (Heller Souveränität, Str. 56).

Czem jest naprawdę owa zagadkowa, tak często różnie rozumiana i komentowana „Grundnorm“, o której nam Kelsen w swych dziełach tyle mówi i która gra u niego tak doniosłą rolę?

O właściwym znaczeniu tego pojęcia pouczają nas już trochę słowa umieszczone przez Kelsena w przedmowie jego „Staatslehre“, a charakteryzujące zasadnicze cele jego metody. Metoda ta ma, za przykładem Kanta i jego krytyki czystego rozumu, zerwać z metafizyczną spekulacją i zastąpić zrodzone przez tą spekulację postulaty i hipostazy przez transcendentálne kategorie, stanowiące jedyne warunki doświadczenia, względnie tegoż doświadczenia — ściśle relatywistyczny — środek pomocniczy. (Ihre Methode ist — mehr oder weniger bewusst, mehr oder weniger konsequent — bestimmt durch Kants Vernunftkritik: Dualismus von Sein und Sollen; Ersetzung metaphysischer Postulate und Hypostasen durch transzendente Kategorien als den Bedingungen der Erfahrung...).

Kelsenistyczna norma podstawowa, to właśnie nie co innego, jak taka kategoria, względnie środek myślowy stosowany przez prawnika w jego metodzie doświadczalno-poznawczej i służący mu do ujęcia w jedną jednolitą całość i logicznego uporządkowania materiału prawnego, którym dysponuje. Materiałem tym według Kelsena to normy prawa pozytywnego.

„Die hypothetische Grundnorm“ (pisze on) „beantwortet die Frage: wie ist positives Recht — als Gegenstand der Erkenntnis, als Objekt der Rechtswissenschaft — und sohin: wie ist diese möglich. Man wird daher die Theorie der Grundnorm am besten als transzendentallogisches Naturrecht charakterisieren. Allein wie zwischen den transzendentalen Bedingungen aller Erfahrungserkenntnis und sohin der Gesetzmäßigkeit der Natur auf der einen Seite und einer alle Erfahrung überfliegenden, transzendenten Metaphysik auf der anderen Seite, so bleibt auch zwischen der nur die Erkenntnis des positiven Rechtes als sinnvoller Ordnung ermöglichenden Grundnorm und einem Naturrecht, das jenseits und unabhängig vor allem positiven Rechte eine gerechte Ordnung begründen will, der ganze gewaltige Unterschied bestehen, der eine kritische Philosophie als Theorie der Erfahrung von einer subjektiven Spekulation trennt und zu allen Zeiten trennen wird“. (Die philos. Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus. Str. 66—67). — Kelsen jednak charakteryzując swą prawną normę nie ogranicza się jedynie do tak ogólnych opisów jak przytoczone, ale określa ją także w słowach konkretniejszych.

Norma podstawowa nie jest tylko dla niego kategorią transcendentálną, (w odróżnieniu do metafizycznych postulatów prawa natury) względnie środkiem doświadczalno-poznawczym, ale jest ona dla niego także hipotezą obowiązywania pewnego pozytywnego porządku prawnego. „Diese Ursprungsnorm (mówi on) die ich als Verfassung im rechtslogischen Sinne bezeichne, ist eben die denotwendige Hypothese jedes positiven Rechtssystem, jeder konkreter Rechts oder Staatsordnung“. (Souveränität. Str. 33).

Jezeli słowa przytoczone, słowa zresztą zupełnie wyraźne ujmujemy w formę nieco odmienną, to będzie ona miała tenor następujący: pranorma to nie co innego, jak sąd hipotetyczny uznający pewną całość norm pozytywnych za obowiązujący porządek prawny.

Ale rola pranormy nie kończy się jeszcze i na tem, posiadając według Kelsena jeszcze jedną stronę. Norma podstawowa nie jest dla niego tylko poznanie ułatwiającą hipotezą obowiązywania pewnego porządku, ale jest sama w sobie czemś obowiązującym, czemś obdarzonym pewną mocą prawną¹⁴⁾.

Konieczną konsekwencją obowiązywania prawnego normy jest jej prawny charakter, nie cofa się przed tą konsekwencją Kelsen. Norma podstawowa ma według niego nie tylko formę i budowę zdania prawnego¹⁵⁾, ale ma ona także (co kilkakrotnie w dziełach swych podkreśla¹⁶⁾), naturę prawną.

Jezeli poszczególne określenia pranormy przez Kelsena ujmujemy i zreasumujemy w jedną całość, to pierwsze pytanie, jakie nam się narzuci będzie, czy określenia te nie zaprzeczają się wzajemnie i czy wiążą się ze sobą logicznie.

Otóż z góry chcemy zaznaczyć, że (wbrew temu, co o tem sądzą niektórzy autorzy) nie uważamy, aby przeprowadzona przez Kelsena charakteryzacja była pod względem swej treści czemś wadliwym i niekonsekwentnem. Przeciwnie, jesteśmy zdania, że poszczególne punkty i momenty tej charakteryzacji nie tylko ze sobą nie kolidują, ale pokrywają się wzajemnie, składając się na całość w pełni jednolitą i harmonijną. Główne wątpliwości, jakie budzi pranorma Kelsena nie są spowodowane tem, że jest ona raz kategorią myślową, drugi raz hipotezą prawa, ale są one spowodowane tem, że będąc raz założeniem obowiązywania, jest ona drugi raz sama przez się obowiązującą. Norma podstawowa zmienia tu, zdaniem niektórych, naprzemian swoją istotę będąc raz hipotezą

¹⁴⁾ Die Grundnorm gilt nicht weil sie in bestimmter Weise gesetzt wurde, sondern sie wird — kraft ihres Gehaltes — als gultig vorausgesetzt. Sie gilt also — abgesehen davon, dass sie nur hypothetisch gilt — wie eine Norm des Naturrechtes. (Die philos. Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, str. 20) Mit Rücksicht auf die tatsächliche Gestaltung des mit Hilfe der Grundnorm als Recht zu begreifenden Materials, muss sich schon in der Grundnorm der Zwangscharakter des positiven Rechtes ausdrücken (Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus Str. 25)

¹⁵⁾ „Die Grundnorm hat die Form des Rechtssatzes, die Grundform des Rechtsgesetzes“ (Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus Str. 25)

¹⁶⁾ „dass ich die Einheit einer Vielheit von in Rechtssätzen ausgedruckten Rechtsakten (Gesetzen, Verordnungen, Urteilen) die Einheit des Rechtsmaterials und somit die Einheit der Rechtsordnung für die juristische Erkenntnis auf der Einheit einer Grund- oder Ursprungsnorm, der von mir sog. „Verfassung im rechtslogischen Sinne“ begründe, einem Rechtssatz, der von der auf die Einheit abzielenden Rechtserkenntnis mit Beziehung auf das zur Einheit zu bringende Material hypothetisch vorausgesetzt wird und sich demgemäss nach dem Inhalt dieses zur Einheit zu bringenden Materials der Gesetze, Verordnungen, Urteile u. s. w. richtet“. (Rechtswissenschaft und Recht Z off R. T. III 1922, str 231, cyt Sukiennicki, Podstawa obow prawa narodow, str 82 Rocznik Irawniczy Wileński 1929)

prawa, drugi raz samem prawem, będąc raz sformułowaniem przymusu prawnego, drugi raz samym takim przymusem. Musimy od razu się zastrzec, że wątpliwości tych nie podzielamy¹⁷⁾.

Hipoteza obowiązywania pewnych norm prawnych, a sama norma prawna, to w systemie Kelsena naszym zdaniem pojęcia, między którymi różnica istotna nie zachodzi i nie gra żadnej roli. Powodu tego, że tak jest szukać należy przede wszystkim w kelsenistycznej budowie zdania prawnego, budowie o charakterze ściśle hipotetycznym (gdy a, powinno b). Poza tem powód ten leży jeszcze w tej okoliczności, że każda przecież norma, — nietylko podstawowa, stojąca ponad innemi normami, — jest z konieczności sformułowaniem prawnej mocy tych norm, jest zatem (oprócz własnej prawnej natury) hipotezą prawnego ich charakteru i obowiązywania.

Azeby sobie ułatwić, weźmy kilka przykładów:

Ustawa konstytucyjna upowazniająca parlament do wydawania ustaw zwykłych, nie jest tylko normą obowiązującą sama przez się, ale jest także hipotezą, formującą moc obowiązującą ustaw parlamentarnych. Ustawa stanowiąca warunki, pod jakimi mają być wydawane rozporządzenia ministerjalne, nie jest tylko sama prawem, ale równocześnie założeniem prawności tych rozporządzeń. Dekret, regulujący kwestje wyroków sądowych, nie cieszy się tylko własną mocą prawną, ale symbolizuje niejako tę moc w wyrokach sędziowskich. Przykłady podobne, przykłady któreby można mnożyć w nieskończoność, uczą nas rzeczy bardzo ważnej, a mianowicie tego, że podkreślany wielokrotnie przez Kelsena charakter

¹⁷⁾ Nie uświadamiając sobie zachodzącej tu różnicy, Kelsen stara się uzasadnić wyzyszc swęj „hipotezy“ w sposób jeszcze inny, mianowicie przedstawiając jej wyzyszc etyczny, wyższy walor jej zasad. I tu opuszcza już z konieczności stanowisko pozytywistyczne i niepostrzeżenie dla siebie zmienia charakter „Normy podstawowej“ z hipotezy, formującej tylko moc obowiązującą norm pozytywnych, w zasadę, mającą moc obowiązywania sama w sobie lub czerpiącą ją z jakichś zasad jeszcze wyższych. T. zw. „konieczne“ zasady prawa międzynarodowego — prawa podstawowe państw i t. p., zasadę „Pacta sunt servanda“ — uznaje tu już, idąc za mistrzami dawnego prawa naturalnego, za normy prawne aprioryczne, zasady niezależne od pozytywnego przyjęcia ich przez społeczność międzynarodową, za prawdy obiektywne na podobieństwo aksjomatów matematycznych (Souv. 224 i in.). A gdy dochodzi do sformułowania swęj hipotezy podstawowej prawa międzynarodowego, jako zasady równouprawnienia państw, to stwierdza już, że „charakter prawa naturalnego, jaki posiada podobną podstawą prawa międzynarodowego, nie może i nie powinien być zaprzeczany“, a tuż obok uznaje tę samą zasadę za „wybitnie moralną“ (205). Mniejsza o to, że przez to, ściśle w myśl jego własnej definicji prawa pozytywnego, zarówno prawo międzynarodowe, jak i prawo państw poszczególne, które od tamtego zostało uzależnione, (Souv. 251—253), przestają być prawem — błędne koła i własnoręczne obalanie własnych konstrukcyj nie jest dla nas u tego myśliciela rzeczą nieznaną, — w tej chwili chodzi mi tylko o podkreślenie, że rola „normy podstawowej“ została tu zasadniczo zmieniona z hipotezy, formującej tylko przyjęcie pewnych norm pozytywnych za obowiązujące, stała się ona zasadą, mającą własną określoną treść etyczną i własną moc obowiązującą (Landé. Norma a zjawisko prawne. Str. 329).

prawny pranorma, jest w jego systemie najzupełniej na miejscu, wpływając niejako logicznie z systemu tego całości¹⁸⁾.

Te same momenty, które (słusznie, czy niesłusznie, to nie należy w tej chwili do rzeczy) go upowazniają do skwalifikowania mianem prawa jego zwykłej normy, upowazniają go równie dobrze do tego samego w stosunku do jego normy podstawowej. O ile stworzone przez niego pojęcie prawa jest rzeczywiście prawem, to niewątpliwie w skład tego pojęcia wchodzić będzie także jego pranorma.

Ale wróćmy już do naszego punktu wyjścia, którym jest jak wiadomo zarzut Hellera, a raczej pytanie, dotyczące słuszności tego zarzutu. Przeprowadzona analiza uprawnia nas do stwierdzenia, że zarzut ten nie ma podstaw. Podkreślony przez Hellera moment, odbierający rzekomo pozytywność systemowi Kelsena, i czyniący z tego systemu system prawa natury, nie istnieje naszym zdaniem i nie ma uzasadnienia, bo t. zw. pranorma nie jest (kelsenistycznie biorąc) nieprawem, ale przeciwnie, wchodzi w skład stworzonego przez Kelsena prawa.

Nie trzeba jednak sądzić, aby bezpodstawność zarzutu Hellera była równocześnie dowodem słuszności tezy Kelsena. O tem, że teza ta pozatem słuszną nie jest, o tem łatwo — naszym zdaniem — przekonać się możemy.

Prawo pojmuje Kelsen w dwojaki sposób, a mianowicie statycznie i dynamicznie. Porządek prawny, pojęty statycznie, to porządek niejako gotowy i wykończony — przedstawiający się, jako pewien nieruchomy i myślowo ostatecznie skryształizowany łańcuch uszeregowanych logicznie i wzajemnie się uzależniających norm prawnych.

W odróżnieniu do tego prawo ujęte dynamicznie, to prawo widziane w ruchu, widziane pod kątem pewnego właściwego mu „Selbstbewegung“, czyli w procesie stopniowej konkretyzacji norm prawnych, względnie stopniowego ich powstawania za pośrednictwem (powstawanie to warunkujących) aktów psychofizycznych¹⁹⁾.

Ten podwójny sposób patrzenia na prawo daje Kelsenowi pole do bliższego sprecyzowania stworzonego przez się prawnego kryterjum, względnie pojęcia prawnej pozytywności. Określenie

¹⁸⁾ Do niezbyt szczęśliwych miejsc w dziełach Kelsena należą ustępy, w których ze szczególnym naciskiem stwierdza on hipotetyczny jedyny charakter obowiązująca normy podstawowej. Przecież hipotetyczna moc obowiązująca cechuje wszystkie jego normy, więc na co specjalne to podkreślanie!

„Eine Idee, eine Grundnorm auffinden, aus deren vorausgesetzter hypothetischer Geltung sich diese Normen des gemeinen Völkerrechtes ergeben.“ (Souv. str. 251)

„Sie gilt also — abgesehen davon, dass sie nur hypothetisch gilt, — wie eine Norm des Naturrechtes“, (Die philos. Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, str. 25).

¹⁹⁾ Staatsfunktion ist Rechtsfunktion. Die auf sie gerichtete Lehre will das Recht in Funktion, will die spezifische Selbstbewegung des Rechts, das Recht unter dem Gesichtspunkt seiner Dynamik begreifen. Darum ist Staatsfunktion Rechtserzeugungsfunktion: der stufenweise fortschreitende Prozess der Normsetzung (Allg. Staatslehre, str. 248—249).

tak bardzo ogólnikowej i mało mówiącej natury, jak „niezależność od innych systemów“, przestaje mu wystarczać i przy tej okazji stara się je zastąpić definicją bardziej dokładną.

Kiedy normę prawną pojmujemy statycznie — mówi Kelsen — to jest ona wtedy pozytywną, kiedy stanowi integralną część porządku prawnego, czyli da się wyprowadzić logicznie z normy podstawowej, będącej ostatniem i najwyższym źródłem tego porządku²⁰⁾.

Pozytywności prawa pojętego dynamicznie (czyli w procesie stopniowej konkretyzacji norm prawnych) nadaje Kelsen w odróżnieniu do tego oblicze nieco inne. Pojęcie pozytywności łączy się tu ściśle według niego z pojęciem t. zw. równoleżności (Parallelität). Na czym równoleżność ta polega? Polega ona według Kelsena na swoistym, a koniecznym paralelizmie, zachodzącym między idealną sferą czystej normy, a dziedziną rzeczywistych zjawisk przyrody, — paralelizmie faktów i powinności. Paralelizm ten, mówiąc konkretniej, objawia się w tem, że treść każdej normy wyższego rzędu musi zawierać warunek powstania normy niższego rzędu. Warunkiem tym zaś według Kelsena jest zawsze jakaś okoliczność faktyczna, jest nią zawsze jakiś akt psychofizyczny. Za pośrednictwem tych aktów według niego konkretyzuje się prawo coraz dalej, stając się przez to samo pozytywnem²¹⁾. Paralelizm jednak faktu i powinności, to nie to samo, według niego, co właściwa pozytywność, ale jedynie tej pozytywności warunek konieczny, moment, bez którego nie mogłaby zaistnieć²²⁾. (Dla jaśniejszej orientacji weźmy rzecz przykładowo: W razie, gdy konstytucja upoważnia monarchę do wydawania rozporządzeń, nie mogą być one pozytywnymi bez uprzedniego zaistnienia potrzebnego aktu psycho-

²⁰⁾ Als „positives“ Recht erkennt man — die Souveränität des Staates vorausgesetzt — eine Norm, wenn sie als Bestandteil der eigenstaatlichen Rechtsordnung nachgewiesen werden kann. Dies geschieht durch ihre stufenweise Rückführung auf die letzte „Quelle“, auf die die Einheit und Besonderheit der Rechtsordnung begründende Ursprungsnorm, aus der sich das Rechtssystem ableitet. (Dalej). Positiv, das heisst wörtlich „gesetzt“, ist somit die einzelne Rechtsnorm, sofern sie in dem auf der juristischen Hypothese der Ursprungsnorm einheitlich gegründeten System einer bestimmten Rechtsordnung gesetzt ist, innerhalb dieses so konstituierten Systems ihren Platz findet. (Souv. str. 93).

²¹⁾ „Die Abfolge der Rechtserzeugungsstufen von der Grundnorm über die Verfassung im positivrechtlichen Sinne, die Gesetze, Verordnungen und individuellen Rechtsakte, charakterisiert sich durch einen eigentümlichen Parallelismus von Seinstatbestand und Norm. Die Norm jeder höheren Stufe umschreibt — als Bestandteil ihres Inhalts — einen Tatbestand, der als Rechtserzeugung der niederen Stufe zu gelten hat. Damit der Rechtsprozess fortschreite, muss der von der Norm höherer Stufe bestimmte Tatbestand tatsächlich gesetzt werden. Es muss ein Parlamentsbeschluss faktisch gefasst, eine Willensäußerung des Monarchen, ein Urteilsspruch des Richters u. s. w. effektiv erfolgen, kurz ein physisch - psychischer Akt gesetzt werden, der die Norm niederer Stufe trägt“ (Dalej) „dann stellt sich solcher dynamischen Betrachtung gegenüber die Positivität des Rechts als eine stufenweise Konkretisierung dar. Darum ist es durchaus zutreffend, wenn behauptet wurde, eine Rechtsordnung sei positiv, wenn und solange sie sich konkretisiert (Allg. Staatsl. str. 249—250).

²²⁾ Der Staat als Integration. Str. 13.

fizycznego ze strony monarchy. O ile według ustawy zasadniczej ustawy zwykle mają być wydawane parlamentarnie, to bez odpowiedniej uchwały parlamentu pozytywność tych ustaw nie jest do pomysłenia i t. d.).

Takie stawianie kwestji przez Kelsena, ta nowa dokładniejsza charakteryzacja stworzonego przez niego kryterjum prawnego, każe nam zwrócić oczy ku pranormie, która teraz dopiero (mimo, że nie z tych przyczyn, o których myślał Heller) staje się istotną piętą Achillea omawianego systemu. Punktem ciężkości właściwego zagadnienia nie jest w tym wypadku charakter prawny pranormy, w który (jakeśmy to wyżej wykazali) wątpić niema powodu, ale jest nią kwestja pozytywności pranormy. Jest rzeczą jasną, że sam fakt istnienia normy prawnej nie będącej zarazem normą pozytywną, wystarczałby w zupełności do odebrania pozytywności jej charakteru prawnego kryterjum, przestałaby ona bowiem w tym wypadku stanowić cechę konieczną prawa, które w danym razie mogłoby istnieć także i bez niej.

Otóż zgóry musimy zaznaczyć, że na pytanie, dotyczące pozytywności kelsenistycznej normy podstawowej, odpowiedź nasza wypaść musi negatywnie. Norma podstawowa nie jest pozytywną, nie jest zaś pozytywną nietylko dlatego, że jest uważaną za taką i to wielokrotnie przez samego Kelsena²³⁾ (słowne lapsusy są u tego autora rzeczą nader częstą i mogłyby również i tutaj mieć miejsce!), ale nie jest nią także — i to przedewszystkiem — z innych względów.

Zacznijmy od prawa w rozumieniu statycznym. Norma prawna tak pojęta, jest dla Kelsena (jak to wyżej zaznaczyliśmy) tylko wtedy pozytywną, skoro stanowiąc część integralną porządku prawnego, może być od wyższych od siebie norm wyprowadzoną, względnie do wyższych zaliczoną. Jest rzeczą jasną, że pranorma, jako niemająca norm wyższych ponad sobą, możliwości tej nie posiada i jako taka w swem statycznym ujęciu nie ma warunków potrzebnych, aby zasłużyć na miano normy pozytywnej. Z prawem widzianem w ruchu, widzianem od strony właściwej mu dynamiki, ma się rzecz nie inaczej, ale zupełnie podobnie. Pozytywność normy prawnej jest w tym wypadku, według Kelsena, ściśle związana z normy tej konkretyzacją, czyli uwarunkowana zaistnieniem

²³⁾ Die Grundnorm ist selbst nicht gesetzt, sondern vorausgesetzte Norm, ist selbst nicht positives Recht, sondern nur dessen Bedingung. (Die Philos. Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, str. 20). Ebenso positiver Rechtssatz, kein positives Rechtsgesetz, weil nicht selbst gesetzt, sondern nur die Bedingungen aller Erfahrung sind, so ist die Grundnorm selbst kein positiver Rechtssatz, kein positives Rechtsgesetz, weil nicht selbst gesetzt, sondern nur vorausgesetzt: die Bedingung aller positiven Rechtsnormen (Die Philos. Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus. Str. 64). Dieser Stufenbau mündet in der die Einheit der Rechtsordnung in ihrer Selbstbewegung begründenden Grundnorm. In dem diese allererst ein das Recht erzeugendes Organ einsetzt, bildet sie die Verfassung in einem rechtslogischen Sinne. Und indem der solcherweise geschaffene Gesetzgeber Normen setzt, die die Gesetzgebung selbst regeln, entsteht — als nächste Stufe — die Verfassung im positiv-rechtlichen Sinne. — (Allg. Staatsl. Str. 249).

uprzedniem jakiegoś faktycznego aktu psychofizycznego. Pranorma tak rozumiana nie jest również pozytywną, zaden bowiem akt psychofizyczny, ani okoliczność natury faktycznej powstania jej nie powoduje. Pozytywność warunkująca równoleżność faktu i powinności nie ma w odniesieniu do pranormy miejsca, łańcuch bowiem tego paralelizmu urywa się w jej sferze z konieczności ²⁴⁾.

Widzimy tedy, że pranorma Kelsena nie jest (kelsenistycznie biorąc) pozytywną, i to nie jest nią ani w jednej ani w drugiej postaci, to jest ni w ujęciu statycznym, ni dynamicznym.

Okoliczność ta jest dla nas w tym wypadku dowodem na to, że Kelsen uważa za prawo także prawo niepozytywne czyli, że (wbrew jego zapewnieniom) pozytywność nie jest u niego cechą istotną prawa od nieprawą wyróżniającą.

Aby lepiej się zorientować w studjach przeprowadzonych, nie będzie od rzeczy ująć w kilku głównych punktach ich zasadnicze zarysy. Ujęcie takie da nam nie tylko jaśniejszy obraz uzyskanych przez nas wyników, ale pozwoli nam również łatwiej wyciągnąć ostateczną wypływającą z nich konkluzję.

Pierwsze próby, jakie czyni Kelsen aby dać swemu prawu znamię istotne, zmierzają do oparcia tego znamienia już na samej tylko obiektywnej normatywności. Próby te jednak jako pozbawione widoków powodzenia (trudności w sprecyzowaniu różnicy między moralnością a prawem zwyczajowem i t. d.) zostają przez niego w końcu zarzucone.

Kelsenistyczny przymus prawny równoznaczny z normatywnością, nie ma równie jak ona warunków, aby stać się cechą specyficzną prawa. Przymus ten nie mający nic wspólnego z przymusem psychofizycznym, zamknięty jest cały w formule „powinien“. (Taki sam przymus zawarty jest także w normie moralnej, religijnej i t. d.).

Druga próba, jaką czyni Kelsen, to próba oparcia kryterjum prawa na pozytywności.

²⁴⁾ Podniesiony przez nas moment znalazł swój wyraz także u Hellera, chociaż w ujęciu naszym zdaniem wadliwym. Zarzut Hellera, to zarzut słuszny w zasadzie, ale skierowany pod fałszywym adresem

„Wer positiviert nun das Recht, der lebendige, historisch-individuelle Wille, oder die Grundnorm? Kelsen gibt auf diese Frage eine logisch unverstandliche Antwort.

Zunächst heisst es, es sei die Ursprungsnorm, welche „die verfassungsgebende Autorität einsetzt“, Die Verfassung hole ihre „rechtlich relevante Geltung aus dieser Ursprungsnorm“, ihren Inhalt aber, „aus dem empirischen Willensakt der konstituierenden Autorität“ Wir haben also zunächst eine „Verfassung“, die bereits rechtlich relevante Geltung hat und dann erst eine „verfassungsgebende“ Autorität — ein von mir nicht vollziehbares logisches Kunststück! Die einfache Lösung dieser Gedankenverschlingungen liegt darin, dass es ohne einen die Rechtsgrundsätze positivierenden Willen keine rechtlich relevante Geltung, weil keinen inhaltlich individualisierten also keinen positiven Rechtsatz gibt“ (Heller Souveranität Str 53).

Próba ta, próba zresztą ostateczna, zawodzi również, załamując się na niepozytywnym charakterze kelsenistycznej normy podstawowej, t. j. na czemś, co może nam służyć za dowód, że w skład prawa Kelsena wchodzić mogą nie tylko normy pozytywne

Ostateczna konkluzja, sama niejako się narzucająca, będzie miała treść następującą:

System Kelsena nie zdołał wytworzyć pojęcia kryterjum prawa i jako taki pozbawiony jest jasnej i sprecyzowanej teoretycznej podstawy.
